

... paiement du prix. La banque notificatrice est une banque belge. La banque confirmatrice est une banque algérienne. Le contrat prévoit que le sucre est livrable par lots. Vingt jours avant l'embarquement de chaque lot, la société venderesse se voit ouvrir un crédit documentaire irrévocable et confirmé. Une clause de cet acte stipule que le crédit documentaire est assorti d'une condition suspensive. Il ne devient « opérationnel » qu'après réception et acceptation par le donneur d'ordre d'une garantie bancaire de bonne exécution fixée à 5 % de la valeur du crédit. Selon cette clause, la société venderesse doit donc produire la garantie de bonne exécution si elle veut obtenir le paiement du crédit documentaire. En l'occurrence, elle ne la produit pas. La banque confirmatrice, dès lors, invoquant ce défaut de production « au titre des conditions documentaires », refuse de réaliser le crédit. La société venderesse (ou, du moins, ceux qui sont « à ses droits ») assigne la banque confirmatrice en paiement du crédit documentaire. La cour d'appel (saisie sur renvoi) rejette la demande. La Cour de cassation lui donne raison.

Un premier aspect du litige porte sur le point de savoir si la société venderesse a bien accepté la condition. Or elle en a demandé la suppression. On déduit qu'elle la connaissait et on présume qu'elle l'avait acceptée.

La vraie discussion est de savoir si la banque peut invoquer le non-respect de la condition pour ne pas payer (ou non).

Le pourvoi soutient : que la banque est engagée envers le bénéficiaire du crédit documentaire dès le moment où ce dernier est notifié et que la clause litigieuse ne soumet à la condition que « le caractère opérationnel du crédit documentaire » ; que la condition litigieuse est « non documentaire ». La Cour de cassation ne suit pas. Elle constate que la condition est une « condition contractuelle ». Elle la valide, observe qu'elle n'est pas remplie et en déduit que le crédit documentaire n'est pas devenu « effectif » ou « opérationnel ». Elle souligne que la banque a précisé, quand elle a notifié le crédit, que cette notification devait être considérée « comme le préavis d'une opération non encore effective » et que « le crédit documentaire ne deviendra opérationnel qu'à réception » de la « garantie bancaire de bonne exécution ». La condition n'est pas remplie. Le crédit documentaire n'est pas devenu effectif. Il n'a pas à être versé. On remarque que la Cour de cassation formule la règle en termes « généraux » : les parties, énonce-t-elle, « peuvent subor-

donner l'effectivité d'un crédit documentaire à une condition suspensive ». La Cour de cassation ne répond pas expressément à l'affirmation du pourvoi qui soutient que la condition litigieuse est « non documentaire ». Son arrêt n'apporte pas explicitement de contribution à la formulation du critère qui permettrait de distinguer clairement les conditions « documentaires » et celles qui ne sont pas. La définition d'un tel « critère » aurait été la bienvenue pour éclairer ce que M. J. Hesbert nomme « Le labyrinthe des conditions non documentaires dans les opérations de crédit documentaire » (*LPA* 2001, n° 195, p. 4). La Cour de cassation se borne à décider que la banque est fondée à invoquer la non-satisfaction de la condition. Cela, semble-t-il, suppose qu'elle approuve la banque d'avoir considéré cette condition comme « documentaire ». On aurait apprécié qu'elle le dise expressément et qu'elle dise pourquoi.

JACQUES BÉGUIN

6 - Garantie internationale à première demande. Irrégularité de l'appel de la contre-garantie pour non-respect des règles de forme des RUGD n° 458. - L'arrêt du 22 mars 2011 (n° 09-71.690, inédit : *JurisData* n° 2011-004380 ; *JCP G* 2011, *doctr.* 770, n° 6, *obs. Ph. Simler*) s'inscrit dans une jurisprudence établie (rapp. *Cass. com.*, 30 mars 2010, n° 09-12.701 : *JurisData* n° 2010-002925 ; *JCP G* 2010, *note* 567, *O. Gout* ; *RD bancaire et fin.* 2010, *comm.* 139, *obs. A. Cerles* ; *JCP G* 2011, *doctr.* 158, n° 9, *obs. J. Béguin*). Il s'agit d'un contrat international. Les obligations du débiteur sont l'objet d'une garantie internationale à première demande fournie par une banque étrangère. Cette garantie est elle-même contre-garantie par une banque française. La garantie est appelée. La banque garante s'exécute. Elle se retourne contre la banque contre-garante. De son côté, le donneur d'ordre, estimant que l'appel de la garantie n'est pas fondé, assigne en bloc : la banque garante, la banque sous-garante et le bénéficiaire, en vue de faire interdire à la banque contre-garante de rembourser la banque garante.

Selon le mécanisme de la garantie et de la contre-garantie à première demande, le juge doit rejeter cette demande, sauf si l'appel de la garantie est « manifestement abusif » ou si la convention instituant la garantie a posé, pour que l'appel de la garantie ou de la contre-garantie soit recevable, une condition qui ne serait pas remplie. En l'occurrence, la garantie est expressément soumise aux RUGD n° 458. Selon ces textes, lorsque le

donneur d'ordre appelle la garantie, il doit notifier l'appel au débiteur principal par écrit et remettre une copie de cette notification écrite à la banque garante. C'est à cette condition seulement que le bénéficiaire est fondé à appeler la garantie. En l'occurrence, cette exigence de forme n'a pas été satisfaite. Le bénéficiaire a appelé la garantie (de premier rang) purement et simplement. Cette absence de remise de la copie de la notification au débiteur principal confère à l'appel de la garantie de premier rang un caractère irrégulier qui le rend abusif. Il en résulte que le paiement par la banque garante du montant de la garantie est irrégulier. Il en résulte par contrecoup que la demande en remboursement formée par la banque garante contre la banque contre-garante est elle-même irrégulière. Le bénéficiaire est donc fondé à s'y opposer. C'est ce qu'ont décidé les juges du fond. La Cour de cassation les approuve. La solution s'imposait. Ce rappel à l'ordre supplémentaire doit inciter les responsables bancaires à veiller au strict respect des RUGD - fussent-elles purement formelles. Il s'agissait ici des RUGD n° 458. Les RUGD actuellement en vigueur sont les RUGD n° 758.

JACQUES BÉGUIN

5. Contentieux du commerce international

A. - Règlements des litiges

7 - De l'utilisation des Incoterms comme facteur de désignation de la compétence juridictionnelle en matière contractuelle (*Cass. com.*, 22 mars 2011, n° 10-16.993 : *JurisData* n° 2011-004265 ; à paraître au *Bulletin*. - *CJUE*, 9 juin 2011, *aff. C-87/10, Electrosteel Europe SA* : *JCP G* 2011, *note* 1002, *D. Martel*). Bien qu'offrant une disposition apparemment simplifiée par rapport à la Convention de Bruxelles de 1968, le règlement Bruxelles I reste tributaire de certaines difficultés lorsqu'il s'agit de fonder la compétence du juge en matière contractuelle. Ainsi, en matière de vente de marchandises, comment déterminer le lieu « où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées » ? Cette formule devant conduire à une désignation substantielle (le lieu de remise matérielle des marchandises à l'acheteur) de la juridiction de l'État membre compétente, malgré son apparente limpidité, n'en a pas moins donné lieu à bien des questions. Au cas précis et en substance, devant la CJUE c'est l'expression « en vertu du contrat » qui a

retenu l'attention, plus exactement le fait de savoir si « *Les termes ou les clauses généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce international* » pouvaient s'analyser comme des clauses contractuelles et, ainsi, être pris en compte par le juge pour fonder ou non sa compétence.

La réponse apportée est fort logiquement positive et conduit à ce que les Incoterms sont érigés comme des clauses susceptibles d'assurer cette désignation de la juridiction compétente en matière de vente de marchandises. On s'en félicitera ne serait-ce que parce que la fréquence du recours aux Incoterms dans les ventes internationales ainsi que leur bonne connaissance par les opérateurs du commerce international (ce qui n'exclut pas quelques difficultés de maniement auxquelles tentent de remédier les guides pratiques établis par les CCI, en dernier lieu concernant les Incoterms 2010) sont de nature à contribuer, désormais, aussi à la prévisibilité des solutions qui est, on le sait, une exigence affirmée à maintes reprises par la CJUE et une attente avérée de ces opérateurs. Cette nouvelle fonction assignée aux Incoterms - en quelque sorte une fonction « juridictionnelle » - sera de nature à appeler les négociateurs de contrat ou les rédacteurs de conditions générales de vente à une analyse encore plus poussée en termes de choix de l'Incoterm adéquat. Et comment ne pas penser que, par exemple, l'Incoterm EXW - Ex Works - sera, probablement, conforté puisque permettant au vendeur ayant son siège dans un État membre de l'Union européenne de toujours plaider à domicile...

CYRIL NOURISSAT

8 - De la bonne application par l'arbitre international du droit de l'Union européenne (*Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680 : JurisData n° 2011-012945 ; à paraître au Bulletin*). - À l'heure où tous les regards des arbitragistes sont tournés vers la refonte du règlement Bruxelles I et la proposition d'inclusion partielle de l'arbitrage dans son champ matériel (V. en dernier lieu le rapport du Comité des affaires juridiques du Parlement européen du 28 juin 2011 qui soutient une conception large de l'exclusion : *including judicial procedures ruling on the validity or extend of arbitral competence as a principal issue or as an incidental or preliminary question*), on évoquera un arrêt intéressant de la première chambre civile qui témoigne d'une réalité de plus en plus fréquente dans la pratique de l'arbitrage international, à savoir l'intrusion d'un aspect tiré directement du droit de l'Union

devant l'arbitre. Sans entrer dans le détail d'une affaire complexe tenant à un refus de livraison de blé par une société française à une société belge, un recours en annulation a été formé contre la sentence au motif que, en substance, l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit et doit dès lors statuer en respectant la primauté du droit de l'Union sur la loi interne applicable. La cour d'appel a finalement rejeté le recours en annulation non sans avoir préalablement sursis à statuer dans l'attente de l'issue (finalement positive) de la procédure en constatation de manquement qui était engagée par la Commission européenne contre la France et qui tendait à voir déclarer contraire à la liberté d'établissement et la libre prestation des services la réglementation française en matière de collecte et de commercialisation des céréales. Le pourvoi est également rejeté argument pris de ce que le tribunal arbitral s'était conformé à sa mission, à savoir apprécier le bien-fondé de la rupture unilatérale du contrat et que, la cour d'appel n'ayant pas le pouvoir de réviser la décision au fond, il ne lui appartenait pas de statuer sur une éventuelle violation par le tribunal arbitral de sa mission « européenne » du fait que ce tribunal s'était déclaré « fût-ce à tort, incompétent sur la conformité au droit communautaire de la décision de refus d'agrément [non plus] que sur la légalité de l'article L. 211-16 du Code rural au regard des règles communautaires ». Et de marteler au surplus, selon une formule désormais bien connue, que « la solution du litige, donnée par la sentence (...) ne constitue pas une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international » (V. déjà en ce sens à propos de la bonne application par l'arbitre des règles communautaires du droit de la concurrence, *Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008 : Bull. civ. 2008, I, n° 162*). Deux observations s'imposent.

D'une part, la Cour de cassation laisse bien entendre qu'il appartient à l'arbitre, dès lors que la loi applicable est la loi d'un État membre de l'Union européenne, d'apprécier la conformité de cette loi au droit de l'Union. Mais à la condition que le moyen ait été soulevé dans les écritures d'une des parties, ce qui fait toute la différence d'avec le juge d'un État membre.

D'autre part, on continuera - avec d'autres - à s'interroger sur la position « toute en retenue » de la Haute juridiction française qui, en définitive, tend au heurt frontal entre le principe de non-révision arbitrale et le principe de supériorité (primauté et effet direct) du droit de l'Union. L'arrêt *Eco*

Swiss (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97 : Rec. CJCE 1999, I, p. 3055) y trouve-t-il bien son compte ? Rien n'est moins certain, là encore...

CYRIL NOURISSAT

9 - Un futur instrument au service des créanciers internationaux : l'ordonnance européenne de saisie conservatoire (COM(2011) 445 final, 25 juill. 2011). - La Commission européenne a publié le 25 juillet 2011 une proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale. « Bruxelles » propose ici de compléter l'arsenal juridique mis à la disposition des créanciers européens : après le TEE, l'IPE, place donc à l'OECS ! Cette dernière doit permettre à un créancier d'empêcher tout transfert ou tout retrait de fonds détenus par son débiteur sur tout compte bancaire situé dans l'Union européenne. L'OECS est supposée répondre à trois attentes identifiées des créanciers. En premier lieu, obtenir des ordonnances de saisie conservatoire des comptes bancaires sur la base de conditions identiques quel que soit l'État membre concerné. En deuxième lieu, obtenir des informations sur la localisation des avoirs bancaires détenus par le débiteur. En troisième lieu, réduire les coûts et les délais tant pour l'obtention que l'exécution de l'ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires. Et la Commission de souligner dans l'exposé des motifs de sa proposition, que si le fait que « l'ordonnance soit délivrée sans audition préalable du débiteur, afin de préserver son effet de surprise, remporte un soutien important » des parties intéressées et des États membres, demeurent certains aspects « plus controversés [qui] ont trait aux questions de protection du débiteur, notamment de la juridiction qui serait compétente pour lui permettre de contester l'ordonnance ». On sera donc attentif aux suites réservées à une proposition qui ne peut que rencontrer les préoccupations bancaires actuelles des opérateurs.

CYRIL NOURISSAT

B. - Faillites transfrontalières

10 - Union européenne - La reconnaissance de plein droit d'une procédure d'insolvabilité pourrait être refusée en cas de méconnaissance du droit d'accès au juge. - L'arrêt de la Cour de cassation (*Cass. com., 15 févr. 2011, n° 09-71.436 : JurisData n° 2011-*