
7. COUR D'APPEL DE LIÈGE 14 SEPTEMBRE 2006

SÛRETÉS

Sûreté personnelle – Garantie à première demande – Responsabilité du banquier – Devoir d'information et de conseil

L'obligation de la banque d'assister et de conseiller son client en matière de garantie bancaire reste limitée à des questions particulières de caractère technique et ne s'étend pas aux risques liés à la délivrance de garanties bancaires autonomes qui doivent être connus de tout exportateur.

Il ne suffit pas pour être créancier d'une obligation de renseignement d'invoquer son ignorance. Il faut encore que celle-ci soit légitime.

Il n'y a aucune contradiction entre des dispositions qui prévoient le caractère automatique de la dégressivité du montant d'une garantie et la nécessité du respect de certaines formalités pour que celle-ci puisse sortir ses effets.

La banque qui intervient pour faire émettre une garantie par un correspondant à l'étranger le fait pour compte de son client auquel il appartient de suivre l'évolution du marché de façon à ce que puisse jouer la clause de réduction de la garantie.

ZEKERHEDEN

Persoonlijke zekerheid – Garantie op eerste verzoek – Aansprakelijkheid van de bankier – Informatie en adviesverplichting

De verplichting van de bank om haar cliënt bij te staan en die te adviseren in verband met bankgaranties blijft beperkt tot bijzondere kwesties van technische aard en breidt zich niet uit tot de risico's die verbonden zijn met de afgifte van autonome garanties, die door elke exporteur gekend moeten zijn.

Het volstaat niet om zijn onwetendheid in te roepen om schuldeiser te worden van een informatieverplichting. Deze onwetendheid moet ook nog rechtmatig zijn.

Er is geen tegenstrijdigheid tussen de bepalingen die in het automatische karakter van de degressiviteit van het bedrag van een garantie voorzien en de noodzaak om bepaalde formaliteiten te respecteren opdat de degressiviteit haar uitwerking zou kunnen hebben.

De bank, die tussenkomt om een garantie te laten uitgeven via een correspondent in het buitenland, doet dit voor rekening van haar cliënt, aan wie het toebehoort om de ontwikkeling van de markt te volgen, zodat de clausule tot verlaging van de garantie haar rol zou kunnen spelen.

SA Fortis Banque/SA Mathy By Bols

Siég.: R. de Francquen (président), M. Ligot et A. Jacquemin (conseillers)

Pl.: Mes S. Collin loco F. Poncelet et M.-E. Materne loco D. Rémy

(...)

Le litige

Dans le cadre d'un marché de l'ordre de 100.000.000 FB conclu en 1998 avec la République Islamique de Mauritanie portant sur la livraison de matériel scolaire soit trente mille tables-bancs, la SA Mathy By Bols, en abrégé M.B.B., a demandé, par l'intermédiaire de sa propre banque, le Crédit à l'Industrie, à la SA Générale de Banque de Charleroi d'émettre par l'intermédiaire d'une banque locale une garantie de restitution d'avances de 29.880.000 FB et une garantie de bonne exécution de 4.980.000 FB.

À cette fin, la Générale de Banque de Charleroi, désignée ci-après par les abréviations G.B.C., s'est adressée à la Générale de Banque de Mauritanie, ci-après G.B.M.

Les garanties sont émises le 30 août 1998; le marché est conduit à bonne fin et il ne sera pas fait appel aux garanties par le bénéficiaire de celles-ci.

Le litige concerne les commissions réclamées par la G.B.M.

qui a exigé le 22 septembre 1998 le paiement anticipé de commissions, taxes et frais pour un montant de 831.340 FB tout en marquant son accord pour rembourser la partie des commissions qui ne serait pas justifiée en fonction de l'intervention des diverses libérations prévues pour ce qui concerne la garantie de restitution d'avances.

La lettre de garantie de remboursement prévoit en effet que le montant maximum de la garantie, soit 29.880.000 FB, sera réduit "automatiquement" à concurrence de la valeur des livraisons réceptionnées au port de Nouakchott, à partir du moment où le montant total des acomptes payés, représentant la partie des livraisons exécutées, atteint 50% du montant initial du marché, la garantie cessant ses effets à l'instant où les marchandises réceptionnées provisoirement représenteront 80% du contrat et le 31 décembre 1999 au plus tard.

G.B.M. refusera de rembourser quelque commission que ce soit parce que "durant la durée de validité de la lettre de garantie, elle n'a jamais reçu les procès-verbaux de réception provisoire des marchandises" (lettre du 9 août 2001), ce qui

fait que ses engagements à l'égard du bénéficiaire n'ont jamais été réduits.

M.B.B. recherche la responsabilité de G.B.C. à laquelle elle reproche d'avoir manqué à son obligation de conseil pour ne pas lui avoir rappelé, lorsqu'elle l'a informée le 16 octobre 1998 que G.B.M. acceptait de restituer la partie des commissions versées en trop, que celle-ci avait demandé "que lui soient transmis en temps voulu les textes appropriés".

Le texte de la garantie de remboursement prévoit en effet que "la preuve des réductions résultera, à notre égard, dès réception, d'une copie des procès-verbaux de réception provisoire relatifs aux livraisons supplémentaires précitées.

Pour information, les réceptions provisoires se font en présence du fournisseur (Mathy By Bols SA) – ou de son représentant dûment mandaté – et par une commission composée de:

- un représentant de la Commission Centrale des Marchés;
- un représentant de la Direction du Financement;
- un représentant du ministère de l'Éducation Nationale".

Le tribunal se fondant sur la prémisse qui se révélera erronée que "il n'est pas soutenu, ni démontré, que la demanderesse a reçu copie des lettres de garantie et de contre-garantie, a retenu la responsabilité de l'appelante à laquelle les premiers juges reprochent d'avoir lors de sa réponse du 16 octobre 1998, commis une faute en omettant de préciser l'élément, dont, à ce moment, elle seule connaissait ou devait connaître l'importance pour sa cliente, soit la nécessité d'une transmission des procès-verbaux de réception".

Les demandes en appel

Fortis Banque conclut au rejet de l'action introduite par M.B.B., demande que soit ordonnée la libération à son profit des fonds consignés à la Caisse des Dépôts et Consignation et la condamnation de M.B.B. au remboursement des frais de la procédure de cantonnement, de ses frais de défense ainsi qu'aux dépens des deux instances.

M.B.B. majore sa demande originaire qu'elle porte à € 12.000,92 en principal; elle introduit également une demande additionnelle et une demande incidente en vue d'obtenir la condamnation de Fortis Banque au remboursement de ses frais de défense et au paiement de dommages et intérêts du chef d'appel téméraire et vexatoire.

Discussion

Le texte même de la garantie de remboursement prévoit donc que la réduction de la garantie consentie par G.B.M. présente un caractère automatique.

C'est pour éviter les problèmes liés au caractère automatique de la dégressivité de la garantie (voy. à ce sujet, C. MARTIN et M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes",

R.P.D.B., Compl. VII, nos 112, 113 et 114), qu'il a été prévu que la copie des procès-verbaux de réception provisoire devait être communiquée à G.B.M.

L'appelante justifie de ce que le texte de la garantie de remboursement, seule concernée par le litige, a été soumis préalablement pour accord à M.B.B. qui l'a accepté (dossier F.B., pièce 3). Il est également établi que par courrier du 25 septembre 1998, G.B.C. lui a communiqué la copie des deux lettres de garantie émises par sa correspondante (dossier F.B., pièce 10).

Il faut encore souligner que le texte même du projet de garantie qui fut adressé le 20 août 1998 par le Crédit à l'Industrie, banquier de M.B.B., à G.B.C. (pièce 5) porte aussi la mention que "la preuve des réductions résultera, à notre égard, dès réception d'une copie des procès-verbaux de réception provisoire relatifs aux livraisons supplémentaires précitées" (dossier F.B., pièce 5).

Après avoir soutenu en instance et en appel qu'"(elle) n'a jamais été informée de l'obligation qu'elle aurait pu avoir de transmettre lesdits PV de réception provisoire" (conclusions d'instance, p. 6; conclusions principales d'appel, p. 6, avant-dernier par.), M.B.B. doit bien reconnaître qu'"il est exact qu'elle avait connaissance du libellé de la lettre de garantie..." (conclusions additionnelles d'appel, p. 2).

L'opinion de M. Dohm (*Les garanties bancaires*, nos 125-129) selon laquelle "l'obligation de la banque d'assister et de conseiller son client reste limitée à des questions particulières de caractère technique, et ne s'étend pas aux risques liés à la délivrance de garanties bancaires autonomes qui doivent être connus de tout exportateur", partagée par C. Martin et M. Delierneux (*o.c.*, n° 103) doit être approuvée.

"Ainsi, à l'évocation d'un défaut de conseil de la part du banquier, la cour d'appel de Bruxelles a répondu 'qu'il n'est pas établi que le banquier ait failli à ses devoirs envers sa cliente en n'attirant pas son attention sur les conséquences et la portée des engagements qu'elle souscrivait, la lettre de garantie du 15 juin 1956 étant suffisamment explicite à cet égard' (18 décembre 1981, *R.B.* 1982, 121; voy. égal. Cass. fr. 27 novembre 1984, arrêt *Omnium technique*, *D.* 1985, 270 et note VASSEUR, *eodem loco*, 274, n° 1). Comme le souligne Ghestin (*Le contrat*, n° 495), 'il ne suffit pas pour être créancier d'une obligation de renseignements d'invoquer son ignorance. Il faut encore que celle-ci soit légitime'.

...

Le banquier agira toutefois prudemment en se ménageant, *in tempore non suspecto*, la preuve que le client a marqué son accord exprès sur le texte de l'acte de garantie, et a parfaitement compris la nature et l'étendue de ses obligations. Semblable précaution s'indique particulièrement quand, pour rencontrer les exigences du maître de l'ouvrage, le client prétend faire émettre par son banquier un texte de garantie

contenant des clauses exorbitantes.” (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *id.*, *o.c.*).

En l’espèce, il n’était pas besoin d’explication. Le texte de la garantie sur lequel M.B.B. a marqué son accord est limpide et ne nécessite aucune interprétation. C’est à M.B.B. qu’il appartenait de transmettre en temps utile à G.B.M., soit directement sur place via son représentant, soit par l’intermédiaire de G.B.C., la copie des procès-verbaux de réception provisoire des marchandises.

Il importe peu que dans sa lettre du 16 octobre 1998, G.B.C. n’ait pas rappelé à l’intimée le caractère nécessaire de la communication des procès-verbaux de réception provisoire, tant celui-ci est évident.

C’est à tort que M.B.B. soutient que l’appelante ne peut lui opposer une exception soulevée par G.B.M. sur base d’une convention n’existant qu’entre ces deux banques. Le problème ne doit pas être posé en ces termes. En cette affaire, G.B.C. est intervenue en tant que donneur d’ordre pour compte de M.B.B. Le contenu de l’ordre donné par G.B.C. à G.B.M. a été déterminé de l’accord et selon les instructions de M.B.B.

Celle-ci ne peut dès lors prétendre que le contenu et les modalités de la garantie lui sont étrangers. Dès lors que le champ de la garantie dont M.B.B. devrait finalement répondre avait été clairement défini, c’est à celle-ci qu’il appartenait de faire les diligences et respecter les formalités prévues pour que la réduction automatique de la garantie puisse être opposée à et par la banque garante.

Lorsqu’elle s’adresse à G.B.C. le 11 octobre 1999 et qu’elle lui communique le timing des réceptions provisoires qui révèle que la sixième et dernière livraison est intervenue le 8 juillet 1999, il est trop tard, la garantie est expirée et il ne saurait plus y avoir matière à rétrocession d’une partie des commissions, puisqu’il n’a pas été justifié de la réduction progressive de la garantie à l’égard de G.B.M. qui est ainsi restée tenue jusqu’au terme de la garantie de répondre à la demande du bénéficiaire sans pouvoir lui opposer la réduction du plafond de celle-ci.

C’est encore à tort que M.B.B. fait reproche à G.B.C. d’avoir manqué au principe d’exécution de bonne foi des conventions pour n’avoir pas fait toutes les démarches nécessaires à la bonne suite du dossier et de ne l’avoir pas mise dans les conditions lui permettant de récupérer une partie des commissions.

C’est en effet à M.B.B. et non à G.B.C. qui n’était d’ailleurs pas le banquier habituel de M.B.B. et dont l’intervention

s’est limitée à obtenir la délivrance par G.B.M. des garanties exigées par l’importateur des marchandises, qu’il appartenait de suivre l’exécution du marché de façon à ce que puisse jouer la clause de réduction de la garantie.

C’est en vain que M.B.B. invoque encore le caractère prétendument confus du libellé de la garantie de remboursement. Il n’y a aucune contradiction entre les dispositions du texte qui prévoient le caractère automatique de la dégressivité et la nécessité du respect de certaines formalités pour que celle-ci puisse sortir ses effets sans qu’il y ait de problème.

Et le fait qu’il ait été prévu que la garantie de remboursement cessera tous ses effets dès l’instant où les marchandises réceptionnées provisoirement représenteront 80% du contrat n’y change rien, cette disposition étant compatible avec le respect de la formalité de la communication des procès-verbaux de réception provisoire.

G.B.C. n’a commis aucune faute. La simple lecture attentive du texte de la garantie par les responsables de M.B.B. aurait permis d’éviter la réalisation du dommage dont la réparation est postulée. L’ignorance dont l’intimée se prévaut est illégitime.

L’appel interjeté est donc fondé; l’action introduite par M.B.B. doit être rejetée; les fonds consignés doivent être restitués à l’appelante qui doit obtenir le remboursement des frais qu’elle a dû exposer dans le cadre de la procédure de cantonnement.

Le rejet d’une demande n’implique pas nécessairement qu’une faute ait été commise par le demandeur originaire; l’appelante ne rapporte pas la preuve d’une faute commise par son adversaire qui justifierait que ses frais de défense soient pris en charge par celui-ci (Liège (7^e ch.) 14 décembre 2004, *J.L.M.B.* 2005, 689).

Décision

La cour statuant contradictoirement;

Reçoit l’appel et les demandes introduites par les parties en appel;

Réformant le jugement entrepris sauf en ce qu’il reçoit la demande, déclare celle-ci non fondée et rejette toutes les prétentions de la SA Mathy By Bols;

Ordonne la libération au profit de la SA Fortis Banque des fonds cantonnés en exécution du jugement entrepris et des intérêts produits par ceux-ci.

(...)

Observations

L'argument est classique dans le cadre des conflits qui peuvent surgir en cas d'appel à une garantie bancaire: le donneur d'ordre s'il n'est pas en position d'obtenir une décision empêchant l'exécution de la garantie, tente d'engager la responsabilité du banquier garant ou contre-garant pour manquement, par ce dernier, à son devoir d'information et de conseil.

En l'espèce, le litige portait non sur l'exécution d'une garantie – qui n'avait pas été demandée – mais sur le refus, par la banque garante, mauritanienne, de restituer des commissions prépayées par rapport au montant total et pour toute la durée de la garantie alors que celle-ci devait se réduire "automatiquement", au fur et à mesure de l'exécution des livraisons.

On notera au passage que si le litige avait porté directement sur le remboursement des commissions, l'affaire aurait dû être introduite en Mauritanie et tranchée selon le droit de ce pays.

On admet généralement¹³⁸, en effet, que lorsqu'une banque agit par l'intermédiaire d'établissements localisés dans différents pays, qu'il s'agisse de filiales ou de succursales, ces différents établissements doivent être, à l'égard du droit applicable et de la compétence judiciaire, considérés comme des établissements distincts¹³⁹.

En l'espèce toutefois, le donneur d'ordre reprochait à la banque belge intervenue comme intermédiaire lors de la mise en place de la garantie d'avoir manqué à son devoir de conseil en ne lui rappelant pas que la restitution des commissions était subordonnée à la condition que soient transmis en temps voulu, à la banque garante, les textes appropriés.

Le tribunal de commerce de Dinant avait fait droit à la demande sur base de la prémisse qui se révélera erronée par la suite, qu'il n'était ni soutenu ni démontré que le donneur d'ordre avait reçu copie du texte de garantie.

La cour constate d'une part que le texte de garantie a bien été soumis préalablement au donneur d'ordre et accepté par lui, d'autre part que ledit texte était parfaitement clair et prévoyait expressément que la preuve des réductions résulterait à l'égard de la banque garante de la réception d'une copie des procès-verbaux de réception provisoire relatifs aux livraisons.

Dans la mesure où la communication du timing des livraisons provisoires n'est intervenue qu'après l'expiration des

garanties, il ne saurait y avoir matière à rétrocession puisque la banque garante est restée potentiellement tenue jusqu'au terme de la garantie de payer à première demande du bénéficiaire sans pouvoir lui opposer la réduction de son montant.

Cette décision ne peut qu'être approuvée.

On oublie trop souvent que, comme le rappelle la cour, le banquier belge sollicité de faire émettre une garantie par une banque étrangère intervient pour compte de l'exportateur et aux risques de ce dernier.

Le plus souvent, la banque "intermédiaire" à laquelle il est demandé de faire émettre une garantie par un correspondant n'a qu'un rôle passif par rapport au libellé du texte de la garantie. Ce texte est très généralement proposé par le donneur d'ordre lequel ne fait que relayer les exigences du bénéficiaire et si le texte de la garantie doit être aménagé, c'est dans la quasi-totalité des cas pour rencontrer les conditions que met la banque garante elle-même à son engagement. Quant aux suggestions que peut être tentée de faire la banque intermédiaire au niveau du libellé du texte de la garantie, elles sont presque toujours ignorées, pour la bonne et simple raison que le donneur d'ordre n'a guère le choix: s'il veut emporter le marché, il se doit de passer par les fourches caudines imposées par le bénéficiaire et/ou la banque garante.

Il est important de souligner par ailleurs, à cet égard, que le principal souci des banques intervenant comme garant ou contre-garant est, compte tenu de l'autonomie qui caractérise les garanties bancaires, de rester aussi neutre que possible par rapport aux discussions qui peuvent naître au niveau de l'exécution de l'opération commerciale qui fait l'objet de la garantie. Ce souci est rencontré par l'aménagement des textes de garanties/contre-garantie de façon à ce que celles-ci soient exécutables tantôt à la simple demande du bénéficiaire tantôt sur base de documents clairement identifiés, "attestant" de manière formelle et sans que les banquiers aient à apprécier la réalité des faits évoqués, d'événements susceptibles d'influencer l'exécution de la garantie/contre-garantie.

L'ampleur du dialogue qui s'instaure entre le banquier et son client à l'occasion de l'émission d'une garantie est fonction des circonstances et du degré d'expérience du client. On retrouve ici, comme dans d'autres domaines, lorsqu'il est question du devoir de conseil du banquier, la notion de "client averti".

¹³⁸. H. LESGUILLONS, *Contrats internationaux: cautions et garanties bancaires 1986*, 9/85; également sur cette question, C. MARTIN et M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *R.P.D.B.*, Compl. T. VII, Bruylant, 1991, n° 176 et s. et F. BONELLI, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires", *R.D.A.I.* 1985, p. 391 et réf. citées.

¹³⁹. Le Code belge de DIP (loi du 16 juillet 2004, *Mon. b.* 27 juillet 2004) art. 98 renvoie expressément à la Convention de Rome du 19 juin 1980 (outre la Belgique – loi du 14 juillet 1987 –, le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la République Fédérale d'Allemagne et le Royaume-Uni ont ratifié la convention. L'adhésion à la convention est une condition à l'entrée des nouveaux pays dans l'Union Européenne). Cette convention stipule dans son art. 4, al. 2 que lorsque la prestation caractéristique est fournie par un établissement autre que l'établissement principal, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le lieu où est situé l'établissement qui fournit effectivement la prestation caractéristique.

En tout état de cause, le banquier veillera utilement, à se ménager une preuve de ce que le texte de l'engagement qui sera émis a été approuvé par le donneur d'ordre. L'espèce commentée en fournit une fois de plus la démonstration.

On trouve communément dans les textes de garantie des clauses stipulant la dégressivité de leur montant.

Cette dégressivité peut résulter de deux types de facteurs.

Tout d'abord, et fort logiquement, il sera prévu que le montant de la garantie se réduira au fur et à mesure des montants effectivement payés par le garant en exécution de son engagement. Cette clause ne pose pas de problème particulier. Elle évite toute possibilité de discussion quant au caractère "revolving"¹⁴⁰ de la garantie.

Plus délicate est la rédaction de clauses qui font dépendre la réduction du montant de la garantie du déroulement du contrat commercial sous-jacent¹⁴¹.

Il est évidemment légitime du point de vue du donneur d'ordre, que le montant de la garantie – et par conséquent, tant son obligation de remboursement corrélative vis-à-vis du banquier que le montant des commissions qui sont dues à ce dernier – décroissent au fur et à mesure que sont remplis les engagements couverts par la garantie¹⁴². Par contre, il ne peut être demandé aux banquiers de s'informer – et encore moins de porter jugement – sur la réalité et la qualité des prestations effectivement fournies.

L'efficacité des clauses de dégressivité est fonction de l'automatisme de leur application.

Toute référence aux clauses, termes et conditions du contrat commercial de base est à ce niveau, évidemment proscrite sous peine d'altérer le caractère autonome de la garantie.

Les possibilités envisageables sont dès lors limitées: la réduction de la garantie peut être opérée moyennant attestation du bénéficiaire¹⁴³, du donneur d'ordre ou d'un tiers désigné. Des formules mixtes se rencontrent également, qui font dépendre la dégressivité de la remise à la banque par le donneur d'ordre, de documents signés, à l'issue d'une procédure contradictoire, par les parties à l'opération de base, tels que les procès-verbaux de réception des marchandises ou des travaux¹⁴⁴.

C'est cette dernière solution qui avait été retenue en l'espèce.

Encore fallait-il, bien entendu, que les documents en question parviennent en temps utile à la banque garante: tant qu'elle n'était pas en possession des documents autorisant la réduction du montant de la garantie, la banque restait engagée à l'égard du bénéficiaire – et en risque – pour le montant total. Il était donc logique qu'elle perçoive des commissions à la hauteur de son engagement.

Il incombait à l'entrepreneur, donneur d'ordre de la garantie et à lui seul, d'assurer le suivi du déroulement du marché afin de tenir les banques informées, en temps opportun des événements permettant de faire jouer la dégressivité.

Martine DELIERNEUX et Jean-Pierre BUYLE

¹⁴⁰ Voy. C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., n° 103 et références citées.

¹⁴¹ Ce type de clause se rencontre essentiellement dans les garanties de restitution d'acompte. Voy. notamment C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., nos 81 et 113.

¹⁴² *A fortiori* lorsque le banquier a subordonné l'émission de sa garantie à la constitution en ses livres d'une provision qui grève la trésorerie du donneur d'ordre.

¹⁴³ Certains pays notamment du Moyen-Orient n'acceptent que cette seule possibilité.

¹⁴⁴ Cette solution n'est toutefois pas exclusive de toute difficulté lorsque ces documents comportent des réserves...