L'appel manifestement abusif d'une contre-garantie autonome

Emmanuel Netter

▶ **To cite this version:**

Emmanuel Netter. L'appel manifestement abusif d'une contre-garantie autonome. Recueil Dalloz, 2016, 29, pp.1748. halshs-02215547

HAL Id: halshs-02215547
https://shs.hal.science/halshs-02215547

Submitted on 31 Aug 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'appel manifestement abusif d'une contre-garantie autonome

à propos de Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-28.962, FS - P+B

Emmanuel Netter, maître de conférences en droit privé

Recueil Dalloz, 2016, p. 1748

Lorsqu'une garantie autonome de premier rang a été appelée de manière manifestement abusive, l'appel de la contre-garantie est-il lui même nécessairement abusif ? Dans un arrêt du 3 mai 2016, la Chambre commerciale répond clairement par la négative[1].

La garantie autonome à première demande est la sûreté personnelle la plus rigoureuse qui soit. Rien, ou presque, ne doit contrarier son efficacité aveugle. C'est pour cela qu'elle a été conçue, et il n'y a pas lieu de s'en émouvoir lorsqu'elle est employée conformément à sa destination classique : pour garantir de grands marchés de travaux, dans un contexte international. Là, elle prend la place du dépôt de garantie qui devait autrefois être constitué par le maître d'œuvre. Si implacable qu'elle soit, la garantie autonome est préférable à une immobilisation de fonds *ab initio*, inutilement coûteuse et économiquement stérile. Pour que la sécurité procurée au bénéficiaire soit - presque - équivalente à celle d'un dépôt, il faut que la garantie soit portée par une banque, missionnée et payée par le donneur d'ordre, prête à verser la somme sur simple demande. Il faut encore et surtout que les arguments susceptibles de justifier un refus de paiement par l'établissement de crédit soient d'un emploi tout à fait exceptionnel. On les trouve recensés à l'article 2321 alinéa 2 du Code civil : « *Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre* ». Hors de ces rares hypothèses, la banque doit payer sur un claquement de doigts. En matière internationale, la situation est rendue plus complexe par l'adjonction d'un quatrième intervenant. Aussi bien le maître d'œuvre que le maître de l'ouvrage veulent traiter avec une banque présente dans leur pays, dont ils connaissent la réputation, et avec laquelle ils entretiendront des relations contractuelles soumises à leur droit national. Une chaîne est alors constituée, composée d'un garant de premier rang, proche du bénéficiaire final, et d'un contre-garant, proche du donneur d'ordre.

En l'espèce, le maître d'œuvre, et bénéficiaire final des sûretés, N-FERT, était égyptien. Il fut garanti par la National Bank of Abu Dhabi (NBAD), disposant d'une filiale en Égypte. Le contre-garant, Atradius Credit Insurance, était situé en France, tout comme le maître de l'ouvrage et donneur d'ordre, la société Litwin. Le bénéficiaire final décida un jour de résilier le contrat de base, et d'appeler aussitôt la garantie de premier rang. Très promptement - le lendemain même - le garant de premier rang appela la contre-garantie. Le contre-garant refusa de payer. Le garant de premier rang l'assigna en justice pour l'y contraindre. Atradis fut condamnée en première instance, mais la décision fut infirmée en appel.

L'arrêt de la Cour de cassation, même augmenté d'informations glanées au fil du pourvoi, ne donne des faits précis qu'un aperçu très succinct. Or, il nous semble difficile de prendre position sur les problèmes théoriques posés sans nourrir la réflexion d'un minimum de données sur la substance du litige. La lecture des décisions rendues successivement par le Tribunal de commerce de Paris le 27

1 D. actu., 25 mai 2016, obs. X. Delpech ; LEDC, 1er juin 2016, n° 6, p. 3, obs. N. Leblond ; JCP G, 2016, n° n° 25, 721, note P. Simler.

juin 2013[2], puis par la Cour d'appel de Paris le 25 novembre 2014, révèle que la banque française adressait à la banque égyptienne, pour l'essentiel, trois séries de reproches.

D'abord, pour Atradius, la banque d'Abu Dhabi aurait eu tort de payer, car **il existait une collusion frauduleuse entre le bénéficiaire final et le donneur d'ordre**. En effet, Litwin avait conclu avec NFERT une transaction par laquelle, en échange d'une importante somme d'argent, elle renonçait notamment à contester la mise en œuvre des garanties. Pour le Tribunal de commerce, à supposer qu'il y eût effectivement collusion - ce qui n'était selon lui pas démontré -, cette transaction était intervenue plusieurs semaines après l'appel de la contre-garantie, et il n'y avait donc pas lieu d'en tenir compte pour apprécier le comportement du garant de premier rang.

Ensuite, il était reproché par l'établissement de crédit français à son homologue émirati **d'avoir refusé d'appliquer une décision de justice provisoire.** En effet, le président du Tribunal de commerce de Paris, statuant en référé, avait rendu une ordonnance interdisant à NBAD de payer[3]. Toutefois, cette ordonnance avait été notifiée après l'appel des deux garanties, même si aucune n'avait encore été exécutée.

Enfin, la banque française tentait de démontrer que **non seulement l'appel de la garantie de premier rang était manifestement abusif, mais que l'appel de la contre-garantie était nécessairement contaminé** et devait être qualifié d'abusif à son tour. Pourquoi qualifier l'appel d'abusif au niveau du premier rang ? Parce que le contrat de base avait été résilié avant même que la construction de l'usine ne débutât. Aussi et surtout, un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait affirmé que ce premier appel était abusif - mais il l'avait fait plusieurs mois après les deux appels de garantie. C'est autour de cette question que s'est cristallisée la discussion parvenue jusqu'à hauteur de cassation, la Cour d'appel jugeant que « *l'appel d'une contre-garantie est abusif si l'appel en garantie l'est également* ». La contamination serait ainsi systématique, automatique. La Cour de cassation censure ce raisonnement, au visa de l'article 2321 alinéa 2 du Code civil, en affirmant dans un attendu « chapeau » : « *le caractère manifestement abusif de l'appel de la contre-garantie ne peut résulter du seul caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang, mais suppose de démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion entre le garant de premier rang, bénéficiaire de la contre-garantie, et le bénéficiaire de la garantie de premier rang* ».

Comment caractérise-t-on l'abus manifeste dans l'appel d'une contre-garantie (I) ? A quelle date faut-il situer l'appréciation de ce caractère (II) ? Suppose-t-il nécessairement une collusion entre garant de premier rang et bénéficiaire final (III) ?

I – Le caractère manifestement abusif de l'appel de la contre-garantie

Deux théories s'affrontaient ici. La première est résumée par un auteur : « *[La contre-garantie] a manifestement été appelée avec une certaine précipitation, dès le lendemain de l'appel de la garantie de premier rang et avant son exécution. Si à ce moment l'appel de la garantie de premier rang était manifestement abusif, ce caractère n'a pas pu échapper au garant de premier rang. Ce qui est manifeste « saute aux yeux », selon l'expression de Michel Vasseur* »[4]. Voici qui explicite la motivation lapidaire utilisée par les juges d'appel. L'évidence, par définition même, frapperait tout observateur.

2 N° RG 2012040613.

3 Plus précisément, il s'agissait d'une ordonnance interdisant à la filiale NBAD France de transférer des fonds à la filiale NBAD Egypte. Cela n'interdisait donc pas à NBAD Egypte d'exécuter elle-même la garantie de premier rang.

4 P. Simler, note préc.

L'analyse concurrente se découvre sous la plume du Tribunal de commerce de Paris : « *l'appel d'une contre-garantie par le garant de premier rang est abusif si l'appel de la garantie de premier rang est manifestement abusif ou frauduleux* ***et si au moment où il appelle la contre-garantie le garant de premier rang ne pouvait avoir lui-même aucun doute sur la réalité de ce caractère manifestement abusif ou frauduleux*** »[5]. C'était fort bien jugé. Pour expliquer en quoi cette seconde théorie nous semble la plus convaincante, considérons quelques exemples.

Certains abus commis par le bénéficiaire final sont d'une nature telle qu'il est évident que le garant de premier rang ne peut les ignorer. Ainsi, lorsque les autorités iraniennes émettent une circulaire demandant à leurs ressortissants d'appeler toutes les garanties émises par les autorités américaines[6] ; lorsque la garantie est appelée au titre d'un autre contrat que celui visé dans la lettre de garantie[7] ; lorsque le télex d'appel de la garantie révèle lui-même qu'il n'a pour but que de contraindre le donneur d'ordre à accepter une modification du contrat de base[8]. Dans ces hypothèses, le détournement de garantie est patent. Le vice de fond est si grave qu'il affleure dans la forme même de l'appel, de sorte qu'un simple contrôle de régularité apparente – qui est tout ce que l'on peut attendre d'un garant à première demande – suffit à le révéler sans conteste.

Mais d'autres abus commis par le bénéficiaire final peuvent être commis sans que le garant de premier rang soit nécessairement en mesure de les percevoir. Normalement, la garantie autonome fonctionne sans considération pour l'état d'exécution du contrat de base – l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat est au cœur de son fonctionnement. Mais dans certaines hypothèses extrêmes, l'abus du bénéficiaire final a pu être retenu. Par exemple, des mandataires de ce bénéficiaire avaient attesté que le contrat de base avait été intégralement et parfaitement exécuté, mais la garantie avait tout de même été appelée[9]. Dans un cas inverse, le bénéficiaire final savait que le contrat, dont l'exécution n'avait pas encore commencé, était sur le point d'être annulé, et a appelé la garantie malgré tout[10]. Selon les circonstances de l'espèce, les banques, qui n'ont pas le devoir de vérifier l'état d'exécution du contrat de base, peuvent parfaitement ignorer les circonstances permettant de qualifier l'appel de manifestement abusif. Certes, « *ce qui est évident crève les yeux* », mais les yeux de ceux qui disposent des informations nécessaires : le bénéficiaire final et le donneur d'ordre. Dès lors, le raisonnement de la Cour d'appel, inférant directement l'abus manifeste dans l'appel de la contre-garantie de l'abus manifeste dans l'appel de la garantie de premier rang, méritait une censure nette. Une telle règle ne saurait être posée. Comme l'a jugé le Tribunal de commerce de Paris, il faut se placer du point de vue de la première banque. Est-elle face à une évidence ? Pas toujours. En l'espèce, les arguments permettant de qualifier le premier appel d'abusif tenaient précisément à la situation du contrat de base, et donc à des paramètres que le garant de premier rang était susceptible d'ignorer - la cour d'appel de renvoi devra se prononcer clairement sur cette ignorance.

Une solution, toutefois, s'offre au donneur d'ordre, pour porter l'abus jusqu'aux yeux du garant de premier rang. Il peut s'adresser au juge des référés, dont certains pouvoirs sont précisément fondés sur l'évidence, lui apporter les éléments nécessaires, et lui demander d'adresser aux garants des interdictions de payer. Cela avait été fait en l'espèce, mais sans doute trop tard[11]. A quelle date faut-il apprécier l'abus manifeste dans l'appel de la contre-garantie ?

5 T. com. Paris, 27 juin, 2013, préc. Souligné par nous.

6 G. Affaki, « Les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes. Leçons de la crise du Golfe », Banque et droit, janv.-févr. 1994, p. 3.

7 Cass. com., 18 avr. 2000, n° 97-10160, inédit : RDBF, 2000, comm. 156, obs. J.-P. Mattout ; Banque et droit nov.-déc. 2000, p. 46, obs. F. Jacob ; Dr. et patr. 2001, comm. 94, p. 91, obs. C. Saint-Alary.

8 CA Lyon, 17 mai 1991 : Juris-Data n° 1991-050952 ; D., 1993, somm., p. 99, obs. M. Vasseur.

9 T. com. Melun, 29 avr. 1985 : D., 1986, IR, p. 159, obs. M. Vasseur.

10 Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-10634 : RD banc. et bourse, 1993, p. 136, obs. M. Contamine-Raynaud.

11 Il sera souvent trop tard : le juge des référés aura été saisi par le donneur d'ordre parce qu'il saura que le déclenchement des garanties a commencé. Si la contre-garantie est appelée sans délai, comme en l'espèce, la course est perdue d'avance.

II – La date d'appréciation

Certaines situations, on l'a vu, doivent conduire le garant ou contre-garant à refuser de s'exécuter : lorsque l'abus manifeste est révélé par un simple contrôle formel de l'appel, ou lorsque l'abus, initialement indécelable pour le garant, lui a été révélé par une décision de justice. Encore faut-il alors considérer la chronologie des événements suivants : la découverte de l'abus, l'appel de la garantie de premier rang, l'exécution de la garantie de premier rang, l'appel de la contre-garantie. Selon l'ordre dans lequel ils se seront déroulés, les solutions à retenir ne seront pas les mêmes.

Si le garant de premier rang a été appelé et qu'il s'est trouvé précédemment ou concomitamment en situation de déceler l'abus, il ne doit logiquement pas payer – il engage sinon sa responsabilité civile. S'il a été appelé, puis qu'il découvre l'abus mais sans avoir encore ni payé, ni appelé la contre-garantie, la solution doit être la même.

En l'espèce, au moment où le garant de premier rang ne peut plus nier avoir connaissance d'un éventuel abus dans l'appel qu'il a reçu, il n'a pas encore payé, mais il a déjà appelé la contre-garantie. On doit en déduire que l'appel de la contre-garantie a été régulièrement passé. La Cour de cassation juge en ce sens, puisqu'elle commande d'apprécier l'attitude du premier garant « *au moment de l'appel de la contre-garantie* »[12]. Régulièrement appelées, les deux garanties peuvent ensuite être exécutées sans qu'on puisse rien trouver à y redire.

Il reste une hypothèse délicate : celle dans laquelle le garant de premier rang serait appelé, paierait sans avoir encore appelé la contre-garantie, puis découvrirait l'abus avant d'avoir pu formuler son appel. Doit-on considérer qu'il est trop tard pour lui ? Que l'appel de la contre-garantie serait abusif ? La solution serait inopportune, car elle reviendrait à faire supporter des pertes à la première banque, alors même qu'elle avait payé en toute bonne foi[13]. Cette crainte justifie assez bien la célérité dont a fait preuve le garant de premier rang, en l'espèce, dans l'appel de la contre-garantie. Mais il nous semble que l'arrêt rapporté apporte une solution à ce problème, grâce au recours à la notion de collusion entre bénéficiaire final et garant de premier rang.

III – La collusion entre bénéficiaire final et garant de premier rang

Revenons un instant à l'article 2321 du Code civil : selon ce texte, « *Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de* ***collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre*** »[14]. La doctrine estime habituellement qu'il s'agit d'une erreur de plume du législateur : « *l'idée selon laquelle le donneur d'ordre pourrait se rendre complice d'une quelconque fraude n'a guère de sens [...]* »[15]. C'était pourtant précisément l'objet d'une discussion devant les juges du fond, en l'espèce, la banque française reprochant au bénéficiaire final et au donneur d'ordre d'avoir transigé à ses dépens ! Il faut croire que le contre-garant craignait de ne pas pouvoir exercer son recours contre un donneur d'ordre placé entre-temps en faillite, et de supporter lui-même le poids de la garantie. Le cas n'est donc pas d'école. Laissons de côté cette discussion, qui n'est pas parvenue jusqu'en cassation.

Devant la Haute juridiction, c'est bien de la collusion plus classique et plus logique entre le bénéficiaire final et le garant de premier rang qu'il est question. C'est celle-ci que le législateur

12 V. déjà en ce sens, notamment, Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-10.485 : « en raison de l'autonomie de la garantie par rapport à la contre-garantie, la preuve du caractère abusif de l'appel de la contre-garantie supposait d'établir l'existence, **au moment où il est intervenu**, d'une collusion frauduleuse entre la société Semadco et la société Mibank ou d'une fraude propre à cette dernière » (souligné par nous).

13 En ce sens : P. Simler, note préc.

14

15 F. Jacob, « Garanties autonomes » in Lamy droit des sûretés, n° 135-85. Dans le même sens, P. Simler, note préc. évoque une « véritable bévue législative » et « une impossible collusion avec le donneur d'ordre ».

aurait dû viser, d'après les auteurs. Mais pourquoi rechercher cette collusion, lorsqu'il s'agit de vérifier le bien-fondé de l'appel d'une contre-garantie ? N'est-il pas suffisant de caractériser la conscience, par le garant de premier rang, du caractère manifestement abusif de l'appel qui lui avait été adressé[16] ? Exiger la démonstration supplémentaire d'une collusion semble rendre la tâche du contre-garant ou du donneur d'ordre plus difficile. De surcroît, la solution semble amalgamer deux moyens de défense bien distincts offerts par le Code civil au garant : l'abus et la collusion[17].

Pourtant, la solution n'est pas nouvelle[18]. Surtout, elle a l'avantage de protéger le garant de premier rang dans la situation que nous décrivions précédemment : celle dans laquelle il aurait été appelé, aurait payé, puis aurait découvert l'abus commis par le bénéficiaire final. Il aurait à craindre que l'appel de la contre-garantie, qui resterait à venir, soit refusé comme lui-même abusif. Mais le garant de premier rang pourra se défendre en démontrant que la chronologie des faits exclut toute collusion avec le bénéficiaire final.

Toutefois, celui qui aurait intérêt à démontrer cette collusion – le plus souvent, le donneur d'ordre – ne doit pas se trouver face à une *probatio diabolica*. S'il s'agissait de démontrer une intention, un état psychologique, ce serait insurmontable. Il faut admettre qu'un garant de premier rang qui a payé alors qu'il savait ou qu'il aurait dû savoir que l'appel était abusif se prête nécessairement à une collusion coupable. L'élément moral doit s'évincer facilement d'éléments matériels et de la chronologie des faits. C'est déjà la pratique judiciaire, comme le relève un auteur : « *[...] pour ce qui est de la caractérisation de cette collusion frauduleuse, les juges ne se montrent pas plus rigoureux que nécessaire. Ainsi admettent-ils que la collusion est constituée dès lors que le garant de premier rang a eu connaissance du caractère abusif de l'appel de la garantie de premier rang au moment où il l'a appelée* »[19].

A cette réserve d'interprétation près, l'arrêt rapporté nous semble mériter approbation en tout point.

16 En ce sens, P. Simler, note préc. : « *[...] même en l'absence de collusion, l'appel de la contre-garantie doit être jugé manifestement abusif si le garant de premier rang savait manifestement abusif l'appel de la garantie de premier rang. Cette seule connaissance suffit pour le rendre complice de l'abus manifeste commis par le bénéficiaire* ».

17 Relevons d'ailleurs que ni la doctrine ni la jurisprudence ne distinguent nettement l'abus manifeste de la fraude manifeste, ce qui achève de troubler le triptyque proposé par le Code.

18 Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-10.485, précité.

19 F. Jacob, loc. cit.