

# Cours de Droit du Commerce International : Les garanties d'exécution des contrats internationaux

 [ivoire-juriste.com/2021/12/cours-de-droit-du-commerce-international-les-garanties-d-execution-des-contrats-internationaux.html](http://ivoire-juriste.com/2021/12/cours-de-droit-du-commerce-international-les-garanties-d-execution-des-contrats-internationaux.html)



## DEUXIÈME PARTIE : LES GARANTIES D'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX

Comme dans tout contrat, l'objectif de chaque partie est d'obtenir l'exacte exécution des obligations du cocontractant. Dans le contexte international, cette préoccupation prend des aspects spécifiques, en raison de l'éloignement des parties.

La possibilité d'une exécution forcée est rendue incertaine non seulement par des obstacles de fait, mais aussi par des difficultés d'ordre juridique : L'obtention d'une décision d'exécution dans le pays du débiteur est souvent aléatoire. Pour éviter l'incertitude et les lenteurs d'une exécution par le versement de dommages-intérêts compensatoires, on exigera des garanties, dès la conclusion du contrat.

Certaines sont propres aux contrats internationaux, d'autres ne sont que la transposition de solutions utilisables dans l'ordre interne. On distinguera, les garanties réelles et les garanties bancaires.

### CHAPITRE I - LES GARANTIES RÉELLES

Comme en droit interne, le créancier, fournisseur du bien ou prêteur des deniers qui ont servi à l'acquérir, peut conserver un droit sur la chose vendue, tant qu'il n'a pas été intégralement payé. Le transfert de propriété sera retardé, par une clause de réserve de propriété (« rétention of title »), ou la marchandise sera soumise à un droit réel accessoire, garantissant le paiement de la créance.

Dans le commerce international, il faudra tenir compte des risques nés de la différence entre pays quant aux techniques de garantie, d'autant plus que pour une sûreté semblable, le régime juridique peut varier d'un pays à l'autre.

En effet, le bien affecté comme sûreté sera nécessairement déplacé, en quittant le pays du vendeur pour celui de l'acheteur pour marchandise, ou parce qu'il est mobile de par sa nature de bien mobilier. Ce déplacement entre deux pays, donc entre deux systèmes juridiques, sera encore source de complexité, et d'incertitude pour celui qui compte sur cette garantie.

### SECTION I - LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ

L'article 1583 du code civil précise qu'une «vente est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

Ce dispositif présente un sérieux inconvénient en cas de défaillance de l'acheteur. Cette règle n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent donc y déroger en incluant dans leur contrat une clause qui réserve la propriété du vendeur jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. On parle de clause de réserve de propriété.

La clause de réserve de propriété est une disposition contractuelle, ayant pour objectif d'assurer au vendeur qui a consenti à l'acheteur un crédit, qu'il sera payé du prix de la chose vendue, sans avoir à prendre le risque d'avoir à subir le recours d'éventuels créanciers de l'acquéreur.

La réserve de propriété est une technique de garantie qui est quasi universellement utilisée. C'est probablement le moyen le plus simple et le plus utilisé qu'un vendeur a à sa disposition pour se protéger quand il vend à crédit.

La réserve de propriété a une grande importance dans les systèmes de droit qui prohibent ou restreignent les sûretés mobilières sans dépossession puisqu'elle permet d'obtenir le même type de protection que ces dernières. Et nombreux sont les systèmes juridiques dans lesquels la réserve de propriété est considérée comme une institution ne relevant pas du droit des sûretés.

C'est particulièrement le cas dans la plupart des régimes de droit civil, dont d'ailleurs sont dotés la grande majorité des pays d'Europe continentale. Dans ces régimes, aucune formalité de publicité ou d'enregistrement n'est requise pour que la réserve de propriété soit opposable aux tiers.

Le régime de la clause de réserve de propriété en droit interne, et particulièrement les conditions de son opposabilité aux créanciers de l'acheteur en état de règlement judiciaire sont connues : la marchandise doit exister en nature et la clause doit être contenue dans un écrit contractuel, établi au plus tard au moment de la livraison.

Lorsqu'elle est utilisée dans le commerce international, cette clause fait naître des problèmes juridiques particuliers, d'abord en raison de la diversité des législations qui peuvent autoriser des formes de clause inconnues du droit interne, puis, quant à leur efficacité, dans la différence de situation, entre les parties et à l'égard, des tiers.

## **PAR. I - LA DIVERSITÉ DES FORMES**

Le droit ivoirien comme le droit français ne connaît qu'une sorte de clause de réserve de propriété. D'autres systèmes juridiques ont une plus grande souplesse. C'est le cas en particulier, du droit allemand qui prévoit :

- la clause de réserve de propriété simple, est celle par laquelle les parties conviennent de suspendre le transfert de la propriété du bien vendu à l'acheteur jusqu'au complet paiement du prix par ce dernier. L'acheteur supportera les risques, alors que le vendeur demeure propriétaire de la chose vendue, parce qu'il n'a pas encore été payé.
- la clause de réserve de propriété prolongée, est celle par laquelle les parties conviennent de suspendre le transfert de la propriété du bien vendu à l'acheteur, même après la transformation ou la revente de la marchandise, tant que le prix n'est pas payé.
- la clause de réserve de propriété élargie est celle qui subordonne le transfert de propriété au règlement de toutes les créances du Vendeur envers l'acheteur, ou même, s'il s'agit d'un groupe de sociétés, les créances de toute société appartenant au même groupe que le vendeur.
- Cette diversité n'est pas spécifique à l'Allemagne. En Europe, le droit des Pays-Bas ou du Royaume-Uni permet également d'étendre les effets de la clause.

## **PAR. II - L'EFFICACITÉ DE LA CLAUSE**

Les règles du droit international privé obligent à distinguer la situation des parties de celle des tiers, créanciers de l'acheteur.

- Dans les rapports entre les parties, on applique la solution prévue par la loi applicable au contrat. La reconnaissance et les effets de la clause dépendent de la loi gouvernant leur rapport contractuel.
- À l'égard des tiers et des créanciers, les sous-acquéreurs seront parmi les plus intéressés. C'est la loi de la situation actuelle du bien qui contient les règles permettant d'apprécier la validité et l'efficacité de la clause.

Exemple : pour un contrat de vente entre une société ivoirienne et une société allemande, on prévoit que le contrat sera soumis à la loi allemande. Si le contrat contient une clause de réserve de propriété prolongée, celle-ci sera sans effet à l'égard d'un sous-acquéreur dès lors que la marchandise se retrouve en Côte d'Ivoire, cette clause étant inconnue dans la loi ivoirienne, applicable en tant que loi de situation actuelle du bien.

Dans d'autres cas, pour l'efficacité de la clause à l'égard des tiers, c'est le défaut de sa publicité qui en empêchera la revendication par le bénéficiaire. Cela concerne la clause dans un contrat de vente, mais également celle qui est prévue dans d'autres contrats.

Ainsi, le droit ivoirien par le Traité OHADA impose une publicité au crédit bailleur qui veut se prévaloir de la réserve de propriété. Comme c'est la loi du pays de la situation de l'objet revendiqué qui permet de connaître la publicité susceptible de rendre le droit opposable aux tiers, le bénéficiaire devra veiller à respecter ces règles, dès lors que l'objet est susceptible d'être déplacé d'un pays à un autre.

Même si la clause a été stipulée dans un pays qui ne connaît pas un mode particulier de publicité, son effet à l'égard des tiers dépendra des régies de publicité prévues par la loi de la situation actuelle du bien.

Exemple : une clause de réserve de propriété a été convenue dans un contrat soumis à la loi ivoirienne, entre un vendeur, une société ivoirienne, et un acheteur une société Suisse. La clause est valable, mais dès que la marchandise arrive sur le territoire suisse son efficacité à l'égard des tiers suppose une publicité, par l'inscription sur un registre spécial, auprès de l'office des poursuites de la circonscription judiciaire de l'établissement de l'acheteur.

Un contrat de crédit-bail a été établi au Sénégal sur une machine qui se trouve actuellement dans une entreprise française. Le propriétaire de la machine ne peut revendiquer la clause à l'égard des créanciers de l'entreprise, si la publicité prévue par le droit français n'avait pas été respectée.

C'est la même solution qui est adoptée aux États-Unis et dans plusieurs provinces Canada où la clause de réserve de propriété doit être enregistrée, comme toutes les autres sortes de sûretés sans dépossession en vertu des Personal Property Acts canadien et du « Uniform Commercial Code » (UCC) des États américains.

Ces spécificités nationales ont conduit à diverses tentatives, au sein de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), de la Communauté Economique Ouest Africaine et en Europe au sein de l'Union européenne ou dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Il s'agit d'établir des solutions communes, compatibles avec chaque législation interne.

## **SECTION II - AUTRES GARANTIES RÉELLES**

Dès lors qu'il s'agit d'envisager, dans l'ordre international, la possibilité de donner effet à une sûreté réelle sans dépossession, on retrouvera les mêmes problèmes que ceux posés par la clause de réserve de propriété.

La prééminence de la loi de la situation actuelle de bien grevé perturbe l'exercice par le bénéficiaire du droit né sous l'empire d'une loi différente. Le Juge du pays où la chose se trouve peut refuser de reconnaître l'existence de cette sûreté, parce qu'elle est inconnue dans son système juridique, ou bien parce qu'elle est soumise à l'étranger à des règles incompatibles avec les règles impératives locales.

Naturellement la question de la publicité du droit réel reste essentielle. Pour que la sûreté soit efficace, il ne suffit pas qu'elle soit semblable à une sûreté prévue par la loi de situation du bien, il faut encore que la publicité du droit ait été faite dans les formes que prévoit cette loi.

## **CHAPITRE II - LES GARANTIES BANCAIRES**

Dans la vente internationale, il y a une opposition entre les souhaits de chacune des parties. Le vendeur ne veut pas se dessaisir de la marchandise sans être sûr d'être payé, et l'acheteur ne veut pas payer sans être sûr de recevoir ce qu'il achète. Un engagement bancaire, va rassurer l'un et l'autre.

Il s'agira de garantir le paiement de la marchandise, avec le crédit documentaire, ou s'agissant d'une prestation de services, de protéger celui qui, généralement dans le cadre d'un contrat d'entreprise, attend une exécution parfaite de son cocontractant et qui exigera alors une garantie autonome.

## **SECTION I - LE CRÉDIT DOCUMENTAIRE**

Le Crédit Documentaire est l'opération par laquelle une banque (la Banque Emettrice) s'engage d'ordre et pour compte de son Client Importateur (le « Donneur d'Ordre ») à régler à un Tiers Exportateur (le Bénéficiaire ) dans un délai déterminé, par l'entremise d'une Banque intermédiaire (la Banque notificatrice), une somme d'argent déterminée contre la remise de documents strictement conformes, justifiant la valeur et l'expédition de la marchandise.

Le Crédit Documentaire est soumis aux Règles et Usances Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale.

### **PAR. I - LE MÉCANISME DE BASE**

Suite à un contrat commercial entre un vendeur et un acheteur, prévoyant comme condition de l'engagement des parties, un crédit documentaire précisément caractérisé, un acheteur va demander à une banque, installée dans son pays, appelée banque émettrice, de lui ouvrir un crédit représentant le montant de l'achat envisagé.

Après examen et accord, cette banque, en informera une banque installée dans le pays du vendeur. Celle-ci est appelée banque notificatrice, car elle notifiera au vendeur l'ouverture de ce crédit.

Avec l'ordre de l'acheteur, seront indiqués quels sont les documents, faisant la preuve de la réalité de l'expédition, le vendeur devra fournir. Pour réaliser ces différentes informations, on utilise généralement des formules types, mises au point par la Chambre de Commerce Internationale. Mais, il est également possible de procéder par télétransmission ou autres modes convenus.

Le crédit documentaire peut être, à la fois, un instrument de paiement et un instrument de crédit.

En effet, d'une part, il permet au vendeur d'être immédiatement payé par sa banque, la banque notificatrice, dès la remise des documents représentant la marchandise

expédiée. Le paiement se fait sur ordre de la banque émettrice, qui consent ainsi un crédit à son propre client, l'acheteur.

D'autre part, le crédit documentaire pourra permettre au vendeur d'obtenir un crédit auprès de sa banque, pour préfinancer la fabrication de marchandises commandées. Dans la mesure où un acheteur s'est engagé à acheter, et que sa banque a pris l'engagement de payer, le banquier du vendeur peut lui avancer une partie des sommes pour la fabrication de la marchandise.

L'intervention des deux établissements bancaires permet ainsi à deux opérateurs, qui ne se connaissent pas très bien, de s'engager avec une relative sérénité.

## **PAR II - DIVERSITÉ DU CRÉDIT DOCUMENTAIRE**

Le crédit documentaire se présente sous plusieurs formes. Les modes de paiement et les techniques bancaires qui lui sont associés sont également diverses.

### **A- LES DIFFÉRENTE FORMES**

Selon l'importance des risques de l'opération, on pourra adopter des formes qui fourniront un engagement bancaire plus ou moins contraignant.

Dans un ordre croissant de garantie, on rencontre alors trois formes de crédit documentaire :

#### **1° Crédit révocable notifié**

Il présente une garantie très faible. Pour cette raison, il est assez rarement utilisé. Dans le crédit révocable notifié, la seule banque qui prend un engagement, c'est la banque de l'acheteur, mais elle peut le remettre en cause à tout moment, sans que le vendeur ne puisse s'y opposer.

La banque notificatrice paiera ou acceptera, à réception des documents. Lorsque la révocation intervient après ce moment, la banque émettrice reste tenue de rembourser la banque notificatrice, si les documents sont conformes. Les RUU prévoient que l'on doit toujours indiquer « clairement » si le crédit est révocable ou irrévocable. À défaut d'indication, le crédit est réputé irrévocable.

#### **2° Crédit irrévocable notifié**

Sous, cette forme, il y a un engagement, bancaire autonome qui constitue une garantie suffisante, dès lors que la banque émettrice est de bonne réputation. Ce crédit, ne peut être ni annulé, ni modifié sans l'accord du vendeur et de l'acheteur.

#### **3° Crédit irrévocable confirmé**

Le vendeur obtient, sous cette forme, le maximum de garantie. Sa banque, à la demande de la banque émettrice, et après en avoir apprécié le risque, confirme l'engagement documentaire de la banque émettrice. Elle s'engage de la même manière et dans les mêmes limites que celle-ci.

Le crédit irrévocable confirmé est la forme préférée par les vendeurs, dès lorsqu'il existe une incertitude quant à l'exécution par l'acheteur de ses engagements. Ce sera le cas, par exemple en matière d'opérations de vente hors la zone UEMOA, ou lorsque la banque émettrice est peu connue, ou lorsqu'il s'agit d'un nouveau client.

## **B- LES TYPES DE CRÉDITS**

Le paiement du vendeur, suite à la remise des documents conformes, n'intervient pas nécessairement par la remise immédiate d'espèces, ou plus simplement par le crédit de son compte. Le paiement n'est donc pas nécessairement « à vue ». Selon le type de crédit, il existe, outre le paiement à vue, trois autres formes de paiement :

### **1) Paiement différé**

Le paiement se fera à une date postérieure à la remise des documents conformes, selon les termes de l'accord commercial. Il y a dans cette solution un risque, qui devrait en limiter l'utilisation. C'est pourquoi, dans la pratique du paiement différé, le vendeur préfère un engagement différé sous forme de crédit par signature, plus facile à mobiliser.

### **2) Paiement par acceptation**

Dans ce cas, le vendeur remet à la banque notificatrice, une traite avec les documents. Après vérification des documents, la banque notificatrice, appose sa signature d'acceptation sur la traite. Cela signifie qu'elle confirme l'engagement documentaire de la banque émettrice. On se trouve alors dans le schéma du crédit irrévocable confirmé.

À l'échéance de la traite, la banque émettrice paiera la banque notificatrice. Les délais qui sont acceptés par le vendeur ne le privent pas de garantie. Il dispose d'un engagement cambiaire qu'il peut mobiliser.

### **3) Paiement par négociation**

Le vendeur remet à son banquier, avec les documents, une traite tirée sur la banque émettrice. Après vérification des documents, la banque notificatrice peut escompter cette traite et la transmettre avec les documents à la banque émettrice, qui remboursera d'après les stipulations de l'ouverture de crédit.

## **C - LES TECHNIQUES BANCAIRES COMBINÉES AVEC LE CRÉDIT DOCUMENTAIRE**

Des techniques bancaires, souvent sophistiquées, sont applicables à un crédit documentaire. Ainsi, on trouve :

### **1) Le Crédit Documentaire Renouvelable (« Revolving »)**

A intervalles réguliers, convenus avec le banquier, l'acheteur verra le montant de son crédit automatiquement reconstitué. Dans un tel accord les parties doivent préciser les conditions du renouvellement, en indiquant, par exemple, si le crédit est ou non cumulable. Il le sera si la partie non utilisée durant une période, peut s'ajouter au montant reconstitué, pour la période suivante.

### **2) Le Crédit « Red Clause »**

Par une clause spéciale, autrefois écrite en rouge, le vendeur est autorisé à recevoir tout ou partie du montant du crédit, avant l'expédition de la marchandise et la remise des documents. Cela lui permet de préfinancer la fabrication ou d'acquérir des marchandises qu'il s'est engagé à expédier à l'acheteur. Dans le crédit Red clause, l'acheteur doit autoriser cette solution conformément aux dispositions du contrat commercial de base.

Ce contrat peut également prévoir des garanties pour protéger cette avance de fonds, dont l'acheteur devra répondre auprès des banques.

### **3) Le Crédit Transférable**

Le crédit transférable est une pratique très courante lorsque l'acheteur passe par un intermédiaire qui souhaite préserver ses sources d'approvisionnement. Dans le crédit transférable, le fournisseur ne doit pas connaître l'identité de l'acheteur, et celui-ci doit ignorer l'identité du fournisseur, ainsi que le montant de la rémunération de l'intermédiaire.

Dans le crédit transférable, interviennent le vendeur et un fournisseur. Tous deux désirent avoir la garantie d'un crédit documentaire.

Si dès l'origine, le crédit est stipulé « transférable », la banque émettrice autorise la banque notificatrice à transférer partiellement le bénéfice du crédit documentaire au fournisseur. Ce crédit transféré pourra comporter des conditions différentes de celles du crédit d'origine, notamment au niveau du nom du bénéficiaire et du donneur d'ordre, de la date de validité, de la période d'expédition, etc.

### **4) Le Crédit Adossé (« Back to Back »)**

Dans le crédit back to back, le vendeur s'adresse à un fournisseur pour obtenir les marchandises. Celui-ci souhaite avoir la garantie de l'exécution de l'engagement du vendeur. Mais le crédit documentaire mis en place avec l'acheteur n'a pas été stipulé transférable.



Alors, la banque du vendeur, se fondant sur le crédit documentaire dont bénéficie son client, et qu'elle lui a notifié ou même confirmé, lui ouvre un crédit auprès de son fournisseur. Elle est alors la banque émettrice de ce crédit adossé qui n'a aucun lien juridique avec le premier. Ce sont deux crédits documentaires indépendants, mais le second est accordé parce que le premier existe.

### **PAR III - MISE EN ŒUVRE DU CREDIT DOCUMENTAIRE**

La description schématique d'une opération de crédit documentaire permet de voir quels sont les documents susceptibles d'accompagner cette opération et les modalités de leur vérification.

#### **A- LES DOCUMENTS EXIGES**

La lettre d'ouverture de crédit indique les documents exigés et leurs caractéristiques. Chaque banque et le donneur d'ordre vérifieront si ces documents sont conformes à ce qui était exigé.

Parmi ces documents, le plus important est le document de transport, car il constitue la preuve de la remise de la marchandise à celui qui la transportera vers l'acheteur. Depuis longtemps, le crédit documentaire n'est plus réservé aux marchandises susceptibles de donner lieu à la délivrance de documents de transport susceptibles d'entrer dans le cadre d'un crédit documentaire. Aujourd'hui, on exige seulement que les modalités du transport Soient correspondre à la fois aux prescriptions de la lettre d'ouverture de crédit et aux exigences des Règles et Usances Uniformes.

Le document d'assurance permet de vérifier la conformité des conditions d'assurance de la marchandise.

D'autres documents, comme la facture commerciale, le certificat d'origine ou le certificat d'inspection peuvent être également nécessaires. Il s'agit, par ces documents, de s'assurer que c'est bien la marchandise faisant l'objet du contrat commercial qui a été expédiée.

#### **B - LA VERIFICATION DES DOCUMENTS**

Au moment de la vérification des documents, on doit s'attacher particulièrement au respect de la date de validité du crédit documentaire.

Très souvent, on rencontre des irrégularités lors de la présentation des documents soumis à vérification de la banque notificatrice, laquelle n'est tenue que de vérifier l'authenticité apparente des documents. Si les irrégularités sont mineures, à la demande du banquier, le vendeur a la possibilité de les corriger.

Pourvu qu'il réagisse rapidement, il pourra conserver le bénéfice du crédit.

Au lieu de s'adresser au vendeur, la banque notificatrice peut transmettre les documents à la banque émettrice, afin que celle-ci décide, en accord avec l'acheteur, de les accepter. Dans ce cas, la banque notificatrice peut payer le vendeur sous réserve, avec une clause résolutoire indiquant précisément l'irrégularité. Si la banque émettrice ou l'acheteur refuse les documents, le montant du crédit sera débité du compte du vendeur.

Si les documents sont reconnus conformes par la banque notificatrice, par erreur ou négligence, et qu'ils sont ensuite rejetés par la banque émettrice. Ils sont retournés à la banque notificatrice, en lui abandonnant la propriété des marchandises expédiées. L'acheteur peut aussi abandonner la marchandise à son banquier, si ce dernier a accepté des documents qui ne sont pas conformes aux conditions de l'ouverture de crédit.

### **C- ASPECTS JURIDIQUES DU CRÉDIT DOCUMENTAIRE**

Dès lors que le crédit documentaire est irrévocable, il existe un engagement de payer pour la banque émettrice. Il s'agit d'un engagement qui ne dépend que de la conformité des documents remis.

L'engagement bancaire, dans ce cas, n'est pas conditionné par l'exécution du contrat commercial. Il en est totalement indépendant.

Du caractère autonome de l'engagement bancaire, on déduit l'impossibilité pour acheteur, donneur d'ordre, de pratiquer une saisie sur les sommes dues par la banque émettrice, même s'il est créancier du vendeur, soit en raison d'une exécution défectueuse du contrat de base, soit même en raison d'une créance étrangère audit contrat.

On ne doit pas cependant conclure que la banque est toujours tenue de payer. La fraude du vendeur permet de faire opposition au paiement. Cette fraude peut être constituée par la remise de documents mentionnant l'expédition d'une quantité ou d'une qualité de marchandise, différente de celle qui a été effectivement expédiée.

### **SECTION II - LA GARANTIE AUTONOME**

A la différence du crédit documentaire qui a pour principal objectif de rassurer le fournisseur d'une marchandise ou d'un service, la garantie autonome est destinée à protéger l'acheteur ou l'acquéreur.

En droit ivoirien, la garantie autonome, est soumise à un régime juridique d'origine conventionnelle. L'acte Uniforme OHADA relatif aux sûretés la prévoit en ses articles 28 à 30 en l'appelant « lettre de garantie ».

La garantie autonome a fait son apparition, sur le plan international avec le premier choc pétrolier » des années 70, qui a mis à la disposition des pays producteurs de pétrole, des ressources considérables, souvent utilisées pour améliorer les infrastructures locales et pour développer les possibilités de production. Les instructions de routes, de barrages, d'aéroports, de logements ou la livraison d'usines « clés en main » nécessitaient le

concours d'entreprises des pays consommateurs de pétrole, mais exigeaient également que celles-ci garantissent la bonne exécution de leurs engagements.

La pratique a donc créé la garantie autonome, donnée généralement par une banque et qui parce qu'elle est autonome par rapport au contrat commercial de base, peut être appelée sans avoir à s'intéresser aux péripéties de son exécution. Cette garantie est indépendante, puisque sur simple demande du bénéficiaire, la garantie devra être fournie et la somme fixée lui sera versée. Ces solutions sont reprises par l'Acte Uniforme OHADA sur les sûretés.

## **PAR I - ASPECTS DE LA GARANTIE AUTONOME**

Intervenant généralement pour l'exécution d'un contrat d'entreprise, une garantie sera exigée par le maître d'ouvrage. Aux différents stades de l'exécution du contrat, elle permettra de s'assurer du sérieux de l'entreprise et de la bonne exécution des travaux.

### **A- LES PRESTATIONS GARANTIES**

L'opération débutant souvent par un appel d'offres international, la première garantie exigée sera la garantie de soumission, qui permet d'écarter les offres peu sérieuses. Cette garantie couvrira également la rupture intempestive des pourparlers, lorsque le soumissionnaire a été désigné.

Dès lors que le contrat est conclu, il faut le mettre à exécution. Or avant tous travaux, l'entrepreneur doit engager des frais (études, transports du matériel d'installation du chantier, etc.). L'entrepreneur va pour cela obtenir le versement d'acomptes par le maître d'ouvrage.

Ces versements accompagnent également l'avancement des travaux. Si le contrat n'est pas exécuté, le maître d'ouvrage, en plus des dommages-intérêts qu'il peut espérer avoir, voudra obtenir la restitution des sommes versées sans réelle contrepartie. Ce sera l'objet de la garantie de restitution d'acomptes.

Le maître d'ouvrage souhaite que le chantier aille à son terme et espère recevoir dans les délais prévus, un ouvrage conforme aux prévisions. Pour faciliter l'indemnisation du maître d'ouvrage pour les dommages liés à l'exécution, et pour pouvoir exercer une pression sur l'entreprise, il sera exigé la fourniture d'une garantie de bonne fin.

D'autres garanties sont envisageables.

Par exemple, on a la garantie d'admission temporaire, pour le matériel de chantier introduit en franchise. L'administration locale des douanes demandera cette garantie pour s'assurer du paiement des droits de douane afférents au matériel importé, si le matériel n'est pas réexporté, à la fin des travaux.

### **B - LES INTERVENANTS DANS LA GARANTIE**

À l'origine, l'opération de garantie était tripartite, avec un donneur d'ordre, un bénéficiaire, et un établissement bancaire. Elle est devenue quadripartite, dès lors que chacun des intéressés a voulu utiliser les services d'une banque installée dans son propre pays. Ainsi, la garantie est fournie par une banque du pays du bénéficiaire qui s'engage pour le compte du donneur d'ordre, parce qu'elle a reçu de la part de la banque de ce dernier, l'engagement de couvrir l'éventuel appel de la garantie.

Sur ordre du donneur d'ordre, sa banque demande à la banque désignée par le bénéficiaire, d'émettre une garantie dans les conditions prévues au contrat de base au profit du maître d'ouvrage. Pour que la banque du pays du bénéficiaire accepte, la banque du donneur d'ordre joint, à cette demande, son propre engagement de contre garantir la banque garante, si la garantie est appelée. Il existe donc deux engagements bancaires, autonomes par rapport au contrat de base, et indépendants l'un de l'autre.

### **C- LES DIFFÉRENTES MODALITÉS DE LA GARANTIE**

À l'origine, la garantie était à première demande, le bénéficiaire se contenant de déclarer qu'il faisait appel à la garantie, sans avoir à motiver sa demande.

Par la suite, sous l'influence de la pratique anglo-saxonne, une autre forme de garantie est apparue : la garantie justifiée. Dans ce cas, prévu expressément dans la formule utilisée pour l'émission de la garantie, le bénéficiaire devra indiquer précisément ce qui motive son appel.

Mais, il n'a pas à démontrer l'exactitude des éléments de justification. L'exigence est assez formelle. Toutefois, elle présente un avantage pour le donneur d'ordre, lors de l'exercice de ses recours.

Il suffira de prouver que la justification présentée ne correspond pas à la réalité pour obtenir restitution du montant de la garantie, assortie de dommages-intérêts éventuels. On évite ainsi les risques d'une grossière mauvaise foi.

Enfin, lorsque les circonstances de la négociation du contrat de base le permettent, il est préférable de choisir la garantie documentaire. Dans ce cas, l'appel de la garantie impose à son bénéficiaire de présenter des documents susceptibles de justifier son appel. Ces documents sont prévus dans l'engagement de garantie.

Il s'agit par exemple un rapport d'expertise, une décision judiciaire de première instance, au fond ou en référé, une sentence arbitrale, etc.

### **PAR II - MISE EN ŒUVRE DES GARANTIES AUTONOMES**

La mise en œuvre des garanties autonomes a donné lieu à des décisions de justice à travers lesquelles la jurisprudence a su donner, à l'égard de ces garanties, des solutions en accord avec les objectifs des opérateurs du commerce international. Pour cela, il a

fallu combattre les réticences des juges du fond à admettre la totale autonomie de l'engagement bancaire à l'égard du contrat de base, et à en tirer toutes les conséquences.

Naturellement, en ce qui concerne la loi applicable, l'engagement de garantie, comme tout contrat international peut contenir une clause désignant la loi compétente. À défaut de désignation expresse, on ne s'en remet pas à la loi du contrat de base, mais comme le décide la jurisprudence à la loi du siège de la banque tenue de fournir la garantie.

## **A - L'APPEL DE LA GARANTIE**

Le bénéficiaire peut, en respectant les conditions liées à la forme de la garantie, procéder à l'appel de la garantie. En principe, aucune forme solennelle n'est exigée, encore moins l'intervention d'une autorité judiciaire. Dès lors, le garant doit payer immédiatement à l'appel de la garantie. En pratique, il s'écoule quelques jours entre la demande et le paiement effectif. Pendant ce court délai, le garant va informer le contre-garant de l'appel.

Ce dernier consultera le donneur d'ordre, pour le cas où il serait possible de faire obstacle au paiement. On devra essentiellement vérifier que l'appel est fait alors que la durée de validité de la garantie n'est pas expirée.

S'il n'y a pas eu signature du contrat, pour la garantie de soumission, ou réception des travaux, pour la garantie de bonne fin, il sera tout à fait exceptionnel que le bénéficiaire laisse la garantie arriver à expiration sans l'appeler. Mais la pratique de la demande « prorogez ou payez », empêche l'expiration de la garantie. Le garant préférera toujours proroger la durée de son engagement plutôt que de payer.

En raison de l'autonomie de la garantie, il ne sera pas possible de refuser le paiement en invoquant une exception fondée sur le contrat de base. Ainsi, la nullité de ce contrat ne constitue pas une justification du refus de payer.

## **B - LES OBSTACLES AU PAIEMENT**

La garantie, bien qu'autonome, et même « à première demande », n'est pas toujours due. On admet en effet que la fraude ou l'abus manifeste du bénéficiaire de la garantie éventuellement du bénéficiaire de la contre-garantie, fait obstacle au paiement.

Toutefois, l'existence de cet abus manifeste ou de cette fraude est rarement admise. On considère pourtant que le refus de paiement est justifié lorsque l'appel de la garantie a des mobiles extérieurs au contrat de base.

En revanche, le donneur d'ordre ne saurait tenter de s'opposer, indirectement, à l'exécution de l'engagement bancaire, par une mesure d'opposition ou de saisie, en prétextant l'existence d'une dette du bénéficiaire à son égard, dette née du contrat de base ou extérieure à celui-ci.

## **C- LES RECOURS**

La banque garante fera jouer l'engagement de la banque contre-garante et obtiendra ainsi le remboursement de ce qu'elle a versé au bénéficiaire, sauf si la banque contre-garante lui oppose sa participation frauduleuse à l'abus manifeste du bénéficiaire.

Dès lors que les engagements bancaires sont exécutés, la banque contre-garante, exercera son recours contre le donneur d'ordre. Elle le fera par le débit de son compte, du montant versé, sans négliger les frais et intérêts.

Le donneur d'ordre qui n'a pas pu faire valablement obstacle au paiement de la garantie, dispose encore de recours contre le bénéficiaire, s'il établit que dans l'exécution du contrat de base, il n'y avait aucune justification de l'appel de la garantie. Dans ce cas il y aura répétition de l'indu, avec dommages-intérêts complémentaires. Toutefois, selon les dispositions du contrat de base sur les juridictions compétentes pour connaître des litiges nés du contrat de base et sur la loi applicable, ces recours peuvent être difficiles, voire pratiquement sans résultat.

L'insertion d'une clause d'arbitrage, dans le contrat de base, facilitera souvent l'exercice effectif d'un éventuel recours contre le bénéficiaire de la garantie.

C'est ici que s'achève cette deuxième partie de ce cours de droit du commerce international.