

GARANTIES BANCAIRES ET ARBITRAGE

par

Yves HERINCKX

Avocat (Bruxelles), Solicitor (England and Wales)

Conseiller suppléant à la cour d'appel de Bruxelles

Vice-président du comité d'appel du Single Resolution Board

1. Peu d'auteurs se sont exprimés avec autant d'autorité que Martine Delierneux sur le droit des garanties bancaires. C'est donc un plaisir et un honneur tout particulier de pouvoir lui dédier ces quelques considérations relatives aux garanties bancaires et à l'arbitrage. Le lecteur constatera, à la vue des nombreuses références faites aux publications de la dédicataire de ces lignes, à quel point nous lui sommes redevable.

2. La présente contribution ne traite que des garanties bancaires indépendantes. Les cautions, lettres de patronage ou autres formes de sûretés personnelles ne sont pas envisagées. Les termes « garantie bancaire » ou « garantie » seront utilisés sans autre qualificatif pour la facilité de lecture ; c'est chaque fois de garanties indépendantes qu'il s'agit.

3. La difficulté, et l'intérêt, du sujet étudié ici – garanties bancaires et arbitrage – tiennent essentiellement à deux facteurs. En premier lieu, l'arbitrage est par nature conventionnel et une procédure arbitrale ne peut faire intervenir que les parties liées par une convention d'arbitrage, alors que les garanties bancaires font intervenir trois ou quatre parties – donneur d'ordre (1), bénéficiaire, banque émettrice et parfois banque contre-garante – qui ne sont pas liées par une même convention. Les rapports juridiques sont chaque fois bilatéraux et c'est précisément cela qui caractérise l'indépendance des garanties. Il n'existe

(1) Nous faisons l'hypothèse, pour simplifier, que le donneur d'ordre, c'est-à-dire la partie qui donne instruction à la banque d'émettre la garantie, est également la contrepartie du bénéficiaire en vertu du contrat commercial sous-jacent. Il arrive qu'il s'agisse de deux entités distinctes, généralement membres du même groupe de sociétés.

pas de convention globale liant toutes les parties qui serait susceptible de contenir une clause d'arbitrage multipartite unique (2).

En second lieu, les types de contentieux générés par les garanties bancaires exigent souvent des mesures provisoires, typiquement un blocage en référé d'un appel prétendument abusif à une garantie. De telles mesures se situent dans la zone des interactions parfois complexes entre les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux.

I. CLAUSE D'ARBITRAGE DANS LA GARANTIE

4. Les garanties contenant une clause d'arbitrage sont devenues rares. Cela n'a pas toujours été le cas : l'on trouve dans la jurisprudence arbitrale publiée quelques anciennes affaires traitant d'un litige entre bénéficiaire et banque émettrice, où une clause d'arbitrage devait donc figurer dans la garantie elle-même (à moins qu'une convention d'arbitrage n'ait été conclue après la naissance du litige, ce qui a été le cas dans l'affaire CCI n° 9427) (3). Cette source semble actuellement s'être tarie.

Les Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (RUGD, publication CCI n° 758 de 2010) prévoient la compétence exclusive des tribunaux du pays de la banque émettrice pour trancher tout litige relatif à la garantie qui surgirait entre le bénéficiaire et la banque émettrice, et la compétence exclusive des tribunaux du pays de la banque contre-garante pour trancher tout litige relatif à la contre-garantie qui surgirait entre la banque émettrice et la banque contre-garante (art. 35). Cette disposition ne s'applique qu'en l'absence de clause contraire dans la garantie ou la contre-garantie, mais en pratique les dérogations sont rares.

5. Une garantie, qui constitue un engagement unilatéral de la banque émettrice, peut-elle valablement contenir une clause d'arbitrage, alors

(2) Une convention d'arbitrage multipartite est concevable en théorie, mais n'apparaît pas souhaitable parce qu'elle mettrait à mal le caractère indépendant de la garantie, c.-à-d. le principal avantage qu'en attend le bénéficiaire : celui-ci souhaite précisément que son droit au paiement ne soit pas tributaire d'éventuels litiges relatifs au contrat sous-jacent.

(3) Sent. CCI, aff. 1512 de 1971, in S. JARVIN et Y. DERAIS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publ., 1990, p. 3 ; sent. CCI du 23 octobre 1979, aff. 3316, *ibid.*, p. 87 et p. 385 ; sent. CCI, aff. 5639 de 1987, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990*, Kluwer Law and Taxation, 1994, p. 345 ; sentence CCI, aff. 9427 de 1998, in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS et D. HASCHER, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 81.

qu'une convention d'arbitrage est par nature conventionnelle (4) ? L'article 1691 du Code judiciaire dispose qu'« [u]ne convention d'arbitrage est une *convention* par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel » ; l'article 2.1 de la Convention de New York (5) prévoit que « [c]haque des États contractants reconnaît la *convention écrite* par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » (nous soulignons).

Certains auteurs en doutent (6). Ces doutes n'ont pas lieu d'être selon nous. Certes, une garantie est unilatérale. Mais elle est soumise aux principes de formalisme et d'indivisibilité. L'obligation du garant est uniquement déterminée par le contenu et la portée de la lettre de garantie (7) ; les actes juridiques unilatéraux sont indivisibles, ce qui implique que la personne qui s'en prévaut doit les prendre dans leur totalité et ne peut les diviser contre leur auteur (8). Le bénéficiaire qui veut obtenir paiement en vertu de la garantie ne peut le faire qu'en acceptant l'intégralité des termes de la garantie, y compris la clause d'arbitrage, qui acquiert ainsi dès ce moment une nature conventionnelle. L'appel à la garantie entraîne l'acceptation par le bénéficiaire de la clause d'arbitrage. Le bénéficiaire ne peut intenter une action en paiement contre la banque émettrice que conformément à l'intégralité des dispositions de la garantie, dont la clause d'arbitrage, et ne peut donc pas introduire d'action en paiement devant les tribunaux étatiques sur la base d'une garantie qui lui impose de recourir à l'arbitrage. C'est exactement le raisonnement qu'a suivi la cour d'appel de

(4) La question se pose bien entendu dans les mêmes termes, et doit recevoir la même réponse, à propos des contre-garanties.

(5) Conv. pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958.

(6) D. DRAGUIEV, « Arbitrating Bank Guarantees and Letters of Credit », *Disp. Resol. J.*, 2016, p. 91, spéc. p. 97. Sur les doutes du même ordre qu'entraîne la question de savoir si une clause d'élection de for figurant dans une garantie constitue ou non une convention attributive de juridiction au sens de l'art. 25 du Régl. Bruxelles *Ibis* (Régl. 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [refonte]), voy. P. WAUTELET, « Forumbedingen in autonome bankgaranties: tussen zekerheid en relativiteit », *RDC*, 2012, p. 71, spéc. pp. 77 à 80.

(7) Cass., 24 avril 2009, C.07.0379.N, *Pas.*, 2009, p. 1016.

(8) H. DE PAGE et P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 726 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 35 ; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Anvers, Intersentia, 2005, n° 1309.

Bruxelles pour décider, dans un arrêt du 29 juin 2010, que la clause d'élection de for contenue dans une garantie lie le bénéficiaire (9) :

[...] appellanten werpen ten onrechte op dat dit beding door hen niet werd aanvaard en hen bijgevolg niet kan worden tegengeworpen.

Deze bepaling maakt immers een modaliteit uit van de verbintenis die door de eenzijdige wilsuïting van ING werd aangegaan ten aanzien van de begunstigen van deze bankgaranties, die deze wilsuïting in haar geheel moeten nemen.

Zij mogen geen selectie doorvoeren van onderdelen van deze onverdeelde wilsuïting. Door het afroepen van deze bankgaranties en door het vorderen van de uitbetaling van deze garanties op basis van de door ING opgestelde brieven, hebben appellanten de daarin voorkomende bepalingen en modaliteiten aanvaard.

Il est vrai que la banque émettrice ne pourrait pas, avant tout appel à la garantie, invoquer la clause d'arbitrage contre un bénéficiaire qui ne l'a par hypothèse pas encore acceptée et assigner celui-ci contre son gré devant un tribunal arbitral, mais une telle configuration procédurale ne se présentera probablement jamais en pratique.

6. La solution proposée n'est pas originale. Elle est traditionnellement retenue dans d'autres domaines, en particulier en matière d'arbitrage d'investissement, de trusts et de stipulations pour autrui.

Les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements contiennent généralement un mécanisme d'arbitrage permettant aux investisseurs qui se prétendent victimes d'une expropriation de leur investissement ou d'une autre violation de leurs droits à cet égard d'introduire une procédure arbitrale contre l'État concerné. La clause d'arbitrage figure toutefois dans le traité, auquel l'investisseur n'est pas partie. L'on considère dans ce cas que la clause du traité constitue une offre permanente faite par l'État à tous les investisseurs potentiels, que l'investisseur qui lance une procédure d'arbitrage contre l'État accepte par le fait même cette offre, et qu'il en résulte une véritable convention d'arbitrage entre l'investisseur et l'État. Cette théorie fut très clairement exposée par la cour d'appel du 2^e circuit aux États-Unis dans l'affaire *Équateur c Chevron* (10) :

At the outset, we note that Chevron is not a party to the BIT [Bilateral Investment Treaty]. Unlike the more typical scenario where the agreement to arbitrate is contained in an agreement between the parties to the arbitration, here the BIT merely creates a framework through which foreign investors,

(9) Bruxelles, 29 juin 2010, *RDC*, 2012, p. 344.

(10) *Republic of Ecuador v Chevron Corp.*, 638 F.3d 384 (2^d Cir. 2011).

such as Chevron, can initiate arbitration against parties to the Treaty. In the end, however, this proves to be a distinction without a difference, since Ecuador, by signing the BIT, and Chevron, by consenting to arbitration, have created a separate binding agreement to arbitrate.

[...] All that is necessary to form an agreement to arbitrate is for one party to be a BIT signatory and the other to consent to arbitration of an investment dispute in accordance with the Treaty's terms. In effect, Ecuador's accession to the Treaty constitutes a standing offer to arbitrate disputes covered by the Treaty; a foreign investor's written demand for arbitration completes the "agreement in writing" to submit the dispute to arbitration.

[...] Therefore, the parties formed an "agreement in writing" within the meaning of the New York Convention.

Les clauses d'arbitrage figurant dans des documents constitutifs d'un trust de *common law* – et l'on sait que de tels documents ont une nature unilatérale et non contractuelle – lient de même les bénéficiaires du trust sur la base d'une théorie de l'acquiescement : en acceptant les avantages qu'il retire du trust, le bénéficiaire accepte nécessairement la clause d'arbitrage qui acquiert ainsi une valeur conventionnelle (11).

Dans le cadre d'une stipulation pour autrui, le promettant peut également opposer au tiers bénéficiaire la clause d'arbitrage figurant dans le contrat principal conclu entre stipulant et promettant, malgré que le bénéficiaire n'y soit pas partie (12). La configuration triangulaire

(11) La théorie est en réalité beaucoup plus complexe et controversée que ce que ce bref résumé suggère, mais les difficultés sont liées au droit du trust plutôt qu'au droit de l'arbitrage. R. IBARRA GARZA, « (Un)enforceability of trust arbitration clauses in civil and common law », *Trusts & Trustees*, 2016, p. 759 ; Chr.P. KOCH, « A tale of two cities! Arbitrating trust disputes and the ICC arbitration clause for trust disputes », in *Yearbook on International Arbitration* (M. ROTH et M. GEISTLINGER dir.), vol. II, Anvers, Intersentia, 2012, p. 179 ; G. VON SEGESSER et K. BELL, « Arbitration of Trust Disputes », *ASA Bull.*, 2017, p. 10 ; S.I. STRONG, « Arbitration of Trust Disputes: Two Bodies of Law Collide », *Vand. J. Transnat'l L.*, 2012, p. 1157. *Contra* : Cour suprême d'Inde, *Vimal Kishor Shah v Jayesh Dinesh Shah*, 17 août 2016, www.indiancaselaw.com.

(12) Bruxelles, 22 juin 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 54 ; Cass. fr., 11 juillet 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 969, note C. LARROUMET ; H. DE PAGE et P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations, op. cit.*, vol. 1, n° 447 ; P. WAUTELET, « Les parties à la convention d'arbitrage : le clair-obscur de la volonté des parties comme fondement du recours à l'arbitrage », *Recueil de sentences arbitrales du CEPANI, Questions procédurales*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 193, spéc. p. 197 ; H. VERBIEST, « Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden », in *L'arbitrage et les tiers*, Actes du colloque du CEPANI 40 du 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 27, n°s 17 à 19 ; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. III, New York, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, pp. 1455 et s. En droit anglais, l'art. 8(1) du *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* dispose que « Where (a) a right under section 1 to enforce a term ("the substantive term") is subject to a term providing for the submission of disputes to arbitration ("the arbitration agreement"), and (b) the arbitration agreement is an agreement in writing for the purposes of Part I of the Arbitration Act 1996, the third party shall be treated for the purposes of that Act as a party to the arbitration agreement as regards disputes between himself and the promisor relating to the enforcement of the substantive term by the third party ».

stipulant – promettant – tiers bénéficiaire est comparable à la configuration donneur d'ordre – banque émettrice – bénéficiaire, sauf bien entendu en ce qui concerne l'indépendance des relations respectives.

II. CLAUSE D'ARBITRAGE DANS LE CONTRAT SOUS-JACENT

7. La clause d'arbitrage contenue dans le contrat sous-jacent, conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie, est sans effet sur la banque émettrice ou la banque contre-garante. Le bénéficiaire ou le donneur d'ordre ne peuvent pas attirer la banque contre son gré devant un tribunal arbitral, ni la forcer à intervenir dans la procédure arbitrale qui existerait entre eux. Inversement, la banque ne peut pas invoquer la clause arbitrale du contrat sous-jacent contre le bénéficiaire ou le donneur d'ordre ni intervenir volontairement dans leur procédure arbitrale. Ceci découle tant de l'indépendance de la garantie que de l'effet relatif de la convention d'arbitrage. Martine Delierneux l'écrivait déjà dans le *verbo* du *RPDB* qu'elle a consacré en 1990 aux garanties bancaires autonomes : « en vertu de ce même principe d'abstraction, une clause compromissaire introduite dans le contrat commercial sera sans incidence sur la garantie dont il a déterminé l'émission » (13). La doctrine est unanime (14).

La Cour de cassation française, pourtant prompte à étendre la portée d'une clause d'arbitrage à des non-signataires dès que ceux-ci sont impliqués dans l'exécution du contrat qui contient la clause (15), l'a confirmé dans un arrêt du 20 décembre 1982 (16). En Suisse, le Tribunal fédéral a exprimé la règle dans un arrêt du 19 août 2008 (17) :

un tribunal arbitral ne saurait admettre sa compétence pour statuer sur les droits du créancier à l'égard du garant du seul fait que le contrat liant

(13) C. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires autonomes », *RPDB*, compl. VII, n° 34.

(14) B. HANOTIAU, « Arbitration and Bank Guarantees: An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract–Multiparty Disputes », *J. Int'l Arb.*, 1999, p. 15, spéc. p. 16 ; G. AFFAKI et R. GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG*, ICC, 2011, p. 414 ; R. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, 4th ed., New York, Wolters Kluwer, 2013, n° 18-1 ; Y. DERAÏNS et E.A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2005, p. 92, note 114.

(15) Sur la tension existant en droit français entre la non-application de la clause d'arbitrage du contrat sous-jacent à la banque émettrice et la théorie de l'extension de la clause d'arbitrage à certains non-signataires, voy. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Lextenso, 2013, n° 198.

(16) Cass. fr., 20 décembre 1982, *Rev. arb.*, 1984, p. 477, note B. MOREAU. Voy. égal. Paris, 14 décembre 1987, *Rev. arb.*, 1989, p. 240, note M. VASSEUR. Dans le même sens, à propos de cautions, Cass. fr., 16 juillet 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 611, note P. DELEBECQUE.

(17) Trib. féd., 19 août 2008, 4A_128/2008, *ASA Bull.*, 2008, p. 777.

le créancier et le débiteur contient une convention d'arbitrage. Pour que sa compétence puisse être reconnue, il faut que le contrat de garantie inclue une clause arbitrale la prévoyant spécifiquement, resp. qu'il contienne un renvoi suffisant à la clause compromissaire figurant dans le contrat principal (convention d'arbitrage par référence), voire, à ce défaut, que le garant ait manifesté, de manière expresse ou par une attitude concluante, une volonté que le créancier pouvait interpréter de bonne foi, selon le principe de la confiance, comme étant celle de se soumettre à la convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal.

Une formulation maladroite du texte de la garantie peut parfois mener à une conclusion différente. C'est en fin de compte l'analyse de la volonté de la banque émettrice, telle qu'elle est exprimée dans la garantie, qui déterminera si celle-ci est ou non liée par une convention d'arbitrage (18). La cour d'appel du 4^e circuit aux États-Unis a ainsi décidé, dans l'affaire *Kvaerner c Bank of Tokyo-Mitsubishi*, que l'émetteur d'une garantie était lié par la clause d'arbitrage du contrat sous-jacent en raison d'une clause de la garantie qui stipulait que « upon receipt of a notice of default, [l'émetteur] shall have the same rights and remedies of the [donneur d'ordre] under the [contrat sous-jacent] » (19). Bernard Hanotiau écrit à juste titre qu'une telle jurisprudence ne serait probablement pas suivie en Europe occidentale (20), mais il ne s'agit que d'une différence de lecture d'une clause contractuelle dans un cas d'espèce assez particulier, pas d'une divergence de fond entre droit américain et droits européens sur une question de principe.

8. La clause d'arbitrage du contrat sous-jacent liera la banque émettrice si celle-ci, ayant payé le bénéficiaire, veut exercer par subrogation les droits de celui-ci à l'encontre de son débiteur. L'hypothèse est rare, parce que la banque émettrice dispose d'un recours contractuel propre contre son donneur d'ordre et n'a généralement que faire d'une subrogation, mais elle peut par exemple avoir son intérêt lorsque le donneur d'ordre et le débiteur du contrat sous-jacent sont deux personnes distinctes – deux sociétés du même groupe, par exemple – et que le donneur d'ordre est insolvable.

(18) G. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 1462. R. Khodykin mentionne toutefois une décision arbitrale russe qui aurait considéré que la banque émettrice, en l'absence de réserve expresse faite lors de l'émission de la garantie, est tenue par la clause d'arbitrage du contrat sous-jacent, R. KHODYKIN « Arbitration in Russia: A Hot Topic in a Cold Winter », in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2011*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 282 et note 27.

(19) *Kvaerner v The Bank of Tokyo-Mitsubishi*, 210 F.3d 262 (4th Cir. 2000).

(20) B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, n° 275.

La situation ne se présentera pas en droit belge, où l'émetteur d'une garantie indépendante ne bénéficie pas d'un recours subrogatoire (21). Le droit français accorde en revanche un tel recours (22). La subrogation est un mode de transfert des obligations et, à ce titre, elle entraîne le transfert des effets de la clause d'arbitrage applicable à l'obligation transférée (23).

III. SENTENCE ARBITRALE COMME CONDITION D'APPEL À LA GARANTIE

9. Il arrive qu'une garantie ne soit payable que sur présentation de certains documents, et en particulier sur présentation d'une sentence arbitrale qui tranche le litige découlant du contrat sous-jacent entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Un tel mécanisme ôte bien entendu à la garantie son principal avantage pour le bénéficiaire, qui est d'être payé d'abord et de ne devoir procéder qu'ensuite, mais il peut parfois être le résultat du rapport de force dans les négociations commerciales des parties.

Si aucune objection de principe ne s'oppose à cela, il faut en revanche être attentif à plusieurs difficultés pratiques. En premier lieu, il faut veiller à ce que les conditions documentaires d'appel à la garantie soient compatibles avec la durée de celle-ci. Une garantie prévoit habituellement une date d'expiration fixe ; à défaut d'appel conforme, c'est-à-dire accompagné de tous les documents requis, avant la date d'expiration, la garantie expire irrémédiablement et le bénéficiaire perd toute possibilité d'encore y avoir recours. La durée d'une procédure arbitrale étant par nature incertaine, le bénéficiaire risque donc

(21) C. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires autonomes », *op. cit.*, n^{os} 173 et 174.

(22) Pour l'analyse de droit comparé, voy. M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 597, spéc. p. 609 ; *id.*, « Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003) », *Dr. banc. fin.*, 2003, p. 343, spéc. p. 358 ; *id.*, « Heurs et leurres du "droit bancaire international" », in *Liber amicorum André Bruyneel*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 241, spéc. p. 252 ; R. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, *op. cit.*, n^{os} 10-33. En droit anglais, voy. A. WARD et G. McCORMACK, « Subrogation and bankers autonomous undertakings », *L.Q.R.*, 2000, p. 121.

(23) Comm. Mons, 22 novembre 2012, *JT*, 2014, p. 120, note O. CAPRASSE et Fr. HENRY, « Le transfert de la clause d'arbitrage à l'assureur » ; H. VERBIST, « Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden », *op. cit.*, n^o 31 ; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1471 ; sent. CEPANI, aff. 1026, *Recueil des sentences arbitrales du CEPANI 1985-1995*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 48.

de ne pas être en mesure de fournir la sentence requise avant la date butoir. La solution à ce problème consiste généralement à permettre un appel à la garantie accompagné seulement de la preuve qu'une procédure arbitrale a été introduite et à prévoir que le paiement ne sera dû par la banque émettrice qu'à la fin de la procédure, sur présentation d'une sentence donnant raison au bénéficiaire. La formule présente toutefois l'inconvénient pour la banque émettrice que la durée de la garantie devient indéterminée dès qu'un appel y est fait de cette manière. Un exemple d'une telle clause est donné dans l'affaire *Hansa Murcia* jugée par la High Court d'Angleterre (24) :

This Letter of Guarantee shall remain in force until the Vessel has been delivered to and accepted by [the Buyers] or refund has been made by the Seller or ourselves (the Export Import Bank of China) or until June 30th 2010, whichever occurs earliest, after which you are to return it to us by airmail for cancellation. In case arbitration initiated by either Seller or Buyer before delivery of the Vessel, the validity of this guarantee shall be extended to 60 calendar days after the final arbitration award is issued.

Il faut ensuite régler plusieurs sources d'ambiguïtés potentielles : la sentence doit-elle contenir une condamnation de somme en faveur du bénéficiaire, ou suffit-il que la sentence constate – par exemple – la faute du donneur d'ordre et sursoie à statuer sur le quantum des dommages ? le délai de recours en annulation doit-il avoir expiré ? *quid* si un recours en annulation est introduit ? la sentence doit-elle avoir fait l'objet d'un exequatur ?

IV. SUSPENSION PAR UN TRIBUNAL ÉTATIQUE D'UN APPEL À LA GARANTIE ET RÔLE ULTÉRIEUR DU TRIBUNAL ARBITRAL

10. Une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir des tribunaux étatiques d'ordonner des mesures provisoires. La règle figure à l'article 1683 du Code judiciaire et est reflétée, avec parfois certaines variantes, par la plupart des règlements d'arbitrage institutionnel. L'article 27, paragraphe 2, du règlement d'arbitrage du CEPANI reconnaît implicitement ce pouvoir des tribunaux étatiques : « Toutes mesures provisoires et conservatoires prises par l'autorité judiciaire concernant le litige doivent être portées sans délai à la connaissance du tribunal arbitral et du secrétariat ». L'article 28, paragraphe 2, du règlement

(24) *Wuhan v Schiffahrts-Gesellschaft Hansa Murcia* [2012] EWHC 3104 (Comm), 6 novembre 2012. Voy. égal. R. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, op. cit., n^{os} 8-16 et 13-17.

d'arbitrage de la CCI est encore plus clair : « Avant la remise du dossier au tribunal arbitral et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent, les parties peuvent demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires. [...] Pareille demande, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance du Secrétariat qui en informe le tribunal arbitral ».

La présence d'une clause d'arbitrage dans le contrat sous-jacent, ou éventuellement dans la garantie elle-même, n'empêche donc pas le donneur d'ordre de solliciter en référé devant le juge étatique, contre le bénéficiaire ou la banque émettrice, la suspension d'un appel prétendument abusif à la garantie (25). Ce type de contentieux est fréquent.

11. Le juge étatique des référés peut ordonner le blocage de la garantie mais, si le contrat sous-jacent contient une clause d'arbitrage, c'est ensuite le tribunal arbitral qui aura le pouvoir de trancher au fond la question de la légitimité de l'appel à la garantie et soit de mettre fin à la mesure provisoire de suspension soit de la transformer en un refus définitif.

Il importe de bien distinguer deux aspects des droits du bénéficiaire à obtenir le paiement de la garantie. Tout ce qui relève de la conformité formelle aux conditions prévues par la garantie concerne les relations entre le bénéficiaire et la banque émettrice et appartient aux tribunaux désignés, habituellement, par le texte de la garantie, soit le plus souvent les tribunaux étatiques du lieu d'établissement de la banque émettrice. Il s'agit ici d'un litige qui concerne exclusivement la garantie et qui n'est pas affecté par les vicissitudes du contrat sous-jacent. Selon les termes de la Cour de cassation, « le caractère autonome et abstrait de la garantie bancaire implique que l'obligation du garant est uniquement déterminée par le contenu et la portée de la convention ou lettre de garantie » (26). Ce qui relève en revanche du caractère prétendument abusif ou injustifié de l'appel à la garantie concerne les relations entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, et appartient au tribunal arbitral constitué conformément à la clause d'arbitrage du contrat sous-jacent. Les mesures de suspension prises en référé concernent généralement ce second aspect des choses ; c'est en effet l'état des relations commerciales entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre qui révélera s'il est ou non abusif pour le bénéficiaire de faire appel à la garantie bancaire. La juridiction du juge étatique ne va dès lors pas plus loin que le provisoire ; c'est le tribunal arbitral qui

(25) C. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires autonomes », *op. cit.*, n° 122.

(26) Cass., 24 avril 2009, C.07.0379.N, *Pas.*, 2009, p. 1016.

doit ensuite se pencher sur le fond du litige (sous réserve de ce qui sera dit plus loin au § 22).

12. Le fond du litige, après une mesure de blocage de la garantie en référé, se présente à son tour sous deux aspects : l'appel à la garantie était-il abusif, d'une part, et était-il justifié, d'autre part ? Un appel à une garantie est abusif, en particulier, s'il est manifeste au moment où il est effectué (27) que le bénéficiaire ne pourra en aucun cas faire valoir en vertu du contrat sous-jacent, à charge de sa contrepartie, une créance d'un montant égal ou supérieur à celui dont il réclame le paiement à la banque émettrice en vertu de la garantie (28). Un appel à une garantie est en revanche injustifié s'il s'avère, une fois que les éventuels litiges relatifs au contrat sous-jacent ont été résolus et que les comptes ont été faits, que le bénéficiaire ne détenait pas à charge

(27) Le caractère abusif d'un appel à une garantie bancaire doit s'apprécier au moment où l'appel est effectué : Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. banq.*, 1988, liv. 2, p. 29 ; J. LINSMEAU, *TPDC*, t. 5, « Les opérations de crédit », n° II.506.

(28) Les critères de l'abus à l'occasion d'un appel à garantie ont été codifiés par l'art. 19 de la Conv. N.U. sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, signée à New York le 11 décembre 1995 :

« Article 19. Exception à l'obligation de paiement

1. S'il est clair et patent :

- a) Qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifié ;
- b) Qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints ; ou
- c) Qu'en égard au type et à l'objet de l'engagement, la demande n'a pas de justification concevable, le garant/émetteur, agissant de bonne foi, a le droit, à l'encontre du bénéficiaire, de s'abstenir de payer.

2. Pour l'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article, les situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivantes :

- a) L'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne se sont indubitablement pas matérialisés ;
- b) L'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagement devait couvrir ;
- c) L'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire ;
- d) Il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle du bénéficiaire ;
- e) Dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie.

3. Dans les circonstances énoncées aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 1 du présent article, le donneur d'ordre a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires en application de l'article 20 ».

Le paragraphe 1(a) concerne en réalité la conformité aux conditions d'appel exprimées dans la garantie. Quant aux paragraphes 1(b) et (c), ils montrent que les critères de l'abus se rapportent à la relation commerciale sous-jacente entre bénéficiaire et donneur d'ordre. La Convention ne lie que quelques rares pays (la Belgique n'en fait pas partie) mais ceci ne retire rien à sa qualité doctrinale.

de sa contrepartie une créance d'un montant égal ou supérieur à celui dont il a réclamé ou obtenu le paiement en vertu de la garantie.

Les deux concepts sont liés mais ne se confondent pas. Un appel à la garantie qui s'avère finalement justifié n'aura généralement pas pu être abusif (29). L'inverse n'est pas vrai : le mécanisme des garanties bancaires indépendantes vise à « payer d'abord, réclamer ensuite ». Ceci implique qu'une créance sous-jacente puisse déjà légitimement donner lieu à un appel à la garantie même si elle est contestée et si sa réclamation est susceptible, en fin de procédure, d'être déclarée non fondée : « le risque d'appel injustifié est inhérent à la technique de la garantie et accepté comme tel par le donneur d'ordre » (30) ou, en d'autres mots, « le garant couvre les risques d'incertitude quant à l'existence de la dette » (31). Alors que les appels abusifs sont proscrits, il est légitime que des appels injustifiés aient occasionnellement lieu.

13. Des tribunaux arbitraux désignés en vertu d'une clause d'arbitrage du contrat sous-jacent, entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, se sont régulièrement considérés compétents pour déterminer la licéité d'un appel à une garantie, malgré que la banque émettrice ne soit pas liée par la convention d'arbitrage et ne soit pas présente à la procédure arbitrale (32). Ainsi, dans l'affaire CCI n° 5721, le tribunal arbitral a jugé que :

Le Tribunal serait donc incompétent pour donner des ordres à l'une ou l'autre banque. En revanche, il est compétent pour dire si le bénéficiaire des lettres de garantie, X, est en droit de se prévaloir des garanties par rapport à la demanderesse [c'est-à-dire le donneur d'ordre]. Il l'est également pour dire si les garanties sont valables dans le contexte des relations entre donneur d'ordre et bénéficiaire. [...] Le Tribunal peut se prononcer sur le droit du bénéficiaire de faire valoir les garanties. Il est en droit de se prononcer sur le caractère illicite d'un appel en garantie.

La doctrine va dans le même sens et reconnaît sans hésitation aux tribunaux arbitraux du contrat sous-jacent le pouvoir de décider si

(29) Des exceptions à cette règle générale sont bien entendu concevables, p. ex. dans le cas d'un appel à la garantie fait prématurément et sans raison valable bien avant la date d'expiration de la garantie.

(30) M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique », *op. cit.*, p. 601.

(31) Y. POULLET, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », in *L'actualité des garanties à première demande*, coll. Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 10.

(32) Sent. CCI, aff. 3896 de 1982, in S. JARVIN et Y. DERAIS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, *op. cit.*, pp. 161 et 480 et *J. dr. int.*, 1983, p. 914 ; sent. CCI, aff. 5721 de 1990, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990*, *op. cit.*, p. 400.

le bénéficiaire a abusé de son droit de faire appel à la garantie (33). Il est clair que le tribunal arbitral, ce faisant, n'a aucun pouvoir d'injonction ou de condamnation à l'égard de la banque émettrice et ne peut pas, par exemple, la condamner à payer le montant de la garantie au bénéficiaire. Indirectement, toutefois, la sentence qui conclut à l'absence d'abus aboutit à ce que la banque émettrice soit, d'une part, autorisée à payer et, d'autre part, obligée de payer – pour autant chaque fois que l'appel ait par ailleurs été conforme aux conditions imposées par la garantie. Si la sentence n'a d'autorité de chose jugée qu'entre parties, elle est néanmoins opposable par les tiers aux parties, et par les parties aux tiers (34). La banque émettrice peut opposer la sentence au donneur d'ordre lorsque, après paiement, elle exerce son recours contre celui-ci ; le donneur d'ordre ne pourra plus lui reprocher d'avoir donné suite à un appel abusif. En sens inverse le bénéficiaire peut opposer la sentence à la banque, qui devra en respecter les conséquences et ne pourra plus invoquer l'abus prétendument commis par le bénéficiaire pour refuser d'honorer l'appel à la garantie (35). Les effets envers la banque d'une sentence arbitrale rendue entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ne sont à cet égard

(33) B. HANOTIAU, « Arbitration and Bank Guarantees: An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract–Multiparty Disputes », *op. cit.*, p. 18 ; *id.*, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, *op. cit.*, n^{os} 277-279 ; D. DRAGUIEV, « Arbitrating Bank Guarantees and Letters of Credit », *op. cit.*, p. 100 ; dans le même sens à propos de la portée des clauses d'élection de for, voy. P. WAUTELET, « Forumbedingen in autonome bankgaranties: tussen zekerheid en relativiteit », *op. cit.*, p. 72. Pour une appréciation critique, voy. toutefois C. HOUSSA, « L'intervention des juges et des arbitres dans l'exécution des garanties », in *L'actualité des garanties à première demande*, coll. Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 197, n^o 22.

(34) Sur la distinction entre ces deux formes d'opposabilité, voy. K. COX, « Zen and the art of determining the effects of an arbitration award vis-a-vis third parties », in *L'arbitrage et les tiers*, *op. cit.*, p. 175, spéc. pp. 185-213. Selon l'auteur l'opposabilité de la sentence aux parties est absolue, tandis que son opposabilité aux tiers ne constitue qu'une présomption susceptible d'être renversée, sauf par certains tiers – dont les garants – envers qui la présomption est irréfragable (p. 212). En droit français, on notera le revirement récent de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a mis fin à l'interdiction faite à la caution de tenter de renverser la présomption résultant d'une sentence rendue entre le débiteur et le créancier : Cass. fr., 5 mai 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 1115, et note M. MIGNOT.

(35) C. const., 16 février 2017, n^o 21/2017, B.3.2 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude », *RCJB*, 1994, p. 650, n^o 8 ; D. MATRAY et F. VIDTS, « L'arbitrage et l'assurance. Les rapports avec les tiers », in *L'arbitrage et le droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 129, spéc. p. 159 ; Ph. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, n^o 248 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, n^o 599 ; B. HANOTIAU, « Quelques réflexions à propos de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », in *Liber amicorum Lucien Simont*, *op. cit.*, p. 301, n^o 6 ; S. BOLLEE, « L'autorité de chose jugée et l'opposabilité de la sentence confrontées au principe du contradictoire », in *Le principe du contradictoire en arbitrage* (H. BOULARBAH, N. DARWAZEH et S. BOLLEE dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 145, n^{os} 17-25 ; S. LEMAIRE, « L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 465, spéc. n^{os} 16-27.

pas différents des effets que sortirait une décision judiciaire rendue entre ces deux parties (36) – raison pour laquelle nous n’aborderons pas ici la question de savoir si la banque émettrice peut faire tierce opposition à la décision, qui se pose tant à l’égard des décisions judiciaires que des sentences arbitrales et dépasse l’objet de la présente contribution (37).

14. Le tribunal arbitral qui intervient au fond, après une mesure de blocage de la garantie en référé étatique, a le choix. Il peut trancher la totalité du litige sous-jacent, déterminer si une somme est due au bénéficiaire par sa contrepartie commerciale et, si oui, autoriser le paiement à due concurrence par la banque émettrice. Ce faisant le tribunal examine le caractère justifié ou non de l’appel à la garantie. Le tribunal arbitral peut également examiner dans un premier temps si l’appel à la garantie était ou non abusif, sans attendre d’être en mesure de rendre une décision finale sur le litige sous-jacent et d’arrêter des comptes définitifs entre parties.

Cette seconde approche est en principe plus conforme au caractère indépendant de la garantie, et donc à la volonté des parties qui ont choisi d’utiliser une sûreté de ce type, mais ce sont très souvent des considérations d’efficacité procédurale qui seront déterminantes. Selon les circonstances, le tribunal préférera ne rendre qu’une seule sentence qui tranche définitivement tant les aspects du litige relatifs à la garantie que ceux relatifs au contrat sous-jacent, ou scinder la procédure et rendre rapidement une sentence partielle qui lève ou maintient le blocage de la garantie.

15. La décision rendue au fond par le tribunal arbitral, qui constate l’absence d’abus lors de l’appel à la garantie ou le caractère justifié de celui-ci, met fin de plein droit aux effets provisoires de l’ordonnance de référé qui avait ordonné le blocage de la garantie (38). La caducité de la mesure de référé se produit dès que la sentence est rendue, avant tout exequatur et indépendamment d’une éventuelle procédure d’annulation. Conformément à l’arrêt du 26 juin 2014 de la Cour de cassation, « la décision du juge des référés cesse d’avoir effet à comp-

(36) Sur l’opposabilité aux tiers des jugements, voy. not. G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2015, n^{os} 7-48.

(37) Pour un aperçu de la question, voy. S. BOLLÉE, « L’autorité de chose jugée et l’opposabilité de la sentence confrontées au principe du contradictoire », *op. cit.*, n^o 23.

(38) Cass., 26 juin 2014, C.13.0336.N, *Pas.*, 2014, p. 1634 ; Cass., 24 janvier 2014, C.12.0359.F, *Pas.*, 2014, p. 259 ; Cass., 8 mars 2012, C.11.0124.N, *Pas.*, 2012, p. 546 ; Cass., 28 janvier 2011, C.09.0360.N, *Pas.*, 2011, p. 348, dans une affaire où la procédure au fond était un arbitrage CEPANI.

ter de la décision contraire du juge du fond, même si cette décision n'est pas exécutoire par provision et qu'elle fait l'objet d'un recours ». L'arrêt du 28 janvier 2011 avait déjà décidé que la décision en référé cesse de produire ses effets « dès que le juge du fond a pris une décision contraire relativement aux droits contestés ». Une sentence arbitrale a, de la même manière qu'une décision judiciaire, autorité de chose jugée entre parties « dès son prononcé » et c'est ce qui explique qu'elle mette immédiatement fin aux effets d'une mesure provisoire antérieure avec laquelle elle n'est pas compatible (39).

Ceci vaut également si la banque émettrice était partie à la procédure en référé, comme c'est souvent le cas, alors qu'elle n'est pas partie à la procédure arbitrale qui se déroule seulement entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Comme indiqué ci-dessus (§ 11), la question de l'abus ou de la justification de l'appel à la garantie se meut en effet exclusivement entre ces deux parties et la banque émettrice n'est que spectatrice éventuelle dans ce débat. Une fois que cette question de fond est tranchée entre les deux parties qu'elle concerne, les conséquences sur la mesure provisoire de référé en découlent de plein droit et s'imposent également à la banque émettrice en raison du principe d'opposabilité aux tiers de la sentence.

En pratique il est utile, pour éviter toute difficulté à cet égard, que le tribunal arbitral dont la sentence doit mettre fin à un blocage de la garantie ordonné en référé condamne le donneur d'ordre à donner à sa banque les instructions nécessaires en vue du paiement. Ceci suppose bien entendu, pour éviter un *ultra petita*, que le bénéficiaire l'ait sollicité.

16. Il est certain, nous venons de le voir, que le tribunal arbitral statuant au fond a le pouvoir de mettre fin aux effets d'une ordonnance étatique prise en référé. Mais le tribunal arbitral a-t-il aussi ce pouvoir lorsqu'il statue à son tour au provisoire ? Peut-il, par une mesure provisoire et avant de statuer au fond, ordonner au donneur d'ordre de renoncer à une mesure de blocage de la garantie que celui-ci aurait obtenue en référé étatique ?

La réponse est en principe positive. L'article 1692 du Code judiciaire permet aux arbitres de modifier une mesure provisoire. Ceci vaut tant pour les mesures provisoires qu'ils ont prises eux-mêmes que pour

(39) Art. 24 et 1713, § 9, C. jud.

celles qui ont été prises par un juge étatique (40). Dans un contexte domestique, l'exercice de ce pouvoir suppose toutefois que la modification soit justifiée par un changement de circonstances (41).

V. SUSPENSION PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL D'UN APPEL À LA GARANTIE

17. Un tribunal arbitral constitué en vertu du contrat sous-jacent ne peut pas prononcer de mesure provisoire à l'encontre de la banque émettrice, envers qui il est sans juridiction. Il ne peut pas rendre une ordonnance de blocage qui interdirait à la banque émettrice de payer à la suite d'un appel à la garantie que le tribunal considérerait comme abusif.

Mais le tribunal a le pouvoir d'ordonner de telles mesures à l'encontre du bénéficiaire (42). Il peut ainsi interdire au bénéficiaire de faire appel à la garantie, lui ordonner de renoncer à un appel qu'il vient de faire et qui n'a pas encore été suivi d'exécution par la banque émettrice, ou encore lui ordonner de donner instruction à la banque

(40) O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 161, n° 35 ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013* (M. PIERS dir.), Anvers, Intersentia, 2013, p. 65, n° 21 ; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2504 ; contra (mais pas spécifiquement en droit belge), N. DARWAZEH et J. TOUZET, « Les mesures provisoires et conservatoires sous l'angle du contradictoire », in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, op. cit., p. 119, spéc. p. 142.

(41) Comp., concernant la réversibilité des mesures provisoires du juge judiciaire en cas de changement de circonstances, Cass., 18 avril 2002, C.99.0114.N, *Pas.*, 2002, p. 923 ; Cass., 24 avril 2009, C.07.0368.N, *Pas.*, 2009, p. 1012, et, spéc. pour les mesures ordonnées sur requête unilatérale, art. 1032 C. jud. Dans l'affaire CCI n° 4126 de 1984, le tribunal arbitral a refusé de modifier une décision judiciaire qui avait rejeté une demande de blocage d'une garantie au motif que « les règles d'un bon ordre procédural [...] s'opposent [...] à ce qu'une partie à un arbitrage se prévale pour une demande essentiellement identique et toujours en référé successivement des possibilités offertes par les juridictions étatiques et de celles inhérentes à l'existence d'une autre juridiction, arbitrale celle-ci, sans qu'un changement objectif de circonstances se soit produit », in *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, op. cit., p. 511.

(42) Un recours en annulation contre une ordonnance arbitrale qui interdisait au bénéficiaire de faire appel à une garantie bancaire, sauf à concurrence d'un montant fixé par le tribunal arbitral, a été rejeté par le tribunal fédéral suisse dans un arrêt du 10 octobre 2008, 4A_224/2008, *ASA Bull.*, 2009, p. 290. Le pourvoi invoquait le défaut de juridiction du tribunal arbitral, s'agissant d'un litige relatif à la garantie alors que la clause d'arbitrage figurait dans le contrat sous-jacent. Dans l'aff. CCI n° 11651, le tribunal arbitral a refusé d'ordonner au bénéficiaire de retirer un appel à garantie prétendument abusif au motif que l'abus n'était pas établi ; le tribunal semble avoir considéré comme acquis qu'il pouvait accorder la mesure sollicitée si l'abus était avéré (sent. part. CCI, aff. 11651, *ICC IArb. Bull.*, 2006/1, p. 119).

émettrice de tenir en suspens le paiement qu'il a réclamé en vertu de la garantie. De telles mesures seront parfois la seule issue qui s'offre au donneur d'ordre confronté à un appel abusif, lorsque la garantie est émise par une banque locale du pays d'un bénéficiaire étranger et est contre-garantie par la banque du donneur d'ordre : une ordonnance de référé étatique contre la banque émettrice ou contre le bénéficiaire devrait être sollicitée devant leurs tribunaux locaux, qui ne seront pas nécessairement diligents ou réceptifs aux arguments du donneur d'ordre, et une ordonnance de référé contre la banque contre-garante supposerait de démontrer que la banque émettrice elle-même est complice de l'abus reproché au bénéficiaire, ce qui ne sera généralement pas le cas en fait et sera de toute manière extrêmement difficile à prouver.

18. Une mesure de blocage sollicitée auprès d'un tribunal arbitral présente toutefois certains inconvénients par rapport à un référé devant le juge étatique.

En premier lieu, une injonction qui empêcherait le bénéficiaire de faire appel à la garantie avant la date d'expiration de celle-ci a un effet irréversible. Une fois que la garantie a expiré, le bénéficiaire perd en effet définitivement toute possibilité d'y faire appel. Le tribunal arbitral devant qui une mesure provisoire est sollicitée sera normalement soucieux de se limiter à une ordonnance qui soit provisoire non seulement en droit mais également en fait, et ne sera disposé à provoquer une expiration irrévocable de la garantie que dans des circonstances réellement exceptionnelles.

Ensuite, l'éventuel non-respect par le bénéficiaire d'un blocage ordonné par le tribunal arbitral est difficile à sanctionner. Si le bénéficiaire fait appel à la garantie en infraction à une injonction prononcée par les arbitres, le risque que la banque émettrice – qui n'est pas liée par l'ordonnance des arbitres – paie néanmoins est réel. Le tribunal arbitral de l'affaire CCI n° 5721, déjà citée, a tenté d'anticiper la difficulté en précisant dans sa sentence que « si le Tribunal ne prend directement aucune décision à l'égard des banques garantes ou contre-garantes, il relèvera qu'un paiement par elles, si elles ont connaissance des termes de la présente sentence, serait susceptible d'engager leur responsabilité » (43). L'affirmation est peut-être ambitieuse. Une astreinte n'est pas nécessairement efficace parce qu'elle ne peut être encourue que si l'infraction à l'ordonnance de blocage est commise

(43) Sent. CCI, aff. 5721 de 1990, préc.

après exequatur de l'ordonnance des arbitres et après signification de la décision d'exequatur (44) ; en pratique, cela sera souvent trop tard.

VI. ANTI-SUIT INJUNCTION PRONONCÉE PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL

19. Si la sentence arbitrale rendue au fond par les arbitres a pour effet de rendre caduque l'ordonnance de référé qui ordonnait un blocage de la garantie, faut-il en déduire comme corollaire que les arbitres ont également le pouvoir, préventivement, d'interdire au donneur d'ordre de solliciter une mesure de blocage de la garantie auprès d'un juge étatique ?

L'on sait depuis l'arrêt *Gazprom* que le règlement Bruxelles Ibis ne s'y oppose pas (45). La Cour de justice a jugé que, l'arbitrage ne relevant pas du champ d'application du règlement, une injonction *anti-suit* prononcée par un tribunal arbitral ne donne pas lieu à un conflit de compétence entre les juridictions des États membres et ne viole pas la confiance mutuelle que se doivent les institutions judiciaires des États membres. L'on sait aussi que la pratique des injonctions *anti-suit*, que celles-ci soient prononcées par les juges étatiques ou par les tribunaux arbitraux, est courante dans les pays de *common law*. La Cour suprême d'Angleterre en a récemment rappelé la justification par des motifs qui paraissent en faire une évidence : « An injunction should be granted to restrain foreign proceedings in breach of an arbitration agreement on the simple and clear ground that the defendant has promised not to bring them » (46). La pratique de l'arbitrage international, tant en matière commerciale que d'investissement, reconnaît aux arbitres le pouvoir d'ordonner de telles injonctions. Selon Sébastien Besson, « an arbitrator's power to issue anti-suit injunctions in the form of interim measures can be taken as accepted » (47).

(44) Art. 1385bis, al. 3, et 1713, § 7, C. jud. ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'austreinte », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 36 ; K. WAGNER, *Dwangsom, APR*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 2003, n° 60.

(45) CJUE, 13 mai 2015, C-536/13, *Gazprom*. L'arrêt concernait encore le Règl. Bruxelles I, mais son raisonnement est transposable au règlement Bruxelles Ibis actuellement en vigueur.

(46) *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35, § 25.

(47) S. BESSON, « Anti-Suit Injunctions by ICC Emergency Arbitrators », in *Essays in Honour of John Beechey* (A. CARLEVARIS, L. LÉVY, A. MOURRE et E.A. SCHWARTZ dir.), Paris, ICC, 2015, p. 69, n° 22. Voy. aussi G. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., pp. 2501-2503.

20. Le droit belge, toutefois, est traditionnellement hostile à ce type de mesures pour diverses raisons, principalement l'atteinte à la souveraineté d'un État étranger et le droit d'accès au juge. La cour d'appel de Bruxelles a récemment rappelé cette hostilité de principe dans un arrêt du 10 juin 2015, dans lequel elle a considéré qu'une demande introduite par Porsche visant « à interdire à S. d'introduire une procédure en justice permettant une description et/ou expertise de ses moteurs (version 2015) sur ses voitures participant aux 24 h du Mans [...] heurterait également le droit d'accès à la justice de S., garanti notamment par les articles 13 de la Constitution et 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme » (48). La doctrine est en ce sens, avec parfois des nuances lorsque les circonstances de fait sont exceptionnelles (49).

21. Quoi qu'il en soit, le fondement qui justifie le plus fréquemment une injonction *anti-suit*, c'est-à-dire la prévention d'une violation de la convention d'arbitrage, ne pourra pas être invoqué pour obtenir une interdiction de solliciter le blocage de la garantie auprès d'un juge étatique. En effet, la convention d'arbitrage n'est pas incompatible avec l'octroi de mesures provisoires par le juge étatique (50). La sollicitation de mesures provisoires judiciaires ne constitue pas une violation de la convention d'arbitrage ; la compétence des arbitres et du juge judiciaire est concurrente pour ce qui concerne les mesures provisoires. Il n'y a donc dans une telle hypothèse aucune infraction contractuelle que l'injonction *anti-suit* pourrait ou devrait empêcher.

Certes, il peut y avoir d'autres fondements à une injonction *anti-suit*, et en particulier l'objectif d'éviter une aggravation du litige (51) et de « préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché » (52). Selon la High Court d'Angleterre, « anti-suit injunctions may be granted for many and varied reasons wholly unrelated to arbitration or jurisdiction clause, for example on

(48) Bruxelles, 10 juin 2015, *JT*, 2015, p. 696.

(49) M. STORME, « Over het verbod om een procedure te voeren », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 529 ; S. SOBRIE, « Anti-suit injunctions in België: dan toch? », *RW*, 2013-2014, p. 916 ; J. ENGLEBERT, « La demande d'injonction de ne pas introduire ou de ne pas poursuivre une procédure à l'étranger (*anti-suit injunction*) est-elle admissible en Belgique ? », *RDC*, 2006, p. 973 ; B. ALLEMEERSCH et S. SOBRIE, « De vooruitgang van de arbitrage: de antisuit injunctions en de middelen om de competentie van de arbitrale rechtbank de doorslag te laten geven », *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 249, n° 8 ; C. DIERYCK, « *Anti-suit injunction* : une entrave ou un bienfait ? », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 363 ; G. DE LEVAL et B. BIEMAR, *Droit judiciaire, op. cit.*, n° 2.3.

(50) Art. 1683 C. jud.

(51) S. BESSON, « Anti-Suit Injunctions by ICC Emergency Arbitrators », *op. cit.*, n°s 27-30.

(52) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, art. 17, 2), a).

grounds of oppression » (53). Mais la tâche du demandeur de l'injonction sera nettement plus complexe que lorsqu'il peut se contenter de simplement exiger l'exécution de sa convention d'arbitrage.

VII. LITIGE AU FOND ENTRE BÉNÉFICIAIRE ET BANQUE ÉMETTRICE

22. Le débat sur le caractère abusif d'un appel à une garantie se déroule habituellement devant le juge des référés. Mais rien n'empêche le bénéficiaire confronté à une ordonnance de blocage de la garantie d'ensuite assigner la banque émettrice devant le juge du fond, en paiement de la garantie. À supposer que l'appel à la garantie ait été conforme aux conditions figurant dans le texte de la garantie, le juge du fond devra nécessairement, dans un litige qui met en présence devant lui le bénéficiaire et la banque émettrice, trancher au fond la question du caractère abusif de l'appel à la garantie. Or cet aspect des choses concerne avant tout le rapport juridique sous-jacent entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

Ceci place le donneur d'ordre dans une position procédurale délicate. S'il n'intervient pas dans la procédure – volontairement ou sur citation en intervention forcée à l'initiative de la banque émettrice – et si la banque émettrice préfère, conformément à la pratique habituelle, rester neutre dans le litige commercial sous-jacent, il n'y aura personne qui soutienne la thèse de l'appel abusif devant le juge du fond et il est très probable que celui-ci débloquent dès lors la garantie et ordonnera à la banque émettrice de payer. Si le donneur d'ordre choisit d'intervenir dans la procédure, en revanche, il risque de se voir ensuite opposer l'argument que, ce faisant, il a renoncé à la convention d'arbitrage, puisqu'il a choisi de soumettre au juge étatique du fond un litige dont l'objet porte au premier chef sur sa relation commerciale sous-jacente avec le bénéficiaire (54). Au minimum, il risque de

(53) *Splithoff's Bevrachtingskantoor BV v Bank of China Ltd* [2015] EWHC 999 (Comm), 17 avril 2015, § 137.

(54) L'art. 1683 C. jud. dispose qu'une demande devant le juge étatique « en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires [...] n'impliqu[e] pas renonciation » à la convention d'arbitrage, mais ceci n'est pas vrai d'une demande au fond. Sur la renonciation à la convention d'arbitrage dans une telle hypothèse, voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, op. cit., n° 198 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1999, n° 736 ; sent. CCI, aff. 10904 de 2002, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007*, op. cit., p. 363, §§ 39-55 ; *Splithoff's Bevrachtingskantoor BV v Bank of China Ltd*, §§ 121 à 125.

se voir confronté à une décision du juge étatique qui tranche certaines questions relatives à la relation commerciale sous-jacente et dont le bénéficiaire invoquera l'autorité de chose jugée dans le cadre de la procédure arbitrale.

La diligence du tribunal arbitral peut offrir une solution à la difficulté, si celui-ci prend le juge étatique de vitesse (55) et fait usage de son pouvoir de juridiction quant à la relation commerciale sous-jacente pour trancher, avant le juge étatique, la question du caractère abusif de l'appel. Mais ceci n'est pas toujours possible, ne fût-ce que parce qu'une procédure arbitrale ne sera pas nécessairement déjà en cours.

VIII. TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

23. Le sujet de la présente contribution appelle une dernière digression, sans aucun lien en réalité avec tout ce qui précède : une garantie bancaire peut-elle constituer un « investissement » protégé par les mécanismes d'arbitrage prévus par la plupart des traités d'investissement ?

24. La question a reçu une réponse négative dans l'arbitrage CIRDI *Joy Mining c Égypte* (56). La société Joy Mining avait conclu avec une administration égyptienne un contrat pour la fourniture d'équipement destiné à l'exploitation d'une mine de phosphate. Elle a fait émettre dans ce cadre diverses garanties bancaires en faveur de l'administration égyptienne, couvrant en particulier sa bonne exécution du contrat. Le contrat ayant été exécuté, l'administration a refusé de libérer les garanties aussi longtemps que l'équipement ne satisfaisait pas, selon elle, aux niveaux de production attendus. Joy Mining a entamé une procédure d'arbitrage contre l'Égypte sur la base du traité d'investissement entre la Grande-Bretagne, dont elle était ressortissante, et l'Égypte, en invoquant que la non-libération des garanties constituait une forme de nationalisation et, généralement, violait les obligations de traitement juste et équitable et de protection et sécurité pleine et entière imposées par le traité.

(55) C. HOUSSA (« L'intervention des juges et des arbitres dans l'exécution des garanties », *op. cit.*, n° 9) écrit en effet qu'en raison de « l'indépendance de la garantie à première demande [...] il est donc exclu que le juge de la garantie sursoie à statuer jusqu'à ce que le juge du contrat se soit prononcé sur l'exécution de celui-ci ».

(56) Award on jurisdiction, 6 août 2004, *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt*, aff. CIRDI ARB/03/11.

Le tribunal a rejeté la demande au motif que les garanties en question ne constituaient pas un investissement au sens du traité : « To conclude that a contingent liability is an asset under Article 1(a) of the Treaty and hence a protected investment, would really go far beyond the concept of investment, even if broadly defined, as this and other treaties normally do » (57). En l'absence d'investissement, le mécanisme d'arbitrage prévu par le traité n'était pas applicable et le tribunal arbitral s'est déclaré sans juridiction.

25. La solution inverse a apparemment été retenue dans l'affaire *Gamesa c Syrie*, un arbitrage CNUDCI administré par la Cour permanente d'arbitrage sur la base du traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et la Syrie (58). La société Gamesa avait remporté un appel d'offres pour la construction d'un parc d'éoliennes en Syrie. En raison de la guerre civile le contrat ne fut pas conclu et la Syrie a fait appel à une *performance bond* fournie par Gamesa.

Le tribunal arbitral a considéré que l'appel à la garantie, dans de telles circonstances, était constitutif d'une violation du traité et a condamné la Syrie à des dommages et intérêts équivalents au montant de la garantie. La sentence n'ayant pas été publiée, la motivation précise retenue par le tribunal n'est pas connue.

(57) *Ibid.*, § 45.

(58) *Gamesa Eólica v Syrian Arab Republic*, aff. PCA n° 2012-11, sent. du 5 février 2014. Des informations limitées sur l'affaire sont disponibles sur le site *IAReporter*, <http://tinyurl.com/hwb3x9d>, ainsi que dans le jugement du 26 septembre 2014 du tribunal supérieur de justice de Madrid qui a reconnu la sentence, ECLI:ES:TSJM:2014:57A, www.poderjudicial.es.