

# Les garanties bancaires dans les échanges internationaux

Droits et obligations  
de la banque suisse

Marie de Gottrau

# TABLE DES MATIÈRES

Remerciements .....	V
Introduction .....	1
<b>Titre I.</b>	
<b>Présentation générale</b> .....	9
1. La notion .....	9
1.1 Un instrument de sûreté .....	9
1.2 Une garantie émise par une banque? .....	11
1.3 Une obligation indépendante et conditionnelle .....	12
2. Les intérêts des parties à l'opération de garantie .....	14
2.1 Le bénéficiaire de la garantie .....	14
2.2 Le donneur d'ordre .....	15
2.3 La banque garante .....	17
3. Un aperçu schématique des rapports juridiques .....	18
3.1 La garantie tripartite directe .....	18
3.2 La garantie quadripartite directe .....	20
3.3 La garantie indirecte .....	21
4. Les différents types de garanties selon leur objet .....	23
4.1 La garantie de bonne exécution .....	23
4.2 La garantie de bonne fin .....	24
4.3 La garantie de crédit .....	26
4.4 La garantie de soumission .....	26
4.5 La garantie de restitution d'acomptes .....	27
4.6 La garantie pour document manquant (Letter of indemnity) .....	29
4.7 La garantie de paiement .....	31
5. Les différents types de garanties selon leur mode de mise en œuvre ....	32
5.1 Les garanties documentaires .....	32
5.1.1 La garantie à première demande .....	32
5.1.2 La garantie payable contre remise de documents de tiers .....	36
5.2 Les garanties non documentaires .....	39
5.2.1 Avec condition non documentaire d'entrée en vigueur ....	40
5.2.2 Avec condition non documentaire de mise en œuvre .....	41
5.3 Un cas particulier: la garantie à première demande avec clause d'effectivité .....	43

6.	Le contenu type d'une garantie bancaire .....	46
6.1	Le préambule .....	46
6.2	La clause de garantie .....	47
6.3	L'entrée en vigueur et la date d'expiration de la garantie .....	50
6.4	Les autres clauses .....	51
7.	Synthèse .....	51

## **Titre II.**

### **Le rapport de garantie entre la banque suisse et le bénéficiaire** 55

1.	Compétence et droit applicable .....	56
2.	Les RUGD et la Convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby .....	58
2.1	Les règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758) .....	58
2.1.1	La nature juridique .....	58
2.1.2	L'intégration des RUGD .....	60
2.1.3	Le contenu des RUGD .....	61
2.1.4	Les Pratiques internationales standard relatives aux garanties sur demande soumises aux RUGD 758 (PISGD) ..	64
2.2	La Convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby .....	67
3.	La relation sous-jacente comme cause de l'engagement de garantie ....	70
4.	Les caractéristiques de l'engagement de garantie .....	74
4.1	Une obligation indépendante .....	74
4.2	Une obligation unilatérale .....	75
4.3	Une obligation conditionnelle .....	76
4.4	Une obligation soumise à une condition potestative ou mixte .....	80
5.	La nature juridique: quelques délimitations .....	82
5.1	Par rapport au cautionnement .....	82
5.2	Par rapport au porte-fort .....	87
5.2.1	Les caractéristiques du porte-fort .....	88
5.2.2	La garantie bancaire et le porte-fort: similitudes et divergences .....	92
5.2.3	Discussion et solution retenue .....	93
5.3	Par rapport à l'assignation et au crédit documentaire .....	95
5.3.1	L'assignation .....	95
5.3.2	Le crédit documentaire .....	99
5.3.3	La position du Tribunal fédéral .....	102

5.3.4	Discussion et solution retenue .....	104
5.4	Par rapport à la lettre de crédit standby .....	107
6.	La formation du contrat de garantie .....	111
6.1	La conclusion et l'entrée en vigueur du contrat .....	112
6.2	L'amendement de la garantie .....	115
7.	Les principes de l'opération de garantie .....	117
7.1	L'indépendance .....	118
7.2	La rigueur des garanties .....	121
7.3	La rigueur documentaire .....	124
7.4	L'interdiction de l'abus de droit .....	126
8.	Les droits et obligations de la banque en cas d'appel à la garantie .....	128
8.1	Le « cas de garantie » .....	128
8.2	L'appel à la garantie: exercice d'un droit formateur .....	132
8.3	L'exclusion des exceptions issues du rapport de base ou de couverture .....	134
8.4	Le refus du paiement en cas d'appel non conforme .....	136
8.5	Les vices affectant la garantie .....	138
8.5.1	Nullité .....	138
8.5.2	Vice du consentement .....	143
8.6	L'extinction de l'obligation de garantie .....	146
8.7	L'examen de la demande dans un délai raisonnable .....	149
8.8	L'obligation de payer en cas d'appel conforme et le droit de compenser .....	151
9.	Synthèse .....	153

### **Titre III.**

#### **Le rapport de couverture entre la banque suisse et le donneur d'ordre**

157

1.	Aperçu des rapports contractuels .....	157
2.	Compétence et droit applicable .....	159
3.	L'engagement patrimonial de la banque .....	160
3.1	Un crédit d'engagement .....	160
3.2	L'analyse de crédit .....	162
3.3	Crédit d'engagement unique et contrat d'ouverture de crédit .....	163
3.4	Les sûretés .....	166
3.5	La réalisation des sûretés .....	169
4.	L'instruction d'émettre la garantie .....	172

4.1	Nature juridique: un contrat de mandat? .....	173
4.1.1	La position du Tribunal fédéral et de la doctrine .....	173
4.1.2	Un contrat d'entreprise ou un contrat mixte? .....	174
4.1.3	Un mandat doublé d'une assignation? .....	178
4.1.4	Pour résumer .....	179
4.2	La formation du mandat de garantie .....	179
4.2.1	La conclusion du contrat .....	179
4.2.2	L'étendue et le contenu du contrat .....	183
4.2.3	Les vices de validité .....	187
5.	Les droits et obligations de la banque en général .....	189
5.1	L'obligation principale d'émettre la garantie .....	189
5.2	Les obligations accessoires .....	192
5.2.1	Fidélité et diligence .....	192
5.2.2	Information et conseil .....	195
5.3	La commission de garantie .....	198
5.4	Le remboursement des impenses .....	201
5.5	Le paiement du montant de la garantie à titre d'avance des frais? .....	205
5.6	Le droit de compenser avec une créance du donneur d'ordre contre la banque .....	207
5.7	La résiliation du mandat et l'irrévocabilité de la garantie .....	210
5.7.1	En général .....	210
5.7.2	Avant l'émission de la garantie .....	213
5.7.3	Après l'émission de la garantie .....	215
6.	La situation lors de l'appel à la garantie .....	217
6.1	L'avertissement du donneur d'ordre .....	217
6.2	L'obligation de se conformer aux instructions du donneur d'ordre? .....	221
6.3	La vérification des conditions de l'appel .....	222
6.3.1	La conformité personnelle .....	224
6.3.2	La conformité temporelle .....	227
6.3.3	Le respect des exigences de forme .....	228
6.3.4	La conformité des documents fournis .....	231
6.4	L'obligation de refuser le paiement en invoquant les exceptions applicables .....	237
6.5	L'obligation de payer en cas d'appel conforme .....	238
7.	La situation lorsque le bénéficiaire a cédé sa créance .....	239

7.1	La cession de la créance en paiement de la garantie sans le pouvoir de faire appel (cession du produit) .....	240
7.2	La cession de la créance en paiement de la garantie avec le pouvoir de faire appel .....	242
8.	Synthèse .....	244

## **Titre IV.**

### **La situation dans une opération quadripartite** 249

1.	Aperçu des pratiques contractuelles .....	249
1.1	Configuration avec banque notificatrice .....	250
1.2	Configuration avec banque notificatrice domicile de paiement ...	252
1.3	Configuration avec banque confirmatrice .....	253
1.4	Configuration indirecte .....	254
2.	Droit applicable .....	256
2.1	Configuration avec banque notificatrice ou notificatrice domicile de paiement .....	256
2.2	Configuration avec banque confirmatrice .....	258
2.3	Configuration indirecte .....	259
3.	Garantie directe avec banque notificatrice .....	260
3.1	La relation de couverture entre la banque émettrice et le donneur d'ordre .....	261
3.2	La relation interbancaire entre la banque émettrice et la banque notificatrice .....	265
3.3	L'absence de lien contractuel entre la banque notificatrice et le bénéficiaire .....	267
3.4	La relation entre le donneur d'ordre et la banque notificatrice ....	268
4.	Garantie directe avec banque notificatrice domicile de paiement .....	270
4.1	La relation de couverture entre la banque émettrice et le donneur d'ordre .....	271
4.2	La relation interbancaire entre la banque émettrice et la banque notificatrice domicile de paiement .....	273
4.3	L'absence de lien contractuel entre la banque notificatrice domicile de paiement et le bénéficiaire .....	277
4.4	La relation entre le donneur d'ordre et la banque notificatrice domicile de paiement .....	278
5.	Garantie directe avec banque confirmatrice .....	279
5.1	La relation de couverture entre la banque émettrice et le donneur d'ordre .....	280

5.2	La relation interbancaire entre la banque émettrice et la banque confirmatrice .....	282
5.3	L'engagement solidaire de la banque émettrice et de la banque confirmatrice .....	284
5.4	La relation entre le donneur d'ordre et la banque confirmatrice ..	288
5.5	La situation si la limitation temporelle de la garantie est proscrite .....	288
6.	Garantie indirecte .....	290
6.1	La relation de couverture entre la banque suisse et le donneur d'ordre .....	291
6.1.1	L'obligation de mandater une seconde banque .....	291
6.1.2	Les obligations de conseil et d'information .....	292
6.1.3	L'obligation de bien instruire la banque émettrice .....	294
6.1.4	La vérification des conditions de l'appel à la contre-garantie .....	295
6.1.5	Le droit à une commission et au remboursement des impenses .....	296
6.1.6	L'absence de responsabilité pour les actes de la banque émettrice .....	298
6.2	La relation interbancaire .....	299
6.2.1	La relation de mandat .....	299
6.2.2	La relation de contre-garantie .....	303
6.2.2.1	Le contenu et la mise en œuvre de la contre-garantie .....	303
6.2.2.2	La fonction de la contre-garantie .....	307
6.2.2.3	La qualification juridique de la contre-garantie .....	308
6.2.2.4	L'indépendance de la contre-garantie .....	312
6.3	L'absence de lien contractuel entre le donneur d'ordre et la banque émettrice .....	314
7.	Synthèse .....	315

## **Titre V.**

### **La situation en cas d'appel abusif** 319

1.	Définition et mise en œuvre de l'abus de droit .....	320
1.1	Une limitation au principe de l'indépendance .....	320
1.2	Le fondement légal: art. 2 al. 2 CC .....	322
1.3	La conception objectiviste .....	326
1.4	Les conditions de mise en œuvre .....	327

1.4.1	Un droit formel au paiement .....	327
1.4.2	Un abus manifeste .....	327
1.5	Une délimitation avec l'appel injustifié à la garantie .....	329
2.	Les différents types d'appels abusifs (casuistique) .....	331
2.1	Le donneur d'ordre a exécuté sa prestation .....	332
2.2	Le donneur d'ordre n'a pas exécuté sa prestation .....	333
2.2.1	Le bénéficiaire a empêché la prestation ou la refuse sans raison .....	334
2.2.2	La prestation du donneur d'ordre a été empêchée par des mesures souveraines dans l'État du bénéficiaire .....	334
2.2.3	La prestation du donneur d'ordre n'est pas encore exigible .....	335
2.2.4	Le bénéficiaire n'est titulaire d'aucune créance découlant du contrat de base .....	336
2.2.5	Le bénéficiaire a déjà été désintéressé .....	336
2.2.6	Le bénéficiaire formule une demande « extend or pay » ....	337
2.2.7	Le bénéficiaire n'a pas exécuté sa prestation .....	337
2.2.8	La prestation du donneur d'ordre est illicite ou contraire aux mœurs .....	339
2.2.9	Le montant réclamé est en disproportion évidente avec le dommage subi .....	340
2.2.10	Le donneur d'ordre a été empêché par un cas de force majeure ou cas fortuit .....	341
2.3	Le bénéficiaire a présenté des faux documents .....	342
2.4	L'appel est contraire au but de la garantie .....	344
3.	Les droits de la banque à l'encontre du bénéficiaire .....	347
3.1	Le fardeau de la preuve de l'abus .....	348
3.2	Les prétentions de la banque contre le bénéficiaire .....	349
3.2.1	L'action contractuelle .....	349
3.2.2	L'action en enrichissement illégitime .....	353
3.2.3	L'action délictuelle .....	355
4.	L'abus de droit dans le rapport de couverture .....	358
4.1	La preuve de l'abus .....	359
4.2	Les obligations de la banque à l'égard du donneur d'ordre .....	363
4.2.1	L'obligation de communiquer tout soupçon d'appel abusif .....	363
4.2.2	L'obligation de retarder le paiement en cas de dépôt d'une requête de mesures provisionnelles? .....	364
4.2.3	L'obligation de refuser le paiement au bénéficiaire .....	368

5.	L'abus de droit dans une configuration quadripartite .....	370
5.1	L'appel abusif auprès de la banque notificatrice domicile de paiement .....	370
5.1.1	Dans le rapport de couverture entre la banque émettrice et le donneur d'ordre .....	370
5.1.2	Dans la relation interbancaire entre la banque émettrice et la banque notificatrice domicile de paiement .....	372
5.2	L'appel abusif auprès de la banque confirmatrice .....	373
5.2.1	Dans le rapport de couverture entre la banque émettrice et le donneur d'ordre .....	373
5.2.2	Dans la relation interbancaire entre la banque émettrice et la banque confirmatrice .....	375
5.3	L'appel abusif dans une configuration indirecte .....	376
5.3.1	Dans le rapport de couverture entre la première banque et le donneur d'ordre .....	376
5.3.1.1	Les obligations de la première banque avant le paiement de la garantie .....	376
5.3.1.2	La situation lorsque la banque émettrice fait appel à la contre-garantie .....	377
5.3.1.3	La situation lorsque la banque émettrice réclame le remboursement de ses impenses sur la base du mandat interbancaire .....	380
5.3.2	L'abus de droit dans le rapport de contre-garantie .....	380
5.3.2.1	Une objection découlant du mandat interbancaire .....	380
5.3.2.2	L'appel abusif à la contre-garantie: définition et casuistique .....	381
5.3.2.3	Le fardeau de la preuve de l'abus .....	386
6.	Synthèse .....	387
	Conclusion .....	391
	Résumé .....	397
	Zusammenfassung .....	403
	Summary .....	409
	Abréviations .....	415
	Bibliographie .....	419
	Index alphabétique .....	437
	Table des matières .....	447