

Les Garanties Autonomes, Une Alternative Au Cautionnement

Dr. Samar Nasreddine
Faculté de droit
Université de Jijel

Résumé

Le cautionnement bancaire constitue, en matière des opérations commerciales internationales la principale sûreté à laquelle les créanciers ont recours. Mais le cautionnement, lors de sa mise en oeuvre se heurte à deux écueils qui sont les conséquences de la nature accessoire du cautionnement. D'une part, le créancier ne peut se retourner contre la caution que lorsqu'il aura constaté la défaillance ou l'insolvabilité du débiteur principal. D'autre part la caution peut opposer face au créancier non seulement les exceptions tirées du contrat de garantie, mais également celles trouvant leur fondement dans l'obligation garantie. Ces résultats fâcheux entravent les opérations commerciales internationales et n'offrent pas en définitive une sécurité suffisante au créancier. Pour contourner ces obstacles, les opérateurs économiques se tournent maintenant vers une nouvelle institution appelée "garanties autonomes" dont la finalité est de couper tout lien entre l'obligation principale et l'engagement du garant.

ملخص

تعتبر الكفالة المصرفية الضمان الأكثر انتشارا في مجال المعاملات التجارية الدولية. إلا أن الكفالة عند تنفيذها تصطدم بأمرين ناتجين عن صفة التبعية التي تطبع التزام الكفيل: فمن جهة الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد عجز المدين الأصلي عن تنفيذ التزامه، ومن جهة أخرى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع الخاصة بعقد الكفالة، وكذلك الدفع التي يستمدها من الالتزام الأصلي. وهذا ما يتعارض مع سرعة المعاملات التجارية الدولية ولا يوفر في الأخير حماية كافية للدائن. ولتفادي هذه الصعوبات، يلجأ المتعاملون الاقتصاديون الآن نحو مؤسسة أخرى تسمى بالضمانات المستقلة " الغاية منها قطع علاقة التبعية بين الالتزام الأصلي وعقد الضمان".

INTRODUCTION :

“Pas de crédit sans sûretés”, cette formule laconique traduit bien aujourd’hui des réalités économiques et juridiques. Nul n’ignore en effet la place qu’occupe le crédit dans le monde des affaires, il constitue même l’un des moteurs essentiels de l’économie moderne.

Mais si les bailleurs de fonds sont prêts aujourd’hui à consentir des crédits, ils ne le feront qu’à la condition de pouvoir se prémunir contre les risques d’insolvabilité des débiteurs. Or les sûretés ont justement pour fonction de garantir au créancier le remboursement de la dette.

Le Code civil offre aux contractants un panel de garanties modèles auxquelles ils peuvent souscrire: Ce sont les sûretés personnelles cautionnement et les sûretés réelles hypothèques, gage et nantissement. Mais si en droit interne, ces techniques offrent une relative sécurité au créancier, elles vont s’avérer d’une efficacité discutable lorsqu’il s’agit de relations commerciales internationales.

Ainsi le cautionnement, de par son caractère de garantie accessoire ouvre droit à la caution, contre laquelle le créancier va se retourner en cas de défaillance du débiteur principal, d’opposer non seulement des exceptions fondées sur le contrat de garantie, mais également de se prévaloir des exceptions trouvant leur fondement dans l’obligation de base, d’où la multiplication à l’infini des contentieux. Les sûretés réelles présentent quant à elles l’inconvénient soit de soulever des difficultés juridiques lors de leur mise en oeuvre loi applicable, règles de compétence juridictionnelle lorsqu’elles portent sur un immeuble, à l’exemple de l’hypothèque, soit d’immobiliser un fond ou un bien sur une longue période gage, soit les deux à la fois nantissement .

Aussi les acteurs économiques ont dû recherché - et trouvé- des solutions de substitution qui offrent une garantie similaire, sinon plus efficace encore au créancier, tout en évitant les écueils des sûretés traditionnelles. Parmi ces techniques, les plus usitées sont indiscutablement les garanties autonomes. Pure création de la pratique commerciale, la garantie autonome consiste en une relation triangulaire mettant en face un créancier bénéficiaire, un débiteur-appelé en la

circonstance “donneur d’ordre”, et enfin un garant qui est souvent la propre banque de ce dernier. Ainsi, sur ordre du débiteur, la banque s’engage non pas à payer, mais à garantir la dette de son client.

C’est qu’en effet, le garant s’oblige, non pas à titre accessoire, c’est à dire en cas de défaillance du débiteur, mais à titre principal et autonome. Il s’engage non pas à payer la dette du débiteur, mais à exécuter une obligation nouvelle et totalement indépendante, mais dont la finalité est cependant d’offrir au créancier une sûreté. C’est là toute l’originalité de la construction qui consiste à garantir une dette à travers la création d’une obligation nouvelle mise à la charge du garant. Cette autonomie de l’obligation du garant va ensuite se traduire, et c’est là tout l’intérêt de l’institution, par l’interdiction pour ce dernier, d’invoquer des exceptions fondées sur le contrat de base, puisque l’objet des deux obligations n’est pas le même. Mais il faut dire que les contours de ces garanties autonomes ne sont pas toujours faciles à cerner, surtout par rapport au cautionnement, technique de laquelle elles sont dérivées I. Quant à leur régime juridique, et faute d’une réglementation spécifique, ce sont les règles de droit commun, les stipulations contenues dans l’engagement de garantie, et parfois même les règles du cautionnement, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à l’autonomie de la garantie, qui vont devoir être appelées pour régir les relations entre les parties prenantes à l’opération de garantie II .

I: Les garanties autonomes, une institution typique :

Les garanties autonomes, qui peuvent revêtir plusieurs formes B sont une création de la pratique commerciale internationale A qui, à la recherche de garanties efficaces a dû imaginer ce procédé à la fois proche et différent du cautionnement C.

A : Origine des garanties autonomes :

Les garanties autonomes sont une pure création de la pratique bancaire internationale¹. Elles constituent en fait des techniques de substitution aux sûretés classiques qui, dans les relations commerciales internationales s’avéreront fort mal adaptées. Un cautionnement, même bancaire, et à cause de son caractère accessoire n’offre pas au

bénéficiaire une garantie suffisante. En effet, le créancier ne peut poursuivre la caution qu'après avoir constaté la défaillance ou l'insolvabilité du débiteur principal, et d'autre part, la caution poursuivie peut s'opposer au paiement en invoquant non seulement des exceptions tirées de son propre engagement, mais également celles trouvant leur origine dans l'obligation garantie. Cela implique que toutes les vicissitudes qui peuvent affecter le contrat de base nullité par exemple vont s'étendre au contrat de cautionnement².

Les sûretés réelles, pour leur part présentent l'inconvénient, selon une expression, de "mal franchir les frontières"³, en ce sens qu'elles soulèvent toujours, surtout lorsqu'elles portent sur un immeuble, des questions relatives à la loi applicable, et à la juridiction compétente, pour trancher les litiges qui peuvent survenir. Aussi, on a pu imaginer dans un premier temps une forme simplifiée de sûretés qui consiste en la remise en gage, entre les mains du créancier, d'une somme d'argent ou de valeurs liquides. Mais cette technique, pour efficace soit-elle, présente, a son tour un double désavantage: pour le débiteur d'abord, elle conduit à immobiliser des fonds parfois inutilement, pour le créancier ensuite il y a le risque d'être surpris, lorsque l'obligation de base est affectée d'un terme trop long, par la dépréciation de la monnaie⁴.

Aussi, on a proposé de substituer à cette forme de sûreté réelle, un crédit, par simple signature, octroyé par une banque au bénéfice du créancier, et qui aura pour fonction de garantir l'obligation du débiteur principal, ce qui revient à une forme de sûreté personnelle, avec tous les inconvénients que cela représente pour le créancier. Cette dernière garantie ne peut donc efficacement remplacer un dépôt de fonds que si l'engagement de la caution est autonome de l'obligation du débiteur, en ce sens que le garant ne puisse ni opposer au créancier le droit à discussion lorsque la garantie est appelée, ni invoquer des exceptions tirées du contrat de base⁵.

Ainsi est née, dans les relations commerciales internationales, la garantie autonome qui emprunte au cautionnement son caractère de sûreté en ce qu'elle implique l'intervention d'une personne garante, mais

qui diffère de ce dernier dans le sens où le garant ne s'engage pas à payer la dette du débiteur, mais à la garantir en acceptant de payer sur simple injonction, ou selon une formule devenue de style "à première demande".

Ce qui implique que le garant est tenu à exécuter son engagement sans qu'il lui soit permis de vérifier si le créancier a d'abord poursuivi le débiteur en paiement, et sans qu'il lui soit reconnu le droit d'opposer des exceptions trouvant leur fondement dans le contrat de base. Cette pratique, quoique contraignante pour le garant, a cependant connu un vif succès dans les relations internationales, et la Chambre du commerce international C.C.I a dès 1978, souhaité uniformiser les pratiques de garanties autonomes plus équilibrées en proposant un ensemble de règles appelées "règles et usances uniformes pour les garanties contractuelles" R.U.G.C. auxquelles les contractants étaient invités à s'y référer.

Cependant, cette tentative n'a eu aucun écho favorable auprès des opérateurs car le modèle proposé se rapprochait plus du cautionnement traditionnel que d'une garantie véritablement autonome, et de ce fait ne répondait pas aux besoins de la pratique qui avait déjà adopté la garantie à première demande⁶.

Aussi, et en 1991, un autre texte de référence appelé "règles uniformes de la C.C.I. relatives aux garanties sur demande" proposait aux parties, en plus de la forme la plus dure ou la plus discrétionnaire des garanties indépendantes, c'est à dire la garantie à première demande, un choix entre plusieurs autres formules plus souples et plus équilibrées. Parfois le bénéficiaire doit faire connaître le motif pour lequel il appelle la garantie c'est la garantie justifiée, d'autres fois de fournir des documents à l'appui de sa demande en garantie c'est la garantie documentaire.

Une autre tentative d'harmoniser les règles régissant les garanties autonomes a été l'œuvre, cette fois-ci de la "Conférence des Nations Unies pour le droit commercial international C.N.U.D.C.I. qui en 1995 avait élaboré une convention qui régit les garanties contractuelles en les rapprochant des lettres de crédit "Stand-by"⁷.

B Classification des garanties autonomes :

Sous l'appellation de garanties autonomes, on retrouve en fait plusieurs types ou formes de garanties, et la doctrine tend aujourd'hui à les regrouper en trois classes selon l'objet de l'obligation garantie d'une part, leurs modalités de mise en oeuvre d'autre part, et selon enfin qu'elles soient simples ou combinées avec d'autres sûretés.

1. La pratique internationale a fini par imposer trois formes de garanties autonomes selon l'objet de l'obligation qu'elles garantissent, ou plus exactement selon le moment où la garantie peut être appelée. Ces trois types de garanties peuvent être mises en place à l'occasion d'un même marché, et correspondent ainsi à trois phases de la relation contractuelle.

La garantie de soumission:

Sa fonction est de garantir, dans la phase précontractuelle de soumission, le sérieux des négociations, et couvrir l'une des parties contre le risque de rupture hâtive ou abusive des pourparlers par l'autre partie. Elle s'éteint nécessairement avec la conclusion du marché.

La garantie de restitution d'acompte:

Il arrive souvent dans les marchés de fournitures ou de travaux publics que le maître d'ouvrage soit obligé, contractuellement, de verser un acompte à l'entreprise retenue pour l'exécution du marché. Le rôle de cette garantie est de donner alors au bénéficiaire l'assurance de pouvoir récupérer l'acompte versé lors de la conclusion du contrat si ce dernier arrive à être résolu ou résilié pour cause d'inexécution.

La garantie de bonne fin:

Elle vise à protéger le maître d'ouvrage contre l'inexécution, ou l'exécution tardive ou défectueuse du marché⁸.

2°. Par leurs conditions ou modalités de mise en oeuvre, on distingue trois formes essentielles de garanties autonomes :

La garantie à première demande est la forme originelle et la plus rigoureuse des garanties autonomes où le bénéficiaire peut faire appel à

la garantie à tout moment, sans avoir à fournir aucune justification, et le garant est tenu de payer sans délai. Cette forme, la plus discrétionnaire est semble-t-il la plus utilisée dans les relations commerciales internationales car c'est elle qui protège le mieux les intérêts du créancier.

La garantie à première demande justifiée:

Dans cette variante de la garantie à première demande pure et simple, le bénéficiaire doit motiver son appel à garantie inexécution, non respect des délais, exécution défectueuse....., mais sans qu'il soit tenu de fournir la preuve de l'exactitude des motifs qu'il invoque. En réalité, l'exigence d'une telle motivation a pour finalité essentielle de pouvoir mettre facilement en œuvre la responsabilité du bénéficiaire si après paiement de garantie, les motifs invoqués par lui s'avèrent inexacts ou infondés⁹.

La garantie documentaire:

Dans cette espèce, l'appel à la garantie est conditionné par la production, par le bénéficiaire de certains documents convenus dans l'acte d'engagement, comme une décision judiciaire ou arbitrale condamnant le débiteur, factures non honorées etc...Ces documents, s'ils n'établissent pas formellement l'inexécution de l'obligation par le débiteur, rendent néanmoins sa défaillance vraisemblable¹⁰ C'est la formule la plus équilibrée des garanties autonomes.

3. A l'instar du cautionnement, la garantie autonome met en présence trois parties: un débiteur, un créancier et un garant. Cependant, et spécialement dans les relations commerciales internationales, ce schéma simple n'est plus usité.

En effet, il arrive souvent que le créancier, pour pouvoir disposer d'une garantie efficace à même de remplacer un dépôt- gage, exigera une contre- garantie qui sera émise en général par la propre banque du garant, ou celle du bénéficiaire lui- même. Et dans cette dernière hypothèse, on se retrouvera devant un montage où la banque du débiteur est la garante et celle du créancier est la contre- garante.¹¹

La mise en oeuvre de la contre- garantie obéit aux mêmes règles qui régissent la matière du cautionnement. C'est ainsi que lorsque le garant aura payé, il dispose d'un recours contre le contre- garant qui, lorsqu'il aura satisfait à son engagement peut se retourner à son tour contre le donneur d'ordre le débiteur principal.

En principe, la contre- garantie est tout aussi autonome par son objet de la garantie principale que du contrat de base. Mais rien n'empêche en pratique qu'un cautionnement traditionnel puisse garantir une garantie autonome ou inversement¹².

C Difficultés de distinction des garanties autonomes du cautionnement :

De la garantie autonome, la Cour de cassation en France, par un arrêt devenu célèbre, donne la définition suivante: "c'est le contrat par lequel une banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation quelconque pour quelque cause que ce soit",¹³.

C'est à travers cette définition que la doctrine a dû rechercher les traits fondamentaux de la garantie autonome qui permettent par la suite de la distinguer du cautionnement classique.

Tout d'abord, le garant s'engage à payer, non pas la dette garantie, mais ce qui a été convenu dans le contrat de garantie; c'est le principe de l'autonomie de l'objet de la garantie par rapport à l'obligation de base.

Ensuite, le garant ne peut invoquer aucune exception fondée sur le contrat de base; c'est le principe de l'inopposabilité des exceptions.

1: Autonomie de l'objet de la garantie:

Si la caution s'engage à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de ce dernier, le garant à première demande s'oblige quant à lui à exécuter ce qui a été stipulé et convenu dans le contrat de garantie. En d'autres termes, si l'obligation de la caution est accessoire au contrat de base, celle du garant est prise de façon indépendante et à titre principal; il s'agit d'une obligation nouvelle. Et c'est ce caractère

d'autonomie qui va par la suite gouverner toute la matière des garanties indépendantes.

Mais cette notion d'autonomie n'est pas facile à percevoir s'agissant de garanties, car cela suppose préalablement l'existence d'une obligation à garantir, et il est presque paradoxal d'affirmer qu'un engagement soit pris pour garantir une obligation, et qu'en même temps il soit complètement indépendant de cette même obligation¹⁴.

La doctrine tente de lever cette équivoque en expliquant que s'il est impossible d'exclure toute référence au contrat de base lors de la négociation de la garantie, car on ne peut garantir le néant¹⁵, tout lien par la suite disparaît entre les deux engagements dès le moment où la garantie est souscrite.

Et la garantie autonome prend alors toute son indépendance quant à son objet, à son existence, et même à son régime¹⁶.

Et c'est cette autonomie qui va par la suite expliquer et justifier pourquoi l'engagement de garantie ne peut être affecté par le sort du contrat de base ni quant à sa validité, ni à son étendue, ni à sa durée, ni à son inexécution, ni enfin à son extinction.

Donc, et pour recevoir la qualification de garantie indépendante, l'objet de l'obligation doit être déterminé de manière autonome, toute référence au contrat de base devant être exclue. Mais cette exigence ne va pas sans soulever dans la pratique des difficultés liées à la qualification par les parties de l'engagement souscrit. Aussi parfois, et par ignorance, les parties qualifient de "cautionnement" de véritables garanties autonomes, et les juridictions, nullement liées par la qualification donnée à l'engagement, s'attellent chaque fois à rechercher dans les termes du contrat si les parties n'ont pas entendu souscrire une véritable garantie indépendante. Aussi a été requalifié en garantie autonome, un "cautionnement" dans lequel le garant s'engage irrévocablement et inconditionnellement à payer à première demande une somme convenue, ou un "cautionnement" qui contient une stipulation d'après laquelle, le garant se doit de payer sans délai et

s'interdit d'invoquer face au créancier des exceptions trouvant leur justification dans le contrat de base¹⁷.

Inversement, doit être requalifiée en cautionnement, toute garantie même stipulée autonome, qui fait référence au contrat de base pour déterminer l'étendue de l'obligation du garant.

Ainsi l'utilisation des formules de style "engagement à payer à première demande ce que doit le débiteur", ou "les sommes dues au terme du contrat" ou encore "en cas de défaillance du débiteur", est incompatible avec l'autonomie de l'objet de la garantie, puisque dans toutes ces hypothèses, la référence au contrat de base implique nécessairement que l'engagement du garant avait pour objet la dette du débiteur¹⁸.

Ainsi, pour la Cour de cassation, un acte intitulé "engagement autonome de garantie exécutable à première demande", comportant une mention où il est précisé que le garant s'engage à "rembourser les sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus" n'était pas une garantie autonome dans la mesure où malgré l'intitulé de l'acte, l'engagement du garant avait "pour l'objet la propre dette du débiteur principal"¹⁹.

2: Inopposabilité des exceptions

Si l'objet de la garantie indépendante est totalement autonome de l'obligation de base, en ce sens que le garant s'engage à satisfaire à sa propre obligation et non pas à payer la dette du débiteur principal, il devient évident que le sort de cette garantie ne peut en aucun cas être affecté par les vicissitudes qui peuvent toucher l'obligation de base.

Aussi, conséquence logique de cette autonomie, le garant se voit interdire d'opposer face au bénéficiaire toute exception qui trouve son fondement dans le contrat de base. Il ne peut invoquer ni l'inexistence de l'obligation garantie nullité, résolution ou résiliation²⁰, ni son exécution ou que son inexécution serait due à la force majeure ou au fait du créancier lui-même, ni son extinction compensation, confusion, novation.

En conclusion, et pour qu'une garantie soit réellement indépendante, la jurisprudence exige la réunion de ces deux conditions: autonomie de l'objet de la garantie, et son corollaire, l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base. A défaut de l'existence de ces deux éléments, qui sont de l'essence même de la garantie autonome, tout autre engagement de garantie ne serait qu'un simple cautionnement ²¹.

II: Régime juridique des garanties autonomes :

A l'exception de quelques rares systèmes juridiques qui reconnaissent et organisent par un corps de règles spécifiques les garanties autonomes ²², celles-ci sont inconnues en droit interne. Et ce sont alors les règles de droit commun et les dispositions contenues dans le contrat de garantie qui vont devoir se combiner pour former le régime juridique auquel vont être soumises les garanties autonomes. En principe donc, et tenant compte de l'indépendance de ces garanties, les règles du cautionnement ne peuvent recevoir application en la matière. Mais cette conclusion fait l'impasse sur une remarque essentielle: s'il est vrai en effet que les garanties autonomes sont de leur nature foncièrement différentes du cautionnement, il n'en demeure pas moins que ces deux institutions ont une même finalité de garantie, à savoir permettre au créancier de disposer d'un double recours, le premier contre le débiteur principal, et le second contre le garant ou la caution. Aussi, la doctrine est maintenant unanime pour admettre que certaines règles propres au cautionnement puissent être transposées aux garanties autonomes dans la mesure où elles ne heurtent pas la spécificité de ces dernières, que ce soit au moment de leur conclusion A, ou lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre ces garanties elles mêmes B.

A - Formation de la garantie autonome

Les conditions de formation et de validité de la garantie autonome concernent d'une part l'existence et la qualité du consentement, et d'autre part l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable, et enfin une cause licite

1°/ Consentement, capacité et preuve

Tout d'abord, lorsque la garantie autonome est souscrite par un professionnel avisé banque, société commerciale, la question de l'existence et la validité du consentement ne se pose que rarement.

Par contre, quand cet engagement est consenti par un non professionnel, la jurisprudence en France se montre très vigilante pour vérifier la qualité du consentement, et n'hésite pas à prononcer l'annulation du contrat de garantie pour cause d'erreur, de violence et surtout de dol commis par la créancier²³. Bien plus, cette même jurisprudence met à la charge de ce dernier une véritable obligation d'information lors de la conclusion de l'engagement²⁴.

Ensuite, la souscripteur de la garantie doit être capable de contracter. Et comme en matière de cautionnement, et s'agissant d'un engagement unilatéral, la pleine capacité est exigée²⁵.

Enfin, s'agissant des pouvoirs du souscripteur, la garantie autonome doit être sans aucun doute, soumise aux règles du cautionnement. Ainsi, appliqué endroit algérien et lorsque la garantie autonome est consentie par une Société par Actions S.P.A., il sera fait application de l'article 624 du Code du commerce algérien qui conditionne la souscription de cautions, avals ou garanties au nom de la société à l'exigence d'une autorisation préalable du Conseil d'Administration. De même que l'art. 628 al. 3 C.Com. qui interdit aux administrateurs de se faire cautionner ou avaliser par la société qu'ils administrent pour les dettes qu'ils contractent envers les tiers, et enfin de l'art . 671 C.Com. qui interdit aux membres du Directoire et aux membres du Conseil de Surveillance, autres que les personnes morales, de faire cautionner ou avaliser par la société leurs engagements personnels envers les tiers.

Quant à la preuve de la garantie autonome, et à l'instar du cautionnement, elle ne peut être présumée, et le consentement devant être exprès. La preuve de l'engagement autonome ne peut être rapportée que par écrit quand bien même lorsque l'obligation garantie puisse être prouvée par témoins Art.645 C.civ algérien, quelle que soit la qualité du

garant commerçant ou non, ou la nature de la garantie civile ou commerciale Art 651 C.Civ algérien.

Et il n'en sera autrement que lorsque la garantie est souscrite par un établissement bancaire-ce qui est souvent le cas en la matière-, et constitue de ce fait, en vertu de l'art. 2 C.com algérien. un acte de commerce par son objet, qui à l'égard de la banque peut être prouvé par tous les moyens. En matière de garanties autonomes se pose parfois la question de la preuve, non pas de l'engagement lui-même, mais de son étendue. Il est évident tout d'abord que l'objet de l'obligation du garant doit être déterminé ou déterminable, faute de quoi le contrat de garantie serait nul. Mais lorsque dans ce cas précis, et si le montant de la garantie n'a pas été, ou insuffisamment déterminé, ne peut-on pas échapper à cette nullité en complétant l'engagement de garantie à partir du contrat de base, et déduire l'étendue de l'obligation du garant du montant de la dette principale?

La question, débattue en doctrine, a reçu des réponses diverses.

Pour les uns, le caractère autonome de la garantie implique le rejet de toute référence au contrat de base, la détermination de l'étendue de l'obligation du garant ne doit être appréciée qu'à partir d'éléments intrinsèques à l'engagement de garantie lui-même²⁶. Pour d'autres au contraire, rien n'interdit de rechercher l'étendue de l'obligation du garant en se fondant sur des éléments extrinsèques au contrat garantie-en l'occurrence ici le contrat de base- pris à titre d'éléments de fait, sans pour autant affecter le caractère spécifique de la garantie autonome²⁷.

Pour deux auteurs enfin, l'absence de détermination du montant de la garantie peut être interprétée comme une intention, chez le garant de payer la dette du débiteur, auquel cas la garantie autonome doit être disqualifiée et analysée comme un simple cautionnement²⁸.

2° Objet et cause de la garantie autonome

L'objet de la garantie autonome est en fin de compte la somme d'argent que le garant s'est engagé à payer au bénéficiaire en guise de garantie. Mais dans tous les cas, l'engagement du garant ne doit pas

avoir pour objet la dette du débiteur, auquel cas la garantie ne serait pas autonome.

De ce principe d'autonomie de l'objet de la garantie indépendante découlent deux conséquences essentielles :

D'une part, l'art. 252 C.civ algérien. d'après lequel « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses que celles de l'obligation cautionnée » ne peut recevoir application en matière des garanties autonomes, et serait même contraire à la finalité de celles-ci. Aussi, l'objet de l'engagement à première demande peut dépasser le montant de l'obligation garantie, et la garantie elle-même peut être souscrite sous des conditions ou des modalités plus rigoureuses que l'obligation de base.

D'autre part, la cession d'une créance affectée d'une garantie autonome n'emporte pas transmission de celle-ci, et l'art. 243 C.civ algérien aux termes duquel « la cession d'une créance comprend les sûretés qui la garantissent telles que le cautionnement, le privilège, l'hypothèque et le nantissement..... » doit être écarté dans cette hypothèse.

C'est qu'en effet, le caractère autonome de la garantie implique qu'elle soit totalement détachée de la créance, et interdit, par là même qu'elle soit invoquée par quiconque d'autre que le bénéficiaire, à moins que le garant n'accepte qu'elle soit transmise avec la créance, auquel cas cet accord devrait être interprété comme une nouvelle garantie consentie au nouveau créancier²⁹.

Quant à la cause de la garantie autonome, la question suscite quelques observations.

On peut tout d'abord rechercher la cause de l'obligation du garant dans la rémunération qu'il reçoit habituellement, s'il s'agit d'un professionnel établissement financier, ou dans son intention libérale s'il s'agit d'un acte à titre gratuit³⁰. Mais cette analyse n'est pas satisfaisante car, si ces raisons ont pu effectivement motiver l'engagement du garant, elles ne peuvent servir de causes au contrat de garantie dans la mesure où elles ne peuvent entrer dans le champ contractuel, et de ce fait sont restées étrangères au créancier.

Un autre courant en doctrine admet que la recherche de la cause de la garantie indépendante ne peut s'orienter que vers le contrat de base. En effet, l'engagement, même indépendant a une fonction de sûreté, et s'il ne se confond pas avec l'obligation garantie, il ne peut se concevoir ou exister sans elle. Et l'on aboutit à la conséquence qui veut dans ce cas que la cause de l'obligation, autonome est la garantie de la dette principale, et pour le créancier, cette même cause réside dans le souci de sa sécurité³¹.

Mais là encore, cette analyse prêche par la confusion qu'elle introduit entre la cause de l'obligation et celle du contrat. Bien plus, si on admet que la cause de l'engagement du garant est de garantir l'obligation de base, et celle du créancier de pouvoir compter sur le garant pour être payé, ces deux causes sont invariables dans tout contrat de garantie et ne peuvent en elles-mêmes être entachées d'illicéité ou d'immoralité, et en conséquence de quoi, la garantie autonome ne pourrait jamais être frappée de nullité.

D'où la nécessité de revenir à la notion de cause subjective dans le sens du motif impulsif et déterminant de l'opération qui elle seule peut expliquer la nullité du contrat de garantie lorsque cette cause est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

B- Mise en œuvre de la garantie autonome :

La garantie autonome, comme toute sûreté, est appelée par le bénéficiaire pour lui assurer la parfaite exécution de l'obligation garantie. Mais l'on pourrait se demander ici, vu la spécificité de la garantie indépendante, dans quelle mesure le garant ou le donneur d'ordre peuvent s'opposer à l'appel de celle-ci d'une part, et d'autre part comment seront réglés les recours une fois la garantie exécutée.

1°/Refus ou opposition d'exécuter la garantie en cas d'appel manifestement abusif.

Le garant doit en principe exécuter son obligation dès que l'appel lui été signifié- surtout si la garantie a été stipulée à première demande, sans délai. Il n'est pas tenu d'en avertir le donneur d'ordre, ni à plus forte raison de solliciter son accord.³² Et son engagement étant

autonome, il ne lui est pas admis d'opposer face au bénéficiaire aucune exception tirée du contrat de base. Mais en matière de garanties autonomes, c'est souvent le donneur d'ordre le débiteur principal qui, mis au courant de l'appel, va tenter de s'opposer à l'exécution de la garantie pour éviter par la suite tout recours du garant contre lui.

La *jus prudencia* en France, a, dans un premier temps accueilli favorablement de telles demandes lorsque le donneur d'ordre justifiait cette opposition par l'existence de créances importantes contre le bénéficiaire, par l'exécution normale de sa propre obligation, ou encore en raison de la mauvaise foi du bénéficiaire³³. Mais une telle position, vivement critiquée par la doctrine, car méconnaissant le caractère spécifique de l'obligation autonome, et surtout violant le principe de l'inopposabilité des exceptions, fut ensuite abandonnée. La défense de payer formulée par le donneur d'ordre ne fut admise que si l'appel à la garantie intervient avant que cette même garantie ne soit entrée en vigueur, ou après son extinction, car ces exceptions ne trouvent pas leur fondement dans le contrat de base, mais dans l'engagement du garant. Mais c'est surtout en cas d'appel manifestement abusif à la garantie que la jurisprudence semble aujourd'hui admettre au donneur d'ordre le droit de s'opposer à l'exécution de la garantie, ou au garant de s'abstenir de payer. C'est qu'en effet, l'autonomie de la garantie indépendante, qui se traduit essentiellement par l'inopposabilité des exceptions, ne doit pas conduire à un effet pervers qui permettrait au bénéficiaire de faire appel à la garantie alors qu'il n'a manifestement aucun lien de créance envers le débiteur principal.

Cet assouplissement dans le régime des garanties autonomes est intervenu pour empêcher que le donneur d'ordre ne soit complètement à la merci du bénéficiaire de mauvaise foi qui, ne disposant pas de droit vis à vis du donneur d'ordre, puisse se retourner en toute impunité contre le garant. Mais là encore, la jurisprudence soucieuse de ne pas ôter tout intérêt à la garantie autonome, tente de circonscrire cette exception dans des limites étroites.

En effet, il ne suffit pas que l'appel à la garantie soit abusif ou frauduleux, mais faut-il le soit manifestement, ou selon l'expression

d'un auteur, « qu'il crève les yeux »³⁴. Ainsi, il a été jugé que constituait un appel manifestement abusif à la garantie, un appel fondé non pas sur l'inexécution de l'obligation principale, mais sur des raisons purement politiques opposant deux Etats³⁵, ou lorsque l'appel à la garantie a été formulé alors que le bénéficiaire devrait être inévitablement remboursé, l'annulation du spectacle en vu duquel la garantie ayant été consentie étant notoirement imminente³⁶, ou encore lorsque l'appel à la garantie avait pour motif d'imposer au soumissionnaire des conditions plus rigoureuses que celles prévues à l'appel d'offres³⁷. Par contre, n'a pas été reconnu comme manifestement abusif, l'appel à la garantie alors que le donneur d'ordre avait « apparemment » exécuter son obligation, car comme le soulignaient deux auteurs, « un fait apparemment établi ne l'est pas avec une certitude absolue »³⁸.

2°/ Organisation des recours:

La garantie autonome, comme le cautionnement, une fois exécutée, ouvre droit à deux séries de recours : le garant qui a payé va se retourner contre le débiteur principal, ensuite ce dernier se voit offrir un recours contre le bénéficiaire qui aura reçu un paiement alors qu'il n'y avait pas droit. Il est d'abord évident que le garant qui s'est acquitté de son obligation puisse se faire rembourser par le donneur d'ordre. Cette solution admise pour le cautionnement, est applicable également à la garantie autonome en raison de la fonction de sûreté des deux institutions. Le garant dispose donc d'un recours personnel contre le débiteur principal, non seulement pour les sommes versées au bénéficiaire, mais également pour les frais art 672 al. 2 C.civ algérien. Lorsque le garant est la propre banque du débiteur, ce recours se traduit par un jeu de compensation, c'est à dire par l'inscription au chapitre débit du compte du donneur d'ordre des sommes dues au garant la banque. Mais ce dernier peut se voir refuser le droit au remboursement si le débiteur apporte la preuve que la garantie a été payée alors qu'elle n'était pas encore entrée en vigueur, ou parce qu'elle était déjà éteinte³⁹, ou encore lorsque l'appel à la garantie était manifestement abusif. Mais si le garant dispose ainsi d'un droit de recours personnel contre le donneur d'ordre, tiré de la fonction de sûreté de la garantie autonome,

peut-il se voir offrir d'autres voies empruntées au droit commun pour se retourner contre le débiteur ? En France, la doctrine appuyée par la jurisprudence, semblent admettre qu'en plus d'un recours personnel, le garant dispose aussi d'un recours subrogatoire contre le donneur d'ordre⁴⁰. En vérité cette position nous paraît difficilement conciliable avec la spécificité de la garantie autonome. En effet et pour se voir offrir le droit à l'action subrogatoire, le tiers qui a payé devrait être «... tenu à la dette avec le débiteur ou pour lui » Art-261 C.civ. algérien. Or, on l'a vu, le garant ne s'engage ni à payer la dette du donneur d'ordre, ni à payer pour lui, mais à exécuter sa propre obligation, totalement détachée et indépendante de la prestation de base.

Ensuite, si le garant a payé alors qu'aucun lien de créance n'existe encore, ou n'existe plus entre lui et le bénéficiaire, ou lorsque l'appel est manifestement abusif, le donneur d'ordre qui a indemnisé le garant pour ce qu'il aura payé, dispose lui aussi d'un recours contre le bénéficiaire sur le fondement de la répétition de l'indu.

Notes et références

- 1-J.M.JACQUET et Ph. DELEBECQUE, Droit du commerce international, Dalloz, 2^{ème} éd. 2000, page 243.
- 2-D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J. 2^{ème} éd. 1999, page 213.
- 3 - Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, Droit civil. Les sûretés et la publicité foncière, Dalloz, 3^{ème} éd. 2000, page 203.
- 4 -Ph. SIMLER, Les solutions de substitution au cautionnement, J.C.P. G. 1990, I, 3427.
- 5- Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit. page 204.
- 6 - S. PIEDELIEVRE, Remarques sur les règles uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande, R.T.D.Com. 1993, page 615.
- 7 - D.LEGEAIS, op. cit. Page 211.
- 8 - J. BUSSY, Droit des affaires, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1998, P.449.
- 9 - VASSEUR,, Obs. Sous Cass. Civ. 20 juin 1989, D.1990, somm. Page 195.
- 10 - Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit. pge 209.
- 11 - J.BUSSY, Op. cit. Page 454.
- 12 - N. PICOD, note sous Cass.Civ 15 juin 1999, D.200, page 113.
- 13 - Cas. Civ. 20 Dec 1982, R.T.D.Comm 1983, 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.
- 14 - J.MESTRE et M.E. PANCRAZI, Droit commercial, L.G.D.J. Ed.2001, page 554
- 15 - Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, Op.Cit.pge 214 – Add. J.BUSSY, op.Cit, page 450.
- 16 - Cass. Com. 19 Nov, Bull. Civ n° 274 – 8 Dec, 1987, Bull. Civ. IV n° 261.
- 17 - Cass. Com. 20 Dec. 1982, cité en note 13.
- 18 - Ph. SIMLER et Ph DELEBECQUE, op. cit. page 218 et l'abondante jurisprudence citée en note 1.
- 19 - Cass. Com. 18 mai 1999, Bull civ. IV, n° 102.
- 20 - Voir en cas de nullité de l'obligation principale Cas. Com. 13 Dec, 1983, D, 1984, page 420, note M.VASSEUR
- 21 - S'il existe un doute sur le caractère autonome ou accessoire de la garantie, c'est la qualification la moins sévère, c'est à dire le cautionnement qui doit s'imposer. le doute profite au débiteur.
- 22 - Il s'agit particulièrement de l'Allemagne, la Belgique et la Suisse .
- 23 - Cass.Com. 18 dec. 1990, D. 1991, som. 103, Obs. M. VASSEUR.
- 24 - C. A. Paris 16 Aril 1996, J.C.P. E. 1997, I, 633, Obs.P.h SIMLER .
- 25 - Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit. page 232.
- 26 - M. BILLIAU, note sous Cass. Com. 10 janvier 1995, J.C.P. 1995, II, 22397.
- 27 - J. BUSSY, op Cit, page, 452.

- 28 - M. BANDRAC et P. CROQ, Notes de jurisprudence, R.T.D.Civ. 1997, page 184.
- 29 - Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op.cit. page 226 in fine.
- 30 - G.MARTY,P.RAYNAUD et P.h.JEZTAZ, Les sûretés. La publicité foncière, SIREY 2ème éd. 1987,n°639.
- 31 - D. LEGEAIS, op.cit. page 213.
- 32 - Bien qu'un usage- semble-t-il -veut que la banque garante mette le donneur d'ordre au courant de l'existence de l'appel à la garantie.
- 33 - Trb. Com. Paris,5 mai 1981, R.T.D.Com. 1981, page 813, obs. M.CABRILLAC et B.TEYSSIE.
- 34 - M. VASSEUR, obs. sous Cass.Com.20 janvier 1987, D. 1987, somm. 177.
- 35 - Voir pendant la crise iranienne des années 1980, Cass. Com. 11 Déc. 1985, D. 1986, page 213, note M. VASSEUR.
- 36 - Cass. Com. 12 janvier 1993, Bull. Civ. IV, n°01.
- 37 - Cass. Com. 2 Déc. 1997, J.C.P. G. 1998, II, 10166 note S. HANNA.
- 38 - Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit. page 234.
- 39 - Cass. Com. 6 Février 1990, D. 1990, page 467, note D. MARTIN.
- 40 - Cass. Civ. 23 Février 1988, Bull. Civ. IV, n°50.