[AZA 0/2]
4P.5/2002

Ie COUR CIVILE
****

8 avril 2002

Composition de la Cour: MM. Walter, président, Corboz et
Favre, juges. Greffière: Mme de Montmollin.
_____

Statuant sur le recours de droit public
formé par
X._____, représenté par Me Bernard Ziegler, avocat à Genève,

contre
l'ordonnance rendue le 13 décembre 2001 par la 1re Section de la Cour de justice du canton de Genève dans la cause qui oppose le recourant à la banque A._____, intimée, représentée par Me Albert Rey-Mermet, avocat à Genève, et à la banque B._____, intimée.

(garantie bancaire; arbitraire; mesures provisionnelles)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Le 10 janvier 2001, Y._____, architecte, a ouvert à son nom auprès de la banque banque A._____, un compte destiné à recueillir le financement d'un projet immobilier qu'il développait à Gampel, en Valais. Il est un ami de longue date de Me Z._____, avocat, lui-même ami depuis environ 30 ans de X._____, haut fonctionnaire des Nations-Unies à la retraite.

L'avocat a exposé à X._____ que Y._____ attendait un financement de 25'000'000 fr. d'un groupe de financiers italiens, moyennant une commission de 2'000'000 fr.
à verser à ces derniers, en Suisse et en liquide. Comme l'architecte ne disposait pas de ce montant, l'avocat a proposé à X._____ d'assurer le relais en fournissant une garantie pour permettre l'obtention du crédit de 25'000'000 fr. La somme de 2'000'000 fr., qui devait être présentée en espèces aux investisseurs italiens, serait avancée par la banque A._____, sous forme d'un crédit accordé à l'architecte, moyennant une garantie bancaire du même montant.

X._____ a chargé la banque B._____ d'écrire un courrier à la banque A._____, pour lui indiquer qu'il disposait des fonds utiles. Comme cette démarche était insuffisante, X._____ a demandé à la banque B._____ d'émettre, le 1er juin 2001, en faveur de la banque A._____, une garantie bancaire à première réquisition d'un montant de 2'000'000 fr., de durée illimitée, en raison des facilités de crédit qu'elle accordait à la société de convoyage de fonds M._____ AG.

Se fondant sur cette garantie, la banque A._____ a avancé à Schnyder 2'000'000 fr. en argent liquide par le débit du compte ouvert pour la promotion immobilière en question; M._____ AG a remis la somme à l'avocat, en son étude, qui l'a montrée au représentant des investisseurs italiens; celui-ci a compté les billets. L'argent a été retourné par M._____ AG le lendemain 7 juin 2001. A l'ouverture des sacs, la banque A._____ s'est aperçue que les billets avaient été remplacés, dans les liasses, par du papier peint. Seuls étaient de véritables billets ceux placés en haut et en bas des liasses.

La banque A._____ a alors exigé de la banque B._____ le paiement de la garantie bancaire.

B.- Le 12 juin 2001, X._____ a demandé au Tribunal de première instance de Genève d'interdire à la banque B._____ de payer à la banque A._____ le montant de la garantie émise le 1er juin. La présidente du tribunal a d'abord fait droit à cette requête, à titre provisoire, puis a révoqué sa décision par ordonnance du 19 septembre 2001; elle a retenu que la demande d'exécution de la garantie n'était pas abusive de la part de la banque A._____ et que la banque B._____ avait établi celle-là sur la base des seules indications de son client. Entre-temps, ce dernier a déposé plainte pénale pour escroquerie au ministère public genevois. La plainte a été transmise au juge d'instruction du Haut-Valais, déjà saisi d'une poursuite d'office pour les mêmes faits.

C.- X._____ a recouru en vain contre l'ordonnance du 19 septembre 2001 auprès de la Cour de justice du canton de Genève. Par décision du 13 décembre 2001, la juridiction cantonale a confirmé l'ordonnance attaquée. Elle a considéré en substance que l'appel à garantie de la banque A._____ était abusif, mais que X._____, en tant que donneur d'ordre, ne pouvait invoquer l'existence d'un dommage difficilement réparable, dès lors qu'il aurait à plaider devant des tribunaux suisses contre une, voire deux sociétés, des banques, dont la capacité à verser le montant litigieux était incontestable.

D.- X._____ interjette un recours de droit public au Tribunal fédéral contre la décision de la Cour de justice, se plaignant de déni de justice formel et d'arbitraire.

La banque A._____ conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. la banque B._____ s'en rapporte à justice.

E.- Par ordonnance du 22 février 2002, le Président de la première Cour civile du Tribunal fédéral a octroyé l'effet suspensif au recours.

Considérant en droit :

1.- a) Dirigé contre une ordonnance de mesures provisionnelles, le recours est recevable au regard de l'art. 87 OJ, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si l'on est en présence d'une décision finale ou incidente. La jurisprudence admet que le fait d'être privé temporairement de la disposition d'une somme d'argent d'une certaine importance constitue un dommage juridique irréparable (ATF 105 Ia 318 consid. 2a et les arrêts cités, p. 321). L'atteinte au patrimoine de l'intéressé, temporairement privé de la libre disposition des objets ou avoirs rendus indisponibles par l'ordonnance de mesures provisionnelles, n'est en effet pas susceptible d'être réparée par une décision ultérieure favorable (ATF 126 I 97 consid. 1b et l'arrêt cité, p. 100). Un tel dommage résulte pour le recourant de la levée de l'interdiction de paiement de la garantie bancaire émise sur son ordre par la banque B._____ en faveur de la banque A._____.

b) Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public fondé sur la violation de l'art. 9 Cst. , ne prend pas en considération les allégations, preuves ou faits qui n'ont pas été soumis à l'autorité cantonale: nouveaux, ils sont irrecevables (ATF 118 III 37 consid. 2a et les références, p. 39; Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, p. 369/370).

L'une des banques intimées (banque A._____) reproche à tort au recourant d'invoquer son ¨ˆage déjà relativement avancé, et la perte ¨de l'intégralité de son patrimoine, pour la première fois devant le Tribunal fédéral. En réalité, dans son appel à la Cour de justice, le recourant a indiqué qu'il est ¨retraité, ce qui suppose qu'il a déjà atteint un âge relativement avancé; de même, il a prétendu devant la cour cantonale que l'appel à garantie lui ferait perdre Ï'intégralité de ses économies. Que cette dernière allégation n'ait pas été prouvée, ni même rendue vraisemblable, est sans pertinence à ce stade, pour apprécier la recevabilité du moyen soulevé; celui-ci ne constitue pas l'invocation d'un fait nouveau, contrairement à ce que soutient l'intimée.

2.- Le recourant reproche tout d'abord à la cour cantonale un déni de justice formel en ce que son arrêt est insuffisamment motivé. Il se plaint également d'arbitraire.

3.- a) La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. et qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. , a déduit du droit d'être entendu le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 126 I 97 consid. 2b; 124 V 180 consid. 1a p. 181; 123 I 31 consid. 2c p. 34). L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui apparaissent pertinents (ATF 126 I 97 consid. 2b; 121 I 54 consid. 2c p. 57 et les arrêts cités). L'étendue de la motivation dépend au demeurant de la liberté d'appréciation dont jouit le juge et de la gravité des conséquences de sa décision (ATF 112 Ia 107 consid. 2b p. 110).

b) En l'espèce, la cour cantonale considère que le recourant s'est exposé aux risques ordinaires que prend en connaissance de cause le donneur d'ordre d'une garantie bancaire à première demande; il ne peut ainsi invoquer l'existence d'un dommage difficilement réparable, puisqu'il devrait, pour recouvrer le montant de la garantie, plaider devant des tribunaux suisses contre des personnes dont la solvabilité n'est pas contestée en ce qui concerne l'une, et pas douteuse pour ce qui est de l'autre. De cela, même si la motivation est sommaire, on peut comprendre que l'une des quatre conditions cumulatives posées par le droit cantonal à l'obtention de mesures provisionnelles, soit l'existence d'un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 324 al. 2 lettre c LPC/GE (SJ 1980, p. 345/ 346; SJ 1977, p. 588), n'était pas réalisée et pourquoi. Le recourant ne s'est du reste pas mépris sur le sens et la portée de cette décision, qu'il a été en mesure de déférer par la bonne voie devant le Tribunal fédéral.

La notion de ïpréjudice difficile à réparerï s'examine à l'aune de l'efficacité du jugement à rendre à l'issue de la procédure ordinaire, qui en serait compromise. Ainsi, l'insolvabilité de la partie adverse pourrait par exemple contribuer à fonder une interdiction de faire, lorsqu'une action en réparation ne conduirait à aucun résultat (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, vol. III, n°15 ad art. 320; n°6 ad art. 324). Se prononçant sur la solvabilité des éventuelles parties adverses du recourant, qui pourrait devoir intenter une action en réparation devant des tribunaux suisses, la cour cantonale a répondu à la question soulevée dans l'appel qui lui était soumis. En cela, elle n'a pas renoncé à statuer, et a indiqué au recourant les raisons pour lesquelles la crainte d'un préjudice difficilement réparable n'était, à son avis, pas fondée.

Autre est la question de savoir si ce raisonnement est conforme au droit, ou à tout le moins pas arbitraire. Le recourant l'a d'ailleurs, une fois encore, parfaitement bien saisi, puisqu'il dirige un tel grief contre l'arrêt cantonal, dans un second moyen.

Le reproche de violation de l'art. 29 al. 2 Cst.
doit en conséquence être écarté.

4.- L'interdiction de l'arbitraire est consacrée à l'art. 9 Cst. Selon la jurisprudence, une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution pourrait se défendre, voire même être préférable. Le Tribunal fédéral n'annulera la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction évidente avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation critiquée soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 127 I 54 con-sid. 2b p. 56, 60 consid. 5a p. 70 et les arrêts cités).

a) Le recourant soutient que la Cour de justice a interprété arbitrairement l'art. 324 al. 2 lettre c LPC/GE en définissant de façon très restrictive le dommage à prendre en considération pour ordonner les mesures conservatoires ou provisionnelles destinées à protéger le requérant. Il reproche à la juridiction cantonale de l'avoir contraint d'apporter la preuve d'un dommage irréparable, ce qui serait en totale contradiction avec le texte de l'art. 324 al. 2 lettre c LPC/GE.
Cette argumentation ne convainc pas. Dans la décision entreprise, la Cour de justice s'est rapportée expressé-

ment à la notion de préjudice difficilement réparable, en citant la jurisprudence cantonale (SJ 1977, p. 588), ainsi que les commentateurs de la LPC/GE (Bertossa/Gaillard/Guyet/ Schmidt, op. cit. , n°14 ad art. 320). Appliquant ces principes à la situation du donneur d'ordre d'une garantie bancaire devant intenter une action judiciaire en Suisse contre des parties adverses éminemment solvables pour récupérer le montant payé, elle a considéré que le recourant ne se trouvait pas menacé d'un dommage difficilement réparable. En aucun cas, la cour cantonale ne s'est référée à la notion de dommage irréparable, sauf lorsqu'elle a résumé l'argumentation du recourant présentée devant elle, ce dernier ayant lui-même invoqué cette notion, parallèlement à celle de dommage difficile à réparer. S'il y a eu confusion entre les deux concepts, cela n'est pas imputable à la juridiction intimée, qui a compris l'art. 324 al. 2 lettre c LPC/GE dans le sens que lui confèrent la jurisprudence et la doctrine cantonales citées.

La Cour de justice n'a pas davantage méconnu la portée de l'art. 324 al. 2 lettre c LPC/GE en relevant qu'en matière de garantie bancaire il fallait ¨payer d'abord et faire le procès ensuite¨. Cette formule, aussi familière soit-elle, illustre bien le caractère indépendant du rapport de garantie à l'égard du contrat de base (ou du rapport de valeur) (ATF 122 III 321 consid. 4a p. 322 et les références). Le rappel de cette particularité de la garantie bancaire indépendante ne pose pas une condition supplémentaire à l'octroi de la mesure provisionnelle sollicitée en blocage de la garantie.
Le principe prévaut que, lorsque l'appel à la garantie bancaire n'est pas manifestement abusif, que l'inexécution ou l'exécution imparfaite du contrat de base est simplement contestée et n'a pas donné lieu à une décision judiciaire, le paiement de la garantie doit être opéré, quitte à ce qu'une rectification intervienne ultérieurement, suite à l'examen du rapport de valeur, qui ferait apparaître l'appel à garantie comme injustifié (Walter H. Egger, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, in: SZW 1/1990 p. 16). Le rappel de ces notions ne constitue pas en lui-même une violation grossière du droit cantonal de procédure.

Par contre, la question de savoir si, après avoir admis le caractère abusif de l'appel à garantie, la Cour de justice pouvait refuser d'interdire le paiement de cette garantie, sera évoquée ci-après au considérant 5.

b) Le recourant reproche ensuite à l'instance cantonale de n'avoir pas considéré, dans l'appréciation du dommage difficilement réparable, le fait que le paiement de la garantie le priverait, pendant des années, de pratiquement tous ses biens.

Le moyen est mal fondé. Il appartenait au recourant de prouver son allégation, à tout le moins de rendre vraisemblable celle-ci. Ne l'ayant pas fait, il ne peut reprocher à la Cour de justice de n'avoir pas examiné plus précisément sa situation patrimoniale, sur laquelle il n'a fourni aucune indication.
Même si l'indisponibilité d'un montant de 2'000'000 fr. pendant un certain temps cause un préjudice évident au recourant, rien ne permet de retenir qu'il n'aurait plus, après ce paiement, les moyens nécessaires pour faire valoir ses droits devant les tribunaux. Il ressort du dossier que le recourant disposait auprès de sa banque de valeurs à concurrence de 675'000 $ et 100'000 Euros, et qu'il avait encore versé à cette banque 447'300 $ et 300'000 Euros, soit un total de 1'122'300 $ et 400'000 Euros, dont la contre-valeur en francs suisses est approximativement de plus de 2'380'000 fr. Par ailleurs, le recourant est au bénéfice d'une retraite de haut fonctionnaire des Nations-Unies, dont l'importance n'est pas précisée. Ces éléments démontrent que l'examen de la situation patrimoniale du recourant ne revêt pas la portée qu'il lui prête dans l'appréciation concrète de la notion de ¨dommage difficile à réparer¨, de sorte que la cour cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en retenant qu'il n'existait ¨pratiquement aucun risque que le recourant ne récupère pas le montant de la garantie qu'il a émise (...) à l'issue d'une procédure judiciaire dont il sortirait victorieux¨.

Le grief d'arbitraire dans l'interprétation de l'art. 324 al. 2 lettre c LPC/GE et dans la motivation de l'arrêt entrepris ne résiste pas à l'examen.

5.- Il reste à contrôler si la décision de la Cour de justice est arbitraire dans son résultat, notamment si ce dernier heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, en ce que la juridiction cantonale a reconnu le caractère abusif de l'appel à garantie de la banque A._____, mais a refusé de donner à la banque

B._____ l'injonction de ne pas payer.

L'abus de droit suppose que l'obligation de prestation de la garante est en soi existante, mais qu'elle se fonde sur des motifs juridiques indignes d'être retenus. Le bénéficiaire doit abusivement invoquer ce qui n'est que l'apparence d'un droit. Pour éviter la violation du principe de l'indépendance de la garantie bancaire, l'abus de droit doit être manifeste (Dieter Zobl, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Berner Bankrechtstag, Berne 1997, p. 44; Andres Büsser, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, p. 364; Jean-Marc Rapp, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in: Sûretés et garanties bancaires, Cedidac, Lausanne 1997, p. 286).

Lorsque l'appel à garantie est abusif, le cas de garantie est formellement réalisé et le bénéficiaire pourrait demander au garant de s'exécuter, si une cause tirée du rapport de valeur et manifestement reconnaissable pour ce dernier ne s'y opposait. Cette situation doit être distinguée de l'appel à garantie contraire au but pour lequel cette dernière est stipulée; dans ce cas, la garantie n'est pas due, car le motif qui justifierait son appel n'existe pas - ou plus -, le défaut découlant directement du contrat de garantie passé entre le donneur d'ordre et le garant (rapport de couverture ou de provision), et non pas du rapport de valeur.

Il s'ensuit que, si la banque garante verse au bénéficiaire le montant de la garantie alors que le cas de garantie n'est pas réalisé, elle s'expose à le faire à ses risques et périls, dans la mesure où elle viole le contrat de garantie la liant au donneur d'ordre. Il apparaît en l'espèce que l'appel à garantie n'était pas abusif, mais, en suivant le raisonnement de la Cour de justice, susceptible de constituer éventuellement une violation du contrat passé entre le recourant, pris comme donneur d'ordre, et la banque B._____ en qualité de garant. Dans ce contexte, celui-là n'a pas besoin de recourir à des mesures provisionnelles pour assurer l'issue de la procédure qu'il pourrait intenter contre la banque B._____, en raison de la solvabilité évidente de cette dernière banque.

La décision de la Cour de justice n'est en conséquence pas davantage arbitraire dans son résultat, ce qui entraîne le rejet du recours de droit public.

6.- Vu l'issue de la cause, le recourant supportera les frais de justice et versera une indemnité de dépens à l'intimée banque A._____.

La seconde banque intimée s'en est rapportée à justice, sans formuler d'observations sur le fond. Il ne se justifie pas de lui allouer une indemnité de dépens.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours;

2. Met à la charge du recourant un émolument judiciaire de 10 000 fr.;

3. Dit que le recourant versera à l'intimée banque A._____ une indemnité de 10 000 fr. à titre de dépens;

3. Communique le présent arrêt en copie aux parties et à la 1re Section de la Cour de justice du canton de Genève.

_____

Lausanne, le 8 avril 2002 MMH/dxc

Au nom de la Ie Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

La Greffière,