

Faculté de droit et de criminologie

Les garanties autonomes : analyse du mécanisme à l'aune du droit belge

Auteur : Vandeputte Alexis
Promoteur : Wéry Patrick
Année académique 2023-2024
Master en droit – Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

Remerciements

Avant toute chose, je tiens en premier à remercier mon promoteur, le professeur Patrick Wéry, qui m'a guidé tout au long de ce mémoire. En plus de m'avoir prodigué de précieux conseils, il s'est également montré investi, disponible et m'a fourni un cadre dans lequel j'ai pu avancer sereinement dans mon travail de recherche et de rédaction. Merci également de m'avoir inspiré lors des cours magistraux et au-delà.

J'aimerais également remercier tous les professeur.es et les assistant.es qui ont participé de près ou de loin à ma formation juridique, faisant de mes études de droit à l'UCLouvain une aventure aussi belle qu'enrichissante. Merci également aux membres de l'administration de la faculté de droit, dont le travail, pourtant fondamental, est trop souvent oublié.

Je me dois également de remercier Denis Philippe et Benjamin Michaux, avocats au cabinet Philippe & Partners, qui m'ont donné accès à un dossier concernant une garantie autonome, ce qui m'a permis de mieux comprendre la notion étudiée et d'ajouter un regard pratique à ce mémoire. Je remercie aussi Gino Bosman, juriste à la KBC et auteur, qui a pris le temps de minutieusement répondre à mes questions. Grâce à ce dernier, j'ai pu inclure dans ce mémoire les considérations d'un praticien expert en la matière.

Ensuite, je remercie Igor Staelens et Aurélien Destrebecq pour m'avoir toujours tiré vers le haut. Je remercie aussi toutes les personnes qui m'ont partagé leurs notes ou synthèses et plus particulièrement Alice Tapernoux.

Enfin, je remercie mes parents, qui m'ont donné l'opportunité de me consacrer pleinement à mes études, qui m'ont toujours soutenu mais qui m'ont également permis de profiter des joies de la vie étudiante. On ne se fait pas tout seul, et c'est certainement à eux que je dois le plus.

Table des matières

<u>INTRODUCTION.....</u>	<u>1</u>
<u>TITRE 1. DÉFINITION DE LA GARANTIE AUTONOME</u>	<u>3</u>
CHAPITRE 1. DÉFINITION, CADRE LÉGAL ET CARACTÈRES DE LA GARANTIE AUTONOME	3
SECTION 1. DÉFINITION ET FONCTIONNEMENT DU MÉCANISME.....	3
SECTION 2. CADRE LÉGAL.....	6
SECTION 3. CARACTÈRES DE LA GARANTIE AUTONOME	12
SECTION 3. TYPOLOGIE DES GARANTIES AUTONOMES	25
CHAPITRE 2. DISTINCTION AVEC DES INSTITUTIONS VOISINES, INTERPRÉTATION ET RÉDACTION DE LA GARANTIE AUTONOME.	28
SECTION 1. DISTINCTION AVEC CERTAINES INSTITUTIONS VOISINES.....	28
SECTION 2. INTERPRÉTATION, QUALIFICATION ET RÉDACTION DE LA GARANTIE AUTONOME	32
<u>TITRE 2. EXÉCUTION DE LA GARANTIE AUTONOME</u>	<u>40</u>
CHAPITRE 1. L'APPEL À LA GARANTIE	40
SECTION 1. L'APPEL À PROPREMENT PARLER.....	40
SECTION 2. LA PRATIQUE DE L' <i>EXTEND OR PAY</i>	42
CHAPITRE 2. LES EXCEPTIONS AU PAIEMENT	44
SECTION 1. L'APPEL IRRÉGULIER	44
SECTION 2. . LA CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC ET AUX BONNES MŒURS ET L'ILLICÉITÉ DU CONTRAT DE BASE.....	46
SECTION 3. LA FRAUDE ET L'ABUS MANIFESTE	49
CHAPITRE 3. LES DIFFÉRENTS RECOURS DES INTERVENANTS	57
<u>CONCLUSION.....</u>	<u>58</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>61</u>
LÉGISLATION.....	61
§1. <i>LÉGISLATION EUROPÉENNE</i>	61
§1. <i>LÉGISLATION BELGE</i>	61
§3. <i>LÉGISLATION FRANÇAISE</i>	62
§3. <i>DROIT NON-ÉTATIQUE</i>	62
JURISPRUDENCE	62
DOCTRINE	64
§1. <i>MONOGRAPHIES</i>	64
§2. <i>OUVRAGES COLLECTIFS</i>	65
§3. <i>PÉRIODIQUES</i>	66
<u>ANNEXES</u>	<u>69</u>
ANNEXE 1. EXEMPLES D'UNE GARANTIE DE PAIEMENT	69
ANNEXE 2. EXEMPLES DE CLAUSES SPECIFIQUES DE GARANTIES AUTONOMES	71
2.1. GARANTIE DE REMBOURSEMENT D'AVANCE – URDG 758 S'APPLIQUENT.....	71

2.2. GARANTIE DE BONNE EXECUTION – URDG 758 S’APPLIQUENT.....	72
2.3. GARANTIE DE SOUMISSION – URDG 758 S’APPLIQUENT	72
2.4. GARANTIE POUR LES MONTANTS NON RETENUS – URDG 758 S’APPLIQUENT	73
ANNEXE 3. ENTRETIEN AVEC GINO BOSMAN, JURISTE D’ENTREPRISE A LA KBC ET AUTEUR	75

Introduction

1 – La garantie autonome, une nouveauté ? Le 7 février 2024, une proposition de loi concernant les sûretés personnelles a été déposée à la chambre. À la lecture de cette dernière, l'on peut s'apercevoir qu'elle consacre une nouvelle sûreté personnelle dans son chapitre 3, à savoir la garantie autonome. Si la proposition de loi est désormais caduque suite à la dissolution de la chambre, il n'empêche qu'elle met en lumière la volonté du législateur de reconnaître une sûreté qui, jusque-là, était absente du paysage législatif belge. Mais la garantie autonome est-elle nouvelle ? Cette question appelle évidemment une réponse négative. Bien qu'elle n'ait attiré l'attention du législateur que récemment, la garantie a été développée par la pratique, d'où elle est tirée d'ailleurs ses racines.

2 – Origines historiques. Le crédit conditionne la rapidité du développement du commerce, tant national qu'international. Il est donc primordial pour les entreprises de trouver des modes de financements adaptés aux besoins spécifiques de leur activité. C'est ainsi qu'au début des années soixante, les garanties autonomes ont émergé de la pratique. La mondialisation, la globalisation des échanges commerciaux et les nouveaux risques qui viennent avec ont mis en exergue la nécessité de nouvelles sûretés. Les risques juridiques et politiques propres au commerce international, la distance séparant les parties – rendant plus compliquée l'estimation de la capacité financière et technique du cocontractant, minant ainsi la confiance mutuelle – et l'exigence de rapidité et d'efficacité accrue sont autant de facteurs qui ont contribué à l'élaboration des garanties autonomes. En effet, les sûretés réelles manquent de souplesse, de simplicité et sont trop liées aux droits nationaux. Le cautionnement, quant à lui, présente le désavantage – non négligeable – d'être accessoire au contrat de base, prêtant ainsi le flanc à toutes sortes d'exceptions, ce qui n'est pas pour déplaire le créancier d'une transaction (internationale) de grande ampleur. Enfin, au vu des enjeux financiers, le dépôt de sommes ou de valeurs se révèle trop contraignant pour la trésorerie et pèse sur le prix des marchés, faisant ainsi barrière à de nombreuses opportunités de commerce. Est ainsi née l'idée d'associer à la bonne exécution des obligations du donneur d'ordre l'engagement d'un tiers garant, digne de confiance et dont la signature rassure le bénéficiaire aussi efficacement qu'un dépôt de sommes. À la différence du cautionnement, cet engagement est toutefois autonome du rapport sous-jacent. Si le garant assure bel et bien la bonne fin des obligations du donneur d'ordre, il prend un engagement propre et ne s'oblige pas à exécuter les obligations du donneur d'ordre, dans le

cas où celui-ci n'y satisferait pas. Cette solution permettait ainsi de répondre tant aux besoins du maître d'ouvrage qu'à ceux de l'entrepreneur. D'une part, le premier se voit octroyer une garantie qui le protège contre les risques que comporte la réalisation du marché de manière plus efficace que le cautionnement et d'autre part, l'entrepreneur évite l'immobilisation stérile et contraignante de ses liquidités. Ce type de garanties, initialement émises au profit des importateurs, a ainsi connu un grand succès et couvre maintenant toutes sortes d'opérations et va jusqu'à s'étendre à des transactions purement internes¹.

3 – Plan du mémoire. Ce mémoire sera divisé en deux titres. Le premier concerne la définition de la garantie et le second vise son exécution. Dans le premier titre, nous tâcherons d'expliquer le mécanisme de la garantie, dont nous dresserons les contours non seulement à l'aide d'une définition formelle mais également en analysant ses différentes caractéristiques. Nous appuierons particulièrement sur ses caractères autonome et abstrait, ainsi que son caractère littéral, qui la distinguent d'autres sûretés voisines. À ce sujet, nous nous intéresserons également aux règles qui gouvernent l'interprétation et la qualification de la garantie autonome, les confusions étant fréquentes en pratique. Ce premier titre sera également l'occasion de se pencher sur le droit applicable à la garantie et sur les juridictions compétentes en cas de litige, la garantie ayant souvent un caractère international. Ensuite, le second titre sera consacré à l'exécution de la garantie. Comment y faire appel, mais surtout quelles exceptions permettent au garant de se soustraire de son engagement ? La garantie étant une solution séduisante en raison de son automaticité et son efficacité équivalente au dépôt de sommes, la question de savoir ce qui peut tempérer ces caractères importe grandement. Enfin, en l'absence de régime légal, l'examen des garanties autonomes se fonde principalement sur les développements apportés par la doctrine et la jurisprudence belge. Nous nous appuyons également sur quelques apports de droit étranger, sans prétendre à une étude comparée. À cet égard, nous faisons également usage d'un droit non-étatique, à savoir les URDG 758, qui reflètent amplement la pratique, comme nous le verrons lors de l'analyse du cadre légal. Enfin, ce mémoire tient également compte du regard d'un praticien expert en la pratique, Gino Bosman. L'entretien avec ce dernier est disponible en annexe et nous invitons vivement le lecteur à s'y intéresser.

¹ Voyez l'entretien avec G. BOSMAN, juriste à la KBC et auteur ; Y. POULLET, *Les garanties bancaires dans le commerce international : analyse économique d'un phénomène juridique*, 1981 ; C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, « les garanties bancaires autonomes », in *R.P.D.B.*, complément, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 558-559 ; A. PRÜM, « Pratiques et réglementations internationales des garanties à première demande » in *L'actualité des garanties à première demande*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 233-234 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, « Chapitre 7 - Les garanties bancaires à première demande » in *Droit bancaire et financier* (dir. M. GREGOIRE et V. DE FRANCOUEN), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 683-684

Titre 1. Définition de la garantie autonome

Chapitre 1. Définition, cadre légal et caractères de la garantie autonome

Section 1. Définition et fonctionnement du mécanisme

4 - Terminologie. Force est de constater que la terminologie employée pour désigner la garantie autonome n'est pas uniforme. Dans la pratique, la doctrine et la jurisprudence, l'on peut retrouver les dénominations « garantie indépendante », « garantie autonome », « garantie abstraite » ou encore « garantie à première demande », accompagnées ou non de l'adjectif « bancaire ». Il arrive même que la lettre de garantie fasse référence au « cautionnement », notion avec laquelle il convient pourtant impérativement de faire une distinction (voy. *infra* n°52 et s.). Dans le cadre de ce travail, seul le terme « garantie autonome », ainsi que son diminutif « garantie » seront employés. D'une part, celui-ci met adéquatement en avant la caractéristique fondamentale de cette institution et d'autre part, c'est également la terminologie² choisie par les auteurs de la proposition de loi portant le titre 1^{er} « Les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil³.

5 – Définition. La doctrine s'entend pour définir la garantie autonome comme « *une sûreté personnelle, irrévocable, par laquelle une personne, le garant, s'engage à payer à une autre personne, appelée bénéficiaire, à première demande et selon des conditions qui peuvent être plus ou moins strictes, une somme d'argent dans le cas où, selon le bénéficiaire, le résultat attendu n'aurait pas été atteint dans le cadre de l'exécution d'un contrat de base conclu entre le bénéficiaire et une troisième personne, le donneur d'ordre. Autrement dit, la garantie indépendante vise à protéger le bénéficiaire contre la mauvaise exécution ou l'inexécution fautive d'un contrat qu'il a conclu avec le donneur d'ordre* »⁴.

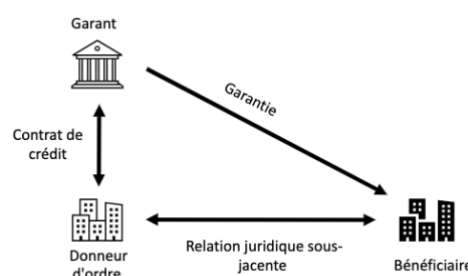
² La proposition de loi fait également référence à la « sûreté personnelle autonome ».

³ W. DAVID et M. GOFFART, « Titre 2 – La garantie autonome » in *Tome V – Les sûretés, privilèges et hypothèques – Volume 1 – Les garanties tangentiels* (sous la dir. de M. GRÉGOIRE), Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 303-304 ; Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, p. 44.

⁴ A. TOUSSAINT, « La garantie indépendante : chronique de jurisprudence (2007-2018) » in *Actualité en droit des contrats spéciaux* (sous la dir. de F. GEORGE et P. WERY), Limal, Anthemis, 2019, pp. 255-281 ; E. NORDIN, « Het abstract, autonoom en letterlijk karakter van de bankgarantie op eerste verzoek », *R.W.*, 2010-2011/31, pp. 1282 et s. ; Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1073.

En ce qui concerne le législateur, bien qu'il reste encore muet à ce sujet, le contraire ne saurait tarder. En effet, la proposition de loi susmentionnée définit la garantie autonome en son article 9.1.2, 3° comme : « une sûreté personnelle qui, en vertu de ses termes, ne dépend pas de la validité, des modalités, de l'étendue et du maintien de l'existence de l'obligation garantie »⁵. Un peu vague au premier abord, cette définition cible toutefois de manière effective la caractéristique fondamentale de ce mécanisme, à savoir l'autonomie, l'indépendance, ou encore l'abstraction de la garantie. À titre de comparaison, en droit français, la garantie autonome est définie comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues »⁶. Ce n'est qu'au troisième alinéa que l'on peut trouver une expression de l'autonomie de la garantie, où l'on peut lire que « le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie »⁷.

6 – Relation tripartite. La garantie autonome peut prendre la forme d'une relation tripartite, mais également celle d'une relation quadripartite (voy. *infra* n°7). La relation tripartite⁸ implique un garant, un donneur d'ordre et un bénéficiaire. Le donneur d'ordre demande alors au garant – le plus souvent sa



banque, mais pas nécessairement – d'émettre une garantie autonome au profit du bénéficiaire, en raison d'un contrat de base (le rapport fondamental⁹) liant le donneur d'ordre au bénéficiaire. Cette relation juridique, le plus souvent contractuelle, prévoit en général l'obligation du donneur d'ordre de constituer une garantie autonome. C'est donc bien en raison de ce rapport sous-jacent que le garant, tiers à celui-ci, prend un engagement propre envers le bénéficiaire. En ce qui concerne le garant et le donneur d'ordre, lorsque le premier est une banque¹⁰, ils sont

Cette définition est également employée dans les ouvrages suivants : W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 303 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, « les garanties bancaires autonomes » in *Droit bancaire et financier* (dir. M. GREGOIRE et V. DE FRANQUEN), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 684.

⁵ Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, p. 44.

⁶ *Code civil fr.*, art. 2321, al. 1.

⁷ *Ibid.*, al. 3.

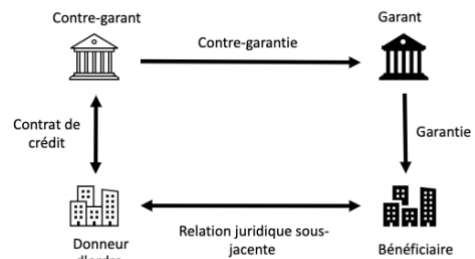
⁸ Dans ce cas, on parle de garantie directe.

⁹ Selon C. Martin et M. Delierneux, l'expression « rapport fondamental » est la plus adéquate, en ce sens qu'elle permet de faire référence au rapport juridique sous-jacent, même lorsque le contrat entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire n'est pas encore conclu, ce qui est le cas durant la période de négociations précontractuelles, durant laquelle une garantie peut être émise (C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 582).

¹⁰ En théorie, n'importe quelle entreprise peut émettre une garantie autonome. Une société-mère pourrait donc se porter garante pour des engagements d'une filiale. Cependant, les garanties autonomes émanent presque toujours

généralement liés par un contrat de crédit, qui s'inscrit dans le cadre d'une ouverture de crédit de signature¹¹. Il existe donc trois rapports distincts : la relation juridique sous-jacente qui « justifie » l'émission d'une garantie (entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire), le contrat de crédit (entre le garant et le donneur d'ordre) et la garantie (émise par le garant au profit du bénéficiaire). Enfin, il convient de souligner que la garantie est indépendante des deux autres rapports (voy. *infra*, n°13 et s.)¹².

7 – Relation quadripartite. Bien que la garantie autonome ait initialement été imaginée sous une forme triangulaire, les bénéficiaires de cette sûreté n'ont pas tardé à exiger l'intervention d'un garant local, non rassurés par l'attitude positive des garants de leur contrepartie étrangère. Il arrive donc souvent



qu'une quatrième partie intervienne¹³. Le garant demande alors à un correspondant établi dans le même pays que le bénéficiaire d'émettre une garantie autonome au profit de celui-ci. Cette dernière est alors contre-garantie par le garant « initial », appelé « contre-garant », qui devra ainsi rembourser le garant à première demande, sans pouvoir soulever d'exception. De la sorte, le bénéficiaire dispose d'une contrepartie solvable installée dans le même pays, elle-même assurée d'être payée par le contre-garant. Notons qu'il est admis que le garant fasse appel à la contre-garantie sans avoir payé la garantie. Il faut toutefois que la garantie ait été appelée, faute de quoi l'appel à la contre-garantie serait considéré comme manifestement abusif. Selon le président du tribunal de commerce de Liège, « *généralement en effet le banquier en premier rang, objet d'un appel à sa garantie de la part du bénéficiaire, avant que de satisfaire à cet appel, fait d'abord appel à la contre-garantie et attend d'être couvert par le banquier contre-garant, avant de couvrir, à son tour, le bénéficiaire. Autrement dit, le banquier de premier rang*

des banques, les sociétés faîtières préférant octroyer une lettre de patronage, lorsqu'il s'agit de soutenir une société du groupe (W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 305).

¹¹ Le crédit de signature est appelé ainsi car tant que le garant ne paie pas la garantie, il se borne à prêter sa réputation, sa signature, « *son propre crédit, c'est-à-dire sa notoriété, sa réputation d'honorabilité et de solvabilité* », sans mettre de sommes à disposition du donneur d'ordre (C. MARTIN, M. DELIERNEUX, *op. cit.* p. 583).

¹² W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 305-311 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 687-688 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 5, a).

¹³ Dans ce cas, on parle de garantie indirecte.

paie le bénéficiaire auquel il a accordé sa garantie à l'aide des fonds que lui transmet le banquier contre-garant dont il a demandé l'intervention »¹⁴.

8. Caractéristiques de la contre-garantie. Enfin, comme l'a rappelé la cour d'appel de Liège, il convient de souligner que la contre-garantie est indépendante, non seulement de la relation juridique sous-jacente, mais également de la garantie. Dès lors, il en résulte que la contre-garantie peut être plus étendue que la garantie, au niveau de la durée ou des montants, par exemple¹⁵. Cette dernière peut également être soumise à un droit différent de celui applicable à la garantie, bien que cela demeure peu souhaitable selon les praticiens (voy. *infra* n°17)¹⁶.

Section 2. Cadre légal

§1. Cadre normatif

9. Droit belge. À ce jour, aucune disposition légale n'a été adoptée à ce sujet en droit belge. Pour autant, cela n'a pas empêché les tribunaux de reconnaître formellement la validité de ce mécanisme juridique à coups de jurisprudence profondément respectueuse de l'autonomie des garanties autonomes. Quoi qu'il en soit, s'il y avait un doute, la cour d'appel de Bruxelles y a mis fin dans l'arrêt Segtraco du 18 décembre 1981, à l'occasion duquel celle-ci a consacré la validité des garanties autonomes, en soulignant leur caractère indépendant, selon lequel « *le bénéficiaire ne peut se voir opposer, lors de son recours contre le garant, aucune exception ou défense tirée des relations contractuelles entre le garant et le donneur d'ordre ou même, de celles existant entre le maître de l'ouvrage et l'adjudicataire des travaux, [...]* »¹⁷. En ce qui concerne le régime légal des garanties, nous renvoyons le lecteur au n°23 et s.¹⁸.

¹⁴ Comm. Liège (prés.), 2 juillet 2002, *R.D.C.*, 2004/2, p.188 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 305-311 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 687-688 ; M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, « 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 », *R.D.C.*, 2011/3., pp. 217-218 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 601-603 ; L. SIMONT, « Garanties indépendante au cautionnement (interprétation des textes des garanties » in *L'actualité des garanties à première demande. Actualia inzake garanties op eerste verzoek*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 234-235 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 5, b).

¹⁵ Liège, 16 octobre 2007, *R.D.C.*, 2009/1, p. 45.

¹⁶ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 305-311 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 602-603 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 687-688 ; W. PISSOORT, et P. SAERENS, *Droit commercial international*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 196-197 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 5, b).

¹⁷ Bruxelles (2^e ch.) 18 décembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 358.

¹⁸ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, pp. 216 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 304 ; A. PRÜM, « Pratiques et réglementations internationales des garanties à première demande » in *L'actualité des garanties à première demande*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 238.

10. Instruments internationaux. Au niveau international, l'on recense essentiellement deux corps de règles dédiés à la garantie autonome : la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by de 1995 et les URDG 758.

11. CNUDCI. En premier lieu, nous pouvons mentionner la Convention des Nations Unies. Son importance pratique reste cependant limitée, en ce sens qu'elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et qu'elle ne compte actuellement l'adhésion que de huit membres¹⁹, outre le fait que son contenu laisse à désirer. Nous sommes donc loin d'une harmonisation par le truchement d'une convention internationale²⁰.

12. URDG 758. Plus pertinentes, les URDG 758 sont un corps de règles élaboré par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) réglant certains aspects des garanties autonomes²¹. Issue de la pratique, cette troisième tentative est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010 et fut accueillie plus chaleureusement que ses deux premières versions. Jugées hostiles, ces dernières visaient surtout à limiter l'autonomie de la garantie par rapport à la convention sous-jacente. Le fait que cette nouvelle sûreté permette au bénéficiaire d'obtenir le paiement sur première demande et ce, sans justification, était vu comme trop risqué pour les donneurs d'ordre. Par ailleurs, la CCI avait également omis de tenir compte du point de vue des bénéficiaires traditionnels de ce type d'engagement ainsi que l'usage de contre-garanties, dans le cadre d'une relation quadripartite. La CCI s'est donc attelée à une profonde révision afin de pallier à ces lacunes, tout en améliorant la qualité globale du texte. C'est ainsi que sont nées les URDG 758 telles que nous les connaissons aujourd'hui²².

Bien qu'elles ne soient pas vêtues de la force obligatoire, ces règles présentent tout de même un grand intérêt. D'une part, les parties peuvent choisir de soumettre leur garantie aux règles uniformes, ce qui les rend, de fait, applicables dans de nombreuses situations. D'autre part, même en dehors de leur application conventionnelle, ces règles font office de référence, en ce

¹⁹ En 2024, la convention comptabilise l'adhésion des pays suivants : Belarus, Équateur, El Salvador, Gabon, Koweït, Liberia, Panama, Tunisie et États-Unis.

(https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees/status)

²⁰ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, pp. 215-220 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 304-305 ; G. BOSMAN, « De Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758) van de Internationale Kamer van Koophandel opnieuw bekeken. Capita Selecta », *D.B.F.-B.F.R.*, 2017/1, p. 42 ; G. BOSMAN, A. VANDEVELDE, « Garantie bancaires à première demande » in *Modèles et commentaires en français traduits de "Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven"*, Kluwer, Malines, 2022, p. inconnue, n°2 et n°6 et s., M. DELIERNEUX, « Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003) », *D.B.F.-B.F.R.*, 2003/6, p. 349-350.

²¹ Les URDG 758 ne règlent pas : les questions relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les appels abusifs, la saisie-arrêt, les intérêts moratoires, le paiement par compensation et la subrogation (M. DELIERNEUX et C. CENTNER, *op. cit.*, pp. 221-224).

²² *Ibid.*

sens qu'elles reflètent amplement la pratique. En effet, dépourvue de toute autorité supranationale, la CCI ne dispose que de son pouvoir de persuasion pour promouvoir l'adoption de normes uniformes. La réception de ses travaux reposant grandement sur la reconnaissance que leur accordent les différents acteurs du commerce international, la CCI est contrainte de prendre leur position en compte. À cet égard, le groupe de rédaction de la CCI s'est basé sur 17 années de pratique des URDG « *incluant d'innombrables commentaires reçus par le groupe de travail ainsi qu'au travers de séminaires, de réseaux bancaires et de commentaires de banques, d'entreprises, d'organisations internationales, d'avocats et consultants de différents pays et secteurs économiques* »²³. De plus, les URDG 758 ont été élaborées par un groupe de travail composé de membres issus de vingt-six états différents et ont été soumises à l'avis de cinquante-deux comités nationaux de la CCI. Elles ont également reçu le soutien de plusieurs organisations internationales, telles que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL), la Banque mondiale ou encore la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC). En outre, il convient d'ajouter que les règles dégagées de la pratique par la CCI font également preuve d'une certaine autorité auprès des instances judiciaires, même lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes de garanties qui n'ont pas été soumises aux URDG. C'est ainsi que le tribunal de commerce de Namur a décidé à propos des URDG 758 que « *si ces règles uniformes n'ont pas la force obligatoire d'une convention internationale, d'une loi ou d'un règlement, elles peuvent être prises en considération pour déterminer la norme raisonnable permettant d'apprécier le comportement des parties et, le cas échéant, le caractère fautif de celui-ci* »²⁴. Quant à la Cour de cassation française, elle serait allée jusqu'à en accueillir un moyen reposant sur la violation de l'article 3 des UCP 400 (au sujet du crédit documentaire), au même titre que la violation de l'article 1134 du code civil. Il convient cependant de nuancer cette affirmation. En l'espèce, les UCP ont plus vraisemblablement trouvé application en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties ayant décidé de s'y soumettre²⁵.

En conclusion, bien qu'il soit encore trop tôt pour les considérer comme un usage au sens d'une source de droit formelle, les URDG 758 sont parvenues à créer un certain consensus auprès des

²³ Traduction libre de G. BOSMAN, A. VANDEVELDE, *op. cit.*, p. inconnue, n°9: « *including countless comments received by the Task Force through seminars, banking networks and industry feedback from banks, companies, international organizations, lawyers and consultants from various countries and economic sector* ».

²⁴ Comm. Namur, 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 812.

²⁵ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, pp. 215-220 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 304-305 ; G. BOSMAN, P. FRANCOIS., W. KUPERS en G. MACHENIL, *op. cit.* p. 42 ; G. BOSMAN, A. VANDEVELDE, *op. cit.*, p. inconnue, n°2 et n°6 et s. ; M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 349-350.

praticiens. Si bien qu'elles sont devenues la norme pour de nombreuses associations, entreprises et banques, et représentent également une source d'inspiration importante pour les juges²⁶.

13. ISDGP. Poursuivant son effort d'harmonisation, la CCI a publié en 2021 un guide des Pratiques internationales standard relatives aux garanties sur demande soumises aux RUGD 758 (ISDGP). Fidèle à sa pratique, la CCI a impliqué 27 de ses comités nationaux, ainsi que de nombreux professionnels issus du monde entier. L'idée n'est pas de modifier les URDG 758, mais bien de « *donner des orientations pour leur interprétation et leur application au moyen de bonnes pratiques et d'exemples liés à des événements tout au long du cycle de vie d'une garantie* »²⁷.

14. Proposition de loi. Enfin, comme nous l'avons déjà observé, le législateur est récemment sorti de sa torpeur, en déposant une proposition de loi portant le titre 1er "Les sûretés personnelles" du livre 9 "Les sûretés" du Code civil. Celui-ci vise notamment à reconnaître de nouvelles figures de sûreté apparues dans la pratique, telles que la garantie autonome ou la lettre de patronage, en leur octroyant une base légale dans le Code. En effet, à mesure de leur succès, les garanties autonomes ont couvert des engagements de plus en plus variés, jusqu'à étendre leur usage à des transactions strictement internes. Le législateur s'est donc enfin saisi du nouveau mécanisme de sûreté, afin de fournir « *un certain point d'ancrage au juge* »²⁸. Nous tâcherons de relever ce que prévoit la proposition de loi au cours de la présente étude lorsque cela s'avère opportun. Il faut cependant tempérer son futur impact sur la pratique en ce sens que le régime esquissé par cette dernière est supplétif²⁹.

§2. Droit applicable à la garantie et juridiction compétente

Bien que ce travail se concentre sur les garanties autonomes en droit belge, leur utilisation ayant fréquemment lieu dans un contexte international, la question du droit applicable et des juridictions compétentes mérite d'être abordée. Deuxièmement, la loi applicable à la garantie est également importante pour déterminer quelles dispositions d'ordre public peuvent emporter la nullité de la garantie (voy. *infra* n°81 et s.). Nous nous consacrerons donc à quelques

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BOSMAN, A. VANDEVELDE, *op. cit.*, p. inconnue, n°2 et 10.

²⁸ Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, p. 6.

²⁹ Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, pp. 3-6.

développements à ce sujet, sans nous perdre dans les nombreuses questions que peut soulever le droit international privé.

A) Droit applicable

15. Possibilité de choix de loi. La solution la plus simple, la plus sûre et la plus efficace consiste à choisir le droit applicable par l'adoption d'une clause de choix de loi. De la sorte, les parties savent à quoi s'attendre et sont plus à même d'anticiper l'issue d'un différend. Cela permet également d'éviter la perte de temps engendrée par tout débat ultérieur à ce sujet. Par ailleurs, les parties peuvent également soumettre la garantie à un droit non-étatique, comme les URDG 758, en l'intégrant par référence dans leur contrat, conformément au considérant 13 du règlement Rome I³⁰.

16. Droit applicable à défaut de choix. En l'absence de clause de choix de loi, si le garant et le bénéficiaire ont leur siège dans des états signataires, l'article 4, §2 du règlement Rome I prévoit que « *le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* », ce qui conduit à appliquer le droit du siège du garant. Si tel n'est pas le cas, il convient d'appliquer l'instrument international, ou le droit national approprié. En ce qui concerne la Belgique, le Code de droit international privé prévoit en son article 105 que « *l'obligation dérivant d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté est régie par le droit choisi par la personne qui s'engage. A défaut d'un tel choix, elle est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel cette personne a sa résidence habituelle au moment de son engagement* »³¹. Enfin, il convient de préciser que dans le cadre d'une garantie émise par une succursale située dans un autre pays que celui du siège social, c'est le droit du pays de cette succursale qui sera applicable, quand bien même cette dernière ne jouit pas d'une personnalité juridique propre³².

³⁰ Règlement (CE) No 593/2008 Du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 3 et considérant 13, *J.O.*, L. 177, 4 juillet 2008, p. 6 ; DELIERNEUX, M., *op. cit.* pp. 349-350 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 393 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 702-703 ; pour plus de développements, voir également : WAUTELET, P., « Forumbedingen in autonome bankgaranties: tussen zekerheid en relativiteit », *BFR/DBF*, 2014/1, pp. 71-83 ; V. MARQUETTE et S. BRAUN, note sous X, *R.D.C.*, 2012/4, pp. 350-356.

³¹ Loi 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, art. 105, *M.B.*, 27 juillet 2004, p. 57344.

³² DELIERNEUX, M., *op. cit.* pp. 349-350 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 393 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 702-703 ; M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, p. 224 ; pour plus de développements, voir également M. FALLON, « Le clair-obscur du droit applicable aux garanties à première demande » in *L'actualité des garanties autonomes*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 50-98.

17. Contre-garantie. À ces développements, il convient d'ajouter quelques précisions concernant la contre-garantie. D'une part, la garantie et la contre-garantie ne doivent pas nécessairement être soumises au même droit, bien que le contraire soit hautement préférable. D'autre part, l'abstraction de la contre-garantie vis-à-vis de la garantie peut également amener à l'application de lois différentes. Il est donc fortement recommandé aux parties d'adopter une attitude proactive en soumettant les deux garanties au même droit, afin d'éviter des complications inutiles.

18. URDG 758. Conformément à l'article 34 des URDG 758, la garantie et la contre-garantie sont soumises respectivement au droit de l'entité qui les a émises, sauf stipulation contraire³³.

B) Juridiction compétente

19. Juridiction compétente. Comme pour le droit applicable, les parties peuvent faire un choix de juridiction. En l'absence de celui-ci, en fonction du choix du demandeur, l'application du règlement Bruxelles Ibis conduira à la désignation du juge du siège du défendeur – c'est-à-dire le garant ou le contre-garant – ou du juge du lieu d'exécution de l'obligation, à condition que le garant et le bénéficiaire aient leur siège dans un état signataire. Dans le cas contraire, il faut se tourner vers la convention internationale applicable ou vers le Code de droit international privé³⁴.

20. Juridiction de référé. En ce qui concerne les mesures provisoires, par exemple, lorsque le donneur d'ordre entend s'opposer au paiement de la garantie par le garant, il est admis que le juge des référés soit compétent, même si cela déroge aux règles de conflit de juridiction ou au choix des parties, conformément à ce que prévoit l'article 35 du règlement Bruxelles Ibis³⁵.

³³ « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 34 ; M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 224 ; G. BOSMAN, *op. cit.* pp. 49-50.

³⁴ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 4 et 7, *J.O.*, L. 351, 20 décembre 2012, pp. 1-32 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 394-395, M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 351-352, B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 702-703 ; Comm. Liège (prés.), 2 juillet 2002, *R.D.C.*, 2004/2, p. 187.

³⁵ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 35, *J.O.*, L. 351, 20 décembre 2012, pp. 1-32 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 394-395, M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 351-352, B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 702-703 ; Bruxelles, 22 décembre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1068.

Cette compétence peut sembler anodine, pourtant il convient d'y être très attentif, en ce sens que la décision prise au cours de cette procédure présentera en pratique « *un caractère provisoire des plus définitifs* »³⁶, comme le souligne à juste titre Martine Delierneux. Selon l'auteure, soit le paiement est autorisé par le juge des référés et le recours en dommages et intérêts du donneur d'ordre dans le pays du bénéficiaire aura peu de chances d'aboutir, vu les difficultés qu'un tel appel suscite sur le plan des procédures et du droit applicable. Soit le juge des référés interdit l'exécution de la garantie, auquel cas c'est le bénéficiaire qui se trouvera face aux difficultés d'un tel recours. C'est donc essentiellement devant les juridictions de référé que sont tranchées les questions, non négligeables, relatives à l'autonomie de la garantie³⁷.

21. URDG 758. En vertu de l'article 35, les différends opposant le garant au bénéficiaire sont exclusivement soumis aux tribunaux compétents du pays où se trouve la succursale ou le bureau du garant et les litiges entre contre-garant et garant sont exclusivement soumis aux tribunaux compétents du pays où se trouve la succursale ou le bureau du contre-garant, sauf stipulation contraire dans la garantie ou la contre-garantie, en fonction du cas³⁸.

Section 3. Caractères de la garantie autonome

22. Introduction. Il convient maintenant de parfaire la définition de la garantie autonome en analysant ses différentes caractéristiques, afin de mieux comprendre ce mécanisme et d'en délimiter les contours. À ce titre, la cour d'appel de Bruxelles synthétise ces dernières comme suit : « *la garantie à première demande est un engagement irrévocable, autonome et abstrait, littéral et formel, inconditionnel, intuitu personae, de caractère bancaire et portant sur le paiement d'une certaine somme d'argent et enfin, unilatéral* ».³⁹ Nous ouvrirons cette section avec la nature de la garantie autonome, qui soulève une controverse doctrinale. Nous poursuivrons l'examen des caractéristiques susmentionnées, en appuyant sur le caractère autonome et abstrait, ainsi que le littéralisme de la garantie qui, à notre sens, représentent des particularités centrales des garanties autonomes. Ce sont également celles qui causent le plus de contentieux. Enfin, nous clôturerons cette section avec les autres caractéristiques, qui

³⁶ M. Delierneux, « Les garanties indépendantes, 15 ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003) » in *D.B.F.-B.F.R.*, *op. cit.*, p. 351.

³⁷ M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 351-352 ; C MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 225.

³⁸ « Règles Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révision 2010 », art. 35, ICC Services, 2010, p. 63 ; M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 224 ; G. BOSMAN, *op. cit.*, p. 50.

³⁹ Bruxelles, 21 mars 2008, *R.D.C.*, 2010/2, p. 141. La cour a confirmé cette jurisprudence plus récemment, notamment dans l'arrêt suivant : Bruxelles (9^e chambre), 25 février 2021, *J.L.M.B.*, 2022/39, p. 1734.

demeurent importantes pour comprendre la notion. À ce sujet, il convient de préciser que la caractère bancaire ne sera pas abordé, les garanties autonomes pouvant justement être émises par des non-banquiers, à la différence du crédit documentaire⁴⁰.

§1. Un engagement par déclaration de volonté unilatérale

23 – Controverse. La nature de la garantie autonome est controversée. Certains considèrent qu'il s'agit d'un contrat unilatéral, tandis que d'autres argumentent qu'il est plutôt question d'un engagement par déclaration de volonté unilatérale. Notons que ce débat est essentiellement intellectuel, en ce sens que la qualification retenue a en réalité peu d'intérêt en pratique, comme le fait valoir G. Bosman⁴¹.

Selon les partisans de la première thèse, la garantie autonome est un contrat unilatéral en ce sens qu'il est très fréquent, dans la pratique, de voir le bénéficiaire de la garantie participer activement à la rédaction de la lettre de garantie. Dès lors, il y aurait bien rencontre des volontés, le texte soumis par le bénéficiaire constituant l'offre et le renvoi dudit texte signé par le garant consacrant l'acceptation. Qualifier les garanties autonomes de contrats unilatéraux rendrait donc mieux compte de la réalité. D'autres auteurs de ce courant considèrent, quant à eux, qu'il y a lieu de distinguer deux temps. Dans un premier temps, le garant est tenu par sa déclaration de volonté unilatérale et ce, jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire. Ensuite, le garant est tenu en vertu d'un contrat unilatéral, l'acceptation du bénéficiaire se déduisant du fait que ce dernier exécute les prestations auxquelles il s'est obligé en faveur du donneur d'ordre⁴².

Selon la seconde thèse – suivie par la doctrine majoritaire et la jurisprudence et à laquelle nous nous rattachons –, bien que la lettre de garantie soit le résultat de négociations postulant la participation du garant, du donneur d'ordre et du bénéficiaire, il n'empêche qu'*in fine*, la

⁴⁰ À cet égard, voyez Bruxelles, 3 avril 2015, R.G. n°2009/AR/1521, inédit, dans W. DAVID ET M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 313-314.

⁴¹ Voyez l'entretien avec G. Bosman, juriste d'entreprise à la KBC et auteur à l'annexe 3, ainsi que sa publication : G. Bosman, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁴² A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 256-257. **Se rallient notamment à cette thèse** : Y. POULLET, F. T'KINT, W. DERRIJKE, L. DU JARDIN. En ce qui concerne M. DELIERNEUX et C. MARTIN, ces derniers adoptent une position plus nuancée. Selon ces derniers, tout dépend des faits : « Dès lors que l'émetteur de la garantie s'engage en stricte conformité avec le modèle « suggéré », voire imposé, par le bénéficiaire, on peut se demander s'il n'y a pas là un véritable échange de consentement dont le texte soumis par le bénéficiaire constituerait l'offre et dont le renvoi dudit texte signé par l'émetteur consacrerait tout simplement l'acceptation (c'est la thèse de M. LESGUILLONS *Traité*, 9/85). Si, par contre, l'émetteur apporte des modifications substantielles au texte souhaité par le bénéficiaire il semble légitime d'exiger une acceptation - ne serait-ce que tacite - de ce dernier. La question de la reconnaissance d'un engagement par volonté unilatérale reste cependant posée lorsque le bénéficiaire n'a pas manifesté ses desiderata de manière suffisamment précise pour que l'on puisse considérer qu'il y a une véritable « offre » de sa part. » (C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 569).

garantie résulte d'un engagement de volonté unilatérale du garant. « *Le garant fixe en effet lui-même les termes de la garantie et il est tenu à l'égard du bénéficiaire, que ce dernier ait accepté cet engagement – ou non* »⁴³. En outre, il semble préférable que la garantie soit effective dès sa réception par le bénéficiaire, sans que celui-ci doive notifier son acceptation. Acceptation qui pourrait rencontrer un avis de modification ou de révocation, l'offre réceptice pouvant être retirée ou modifiée aussi longtemps qu'elle n'est pas parvenue au destinataire au sens de l'article 1.5 du Code civil. L'on peut toutefois douter quelque peu de cet intérêt pratique puisque, par définition, l'émetteur ne peut révoquer son engagement une fois que le bénéficiaire en a pris connaissance (ou pouvait raisonnablement en prendre connaissance), étape qui précède nécessairement celle de l'acceptation. De plus cette question ne se pose que pour les garanties directes, qui sont minoritaires dans la pratique. Il semble donc que ce cas de figure ne se présente pas souvent. En revanche, les impératifs de sécurité et de rapidité demeurent correctement assurés par la qualification de la garantie en engagement par déclaration de volonté unilatérale. En conclusion, bien que la nature de la garantie reste sujette à controverse, c'est la qualification en engagement par déclaration de volonté unilatérale qui l'emporte en Belgique, contrairement aux pays voisins⁴⁴, qui privilégient la qualification en contrat unilatéral⁴⁵.

24 – Nature de la contre-garantie. En ce qui concerne la contre-garantie, il est unanimement admis par l'ensemble de la doctrine – en ce compris ceux qui considèrent que la garantie est un engagement par déclaration de volonté unilatérale –, qu'il s'agit d'un contrat⁴⁶.

25 – URDG 758. Si l'on se réfère à l'article 4 des URDG 758, la garantie est émise dès lors qu'elle n'est plus sous le contrôle du garant. Les points b) et c) ajoutent ensuite que la garantie est irrévocable dès son émission et que le bénéficiaire peut présenter une demande de paiement dès l'émission de la garantie, sauf stipulation contraire. La garantie est donc valable dès son émission. La qualification de la garantie autonome en engagement par déclaration de volonté

⁴³ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 314.

⁴⁴ En droit comparé, c'est effectivement la thèse du contrat unilatéral qui prévaut, notamment en France, en Allemagne et en Suisse (C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 569).

⁴⁵ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 313-316 ; G. BOSMAN, *op. cit.*, pp. 43-44 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 687-688 ; P. COLLE, « Actualia garanties op eerste verzoek » in *Van alle markten - Liber Amicorum Eddy Wymeersch* (dir. Instituut Financieel Recht), Bruxelles, Intersentia, 2008, p. 229-230 ; C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 569-570 ; R. JAFFERALI, « 4. - La formation dynamique du contrat » in *La réforme du droit des obligations* (sous la dir. TH. DERVAL *et al*), Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 176-179 ; G. Bosman, C. civ., art. 5.19, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082 ; Bruxelles (9e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 81. **Se rallient notamment à cette thèse** : P. VAN OMMESLAGHE, P. WÉRY, D. BLOMMAERT, J. CAEYMAEX, TH. CAVENAILE, P. COLLE, J.-F. ROMAIN et M.-D. WEINBERGER.

⁴⁶ A. TOUSSAINT, *op. cit.*, p. 258 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 310 et 315 ; C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 570.

unilatérale semble donc plus appropriée vis-à-vis des règles dégagées de la pratique par la Chambre de Commerce Internationale⁴⁷.

26 – Jurisprudence. L'on peut relever différents arrêts qui retiennent la garantie autonome comme un engagement par volonté unilatérale⁴⁸. En ce sens, la cour d'appel de Bruxelles résume parfaitement le courant dominant dans son arrêt du 15 octobre 1987. *In casu*, le bénéficiaire avait fait une demande de prorogation du délai de validité lors de la réception de l'acte de garantie. Le garant a toutefois refusé et le bénéficiaire a donc directement fait appel à la garantie. Le garant a alors opposé un refus formel, avançant qu'en l'absence d'accord sur une modalité essentielle de la garantie – à savoir, sa durée –, aucune convention n'a été conclue. La cour a alors déclaré : « *que l'engagement du garant est pleinement efficace indépendamment de toute acceptation par le bénéficiaire, et ce par le seul effet de l'émission de la lettre de garantie [...] ; que cette règle est exprimée par le caractère unilatéral de la garantie à première demande [...] ; que la banque B. perd de vue que dès l'émission de la garantie, elle a pris un engagement irrévocable* »⁴⁹.

Si cela confirme la qualification de la garantie autonome en acte unilatéral, une question demeure. Les termes de cet arrêt laissent penser que le garant est tenu irrévocablement dès l'émission de la garantie. Cependant, s'agissant d'un acte unilatéral réceptice, le débiteur n'est tenu qu'à partir du moment où le bénéficiaire a pris ou a raisonnablement pu prendre connaissance de l'engagement, conformément aux articles 5.19, al. 2 et 1.5, al. 2 du Code civil. Quelle solution doit alors prévaloir ? Selon M. Delierneux et C. Martin, il convient de privilégier la seconde solution. Selon ces auteurs, il est nécessaire de retarder la naissance de l'engagement jusqu'à sa réception par le bénéficiaire, dès lors que la garantie autonome requiert un écrit (voy. *infra* n°33 et s.) pour son existence. En effet, « *dans la mesure où le bénéficiaire ne peut se prévaloir de la garantie qu'à partir du moment où il peut la produire, il paraît logique de retarder corrélativement jusqu'à ce moment la naissance de l'engagement irrévocable du*

⁴⁷ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, p. 228-229 ; G. BOSMAN, *op. cit.*, p. 42-43 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », ICC services, 2010, art. 4.

⁴⁸ Bruxelles, 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/39, p. 1871 ; Bruxelles, 3 avril 2015, R.G. n° 2009/AR/1521, inédit (voir W. DAVID ET M. GOFFART, *op. cit.* p. 315) ; Bruxelles, 29 juin 2010, *R.D.C.*, 2012/4, p. 348 ; Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 29.

⁴⁹ Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 30.

garant ». En outre, notons que le garant peut prévoir une autre date d'entrée en vigueur de la garantie⁵⁰.

27 – Régime juridique. L'engagement par déclaration de volonté unilatérale, en tant que source d'obligation à part entière, a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 1974 et fait désormais l'objet de l'article 5.125, alinéa 2 du Code civil. Le législateur poursuit ensuite avec l'article 5.126, selon lequel « *chaque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles qui s'appliquent aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation* ». Les règles qui gouvernent le droit des contrats et le régime général de l'obligation sont donc applicables aux garanties autonomes, moyennant quelques réserves. En premier lieu, le régime de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale présente quelques particularités⁵¹. Ensuite, les règles de validité de la garantie autonome varient quelque peu en raison de l'abstraction que celle-ci présente (voy. *infra*, n°29). Il ressort également des développements antérieurs que la garantie autonome, parmi les actes unilatéraux, appartient à ceux dits « réceptices ». Conformément à l'article 1.4, al. 2 du Code civil, les actes juridiques ont besoin, pour leur perfection, d'être notifiés. L'acte juridique réceptice est alors formé une fois que son destinataire a connaissance ou peut raisonnablement prendre connaissance, de l'intention de son auteur. Enfin, il est important de souligner que l'application des règles dédiées au droit des contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation en matière de garanties autonomes sera prochainement limitée par l'entrée en vigueur de la proposition de loi⁵² visant les sûretés personnelles⁵³.

§2. Un engagement autonome et abstrait

28 – Caractère autonome. L'essence de la garantie réside dans son autonomie vis-à-vis du rapport fondamental entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, ainsi que vis-à-vis de la relation juridique liant le garant au donneur en vertu d'un contrat de crédit (de signature). Ce caractère

⁵⁰ C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 569-570 et 586-588 ; G. BOSMAN, *op. cit.*, pp. 43-44 ; W. DAVID ET M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 331-332 ; Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 29 et s. ; C. civ., art. 1.5, al. 2, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079 ; C. civ., art. 5.19, al. 2, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

⁵¹ Pour plus de développements, nous renvoyons le lecteur vers la contribution de P. WÉRY, « 3- Les notions d'obligation, de contrat et d'acte juridique unilatéral dans le nouveau Code civil : une évolution et non une révolution » in *La réforme du droit des obligations* (dir. TH. DERVAL et al.), Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 165 et s.

⁵² Cette proposition de loi est toutefois caduque depuis le 27 mai 2024, suite à la dissolution de la Chambre.

⁵³ P. WÉRY, « 3- Les notions d'obligation, de contrat et d'acte juridique unilatéral dans le nouveau Code civil : une évolution et non une révolution », *op. cit.*, pp. 158-167 ; W. DAVID ET M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 315 ; B. MICHAUX ET P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 687-688 ; WÉRY, P., « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *J.T.*, 2018/26, n° 6738, p. 577-579 ; C. civ., art. 5.125 et art. 5.126, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082 ; C. civ., art. 1.4, al. 2, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079 ; Cass. 18 décembre 1974, *Pas.* 1975, I, p. 425.

autonome signifie que le garant exécute une obligation qui lui est propre, qu'il a contractée lui-même et non l'obligation du donneur d'ordre. À ce sujet, la Cour de cassation précise que « *le caractère autonome et abstrait de la garantie bancaire implique que l'obligation du garant est uniquement déterminée par le contenu et la portée de la convention ou lettre de garantie [...]* »⁵⁴. Dès lors, la distinction de la garantie autonome avec le cautionnement apparaît plus clairement. D'une part, celui-ci est accessoire à l'obligation principale et d'autre part, le cautionnement consiste en l'exécution de l'engagement du débiteur principal par la caution, si celui-ci n'y satisfait pas⁵⁵.

29 – Caractère abstrait. La garantie autonome est également abstraite de sa cause. Conformément à l'article 5.53 du Code civil, la cause se définit comme les « *[...] mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, [...]* »⁵⁶. En ce qui concerne la garantie autonome, sa cause réside tant dans le contrat de base (entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire), que dans la relation juridique entre le garant et le donneur d'ordre⁵⁷. L'abstraction dont il est question ici signifie toutefois que la garantie produit ses effets indépendamment des vicissitudes qui pourraient entacher les rapports juridiques constituant sa cause. En effet, le droit commercial ne s'accommode pas facilement de l'insécurité juridique qu'implique une cause viciée, susceptible d'annulation. La rapidité et la sécurité des opérations commerciales nécessitent des actes fiables, ce qui justifie cette abstraction. Dans ce sens, la cour d'appel de Bruxelles a décidé que le caractère abstrait consiste en ce que la garantie est due à la demande du bénéficiaire, une fois les conditions limitativement énumérées dans la lettre de garantie réunies, sans que le garant doive faire un examen approfondi des droits des parties. Cependant, il convient de préciser que cette abstraction ne s'applique pas en cas de fraude, de cause illicite ou d'appel manifestement abusif. Ainsi, lorsque, par exemple, la relation juridique sous-jacente

⁵⁴ Cass. 24 avril 2009, R.G. n°07.0379.N/11, www.jurportal.be.

⁵⁵ M. HOUBBEN et A. VANHOUDENHOVEN, « Chapitre 1 - Définition – Mécanisme du contrat de cautionnement – Caractères généraux » in *Tome V – Les sûretés, privilèges et hypothèques – Volume 1 – Les garanties tangentiell*es (dir. M. Grégoire), Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 19-21 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 261-262 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 319-321 ; R. STEENNOT, « Het letterlijk karakter van de bankgarantie », *R.D.C.*, 2018/4, p. 384 ; E. NORDIN, *op. cit.*, pp. 1283-1284 ; P. COLLE, *op. cit.*, p. 230-231 ; Bruxelles (9e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 81 ; Comm. Bruxelles, 11 février 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 727.

⁵⁶ Code civil, art. 5.53, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

⁵⁷ Une doctrine minoritaire fait toutefois valoir que la cause de l'engagement du garant se trouve uniquement dans la commission qu'il perçoit en raison de sa relation avec le donneur d'ordre. Certes, le donneur d'ordre demande au garant d'émettre une garantie en raison de sa relation juridique sous-jacente avec le bénéficiaire, mais ça ne fait pas pour autant de ce rapport sous-jacent une cause de l'engagement du garant (voyez P. COLLE, *op. cit.* p.230).

est contraire à l'ordre public (international) ou aux bonnes mœurs, l'engagement du garant peut être mis en cause (voy. *infra*, n°81 et suivants)⁵⁸.

En outre, une seconde question se pose au sujet de l'abstraction de la garantie. Que ce soit suite à sa résolution ou à son annulation, qu'advient-il en cas de disparition rétroactive du contrat de base ? Selon l'article 5.54 du Code civil, si tout acte doit être causé, l'on peut toutefois l'abstraire de sa cause. Tel est le cas en ce qui concerne la garantie autonome. Par ailleurs, il ressort du nouveau livre 5 du Code civil et des travaux préparatoires, que la caducité par disparition de la cause est à écarter, contrairement à la caducité par disparition de l'objet. En effet, la disparition du mobile déterminant n'emporte pas l'impossibilité d'exécution en nature et il n'y a donc pas de raison que la disparition de la cause justifie la caducité du contrat. En d'autres termes, étant donné le caractère abstrait de la garantie, aucun événement affectant le contrat de base après la conclusion de la garantie n'aura d'effet sur la validité ou les effets de cette dernière, tant que sa cause – à savoir l'opération sous-jacente à la garantie – était bien présente lors de l'engagement du garant. Il faut toutefois nuancer cela, en ce sens qu'un appel à une garantie par un bénéficiaire sachant que le contrat de base a été annulé ou résolu pourrait être considéré comme manifestement abusif⁵⁹. Enfin, si l'opération couverte est nulle pour cause de contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, elle entraînera également la nullité de la garantie (voy. *infra* n°81 et s.)⁶⁰.

30 – Inopposabilité des exceptions. De ce caractère autonome et abstrait découle une double inopposabilité des exceptions. D'une part, le garant ne pourra se prévaloir d'aucun élément affectant sa relation avec le donneur d'ordre pour se soustraire à son obligation. Il s'agit là d'une conséquence classique en matière de garanties personnelles. De la sorte, l'incapacité du

⁵⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 342-355 ; F. GEORGE, « 6. - Objet, cause et régime des nullités » in *La réforme du droit des obligations* (dir. Th. DERVAL *et al.*), , Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 272-274 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, p. 262 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 321 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 689-690 ; A. DESPONTIN, « Les exceptions à l'appel à la garantie bancaire à première demande », *J.T.*, 2014/32, n° 6576, pp. 618-619 ; E. NORDIN, *op. cit.*, pp. 1283-1284 ; P. COLLE, *op. cit.*, p. 230-231 ; Bruxelles. (2^e ch.), 3 avril 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 475 ; Bruxelles, 28 janvier 2019, *D.B.F.-B.F.R.*, 2019/IV, p. 302 ; Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, p.20 ; Anvers, 1^{er} juin 2017, *R.D.C.*, 2018/4, p. 382 ; Bruxelles, 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 83 ; Comm. Namur, 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 813 ; C. civ., art. 5.54 et 5.56, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

⁵⁹ Selon L. Simont, M. Delierneux, J.-P. Buyle et J.-F. Romain, ce ne sera le cas que lorsque la garantie a été émise alors que le contrat de base était déjà annulé ou résolu, ou dans le cas où son annulation résulte d'une contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (J.-F. Romain, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *D.B.F.-B.F.R.*, 2002/1, pp. 36-37).

⁶⁰ A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp.262-263 et pp. 276-277 ; F. GEORGE, *op. cit.*, pp. 275-279 ; Civ. Verviers (réf.), 8 février 1996, *R.D.C.* 1997/12, p. 781 et note X, *R.D.C.* 1997/12, pp. 787-788 ; Bruxelles, 24 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 69 ; Comm. Bruxelles (prés), 26 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 449 ; C. civ., art. 5.54, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

donneur d'ordre d'exécuter les obligations dont il est débiteur envers le garant, son insolvabilité, son incapacité ou encore la fin de la relation entre ces deux intervenants, sont sans incidence sur l'engagement du garant envers le bénéficiaire. D'autre part, le garant ne peut pas non plus opposer les exceptions tirées de la relation sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. En cela, la garantie autonome constitue une véritable nouveauté et se distingue ainsi des autres garanties personnelles, telle que la caution. Le garant peut donc s'engager pour un montant plus élevé que celui du contrat de base, prenant en compte les éventuelles indemnités concomitantes à l'inexécution du donneur d'ordre⁶¹.

31 – URDG 758. À ce sujet, l'article 5 des règles uniformes a trait à l'indépendance de la garantie (a) et de la contre-garantie (b). Les dispositions étant identiques, la solution prévue pour la garantie s'applique, *mutatis mutandis*, à la contre-garantie.

À savoir, « a) Une garantie est, par sa nature, indépendante de la relation sous-jacente et des demandes et le garant n'est en aucune façon concerné ou engagé par ces relations. Toute référence à la relation sous-jacente qui est faite dans la garantie en vue de l'identifier n'affecte pas la nature indépendante de la garantie. Le garant tenu de payer en vertu de la garantie ne peut opposer des exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le garant et le bénéficiaire »⁶².

Bien que le langage varie, le caractère autonome et abstrait – ou indépendant, selon les termes employés par la CCI –, reçoit la même signification et est vêtu des mêmes effets, tant au niveau belge qu'au niveau international. De la sorte, la position adoptée par la Belgique est alignée avec la pratique internationale, ce qui profite à une application uniforme du mécanisme, qui se veut adapté à des opérations internationales.

32 – Jurisprudence. Le caractère autonome et abstrait des garanties autonomes est accepté par les juridictions belges et reçoit une application uniforme. Outre la conséquence classique de ce caractère – à savoir l'inopposabilité des exceptions –, il est intéressant de relever d'autres effets que peuvent produire l'autonomie et l'abstraction des garanties. À cet égard, deux arrêts s'avèrent éclairants : l'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2009 d'une part, et l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 mai 2009 d'autre part. Dans le premier arrêt, après avoir rappelé

⁶¹ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 319-321 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 263-264 ; M. GOFFART, « La garantie autonome : tout est dans la lettre de garantie mais jusqu'à une certaine limite ... », note sous Bruxelles, 25 février 2021, *J.L.M.B.*, 2022/39, pp. 1739-1740 ; Comm. Namur, 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 814.

⁶² « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 5.

les conséquences du caractère autonome et abstrait de la garantie, la cour ajoute qu' « *il s'ensuit qu'un éventuel abus de droit du donneur d'ordre lors de sa défense contre le recours exercé par le garant doit être apprécié sans avoir égard à la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie et doit être apprécié uniquement en fonction de la manière dont le donneur d'ordre exerce les droits découlant de la convention de garantie à l'égard du garant* »⁶³, sans avoir égard à la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire⁶⁴. En l'occurrence, le bénéficiaire reprochait au donneur d'ordre d'invoquer l'interprétation stricte de la lettre de garantie de manière abusive, sur base d'une attitude adoptée par le donneur d'ordre dans le cadre du contrat de base⁶⁵.

Dans le second arrêt, une partie soutenait que le formalisme des garanties autonomes devait être interprété de manière raisonnable, c'est-à-dire en tenant compte de la portée de l'opération sous-jacente. Le juge a toutefois rejeté cette argumentation, considérant, à juste titre, que cela méconnaîtrait le caractère autonome et abstrait de la garantie et qu'une divergence entre les termes de la garantie et ceux du contrat de base ne peut justifier l'adaptation des termes de la garantie en fonction de ceux du contrat⁶⁶.

§3. Un engagement littéral

33 – Caractère littéral. Une autre caractéristique essentielle de la garantie autonome se trouve dans son littéralisme. L'engagement du garant étant très lourd, celui-ci doit être consigné de manière claire dans un écrit, qui s'interprète littéralement. Le caractère littéral de la garantie implique donc que l'obligation du garant est uniquement déterminée par le contenu et la portée de la lettre de garantie, dont les termes s'interprètent strictement, et non en référence au contrat sous-jacent ou tout autre document. Par conséquent, le garant peut refuser de faire suite à l'appel à la garantie par le bénéficiaire si ce dernier ne respecte pas strictement les conditions stipulées dans la lettre de garantie⁶⁷.

⁶³ Cass., 24 avril 2004, n°C.07.0379.N, www.jurportal.be, p. 11.

⁶⁴ Il en va de même pour le garant. Si ce dernier a néanmoins payé et qu'il souhaite récupérer ce paiement, il ne pourra reprocher au donneur d'ordre un abus de droit basé sur son attitude adoptée envers le bénéficiaire.

⁶⁵ Cass., 24 avril 2004, n°C.07.0379.N, www.jurportal.be ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 263-265.

⁶⁶ Bruxelles (9^e chambre), 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/39, p. 1871.

⁶⁷ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 325-328 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 265-267 ; E. NORDIN, *op. cit.*, pp. 1287-1289 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 384 ; M. DELIERNEUX, « Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003) », *D.B.F.-B.F.R.*, 2003/6, p. 348-349 ; P. COLLE, *op. cit.*, p. 231-233 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement » in *L'actualité des garanties à première demande Actualia inzake garanties op eerste verzoek*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 129-130 ; Cass. 24 avril 2009, R.G. n° C.07.0379.N, www.jurportal.be ; Bruxelles (9^e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2,

À titre d'exemple, si la lettre de garantie impose le recours à un courrier recommandé pour faire appel à la garantie et que le bénéficiaire adresse sa demande au garant par le biais d'un exploit d'huissier ou par tout autre mode de communication non stipulé, l'appel ne pourra être admis. Il en irait de même pour un appel formulé après le délai stipulé dans la lettre de garantie, celui-ci agissant comme un véritable délai « couperet ». Le garant doit donc vérifier le respect des conditions indiquées lorsqu'il réceptionne l'appel à la garantie. À cet égard, notons qu'il s'agit d'un contrôle purement formel. Le garant ne doit pas se livrer à un examen détaillé des documents remis dans le cadre de l'appel en ce sens qu'« *il faut mais il suffit que l'apparence extérieure des documents réponde aux stipulations de l'acte de garantie* »⁶⁸. Si toutefois le garant paie alors même que les conditions d'appel ne sont pas remplies, il perdra la possibilité de demander le remboursement au donneur d'ordre⁶⁹.

34 – Justification. Au vu de son caractère autonome et abstrait, l'émission d'une garantie autonome est un engagement particulièrement lourd pour le garant, qui s'est obligé à titre personnel, mais aussi pour le donneur d'ordre, qui supporte ultimement le risque de l'opération, à savoir l'appel abusif. À cet égard, certains auteurs présentent le littéralisme comme le contrepoids de l'autonomie et de l'abstraction de la garantie. Ainsi, le donneur d'ordre peut limiter les risques d'appel abusif ou frauduleux au travers d'une rédaction soignée, à condition de pouvoir compter sur le respect scrupuleux par le garant des conditions stipulées dans la lettre de garantie⁷⁰.

Cela étant dit, la doctrine considère que le formalisme du garant doit rester dans les limites du raisonnable. On ne pourrait cautionner le comportement du garant qui, pour échapper à son engagement ou par solidarité avec le donneur d'ordre, se cache derrière un formalisme outrancier. À cet égard, l'on peut citer la décision de la Cour d'appel de Liège du 24 septembre 1999. Selon cette dernière, le garant qui donne suite à trois demandes de prorogation introduites

p. 81 ; Comm. Louvain, 18 mai 2004, *R.D.C.*, 2006/1, pp. 106-108 ; Bruxelles, 26 juin 1992, *R.D.C.*, 1994, pp. 52-53 ; Comm. Bruxelles, 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 853 ; Bruxelles (16^e ch.), 24 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 69 ; Bruxelles (9^e ch.), 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/39, pp. 1867-1873.

⁶⁸ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 327, faisant référence à C. Martin et M. Delierneux, « les garanties bancaires autonomes », in *R.P.D.B.*, complément, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p.567.

⁶⁹ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 325-328 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 265-267 ; E. NORDIN, *op. cit.*, pp. 1287-1289 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 384 ; M. DELIERNEUX, « Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003) », *D.B.F.-B.F.R.*, 2003/6, p. 348-349 ; P. COLLE, *op. cit.*, p. 231-233 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 130-134 ; Bruxelles (9^e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 81 ; Gand, 1^{er} juin 2017, *R.D.C.*, 2018, p. 381 ; Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, p. 19 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 19.

⁷⁰ *Ibid.* ; C. Claesens et J.-P. Buyle, « Autonomoem in abstract karakter van de bankgarantie op eerste verzoek : een tweesnijdend zwaard », note sous Bruxelles, 28 janvier 2019, *D.B.F.-B.F.R.*, 2019/6, p. 305.

irrégulièrement sans émettre de réserve, méconnaît le principe d'exécution de bonne foi des conventions lorsqu'il refuse une quatrième demande pour non-respect des conditions⁷¹.

35 – Les URDG 758. Deux articles règlent cette matière dans les règles proposées par la CCI. Le premier (art. 12) confirme le caractère littéral de la garantie, impliquant l'interprétation stricte de la lettre de garantie, tandis que le second (art. 27) met en évidence le caractère formel du contrôle à exercer par le garant.

« Article 12. Étendue de la responsabilité du garant en vertu d'une garantie.

Un garant n'est tenu à l'égard du bénéficiaire, que, premièrement, selon les termes et conditions de la garantie et, [...].

Article 27. Contestation sur la valeur des documents

Le garant n'assume aucune responsabilité :

a) quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique de toute signature ou document qui lui est présenté ;

b) quant aux déclarations à caractère général ou particulier, figurant ou surajoutées sur tout document qui lui est présenté ;

c) quant à la description, la quantité, le poids, la qualité, l'état, l'emballage, la livraison, la valeur ou l'existence des marchandises, autres prestations ou données représentés par ou mentionnées dans un document qui lui est présenté ;

d) quant à la bonne foi, ou aux actes ou omissions, à la solvabilité, à l'exécution ou à la réputation de toute personne émettant un document ou mentionnée à quelque titre que ce soit dans un document qui lui est présenté »⁷².

§4. Un engagement irrévocable

36 – Caractère irrévocable. Le caractère irrévocable des garanties autonomes s'explique par un besoin d'efficacité renforcée, voire d'automaticité, à défaut duquel la sécurité nécessaire à la conclusion de transactions commerciales ne serait pas atteinte (par exemple dans le cadre de marchés d'exportation ou de marchés de travaux). Cette irrévocabilité se justifie par l'autonomie caractéristique de ces garanties et implique qu'une fois les conditions remplies, le garant a l'obligation de s'exécuter, sans pouvoir remettre en cause la garantie ou son efficacité. De même, le donneur d'ordre ne peut non plus s'opposer à l'exécution de la garantie en donnant des ordres contradictoires au banquier, après l'appel à la garantie par le bénéficiaire. En effet, l'adage phare en matière de garantie veut qu'il faut payer d'abord et réclamer ensuite. En ce

⁷¹ *Ibid* ; Liège, 24 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 734-735.

⁷² « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 12 et 27.

qui concerne les moyens de contestations, ceux-ci seront examinés dans le deuxième titre (voy. *infra*, n°77 et s.)⁷³.

37 – Tempéraments. Cependant, cela ne signifie pas que l'irrévocabilité de l'engagement du garant est absolue. À cet égard, l'on peut soulever trois tempéraments à l'irrévocabilité de la garantie. Le premier se déduit du caractère réceptice de la garantie, le second est tiré de la liberté contractuelle et le troisième s'explique par le principe de résiliation unilatérale des obligations à durée indéterminée⁷⁴.

La garantie étant un acte unilatéral réceptice (voy. *supra* n°23 et s.), aux termes du deuxième alinéa de l'article 1.4 du Code civil, elle peut donc être retirée aussi longtemps qu'elle n'est pas parvenue au destinataire. Pour ce faire, le garant peut soit arrêter la notification en temps utile, soit informer le bénéficiaire qu'il doit tenir la lettre de garantie pour non avenue⁷⁵.

Ensuite, l'irrévocabilité de la garantie n'implique pas que le garant prend un engagement sans limite de temps. En vertu de la liberté contractuelle, il reste libre de moduler ses obligations et peut, dès lors, prévoir des limites temporelles. Le garant pourrait par exemple prévoir une date d'entrée en vigueur ou un terme à son engagement⁷⁶.

Enfin, les règles du droit des contrats étant applicables aux actes juridiques unilatéraux (voy. *supra*, n°11), le principe selon lequel, dans un contrat à durée indéterminée, chaque partie dispose d'un droit de résiliation unilatérale moyennant préavis raisonnable, est applicable aux garanties. Ce principe, qui se déduisait autrefois de la jurisprudence de la Cour de cassation, est désormais consacré par le législateur à l'article 5.75, alinéa 2 du Code civil. Ajoutons que cet article est d'ordre public. Les parties ne pourront donc pas exclure ce droit, mais rien n'empêche de l'encadrer⁷⁷.

⁷³ J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, p. 29 ; A. DESPONTIN, *op. cit.*, pp. 618-619 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 317-319 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 689 ; Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 30 ; Bruxelles, 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 83 ; Comm. Namur, 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 812 ; Bruxelles, 21 mars 2008, *R.D.C.*, 2012/2, p. 139.

⁷⁴ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 317-319 ; P. WÉRY, « 3- Les notions d'obligation, de contrat et d'acte juridique unilatéral dans le nouveau Code civil : une évolution et non une révolution », *op. cit.*, pp. 159-160 ; P. VAN OMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 1070-1071.

⁷⁵ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 317-319 ; P. WÉRY, « 3- Les notions d'obligation, de contrat et d'acte juridique unilatéral dans le nouveau Code civil : une évolution et non une révolution », *op. cit.*, pp. 159-160 ; P. VAN OMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 1070-1071.

⁷⁶ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 317-319.

⁷⁷ Cass. 28 juin 2019, R.G. n° C.18.0410.N/3, www.jurportal.be ; R. JAFFERALI, « 9. - La durée du contrat » in *La réforme du droit des obligations* (dir. Derval, Th. et al.), Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 360-363 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 317-319.

§5. Un engagement personnel

38 – Caractère personnel. La garantie personnelle peut être définie « *comme l'institution juridique qui a pour but ou pour effet de fournir à un créancier la garantie du paiement d'une créance, dans le patrimoine d'un tiers, qui s'engage à payer la dette du débiteur, à titre principal ou subsidiaire, selon les cas, ou qui s'engage à exécuter une dette propre dont le paiement éteindra celle du débiteur, en tout ou en partie, sans contribution à cette dette* »⁷⁸.

La caractéristique essentielle de ce type de garantie réside dans le fait qu'elle se trouve dans le patrimoine d'un tiers à la transaction, qui s'engage à payer la dette du débiteur à l'aide de son patrimoine propre. Ainsi, le créancier dispose en quelque sorte d'un second débiteur, qui correspond au second patrimoine adjoint à la bonne exécution de l'obligation garantie, dans des conditions variant selon le mécanisme employé. Et la professeure Grégoire de poursuivre « *[p]ar conséquent, la mise en œuvre d'une garantie personnelle n'est pas limitée par le principe d'égalité, ni ses corollaires, parmi lesquels le caractère légal des causes légitimes de préférence. Elle bénéficie ainsi largement du principe de l'autonomie de la volonté et manifeste de ce fait une souplesse plus grande, la rendant plus attrayante que la sûreté réelle pour le créancier* »⁷⁹.

Il ressort de cette définition que la garantie autonome, laquelle a pour objet d'adjoindre au débiteur principal un second débiteur, qui s'engage à exécuter une dette propre dans le cas où le premier ne satisferait pas à ses obligations, doit être qualifiée de garantie personnelle⁸⁰.

§6. Un engagement intuitu personae

39 – Caractère intuitu personae. Bien que le garant s'engage de manière autonome et abstraite, il n'empêche qu'il le fait dans un contexte déterminé, en raison de la personne du donneur d'ordre et de celle du bénéficiaire. L'engagement du garant étant très lourd, il appartient à celui-ci d'émettre ce genre de sûreté avec précaution. Il s'en déduit que la garantie autonome est un engagement intuitu personae et partant, qu'elle ne peut être transférée, ni

⁷⁸ M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 41.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁸⁰ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 316-317 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 688-689.

cédée. Par ailleurs, le caractère *intuitu personae* de la garantie autonome a été confirmé par la cour d'appel de Bruxelles en 2015⁸¹.

40 – URDG 758. L'article 33 des URDG 758, quant à lui, prévoit la possibilité de transférer la garantie et de céder le produit. Suite à cette évolution, il semble plus délicat de soutenir l'*intuitus personae* dans la relation entre le garant et le bénéficiaire. Notons toutefois qu'il faut que le texte de la garantie prévoie expressément la possibilité de transfert, que ce dernier doit être accompagné par le transfert du contrat sous-jacent et que le garant reste libre d'accepter une demande de transfert, dans les limites et selon les modalités qu'il impose⁸².

§7. Un engagement conditionnel ou non

41– Caractère (in)conditionnel. Lorsque le garant est tenu de payer le bénéficiaire à première demande, sans autre condition, la garantie sera dite inconditionnelle. C'est toutefois très rare en pratique. Vu ce qu'implique la garantie autonome, le garant subordonne en général l'appel à la garantie à la réalisation de conditions préalables. Le garant peut, par exemple, requérir que l'appel soit motivé, ou que le bénéficiaire y joigne certains documents, comme une preuve de livraison des biens vendus (voy. infra, n°44 et s.)⁸³.

Section 3. Typologie des garanties autonomes

42 – Introduction. Si les garanties autonomes étaient initialement utilisées dans le cadre des marchés d'exportation, elles sont aujourd'hui présentes dans de nombreux secteurs. Au cours des années septante, ces dernières ont connu un grand essor dans les marchés de travaux et ne cessent d'évoluer depuis. En conséquence, leur typologie s'est également développée afin de couvrir tous types de transactions et de modalités, n'ayant pour limite que l'imagination de

⁸¹ Bruxelles, 3 avril 2015, R.G. n°2009/AR/1521 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 337-338 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 692 ; P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not., T. IV, Les obligations, Livre 1/1*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 69.

⁸² W. PISSOORT et P. SAERENS, *op. cit.*, pp. 191-192 ; M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, p. 236-237 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 33.

⁸³ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 337.

leurs créateurs, ou presque. Il est donc possible de classer les garanties selon leurs modalités de mise en œuvre (§1) et selon leur objet (§2)⁸⁴.

§1. Classification en fonction des modalités de la garantie

43 – Les garanties à première demande. Il s’agit de la forme de garantie la plus simple, mais également la plus lourde en conséquence. Dans ce cas, le garant devra s’exécuter sans que le bénéficiaire ne doive fournir le moindre document ou justification. En d’autres termes, le bénéficiaire dispose d’un pouvoir discrétionnaire lorsqu’il décide de faire appel à la garantie ou non⁸⁵.

44 – Les garanties documentaires. Dans ce cas, l’appel à la garantie doit nécessairement contenir les documents clairement définis dans la lettre de garantie. Ces documents peuvent être variés (documents de douane, rapports d’expertise, preuve de livraison, documents d’assurances, ...) mais visent en général à démontrer l’inexécution du donneur d’ordre dans le cadre du contrat de base, rendant ainsi vraisemblable le bien-fondé de l’appel. À ce sujet, il convient de préciser que le garant ne doit vérifier ni la véracité des informations figurant dans les documents communiqués, ni l’authenticité de ceux-ci (*voy. supra*. n°18)⁸⁶.

Se pose alors la question de savoir si l’acte de garantie pourrait subordonner l’appel du bénéficiaire à la production d’un jugement ou d’une sentence arbitrale. Il faut se garder de poser une telle condition, sous peine de dénaturer la garantie. En effet, si le paiement du garant dépend du constat d’inexécution dans le chef du donneur d’ordre, un lien clair se fait entre la relation sous-jacente et la garantie, ce qui revient à nier le caractère autonome de cette dernière⁸⁷.

45 – Les garanties motivées. Enfin, la garantie peut être motivée. Le bénéficiaire doit alors joindre à son appel un document expliquant en quoi les conditions d’appel à la garantie sont réunies. La justification se rattache à l’objet de la garantie, le but n’est pas de démontrer le bien-fondé de la demande. Le plus souvent, il s’agira de démontrer l’inexécution du donneur d’ordre dans la relation sous-jacente. Bien qu’il s’agisse ici également de la transmission d’un document au garant, la garantie motivée se distingue de la garantie documentaire en ce sens que le

⁸⁴ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, p. 343 ; W. PISSOORT et P. SAERENS, *op. cit.*, 194-196, A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 258-261 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 345-347 ; C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 580 et s.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* De nombreux auteurs partagent cette position, notamment A. TOUSSAINT, W. DAVID, M. GOFFART, J. WINDEY, J.-F. ROMAIN.

document joint à la demande du bénéficiaire n'émane pas d'un tiers, mais bien du bénéficiaire lui-même. En revanche, comme pour la garantie documentaire, le garant doit s'assurer que la motivation figure bien dans l'appel, mais il n'est pas tenu de vérifier l'exactitude ou la véracité de son contenu. Celle-ci demeure toutefois très utile pour faciliter le recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire en cas de litige au fond. En effet, ce dernier engage sa responsabilité si sa motivation s'avère inexacte. Le donneur d'ordre peut également s'appuyer sur cette justification pour démontrer la mauvaise foi du bénéficiaire⁸⁸.

§2. Classification en fonction de l'objet de la garantie

46 – Introduction. La plupart des obligations pouvant faire l'objet d'une garantie autonome, il est impossible de dresser une liste exhaustive des différentes garanties en fonction de leur objet. Nous nous contenterons ici d'examiner les plus courantes.

47 – Garantie de paiement. Cette garantie couvre une obligation de paiement, peu importe la transaction à laquelle il se rapporte. Alors que la garantie de paiement n'était initialement pas émise pour l'entièreté du prix, il est aujourd'hui fréquent que celle-ci atteigne l'entièreté du prix à payer (voy. annexe 1)⁸⁹.

48 – Garantie de soumission, d'offre, d'adjudication. Cette garantie vise à assurer le sérieux des soumissions faites dans le cadre de procédures d'adjudications internationales. Les candidats doivent alors constituer au bénéfice du maître d'ouvrage une garantie, à laquelle ce dernier pourra faire appel dans le cas où l'entrepreneur sélectionné refuse ou est dans l'incapacité d'exécuter le contrat, ou s'il ne constitue pas la garantie de bonne exécution (voy. *infra* n°36) en temps utile (voy. annexe 2.3)⁹⁰.

49 – Garantie de bonne exécution. Comme son nom le laisse deviner, cette garantie a pour objectif d'assurer la bonne exécution d'un contrat, sa réalisation effective et complète. Elle peut

⁸⁸ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.*, p. 343 ; W. PISSOORT et P. SAERENS, *op. cit.*, 194-196, A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 258-261 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 345-347 ; C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 580 et s. ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 131-132.

⁸⁹ G. BOSMAN, A. VANDEVELDE, *op. cit.*, p. inconnue, n°22-23.

⁹⁰ A. Toussaint, *op. cit.*, pp.258-259 ; G. BOSMAN, A. VANDEVELDE, *op. cit.*, p. inconnue, n°22-28 ; D. BLOMMAERT, « Les opérations de crédit » in *Traité pratique du droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 216, pp. 429-430.

concerner la période précontractuelle, mais également l'exécution totale ou partielle dudit contrat (voy. annexe 2.2)⁹¹.

50 – Garantie de remboursement ou de restitution d'acompte(s). Cette garantie s'avère utile dans les marchés de travaux. En effet, il est fréquent que le maître d'ouvrage verse d'importants acomptes au début du contrat, afin que l'entrepreneur puisse couvrir les frais à venir (comme acheter des matériaux, engager de la main d'œuvre, sous-traiter, ...). Dans ce cas, la garantie permet au maître d'ouvrage de récupérer les acomptes – en fonction de l'avancement des travaux – si l'entrepreneur faillit à ses obligations. La garantie de restitution d'acompte(s) peut également s'appliquer à d'autres opérations. Nous pouvons par exemple imaginer une garantie de restitution d'acompte émise dans le cadre d'un contrat de vente. Dans ce cas, le bénéficiaire reçoit la garantie que les acomptes qu'il a payés seront remboursés si les marchandises ne sont pas livrées de manière conforme (voy. annexe 2.1)⁹².

51 – Garantie de retenue. Dans la logique inverse, il arrive également que le maître d'ouvrage retiennent des sommes sur certains paiements jusqu'à réception provisoire ou définitive des travaux. Dans ce cas, la garantie permet de rassurer l'entrepreneur quant au paiement total de ses prestations (voy. annexe 2.4)⁹³.

Chapitre 2. Distinction avec des institutions voisines, interprétation et rédaction de la garantie autonome.

Section 1. Distinction avec certaines institutions voisines

§1. Distinction avec le cautionnement

52 – Sources de confusion avec le cautionnement. Le cautionnement est assurément la sûreté qui suscite le plus de confusion avec la garantie autonome en pratique. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela. Une première explication se trouve dans la similarité entre les deux mécanismes. Il est vrai que les deux sûretés personnelles visent à rassurer le créancier en adjoignant un second débiteur au débiteur principal, comme l'adjectif le laisse entendre. Cependant, la comparaison s'arrête là, comme nous le verrons dans cette section. Une seconde raison à cette

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

confusion fréquente repose dans l'ambiguïté même du terme « cautionnement », également utilisé dans un sens large, par exemple dans le cadre de « cautionnements à première demande » ou « cautionnements-dépôt de sommes ». Ensuite, il arrive – certes, de moins en moins fréquemment – que le texte même de la garantie manque de précision, voire qu'il y soit fait mention des termes « caution » ou « cautionnement », ce qui peut induire en erreur le juge, mais également servir un donneur d'ordre de mauvaise foi. Enfin, bien que la garantie autonome soit un engagement par déclaration de volonté unilatérale (voy. supra n°23), il n'empêche qu'elle soit le résultat d'après négociations. De son côté, le donneur d'ordre cherche à limiter l'engagement du garant par un texte lui offrant des échappatoires, tandis que le bénéficiaire, quant à lui, désire obtenir un texte aussi rigoureux que possible, afin d'obtenir une garantie solide. Ceci conduit à un texte flou, ni garantie, ni cautionnement. Une telle confusion est peu désirable et nuit à la sécurité juridique. Il convient donc de s'attarder sur la distinction entre ces deux figures, afin de contribuer à un paysage des sûretés plus clair et compréhensible⁹⁴.

53 – Distinction avec la garantie autonome. Bien que le cautionnement et la garantie autonome aient en commun leur caractère personnel, nombreuses sont les différences. Premièrement, les deux institutions diffèrent de par leur nature juridique. Alors que le cautionnement est un contrat unilatéral, la garantie autonome procède d'un engagement par déclaration de volonté unilatérale. Plus fondamentalement, le cautionnement est accessoire alors que la garantie est autonome et abstraite. Comme nous l'avons déjà remarqué, ceci a pour conséquence que la caution peut opposer au créancier les exceptions déduites de la dette principale, au contraire du garant, qui ne couvre pas la dette du débiteur principal mais assume un engagement propre, détaché du rapport de base. Dans le même sens, la caution, à condition qu'elle ne soit pas solidaire, dispose du bénéfice de discussion et de division, ce qui n'est pas le cas du garant, qui ne peut décliner l'appel à la garantie que dans des cas très limités (voy. *infra* n°77 et s.). Enfin, après le paiement, la caution est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur, là où le garant ne peut réclamer au donneur d'ordre le remboursement des montants payés au bénéficiaire qu'en vertu d'un contrat de crédit et non de la subrogation. En effet, le garant paie une dette propre et non celle du débiteur (voy. *infra*, n°93)⁹⁵.

⁹⁴ L. SIMONT, *op. cit.*, p. 101 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 338-339 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 572 ; voyez également l'entretien avec G. Bosman, juriste à la KBC (annexe 3).

⁹⁵ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 338 et 388-389 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 694-695 ; W. PISSOORT et P. SAERENS, *op. cit.*, p. 199 ; M. HOUBEN et A. VANHOUDENHOVEN, « Titre 1. Le cautionnement » in *Tome V – Les sûretés, privilèges et hypothèques – Volume 1 – Les garanties tangentiels*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 212-216 ; K. TOBBACK, « Is borgtocht 'op eerste verzoek' een borgtocht of een garantie? De grens van

54 – Proposition de loi. En ce qui concerne le futur régime, le législateur a pris soin de distinguer clairement les deux institutions dans la proposition de loi et ce, dès leur intitulé. Le cautionnement est ainsi qualifié de sûreté personnelle accessoire et la garantie est qualifiée de sûreté personnelle autonome, mettant ainsi leur différence fondamentale en avant. Les définitions données à ces deux concepts achèvent ensuite d'éliminer toute confusion :

«Art. 9.1.2. Définitions

2° “sûreté personnelle accessoire” ou “cautionnement”: une sûreté personnelle qui dépend de la validité, des modalités, de l'étendue et du maintien de l'existence de l'obligation garantie;

3° “sûreté personnelle autonome” ou “garantie autonome”: une sûreté personnelle qui, en vertu de ses termes, ne dépend pas de la validité, des modalités, de l'étendue et du maintien de l'existence de l'obligation garantie »⁹⁶.

§2. Distinction avec le crédit documentaire

55 – Définition du crédit documentaire. Moins connu que la caution, il convient de définir ce mécanisme complexe, avant de le distinguer de la garantie autonome. Né de préoccupations propres au commerce international, le crédit documentaire vise à concilier les intérêts opposés de l'acheteur et du vendeur. L'un ne désire pas se défaire de ses marchandises avant d'avoir été payé, tandis que l'autre n'entend pas payer avant de les avoir reçues. En d'autres termes, l'objectif est d'aboutir à un timing parfait entre la réception des marchandises et le paiement. Les opérateurs du commerce international ont alors élaboré une figure capable de répondre à ces besoins, aboutissant au crédit documentaire. Ce dernier se définit donc comme l'engagement de paiement, limité quant au montant et à la durée, pris par une banque à la demande d'un acheteur – le donneur d'ordre – en faveur d'un bénéficiaire, dont l'exécution est subordonnée à la présentation, par le bénéficiaire, de documents conformes avec ceux énoncés dans la lettre de crédit, qui permettent à ce dernier de démontrer qu'il a respecté ses obligations.

het accessoir karakter van de borgtocht », note sous Bruxelles, 25 avril 2005, *R.A.B.G.*, 2007/1, pp. 28-38 ; Bruxelles, 21 mars 2008, *R.D.C.*, 2010/2, pp. 139 et s ; Mons, 8 avril 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 334 ; Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998/25, p. 1073.

⁹⁶ Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, p. 44.

À cela il faut ajouter que le banquier intervient sans avoir égard au déroulement effectif de l'opération sous-jacente, en vertu de l'autonomie caractéristique du crédit documentaire⁹⁷.

56 – Distinction avec la garantie autonome. Si la garantie autonome partage avec le crédit documentaire le fait d'être un engagement personnel, autonome vis-à-vis du contrat de base ainsi qu'un certain formalisme (littéralisme en ce qui concerne la garantie, rigueur documentaire pour ce qui est du crédit), il ne faut toutefois pas confondre les deux institutions. Bien qu'une première différence se trouve dans le fait que les garanties autonomes peuvent être émises par des non-banquiers, contrairement aux crédits documentaires, qui sont des engagements purement bancaires, ces deux figures se distinguent essentiellement par leur finalité. Alors que le crédit documentaire est naturellement voué à être exécuté, l'appel à la garantie implique la non-exécution, ou la mauvaise exécution de ses prestations par le donneur d'ordre. En ce sens, l'on peut considérer le crédit documentaire comme un moyen de paiement et la garantie autonome comme une sûreté. Cependant, si l'on se veut rigoureux, il faut admettre que le crédit documentaire remplit également une fonction secondaire de sûreté par rapport à la bonne exécution du paiement. Quant à la garantie, il convient de rappeler qu'elle remplit désormais des rôles de plus en plus divers, dépassant son rôle initial de remplacement du dépôt de sommes. À titre d'exemple, une garantie peut-être émise pour le paiement du prix d'une prestation, pour le remboursement d'un crédit, ou encore, pour l'obtention d'une indemnisation forfaitaire⁹⁸.

§3. Distinction avec d'autres institutions

57 – Autres institutions voisines. La garantie autonome se distingue également de la *stand by letter of credit*, de la lettre de patronage, ou encore de l'assurance-crédit. Une comparaison détaillée de ces trois institutions avec la garantie autonome dépasse cependant le cadre de ce travail et nous renvoyons donc le lecteur à la doctrine pertinente à ce sujet⁹⁹.

⁹⁷ W. PISSOORT ET P. SAERENS, *op. cit.* pp. 179-180 ; P. PROESMANS, « Chapitre 6 – Le crédit documentaire » in *Droit bancaire et financier*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 655-656 et 662-664.

⁹⁸ M. DELIERNEUX, et C. CENTNER, *op. cit.* pp. 219-220 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 695 ; W. PISSOORT ET P. SAERENS, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁹ W. PISSOORT ET P. SAERENS, *op. cit.*, pp. 198-199 ; C. MARTIN ET M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 570-572.

Section 2. Interprétation, qualification et rédaction de la garantie autonome

58 – Introduction. Vu les nombreuses confusions que la garantie autonome engendre avec des institutions voisines en pratique, la compréhension erronée du mécanisme par certaines parties ou encore la rédaction maladroite des textes même de la garantie, il sied de se consacrer à leur interprétation, leur qualification et de conclure avec quelques conseils rédactionnels.

59 – Règles applicables. Les règles d'interprétation¹⁰⁰ et de (re)qualification des contrats, énoncées aux articles 5.64 à 5.68 du Code civil, s'appliquent par analogie aux engagements par déclaration de volonté unilatérale et donc, aux garanties, moyennant quelques aménagements. D'une part, il convient d'adapter les règles susmentionnées au caractère unilatéral de l'engagement du garant. D'autre part, il sied de préciser quelques règles particulières aux garanties autonomes, dégagées de la pratique¹⁰¹.

60 – Règles issues du droit des contrats – Interprétation. L'interprétation consiste à rechercher le sens que les parties ont voulu donner au contrat et à ses clauses. C'est sur base de cette dernière que le juge procède à la (re)qualification du contrat, déterminant ainsi les effets de la convention. Il ne faut toutefois pas confondre ces deux étapes, disposant chacune de règles propres. Trois articles règlent l'interprétation dans le Code civil. L'article 5.64 – qui correspond à l'ancien article 1156 – consacre le principe de base, selon lequel le juge doit rechercher la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Ce dernier doit en effet donner la priorité à la volonté réelle des parties. Pour ce faire, le juge doit se baser sur le contrat en question, mais il peut également tenir compte d'éléments extrinsèques à ce dernier – par exemple, les négociations préliminaires, le comportement des parties, *etc.* Le deuxième alinéa tempère toutefois ce principe, en ajoutant qu'on ne peut prêter à un écrit une interprétation manifestement inconciliable avec sa portée, compte tenu des éléments intrinsèques à celui-ci et des circonstances dans lesquelles il a été établi et exécuté. En d'autres termes, le juge ne peut violer la foi due aux actes. Dans ce contexte, l'utilisation de l'adverbe « manifestement » par le législateur revêt une grande importance, en ce sens qu'elle attribue au

¹⁰⁰ La proposition de loi portant le titre 1^{er} « Les sûretés personnelles » du livre 9 du Code civil confirme explicitement l'application des règles d'interprétation énoncées aux articles 5.64 et suivants à la constitution de la sûreté au commentaire de l'article 9.1.7 (Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, p. 16).

¹⁰¹ P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 2 : Les sources des obligations extracontractuelles, le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 63-64 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, pp. 1072-1073 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 339 et 341.

juge une marge d'appréciation relativement large. De la sorte, l'interprétation donnée par le juge sera écartée si elle fait « mentir »¹⁰².

Concernant les garanties autonomes, certains avancent donc que s'agissant d'un engagement par déclaration de volonté unilatérale, seule l'intention réelle de l'auteur – en l'occurrence le garant – doit être prise en compte. Si l'affirmation est valable sur le plan théorique, elle perd de vue que l'émission d'une garantie est, dans la majorité des cas, le fruit du concours de la volonté des trois (ou quatre, dans le cas d'une contre-garantie) parties à l'opération. En effet, comme le rappelle le tribunal de commerce de Bruxelles, pour interpréter la volonté de l'auteur de l'acte, le juge peut tenir compte d'éléments et de conditions extrinsèques, comme « *le contexte de l'acte, les circonstances qui l'accompagnent et la manière dont il a été exécuté* »¹⁰³. Dans le cas d'espèce, le juge a tenu compte du contrat de base pour interpréter la lettre de garantie, alors même que ce dernier ne reflète pas l'intention de l'auteur de la garantie, mais bien celles du donneur d'ordre et du bénéficiaire. De la sorte, combinée aux termes « *op eerste verzoek* » (sur première demande), « *onvoorwaardelijk* » (inconditionnelle) et « *zelfstandige verbintenis* » (engagement indépendant) présents dans la lettre de garantie, la mention à l'article 7.4 du contrat principal de la soumissions d'une « *onvoorwaardelijke garantie op eerste verzoek* » (garantie inconditionnelle à première demande) a conduit le juge à conclure qu'il s'agissait bien d'une garantie autonome. En conclusion, « *tout sera donc en définitive une question d'espèce* »¹⁰⁴, comme le conclut Lucien Simont¹⁰⁵.

Deux articles viennent ensuite compléter le prescrit de l'article 5.64 du Code civil. L'article 5.65 – correspondant, grosso modo, aux anciens articles 1157 et suivants – met en place des directives d'interprétation à la disposition du juge. Au contraire des deux autres articles de la même sous-section, celui-ci n'est pas obligatoire et ne constitue qu'un ensemble de recommandations à l'attention du juge. Enfin, l'article 5.66 – inspiré de l'ancien article 1162 – , prévoit trois règles d'interprétation s'imposant au juge en cas de doute irréductible. Seule la

¹⁰² S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets du contrat » in *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats* (sous la dir. R. JAFFERALI), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 178-184 ; J.-F. ROMAIN, « 7. - Volonté (bonne) des parties et bonne foi dans le nouveau Code civil » in *La réforme du droit des obligations* (sous la dir. TH. DERVAL *et al.*), Bruxelles, Larcier, 2023, p. 317-320 ; P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1*, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 434-450 ; C. civ., art. 5.64, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082 ; C. civ., art. 8.17, *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46353.

¹⁰³ Traduction libre de Comm. Bruxelles, 16 juin 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 760 : « *[Om de bedoeling van verweerster op hoofdeis op te sporen, mag de rechtbank rekening houden met buiten de te interpreteren akte liggende en dus extrinsieke elementen en omstandigheden, zoals daar zijn] de context van de akte, de begeleidende omstandigheden en de wijze waarop zij werd uitgevoerd* ».

¹⁰⁴ L. SIMONT, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁵ Comm. Bruxelles, 16 juin 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 759-761 ; L. SIMONT, *op. cit.*, pp. 102-103.

troisième s'applique en matière de garanties autonomes. Selon cette dernière, « *lorsqu'il subsiste un doute concernant l'intention commune des parties [...], la clause s'interprète contre le bénéficiaire de cette clause* »¹⁰⁶.

En synthèse, comme S. Benzidi et C. Legrand le résument si bien : « *L'article 5.64 du NCC contient le principe de base obligeant le juge à rechercher la commune intention des parties. Pour ce faire, le juge pourra avoir recours aux « conseils » figurant à l'article 5.65 du NCC. Toutefois, si et uniquement si, malgré l'application de ces préceptes, le juge estime qu'un doute subsiste quant à la commune intention des parties, il devra appliquer les règles énoncées à l'article 5.66 du NCC* »¹⁰⁷.

61 – Conformité au caractère littéral de la garantie autonome. À premier abord, ces règles peuvent sembler inconciliables avec le caractère littéral de la garantie autonome (voy. *supra* n°33). En réalité, il n'en est rien, puisque le caractère littéral s'applique uniquement à l'interprétation de la portée des obligations du garant et non à l'interprétation de l'acte de garantie en vue de lui donner la qualification appropriée.

62 – Règles issues du droit des contrats – Qualification. Une fois la volonté commune des parties interprétée le cas échéant, le juge peut procéder à la (re)qualification du contrat, laquelle consiste à identifier la catégorie juridique à laquelle celui-ci appartient. Cette étape est particulièrement importante, en ce qu'elle détermine les règles applicables audit contrat et partant, ses effets. En ce qui concerne la garantie autonome, il s'agit principalement de son autonomie et son littéralisme, la garantie ne faisant pas l'objet d'un corps de règles spécifiques, comme c'est le cas pour les contrats nommés¹⁰⁸.

Deux articles règlent la matière dans le Code civil. L'article 5.67 est dédié à la qualification des contrats mixtes. L'article 5.68, quant à lui, concerne la requalification du contrat et consacre le principe précédemment édicté par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 octobre 2011¹⁰⁹. Conformément à celui-ci, « *la qualification donnée par les parties au contrat ne peut être*

¹⁰⁶ C. civ., art. 5.66, al. 1, 3°, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

¹⁰⁷ S. BENZIDI et C. LEGRAND, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 196 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 339.

¹⁰⁹ L'arrêt qui a plus tard inspiré la rédaction de l'article 5.68 résumait le principe comme suit : « *Lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente* » (Cass. (3^e ch.), 10 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012/2, n° 1116, pp. 21-23 ; Proposition de loi portant le Livre 5 "Les obligations" du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p.80).

écartée que lorsqu'elle est incompatible avec les clauses de celui-ci ou avec les règles impératives ou d'ordre public »¹¹⁰.

63 – Règles propres aux garanties. Outre les règles générales reprises aux articles 5.64 à 5.68 du Code civil, quelques principes spécifiques aux garanties autonomes se sont dégagés de la pratique. La doctrine et la jurisprudence se sont ainsi accordées pour dire que les termes « caution », « cautionnement », « garantie » ainsi que la mention de dispositions du Code civil relatives au cautionnement dans la lettre de garantie ne sont pas déterminants pour qualifier l'engagement de garantie autonome. Il en va de même du caractère indéterminé dans le temps de la garantie, en ce sens que le garant peut résilier son engagement moyennant préavis raisonnable. La référence au contrat principal n'est pas non plus de nature à exclure la qualification de garantie. En outre, certains auteurs¹¹¹ considèrent que l'insertion dans l'acte de garantie de la clause « à première demande » constitue une présomption irréfragable qu'il s'agit d'une garantie autonome, en vertu d'un usage conventionnel présent dans les relations internationales¹¹². Bien que ce raisonnement ait été suivi dans certains jugements¹¹³, une autre partie de la doctrine¹¹⁴ ne partage pas cet avis et avertit le lecteur contre une « expression magique ». Selon ces auteurs, trois arguments permettent d'écarter une telle présomption. En premier lieu, la clause « à première demande » n'est pas l'accessoire exclusif des garanties autonomes, le cautionnement pouvant également être dû à première demande¹¹⁵. Deuxièmement, soulignant qu'un usage conventionnel tire sa force obligatoire de l'adhésion expresse ou tacite des parties, ce courant remet en question le fait que le caractère autonome soit uniformément et tacitement admis par les intervenants en matière de garanties internationales, même en l'absence de toute mention expresse. En effet, bien que la pratique des garanties autonomes se soit largement étendue, nous ne sommes pas encore arrivés à un

¹¹⁰ C. civ., art. 5.68, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

¹¹¹ Notamment E. DIRIX, F. T'KINT, DERYCKE, J.-F. ROMAIN, U. AUHAGEN (auteur allemand), M. PLEYER, M. MATTOU, M. DOHM.

¹¹² Selon cette doctrine, lorsqu'on a « *égard à la pratique internationale et aux usage développé en la matière. Il est en effet 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 cas d'absence de la mention « à première demande » ... L'indépendance correspond d'ailleurs à la pratique internationale et à l'économie générale des opérations de garanties et a fortiori de contre-garantie, basée sur un principe d'automatisme voulu par les parties* » (Liège, 8 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000/39, p. 1682, citant J.F. ROMAIN, « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes à première demande », *R.G.D.C.*, 1989, p. 429 et s.).

¹¹³ Par exemple : Liège, 8 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000/39, pp. 1680-1684.

¹¹⁴ Notamment L. SIMONT, M. DELIERNEUX, J. BUYLE, C. MARTIN, M. KLEINER, M. VASSEUR.

¹¹⁵ Ceci n'a pour effet que de renverser la charge de la preuve, sans que l'engagement de la caution soit détaché de sa cause.

consensus unanime¹¹⁶. Enfin, un dernier argument, permettant d'écarter définitivement l'existence de cette présomption, met en avant qu'une présomption irréfragable ne peut être établie que par la loi. Au surplus, la proposition de loi précitée établit en son article 9.1.6 que la constitution d'une sûreté personnelle ne se présume point, pour la simple et bonne raison qu'il s'agit d'un contrat à haut risque. En conclusion, les termes « à première demande » ne constituent pas une présomption irréfragable, mais ils représentent tout de même un indice non négligeable de l'autonomie de la garantie, surtout dans le cours d'opérations internationales.¹¹⁷

En réalité, le critère déterminant est l'autonomie de l'engagement du garant vis-à-vis du contrat de base. En d'autres termes, s'il ressort de la lettre de garantie que l'intention des parties n'était pas de lier le sort du débiteur supplémentaire à celui du débiteur principal, l'on peut en déduire que l'acte est une garantie autonome. Dans le cas contraire, il convient de qualifier l'acte de cautionnement. De la sorte, une clause selon laquelle l'obligé renonce à soulever toute exception est déterminante, en ce sens qu'elle permet de conclure au caractère non accessoire, donc autonome, de l'engagement en question¹¹⁸.

64 – Jurisprudence. Bien que la doctrine fournisse une aide précieuse s'agissant de l'interprétation et de la qualification des garanties autonome, il n'empêche qu'*in fine*, il revient au juge de trancher ces questions. Vu les conséquences lourdes que peut entraîner la qualification d'une garantie autonome en cautionnement¹¹⁹, ou l'inverse, il convient de se pencher sur quelques jugements. Ceci permettra d'identifier les sources de confusion d'une part, et ainsi de se prémunir contre une qualification erronée en amont, en prenant en compte l'appréciation des juges lors de la rédaction de la lettre de garantie d'autre part.

65 – Comm. Charleroi, 23 avril 1997. Cette première décision offre une bonne illustration d'une application correcte des principes d'interprétation développés ci-dessus. En l'espèce, la terminologie de la lettre de garantie était source de confusion, car elle combinait des références au contrat de cautionnement avec certains termes fréquemment utilisés pour caractériser les garanties autonomes. En résumé, le document en question prévoyait que les garants se

¹¹⁶ Voyez l'entretien avec le juriste d'entreprise à la KBC G. BOSMAN à l'annexe 3.

¹¹⁷ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 341-344 ; M. DELIERNEUX, *op. cit.* pp. 347-348 ; J. BUYLE et M. DELIERNEUX, note sous X, *R.D.C.*, 2000, pp. 735-737 ; M. DELIERNEUX et C. MARTIN, *op. cit.* p. 573 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 269-271 ; L. SIMONT, *op. cit.* pp. 110-115 ; J.-F. ROMAIN, « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes « à première demande », *R.G.D.C.*, 1989/6, pp. 429-228 ; Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998/25, p. 1073.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Nous pensons ici à l'opposabilité des exceptions issues du contrat de base, liant le donneur d'ordre au bénéficiaire.

porteraient irrévocablement et inconditionnellement caution solidaire et indivisible des obligations contractuelles et légales incombant aux différents donneurs d'ordre (A.B.T.)¹²⁰ et qu'ils s'exécuteraient à première demande. Prenant note du caractère décisif de la formule « exécutable à premier appel » aux yeux de certains auteurs, le juge se rattache toutefois au courant doctrinal opposé, considérant « *qu'il paraît plus raisonnable de voir dans l'utilisation de l'expression « à première demande » un indice militant fortement en faveur de l'autonomie de la garantie* »¹²¹. En revanche, le juge a accordé une plus grande importance aux termes « caution solidaire des obligations contractuelles et légales »¹²² incombant aux (A.B.T.) en vertu (du contrat cadre et des contrats partiels) ». Selon ce dernier, cette formulation met en exergue le fait que le garant n'est tenu que dans la mesure où la société A.B.T. est tenue d'une obligation, ce qui souligne le caractère accessoire de la garantie conférée, faisant de celle-ci un contrat de cautionnement. Poursuivant son raisonnement, le juge considère ensuite qu'au travers des termes « irrévocablement et inconditionnellement », les banques n'ont pas voulu s'engager à payer inconditionnellement, mais visaient à donner un caractère irrévocable et inconditionnel au fait de se porter caution. Ainsi, c'est à bon droit que le juge conclut que face à une expression si nette du caractère accessoire de l'intervention du garant, la seule expression « exécutable à premier appel » ne permet pas de qualifier l'engagement de garantie autonome.

66 – Comm. Bruxelles, 11 février 1999. Les faits de cette cause sont similaires à ceux ayant fondé la décision du tribunal de commerce de Charleroi. Il était également question d'une sûreté mariant des termes propres au cautionnement avec des termes caractéristiques de la garantie autonome. Après avoir écarté l'argumentation selon laquelle une présomption d'existence de garantie autonome se déduit des termes « à première demande », le juge affirme que le caractère accessoire de la sûreté doit être considéré comme le critère distinctif déterminant entre la caution et la garantie. Caractère accessoire qui, selon ce dernier, est traduit par les termes « *la banque réglera aux précitées toutes les factures impayées à l'échéance et relatives aux véhicules, pièces et accessoires précités* », qui démontrent que le garant n'entendait pas assumer un engagement propre et autonome. Enfin, la stipulation d'une solidarité entre la banque garante et le débiteur a confirmé la conviction du juge, dès lors que les codébiteurs solidaires s'obligent à la même dette. Le juge a donc qualifié la sûreté de cautionnement¹²³.

¹²⁰ Différentes sociétés se sont constituées en association momentanée pour soumissionner un marché portant sur la réalisation de travaux électromécaniques.

¹²¹ Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998/25, p. 1073.

¹²² C'est le juge qui souligne.

¹²³ Comm. Bruxelles, 11 février 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 725 et s.

67 – Bruxelles, 26 juin 1992. Dans cet arrêt, le juge a considéré que les termes « nous vous garantissons irrévocablement et inconditionnellement le paiement de (...) à première demande de votre part et sans que nous puissions en contester le bien-fondé quel qu'en soit le motif » confirment de manière claire le caractère autonome de la garantie. En effet, cette formule démontre bien le caractère non-accessoire de la garantie. Au surplus, nous noterons que contrairement au jugement du tribunal de commerce de Charleroi, les termes « irrévocablement et inconditionnellement » constituent dans ce cas un indice en faveur de la garantie autonome, en ce sens qu'ils se rapportent au paiement d'une somme et non à la constitution d'un cautionnement¹²⁴.

68 – Bruxelles, 3 avril 1987. Le premier juge avait rejeté la qualification en garantie autonome en se basant sur l'usage du mot « solidaire » et sur le fait que le garant s'engageait à payer tout montant dont le débiteur serait redevable et qu'il n'aurait pas réglé. Dans son arrêt, le juge d'appel rejette ce raisonnement, considérant que « *l'expression « payable à première demande » l'emporte et impose la qualification de garantie indépendante nonobstant la référence que le texte de la garantie ferait par ailleurs à des dispositions légales applicables au cantonnement* »¹²⁵. Il est regrettable de voir le juge se rallier à la jurisprudence attribuant une telle importance à la formule « à première demande », d'autant plus qu'aucune référence n'était faite à une autre figure et que le juge aurait pu résoudre cette confusion sans se référer à une soi-disant présomption. Bien que nous ayons écarté cette dernière, il convient de rester conscient du rôle crucial qu'elle peut malgré tout jouer dans l'interprétation de certains juges¹²⁶.

69 – Rédaction soignée. Il convient donc de prêter une attention toute particulière à la rédaction de la lettre de garantie, d'autant plus que la proposition de loi portant le titre 1^{er} « Les sûretés personnelles » du livre 9 du Code civil énonce en son article 9.1.11 qu'« *une sûreté personnelle est présumée être un cautionnement, à moins que le créancier n'établisse qu'il en a été convenu autrement* »¹²⁷. À l'avenir, il faudra donc d'autant plus veiller à la clarté du texte de la garantie. Au vu des contextes très variés dans lesquels peuvent être émises des garanties, il semble malaisé de proposer un texte type. Toutefois, il est possible d'identifier quelques mentions essentielles qui devraient figurer dans tout acte. Naturellement, la liste proposée est

¹²⁴ Bruxelles, 26 juin 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 51.

¹²⁵ Bruxelles, 3 avril 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 475.

¹²⁶ Dans le même sens, voyez la décision de la cour d'appel de Liège, faisant état d'un tel usage conventionnel dans le cadre des relations internationales, même en l'absence des termes « à première demande » (Liège, 8 juin 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 731).

¹²⁷ Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001, pp. 18 et 46.

non-exhaustive et nous renvoyons le lecteurs à d'autres contributions pour plus de détails. L'article 8 des URDG 758 fournit également de précieux conseils à ce sujet. En ce qui nous concerne, nous appuyons particulièrement sur l'importance de voir dans la garantie un intitulé clair (« garantie autonome »), évitant toute ambiguïté dès le départ, l'identification complète du donneur d'ordre, du bénéficiaire et du garant, une référence à l'opération sous-jacente (permettant d'identifier de quelle garantie il s'agit et d'apprécier le caractère abusif ou frauduleux de l'appel), une formule confirmant le caractère autonome et abstrait de la garantie (étant le critère distinctif déterminant), son montant, sa date de prise en cours et son échéance et enfin, le droit applicable et les tribunaux compétents en cas de litige¹²⁸.

¹²⁸ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 328-333 et pp. 336-337 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.* p. 566 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 8.

Titre 2. Exécution de la garantie autonome

70 – Introduction. Le second titre est consacré à l'exécution de la garantie autonome. Nous verrons comment faire appel à la garantie mais également les différentes exceptions que celui-ci peut se voir opposer, à savoir l'irrégularité de l'appel, la contrariété de la garantie à l'ordre public et aux bonnes mœurs et enfin, le caractère manifestement frauduleux ou abusif de l'appel. Notons que le garant pourrait également tenter d'échapper à son obligation de paiement en requalification de la garantie en cautionnement (voy. *supra* n°58 et s.), ce qui lui permettrait d'opposer au bénéficiaire les exceptions issues du contrat de base.

Chapitre 1. L'appel à la garantie

Section 1. L'appel à proprement parler

71 – L'appel. L'appel à la garantie doit se faire par écrit, ou par tout mode de télétransmission assimilable, durant sa durée de validité, exprimer clairement qu'il formule une demande d'exécution de celle-ci et respecter les conditions formulées dans la lettre de garantie, le cas échéant. Ces dernières peuvent être d'ordre formel – imposant par exemple le recours à une lettre recommandée ou l'usage de la plateforme SWIFT – et/ou de fond (voy. *supra* n°44 et 45). À cet égard, le bénéficiaire a le droit de faire appel à la garantie dès que les conditions pour ce faire sont remplies et le garant est obligé de payer si l'appel est introduit valablement¹²⁹.

72 – Devoir d'information du garant. Il est très généralement admis – et confirmé par l'article 16 des URDG 758 – qu'il pèse sur le garant un devoir d'information. Conformément à celui-ci, le garant doit informer le donneur d'ordre de toute circonstance qui affecte la vie de la garantie, comme sa réduction, sa prorogation, son expiration, ou encore une demande d'*extend or pay* (voy. *infra* n°74 et s.). En ce qui concerne l'appel à la garantie, la doctrine majoritaire estime que là aussi, le garant est tenu d'en informer le donneur d'ordre afin de permettre à ce dernier de vérifier si l'appel n'est pas frauduleux ou abusif et de réagir le cas échéant. Le donneur d'ordre est, en effet, mieux placé pour apprécier le caractère abusif ou frauduleux de l'appel que le garant, vu le peu d'information dont dispose ce dernier. Cette information est capitale, car une fois la garantie payée, il devient sensiblement plus difficile pour le donneur

¹²⁹ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 349 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 588 ; Cass., 24 avril 2009, R.G. n° 07.0379.N, www.jurportal.be ; Cass., 28 juin 2012, R.G. n° 11.0723.N, www.jurportal.be.

d'ordre d'établir l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste, en ce sens qu'il devra également démontrer au juge que le garant en avait ou devait en avoir connaissance. De plus, le donneur d'ordre dispose, certes, d'un recours à l'encontre du garant après le paiement (voy. *infra* n°94), mais étant donné que ce dernier se trouve la plupart du temps à l'étranger, il est beaucoup plus compliqué pour le donneur d'ordre d'obtenir remboursement. À cela, il faut ajouter que ce devoir d'information se double d'une période d'attente, à défaut de quoi l'obligation d'information du garant manquerait son objectif, le donneur ne pouvant agir en temps utiles. Lorsque le garant a prévu dans la garantie un délai entre l'appel et le paiement, les choses sont simples. Il informe directement le donneur d'ordre et procède au paiement une fois ce délai écoulé. Lorsque rien n'a été prévu, la doctrine plaide pour une période d'attente automatique de trois à cinq jours. À ce sujet, l'article 20 des URDG 758 impose un délai de cinq jours. Cette attente ne s'oppose point au devoir de paiement du garant, puisqu'il doit lui aussi procéder aux vérifications qui s'imposent en vertu de la lettre de garantie. Un autre argument en faveur de l'obligation d'information du garant est tirée de la pratique. Il n'est pas rare de voir l'appel à la garantie utilisé comme instrument de chantage par le bénéficiaire en vue d'obtenir *in extremis* du donneur d'ordre une ou plusieurs concessions. Si le banquier paie sur-le-champ, la manœuvre manque son objectif¹³⁰. Enfin, l'on peut trouver dans la littérature un dernier argument qui s'appuie sur le fait que le garant peut être associé au mandataire (au sens économique) du donneur d'ordre. Dès lors, il devrait veiller aux intérêts de ce dernier, notamment en l'informant. Selon cette doctrine, l'on peut faire ce rapprochement en ce sens que le garant accomplit en quelque sorte le paiement au nom et pour le compte du donneur d'ordre et qu'il obtiendra ensuite le remboursement des frais exposés. Bien que l'on puisse difficilement soutenir qu'il s'agisse d'un mandat, ce qui s'oppose complètement au principe d'autonomie et d'abstraction de la garantie, on ne peut ignorer le lien économique existant entre le donneur d'ordre et son garant (le plus souvent une banque). En ce sens, en droit germanique, la banque se considère comme l'« amie » de son client. Par conséquent, les banques ont en Allemagne et en Suisse un devoir d'information¹³¹. La doctrine minoritaire qui s'oppose à ce devoir d'information, quant à elle, argumente que le garant, débiteur d'une obligation autonome, doit rester étranger aux discussions entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Cet

¹³⁰ Il convient toutefois de nuancer cet argument, en ce qu'une telle attitude est désormais généralement considérée comme abusive ou frauduleuse (W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 356-357 et jugement reproduit : Comm. Liège (prés.), 20 août 2015, R.G. n° C/15/00026, inédit).

¹³¹ À cet égard, M. DOHM, analysant la jurisprudence de la cour de justice de Genève, souligne que la banque doit non seulement informer son client, mais doit également surseoir au paiement afin de permettre au donneur d'ordre d'agir en justice, le cas échéant. Cette obligation découle selon cet auteur du devoir de fidélité qu'à la banque envers son client (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 590).

argument est toutefois peu convaincant, en ce sens qu'en négligeant cette obligation, le garant évite certes tout problème avec le bénéficiaire, mais il détériore sa relation avec le donneur d'ordre. En d'autres termes, cela revient également à prendre position, chose dont il doit s'abstenir¹³².

Par ailleurs, une partie de la doctrine estime également que même lorsque le garant insère dans le contrat de crédit une clause selon laquelle il n'est pas tenu d'informer le donneur d'ordre, il peut engager sa responsabilité s'il a payé sans avertissement, passant outre à une potentiellement opposition laissant apparaître une fraude ou un abus manifeste dans le chef du bénéficiaire¹³³.

73 – Inopposabilité des exceptions. Comme nous l'avons déjà relevé, lors de l'appel à la garantie, le garant ne pourra opposer au bénéficiaire aucune exception issue du rapport fondamental, ni de sa relation avec le donneur d'ordre (voy. *supra* n°30). En revanche, le garant peut soulever toutes les exceptions tirées de sa relation avec le bénéficiaire. Rien n'empêche non plus le garant de compenser la dette qu'il a envers le bénéficiaire avec une créance qu'il détient à son égard, à condition que cette dernière soit certaine, liquide et exigible. Il ne s'agit ici pas de s'opposer au paiement d'une quelconque façon, mais bien d'opter pour un mode spécifique de paiement. On ne voit ce qui exclurait ce mécanisme dans le cadre d'une garantie autonome, la compensation opérant de plein droit¹³⁴.

Section 2. La pratique de l'*extend or pay*

74 – Notion. L'*extend or pay* (proroger ou payer) consiste pour le bénéficiaire à demander au garant de prolonger la garantie, tout en précisant qu'en cas de refus, il formule un appel immédiat à la garantie. Il est admis qu'une telle demande constitue bien un appel valable puisque, en cas de refus, le bénéficiaire entend bien être payé. Notons que si l'appel se fait

¹³² K. BERNAERT, note sous Bruxelles, 21 mars 2008, *R.D.C.*, 2010/2, pp. 144-147 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.* pp. 351-352 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 589-591 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 16, 20 et 22.

¹³³ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.* p. 352 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 590.

¹³⁴ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.* p. 354-355 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 271-272 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 600-601 ; M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 357 ; D. Blommaert, *op. cit.*, p. 451 ; C. civ., art. 5.254 et 5.255, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082 ; Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 8 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 892.

moyennant le respect de certaines conditions, celles-ci devront également être observées lors de la demande d'*extend or pay*¹³⁵.

75 – Attitude du garant. Comme nous l'avons vu précédemment, le garant doit informer le donneur d'ordre lorsqu'il reçoit une demande de « proroger ou payer ». Si le garant a une raison propre de refuser la prorogation¹³⁶, il en informera le donneur d'ordre et communiquera par la même occasion son refus au bénéficiaire. Si le garant est disposé à accorder une prorogation de la garantie, il agira en fonction des instructions du donneur d'ordre. En cas de silence de ce dernier, le garant est obligé de s'exécuter et devra payer la garantie. Le donneur d'ordre supportant les répercussions économiques de l'opération, c'est à lui que revient la décision de proroger ou non. Il n'est en effet pas concevable que le donneur d'ordre se voie imposer une modification de la garantie « en cours de route ». Une autre partie de la doctrine défend au contraire que le garant est libre de décider de la suite qu'il donne à la demande d'*extend or pay*. Cette position semble être confirmée par l'article 23, point f) des URDG 758, stipulant que « *le garant ou le contre-garant informera sans délai la partie de laquelle il a reçu ses instructions de sa décision de proroger comme prévu au paragraphe (d) ou de payer* »¹³⁷.

76 – Pratique frauduleuse. L'on peut se demander si une demande d'*extend or pay* formulée in extremis, quelques jours avant l'expiration de la garantie, constitue un appel manifestement frauduleux ou abusif. Selon la doctrine, un tel appel n'implique pas nécessairement un abus, le bénéficiaire pouvant avoir des raisons légitimes à procéder de la sorte. Il est cependant admis que cette demande constitue un indice du caractère abusif ou frauduleux de l'appel à la garantie. En revanche, la demande sera considérée comme abusive si elle ne vise qu'à forcer la prolongation de la garantie, l'expiration de cette dernière ne pouvant être une cause d'appel¹³⁸.

¹³⁵ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 355-358 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 590-592 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 278-279 ; Bruxelles, 11 avril 2019, R.G. n° 2013/AR/621, inédit (voir W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 357) ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 23, d), dernière phrase.

¹³⁶ Par exemple, parce qu'il a dénoncé les crédits du donneur d'ordre.

¹³⁷ « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 23, f) ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.* pp. 356-357 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 591-592.

¹³⁸ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 356-357 et jugement reproduit : Comm. Liège (prés.), 20 août 2015, R.G. n° C/15/00026, inédit ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 592.

Chapitre 2. Les exceptions au paiement

77 – Rappel de la raison d’être de la garantie. Avant toute chose, lorsque l’on analyse les exceptions que le garant peut opposer au paiement de la garantie, il convient de garder à l’esprit que cette dernière n’est autre que le substitut économiquement moins lourd du dépôt de somme. L’on comprend alors mieux la portée de l’automaticité avec laquelle elle est censée jouer. L’idée est effectivement que la garantie ait la même effectivité pour le bénéficiaire que si les sommes avaient directement été versées en ses mains. En s’écartant trop de ce postulat, l’on risquerait certainement de voir les bénéficiaires faire marche arrière et exiger des dépôts de sommes, n’étant plus satisfaits de la sécurité offerte par les garanties¹³⁹.

Section 1. L’appel irrégulier

78 – Principe. Lorsque l’appel introduit par le bénéficiaire ne respecte pas strictement les conditions formulées dans la lettre de garantie, le garant doit refuser d’y donner suite. Ce n’est rien d’autre que la conséquence du caractère littéral de la garantie (voy. supra n°33 et s.). Dès lors, le garant doit vérifier que le bénéficiaire a fait appel à la garantie dans le délai et selon les formes stipulées et qu’il a joint à sa demande une justification ou les documents requis, en fonction de ce que prévoit le texte de la garantie. Nous rappelons à cet égard qu’il s’agit d’un contrôle purement formel. Le garant doit également vérifier que l’appel émane bien du bénéficiaire, ou d’une personne disposant d’un mandat spécial, même s’il s’agit de l’avocat du bénéficiaire. Le garant ne peut toutefois pas se limiter à refuser l’appel à la garantie. Il doit aussi motiver sa décision, en expliquant en quoi elle est irrégulière, afin de permettre au bénéficiaire de régulariser son appel. Celui-ci agira donc prudemment en évitant un appel trop proche de l’échéance. Enfin, si le garant paie alors que l’appel est irrégulier, il perdra le droit d’exiger le remboursement de la part du donneur d’ordre¹⁴⁰.

79 – Tempérament. Le formalisme qu’implique le caractère littéral de la garantie doit toutefois rester dans les limites du raisonnable. De la sorte, le garant manque à son obligation d’exécuter

¹³⁹ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.* p. 359 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 559 ; Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, p. 21.

¹⁴⁰ A. DESPONTIN, *op. cit.*, pp. 619-620 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 362-367 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 265-267 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 697-698 ; M. GOFFART, *op. cit.* pp. 1742-1744 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 129-135 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.* pp. 432-434 ; « Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010, art. 23 ; Anvers, 1^{er} juin 2017, R.D.C., 2018/4, p. 382 ; Bruxelles, 24 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 69.

les conventions de bonne foi lorsqu'il rejette l'appel au motif que les termes employés dans l'appel à la garantie ne correspondent pas exactement à ceux de la lettre de garantie. En l'espèce, le garant reprochait au bénéficiaire d'avoir uniquement indiqué qu'il avait livré « correctement » les biens, que dès lors il n'avait pas attesté les avoir livrés « conformément aux termes du contrat », en ce qu'il n'avait pas communiqué « qu'il avait livré tout ce qu'il devait livrer, ni qu'il avait livré les marchandises convenues dans le délai convenu ». Le juge n'a pas reçu cette argumentation, considérant que « *par l'usage du terme « correctement », non assorti d'une quelconque réserve, FX Meiller indique clairement qu'elle a exécuté l'ensemble des livraisons contractuelles sans faute ou erreur de sa part, ce qui lui était demandé d'attester dans la lettre de garantie* »¹⁴¹. Le terme « correctement » signifie en effet « sans erreur », « conformément aux règles, aux usages considérés comme bons ». En conclusion, « *la cour relève à cet égard que la lettre de garantie n'exige pas une stricte concordance des termes par l'apposition de guillemets mais seulement une stricte concordance des conditions de l'appel à la garantie* »¹⁴². Dans la même manière, le garant commet un abus de droit lorsqu'il refuse un appel pour non-respect des conditions alors qu'il a précédemment donné suite à trois demandes de prorogation introduites irrégulièrement sans émettre de réserve¹⁴³.

80 – L'appel irrégulier, régularisé hors délai. Il résulte également du caractère littéral que si le bénéficiaire ne régularise pas son appel avant l'échéance de la garantie, il perdra son droit au paiement, même s'il avait introduit sa première demande (irrégulière) avant la fin de la garantie. En effet, un appel non conforme aux dispositions de la lettre de garantie sera rejeté car irrégulier. Régularisé après le terme de la garantie, ce même appel sera rejeté car tardif. En conclusion, il est primordial de ne pas perdre de vue la date d'expiration de la garantie, le garant n'étant tenu que par les termes du texte de la garantie, ni plus ni moins¹⁴⁴.

¹⁴¹ Bruxelles (9e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 83 (la Cour de cassation a rejeté un pourvoi contre cet arrêt : Cass. 6 avril 2017, R.G. n° C.16.0281.F/1, www.jurportal.be).

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Liège, 24 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 734-735 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 266-267 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 698.

¹⁴⁴ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.* pp. 367-369 et jurisprudence reproduite ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 592.

Section 2. . La contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs et l'illicéité du contrat de base

81 – Principe. Malgré l'autonomie de la garantie, l'affirmation selon laquelle l'illicéité du contrat de base entraîne la nullité ne cause pas de controverse et est très largement admise. En effet, on ne saurait admettre que l'abstraction de la garantie permette de couvrir une opération contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou pire, qu'elle permette au bénéficiaire d'obtenir l'avantage financier d'une opération illicite. Les choses se compliquent cependant lorsque vient le moment d'appliquer concrètement ce principe. Le terrain privilégié des garanties se trouvant dans les relations internationales, comment faut-il apprécier l'ordre public en question ? La doctrine considère à cet égard qu'il convient de distinguer deux hypothèses. La première concerne les garanties s'inscrivant dans un contexte international, tandis que la seconde concerne le cas où toutes les parties sont ressortissantes du même pays¹⁴⁵.

82 – Garantie d'une opération internationale. L'ordre public et les bonnes mœurs sont des notions qui varient considérablement d'un pays à l'autre. Se pose donc la question de savoir au regard de quel droit la violation de l'ordre public doit s'apprécier. C'est en fonction du droit qui régit la garantie, et non de celui qui gouverne le contrat de base (dans le cas où ceux-ci seraient soumis à des droits différents), que doit s'apprécier l'éventuelle contrariété à l'ordre public. Cette solution s'inscrit parfaitement dans la logique sous-jacente aux garanties autonomes en ce sens qu'en exigeant une telle sûreté, le bénéficiaire entend justement se prémunir contre le risque d'annulation du contrat de base en vertu d'une disposition d'un ordre juridique qui lui est étranger. Par ailleurs, pour tenir compte de la fonction particulière de la garantie autonome, la doctrine s'entend pour dire que l'ordre public doit ici se comprendre de manière restrictive, se référant à l'ordre public international. Ceci se justifie par le besoin accru de sécurité juridique propre aux marchés internationaux. Ainsi, 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* »¹⁴⁶. Il convient d'apporter quelques éclaircissements afin de correctement comprendre la portée de

¹⁴⁵ M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 344-346 ; A. DESPONTIN, *op. cit.*, p. 619 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 369-371 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 592-593 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 276-277 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 161-164 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, pp. 439-441 ; Bruxelles (9e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, p. 81.

¹⁴⁶ M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 345. D'autres auteurs emploient une formule très similaire (B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 697 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, p. 440).

l'ordre public international et son application. L'on pourrait définir ce dernier comme les règles internes dont le caractère d'ordre public est particulièrement intense. L'ordre public international représenterait, pour ainsi dire, « l'extrême pointe » de l'ordre public interne. Si cette approche a le mérite de tenter d'esquisser les contours de l'ordre public international, elle semble quelque peu vague et incomplète. Le critère de l'intensité ne permet pas de distinguer clairement les deux acceptions de l'ordre public, pourtant différentes. D'ailleurs, les définitions données par la Cour de cassation sont assez similaires¹⁴⁷. En d'autres termes, l'ordre public international ne se laisse qu'imparfaitement saisir par son contenu. Il convient plutôt de le distinguer de l'ordre public interne par sa fonction particulière. L'ordre public international vise en réalité à écarter le résultat que produit l'acte ou le droit étranger dans l'ordre juridique concerné. Il ne suffit donc pas que la règle étrangère soit contraire à l'ordre public de l'état du for. Encore faut-il que les effets engendrés dans cet état soient intolérables¹⁴⁸.

En outre, nous nous contentons d'ajouter que la doctrine semble également estimer que la garantie peut aussi être invalidée lorsque le contrat sous-jacent est contraire à l'ordre public international, compris dans un sens large (indépendamment d'une conception propre à un ordre juridique particulier), comme « *un ordre public qui s'impose à tous, peu importe la nationalité* »¹⁴⁹.

83 – Garantie d'une opération interne. Lorsque le donneur d'ordre, le bénéficiaire et le garant ressortissent du même ordre juridique – ou s'ils se sont volontairement soumis à ce dernier – où nul n'est censé ignorer la loi, il convient d'appliquer l'ordre public dans son acception interne. En ce qui concerne le droit belge, la Cour de cassation enseigne qu'il suffit que l'un des mobiles déterminants d'un engagement soit illicite pour que ledit engagement soit nul¹⁵⁰. L'article 5.56 du Code civil stipule que « *la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre*

¹⁴⁷ Voyez l'examen de N. WATTE et R. JAFFERALI au sujet des définitions données par la Cour de cassation (N. WATTÉ et R. JAFFERALI, « Règles générales du droit international privé belge et européen », *Rép. not.*, T. XVIII, *Droit international privé*, Livre 1, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 255-256).

¹⁴⁸ M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 344-346 ; A. DESPONTIN, *op. cit.*, p. 619 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 369-371 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 592-593 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 276-277 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 161-164 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 696-697 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, pp. 439-441 ; N. WATTÉ et R. JAFFERALI, « Règles générales du droit international privé belge et européen », *Rép. not.*, T. XVIII, *Droit international privé*, Livre 1, Bruxelles, Larcier, 201, pp. 253-256 ; P. D'ARGENT, « Contrôle de conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international belge : à propos du jugement d'annulation du 18 février 2022 dans l'affaire *Manchester Securities Corp. V. Poland* », note sous Civ. Bruxelles fr., 18 février 2022, *b-Arbitra*, 2022/2, pp. 403-406 ; Cass., 29 avril 2002, R.G. n°S.01.0035.F, www.jurportal.be ; Comm. Namur, 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 813.

¹⁴⁹ Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, p. 161 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 276-277 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 370.

¹⁵⁰ Cass., 13 novembre 1953, *Pas.* 1953, p. 190 ; Cass., 9 septembre 2005, *R.G.D.C.*, 2007/7, pp. 432-435.

public ou à des dispositions légales impératives »¹⁵¹ et est complété par l'article 1.3, quatrième alinéa, qui définit l'ordre public comme suit : « *est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental* »¹⁵². En ce qui concerne les bonnes mœurs, rappelons que le concept est intégré dans la notion d'ordre public, en ce qu'elle constitue sa facette morale. Celui-ci vise « *une morale coutumière faite d'habitude et des traditions d'un peuple et est en constante évolution constante avec l'état d'esprit d'une civilisation* »¹⁵³. Il ressort de ces définitions que l'ordre public et les bonnes mœurs sont des notions fluctuantes, évolutives et dont le contenu dépend donc du moment où on l'apprécie. Bien que cela permette de refléter plus justement les valeurs de la société à un moment T, cela complique la détermination des dispositions qui relèvent effectivement de l'ordre public. Le caractère pénal de la disposition concernée a alors été avancé comme critère pour distinguer les dispositions relevant de l'ordre public des autres. Cependant, la dispersion des dispositions de droit pénal au travers de la législation et les difficultés d'application qu'elles posent aux juges en tant que causes de nullité modèrent l'efficacité pratique d'un tel critère, comme l'observe M. Delierneux¹⁵⁴.

84 – Attitude du garant. Au vu de la complexité dont fait preuve l'appréciation de la conformité de la garantie autonome à l'ordre public dans un cadre international, mais surtout dans un cadre interne, se pose la question de l'attitude que le garant doit adopter. Quelle devra être sa réaction face à un appel à la garantie, couvrant potentiellement une opération contraire à l'ordre public ? Certains auteurs considèrent qu'étant donné que le garant ne pouvait raisonnablement ignorer l'illicéité du contrat de base lorsqu'il a émis la garantie, sa responsabilité serait engagée s'il soulevait soudainement cette exception au paiement à la suite de la demande de paiement du bénéficiaire. Cette position sévère est toutefois critiquée par une doctrine majoritaire. Les garants étant le plus fréquemment des banquiers, l'on ne peut en effet raisonnablement exiger de ces derniers qu'ils maîtrisent les nombreuses législations « techniques » de plus en plus complexes, en plus du droit bancaire et financier (lorsque c'est

¹⁵¹ C. civ., art. 5.56, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082. Par ailleurs, notons que si les mobiles déterminants (qui équivalent à la cause) doivent en règle être communs pour entrer dans le champ contractuel et donc, causer la nullité de l'acte en d'illicéité de ceux-ci, ce n'est pas le cas pour la garantie autonome, s'agissant d'un acte unilatéral (F. GEORGE, *op. cit.*, p. 274).

¹⁵² C. civ., art. 1.3, al. 4, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079.

¹⁵³ Liège, 22 novembre 1979, *J.L.*, 1980, p. 1.

¹⁵⁴ M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 344-346 ; F. GEORGES, *op. cit.*, pp. 271-291 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 276-277 ; W. David et M. Goffart, *op. cit.*, pp. 369-371 ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.* pp. 357-402 ; C. civ., art. 1.3, al. 4, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079 ; C. civ., art. 5.56, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

un banquier) et qu'ils doivent également s'assurer de la légalité de chaque transaction qu'ils couvrent. Cette doctrine défend au contraire que le garant peut, s'il découvre la contrariété à l'ordre public de l'opération sous-jacente, refuser l'appel du bénéficiaire. Le donneur d'ordre pourrait également solliciter la suspension de l'exécution de la garantie pour les mêmes raisons. De plus, si le garant procède au paiement alors qu'il ignorait et pouvait légitimement ignorer l'illicéité du rapport fondamental, il pourra réclamer au bénéficiaire le remboursement de sommes ainsi libérées¹⁵⁵.

85 – Les règles impératives. La violation de règles impératives par le contrat de base est quant à elle sans incidence sur la validité de la garantie, la volonté du garant restant de souscrire un engagement abstrait de sa cause. De plus, l'ordre public protège principalement l'intérêt général, là où les lois impératives protègent principalement des intérêts privés. Partant, seule la personne protégée peut s'en prévaloir et le garant ne pourrait donc refuser le paiement de la garantie sur cette base. En revanche, la contrariété à l'ordre public est sanctionnée par la nullité absolue, que toute personne justifiant d'un intérêt peut soulever. Si le garant ne peut donc fonder son refus à l'appel sur la violation d'une règle impérative, qu'en est-il du donneur d'ordre ? Pourrait-il s'opposer au paiement de la garantie sur cette base ? Vu le caractère autonome de la garantie et la notion exceptionnelle d'ordre public requise en la matière, l'on ne voit pas comment des règles « simplement » impératives puissent justifier une exception au paiement¹⁵⁶.

Section 3. La fraude et l'abus manifeste

86 – Introduction. Bien que son application ne soit pas évidente, le principe est unanimement admis : en cas d'appel manifestement frauduleux ou abusif, le garant doit refuser de payer le bénéficiaire. Si la fraude et l'abus manifeste justifient tous deux la non-exécution de la garantie et sont le plus souvent appliqués indifféremment par les juges, il convient cependant de distinguer les deux notions par souci de rigueur. En effet, la fraude et l'abus disposent de fondements et de conditions d'application propres, qu'il convient de ne pas confondre. Nous commencerons donc par définir les deux notions, en tenant compte des récents développements apportés par l'adoption du livre 5 du Code civil. Viendra ensuite l'examen de la fraude et de

¹⁵⁵ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 370 ; M. DELIERNEUX, *op. cit.* p. 346 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 276-277, Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, p. 168 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 593.

¹⁵⁶ M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 346-347 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, p. 441 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 369 ; C. civ., art. 5.56, 5.57, 5.58 et 5.27, M.B., 1^{er} juillet 2022, p. 54082 ; **contra** Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 164-169.

l'abus dans le cadre des garanties autonomes, à l'occasion duquel nous insisterons sur la portée du caractère manifeste que ces exceptions au paiement de la garantie doivent revêtir ; et relèverons ensuite différents cas dans lesquels l'abus ou la fraude ont été reconnus ou non par le juge¹⁵⁷.

87 – La fraude en droit belge. Précédemment déduit de dispositions particulières et ensuite érigé en principal général du droit par la Cour de cassation¹⁵⁸, le principe *Fraus omnia corrumpit* est désormais consacré par l'article 1.11 du Code civil, selon lequel « *la faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur* »¹⁵⁹. Notons que ce principe est d'ordre public, avec tout ce que cela implique au niveau des garanties procédurales. Ce principe général du droit joue donc un rôle subsidiaire par rapport à l'article 1.11 depuis l'entrée en vigueur de ce dernier. Il demeure toutefois utile pour interpréter la nouvelle disposition légale et en déterminer la portée, le législateur ayant principalement consacré le principe *Fraus omnia corrumpit* tel qu'il a été développé par la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation. Les enseignements dégagés par cette dernière conservent donc leur pertinence, tout comme les applications jurisprudentielles de la fraude dans le cadre de la garantie autonome¹⁶⁰.

L'article 1.11 clarifie également les conditions d'application du principe *Fraus omnia corrumpit*. Selon la Cour de cassation, l'application du principe nécessite « *l'existence d'une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain* »¹⁶¹. Une partie de la doctrine interprétait cette définition comme nécessitant systématiquement la présence de manœuvres, tandis qu'une autre partie de la doctrine estimait que ce n'était pas le cas, dès lors que la Cour de cassation appliquait également le principe dans des hypothèses n'impliquant pas de manœuvre. Le législateur a mis un terme à cette controverse et il est maintenant clair que seule l'existence d'une faute

¹⁵⁷ J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 33-34 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 371-373 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 593-594 ; A. DESPONTIN, *op. cit.*, pp. 620-621 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, p. 435 ; B. MICHAUD et P. PROSMANS, *op. cit.*, pp. 698-701 ; Bruxelles (9^e ch.), 25 février 2021, *J.L.M.B.*, 2022/39, p. 1733 ; Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, p. 19 ; Comm. Bruxelles, 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 850.

¹⁵⁸ Cass., 23 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 649.

¹⁵⁹ C. civ., art. 1.11, M.B., 1^{er} juillet 2022, p. 54079.

¹⁶⁰ A. LENAERTS, « Article 1.11 du Code civil : « intention de nuire ». Consécration légale du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* » in *Le livre premier du Code civil : dispositions générales* (dir. E. DIRIXT et P. WERY), Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 387-395 ; J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes : persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 30-31 ; Projet de loi portant le livre 1^{er} "Dispositions générales" du Code civil, *Doc. parl.* Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n°55-1805/001, p. 24.

¹⁶¹ Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, p. 962 ; Cass., 16 novembre 2015, R.G. n° S.14.0097.F, www.jurportal.be.

intentionnelle en vue de nuire à autrui ou de réaliser un gain est requise¹⁶². Plus précisément, la réunion de deux conditions emporte l'application du principe *Fraus omnia corrumpit*. En premier lieu, il faut un comportement fautif par lequel l'auteur de la fraude veut porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'un cocontractant ou d'un tiers. Ce comportement fautif peut consister soit en la violation d'une disposition légale spécifique, soit en la méconnaissance de la norme générale de bon comportement (d'une personne normalement prudente et diligente). Le simple fait de porter atteinte aux intérêts ou droits d'autrui n'est donc pas suffisant. Ensuite, il faut également que la faute soit commise dans l'intention de nuire ou de réaliser un gain aux dépens de la victime. C'est l'expression de l'élément intentionnel, lequel requiert la volonté de produire des conséquences dommageables. Cette condition peut sembler exigeante, mais il convient de souligner que l'intention de nuire n'est en quelque sorte que l'expression de la volonté de l'auteur de la fraude d'obtenir un avantage illégitime au détriment d'autrui, ce qui équivaut à causer un désavantage dans le chef de cette personne. En poursuivant consciemment son objectif, le fraudeur accepte donc de nuire à la victime. En outre, il n'est pas requis que le dommage se soit effectivement produit. La simple preuve (qui n'est en réalité pas si évidente) de l'intention du fraudeur de nuire ou de réaliser un gain suffit à établir l'existence d'une fraude¹⁶³.

Enfin, si la réunion de ces deux conditions est rapportée, l'application du principe *Fraus omnia corrumpit* conduit à tenir en échec les conséquences juridiques qui découlent de l'acte frauduleux et ce, en vertu du principe fondamental qu'aucun droit ne peut résulter d'un comportement frauduleux. Par conséquent, les effets juridiques de l'acte frauduleux ne peuvent être opposés ni aux parties contractantes, ni aux tiers¹⁶⁴.

88 – L'abus de droit en droit belge. Si l'interdiction d'abuser de son droit se déduisait autrefois de la fonction modératrice de la bonne foi (et de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶⁵), elle est désormais explicitement consacrée à l'article 1.10 du Code civil, qui stipule en son deuxième alinéa que « *commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances* »¹⁶⁶ et conclut par la sanction réservée à un tel comportement en son dernier alinéa. De la sorte, le législateur s'approprie la

¹⁶² La présence de manœuvre peut toutefois constituer un indice de fraude.

¹⁶³ A. Lenaerts, *op. cit.*, pp. 395-399.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 401-403 ; Cass., 18 juin 2021, R.G. n° C.20.0547.N, www.jurportal.be.

¹⁶⁵ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

¹⁶⁶ C. civ., art. 1.10, al. 2, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079.

théorie de l'abus de droit et la codifie à droit constant. Notons que s'il est certain que cette théorie est impérative, son caractère d'ordre public reste encore discutable. Le critère générique de l'abus de droit est le dépassement manifeste des limites dudit droit. L'usage du terme « manifestement » dans l'article 1.10 implique que le juge doit exercer son appréciation de manière marginale. Ceci s'explique par le pouvoir de maîtrise inclus dans le droit subjectif contrôlé, qui laisse une certaine marge de manœuvre au titulaire de ce droit. Marge de manœuvre qui est d'autant plus grande en matière de garanties autonomes. Par conséquent, pour conclure qu'un droit a été exercé de manière abusive, le juge doit observer si son titulaire en a usé d'une manière qui dépasse manifestement l'usage normal qu'en aurait fait une personne normalement prudente et raisonnable, placée dans les mêmes circonstances. Il est important que lors de son contrôle, le juge tiennent compte de toutes les circonstances de la cause, mais uniquement celles qui entourent l'exercice du droit à l'exclusion de celles qui ont conduit à la naissance de ce droit. Par ailleurs, bien que le législateur n'ait pas consacré les critères particuliers de l'abus de droit – qui ne sont autres que des expressions spécifiques du critère générique –, ceux-ci n'en demeurent pas moins pertinent. À ce titre, le législateur renvoie dans la proposition de loi à la jurisprudence constante développée par la Cour de cassation, qui fournit bon nombre de critères spécifiques, parmi lesquels on retrouve notamment l'intention exclusive de nuire, le fait d'agir sans intérêt raisonnable et suffisant, la proportionnalité, le choix par le titulaire du droit, entre différentes façon de l'exercer avec la même utilité, celle qui est la plus dommageable pour autrui, ou encore le fait pour le titulaire de tirer un avantage disproportionné par rapport aux désavantages causé à autrui. Ces critères ne sont pas exhaustifs et nous renvoyons le lecteur à la doctrine traitant plus amplement cette question. Si ces critères spécifiques sont utiles en droit commun, force est de constater qu'ils ne sont pas très adaptés à l'hypothèse des garanties autonomes, notamment en raison du caractère doublement manifeste d'application en la matière. Par exemple, il a été jugé que le fait que le bénéficiaire qui impose d'importants travaux supplémentaires et qui se rend lui-même coupable de retards n'est pas coupable d'un abus lorsqu'il fait appel à la garantie dans ces circonstances. Il en va de même pour le bénéficiaire qui fait appel à la garantie pour l'entièreté du montant, alors que le donneur d'ordre avait correctement accompli une grande partie de ses obligations. L'on comprend alors mieux pourquoi les critères spécifiques de l'abus de droit précédemment énoncés ne sont pas entièrement adéquats. J.-F. Romain relève toutefois que le critère de la proportionnalité demeure pertinent pour apprécier *a posteriori* et au fond si un appel n'est pas abusif en ce sens qu'il cause un dommage disproportionné au donneur d'ordre. De plus, si l'on considère que l'on peut clairement identifier la fonction de la garantie autonome, l'on pourrait utiliser le

critère spécifique du détournement du droit de sa finalité. Il est en effet largement admis que la garantie peut avoir diverses fonctionnalités, comme le paiement, l'indemnisation ou la sûreté. L'on pourrait également appliquer ce critère lorsque la garantie est appelée pour une opération autre que celle qui est couverte, la garantie étant ainsi détournée de sa finalité, c'est-à-dire de la transaction pour laquelle elle a été émise. En outre, les critères spécifiques n'étant pas exhaustifs, rien n'empêche les juges d'imaginer un critère propre aux garanties autonomes. Ces observations n'ont cependant pas d'écho dans la doctrine, laquelle s'efforce plutôt de résumer les différents jugements intervenus en la matière. Enfin, la sanction de l'abus de droit résulte dans la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage causé par l'abus. Cette réduction peut prendre différentes formes, comme la réduction mathématique du droit, la substitution de l'exercice choisi par un autre exercice conforme à l'article 1.10, voire la privation de de l'exercice du droit¹⁶⁷.

89 – Le caractère manifeste requis dans le cadre des garanties autonomes. Pour qu'il soit fait exception à l'appel à la garantie, il faut que la fraude ou l'abus soit manifeste. Si ce caractère peut paraître redondant au vu du degré de preuve qu'il faut rapporter pour établir la fraude, ou au vu du fait que l'abus de droit comporte déjà l'expression de ce caractère manifeste dans sa définition, il n'en est rien. Il ne faut en effet pas prendre cette exigence à la légère. Selon l'expression de M. Vasseur, quasiment systématiquement reprise par la doctrine, il faut que l'abus ou la fraude « crève les yeux », ou encore qu'il soit indiscutable, clair comme de l'eau de roche, qu'il n'y ait pas le moindre doute. L'on pourrait donc dire que nous sommes ici en présence de « manifeste au carré ». Certains auteurs (M. Delierneux, C. Martin et J.-F. Romain) constatent toutefois que les juges ont tendances à appliquer ces exceptions à l'exécution de la garantie de manière assouplie, fonctionnant plus à l'intuition que sur base d'une application strict et rigoureuses des principes imposés dans le contexte particulier des garanties autonomes¹⁶⁸. En matière de garantie, l'adage veut en effet que le banquier paie d'abord et réclame ensuite, seule les cas les plus manifestes permettant de justifier le refus du paiement. De plus, la doctrine souligne également que les décisions rendues en la matière sont assez

¹⁶⁷ S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droit dans le livre 1^{er} du Code civil » in *Le livre 1^{er} du Code civil : dispositions générales* (dir. P. WÉRY et E. DIRIX), Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 335-382 ; P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1, op. cit.*, pp. 141-150 ; J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 31-33 et 41-44 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, pp. 435-436 ; Civ. Bruxelles, 11 avril 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 193 ; Paris, 2 mars 1990, *D.*, 1990, *Somm.*, p. 209 (dans D. BLOMMAERT, *op. cit.*, p. 436).

¹⁶⁸ À ce sujet, les auteurs concluent également que la jurisprudence belge se montre plus stricte que la jurisprudence française.

disparates. Le juge considérant tantôt un appel manifestement abusif, rejetant tantôt une requête similaire, aucune ligne directrice ne semble s'imposer en la matière¹⁶⁹.

90 – Différents cas de fraude et d'abus manifeste. L'appréciation du caractère manifestement frauduleux ou abusif de l'appel est une question d'espèce, qui se tranche au cas par cas. Cette dernière ne se laisse donc pas facilement théoriser et il vaut mieux l'illustrer par le truchement de cas concrets :

Les appels suivants ont été retenus par la jurisprudence comme étant manifestement frauduleux ou abusifs (les termes abusifs et frauduleux sont ici utilisés de manière interchangeable, car les juges ne font pas la différence et qu'il convient donc d'éviter la lourdeur qu'emporte la formule complète). Ainsi, l'appel du bénéficiaire qui souhaite obtenir l'exécution de la garantie pour une opération autre que celle qui est couverte par le garant est frauduleux. C'est par exemple le cas lorsqu'il existe plusieurs contrats entre les parties, mais que seul(s) un ou plusieurs contrats sont visés par la garantie autonome et que le donneur d'ordre fait appel à celle-ci pour l'un des contrats non couverts. Également abusive sera la demande de paiement formulée nonobstant la preuve indiscutable de la bonne exécution des obligations du contrat par le donneur d'ordre, préalablement rapportée. En d'autres termes, le contrat a été entièrement et correctement exécuté et le bénéficiaire a lui-même validé l'opération ou sa bonne fin est attestée par un expert judiciaire ou un mandataire. Il en va de même lorsque l'opération sous-jacente ne peut se dérouler pour des faits qui sont manifestement étrangers au donneur d'ordre et imputables au bénéficiaire. Une quatrième hypothèse de refus concerne l'appel formulé uniquement pour des motifs politiques extérieurs au marché. L'on pense ici à l'appel fait aux contre-garanties dans le cadre du conflit entre les États-Unis et l'Iran. Un examen sommaire des faits par le président du tribunal de commerce de Bruxelles¹⁷⁰ avait effectivement fait apparaître que les appels résultaient d'une circulaire établie par la banque centrale iranienne qui visait l'ensemble des

¹⁶⁹ J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 41-42 ; M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 1744-1746 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 593-594 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 273-274 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, pp. 700-701 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 371-373 ; A. DESPONTIN, *op. cit.*, pp. 620-621 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 147-148 ; S. JONCKHEERE et L. LUYTEN DE ALVEAR, « Exemple très spécifique de l'exception qu'est l'appel manifestement abusif à une garantie autonome. L'autonomie ne s'applique-t-elle que dans la mesure stipulée entre les parties ? », note sous Bruxelles, 25 février 2021, *R.D.C.*, 2021/3, pp. 321-324 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, pp. 435-437 ; Bruxelles (9^e ch.), 25 février 2021, *J.L.M.B.*, 2022/39, p. 1733 ; Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, p. 19 ; Comm. Liège (prés.), 2 juillet 2002, *R.D.C.*, 2004/2, p. 183 ; Com. Bruxelles, 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 850.

¹⁷⁰ Il faut toutefois nuancer l'approche belge avec les décisions américaines et finlandaises, bien que les circonstances des causes ne soient pas en tout point similaires (voy. Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 145-146).

banques américaines et qui n'était pas motivée par des considérations liées à l'exécution des contrats, mais plutôt par la nationalité (américaine) des garants. De manière générale, un appel formulé pour des raisons étrangère à l'opération sous-jacente sera considéré comme abusif. C'est le cas lorsque le bénéficiaire fait appel à la garantie pour faire pression sur le donneur d'ordre afin d'obtenir des avantages supplémentaires¹⁷¹.

En revanche, lorsque le donneur d'ordre s'oppose au paiement de la garantie pour des raisons relatives au comportement du bénéficiaire dans le cadre du contrat de base, le juge autorisera vraisemblablement l'exécution de la garantie. Par exemple, le fait que le bénéficiaire soit supposément débiteur de dommages et intérêts ne justifie pas le refus de l'appel, ni le fait que le bénéficiaire ait imposé d'importants travaux supplémentaires et se soit lui-même rendu coupable de retards. Le fait que le montant réclamé est disproportionné au vu de l'accomplissement par le donneur d'ordre d'une grande partie de ses obligations ne rend pas non plus l'appel abusif. La même issue sera de mise lorsque le donneur d'ordre fait valoir que le bénéficiaire appelle la garantie pour son montant total, alors que sa créance n'est admise provisoirement au redressement judiciaire du donneur d'ordre que pour un montant inférieur. En conclusion, si certaines de ces argumentations peuvent mettre en lumière le caractère potentiellement abusif ou frauduleux de l'appel (et encore), il est certain qu'il n'est en aucun cas manifeste¹⁷².

91 – L'attitude du garant. Confronté à une demande de paiement du bénéficiaire, le garant doit d'abord vérifier que les conditions stipulées par la garantie sont bien réunies. Ensuite, s'il apparaît *prima facie*, sans qu'aucune investigation supplémentaire ne soit requise, que l'appel est manifestement frauduleux ou abusif, le garant doit refuser de s'exécuter, sous peine de se rendre complice de la manœuvre. Ce dernier est toutefois mal placé pour apprécier le caractère frauduleux/abusif ou non de l'appel. Il dispose en effet de peu ou pas de documents et il ne peut, en raison du principe de stricte neutralité (bancaire, le cas échéant) se baser sur les allégations du donneur d'ordre ou sur des pièces que celui-ci lui communiquerait unilatéralement. Le garant n'a en effet pas à s'immiscer dans les rapports entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, et encore moins à s'en faire le juge. Si le garant considère que l'appel est valable, le donneur d'ordre peut encore saisir le président du tribunal de l'entreprise en référé

¹⁷¹ Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 142-146 ; J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 35-39 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 595-596 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, pp. 436-438 ; B. MICHAUX et P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 701.

¹⁷² *Ibid.*

afin de demander qu'il prononce l'interdiction de s'exécuter dans le chef du garant. Une partie de la doctrine prônait à cet égard une conception restrictive des pouvoirs d'appréciation du juge de référés, selon laquelle celui-ci devait se mettre à la place du banquier. La position extensive, défendue par une doctrine plus récente, l'a emporté. Selon celle-ci, le juge doit se livrer à une réelle analyse *prima facie* de l'intégralité de l'opération, ordonnant la production de documents ou la réalisation de mesure d'instructions compatibles avec l'urgence de l'affaire pour asseoir sa conviction, si nécessaire¹⁷³.

92 – Cas particulier de la contre-garantie. Bien que cette étude se concentre principalement sur la garantie autonome vue sous l'angle de la relation tripartite, l'on ne peut ignorer les nombreuses garanties s'inscrivant dans une relation quadripartite, faisant intervenir un garant et un contre-garant (voy. *supra* n°7). Dans ce cadre, comment s'apprécie le caractère manifestement frauduleux ou abusif de l'appel à la garantie ? Deux observations préliminaires s'imposent. D'une part, il convient de rappeler que la garantie et la contre garantie sont autonomes l'une par rapport à l'autre. D'autre part, l'abus ou la fraude manifeste ne libère le garant que si celui-ci émane de la personne envers laquelle il s'est engagé. En ce qui concerne la relation quadripartite, le contre-garant s'engage envers le garant, lequel s'engage à son tour envers le bénéficiaire. Il faut donc non seulement que l'appel du bénéficiaire soit abusif ou frauduleux, mais encore que l'appel à la contre-garantie partage ce caractère. En pratique, il faudra donc démontrer la collusion entre le garant et le bénéficiaire. Plus précisément, il y aura collusion chaque fois que le garant a connaissance ou ne peut légitimement ignorer – en sa qualité de garant normalement prudent et raisonnable – le caractère manifestement frauduleux ou abusif de l'appel à la garantie, mais qu'il décide néanmoins d'appeler la contre-garantie, permettant ainsi la concrétisation de la fraude ou de l'abus. Si cette condition a d'abord été affirmée et développée par les juges français¹⁷⁴, la jurisprudence belge n'a pas tardé à suivre, notamment avec une ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce de Bruxelles le 26 mai 1988¹⁷⁵, qui s'est aligné à la jurisprudence française en dégagant les mêmes principes. Cette position n'est cependant pas unanimement partagée. C'est le cas de la Cour de Genève, qui après un revirement de jurisprudence considère désormais que l'on ne peut exiger

¹⁷³ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 374 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 594 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, p. 274 ; A. DESPONTIN, *op. cit.*, pp. 620-621 (**se prononcent contre le pouvoir d'investigation du juge** C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 594, et Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 151-153).

¹⁷⁴ Cass. française, 12 décembre 1984, *D.*, 1985, p. 269 ; Cass. française, 11 décembre 1985, *J.C.P.*, 1986/2, p. 20593 ; Paris, 25 mai 1983, *D.I.R.*, 1983, p. 484 (dans C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 603-604).

¹⁷⁵ Comm. Bruxelles, 26 mai 1988, *J.T.*, 1988, p. 460.

la collusion du garant en plus des manœuvres frauduleuses du bénéficiaire. Quelle approche doit alors prévaloir ? En ce qui concerne la doctrine belge, celle-ci se situe en faveur du premier courant. Plus récemment, la cour d'appel de Liège confirme dans un arrêt datant du 16 octobre 2007 que la collusion entre le bénéficiaire et le garant est requise pour que l'appel à la contre-garantie soit jugé abusif ou frauduleux¹⁷⁶.

Chapitre 3. Les différents recours des intervenants

93 – Le recours du garant après paiement. Le fondement du recours du garant se trouve dans le contrat d'ouverture de crédit de signature qui le lie au donneur d'ordre (voy. *supra* n°6). En général, le garant (dans cette hypothèse une banque) débitera d'initiative le donneur d'ordre du montant qu'il a payé au bénéficiaire, éventuellement majoré d'intérêts. Il peut toutefois se voir opposer un refus par le donneur d'ordre lorsqu'il paie en passant outre une interdiction judiciaire, lorsqu'il paie en méconnaissance des termes de la garantie (par exemple lorsque les conditions ne sont pas réunies) ou encore lorsque le garant s'exécute alors qu'il ne pouvait légitimement ignorer que l'appel était manifestement frauduleux ou abusif. Dans ce troisième cas, il ne suffit donc pas que l'appel ait été jugé manifestement frauduleux ou abusif pour que le garant voit sa responsabilité engagée, en ce sens qu'il se peut que l'abus ou la fraude manifeste n'apparaisse qu'à la suite d'un examen plus étendu de l'espèce, auquel le garant ne peut pas forcément se prêter au vu du nombre limité d'éléments qu'il a à sa disposition. Enfin, si le garant a donné suite à un appel injustifié, il peut demander remboursement au bénéficiaire à condition de prouver ce caractère injustifié¹⁷⁷.

¹⁷⁶ C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 603-604 ; Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, pp. 153-157 ; J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 39-41 ; W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 379-383 ; A. TOUSSAINT, *op. cit.*, pp. 275-276 ; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, pp. 438-439 ; Liège, 16 octobre 2007, *R.D.C.*, 2009, p. 43. **Semble toutefois juger en sens contraire** le juge du tribunal de commerce de Liège, considérant qu'il ne faut pas rapporter la preuve d'une collusion. Ce dernier a toutefois basé sa décision sur le fait que le contre-garant ne pouvait ignorer le caractère manifestement abusif, sinon frauduleux de l'appel à la contre-garantie (Comm. Liège (prés), 2 juillet 2002, *R.D.C.*, 2004/2, p. 183). Dès lors, l'on peut pourrât concilier cette décision avec l'arrêt du 16 octobre précité, en ce sens qu'il ressort des faits que ni le garant, ni le contre-garant ne pouvaient ignorer le caractère manifestement abusif de la demande du bénéficiaire. Le juge rejetterait donc l'exigence d'une collusion *frauduleuse*, les conditions de la collusion paraissant réunies en l'espèce (au sujet de la collusion frauduleuse voy. Y. POULLET, ouvrage précité, pp. 153-157).

¹⁷⁷ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, pp. 387-389 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 604-605 ; M.-D. WEINBERGER, note sous Liège, 13 mars 2007, *R.D.C.*, 2009/1, pp. 39-42 ; Cass., 28 juin 2012, *R.G.D.C.*, 2014/1, p. 31.

94- Le recours du donneur d'ordre après paiement. Si le donneur d'ordre ne peut refuser de rembourser le garant pour l'une des raisons exposées ci-dessus, il peut encore se retourner contre le bénéficiaire en réclamant la réparation du préjudice causé par un appel non-fondé, à condition de démontrer cette absence de fondement¹⁷⁸.

Conclusion

95 – Conclusion. En conclusion, l'on peut affirmer qu'en ce qui concerne la définition de la garantie autonome, la doctrine est assez d'accord et la jurisprudence offre une application assez constante des principes en la matière. Particulièrement, le caractère autonome et abstrait et le caractère littéral, qui amène son originalité et sa nouveauté à la garantie et qui sont les plus susceptibles de soulever une controverse, sont bien reçus.

En revanche, la question de la qualification des garanties autonomes soulève plus de débats. Au terme de notre analyse, nous avons conclu que les termes « à première demande » ne constituent pas une « formule magique » et n'impliquent pas nécessairement l'existence d'une garantie autonome. Reste à voir si la jurisprudence suivra cet enseignement doctrinal. La pratique vient également semer le trouble lorsqu'il faut interpréter les termes de la lettre de garantie en vue de qualifier l'engagement du garant, par l'adoption de clauses ambiguës. Celles-ci font de la sûreté dont il est question un oiseau étrange, à mi-chemin entre le cautionnement et la garantie autonome. Bien que l'idée soit de faire un compromis entre les intérêts opposés des deux parties au contrat de base, ce n'est pas souhaitable car au final, un texte mal rédigé ne profitera à personne. Les deux parties seront ainsi obligées de défendre chacune leur point de vue respectif, sous peine de se voir imposer les termes peu avantageux du cocontractant. Dès lors, elles risquent de se perdre dans un litige plutôt que de poursuivre leurs transactions. En procédant de la sorte, elles se remettent aussi à l'appréciation finale du juge, se privant ainsi de l'élément de prévisibilité dans leur opération sous-jacente, ce qui est peu souhaitable. Selon G. Bosman, il vaut mieux s'en tenir à un texte clair et concis, en suivant les recommandations énoncées par l'article 8 des URDG 758 ainsi que les PISDG.

L'exécution de la garantie, quant à elle, soulève plus de questions. En premier lieu, la définition de la fraude et de l'abus constitue déjà une première difficulté. Notons que les URDG 758 restent silencieuses à ce sujet. Consciente que cette question est plus controversée, la CCI laisse

¹⁷⁸ W. DAVID et M. GOFFART, *op. cit.*, p. 390 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 605.

ces concepts aux différents droits nationaux. Sans surprise, la fraude et l'abus varient d'un ordre juridique à l'autre et il est donc difficile d'y pourvoir une application uniforme. L'exécution de la garantie dépend alors fortement du droit qui lui est applicable, d'où l'importance d'être attentif à cela ainsi qu'aux clauses de choix de loi qui peuvent figurer dans l'acte de garantie. D'autre part, les notions de droit commun de fraude et d'abus ne sont que moyennement adaptées au contexte des garanties autonomes, comme le relève J.-F. Romain¹⁷⁹. Il serait donc intéressant de créer ou de dégager des définitions autonomes de la fraude et de l'abus, adéquates au contexte des garanties. L'idée suggérée n'est pas de faire un compromis entre les différentes notions de fraude et d'abus propres à chaque pays, mais plutôt d'identifier des notions qui se dégagent de la pratique des garanties. L'on conçoit toutefois que c'est une tâche peu aisée, en ce sens que ces notions, même dans le cadre des garanties autonomes, sont tributaires du droit national.

Une autre difficulté mise en évidence par l'analyse des exceptions à l'exécution de la garantie concerne la portée avec laquelle l'automatisme de la garantie doit jouer. Il est important de rappeler ici le caractère irrévocable et autonome propre au mécanisme. S'il est important que le donneur d'ordre ne soit pas à l'entière merci du bénéficiaire, il ne faut pas perdre de vue que le but de la garantie est de remplacer le dépôt de sommes. L'on comprend donc mieux pourquoi le principe directeur en matière d'appel à la garantie est « payer d'abord, réclamer ensuite ». Les mêmes auteurs soulignent toutefois qu'une fois le paiement exécuté par le garant, il est en pratique peu probable que le donneur d'ordre (ou le garant, s'il a payé alors que l'appel était injustifié) revoie la couleur de son argent, si l'on peut dire. Si cela peut sembler injuste pour le donneur d'ordre, il convient de préciser que par l'émission d'une garantie, le donneur d'ordre accepte de supporter le risque d'un appel abusif. D'un autre côté, la doctrine déplore le manque de rigueur des juges lorsqu'il faut apprécier le caractère frauduleux ou abusif de l'appel, entravant l'automatisme avec laquelle la garantie est censée jouer. À cet égard, les *smart contracts*, basés sur la technologie de la *blockchain*. En très bref, « *Le smart contract est un programme informatique dont l'exécution est automatisée, conformément aux instructions logicielles et algorithmiques inscrites dans la chaîne de blocs, et dont la fonction consiste à accomplir, sans intervention humaine, certaines opérations en lien avec l'exécution ou la dissolution d'un contrat, suivant la structure if this... then that...* »¹⁸⁰. Dès lors, l'on pourrait

¹⁷⁹ J.-F. Romain, « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *op. cit.*, pp. 41-44.

¹⁸⁰ Y. POULLET et H. JACQUEMIN, « Blockchain : une révolution pour le droit ? », *J.T.*, 2018, pp. 801-819.

envisager l'application d'une telle innovation dans le cadre de garanties simples. La soumission d'un document attestant la bonne exécution de ses obligations par le donneur d'ordre (document attestant la livraison des biens, la réception des travaux, ...) ou la même constatation introduite dans le système par une personne habilitée, entraînerait automatiquement le paiement de la garantie. Il va sans dire qu'on ne peut imaginer l'utilisation de *smart contracts* que pour des garanties et des opérations relativement simples¹⁸¹.

Enfin, nous proposons quelques observations au sujet de la proposition de loi. Bien qu'elle soit actuellement caduque, elle garde sa pertinence en ce sens qu'il est probable qu'elle soit soumise à nouveau et ce, dans les mêmes termes. Si la proposition a le mérite de bien définir la garantie autonome et de la distinguer clairement du cautionnement, il semble qu'elle soit trop détaillée et exhaustive aux yeux des praticiens. G. Bosman fait valoir que cela risque d'être préjudiciable dans la sphère internationale. Les parties n'aiment en effet pas un droit national (trop détaillé) qu'elles ne connaissent pas et dont elles ne peuvent prévoir les conséquences. La simple connaissance de cette réglementation dans le chef d'une partie étrangère risque donc de causer un désavantage concurrentiel pour les banques belges qui émettent ces garanties. L'on peut donc s'attendre qu'il serait plus fréquemment exigé que la garantie soit soumise à un droit étranger (principalement anglais ou américain), ce qui selon G. Bosman amène plus d'insécurité pour les entreprises belges qu'une législation trop peu détaillée. Enfin, les URDG 758 ne réglant pas tous les aspects de la garantie, se pose la question de savoir si le renvoi à ces dernières dans l'acte de garantie permet d'écarter toutes les dispositions supplétives belges, ou uniquement celles avec lesquelles les URDG rentrent en concurrence ? En conclusion, G. Bosman plaide pour une législation plus simple et plus ouverte, à l'image du droit français¹⁸².

En conclusion, nous espérons avoir apporté quelques éclaircissements au sujet des garanties autonomes, de la définition du mécanisme et de son application. Malheureusement, cette sûreté s'inscrivant principalement dans un cadre international, la jurisprudence belge n'est pas foisonnante. De plus, dans un tel contexte, le mode préféré de résolution de conflit est l'arbitrage, dont il est difficile de trouver des décisions en raison de son caractère confidentiel (bien que la CCI entame un processus de publication de ses décisions). La doctrine, plus fournie, fut cependant d'une grande aide¹⁸³.

¹⁸¹ Pour plus de développements au sujet de l'utilisation de *smart contracts* dans le cadre d'une garantie autonome, voyez la réponse donnée par G. BOSMAN juriste à la KBC et auteur (annexe 3).

¹⁸² Annexe 3, entretien avec G. BOSMAN, juriste à la KBC et auteur.

¹⁸³ A. TOUSSAINT, *op. cit.*, p. 281.

Bibliographie

Législation

§1. Législation européenne

Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 4, 7 et 35, *J.O.*, L. 351, 20 décembre 2012.

Règlement (CE) No 593/2008 Du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 3 et considérant 13, *J.O.*, L. 177, 4 juillet 2008.

§1. Législation belge

C. civ., art. 5.19, 5.27, 5.53, 5.54, 5.56, 5.64, 5.66, 5.68, 5.57, 5.125, 5.126, 5.254 et 5.255, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082.

C. civ., art. 1.3 , 1.5, 1.10, 1.11, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079.

C. civ., art. 8.17, *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46353.

Loi 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, art. 105, *M.B.*, 27 juillet 2004, p. 57344.

Proposition de loi portant le Livre 5 "Les obligations" du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001

Projet de loi portant le livre 1er "Dispositions générales" du Code civil, *Doc. parl.* Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n°55-1805/001

Proposition de loi portant le titre 1^{er} « les sûretés personnelles » du livre 9 « Les sûretés » du Code civil, *Doc. parl.*, sess. ord. 2023-2024, N°55-3825/001

§3. Législation française

C. civ. fr., art. 2321, al. 1.

§3. Droit non-étatique

« Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande et formulaires-types. Révisions 2010 », *ICC services*, 2010.

Jurisprudence

Cass., 18 juin 2021, R.G. n° C.20.0547.N, www.jurportal.be.

Cass. 28 juin 2019, R.G. n° C.18.0410.N/3, www.jurportal.be

Cass. 6 avril 2017, R.G. n° C.16.0281.F/1, www.jurportal.be

Cass., 16 novembre 2015, R.G. n° S.14.0097.F, www.jurportal.be

Cass., 28 juin 2012, R.G. n° 11.0723.N, www.jurportal.be et

Cass., 28 juin 2012, *R.G.D.C.*, 2014/1, p. 31.

Cass. (3^{ème} ch.), 10 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012/2, n° 1116, p. 21

Cass. 24 avril 2009, R.G. n°07.0379.N/11, www.jurportal.be

Cass., 29 avril 2002, R.G. n°S.01.0035.F, www.jurportal.be

Cass., 9 septembre 2005, *R.G.D.C.*, 2007/7, p. 432

Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, p. 962

Cass. française, 11 décembre 1985, *J.C.P.*, 1986/2, p. 20593 (dans C. MARTIN et M. DELIERNEUX, ouvrage cité, pp. 603-604)

Cass. française, 12 décembre 1984, *D.*, 1985, p. 269 (dans C. MARTIN et M. DELIERNEUX, ouvrage cité, pp. 603-604)

Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

Cass. 18 décembre 1974, *Pas.* 1975, I, p. 425.

Cass., 23 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 649.

Cass., 13 novembre 1953, *Pas.* 1953, p. 190

Bruxelles (9^e chambre), 25 février 2021, *J.L.M.B.*, 2022/39, p. 1734.

Bruxelles, 11 avril 2019, R.G. n° 2013/AR/621, inédit (voir W. DAVID et M. GOFFART, ouvrage cité, p. 357)

Gand, 1^{er} juin 2017, *R.D.C.*, 2018, p. 381

Bruxelles, 3 avril 2015, R.G. n°2009/AR/1521, inédit, dans W. DAVID ET M. GOFFART, ouvrage cité, pp. 313-314.

Bruxelles (9^e ch.), 5 novembre 2015, *D.A.O.R.* , 2016, p. 81

Bruxelles, 29 juin 2010, *R.D.C.*, 2012/4, p. 348

Bruxelles (9^e ch.), 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/39, p. 1867.

Bruxelles, 21 mars 2008, *R.D.C.*, 2010/2, p. 141.

Liège, 16 octobre 2007, *R.D.C.*, 2009/1, p. 45.

Bruxelles, 24 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 69

Liège, 8 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000/39, p. 1680

Liège, 24 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 734-735.

Comm. Bruxelles, 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 850

Bruxelles, 26 juin 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 52.

Paris, 2 mars 1990, *D.*, 1990, Somm., p. 209 (dans D. BLOMMAERT, *op. cit.*, p. 436).

Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 29.

Bruxelles, 3 avril 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 475.

Bruxelles (2^e ch.) 18 décembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 358.

Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, p. 19

Anvers, 1^{er} juin 2017, *R.D.C.*, 2018/4, p. 382

Comm. Liège (prés.), 20 août 2015, R.G. n° C/15/00026, inédit (dans W. DAVID et M. GOFFART, op. cit., pp. 356-357)

Comm. Bruxelles, 16 juin 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 759

Comm. Louvain, 18 mai 2004, *R.D.C.*, 2006/1, p. 106

Comm. Liège (prés.), 2 juillet 2002, *R.D.C.*, 2004/2, p.188

Comm. Bruxelles, 11 février 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 727.

Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1073.

Comm. Bruxelles, 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 853

Civ. Verviers (réf.), 8 février 1996, *R.D.C.* 1997/12, p. 781

Comm. Namur, 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 812.

Comm. Charleroi (1^{ère} ch.), 8 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 892.

Civ. Bruxelles, 11 avril 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 193

Paris, 25 mai 1983, *D.I.R.*, 1983, p. 484 (dans C. MARTIN et M. DELIERNEUX, ouvrage cité, pp. 603-604)

Comm. Bruxelles (prés), 26 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 449 et *J.T.*, 1988, p. 460.

Liège, 22 novembre 1979, *J.L.*, 1980, p. 1.

Doctrine

§1. Monographies

GRÉGOIRE M., *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

POULLET Y., *Les garanties bancaires dans le commerce international : analyse économique d'un phénomène juridique*, 1981.

VAN OMMESLAGHE P., *Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

WÉRY P., *Droit des obligations – Volume 1*, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021.

§2. Ouvrages collectifs

BENZIDI S. et LEGRAND C., « L'interprétation, la qualification et les effets du contrat » in *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats* (sous la dir. R. JAFFERALI), Bruxelles, Larcier, 2022.

BLOMMAERT D., « Les opérations de crédit » in *Traité pratique du droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 2016.

BOSMAN G. et VANDEVELDE A., « Garantie bancaires à première demande » in *Modèles et commentaires en français traduits de "Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven"*, Kluwer, Malines, 2022.

COLLE P., « Actualia garanties op eerste verzoek » in *Van alle markten - Liber Amicorum Eddy Wymeersch* (dir. Instituut Financieel Recht), Bruxelles, Intersentia, 2008.

DAVID W. et GOFFART M., « Titre 2 – La garantie autonome » in *Tome V – Les sûretés, privilèges et hypothèques – Volume 1 – Les garanties tangentiellles* (dir. GRÉGOIRE M.), Bruxelles, Bruylant, 2020

FALLON M., « Le clair-obscur du droit applicable aux garanties à première demande » in *L'actualité des garanties autonomes*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

GEORGE F., « 6. - Objet, cause et régime des nullités » in *La réforme du droit des obligations* (dir. Derval TH et al.), Bruxelles, Larcier, 2023.

HOUBEN M. et VANHOUDENHOVEN A., « Titre 1. Le cautionnement » in *Tome V – Les sûretés, privilèges et hypothèques – Volume 1 – Les garanties tangentiellles*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

JAFFERALI R., « 4. - La formation dynamique du contrat » in *La réforme du droit des obligations* (sous la dir. TH. Derval et al), Bruxelles, Larcier, 2023.

JAFFERALI R., « 9. - La durée du contrat » in *La réforme du droit des obligations* (dir. Derval TH. et al.), Bruxelles, Larcier, 2023.

LENAERTS A., « Article 1.11 du Code civil : « intention de nuire ». Consécration légale du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* » in *Le livre premier du Code civil : dispositions générales* (dir. WÉRY P. et DIRIX E.), Bruxelles, Larcier, 2024.

MICHAUX B. et PROESMANS P., « les garanties bancaires autonomes » in *Droit bancaire et financier* (dir. GREGOIRE M. et DE FRANCQUEN V.), Bruxelles, Larcier, 2022.

PISSOORT, W. et SAERENS, P., *Droit commercial international*, Bruxelles, Larcier, 2012.

POULLET Y., « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement » in *L'actualité des garanties à première demande Actualia inzake garanties op eerste verzoek*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

PROESMANS P., « Chapitre 6 – Le crédit documentaire » in *Droit bancaire et financier*, Bruxelles, Larcier, 2022.

PRÜM A., « Pratiques et réglementations internationales des garanties à première demande » in *L'actualité des garanties à première demande*, Bruxelles, Bruylant, 1997

ROMAIN J.-F., « 7. - Volonté (bonne) des parties et bonne foi dans le nouveau Code civil » in *La réforme du droit des obligations* (dir. Derval Th. et al.), Bruxelles, Larcier, 2023.

SIMONT L., « Garanties indépendante au cautionnement (interprétation des textes des garanties » in *L'actualité des garanties à première demande. Actualia inzake garanties op eerste verzoek*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

STIJNS S. et AUVRAY F., « Abus de droit dans le livre 1^{er} du Code civil » in *Le livre 1^{er} du Code civil : dispositions générales* (dir. WÉRY P. et DIRIX E.), Bruxelles, Larcier, 2024.

TOUSSAINT A., « La garantie indépendante : chronique de jurisprudence (2007-2018) » in *Actualité en droit des contrats spéciaux* (sous la dir. de F. GEORGE et P. WERY), Limal, Anthemis, 2019

VAN MEERBEECK, J., « L'objet, la cause et la nullité » in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats* (dir. JAFFERALI R.), Bruxelles, Larcier, 2022.

WÉRY P., « 3- Les notions d'obligation, de contrat et d'acte juridique unilatéral dans le nouveau Code civil : une évolution et non une révolution » in *La réforme du droit des obligations* (dir. Derval Th. et al.), Bruxelles, Larcier, 2023.

§3. Périodiques

BERNAERT K., note sous Bruxelles, 21 mars 2008, *R.D.C.*, 2010/2, pp. 144-147.

BOSMAN G., « De Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758) van de Internationale Kamer van Koophandel opnieuw bekeken. Capita Selecta », *D.B.F.-B.F.R.*, 2017/1, pp. 42-50.

BUYLE J.-P. et DELIERNEAUX M., note sous Comm. Bruxelles, 11 décembre 2001, *R.D.C.*, 2003, pp. 60-63.

BUYLE J.-P. et DELIERNEAUX M., note sous X, *R.D.C.*, 2000, pp. 735-737

CLAESENS C. et BUYLE J.-P., « Autonoom en abstract karakter van de bankgarantie op eerste verzoek : een tweesnijdend zwaard », note sous Bruxelles, 28 janvier 2019, *D.B.F.-B.F.R.*, 2019/6, p. 305.

D'ARGENT P., « Contrôle de conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international belge : à propos du jugement d'annulation du 18 février 2022 dans l'affaire *Manchester Securities Corp. V. Poland* », note sous Civ. Bruxelles fr., 18 février 2022, *b-Arbitra*, 2022/2, pp. 403-406.

DELIERNEUX M. et CENTNER C., « 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 », *R.D.C.-T.B.H.*, 2011/3, pp. 215-237.

DELIERNEUX M., « Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003) », *D.B.F.-B.F.R.*, 2003/6, p. 343.

DESPONTIN A., « Les exceptions à l'appel à la garantie bancaire à première demande », *J.T.*, 2014/32, n° 6576, pp. 618-621.

GOFFART M., « La garantie autonome : tout est dans la lettre de garantie mais jusqu'à une certaine limite ... », note sous Bruxelles, 25 février 2021, *J.L.M.B.*, 2022/39, pp. 1737-1746

HÜRNER T., « Limite à l'exécution des garanties à première demande : l'abus ou la fraude manifestes », note sous Civ. Bruxelles fr., 15 mars 2018, *D.B.F. – B.F.R.*, 2020/1, pp. 22-24.

JONCKHEERE S. et LUYTEN DE ALVEAR L., « Exemple très spécifique de l'exception qu'est l'appel manifestement abusif à une garantie autonome. L'autonomie ne s'applique-t-elle que dans la mesure stipulée entre les parties ? », note sous Bruxelles, 25 février 2021, *R.D.C.*, 2021/3, pp. 321-324.

MARQUETTE V. et BRAUN S., note sous X, *R.D.C.*, 2012/4, pp. 350-356.

MARTIN C. et DELIERNEUX M., « les garanties bancaires autonomes », in *R.P.D.B.*, complément, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 552 et s.

NORDIN E., « Het abstract, autonoom en letterlijk karakter van de bankgarantie op eerste verzoek », *R.W.*, 2010-2011/31, pp. 1282 et s.

POULLET P. et JACQUEMIN H., « Blockchain : une révolution pour le droit ? », *J.T.*, 2018, pp. 801-819.

ROMAIN J.-F., « La fraude et l'abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *D.B.F.-B.F.R.*, 2002/1, pp. 36-37

ROMAIN J.-F., « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes à première demande », *R.G.D.C.*, 1989, p. 429 et s.

STEENNOT R., « Het letterlijk karakter van de bankgarantie », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/4, p. 384

TOBBACK K., « Is borgtocht 'op eerste verzoek' een borgtocht of een garantie? De grens van het accessoir karakter van de borgtocht », note sous Bruxelles, 25 avril 2005, *R.A.B.G.*, 2007/1, pp. 28-38

WATTÉ N. et JAFFERALI R., « Règles générales du droit international privé belge et européen », *Rép. not.*, T. XVIII, *Droit international privé*, Livre 1, Bruxelles, Larcier, 2019, n°164.

WAUTELET, P., « Forumbedingen in autonome bankgaranties: tussen zekerheid en relativiteit », *BFR/DBF*, 2014/1-2, pp. 71-83.

WEINBERGER M.-D., note sous Liège, 13 mars 2007, *R.D.C.*, 2009/1, pp. 39-42.

WÉRY P., « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, T. IV, *Les obligations*, Livre 1/1, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 69.

WÉRY P., « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *J.T.*, 2018/26, n° 6738, p. 577-579

X, note sous Civ. Verviers (réf.), 8 février 1996, *R.D.C.* 1997/12, pp. 787-788

Annexes

Annexe 1. Exemples d'une garantie de paiement

(G. Bosman et A. Vandeveld, « Garanties bancaires à première demande » in *Modèles et commentaires en français traduits de « Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven »*, validé par l'auteur le 1 mai 2024).

GARANTIE DE PAIEMENT N°X

« Au nom de: ..., ci-après dénommé 'le donneur d'ordre'

En faveur de: ..., ci-après dénommé 'le bénéficiaire'

Pour un montant de: ..., ci-après dénommé 'le montant'

Attendu que:

- entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre un contrat avec référence X301/2022 a été conclu le 31/03/2022 relatif à l'achat par le donneur d'ordre et la livraison et la construction par le bénéficiaire d'une presse à imprimer sur mesure
- ce contrat prévoit que le donneur d'ordre est tenu de déposer en faveur du bénéficiaire une garantie de paiement égale au montant susmentionné aux fins de garantir la bonne exécution des obligations de paiement contractées par le donneur d'ordre,

nous, ..., avec siège à ..., RPM ..., TVA BE ..., sans pouvoir faire valoir la moindre exception inspirée de la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, nous nous engageons à payer le bénéficiaire au maximum le montant susmentionné, sur base de la demande écrite du bénéficiaire dans laquelle il déclare que le donneur d'ordre n'a pas rempli ses engagements de paiements susmentionnés, accompagné d'une copie de la facture correspondante restée impayée.

La présente garantie prend effet ce jour et reste valable jusqu'au 15/07/2023 (15 Juillet 2023; « date d'expiration ») peu importe que l'original de la garantie nous ait ou non restitué.

Pour être valable, toute demande de paiement accompagnée par la déclaration et le document susmentionnés, doivent nous parvenir au plus tard à la date d'expiration et seront envoyées par

lettre recommandée ou par courrier spécial (DHL, Fedex, ...) à l'adresse: ... et à l'attention de:
....

La demande écrite du bénéficiaire ne sera considérée comme valable que si elle nous parvient par l'intermédiaire du banquier du bénéficiaire qui confirme l'authenticité et la validité de la/des signature(s).

Le montant de la présente garantie se réduira automatiquement par tout paiement effectué par nous au titre de cette garantie.

La présente garantie est régie par la législation belge. Tous différends pouvant en découler seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux compétents dans le ressort desquels est situé le département garanties précité.

Fait à ..., le ...”

Annexe 2. Exemples de clauses spécifiques de garanties autonomes

(G. Bosman et A. Vandeveld, « Garanties bancaires à première demande » in *Modèles et commentaires en français traduits de « Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven »*, validé par l’auteur le 1 mai 2024).

2.1. Garantie de remboursement d’avance – URDG 758 s’appliquent

« Considérant que:

- un contrat, portant la référence ... et relatif à ..., ci-après désigné par ‘le contrat’, a été conclu le ... entre le bénéficiaire et le donneur d’ordre,
- selon les termes de ce contrat, le bénéficiaire versera au donneur d’ordre une avance égale au montant de la garantie, à savoir ...% du montant total du contrat,
- le donneur d’ordre est tenu de déposer une garantie pour le remboursement de l’avance,

Le garant s’engage, sans pouvoir se prévaloir de la moindre exception inspirée de la relation entre le bénéficiaire et le donneur d’ordre, à verser au bénéficiaire le montant de la garantie, sans plus, à la demande écrite et conforme de celui-ci. La demande portera la signature originale du bénéficiaire et sera accompagnée de sa déclaration soutenant cette demande (déclaration qui figurera soit dans la demande elle-même, soit dans un document distinct, portant la signature originale du bénéficiaire et joint à la demande), dans laquelle le bénéficiaire indiquera les obligations en vertu du contrat que le donneur d’ordre n’a pas remplies. Pour des raisons administratives, il est recommandé d’assortir toute demande de paiement du numéro de référence de la garantie

...

La garantie prendra effet à compter et au prorata de la réception de l’avance susmentionnée sur le compte numéro ... ouvert au nom du donneur d’ordre au garant.

...»

2.2. Garantie de bonne exécution – URDG 758 s’appliquent

« Considérant que:

- un contrat, portant la référence ... et relatif à ..., ci-après désigné par ‘le contrat’, a été conclu le ... entre le bénéficiaire et le donneur d’ordre,
- en vertu de ce contrat, le donneur d’ordre est tenu de déposer, à titre de garantie de la bonne exécution de ses engagements, une garantie égale au montant de la garantie,

le garant s’engage, sans pouvoir se prévaloir de la moindre exception inspirée de la relation entre le bénéficiaire et le donneur d’ordre, à verser au bénéficiaire le montant de la garantie, sans plus, à la demande écrite et conforme de celui-ci. La demande portera la signature originale du bénéficiaire et sera accompagnée de sa déclaration soutenant cette demande (déclaration qui figurera soit dans la demande elle-même, soit dans un document distinct, portant la signature originale du bénéficiaire et joint à la demande), dans laquelle le bénéficiaire indiquera les obligations en vertu du contrat que le donneur d’ordre n’a pas remplies. Pour des raisons administratives, il est recommandé d’assortir toute demande de paiement du numéro de référence de la garantie: ...

...

Le montant de la garantie sera réduit de 50% à la réception par le garant d’une copie du procès-verbal signé par le bénéficiaire, dans lequel celui-ci confirmera la réception provisoire.

...»

2.3. Garantie de soumission – URDG 758 s’appliquent

« Considérant que:

- le bénéficiaire a émis en date du ..., un appel d’offres portant la référence ... et relatif à ...,
- le donneur d’ordre souhaite participer,

- pour pouvoir participer, le donneur d'ordre est tenu de déposer une garantie égale au montant de la garantie, soit ... de l'offre,

le garant s'engage, sans pouvoir se prévaloir de la moindre exception inspirée de la relation entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, à verser au bénéficiaire le montant de la garantie, sans plus, à la demande écrite et conforme de celui-ci. La demande portera la signature originale du bénéficiaire et sera accompagnée de sa déclaration soutenant cette demande (déclaration qui figurera soit dans la demande elle-même, soit dans un document distinct, portant la signature originale du bénéficiaire et joint à la demande), dans laquelle le bénéficiaire indiquera la ou les obligations, parmi celles énumérées ci-dessous, que le donneur d'ordre n'a pas remplies:

- le donneur d'ordre a retiré son offre pendant la période d'adjudication, ou
- alors qu'il aura remporté le marché, le donneur d'ordre n'a pas signé le contrat correspondant à son offre, ou
- le donneur d'ordre n'a pas fourni les garanties réclamées dans l'appel d'offres.

Pour des raisons administratives, il est recommandé d'assortir toute demande de paiement du numéro de référence de la garantie ...

...»

2.4. Garantie pour les montants non retenus – URDG 758 s'appliquent

« Considérant que:

- un contrat, portant la référence ... et relatif à ..., ci-après désigné par 'le contrat', a été conclu le ... entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre,
- selon les termes de ce contrat, le bénéficiaire retiendra un montant correspondant à ...% de chaque facture payée,
- le contrat ajoute que le bénéficiaire est disposé à renoncer à ces retenues, à condition que le donneur d'ordre dépose en lieu et place de celles-ci une garantie,

le garant s'engage, sans pouvoir se prévaloir de la moindre exception inspirée de la relation entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, à verser au bénéficiaire le montant de la garantie, sans plus, à la demande écrite et conforme de celui-ci. La demande portera la signature originale du bénéficiaire et sera accompagnée de sa déclaration soutenant cette demande (déclaration qui

figurera soit dans la demande elle-même, soit dans un document distinct, portant la signature originale du bénéficiaire et joint à la demande), dans laquelle le bénéficiaire indiquera les obligations en vertu du contrat que le donneur d'ordre n'a pas remplies. Pour des raisons administratives, il est recommandé d'assortir toute demande de paiement du numéro de référence de la garantie ...

La demande écrite sera en outre accompagnée d'une copie de la ou des factures concernées.

...

La garantie prendra effet à compter et au prorata de la réception du montant non retenu, soit ...% de chaque facture, sur le compte numéro ... ouvert au nom du donneur d'ordre au garant.

... »

Annexe 3. Entretien avec Gino Bosman, juriste d'entreprise à la KBC et auteur

Que pensez-vous de la qualification de la garantie autonome en engagement par déclaration de volonté unilatérale ? Êtes-vous d'avis que la qualification en contrat unilatéral est plus appropriée ? Pour quelles raisons et quel est l'intérêt pratique de la qualification ?

Ik verwijs naar randnummers 5 - 8 van mijn bijdrage "De Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758) van de Internationale Kamer van Koophandel opnieuw bekeken. Capita Selecta" in het tijdschrift Bank - en Financieel Recht van 2017. Mijn conclusie is dat het voor de praktijk niet zoveel uitmaakt.

Quelles sont les difficultés principales que la garantie autonome soulève en pratique ?

Onduidelijke garantie-teksten en dit op twee vlakken:

a) Teksten die het midden houden tussen een borgtocht en een autonome garantie. De partijen bij het commercieel contract hebben tegenstrijdige belangen. De schuldeiser (ten gunste van wie de garantie moet worden afgeleverd) heeft er uiteraard alle belang bij om een zuivere autonome garantie te verkrijgen. De schuldenaar (wiens verbintenissen door de garantie moeten worden afgedekt) wil liever een borgtocht omdat de borg excepties uit het onderliggend contract kan/moet invoeren. "Hybride" teksten geven - zeker in geval van een claim - extra aanleiding tot discussie en rechtszaken.

b) Onduidelijke claimvoorwaarden. Een begunstigde moet weten wat hij moet doen om correct (conform) te claimen. De garant moet weten waaraan zich te houden om een claim te beoordelen.

Quels conseils auriez-vous à donner au sujet de la rédaction de la lettre de garantie ?

Werk met korte en duidelijke teksten. De URDG en ISDGP schrijven zich ook in deze filosofie in. Vermijd hybride teksten (zie supra) en inconsistenties in de tekst. Tip: de URDG bevatten in bijlage enkele modelteksten. Zie ook art. 8 URDG voor redactietips.

Vraag tijdig raad aan een raadsman of bankier.

Quelle est la place de la bonne foi dans les garanties autonomes ?

Omwille van het letterlijk karakter van de garantie speelt de "goede trouw" een eerder beperkte rol. Alleen manifest rechtsmisbruik of fraude ("qui crève les yeux") in hoofde van de begunstigde kan een niet honorering van een claim rechtvaardigen. Een (alleen maar) onterechte claim is niet voldoende om de garant te beletten om te betalen.

Comment les URDG 758 sont-elles reçues par la pratique ? Peut-on considérer que celles-ci ont la force d'un usage de droit ?

Zie randnummer 1 van mijn voormelde bijdrage. Met het verloop der jaren (sinds 2010) kan men alleen maar vaststellen dat de URDG meer en meer de standaard worden. Misschien nog niet zoals de UCP voor documentaire kredieten waar men allicht wel kan spreken van een gebruik in de zin van een formele rechtsbron, terwijl me dit voor de URDG misschien nog te vroeg lijkt.

Que pensez-vous de l'usage du blockchain (smartcontract) pour augmenter l'automaticité de la garantie ?

Hier liggen mogelijkheden om de garantie-business te ondersteunen en te doen groeien zeker voor relatief eenvoudige situaties zoals de afdekking van een betaling van (aanvaarde) facturen voor goederen geleverd in open account. De grootste moeilijkheid - zeker in een internationale context - bestaat erin om iedereen "aan boord" te krijgen. In de praktijk zal er allicht met een rulebook moeten worden gewerkt waarvan de principes door alle potentieel betrokken partijen (verkoper/koper/bank verkoper/bank koper) moeten worden aanvaard.

Partijen dienen het er over eens te zijn dat de ingave van bepaalde gegevens in een systeem gebaseerd op blockchain technologie aanleiding geeft tot bindende engagementen (smart contracts) die uiteraard een spiegel moeten vormen van het "echte" onderliggende commercieel contract. In een dergelijk systeem kunnen op eenvoudige wijze "financieringen" worden gemonteerd. Niet alleen garanties maar bv. ook een prefinanciering via een afkoop/cessie van vorderingen kan tot de mogelijkheden behoren.

Que pensez-vous des dispositions concernant la garantie autonome dans la proposition de loi portant le titre 1er "les sûretés personnelles" du livre 9 du Code civil (cette question étant fort ouverte, vous pouvez la passer ou commenter l'un ou l'autre point).

Vanuit de praktijk ben ik geen voorstander van dergelijke wettelijke regeling. Wanneer vastgehouden wordt aan de principiële keuze om dit toch te doen dan zou dit absoluut beperkt moeten worden tot zeer algemene principes, zoals dat het geval is in art. 2321 van de Franse

code civil (die eigenlijk neerkomt op de erkenning van het bestaan van de garantie als rechtsfiguur).

De regeling die hier wordt voorgesteld is te gedetailleerd. Dergelijke Belgische regeling riskeert in de internationale sfeer (de typische context waarin garanties gebruikt worden) alleen maar nadelig te zijn.

De URDG hebben zich de afgelopen jaren ontwikkeld vanuit de internationale praktijk. Zij worden trouwens meer en meer ook in een louter nationale context van toepassing verklaard. Aangevuld met de zeer gedetailleerde ISDGP bieden de URDG een houvast aan alle betrokken partijen. De ervaring leert dat buitenlandse begunstigden zeer wantrouwig staan ten opzichte van onbekende rechtsregels. De loutere wetenschap dat er (voor de buitenlandse partij inhoudelijk onbekende) Belgische wettelijke regels voor garanties bestaan, riskeert dus een concurrentieel nadeel op te leveren voor Belgische bedrijven die garanties moeten afleveren. Te verwachten is dat meer begunstigden om die reden zullen vragen de garantie te onderwerpen aan vreemd (vnl. Engels/Amerikaans) recht, wat veel meer onzekerheid oplevert voor Belgische ondernemingen dan het feit dat de figuur naar Belgisch recht niet in detail wettelijk geregeld is.

Het loutere feit dat de Belgische wettelijke regeling van aanvullend recht is, biedt geen sluitend antwoord op deze bekommernis. Een garantie onderwerpen aan de URDG schuift weliswaar de aanvullende bepalingen die hiermee in strijd zouden zijn terzijde. Het probleem ligt echter vooral in die zaken die niet geregeld zijn in de URDG (de subrogatie van een garant bvb. is een bepaling die buitenlandse begunstigden van Belgische garanties kan afschrikken, of de idee dat een onterecht uitbetaald bedrag door de garant teruggevorderd zou kunnen worden), of in die zaken waar het niet zo direct duidelijk is of een louter van toepassing verklaren van de URDG volstaat om de internationale praktijk te laten primeren op de aanvullende wettelijke regels.

De onwenselijkheid van een wettelijke regeling geldt a fortiori voor standby LC's. Die worden standaard beheerst door de (al decennialang algemeen aanvaarde en gekende) UCP 600 of ISP 98, en worden quasi uitsluitend gebruikt in een internationale/Angelsaksische context. Een Belgische wettelijke regeling die verder gaat dan een loutere vaststelling dat er SBLC's bestaan heeft geen enkele toegevoegde waarde voor de praktijk en kan integendeel alleen maar vragen, wrevel en wantrouwen oproepen bij common law tegenpartijen, waar Belgische bedrijven opnieuw concurrentieel nadeel zullen van ondervinden.

