

Les nouvelles Règles Uniformes de la CCI applicables aux garanties sur demande (URDG 758) un nouvel instrument à intégrer dans la pratique belge des garanties

Martine Delierneux¹ et Christine Centner²

I. Introduction	216
II. Rôle de la Chambre de Commerce Internationale	217
III. Elaboration des URDG 758 – Intérêt de ces nouvelles règles	218
IV. Application des URDG 758	220
V. Ce que les URDG 758 ne règlent pas	221
V.1. <i>L'ordre public et les bonnes mœurs</i>	221
V.2. <i>Les appels abusifs</i>	221
V.3. <i>La saisie-arrêt</i>	222
V.4. <i>Les intérêts moratoires</i>	222
V.5. <i>Le paiement par compensation</i>	223
V.6. <i>La subrogation</i>	223
VI. Le droit applicable aux garanties et contre-garanties	224
VII. Le choix des juridictions compétentes	225
VIII. Principe fondamental	226
IX. Définitions	227
X. La rédaction de la garantie	228
X.1. <i>Indications recommandées</i>	228
X.2. <i>Les conditions non documentaires</i>	228
XI. L'émission de la garantie	228
XII. La notification de la garantie	229
XIII. Les amendements à la garantie	229
XIV. La variation du montant de la garantie	230
XV. La présentation et la demande de paiement	230
XV.1. <i>Le processus de présentation</i>	230
XV.2. <i>La demande de paiement</i>	231
XV.3. <i>L'information de la partie donnant les instructions</i>	233
XV.4. <i>L'examen des documents</i>	233
XV.5. <i>Le délai d'examen des documents</i>	233
XV.6. <i>La demande conforme</i>	234
XV.7. <i>La demande non conforme</i>	234
XV.8. <i>L'extend or pay</i>	235
XVI. La force majeure	235
XVII. L'expiration de la garantie	236
XVIII. Les clauses d'exonération	236
XIX. Le transfert d'une garantie et la cession de son produit	236
XX. Conclusion	237

RÉSUMÉ

Les nouvelles Règles Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux garanties sur demande (URDG 758) sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

Dans le présent article, les auteurs mettent en exergue les principales dispositions de ces nouvelles règles, en les mettant en perspective avec le droit belge des garanties tel qu'il a été élaboré par la doctrine et la jurisprudence.

¹ Juriste d'entreprise, maître de conférence à l'ULB.

² Juriste d'entreprise.

SAMENVATTING

Op 1 juli 2010 zijn de nieuwe Uniforme Regels van de Internationale Kamer van Koophandel inzake garanties op eerste verzoek (URDG 758) in werking getreden.

In dit artikel lichten de auteurs de belangrijkste bepalingen toe, aan de hand van een vergelijking met de door de Belgische rechtspraak en rechtsleer uitgewerkte praktijk inzake garanties op eerste verzoek.

I. INTRODUCTION

Avant d'aborder une analyse détaillée du contenu des URDG 758, nous rappellerons brièvement la raison d'être des garanties sur demande et le rôle joué par la Chambre de Commerce Internationale – ci-après CCI³ dans la structuration des pratiques des marchés internationaux. Nous verrons comment les règles se sont élaborées et quels sont les buts principaux poursuivis par la CCI. Nous nous attacherons ensuite aux critères d'application des URDG 758 en soulignant par ailleurs qu'elles ne règlent pas toutes les questions qui peuvent se poser à propos des garanties ce qui nous conduira tout naturellement à nous interroger sur les choix du droit applicable aux garanties et des juridictions compétentes pour connaître des litiges auxquels elles peuvent donner lieu.

Les garanties bancaires indépendantes – abstraites – autonomes – à première demande⁴ sont nées, dans le cadre de marchés internationaux, pour combler un vide juridique créé par l'inadéquation des mécanismes de sûreté traditionnels au regard des nécessités de la vie des affaires.

Il s'agissait de fournir au créancier un moyen de pression à l'égard de son débiteur qui présente la même efficacité qu'un dépôt de sommes entre les mains du créancier sans imposer au débiteur les charges de trésoreries engendrées par un tel dépôt.

Si les garanties sont aujourd'hui utilisées dans des circonstances les plus diverses qui dépassent largement le cadre des marchés d'exportation, elles restent fortement marquées par leur origine historique qui en explique le mécanisme et en circonscrit les modalités⁵.

En tout état de cause, l'important développement de ce type d'instrument a, depuis les années '70 stimulé les intérêts de la doctrine et a abouti à nombre d'études juridiques approfondies⁶ portant notamment sur la typologie des garanties, sur la mise en évidence de leur nature juridique et des caractéristiques qui en découlent et sur la conciliation de ces caractéristiques intrinsèques avec les principes fondamentaux du droit des obligations⁷.

Si l'abstraction juridique des garanties par rapport aux opérations économiques sous-jacentes a, en particulier, suscité des interrogations en droit belge et français traditionnellement 'causalistes'⁸, l'arrêt *Segtraco* a, dès le début des années '80 consacré sans équivoque en droit belge la validité de principe des garanties en tant que sûreté indépendante, *détachée* de l'obligation qui en a occasionné l'émission⁹.

Depuis cet arrêt de principe, la validité des garanties 'abstraites' n'a plus été sérieusement remise en question en droit belge. Les garanties autonomes sont aujourd'hui des figures familières à nos cours et tribunaux.

Toutefois, si la théorie est bien connue, ses applications pratiques n'en continuent pas moins de soulever certaines questions et justifient sans doute quelques nuances¹⁰.

Les discussions que soulèvent encore aujourd'hui ce type de garantie trouvent le plus souvent leur origine dans la piètre qualité des textes utilisés (terminologie ambiguë, peu claire, peu précise) dans les nécessaires et inévitables limites posées à l'abstraction par d'une part, l'obligation de respecter en toute hypothèse l'ordre public et les bonnes mœurs et

^{3.} La Chambre de Commerce Internationale rassemble dans différentes commissions dont celle de 'technique et pratique bancaire', des praticiens des différents secteurs du commerce international: banquiers, transporteurs, assureurs, etc.

^{4.} Ces différents qualificatifs sont fréquemment et indifféremment utilisés par la doctrine et la jurisprudence.

^{5.} *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, C. MARTIN et M. DELIERNEUX, Bruylant, 1990.

^{6.} Voy. notamment les importants travaux de la FEDUCI: colloque de Tours juin 1980, travaux publiés sous le titre *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Paris, 1981; colloque de Bruxelles octobre 1983, *Les sûretés* organisé par la Faculté de Droit de l'ULB et la FEDUCI et les travaux publiés, dans le cadre de ce colloque sous le titre *Les sûretés issues de la pratique*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1983.

^{7.} Consultez en particulier Y. POULLET, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique, étude de droit civil comparé*, Thèse, Louvain-la-Neuve, 1982.

^{8.} Le droit belge est toutefois plus souple à cet égard que le droit français, puisque la Cour de cassation belge ayant considéré, dans un arrêt du 13 novembre 1969 (*Pas.* 1970, I, p. 234), que si la validité d'un acte juridique est en principe subordonnée à l'existence d'une cause, cette règle reçoit exception dans les cas où la loi *admet* que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause. Le professeur Van Ommeslaghe, dans ses commentaires de l'arrêt précité ("Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", *RCJB* 1970, p. 326) a pris fermement position en faveur d'une interprétation extensive de cette décision: "Il suffit que la loi admette que l'acte se suffit à lui-même, il n'est pas requis que la loi prévoie ou édicte que l'acte sera abstrait."

^{9.} Bruxelles 18 décembre 1981, *Rev.Banq.* 1982, p. 99 et *JT* 1982, p. 358.

^{10.} Consultez notamment, *Actualité des garanties à première demande*, Cahier AEDBF/EVBFR, n° 4, Bruxelles, Bruylant, 1998 et *Chroniques de droit bancaire et financier*, X. THUNIS, J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, *RDC* 1992, pp. 996 et s.; 1993, pp. 1052 et s.; 1994, pp. 1126 et s.; 1996, pp. 1063 et s.; 1997, pp. 778 et s.; 1998, pp. 850 et s.; 1999, pp. 723 et s.; 2000, pp. 725 et s. et 2001, pp. 809 et s.

d'autre part, la nécessité d'éviter les appels à garantie qui seraient manifestement abusifs ou frauduleux et enfin, par la nécessaire intégration de ces mécanismes nés de la pratique

internationale dans l'environnement juridique national que constituent notamment le droit des obligations et le droit judiciaire des pays concernés. Nous y reviendrons.

II. RÔLE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

La garantie à première demande tout comme le crédit documentaire sont nés de la recherche, dans le cadre des marchés internationaux, d'instruments indépendants, non seulement du déroulement des opérations commerciales sous-jacentes mais également des systèmes juridiques nationaux dans lesquels s'inscrivent lesdites opérations.

Petit à petit, au fil du temps, se sont ainsi élaborées, sans interventions d'autorités nationales¹¹, une série de règles de comportement à observer dans l'exécution de ce type d'instrument.

S'agissant des crédits documentaires, ces 'usages' nés de la pratique ont fait depuis longtemps l'objet de codifications par la CCI et apparues pour la première fois en 1933, les 'Uniform Customs and Practice for Documentary Credit – ci-après UCP¹²' s'appliquent à la totalité des crédits documentaires émis de par le monde¹³. Nées d'un catalogue privé de comportements ponctuels, les UCP ont, au fil de révisions successives, permis la mise en évidence de principes suffisamment objectifs pour que l'on s'y réfère, indépendamment des circonstances d'espèce, de manière telle que l'on est passé insensiblement du simple usage à la coutume normative par "*un élargissement progressif de la notoriété et de l'autorité de la norme considérée*"¹⁴.

Le fait même de la soumission systématique de tous les crédits documentaires aux UCP démontre mieux que tout raisonnement juridique, cette réalité.

En France, la Cour de cassation a, en 1981¹⁵, accueilli un moyen de cassation reposant sur la violation de l'article 3 des UCP 400 au même titre que la violation de l'article 1134 du Code civil¹⁶.

Les premières tentatives de codification par la CCI des garanties bancaires internationales remontent à 1978. Elles furent marquées par le refus de consacrer clairement l'indé-

pendance des garanties par rapport à l'opération commerciale sous-jacente¹⁷, ce qui explique sans doute le peu de succès qu'ont connu ces codifications sur les marchés internationaux.

Une seconde tentative, aboutie en 1992, devait corriger cette erreur¹⁸.

Pendant, là encore les 'URDG 458' n'ont pas obtenu le succès escompté.

Elles ont fait l'objet d'un certain nombre de critiques portant notamment sur le refus de prendre en compte le point de vue des bénéficiaires traditionnels de ce type d'engagement¹⁹. Par ailleurs, elles restent le fruit d'un compromis et, si elles entérinent l'existence de garanties autonomes – abstraites – indépendantes de l'obligation commerciale sous-jacente, elles ont en fait, surtout tenté de corriger les déviations et abus dont ce type de garanties autonomes pouvait faire l'objet, déniaient, en pratique, les garanties à première demande 'pures'²⁰. Enfin, il a été reproché à juste titre aux règles en question de ne pas prendre suffisamment en compte l'existence des garanties indirectes – supposant l'intervention à la fois d'un garant de premier rang et d'un contre-garant, constatation d'autant plus décevante que l'importance de ce type de structure 'à deux banques' dans le cadre du commerce international n'est plus à démontrer.

En effet, la méfiance dont l'acheteur peut faire preuve à l'égard du vendeur – et qui le conduit à exiger l'engagement d'un tiers garant s'engageant indépendamment des aléas qui peuvent affecter l'exécution de l'opération commerciale de base – rejaillit souvent – et pour les mêmes raisons d'éloignement – sur le banquier du vendeur, banquier avec lequel l'acheteur n'a lui-même aucune relation.

Cette méfiance conduira l'acheteur à exiger que le garant qui s'engage envers lui soit une banque de son pays.

¹¹. Il convient de souligner que les membres des différentes commissions constituant la Chambre de Commerce Internationale ne représentent aucun état et n'ont aucun pouvoir d'engager les pays dont ils sont les ressortissants.

¹². En français, "Règles et Usances Uniformes relatives aux Crédits Documentaires – RUU".

¹³. La Chine a été le dernier pays à y adhérer officiellement, même si, dès avant cette adhésion, tous les crédits documentaires émis par des banques chinoises y étaient systématiquement soumis.

¹⁴. J.-P. BUYLE et A. WILLEMS, "Les usages en droit bancaire", *DAOR* 1990, pp. 76 et s. et plus spécialement à propos des crédits documentaires, p. 81.

¹⁵. Cass.fr. 18 octobre 1981, *Dall.* 1982, J., p. 301.

¹⁶. D'aucuns font cependant remarquer que c'est précisément par le biais du principe d'autonomie de la volonté que les RUU ont ainsi trouvé application, les parties ayant en l'espèce accepté de s'y soumettre.

¹⁷. *Voy. Les Règles Uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles*, 1978, publication CCI, n° 325.

¹⁸. *Voy. Les Règles Uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande*, 1992, publication CCI, n° 458.

¹⁹. C. MARTIN et M. DELIERNEUX, "Les Nouvelles Règles et Usance de la CCI en matière de garantie sur demande", *RDC* 1993, pp. 288 et s. Également, sur cette question, J.-P. MATTOU et A. PRÜM, "Les Règles Uniformes de la CCI pour les garanties sur demande", *Banque et Droit* 1993, pp. 3 et s.

²⁰. A. PRÜM, "Pratiques et réglementations internationale des garanties à première demande" dans *Actualité des garanties à première demande*, Cahier AEDBF/EVBFR, n° 4, 1997, p. 241 et réf. citées.

Il en résulte que dans le cadre des marchés d'exportation, la plupart des garanties émises par les banques belges sont en fait des contre-garanties: le rapport triangulaire de base s'enrichit par l'intervention active 'combinée' d'un banquier garant établi dans le pays du bénéficiaire, lui-même contre-garanti par un correspondant banquier du pays du donneur d'ordre.

Cette modification d'une relation tripartite en relation quadripartite a pour résultat l'apparition d'une 'nouvelle strate d'abstraction': la contre-garantie est non seulement indépendante du contrat commercial de base et des relations existant entre l'émetteur de la contre-garantie et son donneur d'ordre mais également de l'engagement pris par le garant 'de premier rang' à l'égard du bénéficiaire²¹.

Ce nouveau degré d'abstraction n'est évidemment pas sans incidences sur le déroulement de l'opération envisagée dans sa globalité, incidences dont la portée n'est toutefois pas toujours perçue avec toute la précision souhaitable par les juges

et qu'il était donc plus qu'utile d'explicitier dans des règles claires et précises.

On notera que plus récemment, la CCI a publié de nouvelles Règles applicables cette fois aux 'Lettres de Crédit Standby'²².

Devant le succès relatif des tentatives de codification de la CCI, d'autres institutions internationales telles la CNUDCI²³ sont également entrées en jeu.

Si l'avantage de ces institutions réside dans le fait qu'elles rassemblent, contrairement à la CCI, des représentants d'états et doit normalement aboutir à l'adoption d'une convention internationale, dont les dispositions sont susceptibles d'être introduites dans le droit positif des états adhérents, il faut bien reconnaître toutefois que cet avantage constitue également, par certains côtés, un inconvénient, dans la mesure où les participants aux travaux de ces conférences internationales ne sont pas des praticiens, au fait des besoins et des problèmes du marché...²⁴. Ceci explique sans doute en grande partie le peu d'intérêt qu'elles ont suscité.

III. ELABORATION DES URDG 758 – INTÉRÊT DE CES NOUVELLES RÈGLES

La CCI s'est donc attelée à une profonde révision des URDG 458. Cette révision a été méticuleusement préparée pendant deux ans et demi, par des membres²⁵ issus de deux commissions distinctes de la CCI: la Commission de pratique et technique bancaire et celle des lois et pratiques commerciales. Les projets préparés par le groupe de travail ont été soumis aux critiques et suggestions des différents comités nationaux²⁶.

La nouvelle version des 'Règles Uniformes de la CCI pour les garanties sur demande' (URDG 758) a été adoptée en novembre 2009 en séance plénière par la Commission de pratique et technique bancaire. Les URDG 758 sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2010²⁷.

Les URDG 758 présentent d'incontestables avantages par rapport à leur version antérieure.

Tout d'abord, des représentants de pays traditionnellement bénéficiaires de ce type d'engagement ont été – contraire-

ment à ce qui s'était passé dans le cas des URDG 458 – étroitement associés à leur élaboration, ce qui devrait faciliter leur adoption par les praticiens des marchés internationaux localisés dans ces pays. Compte tenu de la tendance actuellement traditionnellement favorable aux acheteurs qui caractérise les marchés internationaux, il est évidemment essentiel au succès futur des règles que les bénéficiaires des garanties et leur banquier reconnaissent l'utilité et le caractère approprié de celles-ci.

Ensuite le caractère 'non accessoire', indépendant, autonome et abstrait de la garantie par rapport aux contrats commerciaux sous-jacents est aujourd'hui clairement et indiscutablement consacré (voy. *infra*, les commentaires de l'art. 5 des règles). Les garanties sont clairement appelées à jouer leur rôle de substitut d'un dépôt de somme constitué entre les mains du bénéficiaire. C'est le principe 'payer d'abord, réclamer ensuite'. En cas d'appel à la garantie conforme aux termes et conditions de celle-ci et à l'exclusion de toute dis-

²¹ Ce principe est consacré par l'art. 2 des Règles de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux garanties sur demande (publication CCI, n° 458).

²² *International Standby Practices* 1999, publication CCI, n° 590. Nées de la pratique américaine cherchant à contourner l'interdiction faite aux banques américaines d'émettre des garanties accessoires ('no-guaranty rule de 1857'), les standby letters of credit sont une forme hybride entre garanties à première demande et credit documentaire (Uniform Commercial Code des USA, section 5, 103); voy. notamment, *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., n°s 84 à 87. Ces Règles 'supplément' en vertu de leur art. 1.03 la loi applicable dans la mesure non prohibée par celle-ci.

²³ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

²⁴ Sur ces travaux et leur comparaison avec les Règles de la CCI, voy. A. PRÜM, "Pratiques et réglementations internationale des garanties à première demande", o.c., pp. 231 à 247.

²⁵ Ressortissants de plus de 26 pays différents.

²⁶ Plus de 52 comités nationaux sont ainsi intervenu activement dans le processus d'élaboration des règles.

²⁷ Voy. G. BOSMAN, "De nieuwe Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758) van de Internationale Kamer van Koophandel: een eerste kennis-making", *Dr.banc.fin.*, 2010/11, pp. 81 et s. En France, G. AFFAKI et J. STOUFFLET, "Chronique de droit bancaire", *Rev. Banque et Droit* 2010, n° 130, pp. 37 et s. et S. PIEDELIEVRE, "Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande", *Rev.trim.dr.com.* 2010, n° 3, pp. 513 et s. Le texte des URDG 758 peut être commandé sur www.ccibook.com.

cussion pouvant exister dans le cadre du contrat de base, le garant exécutera son engagement. Cela ne signifie pas que le débiteur de l'obligation principale soit privé de tout droit de recouvrement des montants payés en exécution de la garantie s'il est en mesure de démontrer que l'appel à la garantie est injustifié au regard de l'exécution effective de ses obligations mais il lui incombera, s'il veut obtenir remboursement, d'assigner sa contrepartie commerciale devant les juridictions compétentes en vertu de la loi du contrat et en tout état de cause postérieurement au paiement de la garantie par le garant²⁸.

Un soin tout particulier a été apporté à préciser la terminologie applicable aux garanties²⁹ et à guider leur rédacteur en vue de l'élaboration de textes clairs, précis et transparents quant à leurs conditions de mise en jeu. Des modèles de lettre de garantie sont également fournis.

Une formulation ambiguë de la lettre de garantie aboutit en effet à créer une situation nuisible en fait à toutes les parties:

- nuisible au bénéficiaire qui ne pourra échapper, en cas d'appel aux longues discussions que le recours à une garantie indépendante avait précisément pour but d'éviter;
- nuisible à la banque engagée suivant un texte peu clair et écartelée au moment de l'appel à la garantie entre son souci de préserver sa réputation de 'droiture' vis-à-vis du bénéficiaire et sa fidélité aux intérêts de son client donneur d'ordre;
- nuisible à moyen terme au donneur d'ordre qui, s'il peut être tenté d'user dans certaines circonstances de l'ambiguïté d'un texte pour tenter d'échapper aux conséquences dommageables pour lui d'un paiement de la garantie, subira tôt ou tard les répercussions du mécontentement du bénéficiaire, lequel ne pouvant obtenir satisfaction ponctuelle et immédiate des droits qu'il estime avoir, perdra toute confiance dans le donneur d'ordre et le banquier de celui-ci (voire dans le système bancaire du pays concerné dans sa totalité).

Enfin, les URDG 758, contrairement à la version antérieure, consacrent des dispositions claires aux contre-garanties. Les URDG 758 consacrent l'autonomie de la contre-garantie non seulement vis-à-vis de l'opération commerciale de base mais également par rapport à la garantie elle-même. Elles aménagent les rapports entre garantie et contre-garantie en tenant compte chaque fois des répercussions de tout événement susceptible d'influencer le déroulement de l'opération tant au niveau de la garantie que de la contre-garantie. Elles tranchent certaines questions controversées quant aux condi-

tions que doit remplir le garant pour pouvoir faire appel à la garantie en stipulant par exemple que l'appel à la garantie par le contre-garant doit être accompagné d'une attestation par celui-ci de ce qu'il a reçu un appel conforme aux conditions de sa garantie sans que le garant ne doive par contre attester de ce qu'il a effectivement payé son engagement³⁰.

Les URDG 758 visent par ailleurs à une harmonisation cohérente des règles applicables aux garanties par rapport à celles qui régissent les crédits documentaires.

Ces deux institutions nées des besoins de la pratique des marchés internationaux présentent indubitablement de nombreuses caractéristiques communes: engagement personnel de l'émetteur, indépendant de l'évolution de la situation du débiteur principal – donneur d'ordre – autonomie de cet engagement vis-à-vis de l'opération sous-jacente, formalisme.

Une première différence peut être trouvée dans le fait que, si les crédits documentaires sont des engagements purement bancaires, les garanties sur demande peuvent être émises par des non-banquiers – une maison mère pour sa filiale par exemple. C'est pour cette raison que les URDG 758 parlent de 'parties' à l'opération et non seulement de 'banques'.

C'est cependant au niveau de leur finalité respective que les deux instruments divergent le plus fondamentalement: alors que l'exécution du crédit documentaire s'inscrit dans le déroulement normal d'une transaction commerciale (les marchandises ou les travaux convenus ont été livrés et doivent dès lors être payés), l'appel à une garantie suppose plutôt que les prestations à réaliser dans le cadre de l'opération sous-jacente ne l'ont pas été conformément aux aspirations du bénéficiaire de la garantie.

En ce sens, le crédit documentaire apparaît comme un instrument de paiement, tandis que la garantie a essentiellement une fonction de sûreté.

Toutefois, il faut se garder d'ériger des barrières trop hermétiques: le crédit documentaire n'est pas seulement un instrument de paiement, il joue également un rôle de sûreté par rapport à la bonne exécution de ce paiement. Par ailleurs, les fonctions de la garantie sont plus multiples et surtout plus complexes qu'il n'y paraît: d'une part, il existe des garanties de paiement du prix d'une prestation ou de remboursement d'un crédit, d'autre part l'appel à la garantie peut avoir pour fonction aussi bien d'obtenir une indemnisation forfaitaire pour la non-exécution d'une prestation que de constituer 'a posteriori' le dépôt de somme à titre de sûreté que le bénéficiaire avait renoncé à exiger au départ.

²⁸. Le tout sous réserve des cas – rares en pratique – où le caractère manifestement abusif de l'appel à la garantie 'crève les yeux' – voy. *infra*.

²⁹. Pas moins de 26 termes font l'objet de définitions précises.

³⁰. Certains auteurs faisaient prévaloir l'interdépendance économique de la garantie par rapport à la contre-garantie pour exiger, en l'absence de stipulation contraire, que tout appel à une contre-garantie soit 'soutenu' par la preuve de ce que la garantie elle-même a effectivement joué. Voy. en ce sens: J. STOUFFLET, *JCP* 1985, II, 20436, n° 14 et *JCP* 1986, I, 3265, n° 121; dans le même sens, C. MOULY, rapport dans le cadre du séminaire tenu à Londres en 1986 par le Banking Law Institute: "legally, the guarantor can be reimbursed only once he has paid since his right to recovery appears only when the beneficiary is satisfied."

Ce qui est certain par contre, c'est que l'appel à une garantie se situe presque toujours dans une phase conflictuelle des relations entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, ce qui

explique l'important contentieux dont elles font l'objet. Ce n'est pas, pour les raisons évoquées ci-dessus, le cas des crédits documentaires.

IV. APPLICATION DES URDG 758

Les URDG 758, comme les UCP dans leurs versions successives³¹, ne s'appliquent qu'aux engagements – garanties ou crédits documentaires – qui stipulent expressément l'application des règles en question.

Cette nécessité d'une soumission expresse anticipe de possibles controverses quant à la force obligatoire des règles en tant qu'usage de droit.

Cette question a parfois été posée même à propos des règles et usances applicables aux crédits documentaires et elle a fait l'objet d'âpres discussions en doctrine notamment suisse et allemande³².

Les opposants à la reconnaissance des UCP en tant que règle de droit applicable même en dehors de toute adhésion par manifestation certaine de volonté des parties en cause font cependant valoir notamment, l'absence de tout pouvoir normatif supranational reconnu à la Chambre de Commerce Internationale et le fait que lesdites règles n'ont fait l'objet d'aucune ratification de la part d'organismes officiels des différents pays concernés mais seulement d'adhésion par des associations bancaires voire des banques à titre particulier. Dès lors, si la soumission aux règles des crédits documentaires émis par les banques adhérentes ne pose pas de difficulté, la force obligatoire – à tout le moins de certaines des règles – vis-à-vis des intervenants non bancaires (bénéficiaire ou donneur d'ordre) est selon cette partie de la doctrine, beaucoup moins évidente³³.

En pratique, les UCP prévoient toujours, dans leur version la plus récente³⁴ qu'elles s'appliquent aux crédits documentaires qui stipulent expressément leur application.

C'est donc fort logiquement que les URDG 758 qui, comme nous l'avons vu s'inspirent étroitement des UCP 600, reproduisent cette même règle³⁵. Logique d'autant plus grande que les URDG 758 constituent à bien des égards un nouveau corps de règles et que seul le succès

qu'elles rencontreront dans l'avenir permettra de déterminer dans quelle mesure elles peuvent prétendre à la qualification d'usage de droit.

Comme mentionné au point III ci-dessus, les URDG 758 sont susceptibles de s'appliquer à toute garantie ou contre-garantie qu'elles soient ou non émises par une banque. On observera toutefois que les URDG 758 prescrivent un certain nombre de comportements techniques qui, s'ils s'inscrivent logiquement dans la pratique bancaire, risquent de s'avérer fort lourds pour un garant non banquier. Dans la suite du texte, nous envisagerons essentiellement les garanties bancaires qui constituent, en l'espèce, la toute grande majorité des cas.

Les URDG 758 en tant que loi des parties, prévalent sur les dispositions des différents droits internationaux sous réserve de violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs (voy. *infra*, point V.1.).

Une fois déclarées applicables à une garantie, les URDG 758 s'y appliquent intégralement, sauf dans la mesure où le texte de la lettre de garantie ou de la contre-garantie écarte le contenu de l'une ou l'autre de leurs dispositions.

La combinaison de l'article 12 des URDG 758 et de la définition qui est donnée d'une 'complying presentation' indique en effet clairement que le texte de la garantie ou de la contre-garantie l'emporte sur les dispositions des URDG elles-mêmes.

L'exclusion de certaines dispositions spécifiques nécessite cependant une exclusion expresse. C'est le cas de l'article 15, a), des URDG 758, lequel prévoit que la demande de paiement doit être accompagnée par l'attestation du bénéficiaire indiquant les manquements qui sont reprochés au débiteur de l'obligation sous-jacente (voy. *infra*).

³¹. A l'exception des UCP 290 datant de 1974 qui prévoyaient qu'elles s'appliquaient à tout crédit documentaire sauf s'il en était expressément convenu autrement.

³². Consultez notamment S. TEVINI DU PASQUIER, *Le crédit documentaire en droit suisse*, Thèse, Genève, 1990, pp. 27 à 46.

³³. Cette même doctrine se refuse à voir dans les RUU une manifestation de la '*Lex mercatoria*' dont l'existence même en tant que concept est mise en doute et dont on fait remarquer, par ailleurs, que l'on en trouve en tous cas d'application que dans le domaine de l'arbitrage de manière telle qu'elle n'offre pas un enracinement suffisant pour justifier l'application des RUU par les cours et tribunaux – voy. S. TEVINI DU PASQUIER, *o.c.*, p. 30.

³⁴. UCP 600 révision 2007. Pour un commentaire de cette dernière version en date des UCP, voy. notamment: voy. J-P. MATTOUT, "Les nouvelles règles et usances 600 de la CCI relatives aux crédits documentaires", *Banque et Droit* 2007, n° 112, pp. 22 et s.; G. AFFAKI, "Le nouveau droit des crédits documentaires: les règles et usances 600", *Banque et Droit* 2007, n° 112, pp. 3 et s.; D. DOISE, "La révision 2007 des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600)", *RDAI* 2007, n° 1, pp. 106 et s. et M. DELIERNEUX, *Les Règles et Usances Uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires irrévocables*, version 2007 – (RUU 600).

³⁵. On insérera donc utilement dans le texte de la garantie une phrase du type: "Cette garantie est soumise aux Règles Uniformes pour les garanties sur demande, (RUGD) révision 2010, publication de la CCI n° 758".

V. CE QUE LES URDG 758 NE RÈGLENT PAS

Les URDG présentent un catalogue de règles de bon comportement applicables à la pratique des garanties sur demande depuis leur émission jusqu'à leur exécution ou leur échéance. Elles ne règlent pas, loin s'en faut, l'ensemble des questions qui peuvent engendrer un contentieux en la matière.

Un survol de la jurisprudence en offre de nombreuses illustrations.

V.1. L'ordre public et les bonnes mœurs

Tout d'abord lorsque les plaideurs mettent en exergue les limites de l'abstraction qui régit ce type d'engagement. On ne saurait évidemment accepter sans réserve que la garantie soit utilisée sans limite d'aucune sorte, pour tourner une interdiction légale impérative ou a fortiori relevant de l'ordre public ou des bonnes mœurs³⁶. Si tout le monde s'accorde sur ce principe et sur les exemples évidents qui en sont donnés: garantie destinée à couvrir un contrat de contrebande d'armes ou de drogue ou ayant pour objet la traite d'êtres humains, sur le terrain, les choses se présentent cependant moins clairement et la conciliation de l'essence même des garanties avec les limites de 'l'élémentaire moralité' impose quelques nuances qu'il appartient au juge de clarifier.

Or, force est bien de constater que l'appréhension des notions de bonnes mœurs ou d'ordre public – à supposer qu'elles puissent être cernées avec un niveau suffisant de précision dans un système national déterminé – varie considérablement suivant les pays: que l'on songe par exemple, à la prohibition du prêt à intérêt dans les pays relevant du droit musulman.

Pour tenir compte de la fonction particulière de la garantie à première demande, on admet généralement qu'il faut donner ici à la notion d'ordre public une interprétation restrictive: ne

peut affecter la garantie que la violation contenue dans le contrat de base d'un principe dont le caractère d'ordre public est, au regard du droit applicable à la garantie, à ce point intense qu'il met un obstacle absolu à l'application de toute disposition contraire même légitime suivant une loi étrangère. On se réfère ainsi, à la notion 'exceptionnelle' de droit public international³⁷. Il faut cependant constater que la détermination des dispositions relevant, même dans un système juridique défini, de la notion d'ordre public n'est guère aisée et la définition de cette notion 'qui se sent bien plus qu'elle ne se définit' laisse un sentiment de frustration au juriste épris de sécurité³⁸.

La jurisprudence révèle ainsi que même l'application de dispositions pénales – comme cause de nullité d'une garantie – suscite quelques interrogations³⁹.

La doctrine et la jurisprudence se divisent également sur l'attitude que doit adopter le garant sollicité par son donneur d'ordre de ne pas payer la garantie au motif que l'obligation sous-jacente est contraire à une règle 'technique'⁴⁰ d'ordre public⁴¹.

A noter que l'article 31 des URDG 758 introduit le principe selon lequel le donneur d'ordre et, en cas de contre-garantie, le contre-garant indemniseront le garant pour les obligations et responsabilités imposées par les lois et les usages étrangers lorsque ces lois et usages étrangers l'emportent sur les termes de la garantie. Le contre-garant doit indemniser le garant et le donneur d'ordre indemniser le contre-garant.

V.2. Les appels abusifs

Envisagée comme substitut d'un gage de dépôt de somme, la garantie 'à première demande' suppose que l'engagement souscrit par le garant emprunte la rigueur de la sûreté réelle qu'il remplace⁴². En ce sens, le risque d'appel injustifié est,

³⁶. Selon la Cour de cassation, il suffit qu'un des mobiles déterminant d'un engagement – le contrat de base par rapport à la garantie – soit illicite pour que ledit engagement soit nul: Cass. 13 novembre 1953, *Pas.* 1954, I, p. 190; Cass. 19 janvier 1968, *Pas.* 1968, I, p. 640; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *RCJB* 1970, p. 358, n° 20.

³⁷. Consultez notamment: R. VANDER ELST, *Rép.not.*, XV – Livre XIV, *Droit international privé* (première partie: "Règles générales de conflit de loi dans les différentes matières de droit privé", n°s 117 et s.; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, n° 659.

³⁸. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, n° 91, en 'esquisse l'idée générale' de la manière suivante: "la loi d'ordre public est celle qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée". Voy. Également Cass. 2 décembre 1948, *Pas.* 1948, I, p. 669.

³⁹. Voy. sur cette question, notamment M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique" in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 606 et s.

⁴⁰. La jurisprudence en matière de portage d'actions est révélatrice à ce niveau: comparer par exemple l'application faite de l'art. 1855 du Code civil par, d'une part, le tribunal de commerce de Namur (Comm. Namur 12 septembre 1994, *RDC* 1995, p. 67) et la cour d'appel de Liège (Liège 15 septembre 1995, *Rev.gén.dr.* 1995, p. 320).

⁴¹. Selon le professeur Pouillet, le banquier peut, s'il découvre l'illicéité pour contradiction à l'ordre public du contrat de base, refuser le paiement de la garantie (Y. POUILLET, "Les garanties autonomes" in *Actualité des garanties à première demande*, Cahier AEDBF, n° 4, Bruylant, 1998, p. 164, n° 20) tandis que selon les professeurs t'Kint et Derijcke (F. t'KINT et W. DERIJCKE, "La garantie indépendante à l'ombre des apparences" in *Hommage à J. Heenen*, p. 448, n° 27), si le contrat de base est illicite, le garant devrait en être conscient dès que la naissance de son engagement et sa responsabilité seraient nécessairement mises en cause s'il ne faisait état de ses réticences qu'au moment de l'exécution de l'appel.

⁴². Suivant le président du tribunal de commerce de Bruxelles 6 avril 1982 (*Rev.Banq.* 1982, p. 683 et *Dall.* 1982, p. 504, note M. VASSEUR) "le garant s'engage non pas à payer la dette d'autrui mais bien à assurer au bénéficiaire (...) la sécurité absolue de la bonne fin de l'opération commerciale ou industrielle".

nous l'avons souligné, inhérent à la technique de la garantie et accepté comme tel par le donneur d'ordre. Il n'empêche qu'il existe des limites dont le dépassement ne saurait être toléré par l'équité et c'est, une fois de plus aux juges nationaux qu'il appartiendra de trouver un équilibre à ce niveau. Si le contentieux des 'appels abusifs' repose essentiellement sur l'appréciation de circonstances forcément factuelles, cette appréciation s'inscrira nécessairement dans le cadre juridique qui s'applique à la juridiction nationale saisie et sera influencée par celui-ci⁴³.

De façon générale, les cours et tribunaux se montrent raisonnablement réservés et n'admettent l'existence d'une fraude ou d'un abus comme obstacle à l'exécution d'un crédit documentaire ou d'une garantie, qu'avec beaucoup de prudence⁴⁴.

V.3. La saisie-arrêt

Pour 'contourner' cette difficulté, des donneurs d'ordre⁴⁵ imaginatifs ont songé à avoir recours à la technique de la saisie-arrêt⁴⁶ consistant, pour un créancier à saisir entre les mains d'un tiers – ici le banquier garant – débiteur de son débiteur, les sommes ou effets qui sont dus à ce dernier par le tiers en question. Appliquée à la matière qui nous occupe, l'approche est particulièrement subtile puisqu'il s'agit ici non pas de contester le bien-fondé de l'appel fait par le bénéficiaire mais bien de 'saisir-arrêter' la créance de ce dernier – dont le principe n'est pas contesté – en vue d'une compensation ultérieure⁴⁷. En pratique, l'effet escompté sera le même que celui d'une action en référé fondée sur l'existence d'une fraude ou d'un abus: empêcher l'exécution de la garantie – ou du crédit documentaire – et assurer au donneur d'ordre une position de force dans le cadre de ses négociations ultérieures avec le bénéficiaire.

Une fois encore, c'est au juge du for qu'il appartiendra de concilier le principe d'une garantie payable 'sur demande' et

les principes de droit judiciaire relatifs aux saisies.

La Cour de cassation tant en France⁴⁸ qu'en Belgique⁴⁹ a exclu la possibilité pour le donneur d'ordre d'un crédit documentaire de pratiquer une saisie-arrêt conservatoire entre les mains du banquier émetteur du crédit documentaire. Les juridictions de fond demeurent cependant plus divisées.

Une fois de plus, l'utilisation d'une structure quadripartite introduira dans cette problématique un élément de complication supplémentaire.

Le bénéficiaire d'une garantie dans laquelle interviennent deux banques, n'a en effet de créance que contre la banque émettrice de premier rang qui à son tour a une créance en remboursement sur le banquier contre-garant.

Dans la mesure où le donneur d'ordre n'est pas plus créancier de la banque contre-garante que cette dernière n'est elle-même débitrice du bénéficiaire, une saisie-arrêt pratiquée par le donneur d'ordre entre les mains de la banque contre-garante serait donc en tout état de cause et par définition inopérante.

V.4. Les intérêts moratoires

Lorsque le donneur d'ordre saisit le juge pour tenter d'empêcher le paiement de la garantie, il peut se produire que le bénéficiaire, confirmé, le cas échéant dans ses droits n'obtienne cependant le paiement de sa garantie exécutable 'à première demande' qu'à l'issue d'une procédure qui nonobstant les principes du référé et compte tenu des différents moyens de procédure parfois utilisés peut prendre plusieurs mois.

Le bénéficiaire s'attend donc, tout naturellement, à obtenir les intérêts qui se rapportent à la période écoulée.

Le tribunal de commerce de Bruxelles a néanmoins décidé⁵⁰ que "les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le

⁴³ Voy. notamment M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique" in *Liber Amicorum Lucien Simont, o.c.*, pp. 601 et s. et les réf. citées.

⁴⁴ Voy. notamment sur ces questions les références citées par J.-F. ROMAIN, "La fraude et l'abus manifeste dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun au regard de la jurisprudence internationale, en particulier française et belge", *Rev.banc.fin.* 2002, pp. 28 à 44; par L. SIMONT et A. BRUYNEEL, "Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque: garanties indépendantes (1979-1988)", *Rev.banc.fin.* 1989, p. 528 et par X. THUNIS, J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, "Chronique de droit bancaire et financier", *RDC* 1994, p. 1126, *RDC* 1996, p. 1068, *RDC* 1997, pp. 778 et 781, *RDC* 1998, p. 850, *RDC* 1999, p. 773, *RDC* 2000, p. 731 et *RDC* 2001, pp. 809 et 812.

⁴⁵ Nous n'aborderons ici, que l'hypothèse d'une saisie pratiquée par le donneur d'ordre agissant sur base d'une créance née dans le cadre du contrat de base ayant donné lieu à l'émission de la garantie. Pour les cas de saisies pratiquées soit par le donneur d'ordre sur base d'une créance extérieure au contrat de base, soit par une des banques impliquées dans l'opération, soit encore par un tiers, consultez notamment J.-P. MATTOUT, "Droit bancaire international", 4^{ème} éd., *Rev.Banq.* 2009, pp. 254 et s. en ce qui concerne les garanties à première demande et 324 et s. en ce qui concerne les crédits documentaires.

⁴⁶ Organisée par les art. 1445 à 1460 du Code judiciaire.

⁴⁷ Voy. sur cette question: Y. POULLET, "La saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née d'un crédit documentaire ou d'une garantie à première demande" in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, pp. 47 et s.; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, 1988 p. 647; M. FORGES, "La saisie des garanties à première demande" dans *L'actualité des garanties à première demande, o.c.*, pp. 174 à 195 et *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, nos 151 à 160 et réf. citées.

⁴⁸ Cass.fr. 14 octobre 1981, *JCP* 1982, II, p. 19815, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Dall.* 1982, p. 301, note M. VASSEUR et *Banque* 1982, p. 524, note L.-M. MARTIN; Cass.fr. 14 mars 1984, *Bull.* 1984, IV, p. 86, n° 102; Cass.fr. 24 juin 1986, *Bull.* 1986, IV, p. 110, n° 131. En matière de garantie à première demande, Cass.fr. 18 mars 1986, *Banque* 1986, p. 610, note J.-L. RIVES-LANGE, *JCP* 1986, II, p. 20624, note J. STOUFFLET, *Dall.* 1986, p. 374, note M. VASSEUR.

⁴⁹ Cass. 23 juin 1994, *Rev.Banq.* 1995/2, p. 111 avec une note de L. SIMONT.

⁵⁰ Comm. Bruxelles 7 juin 2001, *RDC* 2003, p. 52 avec les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

débiteur est en demeure de remplir ses obligations” et que “l’appel fait à une garantie ‘à première demande’ par son bénéficiaire ne réunit en aucune manière les conditions d’une mise en demeure”.

Cette décision est critiquable⁵¹ parce que les dispositions relatives à la mise en demeure ne sont pas d’ordre public⁵² et que la nécessité d’une mise en demeure apparaît d’autant moins clairement au bénéficiaire étranger, que celui-ci est titulaire d’un engagement autonome, payable à première demande.

V.5. Le paiement par compensation

Le banquier personnellement engagé dans le cadre d’un engagement indépendant, abstrait de l’opération commerciale sous-jacente peut-il exécuter son obligation de payer le bénéficiaire de cet engagement par compensation avec des sommes dont, par hypothèse, le bénéficiaire est lui-même redevable – à un autre titre – vis-à-vis du banquier?

Le tribunal de commerce de Bruxelles⁵³ et à sa suite la cour d’appel⁵⁴ ont répondu positivement à cette question dans le cadre de l’émission d’un crédit documentaire – matière dans le cadre de laquelle le problème se pose en termes similaires.

Cette possibilité a par contre été refusée par le tribunal de première instance de Genève⁵⁵.

En droit belge, la compensation est de droit et joue automatiquement, indépendamment de toute intervention de la volonté des parties concernées, dès lors que les dettes en présence remplissent les conditions de réciprocité, d’exigibilité, de liquidité et de fongibilité imposées par la loi⁵⁶. Il n’en va pas de même en droit suisse où les parties doivent s’en prévaloir expressément – et peuvent dès lors y renoncer implicitement ce qui explique peut-être les jurisprudences divergentes.

V.6. La subrogation

Le banquier qui paie une garantie abstraite peut-il bénéficier de la subrogation dans les droits du bénéficiaire de la garantie à l’égard du donneur d’ordre tels que stipulés dans le contrat commercial sous-jacent?

En Belgique, les auteurs qui ont abordé la question se prononcent par la négative⁵⁷.

Ce refus repose sur le libellé des articles que le Code civil consacre au paiement avec subrogation, d’une part, sur les caractéristiques de la garantie autonome, d’autre part⁵⁸.

Conformément à l’article 1251, 3°, du Code civil, “La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui étant tenu avec d’autres ou pour d’autres au paiement de la dette, avait intérêt à l’acquitter.”

La loi exige donc que le *solvens* soit ‘obligé à la dette’ avec d’autres (exemple type, le débiteur solidaire) ou pour d’autres (exemple type, la caution).

Le garant qui exécute une garantie indépendante⁵⁹ – de même que le débiteur conjoint ou l’assureur⁶⁰ – n’est pas tenu ‘avec ou pour’ le débiteur principal.

Sur base de dispositions strictement analogues à celles du Code civil belge (et plus particulièrement l’art. 1251, 3°), la Cour de cassation française aboutit par contre à une solution radicalement inverse.

Dès la fin du 19^{ème} siècle, la Cour de cassation française a, en effet, admis que celui qui paie sa propre dette peut néanmoins, dans certaines circonstances, être subrogé dans les droits du créancier vis-à-vis du débiteur principal⁶¹.

En 1943, cette même Cour confirmait cette solution en matière d’assurance crédit nonobstant l’absence en la matière de toute disposition légale dérogoratoire du droit commun. La Cour relevait, en l’espèce, que la seule constatation

⁵¹. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, observations après la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 7 juin 2001, *RDC* 2003, p. 54.

⁵². Code civil, art. 1139: *Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l’effet de la convention, lorsqu’elle porte que, sans qu’il soit besoin d’acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* Il ne s’agit donc pas tant de savoir si l’appel à la garantie a ou non la portée d’une mise en demeure, mais plutôt de se demander, si, compte tenu de la nature particulière d’un engagement dont le nom même de garantie ‘à première demande’ traduit le caractère absolu et immédiat de l’obligation souscrite par le garant, les parties n’ont pas entendu, implicitement mais de manière certaine, dispenser le bénéficiaire d’une telle formalité.

⁵³. Comm. Bruxelles 18 avril 1985, *RDC* 1985, p. 727, *Dall.* 1986, IR, p. 226 avec une note de M. VASSEUR et *JCP* 1986, D, 3265 n° 107 avec une note de J. GAVALDA et J. STOUFFLET; pour d’autres références en doctrine, *RPDB*, Compl. VII, *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 161.

⁵⁴. Bruxelles 13 juin 1991, *Dall.* 1992, sommaires commentés, p. 306 – observations M. VASSEUR.

⁵⁵. Trib. Genève 3 décembre 1987, *Dall.*, IR 1988, p. 184, note M. VASSEUR.

⁵⁶. A noter que si cette solution vaut entre un bénéficiaire et un garant qui se trouveraient réciproquement débiteur et créancier l’un de l’autre, la compensation ne peut par ailleurs trouver à s’appliquer entre les montants réclamés au garant au titre de la garantie et les éventuels dommages et intérêts dont le donneur d’ordre serait créancier à l’égard du bénéficiaire de ladite garantie dans le cadre de l’opération commerciale sous-jacente. Une telle compensation serait en effet contraire, tant à l’abstraction des garanties à première demande – qui impose de payer d’abord la garantie et de réclamer éventuellement ensuite dans le cadre du contrat commercial – qu’au caractère personnel de l’engagement du garant qui s’oppose à toute compensation ‘tripartite’. C’est ce qu’a, à bon droit, décidé le président du tribunal de commerce d’Hasselt (Comm. Hasselt 2 octobre 1998, *RDC* 1999, p. 723 et les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX).

⁵⁷. Voy. les références citées au *RPDB*, Compl. VII, *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 174.

⁵⁸. Voy. notamment M. DELIERNEUX, “Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique” dans *Liber Amicorum Lucien Simont, o.c.*, pp. 609 à 616.

⁵⁹. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 174 et réf. citées.

⁶⁰. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, o.c.*, III, n° 547 c.

⁶¹. Cass.civ. 3 décembre 1888, *Dall.* P. 1990, I, p. 71.

que l'assureur crédit payait une dette trouvant son origine juridique dans le contrat d'assurance ne suffisait pas à exclure tout recours subrogatoire dudit assureur à l'égard du débiteur principal mais qu'il s'imposait de procéder à une analyse en fait de la volonté des parties impliquées dans les différentes conventions en cause pour déterminer qui était le débiteur devant supporter le poids définitif de la dette⁶².

Suivant une jurisprudence sans cesse réaffirmée par la suite, la Cour de cassation française a dégagé le principe selon lequel *“celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun, celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette”*⁶³.

En d'autres mots, lorsqu'un seul et même créancier a plusieurs débiteurs liés à lui par des obligations autonomes, le débiteur qui, en payant son propre engagement, libère celui des débiteurs sur lequel doit peser la charge définitive de la

dette est subrogé dans les droits du créancier vis-à-vis de ce débiteur⁶⁴.

Suivant cette jurisprudence française, le bénéfice de la subrogation doit seulement être refusé au débiteur qui apparaît comme étant celui à qui incombe de supporter seul et définitivement la charge de l'obligation qu'il a acquittée par son paiement⁶⁵.

La cour d'appel de Paris a, en particulier, reconnu formellement le bénéfice de la subrogation légale à une banque ayant exécuté une garantie ‘à première demande’⁶⁶.

On pourrait citer encore de nombreux exemples de questions qui ne peuvent être résolues par des règles internationales uniformes et dont la réponse devra être trouvée dans le droit du for saisi par les protagonistes.

La question du choix du droit applicable à la garantie et celle de la détermination des tribunaux compétents restent donc essentielles.

VI. LE DROIT APPLICABLE AUX GARANTIES ET CONTRE-GARANTIES

En vertu de l'article 34 des URDG 758, et sauf disposition contraire dans la garantie ou la contre-garantie, celles-ci sont soumises respectivement au droit de l'entité qui procède à leur émission.

Dans la mesure où la garantie/la contre-garantie est émise non par le siège central mais bien par une succursale du garant ou du contre-garant, c'est le droit du pays d'établissement de cette succursale qui sera appliqué, nonobstant le fait que la succursale ne jouit pas d'une personnalité juridique propre.

En raison de l'abstraction de la contre-garantie vis-à-vis de la garantie, les URDG 758 conduisent logiquement – en l'absence de stipulation contraire – à soumettre la garantie et la contre-garantie à des droits différents.

En pratique, un garant acceptera-t-il d'être engagé selon un droit déterminé alors que les recours qu'il peut exercer après paiement sont soumis à un droit différent?

La raison plaiderait pour la soumission de toute l'opération à un seul et même droit.

Dans ce cas, la tendance du marché risque bien d'imposer le droit du bénéficiaire, souvent en position de jouer sur la concurrence pour imposer la solution la plus à même de protéger ses intérêts.

Cette solution conduit pourtant à d'autres difficultés: imaginons une entreprise belge qui contracte avec une entreprise chinoise dans le cadre par exemple d'un marché d'exécution de travaux. La garantie de bonne exécution émise par la banque de Chine est soumise au droit chinois. La banque chinoise impose la soumission de la contre-garantie émise à son profit au même droit chinois. Faudra-t-il pousser le raisonnement jusqu'au bout et conclure que le crédit de signature conclu entre la banque belge contre-garante et son client également belge donneur d'ordre devra lui aussi, afin d'assurer la cohérence, être soumis – en l'absence de stipulation contraire – au droit chinois⁶⁷?

⁶² Cass.civ. 14 décembre 1943, *Dall.* 1944, I, p. 81, note A. BESSON et *Sir.* 1945, I, p. 41, note R. HOUIN.

⁶³ Notamment: Cass.civ. 4 avril 1984, *RTDC* 1985, p. 383, observations J. MESTRE; Cass.civ. 9 mai 1990, *Bull.* 1990, IV, n° 146 et *RTDC* 1990, p. 662, observations J. MESTRE; Cass. 7 novembre 1995, *Dall.* 1996, Som. Com., p. 335, observations D. MAZEAUD et les nombreuses réf. citées; Cass.civ. 24 octobre 2000, dans *Petites Affiches – droit des assurances*, 9 novembre 2001, n° 224, p. 13 avec la note de P. CASSON et les nombreuses réf. citées.

⁶⁴ D. MAZEAUD, *o.c.*, *Dall.* 1996, Som. Com., p. 335.

⁶⁵ D. MAZEAUD, *o.c.*, *Dall.* 1996, Som. Com., p. 335.

⁶⁶ Paris 25 septembre 1996, *inédit*, cité dans les *Mélanges AEDBF France 1997, Droit bancaire et financier* sous la direction de J.-P. MATTOU et H. DE VAUPLANE. En matière de crédit documentaire, consultez D. DOISE, *Lamy Contrats Internationaux, Le crédit documentaire*, 1999, n° 638.

Le législateur français (loi n° 2010-737 du juillet 2010) vient de créer un art. spécifique dans le Code monétaire et qui se lit: *“Les établissements de crédit ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue au 3° de l'article 1251 du Code civil.”*

⁶⁷ Sur ces questions, voy. notamment F. BONELLI, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 applicable aux opérations bancaires”, *RDAI* 1985, pp. 389 et s.; M. FALLON, *Le clair obscur du droit applicable aux garanties internationales à première demande*, Cahier de l'AEDBF/EVBFR, n° 4, Bruxelles, Bruylant, 1998 et J.-P. MATTOU, *Droit bancaire international, o.c.*, pp. 231 et 232 ainsi que les références citées au *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n°s 176 à 179.

L'article 31 des URDG 758 qui prévoit l'indemnisation du contre-garant par le donneur d'ordre en ce qui concerne

l'application d'une loi étrangère pourrait s'avérer bien utile à ce niveau.

VII. LE CHOIX DES JURIDICTIONS COMPÉTENTES

En vertu de l'article 35 des URDG 758 et sauf stipulation contraire dans la garantie ou la contre-garantie, les différends entre le bénéficiaire et le garant seront soumis à la compétence exclusive des cours et tribunaux du lieu d'établissement de la succursale qui a émis la garantie et les litiges entre garant et contre-garant seront soumis à la compétence exclusive des cours et tribunaux du lieu d'établissement de la succursale qui a émis la contre-garantie.

Les mêmes observations que celles qui viennent d'être faites à propos des questions que soulève l'existence d'une structure 'quadripartite' au niveau du choix du droit applicable, s'appliquent à propos du choix de juridiction.

Il faut par ailleurs souligner ici le rôle particulier des juridictions de référé.

On admet généralement, que celles-ci sont compétentes pour prendre, de manière provisoire, les mesures urgentes qui s'imposent même si leur intervention déroge en l'espèce, au choix de juridiction fait par les parties ou aux règles de conflits de juridictions normalement applicables⁶⁸.

Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a décidé qu'une juridiction belge est compétente *ratione loci* pour prendre des mesures provisoires relatives à la libération d'une garantie autonome à première demande émise en francs français par une filiale belge d'une banque française au bénéfice d'une entreprise française⁶⁹.

C'est donc tout naturellement vers les juridictions de référé du lieu d'émission de la garantie ou – dans le cadre d'une structure quadripartite – de la contre-garantie que se tournera le donneur d'ordre qui entend en faire interdire le paiement.

Cette compétence est d'autant plus fondamentale que la décision qui sera prise présentera souvent en pratique, un caractère provisoire des plus définitifs!

En effet, de deux choses l'une: ou bien le paiement sera autorisé, le juge des référés estimant, à l'issue de l'examen succinct du dossier auquel il peut se livrer, qu'il n'y a pas lieu de l'interdire – et dans ce cas, le recours en dommage et intérêts que le donneur d'ordre pourrait théoriquement exercer

dans le pays du bénéficiaire étranger en alléguant du caractère non fondé de l'appel se révélera le plus souvent théorique, compte tenu des difficultés qu'il comporte sur le plan des procédures et du droit applicable – ou bien le juge interdira l'exécution et dans ce cas, c'est souvent le bénéficiaire étranger qui se laissera décourager par les difficultés d'un recours.

C'est donc essentiellement et presque exclusivement devant les juridictions de référé que s'opposeront, au principe d'autonomie des garanties, les garde-fous qui, dans un état de droit, se doivent d'en prévenir les abus.

On n'insistera, par ailleurs, jamais assez sur l'importance de prendre en compte le lieu d'exécution.

C'est une vérité évidente mais que l'on oublie parfois: il ne sert à rien d'obtenir une décision judiciaire favorable dans un état déterminé si l'exécution de cette décision est impossible dans l'état sur le territoire duquel on veut en obtenir l'exécution.

Il conviendra de veiller par exemple à ce qu'une décision d'interdiction de paiement de la garantie soit bien exécutoire dans le pays du garant, ce qui peut poser problème si la décision est rendue dans un pays étranger qui n'a pas conclu de convention relative à l'exequatur avec le pays du garant.

En cas d'intervention d'un contre-garant, une décision rendue dans le pays de ce dernier ne sera pas nécessairement reconnue dans le pays du garant, ce qui peut mettre le banquier contre-garant dans une position plus que délicate s'il est menacé de sanction en cas de non-paiement dans le pays du garant alors qu'il s'est vu interdire le paiement de sa contre-garantie par une décision judiciaire rendue dans son propre pays.

La question du choix du droit applicable et des tribunaux compétents demeure donc une question délicate qui doit être soigneusement évaluée au cas par cas et en fonction des circonstances de l'espèce.

Après ces quelques rappels importants, passons à l'analyse détaillée des URDG 758.

⁶⁸. Loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé, art. 10. Pour une application de ce principe généralement admis, voy. Comm. Hasselt 2 octobre 1998, *RDC* 1999 p. 723 et les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, p. 727.

⁶⁹. Bruxelles 22 décembre 1995, *RDC* 1996, p. 1068 et les observations de J.-P. BUYLE et X THUNIS. Dans le même sens: Comm. Hasselt 2 octobre 1998, *RDC* 1999, p. 723 et les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, p. 727.

VIII. PRINCIPE FONDAMENTAL

Les URDG 758 consacrent le principe fondamental des garanties à première demande, à savoir leur caractère indépendant, autonome et abstrait⁷⁰.

L'autonomie de la garantie par rapport à l'opération commerciale principale liant le bénéficiaire au donneur d'ordre est cependant complexe et doit être nuancée en pratique.

Se heurtent ici de plein front 'l'abstraction juridique' et la dépendance économique de la garantie à l'égard de l'opération de base⁷¹.

Il est en effet évident qu'*in fine*, c'est le résultat de cette opération de base que le bénéficiaire de la garantie veut obtenir et qu'un appel fait à la garantie alors que l'obligation sous-jacente a été exécutée à la pleine satisfaction de son créancier serait abusif.

On notera par ailleurs, et c'est là une manifestation évidente du lien économique existant entre la garantie et le contrat sous-jacent qu'en cas d'inexécution totale ou partielle de celui-ci, le paiement de la garantie éteint à due concurrence les droits du créancier d'obtenir réparation dans le cadre dudit contrat.

En fait, en exigeant une garantie appellable à première demande, le bénéficiaire entend, d'une part, obtenir un moyen de faire pression sur le débiteur principal pour inciter ce dernier à exécuter ponctuellement ses obligations et, d'autre part, se ménager, en cas de conflit, la possibilité de reporter sur le débiteur principal les charges de la procédure.

Comme le soulignent les professeurs Cabrillac et Mouly, "la garantie indépendante envisagée par les parties est toute entière contenue dans le procédé primitif de la consignation"⁷².

C'est le principe 'payer d'abord, réclamer ensuite'⁷³ qui trouve ici application: le donneur d'ordre dont le compte sera débité du montant payé par le garant en exécution de la garantie aura, le cas échéant, la possibilité de se retourner contre le bénéficiaire, pour obtenir, le cas échéant, un dédommagement s'il démontre que l'appel à la garantie ne se justifiait pas au regard du bon déroulement de l'opération principale⁷⁴.

L'initiative du recours incombera cependant au donneur d'ordre de la garantie qui, dans l'hypothèse d'un marché international aura à supporter l'inconfort d'une procédure judiciaire dans le pays de sa contrepartie – et en tenant

compte de l'influence que le droit de ce pays ne manquera pas d'avoir sur la solution du litige quel que soit par ailleurs le droit auquel les parties ont choisi de soumettre leur convention.

On le voit, quel que soit le degré d'autonomie de la garantie, le lien économique qui existe avec l'opération sous-jacente n'est nullement rompu, l'ordre des recours des parties à cette opération est simplement inversé par l'exécution 'à première demande' de la garantie.

Ainsi, dans la philosophie de la garantie, le régime juridique de l'inopposabilité des exceptions s'explique non par l'isolement absolu d'un engagement par rapport à d'autres, mais par sa finalité même c'est-à-dire la participation de l'engagement du garant à la réalisation de l'équilibre global mis en place par les parties à l'opération⁷⁵.

La consécration de l'autonomie de la garantie se retrouve à l'article 5 et à l'article 6 des URDG 758.

L'article 5 indique qu'une garantie est, par sa nature, indépendante de la relation sous-jacente et des instructions ayant donné lieu à son émission et que le garant n'est en aucune façon concerné ou engagé par ces relations. Les URDG 758 recommandent vivement de faire référence à la relation sous-jacente dans la garantie. Cette référence permet de s'assurer que la garantie est bien causée par une relation sous-jacente et que celle-ci est licite. C'est également un élément d'identification de la garantie. Toutefois, il est expressément précisé que cette référence n'affecte pas la nature indépendante de la garantie et que le garant est tenu de payer la garantie sans pouvoir opposer d'exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le garant et le bénéficiaire.

La même règle vaut pour la contre-garantie qui se caractérise en outre par son indépendance par rapport à la garantie.

L'article 6 des URDG 758 stipule également que les garants ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, des services ou des prestations auxquelles les documents peuvent se rapporter.

Des dispositions similaires se retrouvent dans les UCP 600⁷⁶.

Cette affirmation en termes précis du caractère indépendant du rôle du garant devrait, espérons-le, permettre de s'opposer à la requalification par un tribunal d'une garantie sur

⁷⁰ Voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n°s 25 à 34 et réf. citées. Voy. également *supra*, notamment points I et III.

⁷¹ F. T'KINT et W. DERIJKE, "La garantie indépendante à l'ombre des apparences" in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 438: "On peut insister fermement sur l'indépendance de la garantie. Il faut admettre dans un même souffle qu'elle vit dans une façon de commensalisme – à tout le moins d'un point de vue économique – avec le contrat de base."

⁷² M. CABRILLAC et C. MOULY, *Traité de droit des sûretés*, 1990, n° 431.

⁷³ L. SIMONT, "Les garanties indépendantes", *Rev. Banq.* 1983 p. 596; Comm. Bruxelles (réf.) 6 avril 1982, *Dall.* 1982, *IR*, p. 504.

⁷⁴ *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 175.

⁷⁵ A. PRÜM, *Les garanties à première demande*, Thèse, Paris, Litec, 1994, p. 70.

⁷⁶ Art. 4 et 5 des UCP 600.

demande soumise aux URDG 758 en garantie accessoire. La sécurité juridique devrait y gagner grandement.

Rappelons que l'arrêt *Segtraco*⁷⁷, en plus de consacrer sans équivoque la validité des garanties en tant que sûretés indépendantes, avait pris soin de souligner la nécessaire primauté de la volonté réelle qu'ont eu les parties de créer, le cas échéant, une garantie autonome, sur l'expression éventuellement maladroite de cette volonté⁷⁸: l'utilisation du terme cautionnement⁷⁹, si elle s'avère erronée, doit être rectifiée par le juge⁸⁰.

Les premiers textes de garanties pullulaient d'incertitudes terminologiques⁸¹, s'y ajoutent, comme source de confusion, les références parfois faites dans un texte de garantie à des articles du Code civil relatifs au cautionnement⁸² et l'expression parfois malheureuse de l'engagement du garant de payer les sommes dues par le débiteur principal (ce qui induit l'idée qu'une démonstration doit être faite de ce que ledit débiteur doit effectivement ...).

Peu à peu, cependant, les principes se sont dégagés.

- le seul fait de l'inclusion d'une clause de paiement à première demande ne constitue pas une présomption irréfragable de l'autonomie de la garantie⁸³;
- par contre, une simple référence au contrat de base ne suffit pas à conférer à la garantie un caractère accessoire⁸⁴;
- l'expression 'cautionnement à première demande' entraîne par ailleurs un renversement de la charge de la preuve, la caution s'engageant à payer sans requérir préalablement la preuve de la dette principale, mais sans renoncer pour autant à procéder ultérieurement à sa vérification⁸⁵.

Au fil du temps et des décisions de jurisprudence, une certaine discipline terminologique s'est instaurée dans la pratique des garanties à tout le moins lorsqu'elles sont émises par des banquiers, professionnels de cette matière.

Comme nous l'avons indiqué, on ne peut que se réjouir de voir les URDG 758 consacrer clairement ces principes.

IX. DÉFINITIONS

Les URDG 758 contiennent à l'article 2, 26 définitions pour la plupart très claires.

Nous tenons néanmoins à épinglez parmi celles-ci les notions, en Anglais, d'Applicant', et d'Instructing party', traduites en français par 'donneur d'ordre' et 'partie donnant les instructions'.

La première, 'Applicant', 'donneur d'ordre', se définit comme la partie mentionnée dans la garantie comme tenue en vertu de la relation sous-jacente à la garantie, qui peut ou non être également la partie donnant les instructions. Cette notion vise en fait le débiteur garanti.

La seconde, 'Instructing party', 'partie donnant les instructions', se définit comme la partie qui donne les instructions pour l'émission d'une garantie et est tenue d'indemniser le garant. Cette partie peut ou non être le donneur d'ordre.

Si, en anglais, l'utilisation des notions d'Applicant' et d'Instructing party' dans une signification distincte est plus usuelle, en français malheureusement, dans le langage courant, les notions de 'donneur d'ordre' et de 'partie donnant les instructions' sont le plus souvent utilisées comme synonymes. Dans le contexte des URDG 758, il faudra donc être attentif à les distinguer et à les utiliser conformément à leur définition.

Par contre, c'est à bon escient que la 'partie donnant les instructions' d'émettre une garantie puisse, le cas échéant, être distinguée du débiteur garanti, qualifié comme nous venons de le souligner de 'donneur d'ordre'.

Les URDG 758 utilisent le terme 'garantie sur demande' ou 'garantie', 'Demand Guarantee' ou 'Guarantee', plutôt que garantie à première demande. Ces termes se définissent comme tout engagement signé, quelle que soit sa dénomina-

⁷⁷. *O.c.*, (note 6).

⁷⁸. Sur la 'recherche d'une expression magique', consultez notamment le *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, (note 2).

⁷⁹. Voy. Comm. Bruxelles (réf.) 15 novembre 1984, *RDC* 1985, p. 569.

⁸⁰. Pour une étude très complète des principes d'interprétation appliqués à la matière, consultez J.-F. ROMAIN, "Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes", *RGCD* 1989, p. 429 (note sous Bruxelles 3 avril 1987, *RGDC* 1989, p. 475).

⁸¹. Voy. les exemples cités au *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, (note 2), n° 66.

⁸². Voy. notamment Comm. Bruxelles 11 février 1999, *RDC* 2000, p. 725 (avec les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX), qui décide que la stipulation d'une solidarité entre le garant et le débiteur principal semble exclure l'existence d'une garantie à première demande autonome.

⁸³. L. SIMONT, "Garantie indépendante ou cautionnement" dans *L'actualité des garanties à première demande, o.c.*, p. 114. Comparez cependant avec Liège 8 juin 1999, *RDC* 2000, p. 731 qui considère "qu'il est possible de plaider qu'en l'état actuel de notre droit, le caractère en principe indépendant des garanties est devenu, dans les relations internationales un usage conventionnel auquel le juge pourrait se référer notamment en l'absence de la fois de toute promesse expresse d'une exécution à première demande mais aussi de toute mention infirmant le caractère autonome de la garantie".

⁸⁴. Liège 8 juin 1999, *RDC* 2000, p. 731 avec les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

⁸⁵. Comm. Bruxelles 11 février 1999, *RDC* 2000, p. 725. Dans le même sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, IV, p. 520, *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 69, DIRIX, note sous Cass. 16 novembre 1994, *RW* 1995-96, p. 322; E. WYMEERSCH, "Borgtocht en garantie" in *Liber Amicorum J. Ronse*, 1986, p. 655.

tion ou sa description, prévoyant un paiement sur présentation d'une demande conforme.

Nous reviendrons plus loin sur d'autres définitions.

Relevons également qu'afin d'alléger le texte des URDG 758, celles-ci prévoient (à l'art. 3) que, sauf si le contexte en

dispose autrement, le terme garantie vise également la contre-garantie ainsi que tout amendement apporté à l'une ou l'autre, un garant inclut un contre-garant, un bénéficiaire inclut la partie en faveur de laquelle une contre-garantie est émise.

X. LA RÉDACTION DE LA GARANTIE

X.1. Indications recommandées

La philosophie des URDG 758 est de mettre l'accent sur la qualité de la rédaction des garanties. Les URDG 758 prônent une rédaction en termes clairs et précis mais qui évite tout excès de détails. De tels textes de garanties devraient, assurément, permettre de limiter les malentendus et les différends. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, ceux-ci sont souvent suscités par des textes ambigus ou malheureux.

D'une part, l'article 8 contient les précisions qu'il est recommandé d'insérer tant dans les instructions d'émission de garanties que dans les textes de garanties.

Il s'agit de l'indication:

- a. du donneur d'ordre;
- b. du bénéficiaire;
- c. du garant;
- d. d'une référence à la relation sous-jacente;
- e. d'une référence identifiant la garantie;
- f. du montant et de la monnaie;
- g. de l'échéance;
- h. des conditions de demande de paiement;
- i. du choix de la présentation sous forme papier ou électronique;
- j. de la langue des documents;
- k. de la partie responsable du paiement des frais.

D'autre part, les URDG 758 contiennent en annexe un formulaire type de garantie et de contre-garantie ainsi que des clauses facultatives standards.

X.2. Les conditions non documentaires

L'article 7 des URDG 758 relatif aux conditions non documentaires est également très important pour la rédaction de la garantie, même s'il sera davantage consulté à l'occasion de l'examen des demandes de paiement.

Une condition non documentaire est une condition de mise en œuvre de la garantie, formulée dans la garantie, sans que celle-ci ne prévoie la production d'un document justifiant la réalisation de cette condition.

Non seulement, il est recommandé de ne pas mentionner de condition non documentaire dans une garantie, mais le garant se doit de considérer une telle condition comme non écrite et de l'ignorer.

Ceci est à nouveau dans la lignée des UCP 600⁸⁶.

Toutefois, à la différence des UCP 600, il y a des exceptions et les conditions non documentaires suivantes sont admises: une date, une période de temps, une condition dont la réalisation peut être déterminée par les propres livres du garant ou par un indice spécifié dans la garantie.

Les propres livres du garant font l'objet d'une définition à l'article 2 des URDG 758, à savoir: "les livres du garant faisant apparaître les sommes créditées ou débitées sur des comptes tenus par le garant pour autant que l'enregistrement de celles-ci permette au garant d'identifier la garantie à laquelle elles se rapportent". La référence aux propres livres du garant est donc limitée à la vérification d'un crédit ou d'un débit en compte. Le cas le plus fréquent est la vérification par le garant, dans le cadre d'une garantie de restitution d'acompte, du crédit de cet acompte au compte du donneur d'ordre en ses livres.

Il y a également une réserve à cette obligation d'ignorance des conditions non documentaires, à savoir que si les données d'une telle condition apparaissent dans un document requis et présenté dans le cadre de la garantie, les données telles qu'elles apparaissent dans ce document ne doivent pas être en contradiction avec les données figurant dans la garantie.

XI. L'ÉMISSION DE LA GARANTIE

Si l'article 4 des URDG 758 s'intitule 'Emission et entrée en vigueur', son contenu n'évoque plus l'entrée en vigueur de la garantie, mais son émission et le moment à partir duquel le bénéficiaire peut présenter une demande de paiement.

L'article 4 précise en son point a) qu'une garantie est émise dès lors qu'elle n'est plus sous le contrôle du garant.

Pour expliquer cette règle, recourons à quelques illustrations pratiques.

⁸⁶ Art. 14, h, des UCP 600.

Très souvent, les procédures internes des banques prévoient que les engagements doivent être validés par une double signature. Si la garantie doit être émise par swift et que, pour quelque raison que ce soit, le swift est envoyé alors que la double signature interne n'a pas encore été donnée, la garantie est néanmoins émise.

Par contre, si l'original de la garantie dûment signé est remis à un conseil de la banque avec des instructions de ne s'en dessaisir que moyennant la réalisation de certaines conditions, comme ce conseil agit comme mandataire de la banque, la garantie n'est pas émise tant qu'elle reste en sa possession.

Enfin, si le texte de la garantie n'en est qu'au stade de projet faisant l'objet de négociations, le garant doit veiller à entourer la transmission de ce projet de suffisamment de réserves afin d'éviter toute confusion.

Cette disposition protège le bénéficiaire, il appartient au garant d'être vigilant avant de laisser une garantie quitter son contrôle.

L'article 4 précise ensuite en son point b) que la garantie est irrévocable dès son émission même en l'absence d'une mention à cet effet. Cette disposition se passe de commentaires.

Enfin, l'article 4 précise en son point c) que le bénéficiaire d'une garantie peut présenter une demande de paiement dès l'émission de la garantie ou, selon les dispositions de la garantie, à compter d'une date ou d'un événement postérieur.

La garantie est donc en force dès son émission, sauf dispositions contraires, mais elle peut prévoir des conditions à remplir avant que le bénéficiaire ne puisse présenter valablement une demande de paiement. Le cas le plus fréquent est bien entendu le versement de l'acompte dans le cas d'une garantie de restitution d'acompte.

En prévoyant des conditions à remplir non plus pour l'entrée en force de la garantie mais avant que le bénéficiaire ne puisse présenter une demande de paiement, les URDG 758 tentent d'éviter les discussions sur l'entrée ou non en vigueur d'une garantie. Il devrait être plus aisé pour le garant de déclarer une demande de paiement non conforme parce que les conditions préalables à cette demande ne sont pas remplies, que de refuser une demande de paiement alors que sa formulation est conforme parce que la garantie n'est, selon lui, pas encore entrée en vigueur, ce que le bénéficiaire ne manquerait pas de contester.

XII. LA NOTIFICATION DE LA GARANTIE

Comme les UCP 600⁸⁷, les URDG 758 prévoient, en leur article 10, qu'une garantie peut être notifiée au bénéficiaire par une partie notificatrice, qui peut elle-même utiliser les services d'une seconde partie notificatrice.

Sous les deux ensembles de règles, la première partie notificatrice avise le bénéficiaire ou, le cas échéant, la seconde partie notificatrice, qu'elle s'est elle-même assurée de l'apparente authenticité respectivement du crédit documentaire ou de la garantie et que la notification reflète exactement les termes et conditions respectivement du crédit documentaire ou de la garantie qu'elle a reçue.

Par contre sous les UCP 600, la seconde partie notificatrice indique toujours au bénéficiaire qu'elle s'est assurée de l'apparente authenticité du crédit documentaire et que sa

notification reflète exactement les termes et conditions du crédit documentaire qu'elle a reçu, tandis que sous les URDG 758, la seconde partie notificatrice indique au bénéficiaire qu'elle s'est assurée de l'apparente authenticité de la notification (et non de la garantie) qu'elle a reçue et que sa notification reflète exactement les termes et conditions de la garantie qu'elle a reçue.

Sous les deux ensembles de règles, les parties notificatrices s'en tiennent à l'apparence d'authenticité et ne prennent pas d'engagement personnel de paiement.

L'intervention de cette partie notificatrice se justifie par le souhait du bénéficiaire d'être conforté, dans la limite indiquée ci-dessus, par l'intervention d'une banque de son pays.

XIII. LES AMENDEMENTS À LA GARANTIE

L'article 11 des URDG 758 contient des dispositions relatives aux amendements à la garantie inspirées des UCP 600⁸⁸.

Le garant n'est pas tenu d'émettre un amendement. S'il n'est pas disposé ou en mesure d'émettre un amendement demandé, il doit informer sans retard la partie qui lui a donné ces instructions.

Lorsqu'il émet un amendement, le garant est irrévocablement engagé par cet amendement, sauf si et jusqu'à ce que le bénéficiaire refuse cet amendement.

Par contre, le bénéficiaire n'est tenu par un amendement qu'une fois qu'il l'a accepté. Cette acceptation peut être expresse ou résulter d'une présentation qu'il effectue en con-

⁸⁷. Art. 9 des UCP 600.

⁸⁸. Art. 10 des UCP 600.

formité à la garantie amendée. Il n'y a pas de délai pour l'acceptation ou le refus d'un amendement par le bénéficiaire. Il faut donc être particulièrement attentif en cas d'amendement étendant le délai de validité.

L'acceptation partielle d'un amendement n'est pas autorisée

et sera considérée comme une notification de rejet de l'amendement.

Il n'est pas non plus autorisé de stipuler dans un amendement qu'il entrera en vigueur sauf rejet par le bénéficiaire endéans un certain délai. Une telle clause ne sera pas prise en compte.

XIV. LA VARIATION DU MONTANT DE LA GARANTIE

Une garantie peut prévoir que son montant sera réduit ou augmenté. Cette variation, selon l'article 13 des URDG 758, ne pourra intervenir que, soit à des dates spécifiques indiquées dans la garantie, soit lors de la survenance d'un événement déterminé, pour autant que la survenance de celui-ci puisse être justifiée par la production d'un document indiqué dans la garantie ou vérifiée par l'examen des propres livres du garant ou par un indice spécifié dans la garantie.

Toutefois, l'indication, même précise, de la seule nature du document qu'il y a lieu de produire ne suffit pas toujours. Nous pensons notamment à l'exigence de la remise d'un procès-verbal de réception provisoire pour obtenir la réduction d'une garantie. S'il n'y a pas de précisions requises concernant le contenu de ce procès-verbal de réception provisoire et que le document produit contient des réserves, la porte est ouverte aux discussions...

XV. LA PRÉSENTATION ET LA DEMANDE DE PAIEMENT

Les URDG 758 contiennent plusieurs articles consacrés à la présentation et à la demande de paiement.

XV.1. Le processus de présentation

Voyons d'abord la présentation. Celle-ci est définie à l'article 2 des URDG 758 comme visant à la fois la remise au garant d'un document dans le cadre d'une garantie et le document ainsi remis, que ce soit à des fins de demande de paiement ou à d'autres fins.

Le processus de présentation est décrit à l'article 14 des URDG 758.

Toute présentation doit être effectuée au lieu d'émission ou à tout autre lieu spécifié dans la garantie, au plus tard à l'échéance. Elle doit être complète sauf si elle indique qu'elle sera complétée ultérieurement. Auquel cas elle devra en tout état de cause être complétée endéans le délai de validité de la garantie.

La garantie peut prévoir une présentation sous forme électronique mais, dans ce cas, elle doit préciser le format, le système de transmission des données, ainsi que l'adresse électronique pour la présentation. A défaut, le document peut être présenté, soit sous tout format électronique qui permet son authentification, soit sous format papier. Tout document électronique qui ne peut pas être authentifié sera considéré comme n'ayant pas été présenté.

Les URDG 758 se veulent tournées vers l'avenir en prévoyant une présentation électronique. Les dispositions réglementant celle-ci sont suffisamment générales pour s'adapter aux évolutions techniques qui ne manqueront pas de se produire durant la durée d'application de ces règles.

Si la garantie ne précise pas si elle doit se faire sous forme électronique ou sous forme papier, elle devra être effectuée sous forme papier.

Si la garantie indique que la présentation doit se faire sous forme papier et par un moyen de livraison précis sans toutefois exclure un autre moyen, l'utilisation d'un autre moyen de livraison par le présentateur sera valable si la présentation est reçue au lieu et dans les délais requis.

Si le garant souhaite que la présentation ne puisse se faire que par l'un ou l'autre moyen de livraison bien précis, il faut donc non seulement que la garantie prévoie ce ou ces moyens de livraison précis, mais en outre, qu'elle exclue expressément les autres moyens de livraison. Nous pensons par exemple à la garantie qui stipulerait que toute présentation doit être effectuée par une compagnie de courrier express citée nommément sans toutefois exclure expressément toutes autres compagnies de courrier express, ou encore, à la garantie qui stipulerait que toute présentation doit être effectuée par lettre recommandée à la poste sans exclure expressément le courrier express. Bien entendu, il appartient au bénéficiaire de se ménager des preuves de la réception de la présentation par le garant au lieu et dans les délais requis, que ce soit sous le moyen requis ou sous un autre moyen.

Espérons que cette disposition mette fin à la querelle opposant à ce sujet, d'une part, les partisans du respect scrupuleux du caractère formaliste et littéral des garanties, et, d'autre part, les opposants à un excès de formalisme exacerbé, ce dernier pouvant dégénérer en chicanes de mauvais aloi et en abus de droit. La doctrine et la jurisprudence sont actuellement toujours divisées sur cette question⁸⁹.

⁸⁹ Voy. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, note sous Comm. Louvain 18 mai 2004, *RDC* 2006, p. 106 et réf. citées.

Enfin, sauf si la garantie en dispose autrement, les documents émis par ou pour le compte du donneur d'ordre ou du bénéficiaire seront rédigés dans la langue de la garantie. Ceux émis par d'autres personnes peuvent être rédigés dans n'importe quelle langue.

XV.2. La demande de paiement

L'article 15, a), des URDG 758 précise que toute demande de paiement d'une garantie doit, bien entendu, être accompagnée des documents spécifiés dans la garantie, et, en tout état de cause, d'une déclaration du bénéficiaire de la garantie indiquant les obligations relatives à la relation sous-jacente que le donneur d'ordre n'a pas remplies. De même, l'article 15, b), précise que toute demande de paiement d'une contre-garantie doit, en tout état de cause, être accompagnée d'une déclaration du bénéficiaire de la contre-garantie indiquant que ce dernier a reçu une demande de paiement conforme. Cette déclaration peut figurer dans la demande de paiement ou dans un document séparé.

Le principe de justifier le motif de l'appel à la garantie ou contre-garantie est jugé à ce point primordial qu'il ne peut y être dérogé que lorsque la garantie l'exclut expressément (art. 15, c)). Alors que la plupart du temps, il suffit que le texte de la garantie déroge aux règles pour s'en départir, ici le simple silence ne suffit pas. Lorsqu'une garantie ou contre-garantie ne requiert pas cette déclaration sans exclure expressément l'application de l'article 15, a) ou b), cette déclaration reste néanmoins requise.

Le but poursuivi est à nouveau de veiller à l'équilibre entre les intérêts de toutes les parties.

L'exigence d'une motivation de l'appel à la garantie ne doit nullement s'entendre comme l'exigence d'une preuve des manquements allégués ni comme une possibilité offerte au donneur d'ordre d'empêcher le paiement de la garantie en contestant l'importance de ces manquements ou en les justifiant par quelque motif que ce soit.

La garantie à première demande motivée reste une garantie abstraite⁹⁰.

Toutefois les recours – en restitution du montant de la garantie – du donneur d'ordre contre le bénéficiaire de mauvaise foi seront facilités dans la mesure où le donneur d'ordre pourra d'autant plus aisément démontrer qu'il n'a pas failli à ses obligations – et par conséquent que la garantie a été appelée à tort – que les griefs invoqués à son encontre à l'appui de l'appel auront été plus ou moins précisément circonscrits.

Enfin, il existe, à côté de la garantie à première demande pure et de la garantie motivée, une troisième grande catégorie de garantie, la garantie documentée – plus rarement utilisée en pratique – qui subordonne le paiement de la garantie à la production de certains documents rendant vraisemblable le bien-fondé de la demande de paiement.

Le caractère conditionnel – documentaire – de ce type de garantie ne contredit pas sa qualification de garantie à première demande et son autonomie par rapport au contrat de base demeure satisfaisante pour autant que le document à produire ne soit pas un accord écrit du donneur d'ordre ou une décision judiciaire coulée en force de chose jugée statuant sur l'exécution du contrat commercial⁹¹.

Est ainsi envisageable dans le cadre d'une garantie à première demande, la production d'un certificat d'inspection des marchandises ou des travaux à fournir, un rapport d'expert, une attestation de chambre de commerce, etc. dans la mesure où ces documents, s'ils accréditent les prétentions du bénéficiaire à obtenir le versement de la garantie, ne vident pas nécessairement et définitivement toute contestation sur le fond.

On ne pourra s'empêcher de faire un parallèle entre les garanties documentaires et les '*standby letter of credit*' soumises aux UCP.

Si, en principe, crédits documentaires et garanties documentaires demeurent des engagements dont la philosophie diffère complètement – dans la mesure, comme dit ci-dessus, où les premiers sont des instruments de paiement appelés en principe dans le cadre du déroulement normal d'une opération alors que les seconds sont des instruments de garantie actionnés en principe au contraire dans le cadre d'un conflit existant à propos de l'exécution du contrat de base – il n'en demeure pas moins qu'en pratique ces deux types d'instruments peuvent s'utiliser dans des contextes fort proches⁹².

Ainsi, lorsqu'une garantie garantit le paiement du prix d'une prestation sous condition de production de documents rendant vraisemblable la réalisation satisfaisante de cette prestation, on est fort proche d'un instrument de paiement pur et simple – dont l'exécution a peu de chance en pratique d'être remise en cause par un recours a posteriori – et donc d'un crédit documentaire.

Il en va de même dans une certaine mesure lorsque la garantie couvre le paiement d'une clause pénale stipulée en cas de mauvaise exécution et dont les documents requis dans l'acte de garantie confortent l'hypothèse.

En semblable cas, la référence expresse aux UCP 600 fournira un cadre utile de référence.

⁹⁰. Contrairement à l'engagement improprement qualifié de "garantie à première demande justifiée" qui cache en réalité le plus souvent un cautionnement, voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 97.

⁹¹. Si une telle exigence figurait comme condition d'exécution d'une garantie, celle-ci devrait être requalifiée en cautionnement, voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 62.

⁹². Voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes, o.c.*, n° 62 et E. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire – Evolution et perspectives*, Litec, 1992, p. 279.

Un soin tout particulier devra par ailleurs être apporté à la description dans la lettre de garantie des documents dont la production sera exigée comme condition de paiement sachant que hormis le cas de falsification manifeste, la correspondance des mentions figurant dans ces documents avec la réalité des faits ne pourra pas – sous peine de nier l'autonomie de la garantie – faire l'objet d'un débat dont l'issue influencerait le paiement de celle-ci⁹³.

Le pendant de l'abstraction de la garantie indépendante est en effet le caractère littéral de l'engagement du garant en ce sens que le banquier doit s'en tenir strictement aux conditions et modalités de cet engagement tel qu'exprimé dans la lettre de garantie. Le texte de la garantie sera, dans la mesure du possible⁹⁴, aménagé en vue de limiter les possibilités d'abus par le bénéficiaire.

Il faut cependant 'savoir garder juste mesure'. Si les abus parfois commis par les bénéficiaires de garanties sont susceptibles de certaines sanctions, tout aussi condamnable est le garant qui pour se dérober à son engagement – ou par solidarité avec son client donneur d'ordre – cherche refuge dans un formalisme outrancier. A peine de dégénérer en chicanes, le 'littéralisme' doit rester dans les limites du raisonnable.

La jurisprudence a, à maintes reprises, eu l'occasion de prendre parti entre autonomie et formalisme précisant ainsi l'application qui pouvait être raisonnablement faite par le garant de telle ou telle modalité de la garantie.

Nous citons ci-après quelques exemples.

- la nécessité d'un appel écrit n'a jamais été sérieusement contestée⁹⁵. A défaut de précision contraire, un appel par télécopie ou télex repéré peut être accepté pour autant que l'émetteur du message puisse être identifié de manière indiscutable⁹⁶;
- la condition qu'un appel à garantie parvienne à la banque émettrice par l'intermédiaire d'une banque du pays du bénéficiaire n'empêche nullement que l'appel soit fait par le bénéficiaire lui-même, sa signature étant confirmée par le banquier étranger⁹⁷. Par contre l'appel

ne peut être fait par l'avocat du bénéficiaire, à défaut pour ce dernier de justifier d'un mandat spécial⁹⁸;

- la référence faite dans le texte de la garantie au contrat commercial sous-jacent ne transforme pas une garantie abstraite en cautionnement⁹⁹. Par contre, dans la mesure où la garantie vise expressément certaines factures déterminées, il ne peut y être fait appel pour des factures autres que celles mentionnées et un tel appel serait manifestement abusif¹⁰⁰;
- lorsqu'une garantie prévoit comme condition de mise en œuvre à la fois une demande écrite de paiement précisant les articles du contrat de base non respectés et une attestation certifiant que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations contractuelles, l'envoi d'un appel écrit accompagné de l'attestation de manquement suffit sans que l'absence de référence aux articles du contrat de base puisse être exigée, dans la mesure où, en l'espèce, aucun contrat de base n'avait été signé¹⁰¹;
- l'exigence dans le texte d'une garantie d'un appel attestant du non-respect du contrat de base (garantie à première demande motivée) est incompatible avec l'exigence d'une justification détaillée de l'appel et a fortiori d'une preuve des manquements invoqués¹⁰² (demande motivée n'est pas synonyme de demande justifiée¹⁰³). Par ailleurs, le simple envoi d'une facture au garant ne constitue pas un appel valable¹⁰⁴;
- lorsque la lettre de garantie prévoit que l'appel doit être adressé (*et non pas parvenir*) par lettre recommandée, il faut et il suffit que la remise recommandée à la poste soit intervenue dans le délai de validité de la garantie, la date de réception de l'appel par le garant est inopérante¹⁰⁵;
- lorsque le texte de la garantie prévoit à la fois un fait entraînant sa réduction et la date prévue pour la réalisation de ce fait, la date prévisionnelle n'a qu'une valeur indicative et la réalisation effective de l'événement entraînant la réduction l'emporte sur cette date prévisionnelle¹⁰⁶. Si par contre, la réduction de la garantie est conditionnée par soit la réalisation d'un

⁹³. Sur la distinction entre la fraude relative aux documents et fraude commerciale ainsi qu'entre le faux matériel (qui implique un faux document) et faux intellectuel (qui implique une manœuvre frauduleuse), consultez notamment *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., n° 140 et s.; L. SIMONT, "Misbruik bij documentair krediet", *TPR* 1996, p. 71; J.-P. MATTOU, *Droit bancaire international*, o.c., pp. 355 et s.; E. CAPRIOLI, o.c., p. 259.

⁹⁴. Il faudra évidemment tenir compte, à ce niveau, du 'sens du marché': dans la mesure où le rapport de force est favorable au bénéficiaire de la garantie, c'est le plus souvent ce dernier qui en imposera le texte.

⁹⁵. Voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., n° 37.

⁹⁶. Voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, o.c. n° 37; Cour Suprême d'Autriche 24 mars 1988, *Dall. Svr* 1992, Som. Com., p. 233 avec la note du professeur M. VASSEUR.

⁹⁷. Comm. Hasselt (réf.) 2 octobre 1998, *RDC* 1999, p. 723.

⁹⁸. Voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., n° 42, et réf. citées.

⁹⁹. Liège 8 juin 1999, *RDC* 2000, p. 731, avec les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

¹⁰⁰. Comm. Hasselt (réf.) 2 octobre 1998, *RDC* 1999, p. 723.

¹⁰¹. Comm. Liège 7 avril 1995, *RDC* 1996, p. 1063.

¹⁰². Bruxelles 21 novembre 1997, *RDC* 1998, p. 858.

¹⁰³. Voy. *RPDB*, Compl. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, o.c., n° 97.

¹⁰⁴. Bruxelles 28 mars 1991, *RDC* 1992, p. 996.

¹⁰⁵. Bruxelles 21 novembre 1997, *RDC* 1998, p. 858.

¹⁰⁶. Comm. Bruxelles 10 janvier 1992, *RDC* 1993, p. 1052.

événement soit par l'échéance d'une date limite 'but-toir', la survenance de la première de ces deux alternatives entraîne la réduction¹⁰⁷.

On notera enfin, que la sévérité des cours et tribunaux semble s'accroître lorsque le manque de clarté des conditions d'appel à la garantie est le fait d'un garant professionnel¹⁰⁸.

XV.3. L'information de la partie donnant les instructions

En application de l'article 16 des URDG 758, le garant doit informer 'sans retard' la partie donnant les instructions ou, le cas échéant, le contre-garant qui, à son tour, informera 'sans retard' la partie donnant les instructions, de toute demande de paiement (conforme ou non) ou de toute demande de prorogation en alternative à une demande de paiement.

En application de l'article 22 des URDG 758, le garant transmettra 'sans retard' une copie de la demande de paiement conforme et des autres documents y afférents à la partie donnant les instructions ou, le cas échéant, au contre-garant pour envoi à la partie donnant les instructions. L'article 22 précise en outre que ni le contre-garant, ni la partie donnant les instructions ne peuvent surseoir au paiement ou au remboursement dans l'attente de cette transmission.

Ici également, l'on retrouve le souci de protection des intérêts du donneur d'ordre, mais ce souci n'entrave pas le caractère abstrait de la garantie.

XV.4. L'examen des documents

L'article 19 des URDG 758, à l'instar des UCP 600¹⁰⁹, met l'accent sur le fait, notamment, que le garant s'en tient à l'examen des seuls documents présentés, et, que le garant s'en tient à examiner l'apparence de conformité des documents. Ces dispositions consacrent à nouveau le caractère abstrait des obligations du garant.

L'article 19 précise que les informations figurant dans un document exigé seront examinées en fonction de ce document, de la garantie et des URDG 758. Les informations n'ont pas besoin d'être identiques, mais ne doivent pas être en contradiction avec celles contenues dans ce document, dans tout autre document exigé ou dans la garantie¹¹⁰.

Cet article doit être complété par la définition de 'présentation conforme' à l'article 2, qui indique que la conformité s'apprécie premièrement par rapport aux termes et conditions de la garantie, deuxièmement par rapport aux URDG

758 dans la mesure où elles sont d'application, et, pour le surplus, avec les pratiques internationales standards en matière de garanties sur demande. Ces normes sont totalement dans la lignée des UCP 600¹¹¹.

En matière de garanties sur demande, les pratiques internationales standards ne font pas encore l'objet d'une compilation. La Chambre de Commerce Internationale émettra vraisemblablement dans les années à venir un ouvrage sur les pratiques reconnues par les professionnels des garanties, comme en matière de crédits documentaires¹¹².

Ce n'est pas pour autant que certaines normes et usages ne sont pas reconnus par les praticiens internationaux des garanties. Dans un monde en pleine évolution, ceux-ci évoluent également au fil du temps. L'ICC Task Force on Guarantees suit de près ces pratiques, en recensant les décisions judiciaires, les sentences arbitrales, les lois et règlements nationaux, et, les commente au besoin.

Relevons encore qu'un garant n'a pas à vérifier les calculs du bénéficiaire même s'ils sont effectués selon une formule indiquée dans la garantie.

XV.5. Le délai d'examen des documents

L'article 20, a), des URDG 758 précise le délai endéans lequel le garant doit examiner la conformité d'une demande de paiement et l'article 24, e), le délai endéans lequel il doit adresser son éventuel avis de rejet.

Ceci est une innovation inspirée à nouveau des UCP 600.

Les URDG 458 (art. 10) indiquaient que le garant avait un 'délai raisonnable' pour examiner les documents et décider s'il doit payer ou rejeter une demande. S'il décidait de la rejeter, il devait en aviser 'immédiatement' le bénéficiaire.

Les rédacteurs des URDG 758 ont souhaité mettre fin à l'incertitude engendrée par la 'période raisonnable'.

Ce but est atteint par l'article 20, a), des URDG 758 qui remplace cette 'période raisonnable' par un délai précis, "...le garant devra, dans les cinq jours ouvrés suivant le jour de présentation, examiner la demande de paiement pour déterminer s'il s'agit d'une demande conforme".

La formulation des URDG 758 diffère légèrement de la formulation des UCP 600, lesquelles indiquent à l'article 14, b): "Une banque désignée, agissant en vertu de sa désignation, une banque confirmante, le cas échéant, et la banque émettrice disposeront chacune d'un maximum de cinq jours ouvrés suivant le jour de présentation pour déterminer si une

¹⁰⁷ Comm. Bruxelles 15 décembre 1992, *RDC* 1993, p. 1055.

¹⁰⁸ Bruxelles 21 novembre 1997, *RDC* 1998, p. 858, avec les observations de J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

¹⁰⁹ Art. 14, a), des UCP 600.

¹¹⁰ L'avenir nous montrera si cette nuance est d'application aisée.

¹¹¹ Art. 14, d), des UCP 600.

¹¹² ISBP, *International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under Documentary Credits*, ICC Publication, No 681.

présentation est conforme.”¹¹³ et à l’article 16, d): “L’avis de refus (...) doit être adressé au plus tard à la fin du cinquième jour ouvré suivant le jour de la présentation.”

Si cette formulation des UCP 600 est considérée par certains comme conférant aux banques quoi qu’il advienne un délai de cinq jours ouvrés pour procéder à l’examen des documents, d’autres sont moins affirmatifs, estimant que l’insertion du mot ‘maximum’ peut laisser supposer que dans certaines circonstances ce délai pourra être jugé comme devant être plus court¹¹⁴.

L’article 24, e), des URDG 758 indique que l’éventuel avis de rejet doit être adressé “sans retard et au plus tard à la fin du cinquième jour ouvré suivant le jour de la présentation”. Nous sommes d’avis que le délai de cinq jours ouvrés consenti au garant pour procéder à l’examen des documents n’est pas affecté par cet article mais que les mots ‘sans retard’ visent la situation où le garant aurait terminé plus tôt son examen et que celui-ci se solderait par une décision de non-conformité de la demande.

D’autre part, lorsqu’une présentation indique qu’elle sera complétée ultérieurement, elle ne doit pas être examinée avant la réception d’une présentation complète.

Enfin, le délai d’examen n’est pas réduit ni affecté par la date d’échéance de la garantie.

XV.6. La demande conforme

L’article 20 des URDG 758 stipule que lorsque le garant détermine qu’une demande de paiement est conforme, il doit payer. Cette obligation est abstraite, autonome et indépendante.

Nous renvoyons à ce sujet à nos commentaires ci-dessus quant à l’information de la partie donnant les instructions.

XV.7. La demande non conforme

Le sort et le suivi de la demande de paiement non conforme sont régis à l’article 24 des URDG 758.

Les URDG 758 et les UCP 600¹¹⁵ présentent de nombreuses analogies quant au sort et au suivi de la présentation non conforme. Toutefois, du fait de la différence fondamentale entre les deux instruments que sont garanties et crédits documentaires, il faut également relever des divergences d’ordre juridique.

Voyons d’abord les similitudes.

Lorsque le garant décide que la demande de paiement de la garantie n’est pas conforme, il peut, sous sa seule appréciation, soit rejeter cette demande, soit décider de contacter la partie donnant les instructions, ou, le cas échéant, le contre-garant, afin d’obtenir la levée des irrégularités. Le contre-garant bénéficie des mêmes alternatives.

Ces alternatives n’entraînent aucune prorogation du délai d’examen des documents.

La réception d’une levée des irrégularités par la partie donnant les instructions ou le contre-garant n’oblige pas le garant à accepter lui-même de lever les irrégularités.

Lorsque le garant rejette une demande de paiement, il doit le faire par un seul et unique avis au présentateur de cette demande. Cet avis doit indiquer, d’une part, que le garant rejette la demande de paiement, et, d’autre part, chacune des irrégularités qu’il a relevées.

Cet avis de rejet doit être adressé “sans retard et au plus tard à la fin du cinquième jour ouvré suivant le jour de la présentation”. Nous avons commenté cette phrase dans l’examen des documents ci-dessus.

Voyons maintenant certaines divergences.

En matière de garanties, c’est le garant qui examine la conformité ou non des documents et qui décide de leur conformité ou non. En cas de décision de non-conformité, il peut décider de contacter ou non la partie donnant les instructions, ou, le cas échéant, le contre-garant. Il peut ensuite décider de suivre ou non les instructions de cette partie.

En matière de crédits documentaires, si l’on peut comparer la situation de la banque émettrice à celle du garant, la situation de la banque confirmatrice et de la banque désignée ne sont pas comparables à celle du garant¹¹⁶.

En effet, la banque émettrice, par l’émission du crédit documentaire, prend, comme le garant, un engagement littéral (selon les termes et conditions respectivement du crédit documentaire ou de la garantie), indépendant, abstrait et autonome envers le bénéficiaire. Par contre, la banque confirmatrice et la banque désignée reçoivent leur mission de la banque émettrice dans le crédit documentaire émis par celle-ci.

La banque confirmatrice agit en vertu d’une double instruction de la banque émettrice¹¹⁷. D’une part, la banque émettrice lui demande ou l’autorise à ajouter, à l’engagement préalablement souscrit par elle, son propre engagement littéral, indépendant, abstrait et autonome envers le bénéficiaire et, le cas échéant, la banque désignée. Ceux-ci bénéficient dès lors des engagements indépendants de deux banques. D’autre part, la banque émettrice lui donne mandat de véri-

¹¹³. Art. 14, b), des UCP 600.

¹¹⁴. Voy. D. DOISE et V. MAYER, *Lamy Contrats internationaux*, section IV, *Le crédit documentaire*, n° 671 et ref. citées.

¹¹⁵. Art. 16 des UCP 600.

¹¹⁶. Cette différence s’explique par le fait que le crédit documentaire apparaît comme un instrument de paiement, tandis que la garantie a essentiellement une fonction de sûreté, comme dit *supra*, notamment au point III.

¹¹⁷. Voy. D. DOISE et V. MAYER, *Lamy Contrats internationaux*, section IV, *Le crédit documentaire*, n° 637 et ref. citées.

fier pour son compte les documents présentés conformément au crédit documentaire.

La banque désignée agit dans le cadre d'un contrat de prestation de services (réception, transmission des documents) doublé d'un mandat de vérification des documents¹¹⁸. La banque désignée ne contracte pas en tant que telle d'engagement personnel vis-à-vis du bénéficiaire mais elle agit, dans le cadre de l'examen et, le cas échéant, de la levée et du paiement des documents, pour le compte de la banque émettrice et, le cas échéant, de la banque confirmante.

L'acceptation sans réserve par la banque désignée ou par la banque confirmante engage leur mandant(s) à l'égard du bénéficiaire. Si par la suite, une divergence d'opinion survient entre mandant et mandataire, le mandant n'aura d'autres recours que ceux exercés à l'égard de son mandataire conformément aux règles qui régissent le mandat.

Par contre, dans l'hypothèse où la banque confirmante ou désignée émet des réserves à propos des documents qui lui sont présentés, le dernier mot appartient à la banque émettrice. Si celle-ci, éventuellement après consultation du donneur d'ordre, lève les réserves, la banque confirmante est tenue d'honorer son engagement de paiement selon les modalités du crédit documentaire.

XV.8. L'extend or pay

La demande de 'proroger ou payer', 'extend or pay' est régie par l'article 23 des URDG 758.

Elle devrait plutôt être qualifiée de 'pay or extend', étant donné que les URDG 758 requièrent la présentation d'une demande de paiement conforme assortie de l'alternative d'une demande de prorogation.

Le garant doit donc tout d'abord vérifier la réalisation de la condition préalable de la présentation d'une demande de paiement conforme, en appliquant les dispositions ci-dessus.

Si la demande est conforme et contient l'alternative d'une demande de prorogation, le garant peut suspendre le paiement pendant une période n'excédant pas trente jours calendrier à compter de la date de réception de la demande et le contre-garant pendant une période n'excédant pas quatre jours calendrier de moins que la période de suspension applicable à la garantie. La partie donnant les instructions doit être informée sans retard de cette suspension.

La demande de paiement est considérée comme retirée si la prorogation telle que demandée est acceptée dans le délai de suspension. Sinon, le paiement doit être effectué sans autre condition.

Le garant ou le contre-garant peuvent refuser de proroger même s'ils ont reçu des instructions de le faire. Mais dans ce cas, ils doivent payer. Ils doivent également informer sans délai la partie dont ils ont reçu des instructions, de leur décision de proroger ou de payer. Ils n'assument aucune responsabilité quant à la suspension de paiement si elle est effectuée conformément à l'article 23 des URDG 758.

XVI. LA FORCE MAJEURE

L'article 26 des URDG 758 est consacré à la force majeure.

La définition de la force majeure est proche de celle des UCP 600¹¹⁹, à savoir les catastrophes naturelles, les émeutes civiles, les insurrections, les guerres, les actes de terrorisme et tout autre événement indépendant de la volonté du garant ou du contre-garant, ayant pour effet l'interruption des activités visées dans les URDG 758.

Toutefois, alors que les UCP 600 contiennent à peine quelques lignes exonérant les banques de tout engagement et responsabilité en cas de force majeure interrompant leurs activités et les dispensant d'honorer ou négocier un crédit documentaire venu à expiration pendant cette interruption, l'article 26 des URDG 758 contient des dispositions détaillées.

Ces dispositions visent l'éventualité où une garantie arrive à son échéance alors qu'une demande de paiement ou un paiement ne peuvent être effectués du fait de la survenance d'un

cas de force majeure.

La garantie et la contre-garantie seront prorogées de trente jours calendrier à compter de leur date d'expiration. Le garant et le contre-garant doivent en informer dès qu'ils le pourront la partie donnant les instructions ou le contre-garant.

Par ailleurs, la période d'examen d'une demande de paiement présentée mais non encore examinée sera suspendue jusqu'à la reprise des activités du garant.

Enfin, une demande de paiement conforme mais non encore payée sera payée dès que la force majeure aura cessé, même si entre-temps la garantie a expiré. Dans ce cas, le garant aura le droit de présenter une demande de paiement de la contre-garantie dans les trente jours de la reprise des activités du garant, même si la contre-garantie a entre-temps expiré.

La partie donnant les instructions sera liée par toute proroga-

¹¹⁸ Voy. M. DELIERNEUX, "Les Règles et Usances Uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires irrévocables", version 2007 – (RUU 600), *RDC* 2008, pp. 9-10.

¹¹⁹ Art. 36 des UCP 600.

tion, suspension ou paiement effectué en vertu de l'article 26 des URDG 758. Le garant et le contre-garant n'assument

aucune autre responsabilité pour les conséquences découlant d'un cas de force majeure.

XVII. L'EXPIRATION DE LA GARANTIE

L'article 25 des URDG 758 indique, d'une part, que la garantie prendra fin dans les circonstances classiques, à savoir, à son échéance, lorsqu'elle aura été totalement payée ou sur présentation d'une attestation de mainlevée signée par le bénéficiaire.

Il y est toutefois expressément stipulé que la restitution ou non de l'original de la garantie reste sans effet sur les causes d'expiration.

D'autre part, les URDG 758 innovent en stipulant que lorsque la garantie n'indique ni une date de validité ni un événement entraînant l'échéance, la garantie expirera au bout de trois ans à compter de sa date d'émission et la contre-garantie trente jours calendrier après l'expiration de la garantie.

D'aucuns objecteront que dans certains pays cette disposi-

tion va à l'encontre du droit local applicable. Encore faut-il que les dispositions contraires de ce droit local applicable soient impératives. Très souvent le principe de la liberté contractuelle prévaut.

En outre, l'article 31 des URDG 758 prévoit que la partie donnant les instructions ou, le cas échéant, le contre-garant, indemniseront le garant pour les obligations et responsabilités découlant des lois et usages dans les pays étrangers, y compris lorsque ces lois et usages imposent l'inclusion dans une garantie ou contre-garantie de termes qui prévalent sur les termes spécifiés dans celles-ci.

En tout état de cause l'on ne saurait assez conseiller de prévoir dans le texte de la garantie une date d'échéance ou un événement dont la survenance entraîne son échéance.

XVIII. LES CLAUSES D'EXONÉRATION

Les articles 27 à 30 contiennent des dispositions exonérant le garant de responsabilité dans un certain nombre de situations, similaires aux UCP 600¹²⁰.

Le garant n'assume aucune responsabilité, sauf si lui-même n'agit pas de bonne foi, quant à la valeur des signatures ou des documents, quant aux marchandises, quant à la bonne foi, aux actes et aux qualités de toute personne intervenante,

quant à la transmission et à la traduction d'un document, quant au respect des instructions par une partie tierce aux services de laquelle il recourrait.

D'autre part, une partie donnant des instructions à une autre partie d'effectuer des prestations supporte les frais y afférents.

XIX. LE TRANSFERT D'UNE GARANTIE ET LA CESSION DE SON PRODUIT

L'article 33 des URDG 758 est consacré, d'une part, au transfert de la garantie, d'autre part, à la cession de son produit.

Ces principes se retrouvent également dans les UCP 600¹²¹, mais, du fait de la différence fondamentale entre les deux instruments que sont garanties et crédits documentaires, les conditions et modalités de leur application diffèrent.

Voyons d'abord le transfert.

Comme le crédit documentaire, une garantie ne peut être transférée que si son texte stipule expressément qu'elle est 'transférable'.

Si, sauf clause contraire, le crédit documentaire ne peut être transféré qu'une seule fois, il peut l'être partiellement et à plusieurs bénéficiaires distincts, tandis que la garantie peut être transférée plusieurs fois, mais seulement à des bénéfi-

ciaires successifs chaque fois pour le montant total disponible à la date du transfert. Ces mesures différentes s'expliquent par le fait que le transfert du crédit documentaire est motivé par le besoin du bénéficiaire de se procurer à son tour les marchandises vendues, parfois auprès de plusieurs fournisseurs différents. En outre, il conservera sa marge bénéficiaire sur le montant du crédit documentaire. Le transfert de la garantie est, par contre, motivé essentiellement par le souhait de céder un marché.

Le transfert doit être demandé par le bénéficiaire d'origine ou le dernier bénéficiaire après transfert.

Afin d'éviter que le transfert d'une garantie ne couvre des agissements douteux, une garantie ne peut être transférée que si le contrat de base est également transféré. Le bénéficiaire d'origine doit, comme pièce justificative, remettre au garant une déclaration dûment signée précisant que le béné-

¹²⁰. Art. 34, 35 et 37 des UCP 600.

¹²¹. Art. 38 et 39 des UCP 600.

ficiaire du transfert a acquis ses droits et obligations relatifs à la relation sous-jacente.

Le garant quant à lui reste libre de donner suite à une demande de transfert dans les limites et selon les modalités auxquelles il consent.

Enfin, une contre-garantie n'est pas transférable.

Lorsqu'une garantie est transférée, le bénéficiaire du transfert se substitue au bénéficiaire d'origine, dans la garantie, dans la demande de paiement, dans toutes références et mentions et dans la signature de toutes pièces requises. Dans le crédit documentaire, le premier bénéficiaire conserve néanmoins certains droits et peut substituer sa facture et, le cas échéant, sa traite en échange de celles du second bénéficiaire ou des seconds bénéficiaires partiels.

Sauf accord contraire, tous les frais relatifs au transfert sont à charge du bénéficiaire d'origine.

Par opposition au transfert, la cession du produit d'un crédit documentaire ou d'une garantie ne vise que la créance en paiement de ceux-ci or, cette créance ne sera payée que si et lorsque le bénéficiaire du crédit documentaire ou de la garantie auront satisfait à la condition d'effectuer une présentation conforme. Cette cession ne confère donc aucun droit sur le crédit documentaire ou la garantie comme tels, elle confère uniquement un droit sur leur paiement conditionnel. C'est pourquoi, la cession du produit n'est pas liée au caractère transférable ou non du crédit documentaire ou de la garantie et ne doit pas être autorisée par leur texte. Enfin, elle est régie par les dispositions du droit applicable.

En matière de garanties, les URDG 758 contiennent la réserve que le garant n'est tenu de payer le bénéficiaire de la cession du produit que s'il y consent, alors qu'en matière de crédits documentaires, ce point est également déterminé par le droit applicable.

Si, tant la cession du produit d'une garantie que la cession du produit d'un crédit documentaire sont aléatoires, puisque leur paiement est soumis à la condition d'une présentation conforme, la cession du produit d'une garantie est, à double titre, davantage aléatoire que la cession du produit d'un crédit documentaire. Non seulement, la garantie n'a pas vocation a priori à être payée, en effet, elle ne le sera que s'il y a défaut dans la relation sous-jacente, mais le garant reste libre de ne pas accepter de payer le cessionnaire, sauf s'il y a consenti.

En droit belge, le débiteur cédé n'a pas à marquer accord ou non de payer le cessionnaire lorsqu'une cession de créance lui est dûment notifiée, celle-ci s'impose à lui et il ne peut faire valoir que les droits qu'il possédait antérieurement à la notification de la cession.

Il nous paraît cependant que cette réserve doit être considérée comme un élément conventionnel faisant partie de la créance cédée, ou encore, qu'il s'agit d'une créance stipulée incessible sauf moyennant l'accord express du garant-débiteur cédé. Le bénéficiaire, ne pouvant céder plus de droits qu'il n'en a lui-même, cède une créance affectée de cette réserve au cessionnaire, lequel n'a d'autre alternative que de s'en accommoder. L'on ne pourra que lui conseiller de veiller à obtenir le consentement du garant-débiteur cédé d'effectuer ce paiement conditionnel en sa faveur.

XX. CONCLUSION

Les garanties autonomes sont aujourd'hui bien ancrées dans l'arsenal juridique tant en Belgique qu'à l'étranger.

Il appartient aux juges confrontés à une réalité de terrain de concilier la rigueur des principes de la garantie autonome d'une part, avec les règles de base du système juridique dans lequel elle s'inscrit d'autre part. Se faisant, ils doivent veiller à en cantonner les abus dans des limites juridiquement acceptables, sans remettre par ailleurs en cause un instrument dont l'adéquation aux besoins du marché n'est plus à démontrer et dont la négation entraînerait un vide juridique renvoyant à des solutions comportant un risque accru de comportements abusifs et une insécurité juridique difficilement compatible avec la vie économique.

Les URDG 758 constituent indubitablement un apport qui devrait contribuer au rayonnement de l'institution que constituent les garanties sur demande.

Les rédacteurs des règles ont fourni un travail considérable en vue de les rendre claires, précises, compréhensibles et équilibrées pour toutes les parties¹²². Ils n'ont par ailleurs pas hésité à faire preuve d'innovation pour répondre aux besoins du marché.

Si une certaine interférence des systèmes juridiques et judiciaires nationaux reste inévitable, les URDG 758 devraient cependant contribuer grandement à une uniformisation harmonieuse des pratiques bancaires en la matière.

L'avenir nous dira si elles rencontrent le même succès que les Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires. Leur application effective aux garanties émises dans le cadre du commerce international devrait constituer un facteur d'amélioration de la sécurité juridique, elle devrait en outre permettre d'en affiner encore davantage le contenu au vu des questions qui seraient soulevées, le cas échéant, par leur mise en pratique.

¹²² G. AFFAKI et J. STOUFFLET, "Chronique de droit bancaire", *Revue Banque et Droit*, n° 130, 2010, pp. 37 et s.