

# Le contrat de garantie à la lumière du droit civil polonais – dilemmes de construction

Jacek Krauss\*

## I. Questions introductives

Cet article vise uniquement à présenter le problème et à rechercher dans la doctrine du droit civil une formule uniforme de la relation juridique de garantie. Jusqu'à présent, ces recherches n'apportaient pas de résultats satisfaisants. Néanmoins, de nombreuses déclarations scientifiques semblent déterminer avec précision certaines caractéristiques d'une telle relation de garantie, ou du moins la possibilité d'en exprimer les types.

Au début, il convient de noter que les considérations suivantes ne concernent pas la garantie de qualité, c'est-à-dire la déclaration du vendeur/fabricant faisant référence aux caractéristiques de qualité des biens vendus (ou des biens fabriqués). Cette institution est bien connue du droit polonais et est présente dans la réglementation d'autres pays, en particulier elle résulte des directives de l'Union Européenne.

Il n'y a aucun doute sur le contrat de garantie, dont le but est d'assurer l'exécution d'une prestation dans le cadre d'une relation juridique de base sécurisée. Cette restriction est-elle éligible ? Il semble que le contrat de garantie prenne et peut éventuellement prendre en charge le risque d'échec de divers événements, et pas seulement ceux résultant d'une relation de droit civil.

Dans cette partie introductive, on peut immédiatement affirmer qu'un tel contrat n'est pas réglementé en tant que relation juridique distincte, mais il est possible de distinguer différentes formes normatives d'un contrat de garantie en tant que garantie d'exécution d'une autre relation juridique.

D'autre part, la recherche scientifique va plus loin et concerne la construction d'un contrat de garantie ne faisant pas référence à la garantie de la réalisation d'une prestation provenant d'une autre relation juridique, mais se rapportant à un événement – un comportement qui n'est pas une prestation au sens du droit civil.

---

\* Professeur à l'École Supérieure d'Administration Publique d'Ostrołęka, Maître de conférences à la faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie.

La présentation de ces questions semble suffisamment intéressante pour l'approcher, même si elle soulève des doutes quant au concept d'un contrat de garantie unique et séparé.

## II. Contrats de garantie garantissant la réalisation des prestations de la relation de base déterminée

1. Le premier cas d'obligation de garantie régie par le Code civil (bien qu'il ne porte pas le nom normatif) est un contrat de prestation par un tiers (art. 391 C. civ. pol.). Selon cette structure, « Si le contrat stipule qu'un tiers contractera un engagement spécifique ou réalisera certaines prestations, la personne qui a contracté cet engagement est responsable des dommages que l'autre partie subit par le fait qu'un tiers agit en refusant de contracter un engagement ou en omettant d'exécuter la prestation. Toutefois, il peut être dispensé de l'obligation de réparer le préjudice en remplissant les prestations promises ».

L'interprétation de cette disposition soulève au moins deux lignes de raisonnement. La première : la partie qui promet doit s'efforcer de s'assurer que la tierce partie a réalisé la prestation ou a pris un engagement (la nature de l'obligation du garant peut être communiquée au contrat dans le cadre de la disponibilité de la disposition). La seconde : qui est devenue dominante et affecte la pratique de l'utilisation de cette institution et repose sur la reconnaissance du fait que la garantie vise à garantir la réalisation du résultat escompté et non sur la promesse d'un effort déterminé de la part du garant. Ce raisonnement attribue au contrat de garantie de l'art. 391 C. civ. pol. les caractéristiques suivantes. Cela crée un engagement indépendant du débiteur-garant. L'obligation du débiteur s'exprime uniquement par le versement d'une indemnité et non par des efforts pour que le tiers agisse en conséquence. Ainsi, la responsabilité du débiteur-garant repose sur le principe du risque (et non-culpabilité) et son obligation est l'obligation de résultat. L'obligation du débiteur-garant est de causalité – il est attribué à la *causa cavendi*, c'est-à-dire que la raison d'être de la garantie est soit l'exécution d'une autre obligation, soit sa création (on peut également le voir ici aussi *causa solvendi*). Le contrat de garantie n'est pas accessoire à la créance garantie, ce qui signifie l'irrecevabilité de soulever des allégations à partir du contenu de la relation sécurisée.<sup>1</sup>

1 Ewa Łętowska, *Contrat déclaration par un tiers* [Umowa o świadczenie przez osobę trzecią], Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze, 1970, p. 12.

Ce problème (le caractère accessoire) semble assez complexe. On suppose que le caractère accessoire est exprimé par le fait que l'obligation de couverture dépend de l'existence de la créance qu'elle garantit, ce qui est vrai, mais le degré de dépendance et sa relation peuvent varier. En particulier, il existe une certaine confusion quant à la distinction entre causalité et caractère accessoire. La négation de la causalité – c'est-à-dire de caractère abstrait – est attribuée à l'incapacité de soulever des allégations à partir de la relation de garantie (de base), ce qui n'exclut toutefois pas la possibilité d'invoquer la non-existence d'une relation sécurisée en général. La causalité est possible en l'absence de caractère accessoire (contrat de garantie en vertu de l'art. 391 C. civ. pol.). On peut supposer qu'il existe des cas où la causalité et le caractère accessoire sont simultanés (comme dans le cas d'une caution). La question se pose alors de savoir ce qu'est le caractère accessoire.

Le caractère accessoire exprime la dépendance vis-à-vis la relation sécurisée, mais répond au mode de connexion avec la relation juridique sécurisée. Le caractère accessoire est le résultat d'un état dans lequel la même prestation fait l'objet de relations juridiques différentes. En d'autres termes, cette prestation est un « lien » entre des relations contractuelles distinctes, déterminant le caractère accessoire de ces relations. De façon contraire, A. Szpunar,<sup>2</sup> constate le caractère accessoire dans l'identité du contenu des engagements. Comme il semble maintenant, cette position doit être considérée comme non pertinente. Le caractère accessoire permet de soulever les objections par le débiteur dans le cadre d'une relation avec le créancier, auxquelles il a droit de la part d'une autre relation juridique. Une telle interprétation est admissible en vertu d'un contrat de caution (art. 863 C. civ. pol.), car, bien que la caution repose sur l'existence de deux obligations différentes et donc de dettes différentes, elle repose sur l'identité de la prestation. Cela semble déterminer le caractère accessoire de la responsabilité du garant.

Dans le domaine des relations obligatoires, on peut admettre que le caractère accessoire repose précisément sur le « connecteur » de deux relations obligatoires – l'identité de la prestation (sinon la question du caractère accessoire se manifeste dans le droit de propriété, où l'identité de la prestation n'existe pas – nantissement, hypothèque).

L'analyse de cette question ne devrait donc pas être prise en compte dans les considérations relatives à la garantie.

En conséquence, le manque de caractère accessoire du contrat de garantie affecte de manière significative la forme de la structure. Le contrat de garantie garantit l'exécution d'une autre obligation (ou sa création) en supportant le risque pour le garant de ne pas obtenir un résultat dans une relation juridique sécurisée, mais la responsabilité de la partie qui promet est compensatoire, ce qui signifie que le garant est en fait responsable du préjudice subi par le créancier.<sup>3</sup>

2 Adam Szpunar, *Garantie personnelle de créances* [Zabezpieczenia osobiste wierzytelności], Sopot, Wydawnictwo Prawnicze, 1997, p. 82.

3 Wojciech Popiołek, « Przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych. Komentarz do art. 1-449<sup>10</sup> » [Les dispositions générales sur les obligations contractuelles. Commentaire

2. Un autre cas d'obligation de garantie régie par le Code civil est le contrat d'exemption de l'obligation de fournir une prestation. Selon art. 392 C. civ. pol. « Si un tiers s'engage, par contrat avec le débiteur, à le libérer de l'obligation de fournir la prestation, il est responsable envers le débiteur pour le fait que le créancier ne lui demandera pas de fournir la prestation ». La littérature suppose qu'un tiers (garant) contracte une obligation de garantie envers le débiteur (c'est-à-dire essentiellement son créancier). Ce contrat est causal, aléatoire et non de caractère accessoire. Selon la responsabilité du garant, elle est généralement considérée comme une responsabilité objective du même effet, elle s'applique à l'état dans lequel le créancier demande au débiteur de fournir la prestation. Toutefois, on peut faire valoir que cette responsabilité constitue une responsabilité pour dommages et intérêts et que la responsabilité incombe à un tiers (garant) de s'acquitter d'une obligation en vertu de l'art. 392 C. civ. pol. ».<sup>4</sup> On suppose en même temps – je pense que c'est juste – que la responsabilité du garant ne naît que lorsque le débiteur tire prestation du créancier, car ce n'est qu'à ce moment-là que le dommage sera causé au débiteur.<sup>5</sup> Cependant, certains admettent que cette responsabilité existe déjà lorsque le créancier réclame une prestation du débiteur.<sup>6</sup>

Un contrat de garantie de l'art. 392 C. civ. pol. peut exister en tant que contrat de garantie indépendant ou à la suite de la conversion de la prise en charge de la dette, dans laquelle le créancier du locataire de la dette a refusé d'accepter la dette. Dans ce cas, le locataire éventuel de la dette devient redevable au débiteur pour le fait que le créancier ne demandera pas l'exécution de la prestation (art. 521 § 2 C. civ. pol.). Il ne fait aucun doute dans la littérature qu'il n'y a qu'une prise de contrôle de dette avec les effets indiqués à l'art. 392 C. civ. pol.

Ainsi, la controverse ne se pose que sur la nature de la prestation du garant. Il convient de se référer ici à la définition d'une prestation légale de droit civil (art. 353 C. civ. pol.). L'obligation est que le créancier puisse exiger du débiteur des prestations, et le débiteur doit réaliser la prestation. La prestation peut consister en une action ou en un abandon. La conclusion est qu'il n'y a pas de prestation en dehors de la relation contractuelle. De plus, le créancier peut exiger le comportement déterminé du débiteur. Cependant – si l'on admet que le comportement du débiteur-garant consisterait à entreprendre divers efforts préventifs, pour que le créancier n'exige pas l'exécution de la prestation du débiteur (p. ex., exécuter la prestation à la place du débiteur, solliciter de libérer le débiteur par le créancier

Art. 1–449<sup>10</sup>], dans Krzysztof Pietrzykowski (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], Vol. 1, Edition 9, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, p. 1342.

4 Piotr Machnikowski, « Umowa o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.). Komentarz » [Le contrat de déclaration par un tiers (art. 391 C. civ.). Commentaire], dans Edward Gniewek et Piotr Machnikowski (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], Edition 7, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, p. 737.

5 *Ibidem*.

6 Wojciech Popiołek, « Przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych. Komentarz do art. 1–449<sup>10</sup> », *op. cit.*, p. 1347.

de la dette), ce comportement potentiel du garant peut être reconnu comme une prestation. D'autre part, si le contenu de la prestation d'un garant ne porte que sur des dommages-intérêts, et non sur les efforts du garant, la responsabilité pour dommages-intérêts est une prestation ultérieure et non principale, ce qui signifierait que l'incapacité à identifier le comportement initial du débiteur (garant) pourrait être considérée comme une prestation. Ce dilemme de responsabilité au titre de la garantie reviendra encore plus loin dans l'analyse du problème.

3. Le dernier cas de reconnaissance normative d'un contrat de garantie est une garantie bancaire régie par la loi du 29 août 1997 sur la loi bancaire (Dz.U. 2017, point 1876 – texte consolidé). Selon l'art. 81 de la loi sur les banques – « Une garantie bancaire est un engagement unilatéral d'un garant bancaire qui, après que l'entité autorisée (bénéficiaire de la garantie) a spécifié les conditions de paiement pouvant être confirmées par les documents du bénéficiaire annexées à la demande de paiement dans le formulaire indiqué, versera au bénéficiaire de la garantie une prestation en espèces, directement ou par l'intermédiaire d'une autre banque, permettant le transfert des créances d'une garantie bancaire avec le transfert d'une créance garantie par une garantie » (art. 82 de la loi sur les banques). Cette construction est controversée dans la littérature, mais ses caractéristiques bien établies peuvent être soulignées. Tout d'abord, une garantie bancaire sert à garantir une créance désignée, c'est-à-dire qu'elle fait référence à une relation de base (sécurisée) déjà existante. Deuxièmement, la garantie, selon la position dominante de la littérature, est reconnue comme une garantie autonome et non comme une variante du contrat de prestation par un tiers (art. 391 C. civ. pol.). La disposition de l'art. 81 de la loi sur les banques est considérée comme une disposition déterminante. Par conséquent, les parties, dans le cadre de la liberté contractuelle (art. 353<sup>1</sup> C. civ. pol.), peuvent définir le contenu de cette garantie selon leur volonté. La garantie bancaire est traitée comme un contrat et non comme un acte juridique unilatéral – une indication qu'il s'agit d'une obligation unilatérale de la banque garante fait référence à la nature du contrat – le contrat de garantie est un contrat unilatéralement contraignant. La prestation du garant doit être de nature monétaire, mais la loi ne le spécifie pas à titre de compensation. La jurisprudence reconnaît assez uniformément cette prestation en espèces en tant que garantie. Cela signifie que le versement du montant de la garantie peut être intéressant sous la forme d'un ajustement pour perte, mais son calcul ne correspond pas nécessairement à la dégradation potentielle des biens du bénéficiaire de la garantie. Dans le même temps, la garantie bancaire n'est pas une variante de l'art. 391 C. civ. pol. cette prestation du garant n'est pas et ne peut pas être compensatoire. Ainsi, le bénéficiaire est libéré de démontrer l'état de dommage. Cela indique – en principe – le caractère autonome de la prestation en numéraire du garant.

La garantie bancaire n'a pas un caractère accessoire. Cela signifie l'inadmissibilité de soulever des charges d'une relation sécurisée. D'autre part, la causalité d'une garantie bancaire est discutable dans une certaine mesure. J'exprime l'opi-

nion que cette garantie est de nature abstraite. Le cadre de cet article ne permet pas une présentation plus large des réserves quant à la nature abstraite spécifique d'une garantie bancaire. Les considérations dans ce domaine appellent des réserves supplémentaires. Tout d'abord, la liberté de définir le contenu du contrat de garantie permet de responsabiliser le garant en introduisant des clauses « irrévocables et inconditionnelles » et « à la première demande ». Ils signifient une obligation absolue de payer le montant de la garantie et l'interdiction de faire appel aux allégations de la relation de base (liant le bénéficiaire de la garantie avec le commandant de la garantie<sup>7</sup>). En d'autres termes, le garant peut faire appel uniquement aux allégations de la relation de garantie liant au bénéficiaire et d'éventuelles allégations de relations personnelles. Toutefois, la jurisprudence souligne que la mise en œuvre de la garantie « contraire à l'objectif de la garantie », même en l'absence d'une relation fondamentale (quand elle n'a pas été créée, est devenue invalide) permet de porter l'accusation d'abus de la garantie (abus de droit subjectif – art. 5 C. civ. pol.)<sup>8</sup>. Cependant, le caractère abstrait de la garantie bancaire est caractérisé par le fait que même si le garant soulevait l'accusation d'abus de garantie, cela pouvait se produire après le paiement du montant de la garantie et non par l'allégation de refus de paiement du montant. Le recours à l'existence de la relation de base – via l'allégation d'abus de garantie – met à jour la question sur le lien de causalité de la garantie bancaire. Les considérations à cet égard dépasseraient le cadre de cette publication.

Il ne fait aucun doute que les parties – en formant le contenu de la garantie bancaire conformément à la liberté contractuelle, peuvent établir la relation de la garantie et la relation de base comme causale ; elles peuvent aussi indiquer que le versement de la garantie se fasse indépendamment de l'existence et de la validité de la relation de base (caractère abstrait complet de la garantie).

### **III. La question des caractéristiques communes des contrats de garantie normatifs et leur relation avec d'autres garanties**

Les contrats de garantie sont sans aucun doute une forme de garantie d'exécution ou de conclusion d'autres relations contractuelles. Ils relèvent donc du domaine des garanties. Présentent-ils des caractéristiques communes permettant

7 P. ex. largement sur cette question dans la Résolution de la Cour suprême entière de la Chambre civile du 28 avril III CZP 166/94 publication OSNC 1995, cahier 10, position 135.

8 *Ibidem*.

de considérer la garantie comme distincte des autres sécurités ? Il semble que la révision actuelle des formes normatives de la garantie permette d'indiquer à la fois l'individualité des contrats de garantie et d'autres actes de sécurité, ainsi que leurs caractéristiques communes. Les autres sûretés reposent sur des institutions du droit de la propriété (nantissement, hypothèque) ou sur des règles fiduciaires conditionnelles (transfert de la propriété en garantie, cession de créances à titre de garantie), ou à la demande d'une institution solidaire qui impose une obligation, une prestation et une dette communes, notamment : l'adhésion cumulée à la dette. En particulier, l'institution de solidarité des débiteurs, quelle que soit sa source, renforce la position du créancier de telle sorte qu'il obtienne une extension d'entité du côté de la dette tout en maintenant l'identité de la prestation. De même, une caution, constituant à elle seule un caractère accessoire, ne crée pas une nouvelle prestation.

Cependant, les contrats de garantie sous leur forme normative doivent simultanément : sécuriser d'autres relations contractuelles, y compris la réalisation des prestations découlant de telles relations, conserver leur caractère non accessoire par rapport à ces relations (ils ne peuvent pas combiner l'identité des prestations entre elles) et inclure leur propre prestation, qu'elle soit compensatoire ou un montant spécifié d'argent (somme de garantie). L'obligation du garant est toujours une obligation de résultat, fondée sur le principe du risque et qui est causale. Ces caractéristiques communes n'excluent pas la modification de certaines relations de garantie (garantie bancaire) conduisant à leur donner un caractère abstrait.

Il semble bien évident que de telles structures de garantie de forme normative ne suffisent pas à couvrir tous les événements dont le risque de survenue pourrait être pris en charge et garanti par le garant.

#### **IV. Admissibilité de la garantie de sécuriser d'autres événements que la prestation et l'absence de tiers en tant que garant**

1. La jurisprudence et la littérature acceptent pleinement des assurances qui protègent contre le risque d'événements spécifiques qui ne prennent pas la forme d'une prestation et sont donc liées à l'existence d'une relation de droit civil. L'arrêt de la Cour suprême du 9 novembre 2006<sup>9</sup> dans lequel la Cour avait déclaré qu'« un contrat de garantie couvrant un risque autre que l'inexécution ou la

9 Décision de la Cour suprême du 9.11.2006, IV CSK 208 /06. OSNC 2007, cahier 7-8, pos. 122.

mauvaise exécution des obligations » est important, mais que les limites de ce risque doivent être spécifiées dans le contrat (art. 353<sup>1</sup> C. civ. pol.). Cet arrêt se réfère à juste titre à la liberté contractuelle (art. 353<sup>1</sup> C. civ. pol.) et stipule qu'il ne s'agit pas d'un contrat de garantie destiné à garantir la créance du réclamant (bénéficiaire de la garantie), mais d'une garantie visant à le mettre à la disposition du bénéficiaire en augmentation de l'actif déterminé dans les termes spécifiés dans le contrat. (En réalité, l'affaire visait à garantir que la société paierait un certain montant à un membre du conseil de direction, même si la société ne réalisait pas de profit ou subissait une perte). Cela signifie que le contrat de garantie conclu entre les parties spécifiait le risque (dit « risque de garantie ») que le garant encourrait, le risque n'incluant pas l'état de non-exécution ou d'exécution non conforme des obligations du débiteur, mais ayant une portée beaucoup plus large. Selon la Cour, la spécification des conditions pour une demande de garantie dans le contrat est indispensable. Il s'agit de la survenue d'événements (dits accidents de garantie) plus précisément définis dans le contrat de garantie.

Dans cette position appropriée de la Cour suprême, on attire l'attention sur l'indépendance de la structure de garantie de l'art. 391 C. civ. pol., qui fait référence à la liberté contractuelle en tant que base acceptable des contrats de garantie et à l'admissibilité de la conception d'une garantie comme relation bilatérale en ce sens que le débiteur de la relation de base ne participe pas dans la construction de garantie, car la relation de base n'a aucune incidence sur l'existence d'une garantie. Il convient de noter que même l'autonomie d'une garantie bancaire, dans la mesure où elle vise à garantir une créance désignée, implique la relation de l'ordre entre le débiteur et la banque, de sorte que la banque fournit une garantie au bénéficiaire – créancier.

Cependant, la jurisprudence n'est pas toujours cohérente. La Cour suprême dans son arrêt du 9 octobre 2014,<sup>10</sup> a estimé que « la fourniture de la prestation (au titre de l'art. 391 C. civ. pol.) est de satisfaire l'obligation découlant de la dette, mais il n'y aura aucun comportement qui ne résulte pas de la relation juridique existante ». Dans ce cas, le vendeur des actions a assuré que pendant une période déterminée, ni lui ni son conjoint, ni leurs descendants ni les entités dans lesquelles ils détiennent des actions ne mèneront une activité concurrentielle désignée. Dans ce cas, la Cour suprême a évalué le contrat à travers le prisme de la norme art. 391 C. civ. pol. en renonçant à l'évaluation du contrat de garantie sur la base de la liberté contractuelle pour la conclusion des contrats de garantie, lorsque le risque de l'événement désigné ne comprendra pas la prestation mais aussi le comportement en cas de non-exécution. En outre, le tribunal a déclaré que, dans les limites de la liberté contractuelle, il n'y a pas d'acceptation de la responsabilité de la garantie pour le comportement de tiers sans l'existence d'une relation entre ces personnes et le garant et le créancier. Cette position erronée du

10 Décision de la C.s. du 9.10.2014, IV CSK 29/14. LEX n° 1544570.

tribunal, qui a la possibilité d'évaluer différemment en se référant précisément à la jurisprudence antérieure faisant référence à l'approbation de contrats de garantie, non exprimée dans leurs normes normatives, fondée sur la liberté contractuelle (art. 353<sup>1</sup> C. civ. pol.), a été largement critiquée.<sup>11</sup>

Le cas suivant de jurisprudence semble également très intéressant. Le verdict de la Cour suprême concernait la question complexe et à multiples facettes de l'octroi d'une garantie dans le contrat préliminaire afin de conclure un contrat promis,<sup>12</sup> car les faits de la cause ainsi que les questions liées au contrat préliminaire seront omis. Ces questions ont été discutées plus en détail dans les gloses sur la décision de la Cour suprême.<sup>13</sup>

L'essentiel de la question est que l'acheteur éventuel (le requérant) a donné au vendeur une garantie irrévocable d'un certain montant, en vertu duquel il garantissait au vendeur que le plan d'aménagement du territoire serait approuvé dans les délais impartis, le montant de la garantie étant égal au paiement d'avance versé ; en cas de non-respect de la condition couverte par la garantie, le vendeur devait conserver l'avance sur le montant de la garantie fixé.

La Cour suprême, en abrogeant le verdict du tribunal de deuxième instance, a déclaré que la relation de garantie reposait essentiellement sur la participation d'un tiers aux relations avec les parties au contrat de base, c'est-à-dire le garant. Entre-temps, l'identité des entités entre le garant et le débiteur principal (promettant d'acheter) a eu lieu dans l'affaire résolue. En outre, la Cour suprême a attiré l'attention sur le manque d'expression de la relation de base (« la dette de la relation de base n'a pas été précisée »). Elle s'est également prononcée en faveur d'une sanction

11 P. ex. Jacek Jastrzębski, « O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej » [Sur les clauses d'indemnisation et la notion du contrat de garantie, *Revue du Droit Commercial*], *PPH* 2018, n° 3, p. 19–26 ; Jacek Krauss, « Niedopuszczalność stosowania przepisów oświadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.) do zachowania niewynikającego z istniejącego stosunku prawnego, polegającego na powstrzymaniu się od działalności konkurencyjnej – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14) » [Inadmissibilité d'application des dispositions du contrat de déclaration par un tiers (art. 391 c. civ.) au comportement ne résultant pas de la relation juridique existante consistant à s'abstenir de cette activité concurrentielle, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 9.10.2014 (IV CSK 29/14)], *Glosa* 2015, n° 3, p. 47–54.

12 Décision de la C.s. du 6.03.2015, III CSK 155/14 OSNC 2016, cahier 3, pos. 33.

13 Plus largement sur cette question Jacek Jastrzębski, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) » [Clause de garantie dans un avant-contrat, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 6.03.2015 (III CSK 155/14)], *Glosa* 2017, n° 2, p. 39–49 ; aussi Andrzej Szlęzak, « Brak przyczyny prawnej umowy przedwstępnej powoduje niepowstanie (ustanie) obowiązku wynikającego z gwarancji zawarcia umowy przyrzeczonej, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. » [Le manque de clause juridique de l'avant-contrat cause la non-formation (la cessation) du devoir résultant de la garantie de la conclusion du contrat promis Glose à la décision C.s. du 6.03.2015], III CSK 155/14, *Jurisprudence des Tribunaux Polonais* 2016, cahier 11, pos. 108, p. 1556–1570.

sous forme d'indemnisation, bien que le contrat de garantie prévoit le versement d'un montant déterminé. Il convient de souligner que bien sûr – en l'absence de précision de la sanction, il s'agit d'une indemnisation, mais les parties sont libres de la spécifier et le contrat l'indique précisément comme le paiement de la somme indiquée. Enfin, la Cour suprême a déclaré que, pour lier la garantie au paiement anticipé (retenue de l'acompte), il fallait examiner s'il y avait eu violation des limites de la liberté contractuelle en contournant les limitations légales des contrats de garantie.

Ces objections de la Cour peuvent être considérées comme incorrectes. À cet égard, la littérature a parlé sans ambiguïté et de manière critique. On ne peut pas accuser le non-respect des limites de la liberté contractuelle si les limites ne sont pas précisées et c'est justement l'attribution contractuelle du risque de non-respect de la condition de l'acheteur et l'assurance à cet égard pour le vendeur d'un montant approprié qui reflètent pleinement l'essence de la promesse de garantie.<sup>14</sup>

Je partage par ailleurs l'opinion selon laquelle il est indispensable de rechercher une relation de base du sécurisé, car la garantie prend en charge le risque économique d'un événement donné, c'est-à-dire le non-respect de la condition, qui n'exprime l'existence d'aucune relation fondamentale.<sup>15</sup> Enfin, les doutes de la Cour suprême doivent être considérés comme non fondés s'ils se produisent sans la participation d'un tiers. La Cour semble avoir réduit la construction de la garantie aux normes normatives tripartites (par exemple, l'art. 391 C. civ. pol.), qui avait été critiquée<sup>16</sup> à juste titre comme la Cour suprême dans une décision<sup>17</sup> antérieure citant la liberté des contrats, a reconnu l'acceptabilité des contrats de garantie sans la participation d'un tiers, qui passe des contrats au-delà des normes normatives des relations tripartites. Je partage cette position de la doctrine de droit civil.

2. Une tentative de généralisation est nécessaire ici. Peut-on trouver des caractéristiques communes dans les contrats de garantie qui se placent dans la sphère de la liberté contractuelle, ainsi que des caractéristiques qui lieraient ces contrats à leurs normes normatives ?

Il semble que les formes de contrats de garantie conclus sur la base de la liberté contractuelle ne soient pas liées à l'existence d'une relation de base (sécurisée),

14 Très convaincant Jacek Jastrzębski, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) », *op. cit.*, p. 47.

15 *Ibidem*, p. 46.

16 Andrzej Szlęzak, « Brak przyczyny prawnej umowy przedwstępnej powoduje niepowstanie (ustanie) obowiązku wynikającego z gwarancji zawarcia umowy przyrzeczonej, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) », *op. cit.*, p. 1567 ; Jacek Jastrzębski, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) », *op. cit.*, p. 45.

17 Décision C.s. du 9.11.2006, IV CSK 208/06, *op. cit.*

elles sont au moins dénuées de pertinence pour l'existence de tels contrats de garantie. Cela signifie également l'admissibilité d'une relation « à deux côtés », sans la participation nécessaire d'un tiers. Il n'est pas possible non plus d'attribuer de tels contrats ou un caractère accessoire (ce qui est évident, car le caractère accessoire exclut, à mon avis, la reconnaissance du contrat en tant que garantie). Cependant, on peut supposer que ces contrats sont causaux. Les contrats de garantie fondés sur la liberté contractuelle sont de nature aléatoire. La responsabilité du garant est la responsabilité de l'effet – elle est liée à la survenue d'un événement spécifique et peut donc être définie comme basée sur le principe de risque.

La caractéristique de ces contrats de garantie est la disposition définie d'un garant ou d'une indemnité ou d'une prestation en espèces (on peut les appeler un montant de garantie) ; en l'absence de désignation de la prestation dans le contrat, il faut supposer qu'il s'agit d'une prestation d'indemnisation.

Cependant, la recherche de caractéristiques communes aux contrats de garantie normatifs et à ceux créés sur la base de la liberté contractuelle est plus complexe. Ces caractéristiques communes peuvent sembler évidentes : responsabilité à base de risque pour un résultat désigné – la survenance d'un événement désigné (selon des schémas normatifs – comportement désigné du débiteur, inexécution), et la responsabilité du garant (ou l'obligation de payer un montant désigné). Des différences peuvent être indiquées, les contrats de garantie construits sur la base de normes normatives doivent garantir la relation de base déterminée et donc exiger la participation de tiers. D'une part, on peut limiter la normalisation d'une autre construction contractuelle en vertu de laquelle le garant oblige le bénéficiaire à payer si un événement de garantie désigné survient – dommages-intérêts soit le montant convenu.

Cependant, il existe un risque de chevauchement, même partiel, entre les étendues et les définitions de ces constructions contractuelles. En conséquence, on peut tenter, même théoriquement, de construire une structure unique de contrat de garantie couvrant toutes les formes de contrats de garantie. La clé de la construction de cette structure semble être de déterminer la prestation du garant.

## **V. Concepts théoriques de la saisie uniforme d'un contrat de garantie**

Le concept de prestation de garantie est un problème clé qui nécessite une solution et qui pourrait constituer un obstacle à la construction d'un contrat de garantie uniforme. Au début, on peut déjà constater que la reconnaissance de la prestation du garant en tant que compensation est correcte (il ne peut y avoir d'obligation

sans une prestation fixée), mais cela indique que c'est une prestation suivie, sanctionnée. Par conséquent, il y a une question sur la principale prestation à laquelle le garant s'obligerait. Il est bien indiqué dans la littérature qu'une telle prestation fait défaut. Comme le souligne fort justement J. Jastrzębski, « l'intérêt économique servi par la conclusion du contrat ne peut être qualifié de prestation technique et juridique définie et, par conséquent, ne peut pas faire l'objet d'une obligation (art. 353 C. civ. pol.). Par conséquent, un tel intérêt ne peut pas être directement couvert par l'exécution de la prestation... La satisfaction de l'intérêt du créancier ne peut donc être réalisée qu'indirectement en lui fournissant une prestation de garantie ». <sup>18</sup> Cette position est également le choix d'un concept en relation avec l'appréciation de la nature du contrat d'assurance que la prestation de l'assureur ait pour objet de supporter le risque (couverture d'assurance) et, le cas échéant, le versement d'une indemnité (ou d'une somme d'argent), ou que cette prestation constitue le versement « immédiat » d'une indemnité ou d'une certaine somme en cas d'accident d'assurance, ce qui signifie que l'assureur est chargé d'une obligation de prestation en vertu du droit des obligations. Par conséquent le choix du concept de « risque encouru » conduit à la conclusion (juste) que le fait de supporter le risque est peut-être une « prestation au sens économique », mais pas au sens du droit technique et droit civil. Il est juste de noter qu'on ne peut pas remplir la prestation de prise de risque, de la protection et de l'exécution judiciaire d'une telle prestation. <sup>19</sup> Cependant la notion de prise en charge du risque en tant que « prestation » du garant dans les contrats de garantie, y compris du contrat d'assurance, conduit J. Jastrzębski à conclure que « la caractéristique commune des contrats de garantie est qu'ils servent à réaliser un intérêt qui ne peut pas être directement couvert par quelque chose qui peut être considéré comme une prestation au sens technico-juridique de ce mot ». <sup>20</sup> Cette idée conduit à la même évaluation (« dénominateur commun ») des deux contrats de garantie normatifs (contrats avec l'art. 391 C. civ. pol. et l'art. 392 C. civ. pol. de la garantie bancaire), autres contrats de garantie et contrats d'assurance (dans chacun de ces cas, le garant ne peut s'engager à faire en sorte que le résultat souhaité soit obtenu). Ce terme général du contrat de garantie couvre donc tous les types de contrats, y compris le contrat de caution. <sup>21</sup>

En conséquence, J. Jastrzębski présente la notion théorique de contrat de garantie, <sup>22</sup> qui, selon l'auteur, vise à satisfaire de manière indirecte – par le biais

18 Jacek Jastrzębski, « O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej » [Sur les clauses d'indemnisation et la notion du contrat de garantie], *Przegląd Prawa Handlowego* 2018, n° 3, p. 21.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*, p. 22.

22 Jacek Jastrzębski, « Nieubezpieczeniowe umowy gwarancyjne » [Contrats de garantie n'étant pas d'assurances], *PPH* 2018, n° 7, p. 6.

création d'une obligation du garant – un tel intérêt du créancier, auquel le comportement du débiteur ne peut pas directement satisfaire, quelles seraient les caractéristiques d'une prestation traditionnellement comprise.<sup>23</sup> En conséquence, « La prise contractuelle par une personne (garant) de risques qui, en l'absence d'un tel contrat, seraient supporté par une autre personne (le bénéficiaire de la garantie, le créancier au titre de la garantie) fait partie de la définition du contrat de garantie. À cet égard, il n'y a donc aucune différence entre le contrat d'assurance et les autres contrats de garantie ».<sup>24</sup>

Cependant, à travers une vision large de « prise de risque », ce concept unifie inévitablement toutes les structures de garantie en éliminant les différences du contrat d'assurance. D'où la recherche de critères permettant de démontrer la construction et le caractère distinctif normatif du contrat d'assurance par rapport à d'autres contrats de garantie, voire à un contrat de garantie uniforme. La proposition de l'auteur est de reconnaître comme contrat d'assurance un contrat dans lequel l'assureur supporte le risque (communauté de risque) conjointement avec le preneur d'assurance, moyennant un paiement basé sur une cotisation.<sup>25</sup>

Il convient d'ajouter ici la qualification spéciale évidente de l'assureur, mais cela n'affecte pas l'évaluation de la conception du contenu.

## VI. Evaluation de la recherche théorique proposée

Je suis fondamentalement d'accord avec la tentative théorique d'expliquer la construction des contrats de garantie. Cette caractéristique commune – la prise de risque – ne peut pas être incluse dans la catégorie des prestations du droit des obligations (art. 353 C. civ.). Néanmoins, une utilisation large et exclusive de la catégorie comportant des risques peut conduire à l'absorption de diverses structures de « garantie » par un modèle de garantie uniforme. Dans ce cas, toute garantie de réclamation pourrait constituer une « garantie » dans l'approche présentée. Cela inclurait une hypothèque et un gage. (Après tout, un débiteur hypothécaire qui n'est pas un débiteur personnel assume également le risque d'un incident – aucun remboursement de la dette sur lequel il n'a aucune influence). À son tour – contrairement à la position de l'auteur – la caution ne peut en aucun cas être considérée comme un contrat de garantie, car le garant encourt sa propre obligation et supporte le risque, mais son obligation est

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 12.

de verser la prestation garantie. La solidarité des débiteurs, bien qu'elle puisse avoir une valeur de sécurité, n'est pas de nature garantie, car l'exécution d'un débiteur solidaire constitue sa propre dette et sa propre prestation pour lesquels il « a le pouvoir de payer ».

D'autre part, une approche large du risque supporté oblige l'auteur – nonobstant l'identification de caractéristiques de garantie – à rechercher l'identité du contrat d'assurance, ce qui implique de le laisser sous une forme normative. Si le concept de l'auteur était structuré de manière uniforme, son champ d'application absorberait les normes de garantie normatives existantes (après la garantie prévue à l'art. 392 C. civ. pol., sa variante consistant à faire en sorte que le garant s'efforce de servir le créancier à la prestation du créancier ne saurait être exclue ; les clauses de garantie appropriées nécessitent une découverte normative).

Par conséquent, en approuvant l'explication théorique et novatrice de la construction du contrat de garantie, je serais contre l'élimination normative des modèles existants des contrats de garantie. Cependant, la question ouverte est de rechercher des ressources supplémentaires de la garantie, qui permettraient de reconnaître comme garantie les événements n'étant pas les prestations d'une relation de base (sécurisée), sans toutefois créer de confusion avec des structures de garantie déjà réglementées.

## Bibliographie

- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) » [Clause de garantie dans un avant-contrat, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 6.03.2015 (III CSK 155/14)], *Glosa* 2017, n° 2, p. 39–49.
- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « Nieubezpieczeniowe umowy gwarancyjne » [Contrats de garantie n'étant pas d'assurances], *PPH* 2018, n° 7, p. 4–15.
- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej » [Sur les clauses d'indemnisation et la notion du contrat de garantie, *Revue du Droit Commercial*], *PPH* 2018, n° 3, p. 19–26.
- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « Swoboda zawierania i kształtowania umów gwarancyjnych – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14) » [La liberté de conclure et formuler les contrats de garantie, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 9.10.2014 (IV CSK 29/14)], *Glosa* 2015, n° 2, p. 16–26.
- KRAUSS, Jacek, « Niedopuszczalność stosowania przepisów oświadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.) do zachowania niewynikającego z istniejącego stosunku prawnego, polegającego na powstrzymaniu się od działalności konkurencyjnej – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14) » [Inadmissibilité d'application des dispositions

du contrat de déclaration par un tiers (art. 391 c. civ.) au comportement ne résultant pas de la relation juridique existante consistant à s'abstenir de cette activité concurrentielle, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 9.10.2014 (IV CSK 29/14)], *Glosa* 2015, n° 3, p. 47–54.

ŁĘTOWSKA, Ewa, *Umowa oświadczenie przez osobę trzecią* [Contrat de déclaration par un tiers], Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970.

MACHNIKOWSKI, Piotr, « Umowa o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.), Komentarz » [Le contrat de déclaration par un tiers (art. 391 c. civ.), Commentaire], dans Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (dir.), *Kodeks cywilny, Komentarz* [Code civil, Commentaire], 7<sup>ème</sup> éd., Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, p. 3–737.

POPIOŁEK, Wojciech, « Przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych. Komentarz » [Les dispositions générales sur les obligations contractuelles, commentaire], dans Krzysztof Pietrzykowski (dir.), *Kodeks cywilny, t. 1 : Komentarz, art. 1-449<sup>10</sup>* [Code civile, t. 1 : Commentaire, art. 1-449<sup>10</sup>], 9<sup>ème</sup> éd., Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, s. 1342–1347.

SZLĘZAK, Andrzej, « Brak przyczyny prawnej umowy przedwstępnej powoduje niepowstanie (ustanie) obowiązku wynikającego z gwarancji zawarcia umowy przyrzeczonej, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) » [Le manque de la cause juridique de l'avant-contrat cause non formation (la cessation) du devoir résultant de la garantie de la conclusion du contrat promis, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 6.03.2015 (III CSK 155/14)], *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2016, n° 11, pos. 108, p. 1556–1570.

SZPUNAR, Adam, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności* [Garantie personnelle de créances], Wydawnictwo Prawnicze, Sopot 1997.