

《論 說》

L'abstraction de la promesse non causée de
payer une somme d'argent en droit privé japonais

Satoru SHIBAZAKI

獨協法学 第61号 別刷

2003年 8 月

《論 說》

L'abstraction de la promesse non causée de payer une somme d'argent en droit privé japonais

Satoru SHIBAZAKI¹⁾

Introduction

I. Abstraction probante

- A. Interprétation abstractionniste
- B. Interprétation causaliste

II. Abstraction matérielle

- A. Régime juridique de la délégation
- B. Son application commerciale

Conclusion

Introduction

Pour qu'un acte juridique d'attribution (l'acte translatif de la propriété ou la promesse de paiement d'une somme d'argent) en droit privé soit valable, il lui est indispensable de munir de la *cause réelle d'obligation* et d'avoir la *cause licite de contrat*. La cause est un élément de volonté (souvent est élément prudemment intentionnel. ex. *causa donandi*), qui peut éventuellement être un élément intentionnel et objectif (ex. pour *causa solvendi*, l'existence de dette est un élément objectif). Tous les particuliers peuvent librement disposer leur actif par son acte d'attribution à moins que cet acte d'attribution ne manque de but, *Zweck*, raison ou justification.

Dans un système de droit privé d'un pays donné, le législateur devrait

1) Professeur associé de l'Université Dokkyo. e-mail: shibazaki@mbj.nifty.com

faire le choix de son principe à propos de problème de l'abstraction en matière d'acte d'attribution. Mais le droit privé japonais n'a pas bien clairement répondu à la question. Selon la doctrine civiliste quand ils traitent la théorie générale du transfert de la propriété de biens, il est évident que le droit japonais n'impose jamais cette abstraction. Au contraire, dans la pensée des commercialistes qui traitent la théorie cambiaire ou celle d'effet de commerce, le rapport juridique émané d'un signature sur les effets de commerce est absolument abstrait et détaché de son rapport fondamental.

Cette clivage académique n'a jamais été résolue et même pas bien analysée. Pour combler cette lacune, l'auteur, dans sa monographie intitulée *Tegata hori to chusho saimu* [La théorie juridique des engagements abstraits en matière d'effets de commerce et d'autres opérations bancaires en droit privé japonais] (éd. Sinsei-shuppan, 2002, Tokyo), veut faire face le problème d'abstraction en matière d'effets de commerce et d'autres contrats bancaires.

Cet ouvrage se divise en deux parties.

I. Abstraction probante

La première partie est attribuée aux institutions expliquées par la notion de l'abstraction probante (ou probatoire) à titre d'exemple desquelles l'auteur énumère successivement le régime juridique du billet non causé dans l'art. 1132 du Code civil français²⁾, celui de la reconnaissance de dette définie par l'art. 17 du Code des obligations suisse³⁾, celui de la preuve de

2) "La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée."

3) "La reconnaissance d'une dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation." v. YUNG (Walter), *La théorie de l'obligations abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse*, th. Genève, 1930.

la cause à l'art. 304⁴⁾ et 326⁵⁾ de l'ancien Code civil japonais de 1890 et, celui de la promesse de remboursement non causée à la législation acutuelle japonaise, notamment sous le Nouveau Code civil de 1896.

A. Interprétation abstractionniste

Abstraction dans les actes juridiques d'attribution en général en droit japonais. Le Code japonais de 1896 n'a pas attribué aucune disposition à la notion de la cause des conventions privées. La doctrine dominante au début de dernier siècle⁶⁾ interprète la loi japonaise comme une législation anti-causaliste. Alors que chaque acte juridique est composé par les déclarations de volonté, les éléments justificatifs de mouvement de biens sont exclus hors de l'acte. Selon cette position, la promesse non causée est pleinement autorisée et valable. Cette explication s'applique aussi, selon avis

4) *"Trois conditions sont nécessaires à l'existence des conventions en général: 1° Le consentement des parties ou de leur représentant./ 2° Un objet certain ou déterminé et dont les parties aient la disposition./ 3° Une cause vraie et licite."* cf. son interprétation par rédacteur, v. BOISSONADE (Gustave), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par M. Gue BOISSONADE*, Nouvelle édition, tome 2° Droit personnels et obligations, 1891, p. 52.

5) *"Soit que la cause de la convention ait été exprimée ou non dans l'acte destiné à constater celle-ci, c'est au défendeur à prouver, soit que la cause n'existe pas, soit qu'elle est fausse ou illicite: il peut d'ailleurs, si la cause n'a pas été exprimée, sommer le créancier de déclarer sur quelle cause il prétend que la convention est fondée, sauf à la contester, s'il y a lieu."* également cf. BOISSONADE, *op. cit.*, p. 62.

6) ISHIAZAKA (Otoshiro), *Horitsu koi no genin to futuritoku niokeru houritsujo no genin* [La cause de l'acte juridique et la cause légale dans l'enrichissement indu], *Minpo Kenkyu* [Etudes de droit civil], tome 1, 1919, p. 245 et s. La publication originale de cet article était en 1909, dans une revue *Kyoto hogakukaishi*, vol. 4, n° 1, 2, 4 et 8; vol. 5, n° 1 et 2.

majoritaire d'aujourd'hui, au rapport juridique entre le souscripteur et le preneur d'un billet à ordre⁷⁾. Dans ce système la loi permet au débiteur, qui s'engage abstraitement, d'invoker le droit de refuser le paiement sous la forme d' "exception de l'enrichissement sans cause". Comme le résultat de cette théorie, l'équité entre les parties est toujours protégée. Ce droit de refuser est justifié par la notion doctrinale de l'enrichissement sans cause, malgré ce qu'il n'y a pas aucune disposition de la loi japonaise qui autorise cette exception⁸⁾. Or, l'art. 708 c.c.j.⁹⁾ défend au *solvens* de demander contre l'*accipiens* le remboursement de la prestation effectuée sur la cause illicite. Si l'on applique littéralement cette règle à la situation entre le signataire du titre et son preneur immédiat, le droit de refuser le paiement sera inacceptable, alors que la solution contraire est toujours adoptée par la jurisprudence japonaise selon laquelle un chèque émis pour rembourser la perte du jeu est considéré comme nul.¹⁰⁾

7) KOBASHI (Ichiro), *Tegataho kogitteho* [Droit de chèque et d'effets de commerce], 1995, pp. 9-13; Tegata no muinsei [Abstraction des effets de commerce], *Shoho ronshu* [Etudes et articles du droit commercial], tome 2, 1983, pp. 247-265; FUKUTAKI (Hiroyuki), *Tegataho koyo* [Contribution à l'étude du droit des effets de commerce], 1998, p. 60.

8) Le Code civil ne nous laisse que deviner l'existence de cette exception dans l'art. 703: "*Celui qui, sans cause légale, a retiré un profit du bien ou des services d'autrui, au préjudice de celui-ci, est tenu de l'indemniser dans la mesure du profit existant actuellement.*" Dans cette ^{article} ~~article~~, pour la version française du Code actuel, l'auteur toujours cite MOTONO (Ichiro) et TOMII (Massa-akira) [Traduction], *Code civil de l'Empire du Japon, Livres I, II & III, promulgué le 28 avril 1896*, Originellement publié en 1898, Réimprimé par le Sinsei-shuppan, Tokyo, 1997, p. 166.

9) "*Celui qui a fait une prestation pour une cause illicite ne peut demander la restitution de ce qu'il a prêté, à moins que le caractère illicite de la cause ne soit propre au bénéficiaire.*" MOTONO et TOMII, op. cit., p. 167.

10) C. sup., 9 avril 1971, *Minshu* 25. 3. 254.

B. Interprétation causaliste

Théorie causaliste. Certains auteurs¹¹⁾ présente le doute à cette interprétation anti-causaliste et abstractionniste, en expliquant la phénomène d'abstraction de la promesse non causée comme la question de preuve (théorie causaliste). Selon leur avis, dans la rédaction d'un acte qui constate la promesse de payer une somme d'argent, sans indiquer sa cause, on peut y trouver un aveu extra-judiciaire par l'auteur. Comme interprètent-ils les commentateurs de l'article 1132 c. c. f., il s'agit d'aveu par lequel le signataire reconnaît l'existence de la cause réelle et licite de son obligation. Cet aveu ne donne qu'une véritable présomption non irréfragable sur la réalité et la licéité d'une cause¹²⁾. Cette interprétation est transposable au régime juridique des effets de commerce¹³⁾, au moins dans le rapport juridique entre les parties cambiales qui sont directement liées par la convention fondamentale et immédiate (souscripteur d'un billet et son bénéficiaire, endosseur - endossataire... etc.). Au moment de la remise d'un titre, le signataire cambiairement s'engage apparemment à nouveau, mais en réalité, c'est pour réaliser un objectif (fournir la garantie de la dette préexistante, faire la novation conditionnelle ou inconditionnelle de la dette préexistante, permettre le financement par l'utilisation d'un effets de complaisance sans faire surgir un véritable nouvel engagement entre les

11) OKAMATSU (Santaro), Horitsukoui no genin [La cause des actes juridiques], *Hogaku shirin*, vol. 39, p. 5 et s., vol. 40, p. 8 et s., vol. 41, p. 30 et s., 1903.

12) AKAGI (Akira), Chushosaimu no hikakuhouteki kenkyu [Etude du droit comparé de l'obligation abstraite], *Hogaku shirin: Numéro commémoratif du cinquantenaire*, 1953, p. 88 et s.

13) UEYANAGI (Katsuro), Tegatasaimu no muinsei. WIELAND no tegata gakusetsu nikansuru ichi kousatsu [Caractère abstrait de l'obligation cambiale. Une réflexion sur la théorie cambiale de WIELAND], *Hogakuronso*, vol. 59, n° 5, p. 1 et s., 1953.

parties, etc...) avec les modalités spéciales définies par la loi.

L'art. 588 du Code civil japonais. Aussi la jurisprudence admet la possibilité de la notion de l'“abstraction probante” en développant son interprétation de l'art. 588¹⁴⁾ du Code civil actuel. Cet article édicte le régime juridique de “*Jun-shouhi taishaku*” [quasi-prêt de consommation]. Il s'agit d'opération avec laquelle les parties peuvent transformer la dette déjà née d'un contrat quelconque (de vente, par ex.) ou d'autre cause efficiente (de délit civil, par ex.) en une autre dette née du contrat de prêt de consommation, par leur volonté. Cette substitution de dette est expliquée comme un changement de cause. L'article 513¹⁵⁾ du même Code déclare que le changement d'un élément de l'obligation constitue la novation. Donc on peut qualifier cumulativement cette opération, soit comme un quasi-prêt de consommation, soit comme une novation par changement de cause.

Selon avis majoritaire, au moment de la rédaction du nouveau Code, on a supprimé la notion de la novation par le changement de cause¹⁶⁾. Pourtant la doctrine aujourd'hui interprète, dans certains cas, le quasi-prêt de

14) “Lorsque celui qui doit de l'argent ou d'autres choses à un autre titre qu'en vertu d'un prêt de consommation convient avec son créancier que l'argent ou les choses dont s'agit seront dus à l'avenir à titre de prêt, le prêt est considéré comme s'étant formé par ce fait.” MOTONO et TOMII, *op. cit.*, p. 142.

15) “L'obligation s'éteint par novation, lorsque les parties ont conclu une convention qui en modifie les éléments essentiels. / L'addition ou le retranchement d'une condition, ainsi que toute modification apportée à la condition, sont considérés comme des faits modificatifs des éléments essentiels de l'obligation. Il en est de même de l'émission d'une lettre de change destinée à remplacer l'exécution de l'obligation.” MOTONO et TOMII, *op. cit.*, p. 124.

16) Nihon gakujutsu shinkoukai (éd.), *Hoten chosakai minpo giji sokkiroku* [Compte-rendu de la session relative au Code civil de la Grande Commission extraparlamentaire pour procéder à la révision des Codes], vol. 23, p. 23-107 recto et 23-112 verso.

consommation comme une novation par changement de cause¹⁷⁾.

Si on applique la règle générale de preuve à ces opérations, dans tous les cas, c'est le créancier-demandant qui est chargé de prouver la cause réelle et licite de la dette. Pourtant, que la qualification n'importe, la jurisprudence de la Cour suprême du Japon interprète que dans le cas de quasi-prêt de consommation, *si les parties ont rédigé un acte qui déclare la promesse de remboursement sans indiquer la cause* de la dette pré-existante—— en conséquence, on ne peut savoir sur cet acte que la somme qui doit être payée et l'identité des parties—— le créancier peut demander le paiement en justice en invoquant la présomption de la cause que cette preuve écrite lui confère¹⁸⁾. Dans cette interprétation, le rôle que l'acte joue est vraiment celui d'un aveu extra-judiciaire. Donc on peut dire que la Cour a reconnu la notion d'abstraction probante aussi en droit privé japonais.

L'acte notarié exécutoire. L'auteur pousse plus clairement l'interprétation causaliste du droit japonais. Dans la pratique bancaire avant la deuxième guerre mondiale, l'on a utilisé la "promesse de remboursement non causée et rédigée sous la forme de l'acte notarié avec la clause d'acceptation à l'exécution forcée et immédiate". Cette pratique est l'objet de la forte critique doctrinale (notamment celle de procéduralistes) parce qu'elle permet l'exécution très rapide¹⁹⁾ mais souvent excessive²⁰⁾, notamment dans le

17) MATSUMOTO (Hiroyuki), Shohi taishaku to jun shohi taishaku niokeru shoumeisekinin no bunpai [Attribution de la charge de preuve dans le cas du prêt de consommation et de quasi-prêt de consommation], *Shoumeisekinin no kenkyu. Bunpai houri no kisoteki kenkyu* [Recherche de la charge de preuve. Recherche fondamentale sur la théorie juridique de son attribution.], nouvelle édition, 1996, Sinzansha, p. 363.

18) C. sup. 16 fév. 1968, *Minshu* 22.2.217; L'analyse plus précis par KURATA (Takuji), note sous cet arrêt, *Minshoho zasshi*, vol. 59, n° 2, pp. 304 et s.

19) La loi relative à la voie d'exécution de 1979, L'art. 22.

20) Elle est interdite par l'art. 128 de la même loi.

cas de l'exécution intégrale après le remboursement partiel. Dans cette hypothèse, la jurisprudence a refusé de cet acte la qualité comme le titre exécutoire. Au plus, depuis que la législation a introduit nouveau régime de l' "hypothèque à garantir des créances dont le montant varié avec le plafond"²¹⁾, cette pratique d'acte notarié est devenue inutile.

Conclusion. La théorie causaliste est plus harmonieuse avec cette histoire. Dans l'intention du promettant de ces deux derniers exemples ci-dessus de la promesse non causée, toujours le but auquel il veut arriver est l'extinction de la dette pré-existante. La rédaction de la promesse de remboursement ne doit pas transformer substantiellement le statut original du débiteur. Lorsqu'il a remboursé totalement sa dette pré-existante, même si le billet non causé physiquement subsiste sans être restitué et sans porter aucun signature de quittance, le créancier ne doit pas pouvoir demander littéralement l'exécution de l'obligation de paiement du montant indiqué. Puisque sa cause finale est déjà disparue, cette promesse doit être caduque ou anéantie²²⁾.

II. Abstraction matérielle

A. Régime juridique de la délégation

La deuxième partie est attribuée à la notion de l'abstraction matérielle

21) "Ne-teitou". Les art. 398-2 à 398-22 de c. c. j. qui sont introduits par la loi de 1971 relative à la modification du Code civil.

22) Dans la promesse unilatérale, la cause joue son rôle non seulement à l'étape de la conclusion de contrat mais aussi à la phase de l'exécution de contrat. La notion de la caducité de l'obligation est notamment invoquée pour les sûretés personnelles non accessoires. v. JACOB (François), *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, th. Strasbourg, 1998, LGDJ.

qui se trouve dans l'opération à trois personnes comme l'engagement du délégué de la délégation.

Alors que l'auteur prend partie du causaliste, il admet l'existence de l'engagement abstrait pour ce qu'il concerne l'opération à trois personnes. Il s'agit d'acte d'attribution indirecte par l'ordre d'un tiers sous la forme de paiement ou d'engagement direct, destiné à économiser les prestations successives. L'auteur énumère, comme son application pratique, *la lettre de change, l'edossement, le virement bancaire et la garantie à première demande.*

Délégation romaine. La délégation romaine²³⁾ est une opération qui sert à économiser les étapes de prestations successives. *Primus* est le débiteur de *Secundus* dont le créancier est *Tertius*. *Secundus* (déléguant) délègue *Primus* (délégué) à *Tertius* (délégataire) à payer une somme à titre de double paiement. Le versement par *Primus* entre les mains de *Tertius* joue simultanément le rôle du paiement par un tiers (de la dette existante entre *Secundus* et *Tertius*) et celui de la réception par un tiers (du paiement de la dette existante entre *Primus* et *Secundus*). Une transmission de propriété aura deux titres.

L'inexistence initiale, l'anéantissement ou la disparition postérieure d'une dette fondamentale ne saurait avoir aucune répercussion à la validité de cette transmission de propriété. Alors même que la dette de *Secundus* envers *Tertius* n'avait pas d'existence et *Secundus* a accordé à la délégation par erreur, la prestation déjà effectuée par *Primus* envers *Tertius* est irréversible. Si la créance de *Secundus* envers *Primus* s'était disparue, cette extinction de créance n'est pas opposable à *Tertius*. Evènement qui s'amène sur un des rapports fondamentaux n'est pas opposable à l'égard de la personne qui en est étrangère. Aussi à ce phénomène, on peut donner

23) GIDE (Paul), *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879, Paris.

la qualification de l'“abstraction”, mais il s'agit d'“abstraction matérielle (ou substantielle)”.

Délégation dans les Codes modernes. Cette institution romaine a été introduite en droit moderne de chaque pays tel qu'*Anweisung* en droit allemand (§ 793 B.G.B.), que *delegazione* en droit italien (Codice civile (1942) Art. 1271.) et aussi que “*shokutaku*” en droit japonais (Ancien Code civil (1890) Livre de biens. Art. 496). Les dispositions de l'ancien Code japonais ont été rédigées principalement par Gustave BOISSONADE. S'inspirant au système français, la délégation, qui est définie comme une espèce de la novation, se divise en deux sortes: délégation parfaite qui s'accompagne de l'effet novatoire lors de l'accord de trois parties, d'une part, et celle imparfaite dans laquelle la dette fondamentale subsiste jusqu'à l'exécution finale de nouvel engagement par le délégué, d'autre part.

L'ancien Code japonais. La rédaction de ce Code n'était pas assez parfaite pour décrire intégralement le contours de cette institution. En droit français contemporain, la délégation n'est plus une espèce de la novation. L'effet novatoire n'est qu'une modalité de la délégation²⁴⁾ Elle peut également être utilisée pour réaliser le crédit ou la donation, soit entre le délégué et le délégant ou soit entre le délégant et le délégataire. Dans cette notion la plus moderne de la délégation, un engagement accepté par le délégué est neutre et détaché de leur but d'utilisation dans double sens: la prestation ordonnée est abstraite à l'égard de rapport de valeur et en même temps à l'égard de rapport de provision (délégation certaine, *Reineanweisung*, *delegazione pura*). Une seule exception qui permet le délégué de refuser le paiement de l'engagement ou de demander la restitution d'une somme déjà versée à l'égard du délégataire est le cas de double absence ou double défaut de rapports fondamentaux.

24) HUBERT (Frédéric), *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, th. Poitiers, 1899.

Modification de 1896. Après l'ajournement de sa mise en vigueur à cause de débat politique et sans être pratiqué réellement, l'ancien Code a été remplacé par le nouveau Code en 1896. Par ce remplacement, les dispositions qui ont contenu le mot délégation sont supprimées alors que celle de la novation de changement du créancier subsiste. Par cette réforme, le rédacteur n'a pas d'intention d'interdire aux particuliers de faire une opération comme la délégation. Or, la cession de créance et la délégation sont deux institutions indépendantes qui se sont catégoriquement distinguées. A ce propos, la rédaction de l'article 468²⁵⁾ et 516²⁶⁾ du nouveau Code est regrettée parce que celui-ci impose la formalité de l'opposabilité de la cession de créance aux parties de la novation par délégation, et celui-là permet l'inopposabilité des exceptions comme l'effet de la cession de créance acceptée par le cédé sans réserve. Ces régimes juridiques de deux institutions présentent la confusion du rédacteur.

B. Son application commerciale

Exposé de la position. L'auteur veut démontrer que l'endossement des titres à ordre, notamment celui des effets de commerce est plutôt une variante de la délégation que celle de cession de créance. L'endossement est une opération à trois personnes. L'ordre de payer par l'endosseur émis

25) Art. 468. *Lorsque le débiteur a accepté la cession sans faire de réserves, il ne peut opposer au cessionnaire les exceptions et moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant. Il peut seulement répéter les valeurs qu'il a remises au cédant pour se libérer et, s'il a pris des engagements envers celui-ci, les tenir pour non-avenus.*

Si le cédant s'est borné à notifier la cession au débiteur, celui-ci peut opposer au cessionnaire les exceptions et moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant avant la réception de la notification. MOTONO et TOMII, *op. cit.*, p. 114.

26) Art. 516. *Les dispositions du premier alinéa de l'article 468 sont applicables par analogie à la novation par changement de créancier.* MOTONO et TOMII, *op. cit.*, p. 125.

envers le signataire précédant et préalablement accepté par celui-ci est une délégation certaine. Cette délégation doit se faire sur un titre avec la forme légale. Les consentements des trois parties ne sont pas donnés simultanément mais avant l'expiration de la période de protêt et avant le protêt. Elle purge des exceptions personnelles comme la conséquence de la délégation²⁷⁾.

La solution que la jurisprudence a adopté (Cour sup., 16 juillet 1970, *Minshu* 24. 7. 1077.) pour le cas de double absence de rapports fondamentaux dans lequel le rapport de provision (entre le tireur et le preneur) et celui de valeur fournie (entre l'endosseur et l'endossataire) simultanément manquent est aussi celle qui s'inspire du régime juridique de la délégation certaine.

Notion courante de l'endossement. Selon la majorité des auteurs japonais, l'endossement des effets de commerce est qualifié comme une cession de créance avec la formalité simple et inconditionnel (art. 12, al. 2 de loi uniforme selon l'Annexe I de la *Convention portant la loi uniforme sur les lettres de change et billes à ordre de 1930*). Pourtant, cette qualification est incompatible avec l'effet important de l'endossement: l'inopposabilité des exceptions (art. 17 de loi uniforme). L'interprétation abstractionniste suppose le droit de créance parfait, indépendant et abstrait du premier preneur du billet à ordre contre le souscripteur même avant la

27) Cette interprétation a inspiré le rédacteur du projet de l'ancien Code de commerce du Japon de 1893, ROESLER (Carl Friedrich Hermann), *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, Bd. 2, 1884, S. 606., qui trouve la novation dans l'endossement. v. aussi THALLER (Edmond), La nature juridique du titre de crédit. Contribution à une étude générale sur le droit des obligations (Dette abstraite, acte unilatéral, délégation), *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*, 1906-1907, n^{os} 64 et 68; même explication par un des membres du Comité de rédaction de la loi uniforme, PERCEROU (Jean) et BOUTRON (Jacques), *La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque avec un exposé sommaire des principales législations étrangères*, 1937, tome 1, n^{os} 76-78.

négociation. Selon cette théorie, l'inopposabilité est le résultat nécessaire du transport de cette créance abstraite parce que la question de l'opposabilité des exceptions personnelles est toujours celle des rapports fondamentaux. Un endossement fait transmettre le droit de créance sur le titre cambiaire, mais le rapport fondamental n'est pas succédé par ce procédé.

Sa critique. Or, un endossement effectué après l'expiration de la période de protêt (ou après protêt) n'engend pas d'effet du purage des exceptions (art. 20 de loi uniforme). Si l'inopposabilité était le résultat nécessaire de la cession abstraite du droit de créance *abstrait* du premier preneur du titre, le signataire devrait ne pas pouvoir opposer au porteur postérieur également dans le cas de l'endossement après l'expiration de la période de protêt. La solution adoptée par la loi ne l'est pas.

Certains trouvent la transmission de la propriété d'un titre négociable dans chaque endossement. Mais en droit japonais l'objet de la propriété doit être toujours une chose corporelle alors que le titre de créance n'est que au plus un des bien incorporels, au moins un moyen de preuve (bien qu'il ait des caractères spéciaux) des droits.

Garantie autonome. Dans la pratique commerciale internationale, on a déjà confirmé l'existence des sûretés personnelles autonomes, indépendantes, ou "à première demande", dépourvues de caractère accessoire, pour lesquelles "*les Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande*" de 1992 et "*UN convention on Independent guarantee and Stand-by credit*" de 1995 et "*International Stand-by Practice*" de 1998 ont été successivement adoptés. L'auteur y trouve l'abstraction matérielle d'un engagement de même nature. La garantie à première demande est une promesse de payer une somme d'argent déterminée ou déterminable, émise à l'instruction d'une partie cocontractante (donneur d'ordre) de contrat de base (opération garantie ou rapport de base), par un prestataire financier comme la banque (émetteur) au profit de l'autre partie de ce contrat

(bénéficiaire). La banque émetteur doit payer à la demande du bénéficiaire sous la forme prévue. La dépense de l'émetteur doit être indemnisée par le donneur d'ordre selon la convention entre eux (contrat d'ouverture de crédit ou contrat de mandat). L'émetteur n'assume jamais la contribution à la dette du donneur d'ordre.

Inopposabilité des exceptions de la garantie. A l'égard de la demande formellement concordante, le garant ne peut pas en différer le paiement en invoquant quelque exception, sauf un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie et pour décider s'il doit payer ou rejeter la demande. La garantie à première demande se présente comme un moyen d'assurer au bénéficiaire la liquidité. Le garant ne peut pas invoquer les exceptions que le donneur d'ordre pourrait opposer au bénéficiaire, comme la cause de nullité, le vice de consentement, l'inexistence dès qu'initiale de marché, et les autres événements postérieurs comme la révolution, la résiliation ou l'exécution totale de l'opération garantie. L'engagement est également indépendante à partir de rapport d'ordre. Une fois la garantie est émise, la rétractation d'ouverture de crédit motivé par l'insolvabilité postérieure du donneur d'ordre n'est pas opposable au bénéficiaire²⁸⁾.

Analyse psychologique de l'opération. Le mobile qui pousse le garant à s'engager par voie de garantie autonome, consiste dans la possibilité d'obtenir la commission et le droit de recours contre le donneur d'ordre. Cette possibilité n'est qu'une chose étrangère pour le bénéficiaire. D'ailleurs, le motif qui dirige le bénéficiaire vers la stipulation à la garantie se trouve dans la volonté d'obtenir une arme, qui presse le donneur d'ordre à exécuter le contrat de base, ou un moyen de précaution, qui assure le

28) A propos de la parenté et la différence entre la délégation et la garantie autonome, v. SIMLER (Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 3 éd., 2000, Litec, nos 897 et 898. "L'absence de caractère accessoire et son colloraire, l'inopposabilité des exceptions sont communes aux deux institutions" (n° 897).

versement préalable de dommages-intérêts éventuels dans le cas de l'inexécution du contrat de base. A la différence de contrat bilatéral où la motivation de deux parties contractantes est deux face d'une médaille entre deux parties de la garantie, l'émetteur-garant et le bénéficiaire, la justification psychologique et économique (*Sinn und Zweck*) de la partie promettante et celle de la partie stipulante ne sont pas identiques et ne se trouvent respectivement que dans les deux rapports de base distincts. La cause de la garantie est ainsi dédoublée²⁹⁾. Par conséquent, le défaut d'un des deux rapports de base de cette opération n'a pas aucune répercussion à la validité de l'engagement du garant, parce qu'un autre rapport continue encore à justifier cet acte d'attribution.

L'appel abusif. Pourtant, une exception de ce principe de l'autonomie est admise pour le cas de l'appel abusif. Le principe de l'autonomie ou l'indépendance suppose que la demande de paiement de la garantie qui n'est pas encore expirée est possible quand même le bénéficiaire aurait obtenu l'exécution totale du contrat de base³⁰⁾. Cette situation causerait l'appel de garantie abusif, parfois frauduleux. Pour éviter la conséquence inéquitable, la Convention des Nations Unies autorise le garant à opposer les exceptions dans les quatre hypothèses³¹⁾.

29) Ensemble de rapports composés est la cause de la garantie. POULLET (Yves), La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait? *Mélange Pardon*, 1996, Bruylant, p. 424. Alors que l'avis majoritaire des auteurs français trouve la cause objective de la garantie dans la considération à l'"avantage subordonné à la constitution de la garantie" poursuit par le donneur d'ordre. SIMLER (Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 3 éd., 2000, Litec, n° 939.

30) A propos de caducité dans le cas de l'impossibilité de couverture et celle de règlement, v. PRÛM (André), *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, 1994, Litec, p. 126.

31) L'art. 19, al. 2 de la Convention énumère les cas où 1° le risque n'est indubitablement pas matérialisé, 2° l'obligation sous-jacente a été déclarée invalide par un tribunal ou un arbitrage, 3° elle a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire, ou, 4° l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle de la part du bénéficiaire.

L'explication de ces exceptions par le rôle de cause de la garantie est douteuse. La cause, on l'a vu, est dōdoublee. Si l'on considère que la disparition du risque par l'exécution totale satisfaisante du contrat de base est opposable au bénéficiaire, la solution n'est pas conciliable avec l'autonomie de la garantie. L'on devrait chercher un autre fondement pour le droit de paralysie.

Le droit de recours compense l'autonomie. Or, si le garant a payé à la demande régulière dans la situation où le bénéficiaire a déjà reçu la satisfaction par l'exécution totale du contrat de base, il peut exercer le droit de recours personnel contre le donneur d'ordre. Nous y trouvons l'action de remboursement des dépenses du mandataire contre le mandant³²⁾. En conséquence, il n'y a pas de contribution à la dette par le garant³³⁾. Cela est un critère qui nous sert à distinguer la garantie des autres *Garantievertrag* comme de l'assurance-crédit³⁴⁾. L'assureur ne dispose jamais de recours personnel. Il n'a que le recours subrogatoire. Le taux de risque sera calculé par la technique statistique et compensé par la cotisation des assurés³⁵⁾.

Dans la garantie, au contraire, les dépenses seraient indemnisées au fur et à mesure que le donneur d'ordre est solvable. Le paiement à la demande abusive peut causer le dommage au donneur d'ordre que l'émetteur doit éviter. L'exception contre l'appel abusif est le droit de paralysie du garant

32) L'art. 650 Code civil japonais. Les auteurs français y trouvent l'ouverture de crédit. SIMLER (Philippe) et DELEBECQUE (Philippe), *Droit civil-Les sûretés/La publicité foncière*, 2 éd., 1995, Précis Dalloz, n° 232., p. 216.

33) CABRILLAC (Michel) et MOULY (Christien), *Droit de sûretés*, 5 éd., 1999, Litec, n° 26.

34) ANCEL (Pascal), *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, th. Dijon, 1981.

35) PERCEROU (Roger), La nature juridique de l'assurance-crédit. Contrat d'assurance ou contrat de crédit? *RGAT*, 1970, n° 53.

et en même temps il s'agit de moyen pour satisfaire l'obligation du garant envers le donneur d'ordre. L'émetteur-garant n'a pas le choix arbitraire de payer ou ne pas payer³⁶⁾.

Domage indemnisable dans le contexte international. Donc, le paiement du garant est toujours imputable au donneur d'ordre. Or, dans le commerce transnational, le paiement de la garantie contre le gré du donneur d'ordre peut causer le dommage irréparable à celui-ci, notamment au cas où la demande de restitution de l'enrichissement contre le bénéficiaire est inefficace³⁷⁾ soit parce qu'il est matériellement impossible d'intenter une action en justice dans le pays du for qui est en temps de guerre, soit parce que le défendant invoque l'immunité de l'État souverain. Dans ce contexte le dommage sera le plus probable. Le droit de paralysie est ainsi justifié pour la garantie autonome internationale.

Conclusion

La technique de l'obligation abstraite est un instrument pour le financement dans la phase historique où la méfiance mutuelle pénètre dans le monde des affaires, et où la bonne foi n'a pas de position assez dominante. La théorie d'abstraction matérielle de la promesse de payer une somme d'argent de la cause est une "conception, qui s'est formée à une époque où l'on voulait favoriser la sécurité juridique au moyen des actes abstraits, est aujourd'hui dépassée."³⁸⁾ Quant à la théorie, comme dans les

36) Débat dans la session de WG d'UNCITRAL. *UNCITRAL Yearbook*, vol. 26, 1995, pp. 253-320 [A/CN.9/SR.547-564].

37) MAUTNER (Menachem), Letter-of-credit Fraud: Total Failure of Consideration, Substantial Performance and the Negotiable Instrument Analogy, vol. 18, *Law and Policy in International Business*, pp. 579-647 (1986).

38) Ce passage traite le propos d'abstraction de la procuration, mais on pourrait appliquer cette analyse aussi au sujet de l'abstraction de la promesse de paiement. SAUSSURE (Claude de), *L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation*, th. Genève, 1945, p. 61.

autres systèmes juridiques, au Japon, la protection de la bonne foi du tiers par la notion d'apparence est préférée. Il y a aussi, parmi les législations d'aujourd'hui, la loi qui veut limiter l'utilisation des effets de commerce par les consommateurs non professionnels, comme le droit français³⁹⁾. Pourtant, il reste encore le domaine qui nécessite cette technique, comme le commerce international. Où la pratique de l'obligation abstraite survit, la théorie vivra également.

39) L'art. L. 313-13 du Code de la consommation.