

Garantie de paiement et manière de s'en servir

LA GAPD OU LE POISON DE SOCRATE

Il est bien naturel qu'un contrat prévoit le pire. Il est tout autant que ce contrat soit exécuté de bonne foi et que l'on observe où sont ses limites naturelles et donc, dans quelles circonstances il ne faut pas aller trop loin. La Gapd, ou garantie à première demande, est de ces revolvers que l'on ne sort qu'en cas de légitime défense. Il n'a pas vocation à tirer sur une ambulance... Car le malheur qui nous frappe tous ne peut pas conduire les uns ou les autres à tirer la couverture à soi. Soyons sérieux : le propriétaire qui craint le non paiement d'un T2 chargé de Covid, peut-il sincèrement se servir directement chez le banquier ? Il y a quatre mille ans, le Code d'Hamurabi dans sa sagesse, prescrivait déjà que le créancier ne peut prendre de l'orge dans la maison du débiteur sans son consentement.

Par M^e Gilles Hittinger-Roux, avocat-associé (H.B. & Associés)

A son procès, Socrate n'a pas voulu d'avocat. Il se savait condamné. Sa mort était programmée afin de protéger l'ordre de la cité, de protéger les dieux, de protéger la jeunesse. Son dernier breuvage fut la cigite ; il a pourtant laissé comme dernier témoignage l'obéissance à la loi. Il meurt devant ses condisciples et l'on rapporte que ses accusateurs, rongés par le remord, se pendirent. L'obéissance à la loi, le respect au contrat, doivent-ils entraîner la disparition de certaines entreprises au motif que, lors de la signature d'un bail, une Gapd (garantie à première demande) a été signée.

Malheureusement, il est possible qu'un tel scénario se produise.

En effet, les conséquences du confinement amènent les acteurs (locataires et propriétaires) à des positions qui rendent les équilibres financiers particulièrement précaires. Certains bailleurs préfèrent s'attribuer le dépôt de garantie en présence d'un loyer impayé, notamment le second trimestre, en attendant des jours meilleurs : d'autres appellent le banquier du locataire pour se faire payer la garantie qui avait été accordée lors de la signature du bail.

Il convient donc de reprendre les mécanismes de la Gapd, car il n'est pas certain que les locataires aient pris toute la mesure de cette convention (I). De plus, il ressort que les contentieux portant sur la Gapd sont rarement en faveur du locataire (II).

I. La Gapd, une sûreté anesthésiante

La Gapd est encadrée par l'article 2321 du Code civil, lequel dispose que «La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant les modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation de garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.»

Pour le locataire, bien souvent la Gapd est un moyen d'éviter de bloquer 3 mois ou 6 mois de loyer selon le bail. Une Gapd a un coût forcément réduit, de l'ordre de 1% à 2% du montant donné à titre de garantie.

cette situation inédite que nous connaissons à travers les notions de force majeure, exception d'inexécution, bonne foi, destruction de la chose louée.

Il faut rappeler cependant que le bénéficiaire d'une garantie autonome a le droit de la mettre en œuvre sans se préoccuper immédiatement de ce que le débiteur doit ou ne doit pas. En revanche, il n'est pas possible d'admettre que le bénéficiaire puisse sciemment utiliser son droit de l'engagement du garant, pour se procurer des sommes qu'il serait ne pas lui être dues. C'est la raison pour laquelle il est admis que le simple comportement du bénéficiaire d'une garantie autonome mise en œuvre, alors qu'il sait qu'il n'est pas en mesure de le faire légitimement, peut fort bien être qualifié d'abusif mais aussi de frauduleux.

Des décisions ont été rendues par la cour d'appel de Versailles le 6 juillet 2011 opposant la société Maritza à la société Alstom. Il est considéré que la fraude, comme l'abus, sont à reprocher en termes de griefs et «sanctionne ce qui peut être retenu comme deux expressions distinctes de la mauvaise foi : celle de la fraude, supposant que le bénéficiaire de la garantie se livre à une manœuvre en vue d'ob-

Dès lors, très fréquemment, la proposition des bailleurs d'intégrer ce dispositif a été largement acceptée puisqu'il permettrait, pour les comptes d'exploitation, des coûts réduits.

Très fréquemment, il était considéré dans le jargon des directeurs immobiliers, que la Gapd était indolore. La douleur apparaît seulement lorsque la Gapd est actionnée par le bailleur ; c'est un peu la caution donnée auprès d'un ami ! C'est la raison pour laquelle la Gapd est considérée comme une sûreté qui est tout à fait autonome à l'égard du contrat principal.

Dès lors, le banquier qui a déjà, dans une période antérieure, octroyé une ligne de crédit/découvert, participé à la mise en place d'un prêt garantie par l'Etat (Pge) et finalement se retrouve à verser la somme en qualité de garant, considère ce client comme tout particulièrement dangereux. En effet, le garant n'est pas tenu au paiement définitif puisqu'il a agi sur ordre. Le contrat unissant le garant (le banquier) et le donneur d'ordre (le locataire) prévoit toujours le remboursement du premier par le second. Bien qu'agissant de manière autonome, le garant a agi sur ordre et il doit

tenir une somme à laquelle il n'a pas droit, et celle de l'abus manifeste, qui résulte à l'évidence d'un défaut de droit du bénéficiaire qui appelle néanmoins à la garantie.»

Il faut constater que des bailleurs ont pris de telles initiatives et les locataires ont été contraints de payer les loyers afin d'éviter leur droit au crédit. Il semble que quelques décisions ont déjà été rendues devant le tribunal de commerce de Paris où les juges n'ont pas encore pris la mesure de la situation dans laquelle se trouvent le commerce et tout l'immobilier commercial.

être remboursé une fois sa prestation effectuée.

La mise en œuvre par le bailleur d'une garantie à première demande auprès de la banque locataire constitue nécessairement un dommage certain pour le preneur. Il est vraisemblable que le banquier mettra un terme à toute ligne de crédit et recherchera dans les meilleurs délais les sommes obtenues au titre de la Gapd. C'est vraisemblablement le début d'une procédure collective qui est annoncée, voire la disparition de l'entreprise.

II. Le droit cesse lorsque l'abus commence
Le philosophe Rudolf von Ihering a déclaré, dans sa théorie, la limite du droit social en affirmant que le droit cesse lorsque l'abus commence. C'est donc à ce dernier que je dois cette formulation. Les rédacteurs de l'article 2321 ont intégré les limites de la Gapd puisqu'ils ont exclu la mise en place de cette convention dans l'hypothèse d'un abus ou de fraude. Question totalement d'actualité puisque : il est aujourd'hui difficile de savoir quel sera le sens que donneront les juges à

La Gapd ou le poison de Socrate

Suite de la page 4

Il est certain que la Gapd est une mesure de sûreté qui permet de garantir le crédit.

Maladroitement utilisée, elle ruine le crédit.

Espérons que les juges, si ces derniers étaient amenés à traiter ce type de contentieux, ne se limiteraient pas à une lecture au gré des mots, mais bien plus au regard de la situation que personne ne pouvait prévoir, que ce soit le bailleur, le preneur et le banquier.

On aimerait que le Covid ne fasse mourir Socrate une seconde fois ! ■