

opposé une fin de non-recevoir (« *CMI responded by email on October 2, 2019, CMI reiterates its position of rejection of the conventional penalty charge and additional costs* »).

Il en ressort que les pénalités de retard ont été contestées par CMI et ne sont pas couvertes par la garantie.

Les pièces du dossier (*cf.* courriels des 29 mai, 14 juin et 2 octobre 2019 de CMI Belgique, pièces 3, 4 et 7 du dossier de CMI Mexico et CMI Belgique) montrent également que la prétention d'Iberdrola au paiement de dommages-intérêts forfaitaires est contestée par CMI Mexico et CMI Belgique.

Dans ce contexte, l'appel à la garantie pour un risque non couvert par celle-ci paraît manifestement abusif.

10. Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que les griefs dirigés par Iberdrola contre l'ordonnance entreprise et ses moyens développés en appel ne peuvent être retenus; le caractère manifestement frauduleux ou abusif de l'appel à la garantie par son bénéficiaire constitue l'une des hypothèses admises dans laquelle statuant à la lumière d'un examen limité, le juge des référés peut exceptionnellement faire interdiction à sa libération, nonobstant son caractère abstrait et autonome.

11. Quant aux dépens, ils doivent être mis à charge d'Iberdrola dans le lien d'instance noué – par son intervention volontaire agressive – avec CMI Belgique et CMI Mexico; Iberdrola y est la partie qui succombe.

Dans le lien d'instance noué entre CMI Belgique et CMI Mexico, d'une part, et CACIB, d'autre part – par la citation originale – il convient au préalable de relever que « le banquier est le plus souvent mal placé pour se rendre compte de la fraude [ou de l'abus]. Contrairement à ce qui se passe en matière de crédit documentaire, il ne dispose, s'agissant de garantie à première demande, que de peu ou pas de documents (sauf, bien entendu, l'acte de garantie et l'appel à celui-ci) et il ne peut 'en conséquence du principe de stricte

neutralité bancaire sur lequel repose tout le mécanisme de la garantie' (...) asseoir sa conviction sur les allégations du donneur d'ordre ou les pièces que celui-ci lui produiraient unilatéralement. (...) Contrairement au banquier, le président [siégeant en référé] pourra procéder à une instruction sommaire laquelle le cas échéant, fera apparaître une fraude ou un abus que l'examen du banquier n'avait pas permis de déceler. 'Le degré d'évidence de la fraude ou de l'abus varie selon que cette évidence doit être appréciée par le banquier ou par le président du tribunal siégeant en référé.' » (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires autonomes », *R.P.D.B.*, Compl., t. VII, 1990, p. 594 et les références y citées). En l'occurrence, CACIB ne s'est pas départie du principe de neutralité qui s'imposait à elle et elle ne peut être considérée comme une partie qui succombe. Au demeurant CMI Belgique et CMI Mexico ne prétendent pas à sa condamnation aux dépens. Partant, aucune indemnité de procédure ne sera mise à sa charge.

Il n'y a, enfin, pas de lien d'instance noué entre Iberdrola et CACIB.

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

Reçoit l'appel mais le dit non fondé;

Condamne la société de droit mexicain Iberdrola Energia Noroeste S.A. aux dépens d'instance et d'appel de Cockerill Maintenance & Ingénierie et Cockerill Maintenance & Ingénierie de Mexico S.A., non liquidés à défaut de relevé;

Condamne la société de droit mexicain Iberdrola Energia Noroeste S.A. de C.V. à payer la somme de 400,00 au SPF Finances, à titre de droit de mise au rôle de la requête d'appel, conformément à l'article 269², § 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

Note

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?

Sean JONCKHEERE et Leopoldo LUYTEN DE ALVEAR¹

A. FAITS

1. Une société de droit belge (la *société X*) et sa filiale de droit mexicain (la *filiale X* et, ensemble avec la société X, le *groupe X*) entretiennent avec une société de droit mexicain

(la *société Y*) une relation contractuelle, formalisée par un contrat de droit new-yorkais conclu entre la filiale X, le fournisseur, et la société Y, le bénéficiaire, le 6 mai 2016.

¹. Sean Jonckheere, avocat, Hogan Lovells International LLP et Leopoldo Luyten de Alvear, avocat, Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick. En consultation avec Ivan Peeters, avocat, Hogan Lovells International LLP.

2. Afin de garantir certaines obligations contractuelles de sa filiale, la société X, donneuse d'ordre, a consenti à la constitution d'une garantie autonome dont une banque française (la *banque*) est la banque émettrice et la société Y le bénéficiaire.

3. Le contrat de la garantie autonome prévoit que la banque « *hereby irrevocably undertake to refund to you on your first written demand, irrespective of the validity and the legal effects of the above mentioned contract, any amount up to a maximum aggregate amount of USD [...] upon receipt of your written request for payment and your written confirmation indicating in what respect the contract has failed to fulfil his obligations under the above referenced contract* ». Elle prévoit également que « *the above payment shall be made subject to your written demand being accompanied by a certified copy of notice sent by mail to the contractor at the latest 15 days before your demand to us informing the contractor of your intention to draw under this guarantee* ».

4. De plus, le contrat de base conclu entre la filiale X et la société Y prévoit que la garantie mentionnée ci-dessus est

notamment destinée à couvrir « *the payment of undisputed Liquidated Damages* ».

5. A la suite d'un retard dans l'exécution de livraisons qui selon la société Y était imputable à la filiale X, la société Y entendait faire appel à la garantie, en motivant formellement cet appel par des pénalités contractuelles à titre d'indemnités de retard non contestées d'un montant de [...] USD. Le document explicatif annexé à l'appel à la garantie du 9 janvier 2020, expose que (a) le 25 septembre 2019, elle a averti la filiale X de ses manquements et qu'elle lui était redevable d'indemnités de retard, et (b) que le 2 octobre 2019, la filiale X lui a opposé une fin de non-recevoir.

6. Le 18 juin 2020 le président du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles siégeant en référé a fait interdiction à la banque de libérer au profit de la société Y, bénéficiaire de la garantie, le solde du montant de la garantie autonome.

7. Par requête du 13 juillet 2020, la société Y a formé un appel contre l'ordonnance du 18 juin 2020.

B. LA DÉCISION DE LA COUR

8. La cour d'appel de Bruxelles qualifie la garantie émise par la banque de « garantie autonome motivée ». Elle est « autonome » en ce qu'elle consiste en un engagement personnel, irrévocable, autonome et abstrait, littéral et formel, *intuitu personae*, de caractère bancaire et portant sur le paiement d'une certaine somme d'argent et enfin, unilatéral. Ce caractère autonome de la garantie implique qu'il faut faire abstraction de la relation contractuelle sous-jacente entre la société Y et la filiale X. De plus, elle est « motivée » en ce qu'elle requiert que le bénéficiaire joigne à son appel à la garantie un document dans lequel il explique les raisons pour lesquelles les conditions de l'appel à la garantie sont réunies.

9. La cour confirme ensuite l'existence d'exceptions à l'obligation de paiement du garant, à savoir lorsque « (a) *l'appel à la garantie excède les limites des termes mêmes imposés par la lettre de garantie (...); (b) le contrat de base est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; (c) l'appel à la garantie a un caractère manifestement abusif ou frauduleux* ».²

10. En l'espèce, elle considère que l'exception (c) susmentionnée est d'application au vu du fait que le contrat de base conclu entre la filiale X et la société Y prévoit, en son article 5.5.2 (ii), que la garantie autonome dont la banque est le garant est destinée à couvrir « *le paiement de dommages-*

intérêts forfaitaires non contestés » et ne couvre ainsi pas les dommages-intérêts forfaitaires contestés. La société Y, dans son document explicatif annexé à l'appel à la garantie du 9 janvier 2020, expose que le groupe X lui est redevable de [...] USD à titre d'indemnités de retard *non contestées*, tout en mentionnant également que le groupe X lui a opposé une fin de non-recevoir le 2 octobre 2019.

11. La cour souligne que, dans la décision attaquée, et de par sa qualité de décision interlocutoire, le juge était en droit de se fonder sur un examen limité et une appréciation *prima facie* du dossier. De plus, elle relève que dans le cadre du présent litige, son rôle n'est pas d'apprécier si les retards dans l'exécution des livraisons sont imputables à la filiale X ou si la contestation de la société Y est justifiée, mais bien de juger, au bénéfice de l'urgence et du provisoire, si comme le soutient le groupe X, la société Y paraît avoir fait appel à la garantie en dehors du périmètre des risques couverts par celle-ci, ce qui le rendrait manifestement abusif ou frauduleux.

12. Partant, l'appel à la garantie pour un risque non couvert par celle-ci est considéré par la cour comme étant manifestement abusif, ce qui justifie que les griefs dirigés par la société Y contre l'ordonnance du juge de première instance et ses moyens développés en appel ne peuvent être retenus.

² Th. HURNER, « Limites à l'exécution des garanties à première demande: l'abus ou la fraude manifestes », *D.B.F.-B.F.R.*, 2020, p. 23.

C. APPRÉCIATION CRITIQUE

Principes applicables

13. La décision examinée rappelle les principes de base applicables à la garantie bancaire à première demande. En outre, la cour suit l'opinion générale de la doctrine et de la jurisprudence selon laquelle il existe trois exceptions au caractère autonome d'une garantie bancaire.³ Lorsque l'appel du bénéficiaire est, dans sa forme et son contenu, conforme aux conditions prévues par le texte de garantie, le paiement ne peut être refusé sauf si « a) l'appel de la garantie dépasse les limites des conditions imposées par la lettre de garantie (...); b) le contrat de base est contraire à l'ordre public ou à la bonne foi; c) l'appel de la garantie présente un caractère manifestement abusif ou frauduleux ». En l'espèce, l'exception (c) était pertinente et le premier juge des référés avait reconnu le caractère manifestement abusif. L'ordonnance avait donc interdit à la banque de déboursier dans l'attente d'une évaluation du bien-fondé des litiges relatifs à l'accord sous-jacent.

Utilisation inappropriée de la technique de garantie autonome?

14. Toutefois, le contexte factuel de l'affaire sous-jacente est particulier, surtout si l'on considère l'utilisation classique de ce type de garantie. L'avantage principal d'une garantie autonome pour la pratique commerciale est qu'elle permet à la partie qui s'estime lésée par une défaillance de l'autre partie de se placer dans une meilleure position stratégique. En effet, la garantie lui permet d'être dans l'optique « *pay first, discuss later* »⁴ et remplace ainsi une alternative plus lourde et moins viable économiquement selon laquelle l'autre partie devrait transférer une somme d'argent à titre de garantie dès la conclusion du contrat. En bref, une garantie permet qu'en cas de litige, la partie prétendument lésée possède déjà la somme éventuellement due et que la partie prétendument défaillante doive se justifier pour récupérer cette somme.

15. Dans le cas d'espèce, le bénéficiaire de la garantie a lui-même inconsidérément ébranlé ce mécanisme de plusieurs manières. Premièrement, lors de la mise en place de la relation contractuelle, le donneur d'ordre a renoncé à son avantage en acceptant que la contestation d'un prétendu droit à indemnisation soit pertinente pour l'octroi et l'appel de la garantie. En faisant de l'absence de contestation un élé-

ment du mécanisme de la garantie, la fonction de la garantie est réduite à une simple garantie traditionnelle de paiement d'une dette qui doit être certaine et exigible (notamment en cas d'insolvabilité de la contrepartie-débiteur). De plus, aucune clarification contractuelle n'a été demandée quant au seuil à partir duquel une contestation peut être considérée suffisante: une simple affirmation, une affirmation écrite étayée par des arguments, une décision arbitrale ou judiciaire ou encore une reconnaissance de la contestation par le donneur d'ordre?

16. La société Y a pu agir sur base d'une compréhension erronée, c'est-à-dire trop absolue, des effets de l'autonomie et du formalisme des garanties à première demande. Elle semble notamment avoir pensé que la délimitation des « obligations garanties » dans le contrat sous-jacent ne serait pas pertinente tant que cette délimitation n'était pas également incluse dans le texte de la garantie lui-même. En outre, cette conviction l'a conduite jusqu'à indiquer expressément dans le document soutenant l'appel à la garantie que le groupe X avait « rejeté » ses allégations et sa réclamation. La cour a précisément jugé que l'appel était abusif parce qu'il était fait appel à la garantie au-delà du champ d'application des « risques couverts » par la garantie. Le bénéficiaire avait donc fait appel à la garantie sans disposer d'un droit soutenant cet appel au titre du contrat de base.

17. Dans l'application de l'exception pour abus ou fraude manifeste, la question se pose toujours de savoir sur quels motifs le juge peut se fonder. D'une part, il est ici important que cette question se pose en référé: les mesures demandées doivent toujours être urgentes et provisoires. D'autre part, le caractère autonome et formel de la garantie oblige à un examen limité, marginal: la problématique soulevée doit être manifeste, apparente. En d'autres termes, dans le cadre d'un « examen limité » et d'une « appréciation *prima facie* », il ne peut y avoir de doute raisonnable (« démonstration de façon évidente »). S'il peut encore exister des doutes raisonnables à l'égard des documents qui n'émanent que du donneur d'ordre de la garantie⁵, la reconnaissance par le bénéficiaire du rejet de la demande rend les choses assez claires pour le juge des référés. Dans ce cadre, le juge ne devrait pas se préoccuper de la différence éventuelle entre les termes « rejet » et « contestation », d'autant plus que cette différence devrait ici être examinée en vertu du droit new-yorkais.

3. Voir not. Th. HURNER, « Limites à l'exécution des garanties à première demande: l'abus ou la fraude manifestes », *D.B.F.-B.F.R.*, 2020, p. 23; J.P. BUYLE et C. CLAESSENS, « Autonom en abstract karakter van de bankgarantie op eerste verzoek: een tweesnijdend zwaard », *D.B.F.-B.F.R.*, 2019, n° 4, pp. 304 à 305; R. STEENNOT, « Het letterlijk karakter van de bankgarantie », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018, n° 4, pp. 383 à 385.

4. C. BORMS, « Hoe autonoom is de garantieverbintenis? », *T.F.R.*, 2007, p. 78; G. SCHRANS, « Nieuwe regels voor documentaire kredieten en autonome garanties », *Handels-, Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 328; G. SCHRANS, « Een vormige regels voor autonome garanties », *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Diegem, Kluwer, 1994, p. 1168; G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 461.

5. Le banquier ne peut pas non plus limiter son examen aux documents unilatéraux du donneur d'ordre ou se baser sur les données de la relation commerciale sous-jacente.

18. L'enquête du garant sur le caractère « apparent » doit également être sommaire et moins approfondie que l'enquête menée par le tribunal et, à nos yeux, à juste titre. C'est l'expression du principe de stricte neutralité bancaire sur lequel repose le mécanisme de garantie. En effet, le banquier n'est généralement pas en mesure de se rendre compte de l'existence de la fraude ou de l'abus. Il ne peut non plus s'appuyer sur des documents unilatéraux du donneur d'ordre ou sur des informations issues de la relation commerciale sous-jacente pour mener une enquête. La cour confirme également que dans le cas d'une garantie autonome motivée, le garant est tenu de s'assurer que cette motivation figure bien dans le document qui lui est remis mais il n'a pas à en vérifier l'exactitude.

19. Enfin, on peut également noter que le garant aurait pu mieux se protéger lui-même ainsi que son donneur d'ordre. Lors de l'émission de la garantie, il aurait dû insister pour qu'une déclaration formelle concernant le montant non contesté soit un élément nécessaire afin de recourir valablement à la garantie. Or, il s'agissait d'une formalité résultant de l'accord sous-jacent, qui, en règle générale, ne devrait pas faire l'objet d'un examen par le juge. En l'espèce, et heureusement pour le garant, le bénéficiaire lui-même a confirmé l'irrégularité de l'appel à la garantie en fournissant des informations contradictoires à cet égard.