L'autonomie de la clause en droit privé

Ghassan Taouk

▶ **To cite this version:**

Ghassan Taouk. L'autonomie de la clause en droit privé. Droit. Université Montpellier, 2021. Français. NNT : 2021MONTD004 . tel-03548908

HAL Id: tel-03548908

https://theses.hal.science/tel-03548908v1

Submitted on 31 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et Sciences criminelles

Ecole Doctorale de Droit et Science politique

Unité de recherche – Laboratoire de droit privé

L'AUTONOMIE DE LA CLAUSE EN DROIT PRIVÉ

Présentée par Ghassan TAWK

Le 30 juin 2021

Sous la direction de Madame le Professeur Séverine CABRILLAC

Devant le jury composé de

Monsieur *Hervé Lécuyer*,	**Président du jury**
Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas	
Monsieur *Nicolas Ereseo*,	**Rapporteur**
Maître de conférences à l'Université de Strasbourg	
Monsieur *Emmanuel Terrier*	**Examinateur**
Maître de conférences à l'Université de Montpellier	
Madame *Séverine Cabrillac*	**Directrice de thèse**
Professeur à l'Université de Montpellier	

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

Remerciements

Que ces lignes soient l'occasion d'exprimer toute ma gratitude,

À mes parents et surtout mon aimable père qui ont partagé mon quotidien et sont venus, au moment opportun apporté leur indéfectible soutien.

Mes remerciements vont aussi à Madame le Professeur Séverine Cabrillac, pour la justesse de sa direction et de m'avoir guidée, avec humanité et bienveillance, Ainsi qu'à ceux qui vont m'écouter.

SOMMAIRE

Introduction …..... P-5

PREMIERE PARTIE Autonomie de la clause compromissoire et de la garantie autonome face au contrat principal ……..……..…….. P-27
Chapitre I- L'autonomie matérielle par rapport au contrat principal ou de base…..... P-29
Section I- La signification de la notion et consécration du principe « autonomie matérielle » de la clause compromissoire et de garantie autonome…..... P-29
Section II- La loi applicable à la clause compromissoire et au contrat de garantie autonome face au contrat principal…….....P-93

Chapitre II- L'autonomie de rattachement de la clause compromissoire et de la garantie autonome……..…….…….. P-118
Section I- L'autonomie de rattachement de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique dans son application en son contexte étatique et international …….. P-121
Section II - L'autonomie de rattachement de la garantie autonome par rapport à toute loi étatique dans le contexte international…….....p-170

DEUXIEME PARTIE : Autonomie et sphère d'application de la clause compromissoire et de la garantie autonome …..... P-239

Chapitre I : L'impact des procédures collectives confrontées au principe de l'autonomie de la clause compromissoire et de la garantie autonome …… P-242
Section I : L'applicabilité de la convention d'arbitrage lors du procès des procédures collectives ……..…… ……P-242
Section II- La garantie autonome dans les procédures collectives …..……P-301

Chapitre II : Le principe d'autonomie confronté à l'extension, la circulation et l'extinction de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome.....P-327
Section I- L'extension de la convention d'arbitrage…….....P-328
Section II- La transmission de la clause compromissoire et de la garantie autonome P-381
Section III - L'extinction de la clause compromissoire et de la garantie autonome... P-412

Conclusion générale …..... P-478

Index alphabétique ……..... P-494

Bibliographies ……..P-499

Table des matières …….. P-521

Chaque science, chaque étude, a son jargon inintelligible, qui semble n'être inventé que pour défendre les approches.

(*Voltaire)*

AUTONOMIE

DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

ET

DE LA GARANTIE AUTONOME

Introduction

1. Le contrat commercial national ou transnational forme en tous sens le nerf de la vie économique surtout avec la tendance de plus en plus ample à l'ouverture des frontières. Dès lors naissent deux nécessités dont la première est la clause compromissoire pour faciliter le règlement des litiges et, la seconde, une garantie autonome qui assure une certaine sécurité pour les parties au contrat.

2. Par la première, lors de la conclusion du contrat, les parties peuvent s'entendre pour soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat. Cela peut se traduire par une clause compromissoire, clause d'arbitrage insérée dans le contrat ou bien par une convention d'arbitrage se référant au contrat. Cependant, la rédaction d'une convention d'arbitrage n'est pas suffisante en soi pour accorder à l'arbitrage une efficacité indépendamment de tout incident. C'est pourquoi la jurisprudence et certaines législations nationales ou internationales ont consacré des principes propres au droit de l'arbitrage et donné à cette justice privée toute latitude pour fonctionner efficacement. Ces importants principes sont le principe de compétence – compétence et le principe de l'autonomie de la clause compromissoire qui sont particulièrement complémentaires et dont le dernier fera le cœur de notre étude.

3. Par la seconde, la garantie autonome est assurée une certaine sécurité au créancier pour le recouvrement de sa créance. En effet, le garant s'engage à payer au créancier une certaine somme en considération de l'exécution de la garantie indépendamment de la dette due par le débiteur au créancier figurant dans le contrat de base.

4. La garantie autonome est consacrée à l'article 2321 du code civil, à la suite d'une ordonnance de 2006[1]. Cet article définit la garantie autonome comme l'engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers à verser une somme soit à première demande, soit suivant les modalités convenues. Il y a donc trois personnes en relations triangulaire. Il y a les deux parties à la relation économique de base et un garant. Ces trois personnages ont des dénominations :

1- Le créancier garanti est désigné comme étant le bénéficiaire.
2- Le débiteur est désigné comme étant le donneur d'ordre. Généralement c'est lui qui demande, indique le garant de mettre en place la garantie.
3- Le garant qui le plus souvent est une banque.

5. Pour pouvoir aborder avec précision notre étude sur l'autonomie dans ces deux institutions juridiques différentes, la présente introduction commence par traiter une question préalable indispensable, celle de la qualification en général, avant d'aborder en profondeur le sujet de la thèse, pour s'assurer de la présence des composantes essentielles de la définition dans ce rapport afin de lui donner le nom qui convient le mieux à sa nature en vue de le classer dans sa propre catégorie juridique. Dans cette étude la notion de qualification tient place sur une qualification d'une part de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire et de la garantie autonome face au contrat principal ou de base (I) et d'autre part une qualification de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire et de la garantie autonome (II).

[1] L'article 2321 du Code Civil français, *modifié par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006- art.2, 4,6 () JORF 24 mars 2004.*

Le procédé de qualification en général

6. Définition. - La qualification est définie comme le procédé intellectuel consistant à déterminer « la nature juridique exacte d'un rapport de droit concret pour le classer dans une des catégories "abstraites" existantes en vue de le soumettre au régime juridique applicable à cette catégorie[2]. ».

7. On parle alors souvent de syllogisme, pour désigner cette opération intellectuelle. Tout type contractuel, suppose la réunion de certains éléments de qualification. Confronté à un cas concret, le juge vérifiera si les éléments propres à ce type contractuel sont présents, dans l'affirmative il qualifiera la convention en ce sens. Cela nécessite, une définition suffisamment précise et stable, sans quoi l'opération de qualification est aléatoire, dénuée de toute rigueur et rend impossible la classification vers laquelle elle tend normalement[3].

I - Qualification de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, comparée à celle de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

8. Nous allons aborder, sous ce titre, la signification d'autonomie matérielle dans ces deux institutions en commençant par l'autonomie matérielle de la clause compromissoire avec ses deux composantes(A), en second l'indépendance de la garantie autonome en regard de contrat de base (B).

[2]Doyen K.SFEIR *Droit international privé comparé,* 1ère ed. SADER & BRUYLANT, 2005, p.315
[3]Voir, MM. GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, *Traité de droit civil: les effets du contrat*, en collaboration avec Marc Billiau et Christophe Jamin, LGDJ, Paris, 2006, no.56.

ON NOTE que la notion « contrat du fond » dans cette étude indique respectivement le contrat de base face à la garantie autonome et le contrat principal face à la clause compromissoire

Signification de l'autonomie matérielle

9. L'autonomie matérielle, par rapport à la clause compromissoire, signifie la survie de la clause par rapport à un contrat principal nul ou qui a cessé d'exister. L'autonomie de la garantie autonome, par contre, la rend totalement indépendante du contrat de base.

A- Autonomie matérielle de la clause compromissoire

10. L'autonomie matérielle de la clause compromissoire signifie que cette clause est distincte des autres clauses du contrat principal (1) et la survie de la clause compromissoire en l'immunisant contre tout vice touchant à son existence ou sa validité lorsque le contrat principal est invalide, inexistant ou a cessé d'exister (2).

1- Clause distincte des autres clauses du contrat principal

11. La clause compromissoire, ou clause d'arbitrage, est la clause par laquelle les parties à un contrat s'entendent pour soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat. Lors d'un éventuel différend né entre les parties à l'occasion de l'exécution de ce contrat, le litige qui en découle sera tranché par un tribunal arbitral qui, n'étant pas une juridiction étatique, tire sa légitimité de l'expression de leur volonté commune.

12. A cette clause est associé un principe d'autonomie matérielle qui, la distingue du contrat principal qui la contient et une autonomie de rattachement

qui couvre, deux aspects, le premier, la loi applicable à la clause compromissoire n'est pas nécessairement la même que celle qui régit le contrat principal et, le second, l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de toute loi étatique. Outre ces deux réalités données au principe d'autonomie, celui-ci est parfois rattaché à d'autres principes, tels que celui de Compétence-Compétence[4] ou encore l'extension de la clause à des tiers non signataires[5], afin de déterminer les rapports qu'ils peuvent entretenir. Il reste à se demander si le principe d'autonomie n'est pas en fait la pièce centrale d'un régime spécifique à la clause compromissoire.

13. Lorsqu'on est amené à jeter un coup d'œil sur la doctrine et les décisions de justice concernant la clause compromissoire, c'est la question de son « autonomie» qui agite la jurisprudence et la doctrine : le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a déjà fait couler beaucoup d'encre, mais le débat, sans cesse renouvelé, est plus que jamais d'actualité.

14. En effet, à ce stade de l'évolution de la notion, on peut affirmer que l'autonomie de la clause compromissoire recouvre plusieurs réalités, très différentes les unes des autres, qui reçoivent un accueil variable, et rassemblent à des degrés divers des opinions plus ou moins favorables.

15. C'est d'abord un premier aspect qui a été consacré : celui de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient. Cette autonomie, qualifiée tantôt d'« indépendance », ou de « séparabilité », est la plus unanimement reconnue à travers le monde.

[4] Infra page 145 et suivante.
[5] Infra page 335 et suivante.

16. Elle consiste à voir, dans la clause compromissoire, une disposition qui, bien qu'intégrée matériellement à un contrat vient parfois à s'en détacher pour les besoins de sa mise en œuvre.

17. Après un long trajet, la jurisprudence a interprété deux questions intégralement différentes, en les qualifiant sous un concept dit « principe d'autonomie » de la clause compromissoire : à savoir l'autonomie envers le contrat principal ou « du fond » et l'autonomie envers toute loi étatique.

18. L'autonomie matérielle, consacrée par la jurisprudence, au dépend de la théorie conflictuelle, trouve son domaine dans le fait que cette clause compromissoire est autonome par rapport à la convention de fond appelée aussi contrat principal.

19. Ce principe d'autonomie a été clairement consacré dans l'arrêt Gosset[6]qui a établi que la nullité du contrat principal n'affecte pas la clause compromissoire. Cet arrêt consacre ce principe dans les termes suivants :
«En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ».

20. Si les conséquences de ce principe ne sont plus discutées, la qualification donnée à la clause dans un tel contexte reste, en revanche, problématique, et divise encore les auteurs.

[6]Arrêt Gosset, Cour de cassation civile, 1ere chambre, le 7 mai 1963

2- Survie de la clause compromissoire au contrat principal

21. Lorsqu'il s'agit d'une clause insérée dans un contrat principal nul, ou qui a cessé d'exister, l'autonomie matérielle intervient pour prémunir la clause compromissoire contre les vices causant la nullité du contrat et empêcher que cette nullité n'affecte la clause. C'est alors qu'on parle de survie et le problème posé par cette situation paradoxale demeure entier.

22. Si certains soutiennent que la nullité du contrat principal devrait logiquement entraîner la nullité de toutes ses clauses, y compris la clause compromissoire, mais ce raisonnement clair pose un autre problème; Qui juge de la nullité ou de la validité du contrat si, en conséquence, la clause compromissoire devient nulle ?

23. Ce qui fait que l'existence de la clause a dessaisi l'autorité judiciaire normalement compétente et a donné compétence aux arbitres mais sa nullité leur a enlevé cette compétence et par la suite de ce fait on redonne compétence aux juges étatiques et on ignore la volonté des parties contractantes.

24. Pour sortir de cette impasse il n'y a qu'une seule issue, la survie de cette clause par application du principe compétence-compétence.

25. Le compromis d'arbitrage - On parle de survie lorsque la clause compromissoire est insérée dans le contrat principal atteint de nullité mais que celle-ci demeure valide. Cependant, la convention d'arbitrage peut prendre parfois la forme d'un compromis établi dans un document séparé se référant au contrat principal et c'est alors que l'on constate l'existence de deux contrats séparés et distincts.

26. Dans ce dernier cas, on ne parle plus de « survie » puisque le compromis n'a jamais été atteint par les vicissitudes, cause de la nullité du contrat de base. L'autonomie dès lors prendra alors une autre signification, elle devient une indépendance complète proche de celle qui immunise le contrat de garantie autonome.

Même dans ce cas, M. Mezger[7] estime que, même conclue par acte séparé, la convention arbitrale fait corps avec le contrat auquel elle se rapporte.

B- Indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

27. La qualification de l'indépendance de la garantie autonome demande de voir le libre choix des parties (1) et puis le contrôle de cette qualification (2).

1- Le libre choix des parties

28. Définition de la garantie autonome. La garantie autonome peut être définie comme « un contrat unilatéral en vertu duquel le garant s'engage irrévocablement de payer au bénéficiaire, et à sa première demande, une certaine somme à titre de sûreté en considération de l'exécution d'une obligation souscrite par le demandeur de la garantie au profit de son créancier dans le contrat de base. L'engagement du garant est caractérisé par son indépendance et par l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base ».

Selon la doctrine la garantie autonome est « un moyen juridique permettant de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. La garantie autonome est une garantie conventionnelle en vertu de laquelle le garant doit aussitôt qu'il en est sollicité payer sans pouvoir opposer la moindre exception. La garantie n'est pas **Acte abstrait** , elle est indépendante du contrat de base.

[7]E. Mezger, « Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961», *Essais Minoli,* A.IA / UTET, 1974, P 321.

Cette sureté s'est développée en droit interne pour réagir au phénomène de surprotection de la caution et s'est vu consacré par l'ordonnance de mars 2006 par un article unique 2321 du code civil (livre IV titre I)[8].

29. La garantie est un rapport contractuel, sa qualification serait normalement celle retenue par les parties, cependant, étant donné que la garantie autonome est distincte du cautionnement, la qualification retenue par les parties serait inefficace quand elle ne correspond pas à l'économie réelle du contrat et devrait être laissée à l'appréciation du juge.

2- Contrôle de cette qualification

30. C'est dans ce sens que la Cour de cassation française[9] considère que le vocabulaire utilisé par les parties ne saurait, en aucun cas, avoir une incidence sur la qualification retenue, dès lors que ce vocabulaire ne correspond pas à l'économie du contrat. Cette requalification est parfaitement admise en jurisprudence[10].

31. La qualification d'un contrat, étant une question de droit, ne doit pas être laissée au gré des parties contractantes. Cependant, quand celles-ci ont soigneusement défini leur engagement, le juge ne peut venir substituer sa

[8] Michel Cabrillac, Séverine Cabrillac, Christian Mouly, Philippe Pétel « Droit des sûretés » 10ème édition Editeur LexisNexis - Parution : 11/2015 ; Philippe Simler « Garanties autonomes - Garanties indemnitaires » parution le 29/05/2015 (5eme édition) ; *Mazeaud/Chabas* « Droit civil » tome II Published by LGDJ / Montchrestien, 2016.

[9] Cour de cassation commerciale, le 2 février 1988, N° de Pourvoi 85-17.276, Publié au bulletin; Cour de Cassation commerciale, le 5 décembre 2000, N° de Pourvoi 97-12.010, Inédit ; Cour de cassation commerciale, 10 mars 2009, N° de Pourvoi 08-14.064, Inédit

[10] Cour de cassation, civile, 12 décembre 2018, N° de Pourvoi 17-12.477, Inédit. Aussi, Cassation commerciale, du 16 juin 2004, N° de Pourvoi 03-12.174, Inédit ; Cass. Com., du 2 octobre 2004, N° de Pourvoi 11-23.401, Inédit

volonté à la leur, sous peine de voir sa décision censurée par la Cour de cassation.

32. Ceci démontre que la jurisprudence de la Cour de cassation considère que le critère déterminant pour la qualification de la garantie autonome est l'autonomie de l'objet de l'engagement. Bien que l'objet du contrat de base soit pris en considération pour déterminer l'objet de la garantie, ce dernier est tout à fait indépendant de la somme due par le débiteur du contrat de base, il jouit d'une autonomie complète et ne subit pas le sort de l'engagement pris dans le contrat de base. Le contrat de garantie autonome doit spécifier que le débiteur s'engage à payer une somme spécifique à première demande, de manière inconditionnelle et irrévocable, sinon il ne s'agit que d'un cautionnement et non d'une garantie autonome.

33. Si les parties respectent les éléments de qualification, la marge d'appréciation du juge sera faible, et la volonté des contractants de conclure une garantie autonome plutôt qu'un cautionnement consacrée.

34. Une fois qualifiée de garantie autonome, après vérification de la présence de toutes les caractéristiques essentielles de ce genre de garantie, la loi applicable à la garantie, même si c'est une loi autre que celle qui l'a qualifiée, ne peut pas ignorer cette qualification ni les effets qui en découlent.

II- Qualification de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire et de la garantie autonome.

A- L'autonomie de rattachement de la clause compromissoire.

35. Cette autonomie couvre deux aspects: la loi applicable à la clause compromissoire n'est pas nécessairement celle qui régit le contrat principal(1) et l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique (2).

1- La loi applicable à la clause compromissoire n'est pas nécessairement celle qui régit le contrat principal

36. L'adoption d'un principe d'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de toute loi étatique marque l'abandon de la méthode des conflits de lois au profit d'une règle matérielle.

a- Inconvénients de la méthode conf1ictuelle

37. La quasi-totalité des pays ayant reconnu l'autonomie de la clause compromissoire se contente de la méthode classique des conflits de lois. Cette méthode consiste à rechercher le système juridique avec lequel un rapport de droit précis, présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité entretient les liens les plus étroits, afin de déterminer quelle sera la loi applicable à ce rapport.

38. Mais une telle détermination, concernant la clause compromissoire, n'est pas sans poser certains problèmes, que ce soit pour trouver quelle catégorie légale est en cause, ou pour choisir les points de rattachement avec un ordre juridique déterminé.

Pour cela, il faut tout d'abord spécifier la catégorie dans laquelle se place le rapport en question *; relève-t-il de la procédure ou de la substance même de l'arbitrage ?*

39. Influencée par la vision anglo-saxonne, la tendance classique, dans un premier temps, considérait la situation conflictuelle comme relevant plutôt de la procédure arbitrale[11].

Mais cette qualification pose un problème surtout lorsque la loi gouvernant la procédure arbitrale n'est pas celle du lieu de l'arbitrage ou lorsque les parties préfèreraient laisser aux arbitres une marge de flexibilité cas par cas.

40. L'argument principal qui fit pencher la tendance vers la qualification substantielle fût la séparabilité de la clause compromissoire du reste du contrat principal. Mais, même en retenant comme catégorie juridique celle du contrat principal, les hésitations sont toujours de mise. Si les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat, rien ne permet d'affirmer que cette même loi devrait régir la clause compromissoire, puisque celle-ci est fort différente dans son objet et sa nature du contrat qui la contient.

41. Dans l'hypothèse où les parties n'auraient rien prévu, la méthode des conflits de loi invite à rechercher de quel système juridique l'accord litigieux est le plus proche. Mais encore faut-il savoir si c'est le contrat principal ou la clause compromissoire qui doit entretenir les liens les plus étroits avec le système juridique envisagé. La loi du contrat principal pourrait influencer celle applicable à la clause compromissoire notamment dans le cas où la loi choisie par les parties pour régir le contrat principal serait, en même temps celui du pays dans lequel l'arbitrage se déroulera.

[11] Par des résolutions de 1957 et 1959, L'institut de Droit International avait décidé que la validité de la clause compromissoire devait être soumise à la loi du lieu de l'arbitrage, faisant ainsi de la clause un élément de la procédure arbitrale.

42. Si cette identité de pays, donc de loi, n'existe pas, le problème se pose dans toute son acuité. La complexité du problème et la situation d'imprévisibilité qui en résulte ne font prévaloir aucune des solutions proposées, force est d'abandonner la méthode traditionnelle pour la solution du conflit de lois et de se diriger, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de cassation française dans l'arrêt Dalico[12], vers l'adoption d'une règle matérielle de droit international privé.

43. La méthode conflictuelle ne doit pas disparaître pour autant du domaine de la validité de la clause compromissoire. S'il s'agit par exemple de vérifier la capacité d'une partie à telle clause, il faudra nécessairement rechercher ce que la loi personnelle de cette partie prévoit, à condition que ses dispositions ne portent pas atteinte aux lois de police ou à l'ordre public du pays concerné par la mise en exécution de cette clause.

b- Adoption d'une règle matérielle

44. Il est vrai que la création de règles matérielles permet d'apporter une solution directe aux situations litigieuses sans passer par le détour qu'implique la règle de conflit. Il est indéniable que la règle matérielle de droit international privé répond mieux aux exigences du commerce international et à la pratique de l'arbitrage international mais il est nécessaire de définir les contours de la règle et les limites apportées pour le contrôle de son utilisation.

2- Autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique

[12] Cour de cassation civile, 1ère chambre, 20 décembre 1993, *Dalico,* Revue arbitrale, 1994, P 116, note H. Gaudemet-Tallon.

45. L'autonomie de rattachement, dans son second aspect, est beaucoup plus controversée. Il s'agit, cette fois, de l'autonomie de la clause ou, en d'autre termes, son détachement de «toute loi étatique». Il se pose alors le problème de déterminer la nature des règles sur la base desquelles l'existence et la validité de la clause doivent être appréciées.

Ce deuxième aspect de l'autonomie a été mis en lumière pour la première fois par l'arrêt Hecht[13], confirmé d'une manière formelle par l'arrêt *Menicucci* rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 1975[14] et consacré par l'arrêt *Dalico*[15].

C'est alors que l'autonomie de la clause compromissoire justifie l'appréciation de sa validité, et même de son existence, par le biais d'une règle matérielle, ce qui implique nécessairement l'abandon de la méthode conflictuelle avec tous ses inconvénients.

46. En France, cet aspect de la question de l'autonomie a été consacré par la jurisprudence, et les auteurs y ont vu la reconnaissance d'une règle matérielle de droit international privé. Mais jusqu'à quel point étendre cette conception au-delà des frontières du pays qui l'a adoptée ?

47. En effet, cette autre approche de l'autonomie emporte de lourdes conséquences, et on pourra ainsi légitimement s'interroger sur l'existence d'éventuelles limitations à la règle ainsi posée, mais aussi à son aptitude à être reconnue de manière internationale.

---

[13] Cour de cassation civile, 1ère chambre, Revue Arbitrale 1974, p.89.
[14] J.D.I., 1977,, p. 107, note E, Loquin.
[15] Cour de cassation civile, 1ère chambre, 20 décembre 1993, *Dalico,* Revue arbitrale, 1994, P 116, note H. Gaudemet-Tallon.

48. Un tel principe trouve sa logique dans le but d'une bonne application juridique afin de protéger la clause compromissoire de l'éventuelle inefficacité du contrat principal.

49. Cette logique est emprunte de bon sens dans l'hypothèse où l'arbitre doit statuer sur la prétendue nullité de ce contrat. Une confusion trouve place si l'arbitre conclut effectivement à la nullité du contrat principal. En effet, si la clause compromissoire n'était pas dissociable du contrat principal alors la nullité de ce dernier résulterait, par conséquence rétroactive, à ce que l'arbitre devienne dépourvu de toute légitimité.

50. Avant la réforme apportée par le décret de 13 janvier 2011, la cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises sur le principe de l'indépendance entre le contrat principal et la clause compromissoire en affirmant que la validité de la clause compromissoire n'était aucunement affectée lorsque le contrat litigieux n'était pas signé[16], déclaré inexistant[17], arrivé à terme[18], résilié [19] ou caduc[20].

51. La doctrine française avait aussi un point de vue qui justifie dans un sens la philosophie de ce principe. Selon certains auteurs le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage amène à penser que cette dernière constitue un objet juridique distinct du contrat principal. Donc, il existerait ainsi une convention de fond et une seconde convention définissant les modalités de

[16]Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 6 décembre 1988, Revue Arbitrale 1989. 641, note B. Goldman
[17]Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 25 oct. 2005, Rev. Arb. 2006, 03, note J.-B. Racine
[18]Cour d'appel de Paris, le 24 mai 2000, Revue Arbitrale 2001. 535, note P. Didier
[19]Cour d'appel de Paris, le 21 février 1964, JDI 1965.113, note B. Goldman ; Cour de cassation commerciale, le 12 nov.1968, Rev. Arb. 1969. 59 ; Paris, 25 nov. 1966, D. 1967. Jur. 359 ; Paris, 26 nov. 1981, Rev. arb. 1982. 438, note E. Mezger.
[20]Cour d'appel de Paris, le 9 septembre 2004, Cah. Arb., vol.3, p347

règlement des différends qui pourraient surgir à l'occasion de l'exécution de la première.

52. La question est en réalité très discutée : d'une part, les deux *negotia* peuvent être insérés dans un même *instrumentum*, ce qui peut les confondre et rendre leur distinction bien difficile ; d'autre part, il peut exister des cas dans lesquels la nullité de la convention principale entraîne la nullité de la convention d'arbitrage, comme si ces deux contrats n'en formaient en réalité qu'un seul.

53. Le terme de « *séparabilité* » de la clause compromissoire proposé par P. Mayer[21] semble, dans un tel contexte, bien plus approprié que celui d'*indépendance.*

54. Le Professeur Loquin, explique que « *La convention d'arbitrage est l'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel* (…) *Or, le droit d'action peut survivre à l'extinction du droit substantiel qu'il sert.*»[22].

55. Les Professeurs Jacques Béguin et Michel Menjucq retiennent une approche identique dans leur Traité, considérant que la convention d'arbitrage est « *un accessoire du droit d'action qui accompagne les droits substantiels nés du contrat principal* »[23].

[21] Pierre Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue Arbitrale, 1998, p 359.
[22]Eric LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », RTD Com, 2011, p255
[23].J. Béguin et M. Menjucq, traité, LexisNexis, 2e éd. 2011 (1293 + XXI p.).

56. Il en découle que du moment que le droit d'action en justice n'est pas prescrit, l'existence de la clause compromissoire perdure. Enfin, ce principe a le statut de règle matérielle directement applicable en matière d'arbitrage international.

B- La garantie autonome

57. La garantie autonome est une sûreté personnelle, elle est l'édifice de la pratique bancaire internationale dans les années 1970 et cette pratique a été admise au fur et à mesure dans le droit interne français, d'abord par la jurisprudence française pour enfin être consacrée officiellement par l'ordonnance du 23 mars 2006[24].

58. Selon les critères communément admis, la garantie autonome est qualifiée de sûreté personnelle car elle produit les effets d'une « convention spéciale » caractérisée par deux critères qui sont de un, l'adjonction d'une créance au profit du créancier contre le garant, et de deux, l'absence de contribution à la dette par le garant.

59. En droit interne, cette garantie est un engagement conventionnel unilatéral auquel les créanciers ont eu recours afin de remplacer le cautionnement. Cette sûreté présente en effet des avantages certains pour le créancier. Il s'agit de payer une somme d'argent à titre de garantie de l'exécution d'un contrat de base, mais donnant naissance à une obligation autonome par rapport au contrat.

[24] L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a été publiée au journal officiel le 24 mars 2006. Cette ordonnance a pour objet : d'améliorer la lisibilité du droit des sûretés en regroupant l'ensemble de la matière dans un seul livre du code civil.

60. La garantie autonome se distingue du cautionnement, qui est lui aussi, une sûreté personnelle, par son indépendance par rapport au contrat de base. De ce fait, la garantie autonome est un contrat distinct et indépendant du contrat de base et, dans ce contexte, *l'autonomie de rattachement signifie que le contrat de garantie peut être régi par une loi différente de celle régissant le contrat de base.*

61. Plusieurs variétés de sûretés se sont développées avec le temps pour les besoins du commerce, surtout international, certaines présentent quelques ressemblances avec la garantie autonome et prêtent une confusion avec cette dernière. Il est nécessaire, par conséquent, de mettre en évidence les traits caractéristiques de la garantie autonome pour empêcher toute confusion possible.

1- Autonomie de l'objet comme critère de la qualification

62. La jurisprudence de la Cour de cassation considère que le critère déterminant pour la qualification de la garantie autonome est l'autonomie de l'objet de l'engagement. Bien que l'objet du contrat de base soit pris en considération pour déterminer l'objet de la garantie, ce dernier est tout à fait indépendant de la somme due par le débiteur du contrat de base, il jouit d'une autonomie complète et ne subit pas le sort de l'engagement pris dans le contrat de base. Le contrat de garantie autonome doit spécifier que le débiteur s'engage à payer une somme spécifique à première demande, de manière inconditionnelle et irrévocable, sinon il ne s'agit que d'un cautionnement et non d'une garantie autonome.

63. Cet engagement du débiteur a-t-il pour source un acte juridique unilatéral ou un contrat unilatéral puisque dans le premier cas l'accord du bénéficiaire

de la garantie n'est pas nécessaire, tandis que dans le second, le contrat ne peut exister sans le consentement des deux parties contractantes.

En droit comparé, notamment en Belgique[25] et en Allemagne[26] la garantie autonome est parfois considérée comme un « acte » juridique unilatéral. L'intérêt de cette qualification est de pouvoir considérer que la garantie existe, même sans l'accord du bénéficiaire. En France, en revanche, la doctrine[27] et la jurisprudence[28] sont unanimes en faveur de la qualification de « contrat » unilatéral, ceci en raison de la réticence traditionnelle du droit français à admettre les actes unilatéraux[29].

2- Fondement de cette autonomie

64. La garantie est totalement autonome par rapport au contrat de base qui lie le donneur d'ordre au bénéficiaire. De ce fait, le garant ne pourra opposer à l'appel en garantie aucune des exceptions, ou objections, que pourrait

---

[25]Cf ; S. VELU, *Les garanties à première demande en droit belge*, colloque de Tours, 1980, FEDUCI, page 227. Voir aussi, Lucien SIMONT, « *L'engagement unilatéral*, in, *Les obligations en droit français et en droit belge »*, Dalloz et Bruylant, 1994, page 17, spéc. n°2 et 9. *Contra*, Y. POULLET, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, thèse Louvain La Neuve, 1982, n°249 et s., cité par A. PRUM, *op.cit*. n° 225. Selon cet auteur, « L'idée de contrat rend mieux compte de la réalité unique de cette opération tripartite que celle d'acte unilatéral ». Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 15 octobre 1987, *Banque*, mars-avril 1988, page 29, obs. D. Devos, *D*. 1989, somm. page 244, obs. M. Vasseur. Selon cet arrêt, « …L'engagement du garant est pleinement efficace indépendamment de toute acceptation par le bénéficiaire, et ce par le seul effet de l'émission de la lettre de garantie…cette règle est exprimée par le caractère unilatéral de la garantie à première demande ».

[26]En ce sens, B. KLEINER, *Bankgarantie, Die Abgrenzung der garantie von der Bürgschaft und anderer Vertragstypen mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantie-geschäftes*, Zurich, 3e éd., 1979, pages 24 et 142, cité par A. PRUM, *op.cit*., n°223.

[27] En ce sens, voir ; Ph. SIMLER, *op.cit*. n°866 ; MM. CABRILLAC et MOULY, *op.cit.,* n°396-2 ; L. AYNES, *op.cit.* n° 333 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, *RTDcom* 1980, pages 1 et s., n°6 ; A. PRUM, *op.cit*., n°222 et s. ; Ch. LEGUEVAQUES, *Garanties autonomes en droit interne, A la recherche de l'autonomie*, *Droit et Patrimoine*, avril 1997 pages 34 et s. (page 38) ; M. VASSEUR, colloque de Tours 1980, prèc., *Rapport général*, pages 319 et s., ainsi que son commentaire sous CA Bruxelles 15 octobre 1987 prèc., il estime, qu'il « est vraisemblable qu'en France…les tribunaux…auraient jugé différemment… ». *Contra*, la position tout à fait isolée de T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 3e éd. 1999, n°672

[28], Cassation commerciale, le 2 février 1988, *Bull.civ*. IV, n° 55*, JCP* G 1988, IV, 113*, D*. 1988, somm. page 239 obs. Vasseur et page 274 obs. Aynès. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation qualifie expressément la garantie autonome de contrat. Voir aussi ; T.com. Paris, 26 mai 1989, D. 1990, somm. page 206 obs. Vasseur ; CA Paris 1er avril 1997, D. 1997,inf.rap., page 116.

[29] Voir, J. MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral », thèse Toulouse, 1951

invoquer le donneur d'ordre face au bénéficiaire. Il ne sera pas non plus possible au garant de faire valoir le rapport de couverture qui l'unit au donneur d'ordre. Seul le contenu de la garantie pourra être opposé par le garant au bénéficiaire.

65. Avant la réforme du code civil en 2016, la validité de cette sûreté, comme étant un contrat, est fondée sur le principe de la liberté contractuelle quel que soit le contexte juridique ou économique de l'engagement. D'aucuns considèreront que cet engagement était dénué de cause et ont fondé des actions en annulation sur la théorie générale des contrats en se basant sur les anciens articles 1108 et 1131 code civil.

66. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation française a précisé que l'engagement de garantie autonome n'est pas dénué de cause dès lors que le donneur d'ordre, même s'il n'est pas partie au contrat de base, a un intérêt économique à la conclusion de ce contrat[30] et ceci n'est pas incompatible avec le principe d'autonomie qui concerne l'exécution de la garantie.

67. Selon l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel article 1128 du code civil ne vise plus l'existence de la cause comme condition de validité du contrat, mais il ressort de la combinaison des nouveaux articles 1162 et 1169 du code civil que pour être valide le contrat doit :

- Ne pas déroger à l'ordre public…. par son but.

[30]Cour de Cassation commerciale, le 19 avril 2005, n° de pourvoi 02-17.600, Publié au bulletin

- Prévoir « au moment de sa formation la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage » laquelle contrepartie ne doit pas être « illusoire ou dérisoire ».

68. La cause n'a donc pas tout à fait disparu du Code civil. Le législateur s'y réfère sous des termes différents : le but et la contrepartie.

III- La nécessaire analyse des deux qualifications

69. Les deux règles regroupées sous la même appellation de « principe d'autonomie » sont en réalité très différentes : l'une concerne l'autonomie matérielle d'une des clauses d'un même contrat et l'autre l'autonomie matérielle d'une sûreté contenue dans un engagement conventionnel unilatéral qui sert de garantie pour l'exécution d'un contrat de base.

70. *Le terme "autonomie" dans les deux cas a-t-il le même sens ? Partage-t-il la même nature ?*

L'autonomie d'une clause compromissoire contenue dans le contrat principal n'indique pas l'existence de deux contrats différents : c'est le même contrat qui inclut une clause différente, dans sa nature et son objet, des autres clauses contractuelles d'où la nécessité de lui donner un statut différent séparable de ces dernières. L'autonomie devient en fait la « survie » de la clause compromissoire au contrat principal lorsque ce dernier n'existe plus ou a cessé d'exister.

71. La garantie autonome, en revanche, n'est pas une clause dans le contrat de base, elle constitue un contrat indépendant différent dans ses parties, sa nature et son objet du contrat de base et ne peut être affecté par les vicissitudes qui peuvent entacher le contrat de base. L'autonomie, dans ce cas, n'est pas

une séparabilité, mais une indépendance complète ; elle n'a pas besoin de « survie » puisque son existence n'a jamais été inquiétée par la nullité ou la disparition, pour n'importe quelle raison, du contrat de base.

72. Cette thèse va se porter sur deux parties essentielles. L'autonomie de la clause compromissoire et de la garantie autonome face au contrat principal et au contrat de base (Partie I) et les incidences de l'autonomie sur la sphère d'application de la clause compromissoire et de la garantie autonome (Partie II).

PREMIERE PARTIE

AUTONOME DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

ET

DE LA GARANTIE AUTONOME

FACE

AU CONTRAT DU FOND

73. La conception du principe d'autonomie est ce qu'il est juste d'appeler la conception traditionnelle de la notion. Encadrée dans cette conception, nous voyons que l'autonomie peut invoquer deux conséquences majeures dont l'une « permet de relever l'absence de «contagion» [31] des vices affectant le contrat principal que ce soit à la clause compromissoire qu'il contient ou le contrat de garantie autonome qui par définition est un contrat existant en lui-même ; et l'autre : elle autorise la clause compromissoire et la garantie autonome à être soumise à une loi différente de celle qui régit le contrat principal ou le contrat de base.

74. Mais la question est de savoir d'une part s'il est légale de discuter l'autonomie de la convention d'arbitrage comme étant un contrat diffèrent et distinct du contrat principal, par conséquence le terme « autonomie» serait approprié or d'autre part une clause parmi les autres clauses insérées dans un contrat unique alors il s'agit de la notion « séparabilité ».

75. La garantie autonome, en revanche, se distingue par son indépendance par rapport au contrat de base. Mais ce concept d'autonomie est encerclé selon la nature de la clause par des limites, ce qui inviterait dès lors à envisager la clause compromissoire comme une clause inclue dans le contrat principal et l'indépendance totale de la garantie autonome.

76. Dans cette première partie, l'autonomie se présente sous ses deux aspects : l'autonomie matérielle par rapport au contrat de fond (Chapitre I) et l'autonomie de rattachement qui permet d'apprécier la validité de la clause

[31] C. Blanchin., *L'autonomie de la clause compromissoire: Un modèle pour la clause attributive de juridiction*, Paris, L.G.D. J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, (spéc. p 25).

compromissoire et du contrat de garantie d'après la loi applicable, qui n'est pas toujours celle qui régit le contrat de fond, ou indépendamment de toute loi étatique formant les critères spécifiques de la clause compromissoire et de la garantie autonome (Chapitre II).

Chapitre I - Autonomie matérielle par rapport au contrat du fond

77. Nous allons aborder de suite sous ce chapitre, pour bien éclaircir le principe de l'autonomie matérielle, deux points essentiels. Le premier point est la signification de cette notion et la consécration de ce principe (Section I) et le second point est la loi applicable à la clause compromissoire et à la garantie autonome face au contrat principal (Section II).

Section I - Signification de la notion et consécration du principe « autonomie matérielle » de la clause compromissoire et de la garantie autonome

§1. Signification de la notion d'autonomie matérielle

78. La signification de la notion de l'autonomie matérielle induit à disséquer cette notion sous deux angles juridiques essentiels par rapport au contrat de fond. Le premier se situe suite aux vices touchant le contrat : la survie de la clause compromissoire au contrat principal (A) et, le second, l'indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base (B).

A- Le concept de la survie de la clause compromissoire au contrat principal

79. Le concept de la survie de la clause compromissoire consiste dans le fait que la règle d'autonomie matérielle protège la clause compromissoire contre un grand nombre de vices qui pourraient affecter le contrat principal ce qui

révèle ainsi la notion de séparabilité (1), mais des doutes subsistent quant à l'extension du principe en cas d'inexistence ou de nullité ab initio du contrat en question (2).

1- Absence de contagion des vices affectant le contrat principal

80. Le contrat principal peut être visé par des vices de forme ou de fond qui rendent ce contrat non valable, sans atteindre la clause compromissoire.

81. Le Conseiller à la première chambre civile de la cour de cassation de Paris, J.P Ancel[32] a introduit à ce propos une nouvelle terminologie
« *Il existerait, en effet, certains cas « d'immunisation » de la clause compromissoire* ». Le terme *« immunisation »*, selon son avis, est mieux adapté que celui de « l'immunité » car la clause compromissoire ne jouit pas d'une immunité absolue et dans tous les cas, mais seulement lorsque le contrat principal est vicié que cette clause a besoin de protection ou, en d'autres termes, elle a besoin d'être « immunisée ». Dès lors, le contrat principal peut être visé par des vices de forme ou de fond qui rendent ce contrat non valable mais sans atteindre la clause compromissoire.
Cette absence de contagion, ou plutôt cette immunisation contre ces vices trouve son explication selon différentes façons :

a- Unité ou pluralité d'actes juridiques

82. La problématique se pose en ce point sur la question de savoir si la convention d'arbitrage peut-elle former en elle-même un contrat à part entière.

[32] M. le Conseiller J.-P. Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire», Trav. Com. fr.*dr.*int. priv. 1991-1992, p 75.

83. Le lexique juridique des termes « *convention d'arbitrage* » et « *clause compromissoire* » ne sont pas absolument interchangeables que lorsque la convention arbitrale ne contient que seulement la clause compromissoire et que cette clause se trouve dans le contrat principal sans distinction particulière. Alors que le compromis qui constitue un contrat distinct même référé au contrat principal peut être nommé une convention spécifique à l'arbitrage à côté du contrat principal. Mais sûrement le compris ne peut être une clause compromissoire du fait qu'une clause est en effet par nature insérée dans un contrat, or un contrat étant un ensemble de clauses.

84. Si a un certain temps, on considérait que la clause compromissoire et contrat principal constituent deux contrats distincts et autonomes mais cette interprétation juridique a été battu par la doctrine surtout avec M. Mayer qui a exposé que : « *la clause compromissoire serait inconcevable en l'absence du reste du contrat. On ne peut prévoir le recours à l'arbitrage in vacuo ; L'objet même de la clause compromissoire est constitué par le reste du contrat*»[33].

85. On peut déduire d'après M. Mayer que l'absence d'un contrat contenant des obligations à exécuter mutuellement conduit à une absence des litiges contractuels et par conséquence l'anéantissement de l'objectif principal et spécifique de la clause compromissoire qui est de définir les modalités de règlement d'un différend qui pourrait survenir à l'occasion de l'exécution d'un contrat et alors la clause compromissoire perdra son rôle et donc sa raison d'être. Néanmoins, notant que l'absence de contrat, la matière devient

[33] P. Mayer « *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire* », Revue de l'arbitrage 1998, p. 364.

délictuelle, mais en droit français les matières contractuelle et délictuelle ne sont pas cumulables, elles s'excluent mutuellement.

86. La clause compromissoire ayant un rôle justement procédural donc ne touche pas directement les droits substantiels et par conséquence cette clause compromissoire se qualifie par un intérêt totalement procédural qui ne porterait sur aucun droit ou aucune obligation. Donc la clause compromissoire ne constitue pas un contrat à part entière à côté du contrat principal portant sur le fond[34] .

87. En pratique, dans une affaire portée devant le Tribunal fédéral suisse[35] permettant d'expliquer la différenciation entre la clause compromissoire et le contrat principal. La contestation était portée sur la validité de la convention d'arbitrage comme celle du contrat principal. Le demandeur soutenait que la sentence arbitrale rendue n'était pas valable, le tribunal arbitral ayant été investi par une convention d'arbitrage viciée par la violence. Selon le Tribunal fédéral suisse, « *l'arbitre doit dans un tel cas apprécier la validité de la clause, en constatant qu'il n'y a pas eu plus de consentement sur la clause compromissoire que sur le reste du contrat, et dénier sa compétence* ». Si l'arbitre considère que la clause compromissoire est affectée par un vice du consentement tel que la violence, il devra s'estimer incompétent pour statuer sur le contrat principal. Donc selon cette sentence arbitrale on parle de deux conventions distinctes mais liées entre elles et que l'arbitre doit se prononcer sur la validité de l'une avant de pouvoir juger de la validité de la seconde.

[34] E. Loquin, V. note sous l'arrêt « *Dalico* », JO DI 1994, p. 692
[35] Tribunal Fédéral suisse ; 20 décembre 1995 ; Bull. Arrêts du tribunal Fédéral, recueil 121, 3ème partie ; p. 495

88. Sur un pourvoi devant la cour de cassation[36] qui a énoncé que : « *Cela suppose toutefois nécessairement que le tribunal arbitral, avant de rendre une décision incidente au sujet de sa compétence, examine sans aucune réserve les objections relatives à l'existence et à la validité d'une convention de procédure dont dépend sa compétence, quand bien même ces objections et celles dirigées contre le contrat principal se recouvriraient. Il est certes exact que, ce faisant, les arbitres sont amenés à trancher simultanément la question de la validité du contrat principal, mais il s'agit là d'une conséquence inéluctable à laquelle ils ne pourraient se soustraire qu'en renonçant à rendre une décision incidente, s'ils estimaient que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément du fond. Ainsi, lorsque la validité de la convention d'arbitrage dépend de l'existence et de la validité du contrat principal, le tribunal arbitral ne peut admettre sa compétence que s'il conclut à l'efficacité du contrat principal, raison pour laquelle il doit déjà examiner à fond cette dernière question lorsqu'il statue sur sa compétence* ».

89. Un autre arrêt plus avancé de la Cour de cassation [37] portant sur la validité d'une clause compromissoire dans la situation où le contrat principal avait été valablement conclu, mais son entrée en vigueur était soumise à condition suspensive du versement d'un acompte et de la fourniture d'une garantie bancaire que l'acheteur n'avait jamais remplie. La Cour de cassation a précisé sur ce fait que : « *le contrat a bel et bien fait l'objet d'un consentement par les deux parties, que le différend opposant les parties était relatif aux seules conditions de conclusion du contrat et que ce différend peut être tranché par*

[36] Cour de cassation civile, le 20 décembre 1995 société GÉ. Contre X. AG et Tribunal arbitral
[37] Cour de cassation civile, le 6 décembre 1988 ; JO DI 1990, p. 134

un tribunal arbitral valablement investi par la clause compromissoire. Dans ce contexte, on pourrait dire qu'il y a deux contrats distincts : celui portant la clause compromissoire qui est entré en vigueur dès la rencontre des consentements, et celui portant sur le fond qui n'est jamais entré en vigueur ».

90. Selon la doctrine internationale constante à ce sujet depuis 1987, le juge Schwebel, dans son célèbre article[38], quand il affirme que « *when the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements ».* Alors que le droit anglais a officiellement reconnue l'existence d'une distinction entre la clause compromissoire et le contrat principal dans la section 7 du 1996 *Arbitration Act* prévoyant ainsi que la clause d'arbitrage « *shall ... be treated as a distinct agreement* ».

91. Revenant à la doctrine française, Le professeur R. David[39] a essayé de faire une approche relative à l'autonomie de la clause objet d'une contestation portant sur la validité du contrat principal :

« *Il arrive souvent que le litige survenu entre les parties mette en cause le point de savoir si le contrat conclu entre ces parties est ou non valable ou s'il n'a pas été résolu. Une difficulté peut naître à ce sujet lorsque l'arbitrage est prévu par une clause compromissoire insérée dans un contrat. Une partie allègue que ce contrat a cessé d'exister ; n'est-ce pas dire en même temps que la clause compromissoire contenue dans ce contrat est nulle ou a cessé d'exister, et peut-on encore donner effet à cette clause ? »*

[38]Schwebel, S. « The severability of the arbitration agreement « in International Arbitration, three salient problems, Grotius 1987, p.1 à 60, spec. p. 5

[39]René David, *L'arbitrage dans le commerce international.* Paris, Economica, 1992, (spéc. n° 209).

92. M. René David par cette approche, décrit une interprétation juridique consistant à dire que la clause compromissoire forme une clause dans un contrat et suit le sort de ce contrat dans tous les sens alors que les parties peuvent prémunir la clause compromissoire et la rendre indépendante lorsqu'elles vident leur consentement dans un acte séparé en vue de soumettre leurs futurs litiges à une convention d'arbitrage bien définie, ainsi les vicissitudes ou fluctuation affectant le contrat principal ne s'étendent pas à l'accord contenant la clause compromissoire du fait de l'existence de deux conventions matériellement distinctes.

93. Dans une interprétation juridique différente mais qui revient à la même déduction, M. Mezger déduit que : « *même la clause compromissoire conclue par un acte séparé fait partie du contrat principal. Cette convention arbitrale fait un tout avec le contrat principal auquel elle se rapporte, ceci étant vrai car le contrat principal et les litiges relatifs à ce contrat sont l'objet même de la convention d'arbitrage* »[40].

94. D'ailleurs, les parties à un contrat principal se consentent sur l'attribution d'une juridiction privée en insérant une convention d'arbitrage dans ce contrat principal. Cependant, même dans cette dernière hypothèse, l'autonomie peut parfois aller de soi. Surtout en cas d'une approbation expresse de la soumission en cas de la nullité ou de la résolution du contrat à cette juridiction arbitrale, ou encore quand elle renvoie à des normes internationales qui reconnaissent l'autonomie.

[40]Ernest Mezger, « Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961», essais in memoriam Eugenio Minoli, année 1974, P 321.

95. On peut, à ce propos se demander comment justifier la validité de la clause si le contrat est vicié ? Il ne s'agit pas de valider un contrat nul mais tout simplement maintenir la compétence des arbitres pour constater l'existence et les conséquences de cette nullité.

96. La difficulté apparait dans le cas où les parties vident leur consentement sur la clause compromissoire, en termes très généraux et vagues de prévoir l'arbitrage pour les litiges qui pourront s'élever relativement au contrat principal.

97. La doctrine française prend une tendance courageuse en faveur de la reconnaissance de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire par rapport au contrat principal.

98. En ce sens, le professeur Jean Robert[41] a fortifié la notion de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire en estimant le suivant :

« *Les vices qui ont pu affecter la validité de la convention de fond (et inversement) ne mettent pas en cause les éléments correspondant de la convention d'arbitrage ».*

Quant à l'incidence de la nullité de la clause compromissoire sur le contrat, elle pourra tout au plus nous conduire à conclure en faveur de la notion de nullité partielle. Notant que selon le principe compétence-compétence la juridiction arbitrable statue sur cette nullité partielle qui rend la clause compromissoire en question disparaît par contre le contrat principal subsiste[42].

[41] J. Robert, L'arbitrage: droit interne, droit international privé, 6e éd., Paris, Dalloz, 1993, (spéc. P 250).
[42] P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Paris, L.G.DJ., 1969, (spéc. P 102).

99. Néanmoins, la problématique inverse, la survie de la clause au contrat principal, laisse la situation plus impressionnante et spectaculaire.

b- Séparabilité de la clause compromissoire

100. La clause compromissoire est une clause qui, au sein du contrat principal, remplit une fonction particulière. Elle a une incidence directe ou indirecte sur la totalité des clauses en soumettant à l'arbitrage les différends qui pourraient être soulevés à leur sujet[43]. L'objet du contrat est de réglementer le fond d'un rapport quelconque, alors que l'objet de la clause compromissoire est de soumettre à l'arbitrage tout ou partie des différends qui peuvent naître du contrat principal. Ainsi, la clause compromissoire constitue, pour certains auteurs[44], un objet procédural tandis que l'objet des autres clauses du contrat est substantiel. Donc l'objet de la clause compromissoire est le litige et non le droit contractuel.

101. Par une interprétation particulière le Professeur Aynès considère que :
« *La clause compromissoire appartient à la catégorie des clauses d'accompagnement, au même titre que la clause pénale, ou la clause résolutoire expresse, ou la sûreté, qui agissent sur certains aspects du rapport d'obligation sans toucher à l'économie même de celui-ci; elles échappent donc à la théorie de la cause. Les obligations réciproques pourraient facilement se passer d'elles. Et cependant, elles n'ont de raison d'être qu'en relation avec ces obligations*[45].

---

[43] MAYER. , note sous Paris, 1ere Ch. suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, *Rev. Arb.,* 1990, p. 685. Cet auteur précise que : «Précisions sur les notions de (complète autonomie juridique) et de (validité et d'efficacité propres) de la clause compromissoire »,

[44] ANCEL et GOUT. , « L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage interne», note 20 sous, Cour de cassation civil , 16 juin 1998, *Rev. Arb.,* 1999, N 2, p. 358.

[45] Aynes Laurent *« Séparabilité de la clause compromissoire et transmission par accessoire »,* note sous Paris 1 ère Chambre Civil 10 septembre 2003, Rev. Arb. 2004, p.628

102. Selon le même auteur « *dans la mesure où son objet est le litige, et que le contentieux de la validité du rapport d'obligation relève de cet objet* » , cela nous conduit à dire que l'efficacité de la clause compromissoire peut être appréciée indépendamment du contrat principal ou des obligations de fond , par conséquence sa séparabilité du contrat de fond traduisant ainsi sa spécificité juridictionnelle ce qui fait par la suite que la fonction de la clause compromissoire tire son efficacité de la volonté des parties.

103. Donc la volonté des parties est considérée comme le pivot principal de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Dans ce courant d'idée M. Marquis[46] avait précisé que *« La dimension contractuelle de l'arbitrage découle des multiples facettes de son existence qui tiennent à l'expression d'une volonté commune des parties en présence ».* Ainsi, la volonté des parties amène au fait que la clause compromissoire doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de l'existence ou de la validité du contrat principal.

104. En revanche, la volonté des parties n'est pas absolue, elle doit s'exprimer en concordance avec les règles de droit qui la cadrent. Cette volonté n'indique pas que la clause compromissoire est indissociable du reste du contrat mais, bien au contraire, elle souligne sa séparabilité.

105. Le domaine de cette séparabilité, d'après P. Mayer[47], doit être *« restreint aux hypothèses où le refus de donner effet à la clause, par solidarité avec le*

[46] MARQUIS. L, «Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel» dans H. Patrick GLENN, *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance,* Cowansville: Y. Blais, 1993, p. 476.
[47] Pierre Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue Arbitrale, 1998, p.363

reste du contrat, soustrairait à l'arbitrage des questions que les parties ont voulu y soumettre ».

106. Aussi pour M. Mayer[48] a mis le point sur la notion des vices du consentement relevant ainsi le plus souvent le principe de la séparabilité. Il prend, en effet, l'exemple de l'erreur sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat, ce qui marque en ce cas la déconnexion avec la volonté de recourir à l'arbitrage. Par contre ce n'est pas le cas en matière de la contrainte physique ou morale, ou encore des manœuvres frauduleuses, dans la mesure où le vice atteindra nécessairement la clause compromissoire. L'illicéité du contrat reste, pour lui, le domaine par excellence de la séparabilité, dans la mesure où le contrat ait un objet illicite ne remet pas en cause le recours à l'arbitrage.

107. Il importe d'exposer le principe (i), avant de citer un cas illustrant cette autonomie matérielle (ii).

(i) Exposé du principe

108. La règle d'autonomie formulée par la jurisprudence Gosset prémunit la clause compromissoire contre un grand nombre de vices qui pourraient affecter le contrat principal.

109. Cette autonomie matérielle est déduite de la Cour de cassation dans l'arrêt « *Gosset* »[49], en statuant sur la valabilité de la décision d'un arbitre dont

[48] Idem, p 359.
[49] Arrêt Gosset, Cour de cassation civile, chambre 1ère, le 7 mai 1963, Publié au bulletin

sa compétence était fondée sur une clause compromissoire figurant dans un contrat dont la nullité était alléguée. cet arrêt précise qu'« *en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* ».

110. Sans aucun doute, l'arrêt « Gosset » affirme d'une façon inéluctable l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal dans deux cas de situation que ce soit la clause compromissoire soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait. Dans le cas d'une convention d'arbitrage conclue séparément du contrat principal il parait évident que la nullité du second ne peut pas rejaillir sur la clause compromissoire et l'inverse est évident correct. Néanmoins dans le second cas où l'*instrumentum* comporte en même temps les deux *negotia,* cet arrêt Gosset interprète cette situation et vient par la solution qui justifie l'autonomie de cette clause compromissoire en face du contrat principal.

111. Cette solution est significative dans le cas d'une clause compromissoire insérée dans un contrat principal. Selon un raisonnement logique qui s'appuie sur le fait de savoir la valabilité de l'arbitre de statuer sur le contrat principal prétendument atteint d'un grave vice fondant sa nullité. Si la nullité du contrat principal conduit aussi à la nullité de la clause compromissoire, cela va priver l'arbitre de toute légitimité d'une manière rétroactive. Par conséquence, la sentence rendue par cet arbitre incompétent, par défaut de la présence d'une clause compromissoire valable, se trouve priver de tout effet alors que le contrat principal reste valable du fait de la sentence nulle. Ce raisonnement

implique le dysfonctionnement du principe compétence – compétence et par la suite l'entrée dans un cercle vicieux indéfini duquel la seule sortie est de considérer que la nullité du contrat principal est sans effet sur la validité de la clause compromissoire qu'il contient.

112. La doctrine n'est pas unanime sur une interprétation finale, alors que certains auteurs, comme déjà cité, sont en faveur de l'idée qui considère l'existence de deux contrats distincts et autonomes l'un de l'autre, on trouve d'autres auteurs[50] considèrent que la clause compromissoire constitue « *un accessoire du droit d'action qui accompagne les droits substantiels nés du contrat principal* ».

113. Certaines juridictions françaises[51] ont établi que la nullité, l'extinction, la résiliation ou résolution du contrat principal auquel elle se rapporte n'entraine pas la nullité ou l'extinction de la clause arbitrale. De même, la novation éventuelle de la convention de fond est sans effet sur la convention d'arbitrage. Ces solutions françaises ont également été retenues dans plusieurs pays.

(ii) Cas illustrant cette autonomie matérielle : un contrat conclu sous condition suspensive

114. Dans une affaire n° 8020[52] deux parties, un belge et un espagnol, ont signé un contrat en vue de créer une joint-venture en Espagne pour assurer la

[50] Cf, J. Béquin, M. Menjucq ; « Droit du commerce international » ; Edition LexisNexis
[51] Par exemple Cour d'Appel de Paris, le 4 mars 1986, *Casiac*, Rev.arb.1987, p.167 et cassation Civile. 1ère chambre, le 10 mai 1988, Revue Arbitrale 1988, p.639, avec à chaque fois une note de C. Jarrosson ; Cour d'Appel de Paris, le 10 septembre 2003, Revue Arbitrale 2004, p.625.
[52] Affaire, n° 8020 de 1994 (lieu de l'arbitrage : Paris – droit applicable : droit belge). C.-O.-C. Truong, Op.cit. p.68. cette affaire concerne la contestation de l'application de la clause compromissoire par le défendeur pour cause de non entrée en vigueur d'un contrat conclu sous condition suspensive. Le tribunal

distribution du matériel-informatique du concédant belge (défendeur dans cette procédure). Un article du contrat de joint-venture a prévu par une clause compromissoire de soumettre les différends éventuels des parties à l'arbitrage conformément aux règles de la Chambre de Commerce Internationale.

115. Le distributeur a introduit une requête d'arbitrage devant la CCI pour faire constater le désistement illégal du concédant au jour de la signature définitive de l'acte d'incorporation de la joint-venture.

116. Le défendeur a contesté la compétence de l'arbitre unique en alléguant que le distributeur n'a pas rempli les conditions préalables requises par l'article 8.2 du contrat de joint-venture, qui conditionne l'entrée en vigueur du contrat au versement d'un dépôt sur un compte bloqué par le distributeur et certains investisseurs privés.

117. Le défaut d'entrée en vigueur du contrat entraîne donc l'inapplication de l'article 8.3.5 précité qui vise une rupture du contrat. Il ne peut y avoir de rupture d'un contrat quand celui-ci n'est jamais entré en application.

118. Le défendeur admet tout au plus l'existence d'un acte préparatoire en vue de l'incorporation de la société de joint-venture. Le contrat n'ayant pas produit d'effets juridiques, la clause compromissoire qui y figure, ne saurait produire d'effets entre les parties et l'arbitre doit se déclarer incompétent.

119. La question qui intéresse le tribunal arbitral est donc de savoir si la condition suspensive définie dans le contrat a été réalisée ou non par le

arbitral a rejeté les propos de défendeur en se basant sur les arrêts Gosset et Navimpex , et en déclarant que mise en œuvre de la clause compromissoire n'est pas affectée par la réalisation d'une condition suspensive.

distributeur. Il relève tout d'abord que l'article 1697 du Code judiciaire belge permet au tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence.

120. Le tribunal arbitral a précisé, concernant la clause compromissoire, que « *certaines clauses du contrat s'imposent aux parties au moment de sa signature. Le fait que l'exécution effective du contrat tout entier soit liée à la réalisation d'une condition suspensive, n'affecte pas pour autant la mise en œuvre de la clause compromissoire à l'égard des parties ».* Il s'agit d'un acte juridique autonome par rapport au contrat principal. Son existence et son application ne dépendent pas des conditions d'entrée en vigueur du contrat qui la contient.

121. La Cour de cassation française a eu l'occasion d'affirmer ce principe en 1963 dans l'arrêt Gosset[53], et aussi dans l'arrêt Navimpex de 1988 où la Cour de cassation a énoncé que « *le principe d'autonomie de la clause compromissoire permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pas pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion* »[54].

122. Donc la jurisprudence arbitrale et juridique se sont d'accord sur le fait que l'arbitre est le seul compètent à statuer sur sa propre compétence, et par conséquence pour apprécier toutes les conséquences qui en sorte de l'exécution de la clause compromissoire et donc de la non-entrée en vigueur du contrat. Cela confirme que cette clause ne doit pas être confondue avec le contrat auquel elle se réfère.

[53] Cour de cassation civile, chambre 1ère, le 7 mai 1963
[54] Cour de cassation civile. 1ere chambre, le 6 décembre 1988, arrêt Navimpex , revue de l'arbitrage, 1989, p. 941, note B. Goldman ; journal de droit international, 1990, p. 134, note M.-L. Niboyet -Hoegy.

123. En résumé, cette séparabilité, comme indiqué précédemment, à priori trouve son foyer dans le fait que l'objet des deux conventions est différent : la clause compromissoire a pour objet de définir la procédure qui doit être suivie par les parties en cas de différend tandis que le contrat définit les droits et obligations respectives des parties dans le cadre des prestations qui ont été souscrites. L'objet des deux conventions étant distinct, les vices qui sont susceptibles d'affecter le contrat ne doivent pas affecter la clause d'arbitrage.

124. Le principe de la « Compétence-Compétence » qui en découle, permet ainsi à l'arbitre de déjouer efficacement les manœuvres dilatoires d'une partie, en lui permettant de ne pas se trouver dessaisi du simple fait de l'allégation de son incompétence. la majorité de la doctrine qui considère : « *qu'écarter l'autonomie de la convention d'arbitrage au motif que l'une des parties allègue l'inexistence du contrat principal, alors que la distinction entre nullité et inexistence est souvent malaisée, que la notion d'inexistence est difficile à cerner et en tout cas d'application exceptionnelle, serait prendre le risque de donner prise aux manœuvres dilatoires que la consécration du principe d'autonomie a pour but d'empêcher »*[55]

2- L'extension contestée du principe en cas d'inexistence ou de nullité *ab initio* du contrat principal

125. L'autonomie de la clause compromissoire nous dirige vers une distinction pertinente entre une nullité ou inexistence du contrat principal face

[55] FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, « *Traite de l'arbitrage commercial international »,* Paris, Litec 1996, p.226. Aussi POUDRET.J-F et BESSON.S, « *Droit comparé de l'arbitrage commercial international »,* Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 136.

au contrat principal d'où la notion de séparabilité relative et non pas complète ou indépendance.

126. En droit français positif, une clause affectée d'un vice de consentement peut être annulée par isolement du reste de contrat qui conserve sa validité. Un exemple fréquemment rencontré dites « clauses *léonines »* en droit du commerce sont « *réputées non écrites* ». ceci nous conduit à deux situations avec des répercussions différentes sur le contrat principal :

1- la clause léonine ne constitue pas une clause substantiel dans le contrat principal, par conséquence il y a un potentiel de l'isoler du contrat de société sans que celui-ci en soit dénaturé, donc la clause léonine seule sera réputée non écrite tandis que le reste du contrat restera valable.
2- Dans une situation plus avancée et critique, si cette clause léonine constitue la « *cause impulsive et déterminante* » du contrat de société alors que la nullité emportera une répercussion sur la totalité du contrat de société qui sera par la suite considéré comme nulle.

127. Par analogie si le contrat va survivre à l'annulation d'une de ses clauses, alors selon M. Mayer la réciproque est aussi vraie en ce qui concerne la clause compromissoire insérée dans le contrat principal en précisant que « *si la clause est appelée à jouer, selon la volonté des parties, un rôle déterminant dans le prononcé de la nullité ou dans les conséquences de cette nullité* ».[56]

128. Le principe compétence – compétence favorise la solution pour éviter d'entrer dans un cercle vicieux illimité. Le pouvoir rendu à l'arbitre de statuer

[56] Pierre Mayer « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue de l'arbitrage 1998, p. 364.

sur sa propre compétence et sur les dispositions du contrat principal permet l'éviction des protestations alléguées par le défendeur qui sont basées sur la nullité du contrat en cause dans le sens de soustraire le litige au tribunal arbitral au profit des juridictions étatiques. Dans le cas contraire la convention arbitrale perd tout effet obligatoire et la privera totalement d'intérêt.

129. Cette solution ne forme pas un concept absolu. L'exception à cette solution apparait dans certains cas dans lesquels la nullité du contrat va entraîner la nullité de la clause compromissoire comme le cas typique d'un contrat inexistant en présence d'une « erreur-obstacle »[57]. La jurisprudence française considère dans ce cas d'une *absence* totale de consentement et le contrat est considéré comme s'il n'est conclu dès le début mais surtout pas un contrat affecté d'un vice de consentement. Donc le consentement des parties ne s'est pas plus accordé sur l'intégralité du contrat principal y compris la clause compromissoire et par conséquence, le tout devrait être annulé en bloc.

130. Dans le célèbre arrêt « *L.B. Cassia* »[58] du 10 juillet 1990, la cour de cassation française a énoncé : « *qu'en matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouvait sa limite dans l'existence en la forme de la convention principale qui contient la clause invoquée, et cette existence devait nécessairement s'apprécier d'après la loi qui selon les principes du droit international privé régissait la forme de la convention* ». Selon cet arrêt, la clause compromissoire ne semble pas devoir résister à

[57]Définition l'erreur obstacle est une notion purement doctrinale qui a pour but de designer les situations où les parties ont conclu un contrat sur un malentendu. Comme exemple Erreur *in negotio* sur la nature du contrat ou erreur *in corpore* sur l'identité de l'objet du contrat. https://cours-de-droit.net/l-erreur-obstacle

[58] Cour de cassation civile, Chambre 1ère, le 10 juillet 1990, 88-13.877, Inédit

l'inexistence en la forme du contrat principal, inexistence qui s'apprécie selon la loi applicable en vertu de la règle de conflit.

131. Une différente solution est rendue dans l'arrêt « *Dalico*»[59] en 1993 qui a décrit cette situation par : « *En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »*. On remarque une différenciation entre les dispositions de cet arrêt et celles de l'arrêt « *L.B. Cassia* » selon lequel *l'existence en la forme de la convention principale constitue une limite à l'autonomie de la clause compromissoire* alors que l'arrêt *Dalico* vient d'avancer le principe de la survie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Cela signifie d'après l'arrêt « *L.B. Cassia »* en premier lieu que l'inexistence du contrat principal emporte aussi la clause compromissoire. En second lieu, l'existence du contrat principal doit s'apprécier selon les dispositions de la loi désignée comme applicable à la forme par la règle de conflit. Cette affirmation amène à savoir par conséquence si la validité en la forme de la clause compromissoire doit-elle également être appréciée en fonction des dispositions de la loi qui lui est applicable en vertu de la règle de conflit ?

132. Certaines doctrines ont adopté une solution similaire au principe consacré par l'arrêt « *L.B.Cassia* ». M. Mayer a considéré que « …*la clause*

[59] Cour de cassation civile, 1ère chambre, arrêt « Dalico » du 20 décembre 1993 ; Revue de l'arbitrage 1994, p. 116 ; Revue critique de DIP 1994, p. 663 ; JO DI 1994 p. 432 et p. 692.

compromissoire n'a pas de raison d'être en l'absence de contrat de fond »[60]. Alors que M. Gaudemet-Tallon a affirmé que « *si le contrat principal n'existe pas de façon formelle, la clause compromissoire n'a pas d'objet et est nécessairement dépourvue de toute efficacité* »[61].

133. Dans une analytique contraire, Certains auteurs ont considéré que l'arrêt « *Dalico* » a lancé une remise en cause du principe consacré dans l'arrêt « *L.B.Cassia* » et ils ont nié l'extension en vertu du principe *nihil ex nihilo*. Selon M. Loquin qui a interprété cette situation d'une façon très claire en précisant que « *dès lors que la convention d'arbitrage est distincte de la convention qui la contient, et que sa validité échappe aux conditions de forme posées par toute loi étatique, elle ne peut être écartée du seul fait que la convention qui la contient n'a pas d'existence selon la loi désignée par le droit international privé pour régir la forme* »[62].L'argumentation interpellée par M. Loquin est logique et encore admise sur un plan purement théorique.

134. Dans une analytique différente, M. Sanders[63] a affirmé que : « *le principe d'autonomie ne saurait justifier la compétence de l'arbitre dans l'hypothèse où le contrat est inexistant et, en conséquence, la clause compromissoire dépourvue d'objet »*. Cette dernière interprétation trouve son foyer dans l'article 16 al.1 de la loi-type de CNUDCI[64] qui ne parle que de la nullité, sans aucun signe aux incidences en cas de l'inexistence du contrat.

---

[60] V. P. Mayer dans « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue de l'arbitrage 1998, p. 364

[61] H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt « Dalico », Revue de l'arbitrage 1994, p. 116

[62] Eric Loquin Note sous l'arrêt « Dalico », JO DI 1994, p. 696

[63] Sanders, P. « L'autonomie de la clause compromissoire », in *Hommage à Frédéric Eisemman, une initiative de la Chambre de Commerce Internationale, Liber Amicorum , 1978, p. 31.*

[64] Article 16 CNUDCI. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence *« 1- Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un*

135. Cette dernière interprétation ne possède pas l'unanimité. Selon certains auteurs[65], la jurisprudence française[66] et les textes internationaux[67] n'ont pas retenu la solution de l'annulation en bloc du contrat principal en cas d'inexistence *ab initio* de ce dernier.

136. L'arrêt Navimpex en 1988 a permis pour certains auteurs d'exprimer un avis contraire. Ainsi, l'arrêt Navimpex en rejetant le pourvoi dispose que « *Mais attendu d'abord, qu'à l'appui de son recours en annulation, la société Navimpex soutenait que le contrat était inexistant faute d'avoir pu entrer en vigueur - en raison des manquements des parties -, ce qui priverait d'effet la clause compromissoire qui y était incluse ; que la cour d'appel a justement écarté ce moyen de nullité pris de l'article 1502-1 du nouveau Code de procédure civile en se fondant sur le principe d'autonomie de la clause compromissoire, lequel permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion ; que ce seul motif suffit à enlever toute portée aux trois derniers griefs du moyen, qui sont préalables »*[68].

137. Certains auteurs[69] dans une note sous l'arrêt Navimpex ont montré que : « …. *la nullité originaire du contrat ou sa non-entrée en vigueur*

contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. »

[65] P. Mayer « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue de l'arbitrage 1998, p. 364. P. Sanders, « L'autonomie de la clause compromissoire : in Hommage à Frédéric Eisemann », Paris, 1978, p. 31.

[66] V. Cassation Civile, chambre 1ère, le 6 décembre 1988, « Navimpex » ; et Cour d'Appel de Paris, 8 mars 1990 : Revue Arbitrale p. 675, 2ème espèce, note P. Mayer

[67] Art. 6.4 Règlement CCI, art. 21.1 Règlement CNUDCI

[68] Cour de cassation civile, 1ère Chambre, le 6 décembre 1988, pourvoi n° 86-14.396, Publié au bulletin

[69]Note Berthold Goldman sous l'arrêt Navimpex, revue de l'arbitrage, 1989, p. 941; Aussi, note Marie-Laure Niboyet-*Hoegy,* journal de droit international, 1990, p. 134

n'entraînaient pas nécessairement la nullité de la clause compromissoire, l'arbitrage pouvant alors avoir pour objet soit l'existence même du contrat, soit les conséquences de son inexistence ou de son invalidité, en particulier la responsabilité encourue à ce sujet ».

138. Selon M. Berthold, en se basant sur le principe compétence-compétence l'arbitre devrait être reconnu compétent en cas l'une des parties au contrat principal contestera l'existence de ce contrat principal ou de la clause compromissoire. La compétence de l'arbitre lui confie le rôle de statuer sur l'incidence de l'inexistence frappant le contrat principal sur la clause compromissoire. Si la juridiction arbitrale arrive à conclure pour l'inexistence de la clause compromissoire, cela lui impose l'obligation de s'abstenir de statuer au fond, alors qu'en conclusion contraire l'arbitre préserve sa compétence de statuer au fond. D'autres auteurs [70] sont de même avis avec M. Berthold dans cette interprétation et forment une pluralité.

139. Notant que l'arrêt Navimpex vise seulement un cas particulier d'un contrat non entré en vigueur, et non pas spécifiquement le cas d'inexistence.

140. Ultérieurement, selon l'arrêt Ducler[71], la Cour d'appel de Paris en 1990 affirme que : *« La clause compromissoire possède une complète autonomie juridique à l'égard de la convention principale, dont l'inexistence ou la nullité n'ont aucun effet sur elle…* ».

141. Donc aucun ne s'oppose sur la dissociation du sort de la convention d'arbitrage en cas de disparition du contrat principal. En revanche, certains

[70]J.-F. Poudret, S. Besson, « Droit comparé de l'arbitrage international », L.G.D.J., 2002, p. 137
[71]Cour d'appel de Paris, 8 mars 1990, « Coumet et Ducler », revue de l'arbitrage 1990, p. 675, note Mayer.

auteurs exigent, que le contrat principal ait au moins existé à un certain moment pour pouvoir reconnaitre l'autonomie.

142. Selon M. Loquin[72], qui explique la différence entre le concept de l'inexistence et celui de la nullité en énonçant que : « *L'inexistence de la convention principale suppose l'absence totale de consentement, ou ce qui revient au même l'impossibilité de prouver l'existence de celui-ci. Cette absence de consentement concerne aussi bien la convention d'arbitrage que le contrat principal* ». Par conséquence les deux conventions principale et arbitrale sont considérées comme non conclues. Ce même auteur clarifie aussi que : « … La *situation est différente lorsque le contrat principal est nul, en raison d'un objet ou d'une cause illicite, ou lorsque le consentement d'une des parties a été vicié. La nullité de la convention principale n'affecte pas nécessairement la clause d'arbitrage, dès lors que les conséquences de la nullité restent arbitrables ».*[73]

143. Dans le même sens, le Juge Schwebel[74] constate : «… *If the agreement was never entered into, its arbitration clause never came into force* ».

144. Notant que la fluctuation de la doctrine et jurisprudence françaises visent uniquement l'inexistence initiale du contrat et non les cas où le contrat a cessé d'exister parce qu'il a pris fin où la clause compromissoire doit continuer de produire ses effets.

[72] Cour de cassation civile, le 10 juillet 1990, *L. et B. Cassia.* J.D.I., 1992. P 168, note Eric Loquin.
[73]Eric Loquin, sous l'arrêt *L. B. Cassia,* op.cit.
[74]S. Schwebel, International *Arbitration :Three Salient Problems ,* Cambridge ,Grotius, 1987, spécialement. p 1 à 60.

145. Aussi selon l'interprétation du MM. Boyd et Veeder qui considèrent que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire devient hors propos dans le cas de l'inexistence du contrat principal car la clause compromissoire y inclue sera de ce fait affecter par cette maladie de non existence selon la terminologie de ces auteurs.[75]. Néanmoins, la doctrine n'est pas unanime sur cette interprétation.

146. Contrairement, certains auteurs ont interprété cette controverse sous un autre angle de raisonnement et de vision juridique en disant : « *qu'écarter l'autonomie de la convention d'arbitrage au motif que l'une des parties allègue l'inexistence du contrat principal alors que la distinction entre nullité et inexistence est souvent malaisée, que la notion d'inexistence est difficile à cerner et en tout cas d'application exceptionnelle, serait prendre le risque de donner prise aux manœuvres dilatoires que la consécration du principe d'autonomie a pour but d'empêcher »*[76].

147. Nous approuvons, que la distinction entre nullité ab initio et inexistence est « malaisée » puisque, dans les deux cas, le contrat n'existe pas, mais il y a une différence entre un contrat qui n'a jamais existé, ni au départ ni en cours de route, et un contrat qui a existé à un moment donné mais la nullité a effacé plus tard son existence. En d'autres termes, dans le premier cas, il n'y a pas eu un commencement d'exécution tandis que, dans le second, il y a eu la possibilité d'un commencement d'exécution.

[75]S. Boyd et V.V. Veeder, « Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979 », Revue arbitrale 1991, P 209 et spécialement en P 221.
[76]FOUCHARD,Ph; GAILLARD, E; GOLDMAN , B. « Droit de l'arbitrage commercial international », Paris, Litec 1996, note 45, p. 226

148. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'il y a une différence entre une inexécution du contrat pour défaut d'accord des parties sur des clauses essentielles du contrat et celle due à la non réalisation d'une clause suspensive qui a mis fin à un contrat existant mais non entré en vigueur. Dans la première hypothèse il n'y a pas de contrat du tout, tandis que dans la seconde il y a eu un accord parfait de volonté sur toutes les clauses du contrat, y compris la clause compromissoire, mais il n'est jamais entré en vigueur.

149. La question essentielle soulevée à cet égard est celle de préciser l'autorité compétente pour décider l'inexistence ou la nullité du contrat principal et leurs effets juridiques sur les droits et obligations des parties. Dans les cas de nullité ab-initio comme dans le cas où le contrat existe mais n'a pas été mis en vigueur **seulement**, la volonté commune des parties est clairement exprimé dans le sens de vouloir soumettre leurs différends à l'arbitrage, donc par respect de cette volonté commune et par application du principe compétence-compétence il est du ressort des arbitres de régler leurs différends.

150. Le principe d'autonomie de la clause compromissoire est clairement consacré, dans les règlements d'arbitrage, même en cas d'inexistence du contrat principal. Telle est, du moins, la portée du principe en matière internationale.

151. Une problématique trouve son chemin si c'est le cas d'une convention arbitrale conclue dans un acte séparé à la place d'une clause insérée dans un contrat principal. Une réponse logique se fait en départant du fait que l'existence de la convention d'arbitrage ne dépendrait pas ni matériellement ni légalement du contrat auquel elle serait liée puisqu'il s'agissait bel et bien

d'un contrat intégralement distinct qui peut trouver son existence alors même en cas d'inexistence juridique du contrat principal.

152. Certains auteurs[77] exigent dans leur interprétation en ce sujet d'avoir recours à un examen, examiner individuellement la question de l'existence du contrat et celle de la clause.

Fondement de cette notion. Cette notion revêt selon certains auteurs un caractère d'ordre public international.

153. Selon M. Lalive[78] suggérait une solution qui se base sur le fait que ce principe a déjà l'autorité de l'ordre public transnational ou du moins en voie de l'être. Il interprétait la situation comme suivant : « *sur le terrain de la compétence de l'arbitre….. On peut se demander si le principe de la compétence –compétence de l'arbitre n'est pas devenue aujourd'hui un principe fondamental de l'ordre public transnational, grâce à la consécration qu'il a reçue de certains instruments internationaux. Une question analogue peut se poser à propos du principe de l'autonomie de la clause compromissoire* ».

154. Dans le même sens, selon M. Bûcher[79] le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage est liée fortement à l'ordre public transnational qui va estimer que les « *principes d'ordre public transnational relèvent, en matière d'arbitrage international, plus particulièrement du droit de l'arbitrage tandis qu'ils apparaissent moins fréquemment dans le domaine du droit applicable*

[77] E. Gaillard & J. Savage, « *Fouchard. Gaillard, Goldman International Commercial Arbitration »,* The Hague, Kluwer, 1990 spécialement n° 411.
[78]Pierre Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », in Revue de l'arbitrage, n° 3, 1986, pp. 329-373
[79]Andreas Bûcher « Le nouvel arbitrage International en Suisse », Helbing &Lichtenbahn, 1988, p. 105

au fond ». Ce même auteur a considéré que le principe de l'autonomie d'arbitrage est un parmi les principes d'ordre public transnational du droit de l'arbitrage et en affirmant son pouvoir d'exclure tous les droits étatiques normalement applicables s'ils ne la reconnaissaient pas.

155. Une fois dégagé, de ce qui précède, le sens et la fonction de l'autonomie matérielle, il reste à préciser les incidences de cette autonomie au regard du contrat principal ou de base. Le principe d'autonomie, selon lequel la clause compromissoire et le contrat de garantie autonome sont indifférents à l'invalidité du contrat principal ou du contrat de base est actuellement fermement établi.
Son importance se matérialise par la consécration du principe d'autonomie de la clause compromissoire et de l'indépendance de la garantie autonome.

B- L'indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

156. Sans aucun doute, la garantie autonome est liée à un contrat de base par le seul fait qu'elle va garantir l'exécution en cas manquement du débiteur à ses obligations. Cependant, un tel lien n'est que chronologique dans ce sens que dans la garantie autonome l'engagement est pris en vue de l'exécution du contrat et, dès que la conclusion de cette garantie est terminée, cet engagement perd toute connexion avec le contrat de base et la garantie autonome devienne indépendante quant à son existence, son objet, son exécution et son extinction. Sauf convention contraire, cette sûreté personnelle ne suit pas l'obligation garantie et son sort n'est pas lié à celui de la dette du débiteur principal. Le créancier aura devant lui deux débiteurs : l'un d'après le contrat de base,

l'autre d'après le contrat de garantie et l'obligation de l'un n'oblige pas l'autre.

157. La double conséquence de cette indépendance est, d'abord, l'autonomie complète de la garantie autonome par rapport au contrat de base et des autres rapports annexes ; le second volet de cette conséquence est l'inopposabilité des exceptions.

158. Dans une analyse contraire si la garantie trouve sa cause dans le contrat de base et qu'elle est fortement liée à ces dispositifs, cela signifie l'enlèvement à la garantie son autonomie et son indépendance et la garantie perdra ses qualifications légales et deviendra similaire à une caution un accessoire du contrat de base. Ceci ouvrirait la voie aux banquiers d'opposer au bénéficiaire les exceptions tirées des autres rapports du même groupe et affaiblir la force obligatoire de la garantie. Ce qui est plus dangereux, c'est qu'en tant qu'accessoire elle devra suivre le sort du contrat de base de sorte que la caducité ultérieure du contrat de base ferait disparaître la garantie puisqu'elle deviendrait un engagement sans cause, nul en vertu de l'ancien article 1151 du code civil français, cela avant les exigences posées par l'ordonnance du 10 février 2016.

159. La Cour de cassation française a cependant admis à maintes reprises la caractéristique essentielle est de ne pas permettre au banquier débiteur d'opposer des moyens de défense tirés des autres rapports de droit et notamment de celui qui lui sert de cause et par la suite conserver la validité de

la garantie autonome[80]. Selon cette jurisprudence on assiste à un concept affirmant que la volonté des parties explique que l'engagement bancaire soit autonome, indépendant, abstrait du contrat de base.

160. Notant que, la simple référence dans la garantie autonome au contrat de base n'a pas des conséquences de priver cette garantie de son indépendance, sans impliquer l'appréciation des modalités d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garantis, ou pour la détermination des durées de validité[81].

161. Cette indépendance nécessite de voir forcément la formation du caractère autonome dans la garantie autonome dès son émission (1), en plus de l'importance de l'autonomie dans l'application de la garantie autonome (2), afin d'aborder les finalités de ce principe.

1- les étapes indispensables pour la formation du caractère autonome dans la garantie autonome dès son émission.

162. Le mécanisme de l'émission aboutit à la création d'une pluralité de rapports contractuels dont l'enchainement chronologique se présente comme suit[82] :

- Un premier contrat, appelé contrat de base, conclu entre ses deux parties a pour objet une vente, une prestation de service ou une entreprise. Il s'agira, par exemple, d'un contrat de vente.

[80] Voir Cour de cassation commerciale, le 20 decembre1982, Dalloz.1985.565, note Vasseur ; Aussi Cassation commerciale, le 15 décembre 1983, Dalloz.1984.420 ; Cour de cassation commerciale, le 5 février 1985, Dalloz 1985.269, note Vasseur ; Aussi Cour de cassation commerciale, le 21 mai 1985, Banque, 1985 obs. J-L. Rives -Lange

[81] Cour de cassation commerciale, le 30 janvier 2001, pourvoi n°. 98-22-060, Bull. n°.25

[82] J-L Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, » Droit bancaire », Dalloz, Précis, 6 ème édition, 1986, p.723, no. 786

Dans ce contrat, une partie s'engage, à la demande de l'autre, à fournir une garantie bancaire autonome irrévocable, dont le contenu est généralement précisé avec minutie.

- Pour exécuter les obligations qu'il a souscrites, le vendeur (*donneur d'ordre)* donne l'ordre à son banquier de s'engager au bénéfice de l'acheteur (appelé *bénéficiaire)* à payer une somme déterminée. Le banquier le plus souvent se fait autoriser à débiter le compte de son client au cas où la garantie sera mise en jeu. Ce second rapport de droit, qui unit le donneur d'ordre et son banquier, est une *promesse de crédit par signature*.
- En exécution de la promesse de crédit consentie, le banquier s'engage dans les termes qui lui ont été indiqués à l'égard de l'acheteur bénéficiaire. Ce troisième rapport de droit constitue l'engagement bancaire autonome.
- Ce schéma simple est significatif dans le contexte d'une opération internationale. La plupart des cas la partie bénéficiaire dans le contrat de base impose à l'autre partie la délivrance de la garantie par un banquier de son propre pays où sa résidence. Le vendeur n'est pas généralement pas clientèle de la banque du pays du bénéficiaire, ce qui lui oblige de donner l'ordre à son banquier de demander à une banque correspondante du pays du bénéficiaire de livrer à celui-ci la garantie demandée. Le banquier du donneur d'ordre est obligé dès lors de s'engager à rembourser impérativement, en cas d'un consentement prévue et selon les modalités prévues dans l'engagement, le banquier étranger du bénéficiaire au moment d'appel de la garantie autonome.

163. Dans ce cas, il y a deux garanties autonomes émises : le banquier étranger qui délivre la garantie est dit garant de premier rang ; le banquier du donneur d'ordre est dit garant du deuxième rang ou contre-garant.

a- L'émission de la garantie autonome.

164. L'enchaînement chronologique nous permet de conclure que la nature juridique de la garantie autonome repose essentiellement sur une pluralité de contrats :

Dans cette opération on a recours à quatre contrats différents :

(i) Le premier contrat, dit contrat de base, est conclu entre deux parties et a pour objet une vente, une entreprise ou une prestation de service.

(ii) Le second contrat est formé entre une partie au contrat de base (donneur d'ordre) et son banquier, son objet est une promesse de crédit par signature.

(iii) Le troisième contrat est un engagement bancaire (Garantie autonome) dans lequel la banque garante s'engage de payer à la deuxième partie au contrat de base (bénéficiaire) une somme déterminée en exécution de la promesse de crédit, objet du second contrat.

(iv) Le quatrième est un contrat passé entre deux banques : celle du pays du bénéficiaire, dénommée garante, et celle du donneur d'ordre (appelée contre-garante), en vertu duquel la banque contre-garante s'engage à rembourser la banque garante dans l'hypothèse où la garantie est mise en jeu.

165. Selon certains auteurs, on a recours à quatre contrats, la différenciation existante entre eux, ils se sont complémentaires et se concourent à un résultat unifié pour la conclusion et l'exécution du contrat de base[83]. Pour d'autre, certains de ces rapports contractuels servent respectivement de cause à d'autres rapports du même groupe[84].

[83]J-L Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, op.cit., note précitée 212, p.725, no.790

[84]M.Contamine-Raynaud, *"Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit `français »*, in Mélanges Roblot, 2014 p.426

b- Les conséquences de l'autonomie de la garantie indépendante.

166. Le caractère indépendant de la garantie induit pour de nombreuses conséquences, dont les principales, à savoir sont :

(i) Une clause compromissoire introduite dans le contrat de base n'est pas applicable à la garantie à moins que telle soit la volonté des parties.

(ii) L'expiration du contrat de base n'entraîne pas la fin du contrat de garantie. Si, par exemple, l'exécution du contrat de base devient impossible, en raison d'un cas de force majeure, le bénéficiaire de la garantie peut néanmoins appeler validement la garantie, sauf en cas d'abus de droit ou de fraude manifeste.

(iii) Une transaction entre les parties au contrat de base ne peut être opposée par le garant au bénéficiaire, à moins d'un abus de droit par ce dernier.

(iv) La prescription frappant les obligations issues du contrat de base n'affecte pas les obligations du garant.

(v) L'inopposabilité des exceptions demeure, sans aucun doute. Ce qui caractérise le mieux la garantie autonome.

167. En résumé, la garantie autonome demeure indépendante du sort du contrat de base qui en revanche de la clause compromissoire qui forme un accessoire au contrat principal, la garantie autonome demeure loin d'être un accessoire du contrat de base mais un contrat totalement autonome, indépendant ayant tous les éléments constitutifs et les conditions de validité des contrats.

2- L'importance de l'autonomie dans l'application de la garantie autonome

168. L'importance de cette autonomie se déclenche lorsque le bénéficiaire appelle la garantie, c'est-à-dire la demande au garant de payer le montant indiqué dans la lettre d'engagement après la vérification par le garant des conditions consenties dans la garantie autonome dans l'hypothèse de sa mise en jeu . Ensuite dans le même processus, vient le tour du garant « banquier », d'avertir le contre-garant qui doit à son tour informer le donneur d'ordre. Ce dernier peut s'opposer éventuellement au paiement dans certaines conditions d'abus de droit ou de fraude manifeste, et à défaut, le paiement sera effectué au bénéficiaire de la garantie.

169. Dans ce mécanisme, il nous faut tout d'abord parler de l'appel de la garantie (a), les obligations et les droits du garant (b), les moyens de défense du donneur d'ordre pour s'opposer au paiement (c).

a- L'appel de la garantie

170. En principe, l'appel de la garantie autonome ne demande en aucun cas un processus de forme ou procédurale spécifique sauf celles qui ont été stipulées dans la lettre de l'engagement de la garantie.

L'appel oblige le garant de payer au bénéficiaire la somme convenue dans la lettre d'engagement après avoir informer le donneur d'ordre directement ou à travers le contre-garant s'il y en a.

171. Si la garantie dotée d'une date limite de validité ne fait pas un objet d'appel par le bénéficiaire, ce dernier, avant la fin de cette date, place le garant devant l'alternative de payer ou de proroger la garantie. Devant cette alternative, le garant est libre de son choix mais, dans la mesure où ses intérêts

ne sont pas compromis, il doit suivre en principe les directives du donneur d'ordre.

172. On conclut que l'obligation du garant marque l'autonomie complète de la garantie par rapport au contrat de base donc l'incapacité du garant de refuser le payement en dépit de toutes les circonstances entourant le contrat de base en défaut de fraude et ou abus de droit.

b- Les obligations et les droits du garant

173. Les obligations du garant à l'égard du bénéficiaire peuvent être résumées en : *« Le garant doit payer sans délai, et à première demande, le montant spécifié dans la lettre d'engagement sans pouvoir invoquer les exceptions tirées des autres rapports de droit, sauf fraude »* [85].

174. Les droits du garant naissent à l'égard du donneur d'ordre. Après avoir payé, le garant est en droit de se retourner contre le donneur d'ordre ou si, le garant est un banquier, il est en droit de débiter le compte de son client donneur d'ordre. Il a eu l'autorisation au préalable dans la lettre d'ordre que lui a adressé son client en vue de l'émission de la garantie ou, si cette autorisation fait défaut, le principe de l'affectation de la généralité des créances au compte l'autorise à opérer cette inscription au débit.

175. On conclut pour que les droits du garant s'exerce automatiquement sans besoin d'une quelconque autre autorisation, ce qui souligne, encore une fois

[85]Voir les détails partie II-chapitre II-section II-§2- II.

la qualification de l'autonomie de la garantie autonome par une indépendance totale par rapport au contrat de base.

c- Les moyens de défense du donneur d'ordre

176. Le donneur d'ordre qui a remboursé le garant constitue la vraie victime de l'autonomie de cet engagement, bien que d'après le contrat de base il est exempt de toute obligation.

La reconnaissance de l'autonomie de la garantie n'est pas sans danger quoique le donneur d'ordre ait un recours de droit commun contre le bénéficiaire, mais ce recours s'avère illusoire. La protection doit intervenir avant paiement par le garant et non pas après.

177. Cette protection peut être obtenue par plusieurs voies :

i. La défense de payer par ordre du juge des référés si la fraude est ainsi prouvée. Ceci est, dans la plupart des cas, impossible ou du moins très difficile. Par application de l'article 873 CPC, l'obligation d'un garant autonome devient sérieusement contestable, si l'abus de droit ou la fraude manifeste du bénéficiaire a été caractérisée par le juge des référés[86]. Selon la cour de cassation en 2013 qui a prononcé sur ce sujet que : « ... *que le juge des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que Natixis faisait valoir que le paiement d'une garantie financière dans le domaine énergétique, à une société iranienne, se heurtait à l'embargo décrété par l'Union Européenne et était interdit par le Règlement UE n° 961/2010 du*

[86] Cour de cassation commerciale, 31 mai 2011, 10-14.979, Inédit

25 octobre 2010 dès lors que la banque iranienne ne démontrait pas être sans lien avec les secteurs sensibles identifiés par ledit règlement ; que pour débouter Natixis de sa demande visant à lui faire interdiction d'effectuer un paiement à la BIM au titre des garanties conventionnelles, la cour d'appel a alors estimé qu'il ne lui appartiendrait pas d'interdire un tel paiement au motif qu'elle était saisie à la demande même de Natixis ; qu'en statuant ainsi cependant qu'elle pouvait prescrire toute mesure de nature à prévenir un dommage imminent ou à faire cesser un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a commis un excès de pouvoir négatif, en violation de l'article 873 du code de procédure civile»[87]

178. Néanmoins, si le garant a payé la somme au bénéficiaire, il court le risque de perdre son droit d'être remboursé par le donneur d'ordre si les juges du fond estiment que la fraude est établie.

179. En résumé, selon l'article 873 code de procédure civil , le juge des référés reste compètent même en présence d'une contestation sérieuse de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent dans l'objectif de prévenir un dommage imminent ou bien pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

180. Le juge des référés sur une demande du donneur d'ordre conserve sa compétence soit pour accorder une provision au créancier soit de prendre une décision en ordonnant l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire, cela dans l'hypothèse où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

[87] Cour de cassation commerciale, 12 mars 2013, n° de pourvoi 11-22.048, Inédit

181. Dans une autre facette de ce sujet, en se basant sur l'article 873 CPC, le Juge des référés est compétent pour apprécier l'abus de droit ou la fraude manifeste et par conséquence bloquer l'exécution d'une garantie autonome. Selon un arrêt de la cour de cassation qui estime que « *Une cour d'appel saisie d'une demande d'exécution d'un contrat de garantie à première demande ne peut que, soit suspendre le versement de la garantie à raison de la fraude, soit refuser la suspension sans pouvoir assortir cette décision de modalités telles que la subordination du paiement à la délivrance d'un cautionnement bancaire du même montant* »[88].

182. ii. La mise de fonds sous séquestre : cette mesure vise à empêcher le paiement à première demande dans les cas où la fraude n'est pas prouvée, pour empêcher la sortie des fonds en dehors du pays concerné. Cette voie, comme la précédente, peut ne pas aboutir à un résultat satisfaisant car l'alternative offerte est la suivante :

- ou bien il existe une cause légitime empêchant le paiement (fraude ou collusion manifeste ou autres) et dans ce cas le juge des référés doit faire défense au garant de payer s'il le demande.
- ou il n'existe pas de cause légitime et le paiement doit avoir lieu sans qu'une mesure de séquestre puisse le paralyser.

183. iii- La saisie conservatoire ou la saisie exécution : Cette mesure ne peut être autorisée que si le donneur d'ordre est créancier du bénéficiaire demandeur du paiement de la garantie. Le garant qui détient les fonds doit les

[88] Cour de cassation commerciale, du 6 novembre 1990, pourvoi nº 88-19.449, Publié au bulletin

bloquer jusqu'à ce que mainlevée soit ordonnée, il ne peut agir en juge de la validité de la saisie et encourir le risque de son jugement.

184. Ces moyens de défense donnés au donneur d'ordre marquent un défaut au principe de l'indépendance de la garantie autonome. Ce défaut ne joue qu'un rôle minime dans l'allégation du concept de l'indépendance totale de la garantie autonome qui reste indépendante malgré cette protection temporaire et reste inefficace dans la majorité des cas.

3- L'interdiction d'opposer les exceptions soulevées contre le contrat de base comme critère distinctif de l'indépendance de la garantie autonome.

185. L'indépendance de la garantie autonome signifie que le garant prend à titre principal un nouveau engagement monétaire totalement diffèrent de la dette principal objet du contrat de base même si le montant de ce nouveau engagement est fixé en fonction du contrat de base, mais qui est librement déterminé par les parties sans rapport nécessaire avec l'objet et l'étendue des obligations du débiteur garanti. Notant que le garant reste un tiers par rapport au contrat de base qui sans ce dernier l'idée même de la garantie n'aurait pas de sens. Néanmoins, une fois la garantie autonome est déjà constituée, il y aura certainement une coupure définitive de tous les liens avec le contrat de base.

186. Si la garantie autonome par consentement des parties est ainsi stipulée payable à première demande du bénéficiaire, ce dernier ne se trouve pas obligé à prouver la défaillance du débiteur de l'obligation garantie en cas d'appel de cette garantie. La rigueur de la force obligatoire des garanties à première demande constitue leur spécificité de sécuriser le bénéficiaire.

187. Cette indépendance a pour conséquence majeure l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base (I) ce qui conforte substantiellement la position du créancier garanti, sans perdre de vue qu'il existe une certaine limite même mineur à cette indépendance (II).

I- Le principe de l'inopposabilité des exceptions comme facteur déterminant pour l'indépendance de la garantie autonome.

Le principe de l'inopposabilité des exceptions à la garantie autonome nous amène à analyser ce principe en fonctions des exceptions issues de l'obligation garantie (A), celles tirées du rapport d'ordre (B) et enfin celles tirées du contrat de base (C).

A- L'inopposabilité des exceptions issues de l'obligation garantie

188. L'indépendance de la garantie autonome se caractérise par le principe de l'inopposabilité des exceptions. Ce principe fortement connecté à la volonté contractuelle des parties à cette garantie autonome pour but primordial de procurer le maximum de sécurité au bénéficiaire, donc il ne pourra être que le corollaire de l'autonomie de cette sûreté .Pour autant, cela ne manque pas de susciter des interrogations.

189. Théoriquement, tout d'abord, il est en effet nécessaire d'expliquer la signification de ce principe (1), son fondement (2). Du point de vue pratique, il faut pour un panoramique clair examiner quelques applications concrètes de ce principe (3).

1- Signification.

190. L'autonomie de l'objet de l'obligation du garant, comme détaillée ci-haut, constitue la caractéristique fondamentale et nécessaire de cette indépendance, mais la garantie autonome obéit à un autre principe celui de l'inopposabilité des exceptions. Ainsi, contrairement au cautionnement comme étant un accessoire du contrat de base, le garant ne pourra prévaloir d'aucune des exceptions tenant du contrat de base ou des autres rapports contractuels concernés. Par conséquence, le garant devra ainsi exécuter directement son engagement sans opposer au bénéficiaire de la garantie aucune autre exception sauf celle tirée du contrat de la garantie autonome elle-même.

191. Le principe de l'inopposabilité des exceptions s'adresse au garant comme au donneur d'ordre en leur interdisant de se prévaloir des exceptions tirées du contrat de base telles que la nullité, la résolution, la résiliation ou celles relatives à l'existence ou à l'exécution du contrat de base.
De même, ils ne peuvent opposer la compensation, la confusion, la novation de l'obligation du débiteur principal ou encore l'inexécution fautive, par le créancier bénéficiaire, des obligations mises à sa charge par le contrat de base.
la cour de cassation qui a même interdit l'opposition de l'inexécution fautive en estimant que : « *N'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui en découlaient la Cour d'appel qui, tout en énonçant qu'une banque a entendu donner une garantie à première demande, autonome par rapport au contrat pour l'exercice auquel elle est accordée, retient pour débouter la société*

bénéficiaire de son action l'inexécution fautive par celle-ci de ses obligations »[89].

2- Le Fondement

192. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence en la matière nous permet de dégager deux fondements possibles du principe de l'inopposabilité des exceptions. Le premier, est tiré de l'autonomie de l'objet de la garantie, tandis que le second a pour fondement l'autonomie de la cause de la garantie.

193. Une partie de la doctrine[90]considère que, l'originalité de la garantie autonome se situe dans son objet pour interpréter l'inopposabilité des exceptions inhérentes à la garantie autonome et c'est justement là que porte l'autonomie de la volonté et non pas sur la cause.

194. A la différence de la caution, l'objet de la garantie autonome est déterminé par l'accord du garant avec le donneur d'ordre et les parties sont libres de déterminer l'objet de leur accord. Dès lors que le garant s'engage seulement à payer la somme objet de la garantie et ne s'engage aucunement à payer la dette du débiteur principal, il ne peut soulever les exceptions inhérentes au contrat de base.

3- Applications du principe

195. L'indépendance de la garantie autonome comme étant une sûreté personnelle ne peut pas se prévaloir des bénéfices de discussion et de division

[89]Cf. Cour de cassation commerciale, du 17 octobre 1984, pourvoi n° 83-12.125, Publié au bulletin
[90]Cf ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, par L. AYNES, Cujas, 2000/2001, n°1; Marty, Raynaud, et Jestaz, Les Sûretés, La publicité foncière : 2ème éd. 1987, n°628,

dérivants des dispositions des articles (2313 et 2314) [91] du code civil, le garant autonome, en raison de l'indépendance de son engagement, ne se voit reconnaître aucune de ces facultés alors que cette garantie autonome est contrôlée par les dispositions de l'article 2321[92] Code civil. Cela a poussé M. Simler[93] vers une interprétation avancée en considérant que « *l'inopposabilité des exceptions n'est que le corollaire et la traduction concrète de l'autonomie de la garantie* ». Par conséquence selon la jurisprudence[94], l'inopposabilité des exceptions doit être considéré comme quasi-absolue spécialement lorsque cette garantie ait été stipulée payable à première demande.

196. Dans le même sens analytique, certains auteurs[95] ont interprétés cette solution en considérant que « *l'inopposabilité des exceptions résulte de l'effet relatif des contrats ou plus précisément, du principe sous-jacent d'indépendance des contrats, tel qu'il s'exprime notamment dans la règle de*

[91] **Article 2313 Code civil,** Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 art. 2 JORF 24 mars 2006 **: «** *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.*
Article 2314 Code civil Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 5 JORF 24 mars 2006 : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite*

[92] **Article 2321 Code civil,** Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 art. 2 JORF 24 mars 2006 **: «** *1- La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.*
2- Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.
3- Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.
4- Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

[93] Philippe Simler, « *Cautionnement et garanties autonomes* », Litec 1999, n°857

[94] Cf, Cour d'Appel de Paris 24 nov. 1981, D.1982, 296. Note Vasseur ; Cassation commerciale, le 21 mai 1985, *Bull civ*. IV, n°160 ; *Gaz. Pal*, 1985, 2, page 770, note S. Piédelièvre ; Cassation commerciale, 7 octobre 1997, *Juris-Data* n°003833, *JCP* G 1997, IV, 2252, et E 1998 page 226, note Legeais

[95] Voir, MM. Marty,Raynaud et Jestaz « Les sûretés, la publicité foncière », 2ème edition 1987, no. 628 ; M. BILLIAU, dans sa thèse, *La délégation de créance*, Paris LGDJ 1989 n°316 et 321, énonce dans le domaine voisin de la délégation, que l'inopposabilité des exceptions en la matière ne découle pas de la notion d'acte abstrait mais du principe de l'effet relatif des contrats, c'est-à-dire de la nouveauté de l'engagement du garant

l'effet relatif ». Ce raisonnement est valable si l'on parle du rapport garant – donneur d'ordre puisque l'engagement du garant n'est jamais en contact avec le contrat de base, et il ne peut servir pour expliquer la nullité du rapport d'ordre permettant au garant de se soustraire au paiement de la garantie.

197. Le raisonnement qui s'appuie sur la cause de l'engagement du garant, localisée dans le rapport donneur d'ordre – bénéficiaire, peut expliquer que le garant ne peut se soustraire à son obligation en invoquant des considérations extérieures à son engagement, ce même raisonnement ne peut expliquer qu'il ne peut soulever le défaut de cause du fait de la nullité du contrat de base.

198. La controverse acte abstrait[96] et acte causé rejaillit avec ampleur. Les auteurs[97] voyant dans la garantie autonome un acte abstrait, considèrent que l'abstraction, en elle-même suffit à expliquer que le garant ne peut se baser sur le défaut de cause de son engagement avant paiement, toutefois après avoir exécuté son obligation, il dispose d'un recours contre le donneur d'ordre et celui-ci peut se retourner contre le bénéficiaire s'il considère que ce dernier a bénéficié d'un paiement indu.

---

[96] L'acte abstrait Thèses – Ecole doctorale de droit privé (Paris II) par **Camille Bisbarre** sous la direction de Philippe Théry - Paris 2 « *L'acte abstrait est communément défini comme un acte dont l'exécution ne dépend pas de sa cause, empêchant par là même le débiteur de soulever des exceptions. Il s'agit là d'un mécanisme de protection des créanciers qui n'a jamais existé en France, du fait de l'article 1131 ancien du code civil, autrement que sous forme tripartite (avec la garantie autonome, par exemple). Dans ce type d'acte triangulaire, le mécanisme de l'acte abstrait est en œuvre. Partant, une réflexion peut être menée sur un régime général de l'acte abstrait, en s'appuyant notamment sur des mécanismes de droit comparé ».* **Paul Esmein** définit l'acte abstrait comme étant *« un engagement qui doit être exécuté même s'il est prouvé qu'il est sans cause ou illicite. »*

[97] Notamment J-L Rives-Lange, *« Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier »*, Revue banque1985, p.902 et s. ; Ch. Larroumet, « *Droit civil. Les obligations, Le contrat »* Tome III, 5ème édition, Economica, 2003 pour qui « l'engagement du garant est un engagement abstrait comme celui de la caution, mais contrairement à celui de la caution, il n'est pas accessoire »

199. Dans un avis doctrinal majoritaire les auteurs[98] refusent de voir dans la garantie autonome un acte abstrait et ont fourni d'autres justifications.

200. Pour M. Prûm[99], le concept de l'abstraction ne se base pas intégralement sur le principe de l'inopposabilité des exceptions mais ce principe est justifié par des raisons de pure pratique. Ainsi, le caractère causal de la garantie pourrait se concilier avec son indépendance et non pas avec le caractère accessoire.

201. Certains auteurs considèrent que le principe de l'inopposabilité des exceptions s'explique par les dispositions de la théorie de l'apparence[100] et excluent tout rôle de la notion d'acte abstrait. L'apparence crée par l'opération a pu légitimement induire le tiers en erreur sur sa réalité.

202. Néanmoins, la plupart des auteurs[101] trouvent le fondement de ce principe dans l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ce qui explique évidement l'indépendance et l'autonomie de l'engagement du garant. Le danger apparait dès lors que les intéressés vont essayer d'user de leur propre liberté pour falsifier la cause réelle de l'engagement du garant et réduire cette cause à l'essentiel.

---

[98]Cf: Simler Ph., Aynes L., Gavalda et Stoufflet Contamine-Raynaud, A. Prum.

[99] André Prûm, « les garanties à première demande : essai sur l'autonomie », Litec 1994 n° 117 et suivant. Spécialement n°119.

[100] Agnès Rabagny, « *Théorie générale de l'apparence en droit privé »*, vol. 1 et 2, ANRT,2011, p-1436 (ISBN 978-2-284-03754-5) « La **théorie de l'apparence** est une théorie juridique, adoptée par la jurisprudence tant en France qu'en Belgique, qui permet de produire des effets de droit à une situation contraire à la réalité. Appliquée principalement en matière de mandat, l'apparence vise à assurer la sécurité des transactions et la protection des tiers de bonne foi, trompés par une apparence » ; **Vivant Michel**, « Le fondement juridique des obligations abstraites », D. 1978, chronique page 39

[101]Notamment Gavalda et Soufflet, « La lettre de garantie internationale », RTDCom 1980, 1, n°12 ; Ph. Simler, Ph. SIMLER, « *Cautionnement et garanties autonomes »*, Litec 1999. N° 942

203. Il est pertinent dans cette hypothèse de revenir à l'observation de M. Rives–Lange[102] qui estime que *« l'appréciation de l'existence de la cause de l'engagement du garant se fait à la naissance de cet engagement, la disparition ultérieure du contrat de base ne fait pas disparaitre la cause de la garantie autonome par respect de la volonté des parties à cette garantie. ».*

204. Selon cette doctrine, sans aucune violation de l'ordre public lorsque le garant revêt son engagement de garantie par un caractère autonome donc il a voulu par ce même acte renoncer à opposer toutes exceptions découlant du contrat de base.

205. En cas d'une garantie autonome, le paiement aura lieu évidement avant toute discussion. Dans cette hypothèse, ce principe casse la règle générale en cas de preuve par un renversement de la charge de la preuve. C'est après l'exécution du paiement par le garant, que la preuve de l'absence de droit du bénéficiaire pourra être rapportée. Le positionnement du bénéficiaire comme défendeur au litige marque plus d'avantage que celui du demandeur, surtout dans le domaine du commerce international[103].

206. Ce principe de l'inopposabilité des exceptions s'étend aussi au donneur d'ordre qui ne peut prévaloir des exceptions tirées du contrat de base pour s'opposer à la demande en paiement du bénéficiaire[104]. Notant que la garantie étant également indépendante à l'égard du rapport d'ordre.

---

[102] J.L. Rives-Lange et Moniue Contamine- Raymaud, *Droit Bancaire,* 6ème ed., p.727 préc Dalloz *; Weill et Terré, Les obligations ,* p.522, note 2 et la jurisprudence citée

[103] C. Gavalda et J. Stoufflet, « *La lettre de garantie internationale »*, *RTD Com* 1980, 1, n°12

[104]. Poullet, Y, « *Les garanties contractuelles dans le commerce international »*, *DPCI*, septembre 1979, t.5, n°30

B- L'inopposabilité des exceptions tirées du rapport d'ordre à la garantie autonome

207. Le principe de l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport d'ordre a été consacré de manière assez logique par la jurisprudence[105]. Par conséquence la garantie autonome se caractérise par indépendance doublée. Nonobstant, la relation juridique entretenue entre le garant et le donneur d'ordre dans laquelle le bénéficiaire étant resté un tiers, le garant s'engagé personnellement envers le bénéficiaire, il ne saurait lui opposer d'exceptions tirées du rapport d'ordre.

208. Par conséquence, l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport d'ordre, confirme par analyse logique que cette inopposabilité englobe de même les nouvelles instructions imposées par le donneur d'ordre sur le garant surtout dans l'hypothèse où elles vont porter des changements dans les dispositions de l'engagement. Donc dès lors que l'émission de la garantie autonome est faite la garantie autonome devienne payable au bénéficiaire et toutes modifications, tenant sur la totalité ou une partie de l'engagement de la garantie autonome, doivent être informées par le bénéficiaire qui reste libre de les accepter ou non. Cependant, le consentement du bénéficiaire est considéré comme présumé, dans l'hypothèse où les modifications vont à la suite accroître ou proroger ses droits.[106]

---

[105] Cour de cassation commerciale, le 7 février 1990, Dalloz. 1990, sommaire. Page 213 obs. Vasseur ; Cour de cassation commerciale, le 19 novembre 1985, Bulletin civil IV, n°274, page 231, Dalloz. 1986, inf. rap, page 153 obs. Vasseur ; Cour d'Appel de Versailles le 13 juin 1990, Dalloz 1991, sommaire. Page 191 obs. Vasseur.

[106] Convention des nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit Stand-By- Article 8- Modification :

1. *Un engagement ne peut être modifié, sauf sous la forme stipulée dans l'engagement ou, faute d'une telle stipulation, sous la forme visée au paragraphe 2 de l'article 7.*

209. La jurisprudence était clair à ce propos, elle a affirmé à maintes reprises que la déconfiture ou l'inexécution par donneur d'ordre des obligations, qui lui incombe au titre du rapport d'ordre[107], ne permettent pas au garant de révoquer ou restreindre son engagement envers le bénéficiaire en aucun façon.

210. Selon M. Prüm[108] qui a considéré que l'une des fonctions de la sûreté est *« précisément de prémunir le bénéficiaire contre tout risque* », par suite il devient évident que l'insolvabilité du donneur d'ordre[109] ainsi que la nullité du rapport d'ordre sont inopposables au bénéficiaire[110] , ce qui ne faisait en réalité guère de doutes puisque l'indépendance de la garantie autonome déduit du principe de l'inopposabilité des exceptions va l'immuniser contre toutes les exceptions qui vont être opposée contre le bénéficiaire .

C- L'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base à la garantie autonome

211. L'hypothèse est qu'il existe une indépendance totale entre le contrat de la garantie autonome et le contrat de base ou rapport fondamental. Donc cette

2. Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, un engagement est modifié lors de l'émission de la modification si la modification a été autorisée au préalable par le bénéficiaire.
3. Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, lorsqu'une modification n'a pas été autorisée par le bénéficiaire, l'engagement n'est modifié que lorsque le garant/émetteur reçoit un avis d'acceptation de la modification par le bénéficiaire dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7.
4. La modification d'un engagement n'a d'effet sur les droits et obligations du donneur d'ordre (ou d'une partie ordonnatrice) ou d'un confirmateur de l'engagement que s'ils acceptent ladite modification.

[107]Cf ; Cour de cassation commerciale, le 27 février 1991 prèc. ; Cour de cassation commerciale, le 19 novembre 1985 prèc. ; CA Aix-en-Provence, 12 décembre 1985, *Dalloz*. 1988, sommaire. Page 241, obs. Vasseur.

[108]Voir sur ce point, A. PRUM, «Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie, Litec 1994 n° 381, qui cite notamment une décision, T.C La Roche-sur-Yon 14 septembre 1981***, D***. 1982, inf. rap. Page 199, obs. Vasseur

[109] Cour d'Appel de Paris, le 9 juillet 1986**,** Dalloz 1988, sommaire page 243, obs. Vasseur

[110] Cf en doctrine, A. Prûm, ***op.cit***., n° 380 ; M. VASSEUR, ***Rep. Com***., « ***garantie indépendante »,*** N° 100, et rapport de synthèse au colloque de Tours précité, page 347 ; Cf en jurisprudence, Cour de cassation commerciale, le 27 février 1990, *Dalloz*. 1990, sommaire page 213, obs. Vasseur

indépendance constitue une sécurité au bénéficiaire du fait qu'elle s'oppose à toutes les tentations possibles soit par le garant ou par le donneur d'ordre d'empêcher l'exécution de l'engagement objet de cette garantie. Néanmoins, certaine hésitation jurisprudentielle et doctrinale concernant cette hypothèse se sont apparues lors d'interpréter l'effet de la nullité du contrat de base sur le contrat de la garantie autonome.

212. Cette hésitation s'est commencée avec les juges du fond qui ont étendu la nullité du contrat de base au contrat de la garantie autonome. Dans un arrêt la Cour d'appel s'est prononcée[111] sur sujet « *que sans doute l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie, dont il constitue en effet la cause* ». La cour d'appel a ainsi considéré que le contrat de base constitue la cause pour la garantie autonome et de ce fait cette dernière reste liée au contrat de base et suivent le même sort. Cette solution est injustifiable en présence du principe de l'indépendance formant la caractéristique de cette sûreté personnelle.

213. La Cour de Cassation[112] a infirmé la décision de la cour d'appel en affirmant que *« même si l'engagement de « la banque » Paribas avait pour cause le Protocole N°7 « contrat de base » dont la nullité était alléguée, en l'état, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation* ». De même dans un autre arrêt de la Cour de Cassation[113], la jurisprudence continue évoquait « *qu'une éventuelle*

[111] Cour Appel de Paris, le 29 janvier 1981**,** Dalloz 1981, page 336, note Vasseur
[112]Cf Cour de cassation commerciale, du 20 décembre 1982, Inédit
[113]Cour de cassation commerciale, 13 décembre 1983, Dalloz 1984, page 420, note Vasseur. ; voir aussi, CA Poitiers 30 avril 1996, ***Juris-Data*** n° 056631, cité par Ph. SIMLER, ***op.cit***., n°884, qui juge que le défaut de pouvoir du président d'une association pour la signature du contrat principal est sans incidence sur la

nullité de l'obligation (du donneur d'ordre) à l'égard du bénéficiaire serait sans influence sur l'engagement indépendant (du contre-garant) ». Notant que dans l'hypothèse de la nullité du contrat de base le bénéficiaire serait désormais devant un appel manifestement abusif.

214. Cette jurisprudence par analogie de raisonnement peut être applicable en cas de la résolution ou la résiliation du contrat de base, ainsi que son inexécution résultant d'un fait du créancier ou du fait du prince[114] ou même d'un cas de force majeure[115] reste sans aucune incidence sur la garantie autonome. Notant que la jurisprudence a admis que ce principe reste valable même si le débiteur ait exécuté la totalité de ses obligations[116]. Dans le même sens, on peut trouver que l'extinction de l'obligation garantie, que ce soit par compensation[117]confusion, remise de dette, transaction, novation[118]ou encore défaut de déclaration de la créance à la procédure collective du donneur d'ordre[119] sont tous inopposables au bénéficiaire.

---

garantie à première demande souscrite par le même à titre personnel, et écarte l'allégation de dol du créancier qui aurait voulu se soustraire aux règles du cautionnement.

[114]Le fait du Prince, qui dans le langage courant désigne un acte arbitraire du gouvernement, désigne en droit administratif français, une mesure prise par l'administration qui a un impact sur un contrat auquel elle est partie.

[115] Cour d'Appel de Paris, 17 janvier 1983, ***JCP*** G 1983, II, 19966, note Stoufflet, arrêt qui affirme la règle sans l'appliquer en l'espèce ce qui conduit à sa cassation par Cass.com 17 oct. 1984, ***D***. 1985 page 269, 1ere esp. note Vasseur ; voir aussi, Cass.com 10 juin 1986***, Gaz. Pal***. 1987, 1, page 75, obs., S.Piedelievre.

[116] Voir notamment, Cour d'Appel de Paris 28 septembre 1978, ***Banco Espagnol en Paris c. Société Générale***, inédit, cité par A. PRUM, ***op.cit***., n°385 note 71.

[117] CA Paris, 7 nov. 1983, ***D***. 1984, inf. rap. Page 205, obs. Vasseur.

[118] Cour de cassation commerciale, le 15 novembre 1994, ***Juris-Data*** n°002200, cité par Ph. SIMLER, ***op.cit***., n° 884

[119] Cour d'Appel de Douai 18 avril 1991, ***Juris-Data*** n° 050990 ; CA Rennes, 6 nov. 1991, ***Juris-Data*** n° 048834 ; Cour d'Appel de Douai, 18 mars 1993, ***Juris-Data*** n° 043223, cités par Ph. SIMLER, ***loc. cit***. Principe récemment affirmé `par la Cour de Cassation commerciale, 30 janvier 2001, ***D***. 2001, page 1024. Voir aussi, cassation commerciale, le 6 mars 2001, ***D***. ***cah. Dr. Aff***., jur., page 1174,

215. Dans la même perspective analytique citons que la modification du contrat de base[120], l'impossibilité pour le donneur d'ordre de se retourner pour des raisons politiques ou autres contre le bénéficiaire si l'appel en garantie se révélait injustifié[121] et en cas de cession[122] du contrat de base, sont inopposables au bénéficiaire de la garantie autonome. Dans le même sens, l'inefficacité du recours du garant contre le donneur d'ordre à cause de son insolvabilité et de l'ouverture d'une procédure collective à son égard[123], ne peuvent être aussi invoqués pour s'abstenir à payer le montant de la garantie autonome lors de son appel par le bénéficiaire.

216. En matière de garantie internationale, la défense de payer invoquée par le garant est rejetée par les tribunaux en raison de la nature de la garantie autonome[124] et par la suite approuvée par la Cour de Cassation[125]. Nonobstant cette théorie porte une exception justifiable dans l'hypothèse d'un appel en cas d'abus de droit ou manifestement abusif, lorsque la garantie est appelée lors d'un terme extinctif est expiré[126] ou encore si une garantie documentaire est appelée sans que les documents prévus au contrat soient produits[127].

---

[120] Cour d'Appel de, 1er oct. 1986, ***D***. 1987, somm. Page 171, note Vasseur.
[121] Cour d'Appel de Riom, 14 mai 1980, ***JCP*** CI 1981, II, 13506 n°101 ; Cour de justice de Genève 24 juin 1983, ***D***. 1983, inf. rap. Page 486, obs. Vasseur ; cassation commerciale, le 5 février 1985, ***D***. 1985, page 269 note Vasseur ; ***contra***, certaines décisions ayant accordé une mise sous séquestre de la garantie pour de telles raisons, CA Paris, 29 nov. 1982, ***D***. 1983, inf. rap. Page 302 obs. Vasseur.
[122] Ce point est discuté en doctrine, voir Ph. SIMLER, ***loc.cit***., en faveur de l'inopposabilité de la cession, selon cet auteur, l'autonomie de la garantie postule qu'elle subsiste, ***contra***, M. VASSEUR, ***rép. Com. Dalloz***, « ***garantie indépendante »***, n°50, pour qui le caractère ***intuitu personae*** du contrat de garantie emporte son extinction en cas de cession du contrat de base
[123] Voir Cour d'Appel de Paris, 1er juillet 1986, D*alloz* 1987, sommaire page 171, obs. Vasseur
[124]Cf ; Cour d'Appel de Paris 14 déc. 1987, Banque 1988, page 236, obs. Rives-Langes, pour un tableau complet de la jurisprudence en la matière, voir, Ph. SIMLER, ***op.cit***., n° 970, note de bas de page n°430.
[125]Cour de cassation commerciale, le 21 mai 1985, Dalloz 1986 page 213, 1ere esp. note Vasseur
[126]Cour de cassation commerciale, le 18 mars 1986, Dalloz 1986, inf. rap. page 166, obs. Vasseur
[127]T.com Bruxelles, 13 mars 1984 et 26 juin 1984, D*alloz* 1985, inf. rap. page 239 obs. Vasseur

217. Cependant, la jurisprudence[128] française a rejeté les saisies conservatoires et les saisies attributions de la garantie intentées par le donneur d'ordre même dans les hypothèses où sont admises une défense de payer ou une mise sous séquestre de la garantie . Cette solution se base sur l'hypothèse que ces actions mettent en contradiction l'objectif principal de cette sûreté personnelle spéciale de procurer au bénéficiaire une sécurisation surtout dans le commerce international.

218. En résumé, le principe de l'inopposabilité des exceptions constitue par unanimité doctrinale et jurisprudentielle une forte imposition positive sur les dispositions de la garantie autonome qui a pour but créé une ambiance de sécurité dans le commerce international. D'ailleurs les dérogations sont très peu nombreuses et les seuls moyens de paralyser le mécanisme de la garantie autonome semblent résider dans l'application de principes généraux du droit tels que la théorie de l'abus de droit ou le fraude manifeste. Néanmoins, ces exceptions ne sont pas présumées mais ont besoins de combler des conditions rigoureuses.

II- Les limites propres à l'indépendance de la garantie autonome et celle du garant.

219. Les dispositions de la rédaction de la garantie constituent une auto-limite produite par la garantie autonome elle-même. Si le contrat de garantie stipule le paiement à première demande du bénéficiaire, cela impose au garant un paiement inconditionnel pour le bénéficiaire, à défaut d'abus de droit ou

[128]Cf ; notamment, Cour de cassation commerciale, le 27 novembre 1984, Dalloz 1985, page 269, 2eme esp. note Vasseur, Cour de cassation commerciale, le 15 juin 1999, ***Juris-Data*** n° 002485, ***JCP*** E 1999, para. 1462, obs. Bouteiller, ***D. Cah. Dr. Aff*** ,2000, jur., page 112, note Y. Picod.

de fraude manifeste. L'auto-limite pourra avoir lieu par la volonté des parties à la garantie en stipulant une garantie à première demande « justifiée » ou bien une garantie « documentaire ». cela impose au garant dans le premier cas de refuser le paiement avant justification remise par le bénéficiaire alors dans le second cas le paiement sera subordonné à la production par le bénéficiaire des documents explicitement tenus dans le contrat de la garantie. Cette formalité déjà stipulée dans le contrat de garantie permet une légère atténuation du caractère inconditionnel dans la mise en œuvre la garantie autonome. Notant que ces conditions formelles ne vont pas mettre en cause le caractère « Indépendant » entre le contrat de base et la garantie autonome et restent sans effets remarquables. Mais ces obligations mettent à l'épaule du garant le rôle pour juste une vérification.

220. Le principe de l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base à l'encontre de l'appel en garantie supportent une limite dans les effets de l'abus de droit et la fraude manifeste. Ces deux notions ont été consacrées législativement dans l'article 2321 alinéa 2 du Code civil français après la réforme du Code le 23 mars 2006[129] et après un long chemin jurisprudentiel qui a commencé à imposer une limite à l'autonomie de la garantie et à l'inopposabilité des exceptions qui en résulte dans l'hypothèse où l'appel en garantie est manifestement frauduleux ou abusif.

221. Notons que cet article parle d'abus ou de fraude manifeste mais ces deux notions limitatives à l'appel en garantie qui après une analyse de leur fondement se trouvent réunies sur le concept de « l'intention de nuire » à un

[129]Article 2321alinéa 2 : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre »

tiers, alors que la jurisprudence exige simplement la conscience du préjudice causé à autrui.

222. Cependant la rigueur de l'engagement imposé au garant ne constitue en elle seule l'outil pour invoquer le recours à la notion d'une fraude ou d'abus manifeste du bénéficiaire à l'égard du donneur d'ordre. Cependant, plusieurs difficultés affrontent le processus de prouver l'existence de l'abus et la fraude manifestes. Cette exigence pour atteindre cette preuve réside dans les conséquences de la fraude qui ne libère seulement le garant de son obligation mais plus loin elle lui interdit de payer le montant de l'engagement lors de son appel par le bénéficiaire.

223. La jurisprudence française a longtemps tâtonné et aussi a largement interprétée la notion de fraude qui dans certains solutions elle a mis le principe d'autonomie de l'engagement du garant en suspicion et le rendrait inopérant et inutile. En effet, la tentation de ce dérapage, pour le garant et pour le donneur d'ordre, est grande et il faut rétablir l'équilibre entre l'autonomie de l'engagement du garant et la notion de fraude tirée des circonstances d'exécution du contrat de base.

224. Dans un premier temps la jurisprudence a essayé de symétriser ce point d'équilibre pour cela il fut admis que la simple contradiction avec les circonstances d'exécution du contrat de base invoque l'appel abusif de la garantie autonome. Mais cette interprétation inadéquate fut la matière d'une évolution jurisprudentielle.

225. Dans un arrêt rendu en 1985 par la Cour de cassation française[130] a jugé que : « *Dès lors qu'elle a relevé le caractère autonome d'une garantie donnée par une banque qui excluait toute référence aux conditions d'exécution d'un contrat, c'est à bon droit qu'une Cour d'appel a décidé que le fait, même apparemment établi, qu'une société ait rempli toutes ses obligations à l'égard d'une seconde société n'était pas de nature à dispenser la banque de l'exécution d'un accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes garanties, à première demande, sans aucune justification du motif allégué pour l'appel de cette garantie* ». donc selon la cour de cassation que même si le donneur d'ordre ait exécuté toutes ses obligations le garant ne sera libre de son engagement à l'encontre du bénéficiaire.

226. La même Cour de cassation[131] a estimé en cassant l'arrêt de la cour d'appel que : « *Attendu que pour écarter la demande de la société Télécoise en disant n'y avoir lieu à référé, la cour d'appel relève que " le caractère même manifestement abusif, comme en l'espèce, de l'appel des garanties ne peut être assimilé à une fraude de nature à paralyser le jeu de ces garanties ; qu'en effet la fraude suppose un comportement, des manœuvres destinées à tromper le cocontractant alors que l'appel des garanties en l'espèce ne constitue que l'exécution d'une clause du contrat liant les parties " ;*

Attendu qu'en statuant ainsi, en se référant à l'application des stipulations contractuelles alors que, s'agissant de l'appel de la contre-garantie, elle en

[130] Cour de Cassation commerciale, le 21 mai 1985, nº de pourvoi 83-16.925, Revue Banque, 1986, p. 87
[131] Cour de Cassation commerciale, le 20 janvier 1987, nº de pourvoi 85-14.898, Dalloz. 1987, 117

avait retenu le caractère manifestement abusif, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui résultaient de ses propres constatations. »

227. Donc d'après cet arrêt de la cour de cassation on peut admettre que dès lors le donneur d'ordre avait déjà exécuté ses obligations totalement et non partiellement, l'appel de la garantie par le bénéficiaire alors serait qualifié par « manifestement frauduleux ». Cet arrêt a constitué un point de départ pour une succession des arrêts[132]. similaires et dans cette même interprétation.

228. Donc en matière d'une garantie autonome, pour invoquer la fraude comme limite à l'appel inconditionnel de la garantie autonome, cette fraude doit être établie d'emblée comme manifeste, sans aucun besoin d'un recours à des moyens d'information[133]. Cependant la preuve de la fraude devient présumée dans l'hypothèse d'une garantie autonome justifiée, soit lorsque le bénéficiaire s'abstiendra de présenter la justification comme stipulée dans le contrat de garantie soit il suffit d'établir que la déclaration du bénéficiaire ne correspond pas aux faits survenus[134].

229. Seule la fraude manifeste émanant de la part du bénéficiaire d'une garantie automne qui va libérer le garant de ses obligations. Le principe de preuve rencontre plusieurs difficultés pour prouver la collusion frauduleuse du garant avec le bénéficiaire. Dans cette hypothèse la jurisprudence a imposé la nécessité de prouver que le garant a eu connaissance que le bénéficiaire a exercé une fraude. La cour de cassation en 1995 a infirmé la décision prise

[132]Voir, Cour de cassation Commerciale, le 20 février 1985, Bulletin civil, IV, no.74, p.64; Cour de cassation Commerciale, le 17 octobre 1984, Bulletin civil. IV no. 265, p.217
[133]Cour de cassation commerciale, 13 décembre 1983, Dalloz 1984.420
[134] Trib.com. Nanterre 24 mai 1991, Dalloz. 1992. 242 com. Vasseur

par la cour d'appel qui refuse de faire jouer une garantie à première demande et sa contre-garantie, au motif que plus de 15 jours avant le paiement, la banque première garante avait été informée de l'inexactitude de l'attestation fournie par la société bénéficiaire, relative à l'inexécution du contrat pour la bonne fin duquel les garantie et contre-garantie avaient été émises, ainsi que la cour de cassation a estimé que : « *cette seule information étant insuffisante pour établir la connaissance que la banque aurait eue de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie* »[135].

230. Néanmoins, si on admet la non-responsabilité du garant de la fraude commis par le bénéficiaire dès lors le garant ne sera pas seulement libre de son obligation mais le plus important il sera soumis à l'interdiction de payer au bénéficiaire le montant de la garantie. En effet si le garant à son tour ne va pas respecter cette interdiction il sera affronté ainsi à la présomption d'une collusion frauduleuse entre lui et le bénéficiaire.

231. En matière de garantie autonome l'inopposabilité des exceptions forme le principe de fond pour la qualifier comme « indépendante ». Néanmoins, d'autres règles, gouvernant la rédaction de cet aspect formel, cachent un véritable impact quant au fond.

§2. Consécration du principe d'autonomie.

232. Une fois dégagé, de ce qui précède, le sens et la fonction de l'autonomie matérielle, il reste à préciser les incidences de cette autonomie au regard du contrat principal ou de base. Le principe d'autonomie, selon lequel la clause

[135] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 12 décembre 1995, 93-14.756, Publié au bulletin

compromissoire et le contrat de garantie autonome sont indifférents à l'invalidité du contrat principal ou du contrat de base est actuellement fermement établi.

Son importance se matérialise par la consécration du principe d'autonomie de la clause compromissoire (A) et l'indépendance de la garantie(B).

A- consécration du principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal.

233. La consécration du principe est manifestement introduite dans les conventions internationales (1), les ordres juridiques étatiques (2) et dans la pratique arbitrale (3).

1- Les conventions internationales

234. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal n'est pas expressément mentionné par la convention de New York de 1958. Toutefois, une nouvelle règle de conflit alternative a pris une place en vertu de l'article (V§1.a) qui va instituer une méthode de rattachement concernant la clause compromissoire différente de celle propre du contrat principal[136]. Néanmoins, certaines opinions doctrinales marqueront un doute sur la capacité de cette convention de produire un statut autonome propre à la convention d'arbitrage car la révision des dispositions de la convention de New York montre la soumission de la convention d'arbitrage à une loi différente de celle applicable au contrat principal[137].

---

[136] La convention de New York, dans son article V §1. prévoit que « la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusés, sur la requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve que:
a) les parties à la convention visée à l'article 2 étaient en vertu de la loi applicable frappé d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonné ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue… »

[137] FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, « Traité de l'arbitrage commercial international », Paris, Litec note 45, p. 219

235. La convention de Genève article (V. § 3) comme celle de Washington article (41§1) font uniquement référence au principe compétence – compétence en énonçant que seul le tribunal est juge de sa compétence». cependant que, même si le principe d'autonomie possède des forts liens avec le principe compétence-compétence, les solutions retenues par ces deux conventions sont insuffisantes pour caractériser l'autonomie de la clause compromissoire.

236. Par contre, les dispositions de la loi-type de la CNUDCI de 1985 consacre d'une façon explicite le principe d'autonomie dans son article 16§1 en disposant que « *Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal n'entraine pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».*

2- Les ordres juridiques internes

237. La consécration du principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal a des assises solides dans la majorité des législations nationales (a) alors que dans certains pays la reconnaissance de ce principe ayant d'origine la jurisprudence (b) dans le silence du législateur.

a- Les législations nationales

238. La loi Suisse a précisé la notion de la séparabilité dans l'article 178 alinéa 3 du LDIP : *« la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable* ».

239. Le législateur Italien a adopté le principe de la « séparabilité » qui a été reconnu auparavant par la jurisprudence dans l'article 808 du CPC dont la traduction française est la suivante : « *la validité de la clause compromissoire s'apprécie indépendamment du contrat* ».

240. Le législateur belge dans l'article 1697 alinéa 2 CJB a admis le principe de la séparabilité de la clause compromissoire en déclarant que « la constatation de la nullité de la convention d'arbitrage n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage»

241. Dans le même esprit, en Angleterre l'article 7 de l'Arbitration Act de 1996 consacre le principe affirmant que : « *la clause arbitrale faisant partie d'un autre accord distinct ne sera pas considérée comme invalide, inexistante ou même inopérante, sauf accord des parties. »*

242. Ce même concept est admis dans son sens large dans les lois : aux Pays Bas par l'article 1053 du CPC, espagnole l'article 8, portugaise article 21 alinéa 2 et Suédoise article 3.

243. Dans la loi Canadienne, la séparabilité de la clause compromissoire du contrat est expressément établit dans l'article 16 alinéa 1 de la loi sur l'arbitrage commercial de 1986 qui prévoit que « une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

244. Dans les pays arabes le principe est consacré expressément dans les lois modernes sur l'arbitrage, comme par exemple en Tunisie (article 61). De même que les pays arabes qui, en adaptant leurs lois sur l'arbitrage à la loi type de la CNUDCI, ont consacré le principe d'autonomie, tels la loi égyptienne (article 23), la loi jordanienne (article 22), la loi Algérienne (article 458 bis al.1 du CPC), alors on trouve un silence à ce propos dans la loi libanaise.

b- La jurisprudence

245. Dans certains pays européen, le principe d'autonomie de la clause compromissoire est une création jurisprudentielle comme c'est le cas en France et en Italie. En France, le célèbre arrêt Gosset[138] en 1963 a introduit ce principe dans la jurisprudence française en matière d'arbitrage international en exposant les dispositifs suivants : « *... en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'ordre juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (……) une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ».*

246. Après le prononcé de cet arrêt, une jurisprudence abondante consacrant pleinement le principe d'autonomie s'est basée sur ces expressions. Il a fallu attendre jusqu'en 2002 pour que ce principe soit consacré par la jurisprudence, en matière d'arbitrage interne.

[138] Cour de cassation civile ,1ère Chambre, le 7 mai 1963, J.C.P.1963, 13405, note Goldman; Rev.crit. 1963, p.615

247. En effet, un arrêt de de la Cour de cassation civile[139] ainsi qu'un second de la Cour de cassation commerciale [140] ont, tous deux, confirmé qu' « *en droit interne de l'arbitrage la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cette convention* ». La jurisprudence en droit interne s'est donc alignée sur la jurisprudence du droit de l'arbitrage international.

248. Aux Etats-Unis, un arrêt de la Cour suprême, l'arrêt Prima Point[141] a posé le principe que « *dans les matières qui sont du ressort du droit Fédéral, la clause d'arbitrage est indépendante du contrat principal qui la contient* ». Dans certains pays arabes dont le droit de l'arbitrage ne se prononce pas sur le principe d'autonomie de la clause compromissoire, quelques décisions judiciaires, comblant le vide législatif à ce propos, considère ce principe acquis en doctrine et /ou en jurisprudence. C'est le cas du Liban, du Maroc et de Qatar.

3- La pratique arbitrale

249. La pratique arbitrale comprend aussi bien les sentences arbitrales et les règlements d'arbitrage quoique ces derniers n'aient pas la valeur de traités interétatiques mais ils reflètent un consensus international quant aux principes qu'ils énoncent[142].

---

[139] Cour de cassation civile, 2ème Chambre, le 4 avril 2002; Sté Barbot c/Sté Bouygues ; Recueil Dalloz jurisprudence, 2003, n° 17, 24 avril, p.1117;

[140] Cour de cassation commerciale, 9 avril 2002; Toulouse c/Sté Philam ; Recueil Dalloz jurisprudence, 2003, n° 17, 25 avril, p.1402

[141] Prima Point v. Flood and Conklin, 388 U.S.395 (1967),Rev.crit. DIP, 1968. P.91

[142] BLANCHIN. C « L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ? », Travaux et Recherches Panthéon Assas-Paris II, L.G.D.J., 1995, note 81, p. 17

250. Notant que, le règlement CCI a pris audacieusement l'initiation dans l'arbitrage international de consacrer le principe d'autonomie et celui de la séparabilité de la clause compromissoire même en cas d'inexistence du contrat principal. Selon le règlement de la CCI dans son article 8 para. 4 disposant que : «…. *sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistence alléguée du contrat n'entraine pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il reste compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions* ».

251. Dans le même esprit, il existe plusieurs règlements d'arbitrage qui sont en faveur de la consécration de l'autonomie de la convention d'arbitrage. Citons, celui de la LCIA (art. 23.1) et celui de l'AAA (art.15 para.2). Certains centres arabes d'arbitrage reconnaissent en termes nuancés l'autonomie de la clause compromissoire ; tels est le cas du CRCACI (Centre régional du Caire pour l'arbitrage), art.21-2, le CCIB (Chambre du commerce et d'industrie de Beyrouth), art.8-4, et le CCEAG (Conseil de coopération des Etats arabes du Golfe), art.19. On peut citer comme très important, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI[143] dont les dispositions de l'article 21 §2 sont : *« Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat*

[143] Article 21 § 2 : «Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

252. Désormais, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principale n'a fait une matière de discussion sérieuse en tant que principe par la jurisprudence arbitrale internationale. En effet, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage est reconnu dans de nombreuses sentences arbitrales, invoquant l'arbitrage commercial international, sans aucun besoin de se référer à une source nationale spécifique[144] en justification.

B- Consécration de l'indépendance de la garantie autonome[145] par rapport au contrat de base

1- Dans l'ordre juridique interne

253. Le droit des garanties autonome est né de la pratique consacrée par la jurisprudence. L'intervention du législateur, dans la majorité des pays, est soit inexistante soit timide ou sommaire. C'est le cas en France, par exemple, où l'intervention du législateur était absente jusqu'en décembre 1992, date de la promulgation du Code des marchés publics qui prévoyait, dans son article 144, la délivrance au profit de l'Etat, maître d'ouvrage, d'une « caution » qui « *ne peut différer le paiement ou soulever de contestations pour quelque cause que ce soit ».* Ce n'est que le 23 mars 2006 que le législateur a introduit la garantie autonome dans l'article 2321 Code civil[146] en donnant une définition et en y précisant certains points de son régime.

---

[144] FOUCHARD,P.,GAILLARD,E.. GOLDMAN,B. «*Traité de l'arbitrage commercial international, Paris »,* Litec,1996,p.148 et suivante.

[145] Le terme « garantie autonome » indique indifféremment la garantie individuelle ou la garantie bancaire à première demande.

[146] **Article 2321 Code Civil** : La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

2- Dans les institutions à caractère international

254. Les Règles uniformes pour les garanties contractuelles(RUGC) ont été instituées en 1978 par la chambre de commerce internationale(CCI), une des sources internationales, ayant pour objectif primordial de favoriser une protection pour les exportateurs dans le monde de commerce international ou les acheteurs bénéficient d'un privilège au détriment des exportateurs. Ces règles ont subi plusieurs évolutions et reformes sur leur contenu et leur fond.

255. On assiste en 1992 a la publication par la CCI aux « *Les règles uniformes relatives aux garanties sur demande »* spécifiques pour une sureté personnelle, garantie sur demande, qui sont considérées fortement plus proche de la pratique internationale.

256. Dans l'année 1995 une autre source internationale a pris une initiation. C'est la commission des nations unies pour le droit commercial international(CNUDCI) a promulgué la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit qui a été mise en vigueur le 1er janvier 2000. Cette Convention a assisté vers une reconnaissance plus utile des dispositions et des caractéristiques spécifiques adoptées par la garantie indépendante en réduisant ainsi les incertitudes rencontrées précédemment dans l'utilisation cet instrument dans les échanges internationaux, mais le plus important est de permettre une utilisation facile dans un pays qui n'utilise pas traditionnellement cet instrument.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.
Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.
Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

257. Une nouvelle forme de Règles uniformes relatives aux garanties internationales sur demande, a pris jour en juillet 2010 apportant un surplus de précisions dans l'intérêt des entreprises et des banques, ce qui pousse ces derniers à les utiliser plus fréquemment avec moins d'hésitations.

258. En résumé, l'autonomie matérielle se caractérise par la survie de la clause compromissoire malgré qu'elle forme un contrat inséré dans le contrat principal vicié, cette caractéristique permet à cette clause compromissoire de jouer son rôle procédural en le mettent à l'abri de tous contagions paralysant le contrat principal d'où naisse la notion de *séparabilité*.

259. Alors que cette autonomie matérielle consacre une indépendance entre le contrat de base et le contrat de la garantie autonome dès son émission à la date de signature entre le donneur d'ordre débiteur dans le contrat de base et le garant formant ainsi un nouveau contrat distinct dans son objet , parties contractants et obligations découlant de ce nouveau contrat indifféremment du contrat de base.

Section II- La loi applicable à la clause compromissoire et au contrat de garantie autonome face au contrat principal

260. La question est de savoir si la détermination de la loi applicable à la validité de la clause compromissoire est elle-même influencée par la notion de séparabilité. On peut assez facilement être porté à croire, dans la mesure où l'on considère que la clause compromissoire est «autonome» par rapport au contrat qui la contient, qu'elle peut tout à fait être régie par une loi différente de celle qui est applicable à celui-ci. Et, en effet, il est admis dans certaines législations que l'autonomie matérielle permet aux parties de choisir

deux lois différentes pour la substance du contrat et pour la clause d'arbitrage[147].

§1- La loi applicable à la clause compromissoire

261. L'absence de contagion des vices affectant le contrat principal constitue ainsi la première conséquence du principe de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire et forme l'aspect fondamental de la question. Une seconde conséquence qui se rattache aussi à cette autonomie vient de la différenciation des lois applicables à cette clause compromissoire de celles à laquelle est soumis le contrat principal.

262. Selon la jurisprudence, l'« *autonomie* » de la clause compromissoire par rapport à toute loi nationale, est passée par trois phases. La jurisprudence a lentement évolué vers le principe de «*l'autonomie»* de la clause compromissoire tel que consacrée dans l'arrêt « *Dalico* ».

263. La doctrine et la jurisprudence vont essayer de combler le manque juridique laissé par l'arrêt « *Gosset* » quant à la loi applicable à la clause compromissoire, en estimant que, sauf stipulation contraire, la loi applicable à la convention d'arbitrage serait celle applicable au contrat principal. Une autre proposition émise est de choisir comme loi applicable à la clause compromissoire celle en vigueur au lieu de l'arbitrage. Mais cette dernière proposition fut rejetée directement au motif que le lieu de l'arbitrage ne présente pas obligatoirement un élément de rattachement avec le contrat litigieux. Néanmoins, ces deux solutions n'ont pas produit des arguments

[147] Article 3121 du Code civil du Québec *« : En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule ».* **Légis Québec**

raisonnables et satisfaisantes, alors un autre avis doctrinal a préconisé de s'écarter de la méthode du conflit de lois pour consacrer l'indépendance de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique.

264. La Cour de cassation dans son arrêt « *Hecht* »[148] rendue le 4 juillet 1972, avait affirmé expressément que la clause compromissoire pouvait être interprétée indépendamment d'une loi étatique en précisant que « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie juridique. La clause compromissoire insérée dans un contrat international doit donc recevoir applicable et ce, quand bien même elle serait prohibée par la loi française »

265. Cependant la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt « *Menicucci* »[149] rendu en 1975, a confirmé largement et d'une façon détaillée cette solution en précisant que « …. *Compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique* ».

266. Selon le Professeur Loquin[150] la jurisprudence concernant le principe de l'indépendance de la clause compromissoire par rapport aux lois étatiques s'est évolué en traversant trois étapes fondamentales.

Dans une étape primaire, la jurisprudence a interprété le fond du contenu de la convention arbitrale séparément de sa validité en la forme. La jurisprudence française a admis « *qu'en raison de son autonomie, la clause compromissoire*

[148] Cour de cassation civile ,1ère Chambre, le 4 juillet 1972, 70-14.163, Publié au bulletin
[149] Arrêt CA Paris, « *Menicucci* », 13 décembre 1975 ; JO. DI. 1977
[150] Note sous l'arrêt « *Dalico* », JO DI 1994, p. 692

devait être interprétée sans se référer à une quelconque loi étatique désignée par une règle de conflit »[151].

Dans une étape secondaire, dans le même but et afin de pouvoir « *soustraire la clause compromissoire aux règles posées par les lois étatiques en matière d'extériorisation du consentement et aux règles applicables aux vices du consentement*[152], la jurisprudence a évoqué l'idée de se référer au principe d'autonomie de la clause compromissoire.

Dans une étape tertiaire, la jurisprudence a introduit l'effet de l'ordre public au principe de l'autonomie de la convention arbitrale en énonçant que : « *en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale en tant que règle matérielle consacrant la licéité de la convention d'arbitrage hors de toute référence à un système de conflit de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international*»[153].

267. C'est l'interprétation de cette étape qui a accentuée le contenu de l'arrêt « *Dalico*[154] » qui cite une nouvelle perspective pour ce principe en proclamant que « *Attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après*

[151] Cour de cassation civile ,1ère Chambre, le 14 décembre 1983 ; Cour de cassation civile ,1ère Chambre, le 4 décembre 1990
[152] Eric Loquin, note sous l'arrêt « Dalico », JO DI 1994, p. 692 .V. Cour de cassation Civile, 1ère chambre, le 6 décembre 1988 ; Cour d'Appel de Paris, 9 juillet 1992
[153] Cour d'Appel de Paris, le 24 février 1994, cité par E. Loquin, note sous l'arrêt « *Dalico* », JO DI 1994, p. 692
[154] Cour de Cassation civile, 1ère Chambre, le 20 décembre 1993, nº de pourvoi 91-16.828, Publié au bulletin

la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».

268. Après une dissection du contenu de l'arrêt « *Dalico* », on constate que la cour de cassation a voulu donner une large interprétation explicative ciblée vers l'étendu du principe de l'autonomie de la clause compromissoire insérée dans le contrat principal. Cette interprétation comporte deux volets :

1- La création de la notion d'une « *règle matérielle du droit international de l'arbitrage* » qui affirme l'indépendance juridique de la clause compromissoire par rapport au contrat principal sans se contrarier avec l'ordre public international ainsi que ces deux conventions ne sont pas obligatoirement soumises à une même loi étatique.
2- Affirmation claire pour la première fois que l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est différente de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique.

269. Cependant le principe de l'autonomie de la clause arbitrale à propos de la référence à une loi étatique est soumise à la commune volonté des parties, donc il est nécessaire à ce propos de faire une distinction entre deux situations : celle d'une désignation préfixée de la loi applicable par les parties à la clause compromissoire (1) et celle où les parties n'ont pas choisi auparavant la loi applicable à cette clause (2)

1- Libre choix de la loi applicable

a- Sur le plan jurisprudentiel

270. La liberté de choisir la loi applicable à la clause compromissoire trouve son origine dans la commune volonté des parties.

271. L'arrêt « *Dalico* » a introduit dans la jurisprudence française un nouveau concept en désignant par la référence à la « *commune volonté des parties* » que l'efficacité de la clause compromissoire nécessite en premier lieu sa validité qui doit s'analyser conformément à la commune intention des parties. Néanmoins si la clause compromissoire ne dépend pas d'aucune loi étatique d'une façon expresse, cette validité sera par conséquence, soumise à l'appréciation propre de l'arbitre.

272. Cependant la recherche de la commune volonté des parties ne peut aboutir à une finalité précise mais elle amène à des importantes critiques[155]. D'abord cette solution se heurte en pratique par l'impossibilité de déterminer la commune intention des parties avec certitude. D'autre part, fonder l'effet de la clause compromissoire sur la seule volonté des parties, cela fait imposer la volonté des parties comme une source de droit, ce qui va induire une contradiction majeure en matière contractuelle avec les principes de la théorie générale des contrats et surtout avec les dispositions du droit international privé en raison que la loi choisie par les parties doit régir impérativement le fond du contrat (art. 3 § 1 et 2 de la Convention de Rome de 1980[156] et

[155] Voir, H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt « *Dalico* », Revue de l'arbitrage 1994, p. 122-123

[156] Convention de Rome : *Article III :* Liberté de choix

1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

3. Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays,

règlement de Rome I [157]) alors que ce contrat doit être régi en la forme par les dispositions des lois prévues à l'article 9 de la Convention de Rome de 1980 et art. 10 du règlement de Rome I de 2008.

273. Cela a poussé l'observe M. Gaillard pour une interprétation remarquable sur cette solution considérant que « *la solution retenue par la Cour de cassation ne suggère nullement que la volonté des parties serait une norme première, se suffisant à elle-même et que la constatation de son existence ne supposerait le recours à aucune règle de droit* »[158].

274. Dans le même sens, une analyse sur le plan pratique d'une cession du contrat de base, la jurisprudence française admet impérativement la cession et la transmission de la clause compromissoire au cessionnaire[159] comme étant un accessoire du contrat principal, même si la volonté des parties au contrat principal ne mentionne pas cette cession. Par conséquence, les juges français

---

porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».
4. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 8, 9 et 11.

[157] Le règlement de Rome I : *Article III :* Liberté de choix
1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.
2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.
3. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.
4. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for.
5. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13.

[158] E. Gaillard, note sous l'arrêt « Dalico », JO DI 1994, p. 432

[159] Cass. Civ. 1ère, 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999 ; Rev. Arb. 2000, p. 185

vont appliquer les conceptions françaises qui seront rattachées à la volonté des parties.

b- Sur le plan normatif

275. Sans aucun doute, dans le contexte de l'arbitrage international le respect de la volonté des parties par les arbitres est un principe fondamental dont des nombreux textes s'y réfèrent. Ces textes se sont inclus à l'intérieur des beaucoup des lois nationales sur l'arbitrage et dans des règlements d'arbitrage aussi ces textes peuvent tirer leur origines dans des diverses conventions internationales. On peut signaler comme spécialement significatifs :

- Les dispositions de la loi-type de la CNUDCI concernant l'arbitrage international surtout dans l'article 28 alinéa 1,
- La convention européenne date du 21 avril 1961 portant sur l'arbitrage commercial international dans l'article VII.
- La Convention de Washington du 18 mars 1965, dans l'article 42 Section III intitulée « Des pouvoirs et des fonctions du Tribunal »
- l'Acte uniforme OHADA sur l'arbitrage du 11 mars 1999 spécialement dans l'article 15.
- La résolution de l'Institut de droit international de12 septembre 1981 qui a évoqué le fondement et le rôle de l'autonomie de la volonté des parties dans le processus de l'arbitrage entre Etats, entités étatiques et entreprises étrangères dans sa session de St Jacques de Compostelle.

276. La convention de la Haye, approuvée le 19 mars 2015 « Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », par son

article (I§3-b)[160] similairement aux articles I de la convention de Rome et de règlement de Rome I va exclure la convention d'arbitrage de son champ d'application.

277. Cependant, il ne faut pas confondre le dépeçage des contrats tel que prévu dans la Convention de Rome de 1980 (article 1§2-d)[161] et le règlement Rome I (article 1§2-e)[162] de 2008, d'une part parce que ces deux instruments excluent les conventions d'arbitrage de leur champ d'application et de l'autre si la même loi régissait le contrat et la clause compromissoire, ceci ne signifie dans aucune façon que les mêmes dispositions de cette loi s'appliquent indifféremment aux deux car la loi applicable contient des dispositions régissant les contrats en général et d'autres, différentes, qui régissent les conventions d'arbitrage.

278. Citons que dans ces deux conventions le choix de la loi applicable par les parties doit être distingué des autres clauses contractuelles qui forment l'engagement contractuel principal conclu par les parties « contrat principal ». D'autre part, selon l'article (1. §2) de la convention de la Haye 2015, les accords sur le choix de la loi applicable doivent également être distingués des clauses ou des accords d'arbitrage, dans lesquelles est évoquée la soumission des litiges afférentes au contrat principal à un tribunal arbitral. Nonobstant que généralement ces clauses sont associés à des accords sur le

[160] Article I « Champ d'application des Principes » 3. Ces Principes ne s'appliquent pas à la loi qui régit :
(a) la capacité des personnes physiques ;
(b) les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for ;

[161] Article I « convention de Rome » 2. Elles ne s'appliquent pas : d) aux conventions d'arbitrage et d'élection de for ;

[162] Article I « règlement de Rome I » :2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement : e) les conventions d'arbitrage et d'élection de for ;

choix de la loi applicable, ils vont poursuivre des objectifs totalement différents. Cependant, les principes ne visent que les clauses concernant le choix de la loi applicable, et excluent de son champ d'application les clauses de règlement des différends ou les clauses qui ont des rôles procéduraux.

279. Supposant que les principes et les conventions respectent la volonté des parties en matière de choix de loi, cependant cette liberté de choix se trouve encercler par l'ordre public et la loi des police qui ont un rôle protecteur pour certaines règles et politiques d'une importance fondamentale pour les États. Le contenu de l'article (I) dans la convention de Rome et le règlement de Rome I ainsi que, l'article (1. §2) des principes de la convention de La Haye feront le bon exemple.

280. Cette exclusion concerne principalement la *validité matérielle* de ces clauses, cela signifie seulement les aspects contractuels de ces clauses de juridiction seront exclus, par contre les principes de La Haye vont inclure des notions telles que la fraude, l'erreur, le dol ou la contrainte. Cependant certaines législations étatiques vont qualifier ces notions comme procédurales donc elles sont régies par la *lexfori* ou la *lexarbitri*. Par contre pour d'autres législations étatiques ces notions relèvent du fond du droit et par la suite elles seront dès lors régies par la loi applicable à la clause compromissoire. notant que les Principes de La Haye précitées n'adoptent aucune des interprétations citées, mais selon son article 1(3-b) ils excluent ces notions du son champ d'application.

2- Le silence des parties

281. La loi applicable à défaut de choix, **ou en** absence de référence à toute loi étatique, forme une matière substantielle dans les litiges dérivant des

contrats contenant une convention d'arbitrage. La cour d'appel de paris en 1975 a mis la première pierre dans l'édifice de la jurisprudence concernant l'absence de référence à une loi étatique en édictant le fameux arrêt qui précise : « *compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique* [163] ». Alors que l'aspect déterminant se trouve dans l'arrêt de la Cour de cassation en 1993 selon lequel « *l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient (...) d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »[164].

282. Dans un arrêt « *Ecofisa* »[165] rendu par la cour de cassation en 1990, le Conseiller J.P. Ancel relève que : le *juge français n'est pas tenu de se référer à la loi étatique déclarée compétente en vertu de la règle de conflit* »[166].

283. La question, en fait, a deux volets. les parties peuvent indiquer la loi applicable au contrat principal mais gardent le silence en ce qui concerne la loi applicable à la clause compromissoire (a) or les parties gardent le silence sur la loi applicable au contrat principal et à la clause compromissoire (b).

a- Le silence concernant seulement la loi applicable à la clause compromissoire

284. Concernant le premier volet, la question est la suivante : *la lexcontractus s'étend-t-elle à la clause compromissoire ?* la réponse par l'affirmation est évidente en raison que la présence d'une clause compromissoire dans un

[163] Voir l'arrêt précité « Menicucci » du 13 décembre 1975, JDI, 1977.106
[164] Voir l'arrêt « *Dalico* ». Cour de cassation Civil, 1ère chambre du 20 décembre 1993
[165] Cour de cassation Civil, 1ère chambre, arrêt « Ecofisa », le 4 décembre 1990
[166] Cité par H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt « Dalico », Revue de l'arbitrage 1994, p. 122

contrat conduit par principe à la soumission de cette clause à la loi régissant le contrat principal, à condition de défaut de disposition contraire. Néanmoins cette interprétation se heurte avec les dispositions de la Convention de New-York[167] qui adopte un concept diffèrent de la solution consacrée par la notion *lexcontractus* dans l'article V.1.(a) en prévoyant « qu'à défaut d'une indication sur la loi applicable à la clause, celle-ci est soumise à la loi du pays où la sentence a été rendue » Notant que ce concept émis par la convention de New-York est limité à l'aspect de l'exécution de la sentence.

285. La jurisprudence internationale selon M. Derains[168] englobe différentes tendances apparemment inconciliables en ce qui concerne la matière de droit applicable à la clause compromissoire. Ces tendances explicatives sur la loi applicable à la clause compromissoire en défaut du choix d'une loi les oscillent entre l'hypothèse d'adopter la loi droit du contrat principal, celle du droit du lieu de l'arbitrage ou bien la loi de la volonté des parties. Mais dans chacune de ces hypothèses précitées, la jurisprudence internationale exige impérativement que la validité de la clause est privilégiée[169].

b- Le silence concernant à la fois la loi applicable à la clause compromissoire et le contrat principal.

286. Pour le second volet, la question est celle de savoir comment déterminer la loi applicable au fond du litige (b-1) et, si cette même loi s'applique à la validité de la clause compromissoire (b-2).

[167]Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Les grandes nations commerçantes sont devenues parties à cette convention : Etats-Unis, =Russie, Japon, France, Suisse, Allemagne. Canada, Royaume-Uni; ainsi que certains pays d'Afrique et d'Amérique Latine.

[168]Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale», J.D.I., 1993, P 829.

[169] Voir également : article 3121 du Code Civil du Québec : « *En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule.* »

b-1 La loi applicable par l'arbitre au fond du litige

287. En l'absence d'un choix des parties de la règle de droit applicable au fond du litige, cette règle sera déterminée par l'arbitre. La plupart des règlements d'arbitrage accorde une liberté, plus ou moins grande, de choix aux arbitres, mais est-ce par voie directe (i), ou doivent-ils identifier d'abord la règle de droit international privé « appropriée » qui indiquera la loi applicable au fond du litige (ii) ; l'application d'une règle de conflit de lois déterminée (iii)

(i) La voie directe consiste à permettre aux arbitres sans aucune obligation de justifier leur choix par un dispositif de rattachement, d'appliquer une loi ou des règles de droit. On peut citer des nombreux règlements d'arbitrage institutionnels qui appliquent cette méthode sans imposer aucune limite au choix des arbitres : le centre d'arbitrage de la CCI, le centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, la Cour d'arbitrage international de Londres et quelques lois nationales dont la France (art.1496 du CPC), les Pays-Bas (art. 1054(2) du CPC). N'empêche que le défaut majeur de cette méthode est l'imprévisibilité.

(ii) Le second procédé ouvre la porte de la liberté à l'arbitre d'appliquer la règle de conflit qu'il juge appropriée. Cette méthode figure dans certaines conventions internationales (art. VII (1) de la Convention de Genève ; art. 42(1) de la CIRDI).

L'explication de l'expression « règle de conflit appropriée » constitue en pratique applicable la difficulté de ce procédé. Plusieurs méthodes ont été suggérées pour trouver une telle règle :

- Système de la règle de conflit du lieu de l'arbitrage : Ce système suivi par la pratique arbitrale de plusieurs arbitres avant les annés1960, a été

critiqué pour avoir obligé les arbitres à appliquer les lois nationales à l'arbitrage international, ce qui est inacceptable surtout que les arbitres n'ont pas de *lexfori,* et pourtant certaines institutions arbitrales continuent à appliquer la *lex lociarbitri* : la Chambre de commerce de Zurich, la Chambre de commerce hongroise ; ainsi que quelques lois nationales comme au Costa Rica, en République tchèque et à Malte.

- La méthode comparée ou cumulative : elle consiste à appliquer les règles de conflit de lois de tous les systèmes rattachés au litige ou qui sont communs aux parties. Cette méthode ne peut s'appliquer que lorsque les règles de conflit concernées donnent la même solution.
- Les Principes généraux de droit international privé : la méthode consiste à appliquer les règles de conflit de lois en utilisant les principes communs dégagés des instruments internationaux sources de principes généraux[170]

(iii) Règle de conflit de lois imposée : d'après ce système, les arbitres sont obligés d'appliquer la règle de conflit de lois indiquée par le facteur de rattachement le plus déterminant ou d'autres facteurs tels que la loi du domicile de la personne chargée de la prestation la plus caractéristique, la loi du lieu de formation du contrat, la loi du lieu d'exécution du contrat…etc.

b-2 La loi applicable à la validité de l'accord d'arbitrage

288. Le silence des parties, quant au choix de la loi applicable à la clause compromissoire ou au compromis d'arbitrage ne signifie aucunement

[170]Par exemple, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 surla loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ; la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation ; la Convention européenne du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux 2004.

l'obligation de soumettre l'accord d'arbitrage à la loi applicable au fond du litige. L'autonomie de cet accord commande sa séparabilité du contrat principal et son immunité des vicissitudes qui peuvent affecter le contrat principal. Il est du devoir des arbitres de décider de la validité matérielle de l'accord d'arbitrage en s'assurant du consentement des parties à l'arbitrage (b-2-1) ; de leur capacité de conclure un pareil accord (b-2-2) et de l'arbitrabilité de la question litigieuse soumise à l'arbitrage (b-2-3).

b-2-1 Consentement des parties :

289. Afin de rendre l'application d'une loi à la clause compromissoire les arbitres sont invitées d'analyser l'expression de la volonté des parties pour pouvoir prendre la décision d'admettre l'existence d'une volonté certaine de soumettre le litige à l'arbitrage conformément à la loi applicable. Le consentement valable et efficace, des parties, de soumettre leur litige à l'arbitrage est à la base d'un accord d'arbitrage, il nécessite ainsi d'examiner si les parties ont le droit de recourir à l'arbitrage et si l'existence et la portée de ce consentement peuvent être établies.

b-2-2 La capacité des parties (Arbitrabilité subjective) :

290. La loi applicable à la capacité des parties est leur loi personnelle[171]. La loi personnelle est celle de sa nationalité ou, en Common Law, celle de son domicile. La loi personnelle d'une personne morale est la loi de son siège social (statutaire ou effectif) ou, en Common Law, la loi du pays d'incorporation.

[171] Ainsi dispose l'article V (1.a) de la Convention de New York et l'artiicle VI(2) de la Convention de Genève.

b-2-3 Arbitrabilité de la question litigieuse (Arbitrabilité objective)

291. Les arbitres apprécieront si la matière litigieuse est susceptible ou non d'être soumise à l'arbitrage. Cette question est étroitement liée à l'ordre public international et aux règles matérielles impératives. Malgré l'existence de règles transnationales, la pratique dominante consiste à appliquer la *lex lociarbitri* dans sa règle de conflit de lois ou, si elle existe, une règle matérielle.

§2- La loi applicable à la garantie autonome.

292. La licéité des garanties autonomes, consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006 repose sur le principe de la liberté contractuelle, de ce fait, la loi applicable est celle choisie par les parties mais à défaut de ce choix on aura recours aux dispositions de la convention de Rome ou règlement de Rome I (comme détaillé ultérieurement).

293. Bien que le droit national soit applicable aux garanties autonomes conclues sous la même loi qui régit les effets du contrat de base alors que dans les garanties internationales se pose la question du droit national auquel elles doivent être rattachées ce qui a poussé M. Synvet a énoncé que : *« La grande majorité des garanties prévoirait expressément le droit applicable»*[172] .Dans le même sens M. Mattout explique que : « *La quasi-totalité des questions soulevées trouverait une réponse dans le texte même de la garantie* »[173].

294. Normalement, dans le contrat présentant un caractère international, apparait la difficulté de savoir la juridiction compétente ainsi que la loi

[172] Hervé Synvet, *Lettres de crédit et lettres de garantie en droit international privé*, TCFDIP 1991-1992, p. 55

[173]Mattout, n° 209, spécialement p. 166.

applicable. D'ailleurs pour la loi applicable à une garantie autonome internationale à défaut de choix des parties[174], la France applique aujourd'hui l'article 4 du Règlement Rome I du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.

295. Un rappel de la base conventionnelle à ce propos de la convention de Rome et le règlement de Rome I. L'article 4§1 de la convention de Rome de 1980 avait consacré un principe sélectionniste en cas d'absence de choix d'une loi applicable au contrat par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits[175]. Nonobstant le même article §2 a présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique ayant, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle…. Ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

296. On peut déduire d'après cet article 4 que les liens les plus étroits sont celle où la partie fournissant la prestation au moment de la conclusion du contrat a sa résidence habituelle donc en final c'est le lieu de sa résidence qui détermine la loi applicable. Cependant, cette désignation a été rectifiée par

[174]Cassation civile, 1ere chambre, le 16 septembre 2015, pourvoi N°14-10.373

[175] Article 4 §1 de la convention de Rome de 1980 : « 1- Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays »

2- Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. ».

l'article 4 du règlement de Rome I en 2008 pour devenir le « lieu de résidence du prestataire »[176]

297. La jurisprudence s'est prononcée sur ce sujet à plusieurs reprises pour consacrer l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

298. La Cour de cassation[177] en 2011 avait prononcé son arrêt en se basant sur les dispositifs de l'article 4 du Règlement de Rome I en défaut du choix de la loi applicable par les parties. Par conséquence, l'acte sera régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Généralement le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays de la résidence habituelle du prestataire du contrat de la garantie autonome. Selon cette jurisprudence le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays de la résidence du garant.

299. En vertu de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et en l'absence de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits qu'est présumé présenter de tels liens celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle et que cette présomption est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. Cela touche au principe de l'autonomie de la garantie

[176] Article 4 §-b du règlement de Rome I en 2008 : Loi applicable à défaut de choix :
b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle;
[177]Cour de cassation commerciale, le 8 mars 2011, pourvoi N° 09-11.751, Inédit

autonome de fait de la soumission de la garantie autonome sous l'influence des circonstances pour trouver la loi applicable sur cette garantie autonome.

300. Une évolution à ce sujet a pris lieu par le règlement de Rome I le 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles par l'article 4§2 qui a mis fin à cette fluctuation au sujet de la loi applicable en absence de choix des parties en déterminant que les obligations de prestations seront régies par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle excluant de ce fait la priorité de choisir la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, imposée par la convention de Rome .

301. Revenant aux dispositions du règlement de Rome I de 2008 lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat international en appliquant l'article 3 du Règlement Rome I et que le contrat ne fait pas partie des types de contrat limitativement énumérés à l'art. 4 al.1er. a à h) du Règlement Rome I, la loi applicable doit être déterminée en vertu des règles et présomptions suivantes :

- Lorsque le contrat n'est pas régi par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (art. 4 al. 2).
- Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la clause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique (art. 4 al. 3).

➢ Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4 al. 4).

302. Sur ce point, le droit français applique l'article 4§2 du Règlement Rome I en matière de garantie internationale[178]. À défaut de choix de loi applicable par les parties, le droit applicable est en principe celui du pays où réside le garant qui est la partie qui fournit en effet la prestation caractéristique du contrat car reliant le contrat de garantie autonome à l'autre choix « *liens étroits avec un autre pays*» dénature cette garantie de sa qualification d'indépendante.

303. La situation se complique lorsqu'on se trouve devant plusieurs parties lors la réalisation du contrat de la garantie autonome. Dans une opération d'une garantie tripartite (donneur d'ordre / banque garante / bénéficiaire)[179], la loi applicable est celle du débiteur de la prestation caractéristique, donc forcément il s'agit de la loi du siège de la banque garante[180].

304. Notons que dans le cas d'une garantie tripartie, c'est probable d'avoir une intervention de la banque du bénéficiaire de la garantie mais cette

---

[178] Article4§2 du Règlement Rome I : « Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. »

[179] Si en principe, le contrat est conclu *intuitu personæ* à l'égard du bénéficiaire, les parties peuvent prévoir, par convention, que le bénéfice de la garantie pourra être cédé, par exemple, par voie d'endos : MATTOUT, n° 204, spécialement p. 157 et la note 2. Cession de la garantie et cession de la créance représentée par la garantie ne doivent pas être confondues : si la « créance » est cédée, elle est cédée seule, indépendamment de la garantie (art. 4 des RUGD).

[180] Philippe FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, Colloque de Deauville, 4-5 juin 1983, Association Droit et commerce, RJC 1984, numéro spécial, février 1984, p. 68, s. et spécialement n° 18, p. 74.

intervention ne joue qu'un rôle mineur. Cet établissement prendra alors la simple qualité de banque *authentificatrice* ou *notificatrice*[181]« *en transmettant au bénéficiaire, sans engagement de sa part, la garantie*[182] ».

305. Dans le cadre d'une garantie quadripartite (donneur d'ordre / banque garante / ***banque contre-garante*** / bénéficiaire)[183], la question est plus délicate, mais finalement résolue avec une relative simplicité : « ***la garantie est soumise au droit du garant et la contre-garantie au droit du contre-garant*** »[184] (art. 27 des RUGD). C'est la loi applicable ainsi désignée qui permettra de qualifier la garantie en cause, de cautionnement ou de garantie autonome[185].

306. En résumé, l'unité de contrat englobant le contrat principal et la convention d'arbitrage d'une part ou la pluralité des contrats distincts entre le contrat de base et la garantie autonome d'autre part oblige la juridiction de leur appliquer une loi lors de survenue d'un litige. Par principe la liberté du choix d'une loi applicable au contrat de la convention d'arbitrage et à celui de la garantie autonome est consacrée par toutes les lois et les conventions.

---

[181]Mousseron, Fabre, Raynard, Pierre « *Droit du commerce international* », 2ème édition 2000 n° 993.
[182]Mousseron, Fabre, Raynard, « *Droit du commerce international* », 2ème édition 2000 n° 981
[183] Le recours à une banque contre-garante, garantissant la banque garante (inversement, le bénéficiaire ne peut appeler que la banque garante ou *banque de premier rang*) dans le pays du bénéficiaire, est imposé dans certains États pratiquant une politique protectionniste visant à assurer « *un courant d'affaires obligatoire aux banques locales* (mais) *dont la justification économique n'est pas évidente, surtout lorsque le crédit de la banque contre-garante est infiniment supérieur à celui de la banque garante* » : MATTOUT, n° 221, p. 173. En pratique, la contre-garantie se manifeste dans un acte séparé, et le bénéficiaire peut très bien ignorer l'identité même de la banque contre-garante : MATTOUT, n° 204, p. 156. Quant à l'engagement de la banque contre-garante, il est indépendant de l'engagement de la banque garante : LEGEAIS, n° 311, spécialement p. 168 (ce qui n'est pas sans rappeler l'autonomie des engagements respectifs des banques émettrice et confirmatrice, en matière de crédit documentaire : sur ce point, v. *supra*, n° 309-2-1).
[184]MATTOUT, n° 209, spécialement p. 166
[185]Cassation Civil, 1ère chambre, le 13 octobre 1993, Droit et Patrimoine, juin 1994, p. 93, obs. de BOTTINI

307. Vue la séparabilité qui existe entre la clause compromissoire et le contrat principal dans lequel il est inclut, l'absence de choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage ne touche pas sa validité mais évoque la difficulté de désigner la loi applicable à la clause compromissoire. Cela signifie que nonobstant le caractère accessoire de la convention d'arbitrage, l'application de la même loi régissant le contrat principal sur la convention d'arbitrage reste pour les arbitres une option mais pas une obligation. La juridiction statuant sur le litige sera, en défaut du choix d'une loi, de détecter le consentement tacite ou exprès des parties et l'arbitrabilité du sujet. Ce dilemme d'application de la loi adéquate se trouve inexistant en cas de la garantie autonome vue son indépendance totale du contrat de base.

308. En conclusion de ce premier chapitre, Le principe d'autonomie se manifeste selon deux manières différentes dans les deux institutions juridiques donnant ainsi deux conceptions différentes pour une même nomination : la notion « autonomie ». La notion d'autonomie matérielle signifie la survie de la clause compromissoire au contrat principal vicié tant que ces vices n'ont pas touché à la clause compromissoire elle-même en dépit du fait que cette clause soit insérée dans ce contrat principal mais qui forme un contrat distinct et autonome , alors qu'elle signifie dans le cas de la garantie autonome un contrat totalement autonome du contrat de base donc deux contrats totalement différents dans leurs parties, objets et buts.

309. Cette autonomie trouve son foyer dans la présence de deux contrats intégralement indépendants en son objet et parties entre le contrat de base et la garantie autonome alors que la clause compromissoire même insérée dans le contrat principal forme un seul contrat avec un rôle accessoire et procédural

pour le contrat principal. Dans l'institution de la garantie autonome, le principe de la pluralité des contrats ainsi que le sort totalement diffèrent entre elle et le contrat de base vont créer l'indépendance de la garantie autonome alors que l'on se trouve devant une séparabilité relative entre le contrat principal et la clause compromissoire.

310. Les conséquences, de ce qui précède, se matérialisent par une autonomie totale de la garantie autonome en cas de nullité ou inexistence du contrat de base. En ce qui concerne la clause compromissoire la situation s'applique différemment. L'inexistence du contrat principal par défaut d'accord des parties sur les clauses essentielles du contrat rend par le même effet la clause compromissoire inexistante. A l'inverse en cas de nullité de contrat principal les parties se sont consentis sur ces clauses mais le contrat n'a pas été mis en vigueur alors la clause compromissoire n'est pas affecté, de suite en appliquant le principe compétence-compétence l'arbitre reste compétent de statuer sur les différends. Ainsi cette autonomie non totale et relative devient une séparabilité relative en opposition d'une indépendance totale pour la garantie autonome intégralement indifférente du sort du contrat de base que ce soit en cas de nullité ab initio ou inexistence du contrat de base.

311. Si la jurisprudence « *Gosset* » affirme la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, elle n'indique en rien comment doit s'apprécier la validité de la clause compromissoire. Dès lors, les parties pourront « *dépecer* » le contrat et choisir une loi pour la convention de fond et une loi qui pourra être différente pour la clause compromissoire.

312. L'application d'une loi à la clause compromissoire et à la garantie autonome marque une facette importante dans la désignation du principe de l'autonomie matérielle pour chacun de ces deux mécanismes.

313. La jurisprudence a évolué à ce propos d'une façon difficile après l'arrêt « Dalico » qui a mis en action le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique qui régit le contrat principal dans lequel est insérée la convention d'arbitrage. Cette liberté de choix trouve des limites qui sauvegardent l'intérêt public, tel que son organisation politique, social ou économique.

314. La problématique se pose lors d'absence de référence à toute loi étatique. En principe la loi qui régit le contrat principal peut être applicable à la convention d'arbitrage puisque s'agissant d'une clause insérée dans ce contrat du fait de ce lien qui existe entre le contrat principal et la convention d'arbitrage qui sert d'accessoire au premier. Nonobstant cette dernière perspective, cela ne signifie pas l'obligation de soumettre la convention d'arbitrage au loi régissant le fond de litige d'où le devoir des arbitres de décider la validité matérielle de l'accord d'arbitrage en s'assurant du consentement des parties et de l'arbitrabilité que ce soit subjective ou objective, tout cela commande vers la nomination « séparabilité » et non pas « autonomie » de cette convention d'arbitrage face au contrat principal.

315. Mais cette théorie se trouve paralysée dans le cadre de la garantie autonome qui reste intégralement différente et indépendante du contrat de base par sa nature, objet, parties contractants et lieu de sa conclusion ce qui mène à des dispositions spécifiques sur la forme et le fond de cette garantie

selon la loi du pays où se trouve la résidence habituelle du garant fournisseur de la prestation en défaut du choix par les parties. Tout cela commande à une qualification « d'indépendance totale » de la garantie autonome non pas seulement vers une simple notion d'autonomie.

CHAPITRE II

L'AUTONOMIE DE RATTACHEMENT

DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

ET

DE LA GARANTIE AUTONOME

316. Après avoir disséqué dans le « Chapitre I » l'autonomie dans sa caractéristique matérielle, il est aussi important d'examiner dans ce chapitre ses critères dans le cadre de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire (Section I) et celle de la garantie autonome (Section II).

317. Avant de se lancer dans l'étude de l'autonomie de rattachement, quelques précisions nécessaires pour mieux apprécier le rôle de l'autonomie de rattachement :

1- L'autonomie matérielle explique le degré d'influence qu'impose le contrat principal sur la validité de la clause compromissoire ou celui de soumission de la garantie à un droit différent de celui applicable au contrat de base.

2- L'expression « autonomie de rattachement » indique la présence d'un rattachement mais différent de celui employé pour le contrat principal ou pour le contrat de base.

3- L'autonomie de rattachement ne signifie aucunement absence de tout rattachement à n'importe quelle loi étatique. Il n'y a pas de contrat sans loi. La tentative de déterminer le statut actuel du contrat sans loi montre que celui-ci est loin d'être uniforme. Son régime juridique varie considérablement selon que le contrat est soumis à l'arbitrage ou aux juridictions étatiques. Cette dualité de statuts se laisse observer dans la quasi-totalité des rapports nationaux.

En France, la Cour de cassation a jugé que, dans les litiges relevant de la compétence des tribunaux étatiques, « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat »[186], mais il a, en revanche, été jugé qu'un tribunal arbitral peut, soit se référer aux seuls « principes généraux des

[186] Cour de cassation Civil, le 21 juin 1950, Messageries maritimes

obligations applicables dans le commerce international »[187] ou peut soit « appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommés lex mercatoria »[188].

4- La validité d'une clause compromissoire ne pouvant être expliquée par la règle de conflit qui indique l'application d'une loi annulant le contrat principal, et comme il n'y a qu'un seul contrat contenant les deux, il est nécessaire d'expliquer la validité de la clause par un autre mode de rattachement : une règle matérielle. Mais en cas de garantie autonome il existe deux contrats : le contrat de base et le contrat de garantie, chacun d'eux peut être soumis à une règle de conflit différente.

5- C'est justement en cas d'absence de choix par les parties qu'il est nécessaire de trouver un mode de rattachement autonome qui expliquerait le degré de validité et d'efficacité de la clause compromissoire ou du contrat de garantie.

6- Le but de l'autonomie de rattachement n'est pas de permettre aux parties d'échapper à toute loi étatique mais d'affirmer que la clause compromissoire ou le contrat de garantie sont à l'abri des vicissitudes affectant le contrat principal ou de base.

318. A partir de ces quelques précisions il serait plus aisé de mieux expliquer le rôle et la portée de l'autonomie de rattachement.

[187] Cour de cassation Civil, 2eme chambre, le 9 décembre 1981 Fougerolle c. Banque du ProcheOrient
[188] Cour de cassation Civil, 1ere chambre, le 22 octobre 1991, Valenciana

Section I- Autonomie de rattachement de la clause compromissoire dans son application dans le contexte international[189]

319. Nous allons aborder dans cette rubrique l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire **dans son application dans le contexte étatique et international** (§1) et puis les limites au principe d'autonomie par l'ordre public international et les lois de police (§2).

§-1 l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire

320. L'autonomie de rattachement de la clause compromissoire et son application nous conduit à aborder la signification de l'autonomie de rattachement (A), sa reconnaissance (B), son articulation avec le principe Compétence–Compétence (C).

A- La signification de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire.

321. Il s'agit cette fois d'une conception beaucoup plus novatrice du principe d'autonomie qui diffère totalement de l'approche traditionnelle. Dans cette nouvelle approche il ne s'agit pas du rapport avec le contrat principal, mais de la soumission de la clause à un droit.

322. Auparavant la méthode des conflits des lois détermine la loi applicable à la clause compromissoire cela signifie que la validité et l'existence de la clause en question étaient jugées grâce à la loi ainsi désignée. la France s'est

[189] Il y a une précision nécessaire concernant la définition de l'arbitrage international. Selon **l'article 1504** Code Procédure Civil Modifié par Décret N°2011-48 du 13 janvier 2011- art.2 : « Est international, l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

libérée de la méthode conflictuelle et elle avait adopté une règle matérielle relative à la clause en matière.

323. Par conséquence, l'adoption d'un principe d'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de toute loi étatique se traduit par l'abandon de la méthode des conflits de lois au profit d'une règle matérielle (1), néanmoins l'interprétation du contenu de cette règle matérielle ainsi dégagée doit être prise minutieusement (2).

1- La non-acceptation de la méthode conflictuelle

324. La non-acceptation de la méthode conflictuelle se déduisent des difficultés qu'affrontent certains systèmes juridiques adoptant encore cette méthode ce qui en a justifié son inefficacité et son abandon (a) pour adopter une nouvelle règle matérielle spéciale considérée par une doctrine comme simplificatrice (b).

a- Inconvénients de la méthode conflictuelle

325. La méthode conflictuelle était le plus communément utilisée en droit comparé[190], elle a pour but de permettre la détermination de la loi applicable. Cette méthode consiste à designer le système juridique qui va entretenir les liens les plus étroits avec un certain rapport de droit précis, en d'autre terme une détermination de la loi valablement applicable à ce rapport mais qui reste fortement submergée par des problèmes qui heurtent, que ce soit :

[190]Voir, article 1074 du Code de procédure civile néerlandais; article 61 de la loi espagnole 36/1988 sur l'arbitrage du 5 décembre 1988; Section 48 du 1999 Swedish Arbitration Act; voir aussi en Angleterre: Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd, [1992] 2 Lloyd's Rep. 291, puis le 1996, Arbitration Act.

1- D'une part la désignation de la catégorie légale est en cause, implique la prise en considération de plusieurs facteurs déterminants qui vont perturber le processus de la désignation de la loi applicable, voir le pouvoir des parties de signer, leur capacité, la forme et le contenu de la clause d'arbitrage.

2- D'autre part le recours à la méthode conflictuelle fait apparaitre une difficulté majeure surtout lorsqu'il s'agit de caractériser le fonctionnement juridique de la clause compromissoire si elle se rapporte avec le fond « substantive » ou à la forme « procédurale », donc la faculté de choisir les points de rattachement (*connecting factors*).

326. D'ailleurs les travaux de l'Institut de Droit International[191] avaient adopté ainsi le concept qui considère que la clause compromissoire est rattachée à la loi gouvernant la procédure arbitrale. Ce concept a été reconnue et retenu applicable par un large courant doctrinale influencé par la vision anglo-saxonne de la procédure. Mais ce concept ne fait pas l'unanimité, plusieurs argumentations prouvent la non validité de cette solution en se basant sur des nombreuses hypothèses, cela précisément dans le cas où la loi gouvernant la procédure arbitrale est différente de celle du lieu de l'arbitrage. D'ailleurs certains personnes contractants préfèrent donner à la juridiction arbitrale une marge de liberté et de flexibilité de décider sur la loi adéquate applicable ou encore la possibilité d'agir au cas par cas. Mais l'argument déterminant se base sur le fait que la convention d'arbitrage n'en demeurait pas moins un contrat. Par conséquence, les auteurs et les cours se sont conciliés dans le sens d'abandonner l'assimilation de la clause à la procédure arbitrale. Encore faut- il noter que la loi applicable au contrat principal n'est

[191]Les résolutions rendues en 1957 et 1959, cette institution avait décidé que « la validité de la clause compromissoire devrait être soumise à la loi du lieu de l'arbitrage, faisant ainsi de la clause un élément de la procédure arbitrale ».

pas obligatoirement celle gouvernant la convention d'arbitrage même inséré dans le contrat principal puisque la convention d'arbitrage est fortement différente dans son objet du contrat qui la contient.

327. La désignation de la loi applicable à la clause compromissoire sera plus difficile en cas de défaut de choix par les parties de la loi applicable. Dans cette hypothèse la méthode des conflits de lois nécessite une recherche pour identifier le système légal est le plus proche de l'accord litigieux. Mais cette étape ne conduit pas à une finalité de cette problématique du fait qu'il reste pour déterminer si les dispositions de la convention arbitrale ou bien celles du contrat principal qui devait entretenir les liens les plus étroits avec le système légal envisagé. La tendance générale considère que la loi du contrat principal marquera une large influence sur la désignation de la loi applicable à la clause d'arbitrage, surtout lorsque les parties ont choisi la loi d'un pays applicable au contrat principal et qui serait en même temps le lieu choisi pour l'arbitrage. Néanmoins, La difficulté s'aggrave si les parties ne sont pas consenties sur l'identité du pays et donc de la loi applicable.

328. Par conséquence, il s'est devenue clair que le choix de la loi applicable à la clause compromissoire ne peut être déterminé en se rapportant uniquement à la loi applicable au contrat principal. L'adoption intégrale de la théorie « *Lex contractus »* se contrarie avec l'autonomie matérielle de la clause compromissoire et conduit à un rejet de l'idée de neutralité qui prédomine au choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits[192].

[192]E. Gaillard, note sous l'arrêt *Dalico,* Cour de cassation civil, 20 décembre 1993, J.D.I., 1994, P 432.

329. Bien que la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage comme déjà vue forme une grande difficulté, de même la recherche des points de rattachement constitue une autre problématique. Dans l'hypothèse où on admet la loi du lieu de la conclusion de la clause compromissoire, cette hypothèse n'est pas satisfaisante du fait que le lieu de la conclusion peut être le fruit du hasard, et par conséquence, aucun lien de connexité révélateur avec la situation ne sera établit. Une autre hypothèse consiste à admettre le lieu du siège de l'arbitrage qui parfois constitue une faible valeur localisatrice. La plupart des fois ce facteur de rattachement est retenu, non plus par rapport à la nature procédurale de la convention arbitrale, mais plutôt comme le point de rattachement le plus révélateur.

330. En définitive, aucune solution ne fait l'unanimité en ce sujet dans la doctrine. D'ailleurs, M. Francescakis [193] a considéré dans son article que la méthode conflictuelle entraîne des soucis de prévisibilité alors que M. David constate d'ailleurs que : « *Il n'apparaît pas qu'en aucun pays la jurisprudence applique des principes bien définis ... les formules que l'on trouve à l'occasion dans les arrêts ..... ne constituent pas autre chose qu'une motivation jugée opportune pour justifier la solution donnée dans l'espèce* »[194].

331. En définitive, la conclusion finale après l'analyse des dispositions de la méthode conflictuelle traditionnelle comporte deux inconvénients majeurs qui rendent cette méthode non rentable juridiquement et inefficace :

(i) les règles sur le choix de la loi interne applicable ne sont pas les mêmes d'un Etat à l'autre.

[193]Ph. Francescakis, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation », Revue arbitrale 1974, p 67

[194] René David « L'arbitrage dans le commerce international. Paris », Economica, 1992, (spéc. no 242).

(ii) la diversité des lois internes en la matière est à la fois évidente et problématique.

332. En résumé, Cette interprétation montre que l'application de la méthode conflictuelle remet les parties dans une situation juridique non sécurisée d'où la nécessité d'avoir recours à un autre système qui assure une stabilité dans la désignation de la loi applicable.
La question est de savoir si l'adoption d'une règle matérielle est-elle dès lors plus avantageuse ?

b- L'adoption d'une règle matérielle

333. Selon Mme Gaudemet-Tallon, qui a précisé dans son commentaire sur l'arrêt *Dalico*[195] : « *On pourra se réjouir de la mise à l'écart de la règle de conflit en rappelant que les spécialistes de l'arbitrage ont souvent dénoncé la méthode conflictualiste comme étant compliquée et inadaptée en matière d'arbitrage international. Adopter une règle matérielle de droit international peut être considérée comme une simplification* ».

334. Il est évident les règles matérielles vont appliquer les dispositions d'une norme substantielle en évitant ainsi les difficultés de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle et par la suite elle va créer une solution directe aux situations litigieuses. Selon Mme. Blanchin :
« *La solution de type substantiel correspond à l'attente des opérateurs du commerce international et la pratique arbitrale révèle l'assentiment donné par les tribunaux arbitraux à une réglementation proprement internationale*

[195]Cour de cassation civile, le 20 décembre 1993, *Dalico,* Revue arbitrale 1994, P 116, note H. Gaudemet-Tallon.

de la clause compromissoire»[196]. Donc, il y a un renforcement pour la sécurité et la prévisibilité dont les parties souhaitent avoir lors de survenue d'un litige.

335. Comme explique M. Derains[197] d'une façon claire la règle matérielle par « *elle a le mérite d'accentuer le détachement de l'arbitrage international du carcan des droits internes, trop peu nombreux, encore à ne pas s'être développés qu'en fonction des préoccupations d'ordre interne ».* cet auteur envisage que le concept de la règle matérielle permet indéniablement d'échapper aux particularismes des législations nationales.

336. La seconde étape importante après l'adoption d'une règle matérielle concernant la validité de la clause compromissoire, c'est l'approbation du contenu exact de cette règle matérielle.

2- Le contenu de la règle matérielle

337. La France a adopté le principe de la règle matérielle, en consacrant que le principe d'autonomie de la clause compromissoire, signifie que cette clause est autonome par rapport à toute loi étatique (a). Mais peut-on réellement s'affranchir de toute référence à un droit étatique ? (b)

a- Autonomie de la clause par rapport à toute loi étatique

338. A l'encontre de la signification de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, Cette nouvelle version

[196]Catherine Blanchin. « *L'autonomie de la clause compromissoire: Un modèle pour la clause attributive de juridiction »*, Paris, L.G.D.J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, (spéc. P.28).
[197] Yves Derains, observation sous la sentence C.C.I. rendue en 1991 dans l'affaire No. 6840: J.D.I., 1992, p 1030

concernant la signification de l'autonomie de la clause compromissoire va évoquer son autonomie à l'égard de toute loi étatique.

339. Selon M. Hervé Synvet qui a une interprétation particulière sur ce sujet a estimé que « *qu'il soit de bonne méthode de regrouper sous un même concept juridique deux séries de règles qui, en réalité, sont nettement différentes* »; il ajoute en effet que « *le glissement sémantique est dangereux dans la mesure où il affaiblit la conscience de la nécessité d'une véritable réflexion avant que d'accueillir ce qui constitue une nouvelle règle »*[198].

340. En effet, cette nouvelle version de l'autonomie s'harmonise mieux avec son étymologie grecque qui signifie « *la faculté de se régir par ses lois propres* ». Il s'agit de l'aspect le plus moderne, le plus « *ambitieux »*[199] de l'autonomie de la clause compromissoire, ce qui permet à la jurisprudence française d'affranchir les lois nationales donc de dépasser la règle conflictuelle et par conséquence, les juridictions étatiques françaises n'ont pas besoin de chercher si une loi française ou étrangère est applicable sur la clause compromissoire.

341. La question qui se pose est de savoir si cette nouvelle formulation de la règle matérielle implique une consécration d'un « principe de validité ». Des rares décisions françaises ont utilisé cette expression mais elle n'a pas été adoptée par la jurisprudence française. Il serait facile de comprendre et d'approuver la reconnaissance d'un « *principe de licéité»* qui va mettre

[198]Hervé Synvet, note sous l'arrêt « *Gatoil »*, Cour d'Appel de Paris, le 17 décembre 1991, Revue Arbitrale, p281 et plus ; même solution dans l'affaire « *Bec Frères »*, Paris, 24 février 1994, Revue arbitrale. note Gaudemet.
[199] Cour d'Appel de Paris, l'arrêt *Cotunav,* le 28 novembre 1989, Revue arbitrale 1990, P675, note Mayer

incontestablement la clause à l'abri des aléas des droits internes et de leur plus ou moins grand libéralisme à regard de l'arbitrage, c'est grâce à ce principe que la France a fait abstraction de l'interdiction de l'arbitrage dans les actes mixtes qui existe en droit interne[200]. En revanche, la reconnaissance d'un «principe de validité» de la clause compromissoire est toute autre et a de quoi choquer.

342. D'ailleurs une interprétation rendu par M. Gaillard et qui met en relief l'ambiguïté entourant le terme de « validité » en expliquant que : « *La notion de validité, jointe à l'idée qu'il n'y a pas lieu de recourir à une loi étatique quelconque, peut laisser entendre que la convention d'arbitrage ne serait soumise à aucune norme, qu'elle ne tirerait sa validité que d'elle-même, ce qui serait évidemment absurde »*[201].

343. Une autre interprétation concernant la notion de validité énoncé par Mme Gaudemet-Tallon qui affirme qu'un acte « *ne peut être en principe effectivement valable*»[202]» que si acte remplira des conditions de fond et de forme établies par une norme forcément première par rapport à lui. Il est vrai que la thèse du « contrat sans loi» soulève bien des objections sur le plan théorique.

344. M. Mayer estime que la consécration du principe de la règle matérielle par la jurisprudence donnerait selon cet auteur lieu à un curieux phénomène[203]: « *Le contrat cesse d'être sans loi au moment même où le tribunal énonce qu'il*

[200]Interdiction issue de la combinaison des articles 2061 du Code civil et 631 du Code de commerce.
[201]Emmanuel Gaillard, sous l'arrêt *Dalico,* Cassation: civ. 20 décembre 1993, J.D.I., 1994.
[202]Helene Gaudemet-Tallon, sous l'arrêt rendu dans l'affaire *Dalico*, spécialement P 456.
[203]Pierre Mayer, sous l'arrêt *Cotunav,* Cour d'Appel de Paris, 28 novembre 1989, Revue. Arbitrale 1990, P675 et s. Cet arrêt est confirmé par la Cour de cassation civile, 1ère chambre, du 25 juin 1991, Inédit

est valable indépendamment de toute loi étatique». Cette interprétation juridictionnelle va induire en effet une forme de norme juridique spécifique à un système de droit.

345. De surcroît, les objections théoriques précisées là-dessus, une exclusion totale de tout droit étatique ne serait pas parfaitement appropriée sur le plan pratique.

b- Une nécessité résiduelle des lois étatiques

346. Selon M. Synvet[204] qui a interprété différemment l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de toute loi étatique avait estimé que : « *Il nous semble aventureux d'affirmer en termes généraux l'autonomie de l'accord compromissoire par rapport à toute loi étatique* ». cet auteur continue son explication en ajoutant que : *« Il y a certes des hypothèses où la soustraction de la clause compromissoire à une règle prohibitive interne est bienvenue. Alors l'exclusion totale de l'intervention des lois nationales est, en l'état actuel des choses difficilement concevable* ». Donc cet auteur considérait que l'idée d'une réelle indépendance matérielle n'est pas absolue.

347. Dans la même vision et esprit analytique d'autres auteurs[205] vont illustrer cette interprétation en évoquant les mêmes exemples :

(i) Les vices du consentement, lorsqu'elles affectent en même temps le contrat principal et la clause compromissoire.

(ii) l'arbitrabilité Voir naitre la question qui invite *« à s'interroger sur les limites de l'autonomie de la convention d'arbitrage lorsque, s'agissant de*

[204] Hervé Synvet, sous l'arrêt *Behar,* Cour d'Appel de Toulouse, 26 octobre 1982, J.D.I., 1984, P 603.
[205]Voir notamment les notes sous l'arrêt *Menicucci,* Cour d'Appel de Paris, 13 décembre 1975: Revue arbitrale, 1977, P 147, note Ph. Fouchard; et : Rev. crit., 1976. p 507, note B. Oppetit.

l'arbitrabilité même du litige, il est difficile de faire abstraction de la loi applicable au contrat principal » sauf à reconnaître l'existence « d'une *autre règle matérielle qui admette, en matière internationale, que les dispositions d'ordre public dans l'ordre interne cessent de l'être dans l'ordre international* »[206].

(iii) les questions de capacité et pouvoir : c'est évident que cette matière a marqué la doctrine qui a manifesté la plus grande réticence à raisonner exclusivement en termes de règles matérielles[207].

348. En défaut de l'existence d'un système de référence dans toutes ces hypothèses, M. Loquin[208] constate que : « *En l'absence de règles matérielles régissant ces questions, la solution la plus raisonnable est de revenir pour celles-ci au mécanisme normal des conflits de lois ».*

349. Certains auteurs marquent un doute envers l'exclusion totale de toute loi étatique au dépit du principe de la règle matérielle. cette doute suffit à elle seule de provoquer la méfiance à l'égard de la règle matérielle. Dans ce sens M. Oppetit[209] a estimé que : « *C'est sans doute dans ces conséquences extrêmes, et peu satisfaisantes, que la règle ainsi posée appelle des réserves ».* ainsi cet auteur provoque une conclusion douteuse dans le fonctionnement de la règle matérielle en estimant que l'autonomie à l'égard du droit en question s'éloigne de ce qui semble être la vocation fonctionnelle de la règle matérielle. Cette dernière ayant pour objective d'assurer l'efficacité de la clause conformément à la volonté des parties.

---

[206]P. Level, note sous l'arrêt *Hecht,* Cour de cassation civile, 1ère chambre. 4 juillet 1972, Rev. crit. dr. int. priv., 1974, p 82.
[207]Herve Synvet, sous l'arrêt *Gatoil,* CA Paris, 17 décembre 1991, Rev. Arb, 1993, p 281 (spéc. P 295).
[208]Eric Loquin, sous l'arrêt *Menicucci,* CA Paris, 13 décembre 1975, J.O. L, 1977, P 106.
[209]Bruno Oppetit, sous l'arrêt *Menicucci,* CA Paris, 13 décembre 1975: Rev. arb., 1977.

350. Dans un positionnement plus flexible à propos du consentement, de l'arbitrabilité du litige, de la capacité et du pouvoir de conclure la clause, M. Gaillard considère que les difficultés évoquées à propos de ces points légales peuvent être résolus par référence seulement aux exigences de l'ordre public international[210] sans aucun besoin de recours à une quelconque loi étatique.

351. D'ailleurs, la jurisprudence Française a consacré deux limites majeures à l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique. Ces deux limites seront interprétées ultérieurement[211].

B- La reconnaissance de l'autonomie de rattachement

352. La France a reconnue d'une façon expresse tous les développements précédents. Nous allons chercher dans le suivant la place de cette solution française en droit comparé (1). Néanmoins d'autres législations dans certains états illustrent des tendances en faveur de la reconnaissance d'une règle matérielle au niveau de la pratique arbitrale (2).

1- La solution française

353. La jurisprudence française n'est pas riche en la matière, mais dans certains arrêts rendus par la jurisprudence française méritent que l'on s'attarde un peu sur chacun (a). et par la suite l'étendue de la solution française ainsi dégagée en droit comparé (b).

[210]Emmanuel Gaillard, sous l'arrêt « *Dalico* » précité.
[211] Voir en détail infra page 161 et Suivantes.

a- Apparition de la solution française

354. Plusieurs pays européens ont consacré l'autonomie de la clause compromissoire avant que la France le faisait. Mais depuis la France a fait évoluer ce principe d'une façon rapide dépassant ainsi le stade parvenu par d'autres pays européens comme l'Allemagne, la Hollande ou l'Italie.

355. La Cour de cassation en 1963 dans l'arrêt « Gosset » avait effectivement consacré l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard du contrat principal qui la contenait[212] cela suite aux recommandations du premier Congrès international de l'arbitrage[213]. La jurisprudence France en 1972 dans l'arrêt *Hecht* [214] dans lequel elle valide en effet une clause compromissoire insérée dans un acte mixte, alors qu'elle était nulle au regard de la loi française à laquelle les juges du fond l'avait estimée soumise, au motif « *qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire présente une complète autonomie* ». Cet arrêt faisait le pionnier dans la consécration du principe de l'autonomie de la clause compromissoire.

356. Néanmoins, l'arrêt *Hecht* avait induit une perturbation dans la doctrine. M. Level évoquait une « *prudence génératrice d'équivoque* »[215] alors que M. Oppetit lui reprochait son « *laconisme »*[216] *;* enfin, M. Loquin la qualifiait de « *lapidaire* »[217]. Mais tous s'accordaient à découvrir dans cette décision un

[212]Cassation civile, chambre 1ère, le 7 mai 1963, *Gosset,* I.C.P., 1963, IL 13405, note B. Goldman .Rev. crit., 1963, p 615,
note H. Motulsky
[213]Travaux du premier Congrès international de l'arbitrage, Rev. arb., 1961, P 37, avec l'article de F-E. Klein: « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire - Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal », p 48.
[214]Cassation civile, 4 juillet 1972, *Hecht,* J.D.I., 1972, P 843, note B. Oppetit; Rev. crit., 1974, p 82, note P. Level ; Rev. arb., 1974, P 89,
[215]P. Level, sous l'arrêt *Hecht,* note précitée
[216]B. Oppetit, sous l'arrêt *Menicucci,* note précitée.
[217]E. Loquin, sous l'arrêt *Menicucci,* CA Paris, 13 décembre 1975, J.D. I, 1977, P 106.

arrêt de principe inaugurant l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de tout droit national.

357. La Cour d'Appel de Paris a rendu l'arrêt *Menicucci* [218] qui a confirmé tous les dispositions de l'arrêt « Hecht » mais avec une interprétation très limpide et explicative en déclarant que : «*Compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique* ».

358. La Cour de cassation française en 1993 a couronné les solutions rendues par la jurisprudence française sur le problème d'autonomie par rapport à toute loi étatique, par l'arrêt dans l'affaire *Dalico*[219] dont ses expressions sont sculptées minutieusement. Chaque mot de l'attendu de principe doit être prise en considération sur le plan juridique :

« Attendu qu'en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».

359. Les expressions rendues dans cet arrêt comportent quatre aspects du principe d'autonomie de la clause compromissoire :

[218]Cour d'Appel de Paris, 13 décembre 1975, *Menicucci,* Rev. crit., 1976, p 507, note B. Oppetit; Rev. Arb , 1977, p 147, note Ph. Fouchard, J.D.I., 1977, P 106, note E. Loquin.
[219] Cassation civil, 1ère chambre, 20 décembre 1993, *Dalico,* Rev. Arb., 1994, p 116, note H. Gaudemet-Tallon; J.D.I., 1994, P 432, note E. Gaillard; R.T.D. com, 1994, p 254, note J.-C. Dubarry et E. Loquin

1- En premier sa nature : la Cour consacre une règle matérielle de droit international de l'arbitrage.

2- En second son contenu : il s'agit d'une autonomie double, d'une part l'autonomie par rapport au contrat principal et d'autre part l'autonomie à l'égard de toute loi étatique.

3- les limites : ce principe d'autonomie se heurte par l'obligation de respecter l'ordre public international français et international.

4- Le respect de la volonté des parties contractantes sur le choix de la loi applicable.

360. Un large courant doctrinal considère que la Cour de cassation n'avait pas l'intention d'aller aussi loin dans l'attendu de cet arrêt et d'imposer ainsi une règle universelle ainsi que cette doctrine se demande si d'ailleurs la cour de cassation possède cette compétence de rendre ces dispositions universelles.

b- Portée de la solution française

361. La jurisprudence française dans l'arrêt Dalico a créé une nouvelle solution en substituant la règle traditionnelle de conflits des lois par une règle matérielle concernant le principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Cette nouvelle solution jurisprudentielle française adoptée en France nous laisse en confusion sur son étendu, elle engage la France elle seule ou a-t-elle une valeur universelle. Dans un autre sens cette règle matérielle, fruit de la jurisprudence française, constitue-t-elle en pratique une « *règle de véritable droit international* » ou justement simplement une règle matérielle propre et constitue une partie intégrante de l'ordre juridique français.

362. le style général des expressions rendu dans cet arrêt par la Cour de cassation laisse un grand doute sur l'étendu de cette solution. Dans un commentaire sur l'arrêt « Dalico », M. Loquin a considéré que : « *La formulation de l'arrêt laisse en effet entendre que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire qui fonde sa validité serait extérieur à l'ordre juridique français…… le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est une règle appartenant au droit international de l'arbitrage, et non pas au droit français de l'arbitrage international* ».

M. Loquin affirme sur le caractère international du principe de la règle matérielle par la justification que le droit international de l'arbitrage ne peut appartenir à l'ordre juridique français pour les raisons suivantes : « *Cet ordre juridique peut s'opposer à son application au nom de l'ordre public international, et dès lors que les lois de police françaises peuvent interférer dans son application »*[220]. Aussi cet auteur va évoquer la possibilité de l'ancienne notion « *droit transnational de l'arbitrage appartenant à la lex mercatoria».*

363. Selon M. Goldman[221], lors de son commentaire sous l'arrêt « *Hecht » a évoque* la consécration d' « *une règle de véritable droit international, largement accueillie pour les besoins du commerce international, par les nations qui y sont engagées* ». Cet auteur défendeur de la théorie « lex mercatoria » avait inclut la règle matérielle dégagée par la Cour française dans la l*ex mercatoria* qui constitue un ordre juridique d'utilisation propre aux litiges dérivants du commerce international.

[220]Eric Loquin, sous l'arrêt *Dalico*, note précitée.
[221]B. Goldman, sous l'arrêt *Hecht,* Cassation civile ,1ère chambre, le 4 juillet 1972. J.C.P.. 1972, no 16927.

364. Une autre problématique se voit dans cette théorie du fait que la lex Mercatoria constitue-t-elle une source extrinsèque ou intrinsèque à l'ordre juridique français? Dans l'hypothèse où elle constitue une source incorporée dans l'ordre juridique française, cela signifie que le principe d'autonomie serait « nationalisé » et acquerrait alors une positivité dans le droit français de l'arbitrage international. Par conséquence, chaque Etat aura ainsi la faculté de « *déclarer unilatéralement l'insertion d'un principe dans l'ordre juridique international. Tel que l'Etat français le conçoit* », donc il va de mieux de parler alors de « *règles de droit international étatique »*[222].

365. Certaine doctrine considère que la règle matérielle dégagée par la Cour de cassation française ne forme qu'une simple règle et purement française.

366. Selon Mme Gaudemet-Tallon, la Cour de cassation dans l'arrêt « Dalico » fait seulement référence au « droit international de l'arbitrage » ce qui diffère totalement du « droit français de l'arbitrage international ». cet auteur ajoute en rendant son interprétation définitive lorsqu'elle considère que : « *cette juridiction n'avait pas compétence pour poser une règle universelle, totalement a-nationale* »[223].

367. Dans le même sens juridique et esprit analytique, M. Gaillard a évoqué une interprétation proche de Mme Gaudemet-Tallon mais avec une autre version lorsqu'il estime « *qu'il n'a jamais été question pour la jurisprudence française de prétendre dégager une véritable règle supranationale* »[224].

[222]Ph. Francescakis, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation », Revue Arbitrale, 1974, p 67.
[223]Hélène Gaudemet-Tallon, sous l'arrêt *Dalico,* note précitée.
[224]Emmanuel Gaillard sous l'arrêt *Dalico,* note précitée.

368. Trois arguments vont acheminer dans ce sens[225] :

1- Certains auteurs ont contesté l'existence d'un droit transnational pour régir les rapports entre personnes privées

2- La règle matérielle qui implique la validité de la clause compromissoire par référence ne peut faire l'unanimité en droit comparé.

3- C'est difficile à imaginer que le droit français de l'arbitrage international contienne des lacunes qui pourraient être comblées en recourant à un supposé droit transnational.

369. En résumé, les différentes argumentations nous amènent à croire que la règle matérielle dégagée de la jurisprudence française est une règle de droit français à portée internationale[226]. D'ailleurs certains auteurs comme M.M. Gravel et Peterson ont évoqué que la cour de cassation a introduit dans l'arrêt « Dalico » une nouvelle perception « *a new rule of French law*»[227].

370. Néanmoins, dans tous les cas et même si cette règle matérielle est considérée comme règle française, cela n'empêche pas que cette règle matérielle soit admise et adoptée par d'autres Etats.

2- Reconnaissance timide du principe dans d'autres systèmes juridiques

371. Certains pays n'ont pas donné un cadre propre aux dispositifs de la règle matérielle mais ils ont combiné dans leur législation nationale les règles matérielles avec les règles de conflit (a). Par contre la solution française dégagée de la jurisprudence a été consacrée au niveau international par la pratique arbitrale dans plusieurs sentences (b).

[225]Pierre Mayer sous l'arrêt *Dalico.* Note précitée

[226]Voir notamment les débats dans: Trav. Com.fr.dr. int. pro, 1991-1992. p 75 So, et spécialement les arguments développés par M. Mayer (p 111), Mme Toubiana (p 115) et M. Fouchard (p 117).

[227]S. Gravel &P. Peterson, « French Law and Arbitration Clause», R.D. McGill, 1992, p 511 S., (spéc.P 521).

a- Au niveau des législations étatiques

372. Des nombreuses législations étatiques utilisent toujours dans leur application sur la clause compromissoire la règle traditionnelle de conflits des lois en essayant de déterminer en fonction des facteurs de lien approprié la loi étatique applicable à la situation. Donc la validité de la clause compromissoire est connectée aux dispositions de cette loi ainsi désignée.

373. Néanmoins, les deux législations, Suisse et Algérienne, marquent certaines exceptions à cause de leur similitude aux législations françaises et du fait qu'elles tournent aussi dans son esprit. En effet, le législateur de ces deux pays a pris en considération la règle matérielle même s'il la combine néanmoins à des règles de conflit.

374. En révisant l'article 178, § 2 de la loi suisse sur le droit international privé de 1987, on constate qu'il décrit les conditions pour la validité de la convention d'arbitrage : «*quant au fond …. Si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse »*.

375. De même, le droit algérien dans un décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993 [228] spécialement dans l'article 458 bis1, alinéa 3, du nouveau du Code de procédure civile a adopté les mêmes expressions de la loi suisse pour aborder une solution similaire : « *Quant au fond, elle est valable si elle répond*

[228]Décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993, Revue arbitrale, 1993, P 479.

aux conditions que posent, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit algérien. »

376. Selon M. Gaillard dans son commentaire tenant les deux articles des législations précitées : « …. *Ainsi, dans ces deux Etats, le juge saisi peut faire application, comme le juge français, des dispositions matérielles de sa propre loi - le cas échéant adaptée au caractère international de la situation - mais il peut également valider la convention au fond par application de la loi choisie par les parties ou du droit régissant le fond du litige »*[229] .

377. Si dans toutes les législations, l'intention est d'assurer une protection à la convention d'arbitrage. D'ailleurs le phénomène de combiner la règle matérielle et la règle conflictuelle traditionnelle *in favorem validitatis* permettra d'accroitre la possibilité de valider au fond cette convention arbitrale, Ce qui a poussé la doctrine algérienne à demander l'adoption de la solution française en sens de favoriser la dénationalisation de l'arbitrage international. Concernant ce sujet, M. Issad[230] dans son commentaire concernant la promulgation de la nouvelle législation portant sur l'arbitrage international a évoqué que : « *Plutôt alors que d'obliger l'arbitre à partir à la recherche d'un droit qui valide parmi les quatre ou cinq que lui propose le droit algérien, on peut se demander s'il n'aurait pas mieux valu faire un pas de plus dans l'indépendance de la convention d'arbitrage et la détacher de toute loi nationale, pour peu que son existence soit certaine et dans la seule limite de l'ordre public international* ».

[229]Emmanuel Gaillard, sous l'arrêt *Dalico,* note précitée
[230]M. Issad, « Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », Revue arbitrale, 1993, P 377.

378. Notant que la France a adhère à la convention de New York[231], ce qui pose la doute sur l'application ou non de la France du principe *in favorem validitatis.* La convention de New York dans l'article V, § 1 (a) estime que : « 1- *La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou ».* Par conséquence, cette convention prévoit que la reconnaissance lors d'exécuter une sentence étrangère doit être refusée si la convention d'arbitrage est réputée non valable «en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi où la sentence a été rendue».

379. Cette interprétation amène à croire de première vue, qu'en appliquant l'article V§ 1 (a) de la convention de New York, l'une de ces deux lois permet de rendre valide une convention arbitrale nulle en vertu des règles matérielles du français, mais selon M. Gaillard[232] qui a évoqué : « *Il y a tout lieu de penser que les principes élémentaires de justice au regard desquels la convention d'arbitrage international doit être appréciée par un juge français constituent à la fois le minimum et le maximum de libéralisme que le droit français peut tolérer et qu'il n y a donc pas lieu de compliquer. En termes de rattachements*

[231]Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Les grandes nations commerçantes sont devenues parties à cette convention : Etats-Unis, Russie, Japon, *France*, Suisse, Allemagne. Canada, Royaume-Uni; ainsi que certains pays d'Afrique et d'Amérique Latine.

[232]Emmanuel Gaillard, sous l'arrêt *Dalico,* note précitée.

alternatifs, la formulation de la règle posée de manière claire par la Cour de cassation dans l'arrêt Dalico ». Donc selon cet auteur cette interprétation ne peut être expliquée que par l'ordre public d'éviction

b- Au niveau non étatique

380. La Convention de New York dans son article II § 3 dispose que « *Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».* Cet article a été commenté par la doctrine, selon M. Loquin qui a évoqué, dans la pratique arbitrale, que « *le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est depuis longtemps appliqué par les sentences arbitrales, dans tous ses développements, au titre de la lex mercatoria*»[233]. Alors que M. Dimolitsa[234] a conclu que « *peut être vu comme laissant une marge de liberté à la théorie de l'autonomie complète de la convention d'arbitrage, c'est à dire l'autonomie par rapport à toute loi étatique, puisqu'il n'impose pas au juge de suivre un procédé conflictuel afin d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage* ».

381. Dans une explication un peu différente, M. Derains[235] affirme qu'il y a une similitude, dans l'évolution plus affirmée concernant l'autonomie de la convention d'arbitrage, entre des décisions arbitrales et celle de la jurisprudence française. Cet auteur a conclu dans son interprétation que « *le*

[233]Eric Loquin sous l'arrêt *Dalico,* note précitée.
[234]Antonias Dimolitsa « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz », Revue arbitrale, 1998, P 305.
[235]Yves Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale», J.D.I., 1993, P 829.

pouvoir des parties de soumettre leur convention à des normes a-nationales est de moins en moins contesté ».

382. Néanmoins, en examinant certains sentences arbitrales, les arbitres préfèrent de ne pas soumettre la convention d'arbitrage à l'article 8 (3) du Règlement de la CCI mais de lui appliquer les principes généraux du droit ou bien les usages du commerce international. Ainsi dans une pratique arbitrale très explicite on examine les sentences suivantes :

1- la sentence no 5065 rendue à Paris en 1986[236]:
« *Quand l'existence même de la convention est en jeu, alors que le prétendu contrat est à tout point de vue un contrat international, qu'aucune question de capacité des parties n'est en cause et qu'en plus les parties ont délibérément omis de choisir le droit applicable au contrat, le droit le plus approprié pour régir la question de l'existence de la convention est celui du droit et des usages acceptés dans le commerce international* ».

2- la sentence rendue en Suisse en 1990[237] :
« *L'autonomie de la clause d'arbitrage, largement reconnue aujourd'hui, justifie cette référence à une règle non étatique déduite des seuls usages du commerce international*». Notant que dans ce litige l'application de la *lex mercatoria* faisait une matière litigieuse en elle-même.

383. En droit arbitrale international la jurisprudence se trouve limiter dans la désignation de la loi applicable à la convention d'arbitrage dans soit que le

[236] J.D.I., 1987, P 1039.
[237]J.D.I., 1990, P 1020

droit du contrat droit du lieu de l'arbitrage, volonté des parties et normes a-nationales. Dans cet orientation jurisprudentiel M.Derains va conclure que : « *...Seule la dernière correspond aux besoins réels des opérateurs du commerce international qui n'envisagent pas, lorsqu'ils décident de soumettre des litiges à venir à l'arbitrage que la validité et la portée de leur accord puissent être subordonnées aux exigences d'un droit étatique ».*[238]

384. L'expression adoptée par M. Loquin pour caractériser l'étendu de la portée donnée au principe de l'autonomie de la clause compromissoire est la suivante : « *irrésistible extension du principe de l'autonomie de la clause compromissoire* ». Par conséquence, dès lors qu'on va admettre le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, ce fût au tour de l'autonomie vis à vis de toute loi étatique de faire son apparition et d'agiter la doctrine.

385. La cour de cassation française a confirmé à maintes reprises ce courant jurisprudentiel. Dans un arrêt en 2004, la cour de cassation a repris mot à mot la formule habituelle adopte depuis l'arrêt « Dalico » en énonçant que *«en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique»*[239].

[238] Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale», J.D.I, 1993, P 829.
[239] Cour de cassation civile, 1ere chambre, le 30 mars 2004, *Sté Uni-kod cl Sté* Ouralkali*, N°* 01-14.311, Publié au bulletin Voir le commentaire d'Éric Loquin, op. cit., note 181, p. 443.

Dans son commentaire sur cet arrêt M. Dimolista constate que la jurisprudence française semble être *«la seule à parcourir sans entrave cette voie»*[240]*, par contre* il existe autres ordres juridiques étatiques sont encore attachés à la méthode conflictuelle traditionnelle pour déterminer l'existence et la validité de la clause compromissoire.

386. En définitive, la jurisprudence française consacre de plus en plus pleinement l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique. Le parcourt de la jurisprudence française apprécie l'existence et la validité de la clause compromissoire en vertu d'une règle matérielle de portée générale où l'ordre public est l'unique cause de nullité de la convention.

C- Articulation de l'autonomie de la clause compromissoire avec le principe compétence-compétence

387. Largement reconnu en droit arbitral national et international et parait faire l'unanimité, l'admission du principe compétence-compétence signifie la compétence des arbitres pour connaître de leur propre compétence mais ce principe dissimule en réalité de profondes divergences en droit comparé surtout en ce qui concerne son effet négatif. La convention d'arbitrage, elle-même comporte un double effet: positif et négatif. La compétence-compétence prolonge chacun de ces deux effets lorsque l'existence et la validité de la convention d'arbitrage sont contestées.

388. Dans son effet positif, le principe compétence-compétence permet aux arbitres, qui estiment que la convention d'arbitrage n'existe pas ou ne couvre

[240] Antonias Dimolista , *op. cit.,* note 12, p. 320.

pas la matière litigieuse de rendre une sentence dans ce sens ou, dans le cas contraire affirmer leur compétence dans le dispositif de la sentence.

389. Dans son effet négatif, ledit principe prolonge l'effet négatif de la convention d'arbitrage en interdisant aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, au cas où celle-ci, du moins en apparence existe et couvre la matière litigieuse.

1- Signification du principe Compétence- Compétence

390. Le principe compétence-compétence signifie que les arbitres ont le pouvoir de statuer sur leur propre compétence lorsque cette compétence est contestée devant un juge étatique et, dans ce cas, les arbitres tranchent la question de compétence sans besoin de surseoir sur le fond du litige. Ce principe se présente généralement sous ses deux effets : positif et négatif.

391. Sous son effet positif, le principe reconnaît à l'arbitre, en cas de contestation, le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, donc les dispositions de l'effet positif concernent uniquement l'arbitre. Quant à l'effet négatif, il interdit à la juridiction étatique saisie d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage de statuer sur sa propre compétence avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur l'existence, la validité et la portée de cette convention, donc les dispositions de l'effet négatif concernent uniquement la juridiction étatique.

392. Néanmoins, Le principe de compétence-compétence, sous ses deux aspects positif et négatif, n'est cependant pas absolu et il faut au préalable délimiter ses fondements avant de décrire ses limites.

a- Fondement de l'effet positif du principe.

393. Certaines doctrines considèrent que la justification de ce principe est d'abord pragmatique[241], elle repose essentiellement sur un souci d'efficacité permettant d'éviter toute tentative de retardement affectant le processus de l'arbitrage donc son objectif primordial est de faire échec aux manœuvres dilatoires éventuelles. Elle repose aussi sur des considérations théoriques telles que : éviter *le néant*[242], échapper au *cercle vicieux*[243] ou à cette *impasse logique*[244] ; *se fonder sur une règle qui ne doit rien à la volonté des parties*[245].

394. M. Marquis affirme que, *«on aperçoit au simple coup d'œil l'écueil sur lequel risque de s'abîmer l'arbitrage: il suffira à une partie d'invoquer l'inexistence ou l'invalidité de la convention d'arbitrage pour paralyser les procédures, ou, plus globalement, afin de nier toute légitimité à l'arbitre »*[246]. Donc l'objectif de ce principe est d'imposer aux parties l'obligation de ne pas se prévaloir de l'inexistence ou prétendre le défaut de validité de la clause compromissoire qui fondent la compétence de l'arbitre pour se soustraire à l'arbitrage.

---

[241]Blanchin, C., op.cit., note 81 p35 ; Gaillard, E, op. cit. Note 190 p.388 ; Fouchard .Ph « la nullité manifeste de la clause compromissoire, limite a la compétence - compétence de l'arbitre » note sous cassation civil, 1ere ch. 1 decembre1999, revue arbitrale 2000, N° 1 p 98-99

[242]Louis *Marquis*., « La compétence arbitrale: une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire »(1990)

[243]Mayer, P., "L'autonomie de l'arbitre international pour statuer sur sa propre compétence » Rec. Cours La Haye 1989 t ; 217, p.333

[244]Antonias Dimolitsa « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz », Revu arbitrale 1998, P 305.

[245]Gaillard, E., « l'effet négatif de la compétence-compétence », Etudes et procédure et de l'Arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, publ. Fac. Droit Univ. Lausanne, ed. Haldy, Rapp et Ferrari, 1999, p.389.

[246] Louis *Marquis*, op.cit, p. 313, 315 et 316.

395. En France, le principe est consacré depuis longtemps dans l'article 1466 de l'ancien Code de procédure civile qui disposait que *«si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou dans son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ».* Notant que ces mêmes dispositions s'appliquent en cas d'un arbitrage international soumis à la loi française. Ce principe est aussi consacré dans la jurisprudence française. Il a été déjà consacré par la cour de cassation dans un arrêt du 22 février 1949[247] et après quelques hésitations dans les années cinquante, il est devenu un principe incontestable en droit positif[248]. Dans un arrêt en 2004 la plus haute juridiction dispose: *« En déclarant compétente une juridiction étatique sans relever, alors que l'une des parties la contestait, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle au principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, une cour d'appel ne donne pas une base légale à sa décision»*[249]

396. Il suffit aussi de se référer au règlement d'arbitrage de la CCI (art. 6, par.2) ou de la CNUDCI (art. 21, §1) pour réaffirmer la reconnaissance du principe, quoique ceci n'ajoute rien au fondement du principe.

[247] J.C.P., 1949 II 4899, obs. Motulsky.
[248] GAILLARD Emmanuel, *op. cit.,* note 245
[249] Cour de cassation Civil, 1ere chambre, le 16 novembre 2004, Association Tuv Zertifizierung Gemeinschaft Ev et autres Association *française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance qualité des entreprises,* Revu arbitrale , le 2005, N 3, p. 673, note J-B. RACINE.

397. L'effet positif du principe de la compétence-compétence mène à deux conséquences : d'une part l'arbitre peut décider de sa propre compétence, d'autre part il n'a pas l'obligation d'interrompre la procédure arbitrale en attendant la décision des juges étatiques sur la question. Notant que par un contrôle ultérieur, les juges étatiques peuvent mettre en échec sa décision de manière subséquente donc il n'a pas le dernier mot.

b- Fondement de l'effet négatif du principe

398. L'effet négatif du principe compétence-compétence consiste à réserver aux arbitres une compétence de priorité, et non pas exclusive, de se prononcer sur leur propre compétence. Cette priorité doit être entendue au sens *chronologique et non-hiérarchique*[250].

399. La notion de priorité est peu reconnue dans les différents systèmes juridiques. Ainsi, sous l'action d'une exception d'incompétence ou selon certaines législations par action directe, les juges étatiques conservent le droit d'intervenir pour se prononcer sur la compétence des arbitres, non seulement avant le déclenchement de la procédure arbitrale mais aussi pendant le déroulement de celle-ci[251].

400. Contrairement à l'effet positif du principe, l'effet négatif est controversé en droit comparé et ne trouve pas une consécration dans toutes les législations. Mais avant de se perdre dans les méandres de cette controverse, il convient d'examiner les fondements de ce principe.

---

[250]Fouchard, Ph.. Gaillard, E., Goldman, B., op.cit. Note 245,

[251]Loi belge (art.1679), loi suisse ((art. 7 LDIP) ; loi néerlandaise (art.1022 al.1) ; loi anglaise (Sect. 9.4 Arbitration Act de 1996). En droit conventionnel : la loi-type CNUDCI (art.I8) ; Conv. De NY.(art .II3).

401. En effet, s'il appartient aux tribunaux étatiques de se prononcer sur cette question de compétence, comment peut-on imaginer que les arbitres et les parties elles-mêmes acceptent de poursuivre l'arbitrage avant de connaître l'issue de ce différend[252] ? M. Gaillard a évoqué cette question: *«Comment peut-on imaginer que des arbitres poursuivent sereinement leur mission et se prononcent d'abord sur la compétence, puis, le cas échéant, sur le fond alors que la question de leur compétence doit être tranchée en dehors d'eux et sans même que le juge étatique soit appelé à connaître des motifs qui les conduiront à retenir ou à rejeter leur compétence? C'est cette préoccupation de ne pas perturber le déroulement de l'arbitrage qui fond la règle ...* »[253]

402. Un autre argument en faveur de maintenir l'effet négatif du principe consiste à faire l'économie des moyens et de temps. En effet, ouvrir deux voies parallèles portant sur le même contentieux réalise-t-il une vraie économie[254] ? A ce point ajoute M. Racine[255] une interprétation mais d'une vision peu différente : *« La saisine d'un juge étatique pour apprécier la compétence arbitrale, si elle était admise, conduirait dans une très grande majorité des cas à la reconnaissance de la compétence des arbitres. Il y aurait donc une perte de temps liée à la saisine d'un juge étatique. Mieux vaut faire confiance aux arbitres ».*

[252]V.dans ce sens Gaillard, E., op.cit. note 245.
[253] E. Gaillard, note sous l'arrêt *Dalico,* Cassation civil, 20 décembre 1993, J.D.I., 1994, P.772.
[254]Gaillard, E., note préc 179. L'auteur ajoute :Comment peut-on imaginer que des arbitres poursuivent sereinement leur mission et se prononcent d'abord sur la compétence, puis le cas échéant, sur le fond alors que la question de leur compétence doit être tranchée en dehors d'eux et sans même que le juge étatique soit appelé à connaître des motifs qui les conduiront à retenir ou à rejeter leur compétence ? C'est cette préoccupation de ne pas perturber le déroulement de l'arbitrage qui fonde la règle »
[255]Racine, J-B., "La réaffirmation d'un principe et l'interprétation restrictive des exceptions, note sous Cassation civile ,1ère chambre· le 16 nov.2004 ; Paris 1ère Ch. 30 juin 2004 Revu arbitrale, le 2005,Nº2,p/673

403. Notant que l'effet négatif de la Compétence-Compétence est reconnu comme une particularité française. Cette position atypique de la France a été fortement consacrée par la cour de cassation française dans l'arrêt *Zanzi*[256]. L'attendu de la Cour de cassation va distinguer entre la notion de procédure et celle du fond. La notion procédural consiste dans le fait que « *la juridiction étatique est incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la clause d'arbitrage* ». D'ailleurs, la décision arbitrale n'est pas irréversible: elle pourra être ultérieurement soit confirmée ou annulée par les juges étatiques. Alors que la notion du fond réside dans le fait que, les juges étatiques doivent se déclarer incompétents si le tribunal arbitral a déjà été saisi. Notant que la doctrine semble admettre que le tribunal est considéré saisi lorsque les arbitres ont accepté leur mission.

404. La France est plus avancée sur cette question, elle a reconnu que même si les arbitres n'ont pas encore été saisis, les juges doivent impérativement se déclarer incompétents, sauf si la convention d'arbitrage est « manifestement nulle ». Cette dernière notion doit être évaluée d'une façon délicate et minutieuse, en ce sens M. Fouchard[257] affirme qu'il doit s'agir d'une nullité « *évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute* ».

405. Pour mieux se positionner sur l'effet négatif de ce principe, il est évident de s'arrêter sur les différentes opinions en droit positif interne (b-1), en droit comparé qui y sont favorables (b-2) ainsi que les droits hostiles (b-3).

---

[256] Cour de cassation civil, 1ere chambre, 5 janvier 1999, *Zanzi,* Revue arbitrale 1999, P 260, note Ph. Fouchard. *« En vertu de la règle de compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de se prononcer sur la validité de son investiture, et la clause compromissoire est valable, dans l'ordre international, indépendamment de toute commercialité au sens du droit interne français. Il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la clause compromissoire, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international »*

[257] Ph. Fouchard, note sous l'arrêt *Zanzi,* note précitée.

b-1 Divergences sur la consécration de l'effet négatif du principe en droit positif interne

406. Le problème a été bien défini dans les propos de M. Gaillard *« La question est de savoir si les juridictions saisies d'un litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage doivent, en cas de contestation, vider immédiatement le contentieux de la validité et de l'étendu de cette convention ou s'en tenir à la constatation de l'existence et de la validité et de l'étendu de cette convention d'arbitrage pour s'abstenir de connaître du litige en attendant que les arbitres eux-mêmes aient pu se prononcer sur leur propre compétence sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation »*[258].

407. Notant que le droit français accepte depuis longtemps l'effet négatif de compétence-compétence[259]. Cette position avait été consacrée avant la réforme du droit de l'arbitrage en 1980-81 par la Cour d'appel de Paris le 9 mars 1972, confirmant la décision du tribunal de 1ère instance. La Cour de cassation[260] l'a encore confirmé à nouveau par un arrêt plus récent le 5 janvier 1999, censurant l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux pour violation du principe compétence-compétence : *« La Cour d'appel qui n'était pas saisie du litige soumis au tribunal arbitral (...) devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence ».*

[258]Gaillard, E., op.cit, note 245.
[259]Idem
[260] Cour de cassation Civile, le 5 janvier 1999, Marco Zanzi c/ de Coninck, nº de pourvoi 96-2 1.430, inédit

408. Dans le même sens la Cour de cassation affirme dans l'arrêt Coprodag[261] que : « *le Président du Tribunal de grande instance ne peut déclarer n'y avoir lieu à désignation des arbitres en raison de la nullité manifeste de la clause compromissoire que s'il est saisi d'une difficulté de constitution du tribunal arbitral ; que celui-ci est seul compétent, lorsqu'il est saisi, pour statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ».

409. Par conséquence, lorsque le différend n'a pas été porté déjà devant un tribunal arbitral, les juridictions étatiques qui saisies du fond en dépit de l'existence d'une clause compromissoire se trouvent obliger de se déclarer incompétentes « ***à moins que la clause ne soit manifestement nulle***[262] **».**

410. En France, une clarification écrite dans le décret de 13 janvier 2011 consacrant ainsi l'effet négatif du principe compétence-compétence**.** Il apparaît que le décret de 2011 a clarifié l'effet négatif du principe de compétence-compétence, principe auparavant énoncé à l'ancien article 1458 CPC et désormais prévu à l'article 1448[263]. Dans son effet négatif, ce principe impose à la juridiction étatique qui aurait pu être compétente en l'absence de convention d'arbitrage de donner priorité au tribunal arbitral dès qu'il existe *prima facie* une convention arbitrage ou qu'une procédure arbitrale est en cours. Par conséquence, la juridiction étatique va se déclarer incompétente dès lors si une partie au contrat principal prétend la soumission du litige à la juridiction étatique en retranchant ainsi la compétence arbitrale. De même,

[261] Cour de Cassation civile, 2ème Chambre, du 10 mai 1995, nº de pourvoi 93-12.676, Publié au bulletin, Revue arbitrale 1995, p. 617, note E. GAILLARD

[262] Cour d'Appel de Paris, le 7 déc.1994, Revue arbitrale 1996, p.245, note C. Jarrosson.

[263] Article 1448 CPC : 1- Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. 2- La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. 3- Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

dans son effet positif, ce principe permet à l'arbitre de poursuivre sa mission lorsque sa compétence fait l'objet de contestations.

411. En réalité, une première exception à ce principe existait avant le décret de 2011, le cas où la convention d'arbitrage est *manifestement nulle*. Une seconde exception se trouve dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage *est manifestement inapplicable.*

412. Ces deux exceptions ne sont qu'une simple retranscription dans le Code des Procédures Civils des exceptions déjà dégagées de la jurisprudence et non pas une innovation propre du législateur, contribuant ainsi à une meilleure clarification du droit de l'arbitrage français. En effet, la cour de cassation civile en 2001 dans l'arrêt *Quarto Children*[264] avait énoncé « *qu'en vertu du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, la juridiction de l'État saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* ».

413. Pour enlever toute ambiguïté, La jurisprudence Française considère à titre explicatif que la notion de l'inapplicabilité manifeste signifie qu'au cas où le contrat objet de l'arbitrage était manifestement hors du champ d'application de la convention d'arbitrage international.

b-2 En droit comparé : les droits favorables à l'effet négatif du principe

[264]Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 16 octobre 2001, Revue arbitrale 2002/ 919, note D. Cohen

414. Un passage rapide sur le droit positif interne des différents pays nous révèle l'existence de divergences assez sensibles sur la portée de l'effet négatif du principe compétence-compétence

b-2-1 <u>En droit Suisse</u>

415. L'article 7 de la LDIP, reprenant la formule de l'article 1 para.3 de la Convention de New York de 1958, stipule que « *si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitrable, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que … le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».*

416. Ce texte semble limiter l'application dudit article 7 au cas où le tribunal arbitral a son siège en Suisse. Ceci et regrettable, mais heureusement qu'une initiative parlementaire, concernant la modification de l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), veut élargir la portée de l'article 7 et l'appliquer *sans égard au siège de l'arbitrage.*

b-2-2 <u>En droit anglais</u>

417. L'*Arbitration Act* de 1996 (dans la Section 32.2b) dispose que les juridictions étatiques ne peuvent se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral avant que celui-ci ne se soit prononcé sur la question, qu'avec l'accord écrit de toutes les parties ou, si les parties divergent sur ce point, avec la permission du tribunal arbitral. Cette compétence, d'après le texte, est également subordonnée que la décision de vider la question à ce stade soit de nature à faire réaliser aux parties des économies substantielles, que la

demande soit formée rapidement et qu'il y ait des raisons sérieuses que les tribunaux étatiques en connaissent.

b-3 Les droits hostiles à l'effet négatif de la compétence-compétence

b-3-1 Le droit allemand

418. A la suite de la réforme du 22 décembre 1998, le législateur allemand démarre de l'article 8 de la loi-type de la CNUDCI pour ajouter un deuxième paragraphe aux dispositifs de l'article 1032 du ZPO en disposant qu' « *avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d'une action afin de voir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage ».*

419. Lorsque le tribunal arbitral aura été constitué, il lui appartiendra de se prononcer sur sa propre compétence, à l'exclusion des juridictions étatiques, à moins que celles-ci n'estiment la convention d'arbitrage « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* ».

b-3-2 Le droit américain

420. La position du droit américain par rapport au principe compétence-compétence est difficile à déterminer en raison de la multiplicité des juridictions étatiques susceptibles de se prononcer sur la matière.

La perte d'énergie et le risque de perturbation du fonctionnement de l'arbitrage sont encore plus graves dans ce système puisque les juridictions américaines sont inclines à raisonner en termes de loi applicable à la convention d'arbitrage et soumettent souvent celle-ci à la loi choisie par les parties pour régler le contrat de fond, sans se soucier du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, avec tous les inconvénients d'un tel mécanisme

procédural lourd et onéreux à comparer aux systèmes qui adoptent le contrôle *prima faci*e de la convention d'arbitrage avant de renvoyer la matière aux arbitres chargés de statuer la dessus mais cette décision reste soumise au contrôle ultérieur des juridictions étatiques.

2- Interaction entre les principes d'autonomie de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence

421. Il existe certes un lien évident entre ces deux principes qui présentent certains points communs (a) et pourtant il ne faut pas les confondre (b).

a- Les points communs entre les deux principes

422. On peut signaler la présence de trois points communs :

i - A certains égards, le fondement des deux principes repose sur le principe de l'autonomie de la volonté. En effet, l'autonomie de la convention d'arbitrage est le produit de la volonté des parties contractantes qui sont, du moins, présumées vouloir traiter d'une manière différente la clause compromissoire, ou le compromis, et le contrat principal lorsque celui-ci est atteint par les causes de nullités.

Il en est de même du principe compétence-compétence dont le fondement repose aussi sur la volonté des parties de *« faire échapper leurs différents à toute juridiction étatique et les confier à un arbitre, et ce y compris les questions relatives à la compétence* [265] ».

ii - Les deux principes concernent le pouvoir juridictionnel de l'arbitre : L'autonomie assure la survie de la convention d'arbitrage pour qu'elle puisse

[265]Poudret J-F et Besson S, Droit comparé de l'arbitrage commercial international, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p.136

mettre en œuvre la procédure arbitrale et ainsi mettre en jeu le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. La compétence-compétence touche également le pouvoir juridictionnel de l'arbitre qui ne peut remplir la mission similaire à celle d'un juge étatique que par le biais de ce principe.

iii - La finalité des deux principes est la même puisque les deux tendent à assurer l'efficacité maximale de la convention arbitrale donc *«L'émancipation de l'arbitrage à l'égard d'une emprise étatique»*[266]. Par conséquence, ils permettent en priori de faire face à d'éventuelles manœuvres dilatoires de la partie qui souhaite échapper à l'arbitrage.

423. Le principe d'autonomie, dans ses deux aspects, aboutit à la même finalité de protéger la clause compromissoire. Néanmoins, La séparabilité de la clause compromissoire permet de dissocier le sort du contrat principal de celui de la convention d'arbitrage dès lors que la validité de ce dernier est contestée. Alors que faire échapper la convention d'arbitrage à toute loi étatique, la complète autonomie permet de faire la validation de la clause compromissoire indépendamment de l'argument tiré de la prohibition d'une loi nationale quelconque.

424. Ces points communs et bien d'autres contribuent à la confusion entre ces deux principes, et pourtant il y a des raisons sérieuses impliquent la nécessité de les distinguer pour éviter cette confusion. Pourtant deux facteurs existants brisent ces liens pour aboutir à une distinction claire entre ces deux principes.

[266] BLANCHIN. C, *op. cit.*

b- La nécessité de distinguer les deux principes

425. Bien que les deux principes possèdent un certain parallélisme dans leur finalité, et la détermination du pouvoir de l'arbitre, mais il reste à savoir s'ils forment deux notions indissociables et assimilables. On peut noter deux points sensibles qui marquent la distinction entre ces deux principes.

426. D'une part, par leur nature juridique puisque, comme l'affirme René David[267] : *« Le problème de la compétence-compétence ne pose pas une question d'interprétation de la convention. Il est distinct de celui de l'autonomie de la clause compromissoire avec lequel on est parfois tenté de confondre. Il ne s'agit plus ici de problème de fond de savoir si la convention arbitrale est valable et à quel litige elle s'applique. Le problème qui se pose est maintenant un problème de procédure : il s'agit de savoir si les arbitres eux-mêmes peuvent se prononcer sur les questions de cette nature, dont dépend leur compétence ».*

427. Il y a donc une différence de nature juridique entre les deux règles car l'autonomie de la convention d'arbitrage serait une question de fond, celle de la compétence-compétence serait une question de procédure[268].

Cette différence de nature nécessite un examen séparé de deux notions distinctes, dans leur objet et leur nature, révélateur de l'existence d'un lien qui les rapproche sans pour cela les confondre. En effet, le principe d'autonomie serait nécessaire, dans certains cas, pour la mise en œuvre de la compétence-compétence.

[267]R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economia, 1986 n°.207 et s.
[268]Idem , n°.209

428. D'autre part, l'objet des deux règles ne doit pas être confondu malgré la similitude sur certains points communs.

429. Il est certain que le principe d'autonomie de la clause compromissoire et celui de compétence-compétence dans leur objet concernent tous deux le pouvoir juridictionnel de l'arbitre mais il semble évident que la problématique se rapporte sur des niveaux différents. Bien qu'opérant dans le même domaine, celui du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, M. Dimolitsa estime que les deux principes ont des objets différents « *L'autonomie consiste à voir dans la clause d'arbitrage un contrat différent, séparé du contrat principal, tandis que la compétence-compétence consiste à accorder aux arbitres le pouvoir de juger de leur propre compétence sans obligation de leur part de surseoir à statuer en cas de saisine parallèle d'un juge étatique »*[269]

430. En effet, lorsqu'il est question d'autonomie, il s'agit de savoir si la clause compromissoire survit à un contrat principal atteint de nullité. L'issue du principe d'autonomie de la clause compromissoire stipule la faculté pour l'arbitre de se prononcer sur le fond du litige.

431. En parallèle, le principe compétence-compétence par contre ne soulève qu'une question préalable au règlement du conflit. Il arrache la juridiction étatique le pouvoir de statuer sur un litige et l'autorise à une juridiction arbitrale à se prononcer sur sa compétence à connaître du litige si le tribunal arbitral se déclare compétent. Cette hypothèse reste faisable à condition que

[269] Antonias Dimolitsa « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », Revue. Arbitrale. 1998, P 305.

la décision de compétence ne soit pas annulée par une autre décision subséquente par la juridiction étatique.

432. En Résumé, l'autonomie de la clause compromissoire et le principe compétence-compétence ne sont donc pas totalement indépendantes l'une de l'autre, mais c'est sans aucun doute une erreur de les confondre, du moins dans la mesure où ces deux notions demeurent intrinsèquement différentes, et une double erreur de considérer le rapprochement purement superficiel.

§-2 Les limites au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par l'ordre public international [270] et les lois de police[271].

Ce principe d'autonomie n'est pas absolu mais trouve des limites qu'on va expliquer son fondement (I) et son contenu (II).

I- Le fondement de ces limites

433. En France, La Cour de cassation énonce dans l'arrêt Dalico de 1993 que l'autonomie de la clause compromissoire existe « *sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international* ». la jurisprudence écarte l'approche traditionnelle du conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la clause compromissoire. Par conséquence,

[270] L'ordre public international se définit en droit français comme « les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme dotés de valeur international absolue » (*Cour de cassation, chambre civile du 25 mai 1948 dit arrêt « Lautour »).* Son rôle est principalement d'évincer la loi étrangère désignée par une règle de droit international prive lorsque l'application de cette loi porte atteinte aux valeurs fondamentales du *for* (*Cour de Cassation, L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2013, Paris, La Documentation française, 2014, 764 p. (ISBN* 978-2-11-009603-6*, chap. 3 (« Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français »).*

[271] Le règlement Rome I de juin 2008, l'article 9-1 « ***une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics tels que son organisation politique, sociale ou économique au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs, la loi applicable au contrat d'après le présent règlement*** ».

pour examiner la validité d'une clause compromissoire, il fallait en priori rechercher l'intention commune des parties sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international. le Professeur E. Loquin[272] a mentionné que, l'«*immunisation* » de la clause compromissoire contre toute disposition étatique ne forme pas un statut absolu, par la suite même si elle n'est directement soumise à aucune loi, cela ne signifie pas pour autant qu'elle est exonérée du respect des lois de police et de l'ordre public international.

434. Les « *règles impératives du droit français* » sont évidemment les lois de police françaises. Deux précisions sont indispensables à ce fait pour éclaircir la situation. Du premier, bien que les lois de police françaises soient des lois que le juge français doit appliquer dans un litige international même si la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère. Du second, l'arbitre n'est pas un juge étatique, il ne dépend pas d'un Etat et n'a pas de raison de préférer a priori la loi française à une autre loi.

435. Pour pouvoir appliquer les lois de police françaises par une juridiction arbitrale, il est fort obligatoire de préciser le critère de rattachement de l'arbitrage avec la France. Les facteurs caractéristiques de ce critère résident, d'une part dans le lieu de l'arbitrage et d'autre part dans la loi qui lui est appliquée. L'arbitre serait obligé d'appliquer la loi française dans l'hypothèse où l'arbitrage se déroule en France et est soumis à la loi française. En revanche, si le lieu résidentiel de l'arbitrage est à l'étranger et il est soumis à une loi étrangère, les lois de police françaises n'auront pas à entrer en jeu.

[272] Eric Loquin, note sous l'arrêt « Dalico », JO DI 1994, p. 698

436. Néanmoins, si on évince la méthode conflictuelle traditionnelle, il devient impérial l'impossibilité de mettre en œuvre l'ordre public dont le rôle est de faire obstacle à l'application d'une loi étrangère en France ou des lois de police qui dans certain limite s'imposent et font obstacle à la mise en œuvre de la méthode conflictuelle.

437. L'idée principale consiste dans l'intention de protéger et défendre certains principes fondamentaux de l'ordre juridique français même contre la volonté des parties qui ne peut être qualifié comme absolue et illimitée. Cela signifie que les juridictions étatiques françaises sont dans l'obligation de respecter la volonté des parties dans le but de conserver le fondement et l'efficacité de l'arbitrage. D'autre côté, les parties doivent préserver les limites essentielles qui garantissent la sécurité socio-économique et les intérêts majeurs de l'état. Si le droit étranger est plus contraignant que le droit français, il sera écarté au profit de l'expression de la volonté des parties ; à l'inverse, s'il est plus laxiste, l'ordre public international français fera obstacle à son application[273].

438. Il est donc dans tous les cas, est préférable d'appliquer les conceptions françaises sans détour, celles-ci prenant de plus en plus l'aspect des lois de police qui s'appliquent directement dans l'ordre international.

439. Dans certaines matières juridiques, la méthode conflictuelle ne doit pas disparaître du domaine de la validité de la clause compromissoire. Dans le cas de vérifier la capacité d'une partie pour conclure une telle clause, l'application

[273] Donya Burguet « Dans quelle mesure l'arbitrage international est-il autonome ?

de la loi nationale de la partie sera impérative, ceci conformément à la convention de La Haye qui a exclu impérativement et sans conditions de son champ d'application la liberté de choix de la loi qui régit la capacité des personnes physiques.

440. On peut également s'interroger sur le contenu de ces règles impératives que la Cour de cassation n'a jamais définies. Selon M. Gaudemet-Tallon ces règles pourraient être soit celles relatives à l'arbitrabilité du litige, soit des règles de forme, soit des règles de fond sur les vices du consentement[274]. Il n'en reste pas moins que la question n'a pas été tranchée par la jurisprudence et que ce critère reste très flou, de sorte que la notion « *les circonstances exceptionnelles* » de l'arrêt « *Gosset* » ne constitue pas un obstacle à la juridiction arbitrale de statuer sur sa propre compétence mais elles font obstacle à ce qu'il statue sur le contrat principal. Cependant, ces circonstances sont réellement exceptionnelles et les juridictions arbitrales n'hésitent pas à les écarter. Selon M. Ancel, la violation du principe d'égalité des parties (amiable composition, une partie nomme deux arbitres et l'autre une seule) ou encore la violence (une des parties a été obligée de consentir à la clause compromissoire) peuvent constituer une cause pour l'intervention de l'ordre public international français.

441. La jurisprudence postérieure à l'arrêt « *Dalico* » paraît abandonner la notion de « *règles matérielles* » pour appliquer un droit français spécifique à l'ordre international. Dans certaines décisions, la Cour de cassation[275] déclare valable la clause compromissoire sans se référer à la volonté des parties ni

[274] H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt « *Dalico* », Revue de l'arbitrage 1994, p. 124
[275] Cour de casstion civile, chambre 1ère, « Zanzi », le 5 janvier 1999 ; JO. DI. 1999 p. 784

donner aucune norme de référence : « *Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international…* ».

442. Dans un tel contexte, la clause compromissoire semble devoir toujours être valable, sans reposer sur aucune règle de référence. Dans un arrêt de la Cour de cassation[276], est néanmoins revenue sur la jurisprudence « *Zanzi* » précitée en reprenant l'attendu de principe de l'arrêt « *Dalico* ».

II- Le contenu de ces limites

443. L'ordre public en matière de l'arbitrage commercial international consiste à mettre l'accent sur le point de savoir si un différend peut faire l'objet d'un recours devant un arbitre international. C'est l'ordre public qui constitue le fondement à retenir pour apprécier le caractère arbitrable ou inarbitrable d'un litige.

444. Donc en présence d'une problématique portant sur l'arbitrabilité d'un litige en droit du commerce international, on arrive avant tout à opérer la distinction entre l'arbitrabilité dite ***subjective*** et celle dite ***objective***. Or, l'arbitrabilité subjective ne pose pas problème d'arbitrabilité au sens strict ; il s'agit plutôt d'une question portant sur l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public[277] (A). Pour cette raison, seule l'arbitrabilité objective doit être étudiée essentiellement avec les fonctions de l'ordre public (B).

[276] Cour de cassation civile, chambre 1ère, le 30 mars 2004, Bull. Cass. n°95
[277] Jean-Baptiste racine, «*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*», LGDJ, 1999.P.201

A- Arbitrabilité subjective

445. C'est cette arbitrabilité subjective tient place sur la matière de l'aptitude des Etats et des personnes morales de droit public à compromettre**.** Certaines législations étatiques interdisent encore à ces personnes de droit public de compromettre. C'est le cas du droit français,[278] quoique cette interdiction ne s'applique actuellement qu'en matière d'arbitrage interne.

446. D'autres systèmes juridiques subordonnent la validité des conventions d'arbitrage conclus par l'Etat ou par des personnes morales de droit public à l'obtention de diverses autorisations préalables[279].

447. Dans l'hypothèse d'arbitrage international, la discussion autour de la qualification de l'arbitrabilité devient inutile, En effet, peu importe si l'interdiction de compromettre est une question de capacité ou de pouvoir, pour déterminer si telle ou telle autre loi est applicable, dès lors qu'en matière d'arbitrage international la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à ne pas appliquer l'interdiction de compromettre, même si elle existe en droit interne, à l'arbitrage international ; et quant à la loi applicable, la question a perdu son intérêt puisque la méthode conflictuelle a été abandonnée au profit d'une règle matérielle de droit international privé.

---

[278]Article 2060 Code Civil : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.2-Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »

[279] *L'article 762 du CPC libanais après la réforme par la loi n°440 du 29 juillet 2002 qui a ajouté deux alinéa à cet article, en stipulant expressément qu'il est possible pour l'Etat et les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage sous la condition de l'obtention à cette fin, pour les contrats administratifs d'un décret pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre compétent pour l'Etat, ou de l'autorité de tutelle pour les personnes morales de droit public.*

448. Pour M. Jarrosson, l'arbitrabilité subjective est, en effet, un abus de langage et recouvre une autre notion, qui peut résider soit en une règle de capacité, soit en une règle matérielle relative à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre et qu'en réalité la seule et véritable arbitrabilité est celle dite objective[280].

B- Arbitrabilité objective *(ou rationae materiae)*

1- Rôle de l'ordre public international[281]

449. L'article 2060 du code civil dispose que : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*. »

450. Cet article s'explique en lui-même, L'enseignement qu'on peut tirer de du contenu de cet article est que l'ordre public constitue une limite générale à l'arbitrabilité[282] lorsqu'il énonce que sont exclus de l'arbitrabilité « ***les matières qui intéressent l'ordre public »***. Les avis doctrinaux et jurisprudentiels se sont réunis sur l'idée que le dernier élément cité dans cet article est inutile et redondant[283]. Plusieurs interprétations doctrinales ont expliqué différemment cet article, certains considèrent que cette phrase va interdire définitivement à l'arbitre d'appliquer une règle d'ordre public[284]. Alors que d'autres estiment que le caractère arbitrable d'un litige dépend de

[280] Charles JARROSSON, « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », RJ. Com. 1996. n°1. p. 1.
[281] « Est international l'ordre public qui, par son intervention, écarte l'application d'une loi étrangère contraire à cet ordre public ».
[282] Nicolas NORD, ***op.cit.***, thèse pour le doctorat en droit, 2003. p. 131.
[283] Laurence IDOT, op.cit RJ. Com. 1996. n°3. p. 7.
[284]Pierre MAYER, « Le contrat illicite », Rev. Arb. 1984. p. 207

la matière considérée parce que selon l'article 2059 du code civil, il est interdit de compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition, d'où exclusion de l'arbitrage lorsque les droits concernés ne sont pas disponibles[285].

451. Notant que la notion de libre disponibilité des droits est essentiellement utilisable dans le but pour relier l'arbitrabilité du litige à l'ordre public. En d'autre terme, la libre disponibilité des droits, ne peut constituer un état autonome de l'ordre public mais par contre elle en est dépendante[286]. De surcroît, il est rare qu'il existe des règles spéciales qui énoncent qu'un droit est indisponible. Deux remarques importantes peuvent en découler de ceci.

452. La première remarque consiste dans le fait qu'il est définitive que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas en fonction de la seule présence des règles à caractères d'ordre public donc la simple mise en cause des règles d'ordre public dans le litige ne constitue pas un obstacle à l'arbitrabilité[287]. Dans cette dernière interprétation certains estiment que : « *selon l'article 2060 Code civil la seule présence en la cause d'une disposition d'ordre public rendait les droits litigieux* ***ipso facto*** *indisponibles, et dès lors, que le litige était inarbitrable*[288]. »

453. La seconde remarque, l'existence d'une grande distinction substantielle entre d'une part l'illicéité de la convention d'arbitrage portant sur la matière d'ordre public sur laquelle porte le litige, d'autre part sur l'illicéité touchant

[285] Hugues KENFACK, « *Droit du commerce international* », Dalloz, Mémentos, 2002. p. 42.
[286] Charles JARROSON, op.cit RJ. Com. 1996. n°11. Page 3 et suivantes.
[287] Nicolas NORD, *op.cit. Thèse*, 2003. p. 138.
[288] Charles JARROSON, op.cit. . Note 286

le contrat international principal ce qui va induire autres problèmes[289].Cela signifie que dans l'hypothèse où le contrat principal est illicite n'entraine pas impérativement l'inarbitrabilité du litige par extension de l'illicéité à la clause compromissoire du fait de sa séparabilité du contrat principal qui la contient. Néanmoins, si la loi applicable au contrat principal édicte l'inarbitrabilité du litige, l'ordre public oblige l'arbitre à se déclarer incompétent. Cela veut dire que la loi applicable à la clause arbitrale est soumise en réalité à la loi du contrat[290].

2- Le rôle prépondérant de l'ordre public

454. Il n'y a pas une place pour la confusion entre d'une part entre l'application des lois de police et d'autre part avec celle des règles d'ordre public. En matière de l'arbitrage international, l'ordre public international garde le rôle prépondérant dans l'estimation de l'arbitrabilité du litige. Cela signifie l'éviction de la méthode traditionnelle de conflit des lois en droit international privé. Cependant, certains auteurs ne sont de cet avis[291].

455. Cette question peut être relativisée en droit positif. Certains auteurs recommandent vivement d'adopter la notion « la libre disponibilité des droits » alors que la présence d'une loi de police au niveau international peut rendre certains droits indisponibles, dans ce cas sont désignées les lois de police qui traduisent une intervention de l'ordre public de protection qui sont différentes des lois de police consistant une intervention de l'ordre public de

[289] Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, « Ordre public international », Fasc. 534-2, J-CL éditions techniques 1992. p. 14.
[290] Pierre MAYER, op.cit. Revue Arbitrale 1984. p. 218.
[291] J. Béguin, G. Bourdeaux, A. Couret, B. Le Bass, D. Mainguy, M. Menjucq, H. Ruiz Fabri, C. Seraglini, J.M. Sorel, *Traité du droit du commerce international*, Litec, 2005. p. 1O6O.

direction[292]. Cette interprétation était affirmée par M. Jarrosson qui a considéré que « … *la prohibition de la clause compromissoire peut s'expliquer par la nécessité de ne pas faire de l'arbitrage une nouvelle arme du fort contre le faible, du spécialiste contre le profane* …. »[293]. Par conséquence, les lois de police et l'ordre public international forment un amalgame en ce qui concerne l'appréciation des clauses d'arbitrage international.

456. Néanmoins, l'ordre public comporte deux fonctions distinctes. La première fonction qui exclut la compétence arbitrable se base sur le fait que certains litiges doivent être soumis à la juridiction étatique dont le rôle est la protection de l'intérêt socio-économique de l'état et sa souveraineté contre les litiges rendus indisponibles. La seconde fonction de l'ordre public se trouve dans les restrictions à la mise en œuvre et aussi dans l'exercice de cette disponibilité. Dès lors l'arbitre doit statuer sur le litige en respectant les dispositifs de l'ordre public et d'en tirer toutes les conséquences, tel que le prononcé d'une nullité d'ordre public[294].

457. En conclusion, d'une part, les arbitres possèdent tous les pouvoirs d'appliquer les dispositions d'une règle d'ordre public et de sanctionner sa violation. D'autre part, il serait impossible qu'une juridiction arbitrale puisse statuer sur un différend rentrant exclusivement dans la compétence étatique exclusive. La notion de l'arbitrabilité objective s'apprécie ainsi par le fait que certaines matières sont rendues inarbitrables en raison de leur nature et d'autres suite à une violation de l'ordre public.

---

[292]Nicolas NORD, « *Ordre public et lois de police en droit international privé »***.**Thèse pour le doctorat en droit, 2003. p. 141.
[293] Charles JARROSON, « La clause compromissoire : l'article 2061 du code civil », Rev. Arb. 1992, 259.
[294] Charles JARROSON, « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », RJ. Com. 1996. pp. 4 et 5

Section II- Autonomie de rattachement de la garantie autonome par rapport à toute loi étatique dans le contexte international.

458. Comme déjà expliqué auparavant le contrat de la garantie autonome bancaire international dès sa signature perd toute connexion avec le contrat de base et devient une entité juridique en elle-même et de cela forme un contrat indépendant de celui de contrat de base et de ce fait, l'interdiction d'opposer les exceptions soulevées contre le contrat de base comme critère distinctif de l'autonomie de rattachement. De ce fait l'autonomie de rattachement de la garantie autonome constitue-t-elle une preuve de plus sur l'indépendance de cette garantie ?

459. Pour atteindre une solution adéquate à cette question, la première étape obligatoire consiste en une analyse des interprétations dérivantes de droit international privé (§1), pour aborder par la suite la garantie autonome international et les règles de conflit des lois (§2) et enfin les contrats bancaires internationaux dont la garantie autonome fait partie et lois de police (§3).

§-1 Des interprétations dérivantes de droit international privé.

460. le contrat de garantie autonome est qualifié comme un contrat international lorsqu'il comprend un élément d'extranéité. D'une façon générale, le régime des contrats en droit international privé apparaît actuellement comme tirailler entre deux réflexions qui imposent des choix contradictoires. La première réflexion conclu que le procédé général de la désignation d'une loi applicable au contrat est regardé comme inadéquat surtout à cause de l'existence des contrats qui ne se rattachent effectivement à aucun système juridique étatique déterminé, ces contrat sont destinés pour

recouvrir des relations commerciales internationales qui laissent la plupart de temps la liberté aux différentes parties de mettre leurs consentement sans aucune référence à une loi étatique ou conventionnelle. La deuxième réflexion intégralement antagoniste à la première, consiste dans l'intention de l'état de plus en plus croissant d'intervenir dans les relations individuelles privées, sous biais du principe « le dirigisme économique » qui rétrécit la liberté contractuelle .Cela se traduit par l'édiction des dispositions impératives. Cette nouvelle conception du rôle de l'état pose des répercussions sur la règle de conflit relative aux contrats internationaux. La difficulté se pose en cas de non-acceptation des parties au contrat à l'application impérative de ces législations surtout en cas de désignation par les parties au contrat international de la loi gouvernant leur contrat.

461. La garantie autonome bancaire est soumise au droit international privé du fait du concept de l'internationalisation croissante de ces activités commerciales internationales soulevant ainsi des conflits de lois, des législations étatiques interne nécessitant ainsi une séparation entre la portée des règles matérielles spéciales et celle de la règle de conflit des lois.

462. Généralement, le choix de la loi applicable par les parties et le rattachement à la loi de la banque à défaut de choix sont les dispositifs légaux qui assurent la prévisibilité du droit et la protection des intérêts de la garantie autonome. Cependant, la méthode indirecte doit céder le pas aux méthodes directes lorsque d'autres intérêts sont en cause, comme la politique monétaire de l'Etat.

463. La possession d'instruments juridiques spécifiques à leurs activités

bancaires internationales rendent les banques les mieux placées pour évaluer leurs besoins. L'analyse minutieuse des spécificités juridiques de la garantie autonome bancaire et les objectifs précis et légitimes des différentes méthodes du droit international privé, cela permettra de mieux comprendre les difficultés soulevées par leur internationalité. De cela l'application des règles matérielles applicables à la convention d'arbitrage ne trouve pas un terrain raisonnable sur la garantie autonome d'où le recours à la méthode de conflit de lois (I) pour aboutir à une nouvelle règle matérielle spéciale (II).

I- L'étendu de la méthode conflictuelle.

464. Depuis longtemps, la doctrine concernant la méthode conflictuelle s'est évoluée d'une façon très progressive pour en finir avec la proposition suivante[295] : « *Toutes les lois qu'un tribunal a à connaître d'un litige international (c'est à dire, dans la définition la plus large, d'un litige comportant un élément d'extranéité), susceptible pour cette raison de se rattacher à deux ou plusieurs pays, il doit consulter sa propre règle de conflit de lois (son propre système de droit international privé) et déterminer la loi applicable par référence à cette dernière*. »

465. Ce concept de la méthode conflictuelle précité a adopté un caractère presque universel et donc applicable par la majorité des pays et dans la jurisprudence interne source substantiel du droit international privé. Cet universalisme dont ses traits les plus spécifiques conduisent aux points de réflexions suivantes :

[295] Pierre Bourel et Yvon Loussouarn « Droit international privé « Dalloz 10eme édition en 2013

1- Le concept de conflit des lois se base sur la possibilité de choisir entre différent attachement possible dont la terminologie anglo-saxonne « *choice of law* » fait une preuve à l'appui. Il en résulte que la règle de conflit est, en principe, une règle bilatérale qui peut déboucher indifféremment sur l'application soit de la loi locale, soit d'une loi étrangère.

2- Chaque Etat possède son propre système de solution de conflits de lois, sauf en cas des pays à système juridique non-unifié, ce qui amène aux juges étatiques d'appliquer impérativement ses propres règles de conflit.

3- En absence de ce qu'on appelle « forum shopping » [296] l'adoption de la règle de conflit du for présente un caractère sacro-saint, du moins d'inexistence entre les pays intéressés de conflit négatif de nature à susciter le jeu du renvoi.

4- Enfin la règle de conflit désigne comme loi applicable une loi interne, la loi du pays ayant le rattachement le plus étroit avec le rapport de droit envisagé, pour reprendre, en ce qui concerne le contrat de la garantie autonome, une terminologie inspirée surtout de la convention de Rome en 1980 et le règlement de Rome I en 2008 d'où la nécessite d'élaborer des règles matérielles spéciales pour les contrats bancaires internationales y compris la garantie autonome.

II- Les ressources et fondement pour déceler des règles matérielles spéciales applicables à la garantie autonome.

[296] Voir, Infra note 334

466. Le fondement de la méthode basée sur la décelassions des règles matérielles spéciales applicables dans le domaine de garantie autonome (B) ne peut être déduite que de l'étude des sources de cette méthode elle-même, en premier lieu (A).

A- Les ressources pour déceler des règles matérielles spéciales.

467. Les contrats internationaux de garantie autonome ayant des spécificités exigeant ainsi de forger un droit matériel ou substantiel adéquats pour les régir. L'expression générique « Règles matérielles spéciales ou règles substantielles » traduit une idée fondamentale applicable directement sur le fond du droit concernant la garantie autonome. Mais, la diversité des règles variées entraine une double réflexion importante mais d'interprétation difficile sur ce sujet.

468. La première réflexion, il est évident que les règles matérielles spéciales n'acquièrent leur pleine valeur sur le plan international que si elles concourent efficacement à l'unification du droit. Or, à cet égard, si l'on prend l'exemple des traités portant loi uniforme, deux interprétations importante prendront ainsi lieu dont la première s'explique dans le fait que le contenu des traités et les conventions sont impérativement inclus, sauf la présence d'interdiction avec les lois de polices, dans le droit de chacun des états signataires qui régit indistinctement les opérations internes et les opérations internationales. Par la suite les règles matérielles sont applicables à la fois dans les relations internes et dans les relations internationales. La positivée dans l'adoptions de ces règles est qu'elles font naitre une unification totale. Comme exemple c'est le cas des Conventions de Genève de 1930 et de1931

sur les effets de commerce et le chèque. Alors que dans la seconde, au contraire les règles uniformes qui sont applicables seulement dans les relations internationales et laissent subsister dans les rapports internes le particularisme des législations nationales.

469. Nonobstant l'application de ces règles définitivement délicates sur des opérations internationales, Comme c'est le cas des Conventions de Rome de 1988 et du règlement de Rome I en 2008, Ces règles ont précisés minutieusement leur champ d'application et leur spécificité dans les relations commerciales internationales. Pour cela, elles sont les seules à mériter le qualificatif de règles de droit international.

470. Selon la deuxième réflexion, la caractéristique la plus importante est de chercher les ressources d'origine nationale spécialement la jurisprudence (1) alors que les conventions influencent les ressources d'origine internationale (2).

1- Les ressources d'origine nationale.

471. L'efficacité des règles matérielles spéciales d'origine nationale en tant qu'instrument d'élimination[297] de la méthode conflictuelle est nécessairement limitée, elles puisent leur source dans la loi étatique et aussi spécifiquement dans la jurisprudence. Notant que dans la mondialisation et la commerce internationale évolutive qui évoluent systématiquement les états ont tendances de plus en plus forte de légiférer des règles de droit international privé et des règles de droit substantiel ce qui limite le principe de conflit de lois.

[297] Loussouarn et Bourel, op cit, p. 65.

472. Les règles matérielles spéciales françaises, qui urgent leur origine législative ou jurisprudentielle influencée par les règles commerciales internationales, sont extrêmement rares. L'exemple le plus important est le changement intégral de la phase qui prohibe à l'Etat Français de compromettre à la phase de permission de compromettre dans les contrats internationaux. La jurisprudence française était le pionnier de ce changement suite à l'arrêt Galakis[298] dans lequel le droit français de l'arbitrage international a neutralisé les obstacles résultant du droit français de l'arbitrage interne en statuant sur ce point comme suite *:*

« Que la cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passe pour les besoins et des conditions conformes aux usages du commerce maritime,

Que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition susvisée n'est pas applicable à un tel contrat et que, par suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public, la cour d'appel, abstraction faite de tous autres motifs qui peuvent être regardés comme surabondants, a légalement justifié sa décision. »

473. Rapportant en droit comparé, pour une démonstration à l'appui qui prouve une tentative en droit comparé d'exclure la méthode conflictuelle par les règles matérielles spéciales, dans le domaine de contrat de la garantie autonome, on aura recours à titre d'exemple au code de commerce international tchécoslovaque où son domaine est limité aux contrats commerciaux internationaux qui dans son article 3, précise une règle de conflit

[298] Cour de Cassation civile, 1ère Chambre, le 2 mai 1966, arrêt « Galakis » Publié au bulletin

aux fins d'application des dispositions du Code de commerce international tchécoslovaque, qui conditionne l'applications de ces législation par une désignation des parties au contrat international leur soumission aux dispositifs du droit civil tchèque .

474. Un autre exemple au sein de l'union européen est la loi allemande régissant les contrats économiques internationaux dans l'article (1) prévoit que seul le consentement des parties au contrat commercial international de soumettre leur litige au droit allemande que ce dernier sera compètent dans le cadre des conflits de lois[299].

475. Ces deux exemplaires de code civil étranger conduisent à une constatation que leurs dispositions matérielles sont valables seulement à titre de loi d'autonomie en présence des règles de conflit du droit international privé du fait que l'application des règles matérielles ne peuvent pas en sortir du support de la règle de conflit qu' à un moment, certaine doctrine interprète cette sujétion comme si elles constituent des règles de droit international ou des règles de droit interne modifiées pour qu'elles soient applicables au niveau international[300] alors que d'autre doctrine était moins devancée et affirmait que : « *mais il n'en demeure pas moins que ces règles ne s'appliquent que par l'intermédiaire de la règle de conflit et que, dans les relations internationales, les règles matérielles d'origine législative sont en nombre minime* »[301]

476. Pour synthétiser la situation, les règles étatiques internes et la

[299] Publication du Ministère du Commerce Extérieur de la R.D.A, Berlin, 1978
[300] Hubert Bauer « Les traités et les règles de droit international privé matériel », Revue critique de droit international privé. 1966, page537 et suivantes.
[301] Yvon Loussouarn et Jean-Denis Bredin « Droit du commerce international, nº 37, p. 52 ».

jurisprudence locale ne peuvent générer de règles de droit international matériel commun d'où la nécessité d'un recours à un droit matériel découlant des ressources internationales.

2- Les ressources d'origine internationale

477. La méthode conflictuelle acquière diffèrent ampleur selon qu'elles puisent leurs sources dans les traités (a), ou dans autres sources internationales (b), on cite à titre d'exemple l'arbitrage international et la pratique internationale. Les traités, dans les relations internationales la source la plus importante, consacrent des règles substantielles d'usages entre les partenaires du commerce international.

a- Les ressources issues des traités

478. Ces traités qui s'appliquent de façon direct sur le fond du droit sont nombreuses, notamment, la convention de Rome et le règlement de Rome I dans le domaine des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale correspondant à un degré d'uniformisation.

479. Ces conventions qui marquent le domaine du commerce international déterminent normalement leur champ d'application. Au contraire les traités dans lesquels le champ d'application n'est pas désigné rend difficile la distinction entre des opérations de nature interne ou internationale. De cela lors d'application d'une convention portant de loi uniforme sans définir la portée des relations internationales c'est le principe *lex fori* qui joue un rôle prépondérant et revient au juge du for de clarifier la situation en définissant cette portée. ce mécanisme induit par le juge étatique rend le recours à la

méthode conflictuelle inévitable[302].

b- Des ressources internationales particulières illustrant la création de ces règles matérielles spéciales.

Les plus importantes des sources dans le droit international privé pour révéler les règles matérielles spéciales applicables aux contrats de garantie autonome sont originaires des interprétations formulées dans les sentences arbitrales internationales (b-1) et dans la pratique internationale (b-2).

b-1 Les interprétations originaires de l'arbitrage international

480. L'arbitrage international est autorisé dans la majorité des législations étatiques pour statuer sur les litiges qui en découlent des contrats internationaux. Ainsi, en est-il des Articles 1504[303] et suivants du code de procédure civile français. La question centrale est de savoir lors d'un fouillement dans les sentences arbitrales internationales si celles-ci va dans une tendance à éliminer le jeu de la méthode conflictuelle.

481. Les sentences arbitrales fruit des interprétations personnelles des arbitres laissent circuler une doute sur leur compétence de s'affranchir les législations étatiques afin de contourner une portée fiable des règles matérielles de droit international. La réponse est claire lorsque les arbitres sont acquis de statuer à l'amiable compositeur. La nécessité en vue de la

[302] Cour de Cassation., le 4 Mars 1963 (Arrêt HOCKE), Rev. Cr. DIP. 1964, 264 ; Jcp. 1963, II, 13376 ; CI. 1964, 806, note Goldman ; v. aussi Lescot, « L'interprétation judiciaire des règles de droit privé uniformes », Jcp. 1963, I.1756 ; P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conf lit de lois ? », Rev. Cr. DIP., 1964, 235 & s.

[303] Article 1504 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2 : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »

mondialisation et l'ampleur du commerce international et sa complexité est en faveur d'armuriser les arbitres d'un tel pouvoir- compositeur à l'amiable- même en dehors d'un consentement expresse des partenaires à la convention d'arbitrage.

482. Cette réflexion, dans le but de dégager des règles matérielles spéciales communes, trouve son noyau dans deux raisonnement, la première est que les arbitres ne sont pas obligés de respecter l'organisation méthodique des système juridique national donc de faire une sélection entre les différentes dispositions de droits étatiques pour en tirer la plus profitable , la deuxième qui est plus importante est la capacité des arbitres de faire un amalgame des différents lois qu'ils trouvent favorable pour rendre une sentence valable [304].

483. Il faut noter que la majorité des sentences arbitrales internationales restent sans publications ce qui fait un amortissement dans les progressions de forger des règles matérielles spéciales dans l'ordre des différends entourant les contrats des garanties autonomes internationales.

484. Dans les dizaines d'années passées, on assiste à une tendance de plus en plus forte vers une importance manifeste pour les sentences arbitrale, dans la mesure du haut professionnalisme des arbitres praticiens dans le cadre du grand nombre des litiges rencontres dans l'actuelle pratique commerciale internationale soumises à l'arbitrage international[305].

[304] P. P. Level, « Le contrat dit sans loi », Travaux du comité français de droit international privé, 1964-66, p. 209; Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, Droit du commerce international, n ° 35, p. 45.
[305] Le Lamy, Pratique des contrats internationaux, Centre d'études et de recherches internationales, 1980, Volume I, p. 14

485. Ce courant moderne se prononce en faveur de la faculté pour les arbitres internationaux de forger un système autonome et anational de droit international privé ayant ses propres règles de rattachement comme le siège sociale du prestataire, ses propres qualifications, sa propre conception de l'ordre public. Dans une telle conception l'arbitrage devient une source autonome de règles de conflit. Et il n'est pas douteux qu'une telle perspective est de nature à sauvegarder l'affection des arbitres pour ces dernières. La portée de l'arbitrage, en tant que source de règles de droit international privé matériel, se trouve limité par le fait que les arbitres n'ont pas un accès direct au contenue des sentences rendues précédemment par les grands organismes comme la C.C.I. Cette prohibition empêche les arbitres de développer une sorte de « jurisprudence arbitrale propre » et de forger certains principes de la *Lex Mercatoria.*

486. La jurisprudence arbitrale publiée jusqu'au nos derniers jours permet de conclure que la pratique arbitrale n'a pas abrogé la méthode conflictuelle utilisée par les arbitres en défaut de choix de loi applicable[306]. Nonobstant, ces difficultés, la diversité des pouvoirs étendus de plus en plus des arbitres leur acquière la faculté de forger des règles matérielles spéciales.

b-2 Les interprétations originaires de la pratique internationale

487. Tout d'abord il faut se poser la question si ces règles matérielles issues de la pratique internationale reconnaissent la valeur d'une source internationale ou les parties pourront s'y référer directement ?

[306] L'arbitre est assez libre dans le choix de la règle de conflit. L'Article 13(3) du Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.CI : « qu'à défaut d'indication par les parties de la loi applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ». Il en est de même de l'Article 33(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

488. La pratique internationale va générer un enchainement hétérogène des modèles, droit corporatif et des usages et des contrats-types dont la pratique continue leur a conféré une place respectable. Cette hétérogénéité rend impossibilité de les regrouper sous un même contexte juridique déterminé. Cependant ce pêle-mêle des règles n'acquière pas la valeur des règles juridiques car elles dérivent des organismes privés comme les grandes entreprises et des associations corporatives. Ces organismes privés imposent un contrat dans lequel l'une des parties accepte l'intégralité des termes et conditions du contrat sans avoir le droit de le modifier ou de faire un ajout et n'a pas le privilège que de se soumettre complètement à la volonté de ces organismes.

489. Le régulateur de ces règles dérivant de la pratique internationale est le consentement et la volonté des partenaires du contrat de s'y soumettre mais ne peuvent pas être opposée au juge étatique du fait que ces règles ne sont pas complémentaire et comporte évidement des lacunes et aussi parfois des contradictions.

490. Ce défaut exige au juge étatique ou l'arbitre un recours aux législations internes ou aux principes communs d'où le retour de la méthode conflictuelle au dépit de ces règles.

B- Le fondement de la méthode basée sur l'élaboration des règles matérielles spéciales.

491. D'après ce qui précède, on trouve que les règles matérielles sont enracinées dans les divers volets du droit international privé. Cette diversité

et abondance de source habillent ce processus d'une utilité qui permet de sélectionner de cet amalgame les notions et les interprétations néfastes et se concentrer sur celles qui conduit à limiter le rôle de la méthode de conflit des lois dans le but de primauté l'application de ces règles matérielles spéciales. Néanmoins, c'est d'une grande difficulté de trouver des règles matérielles uniformément applicables sur les divers secteurs juridiques d'où la méthode de conflit des lois persiste.

492. Notant que, le domaine d'application des règles matérielles est centralisé dans les matières commerciales de droit international donc en présence d'un élément d'extranéité. Les sources nationales pour proliférer des règles matérielles sont évidemment rares du fait que les législations internes se focalisent sur les intérêts internes du pays dans la majorité de ses lois promulguées. Voyant qu'un code de commerce international pour un pays reste rarissime.

493. La jurisprudence nationale est une source d'élaboration des règles matérielles éliminant la méthode conflictuelle. En France une série de décisions qui sont relatives à l'élaboration des règles matérielles[307] concernant

[307] Précis Dalloz . N° 76 et note 1 (p. 126) : deux sont relatives à l'arbitrage commercial international. *D'une part*, il s'agit de la "capacité" de l'Etat de compromettre dans les contrats internationaux : ONIC c/capitaine du S/S San Carlo, Cass. Civ. 14 Avril 1964, Cl. 1965, 646 note B. Goldman ; Rev. Cr. DIP 1966. 68, note Batiffol ; Rev. Trs. Dr. Civ. 1965. 711 obs. Hébraud ; pour la première fois, la Cour de Cassation a jugé que la capacité de l'Etat à compromettre relevait de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes lorsqu'il s'agit d'un contrat international de droit privé "passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime". **L'arrêt Galakis** c/Trésor Public, Cassation Civile, chambre 1ère, le 2 Mai 1966, Rev. Cr. 1967, 553, note Goldman ; Cl. 1966. 648 note Level) pose plus franchement une « les règles matérielles de droit international » en jugeant que l'interdiction faite à l'Etat de compromettre ne soulève pas une question de capacité et n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime. *D'autre part*, il s'agit de la règle posée par la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'autonomie de la clause compromissoire dans les contrats internationaux . **Arrêt Gosset** c/Carapelli, Cass. Civ. 1, 7 Mai 1963, D. 1963. 545, note J. Robert ; Rev. Cr. 1963. 615, note H.

l'arbitrage commercial international et les contrats internationaux. La question de prohiber aux personnes morales publiques de compromettre en arbitrage interne est toujours valable, contrairement dans l'application de l'arbitrage international un établissement d'ordre public peut compromettre avec un contractant étranger en insérant dans leur contrat une clause compromissoire appliquant une loi étrangère lors d'un litige submergé du fond de ce contrat international.

494. La cour de cassation française a rendu en 1966 par l'arrêt Galakis[308] très caractéristique en la matière, a ratifié l'arrêt rendu par la cour d'appel en affirmant que : « *l'interdiction faite à l'État français de compromettre, interdiction résultant des articles 83 et 1004 du code de procédure civile, est inapplicable à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime* ».

495. C'est cette jurisprudence qui a permis de supprimer un obstacle qui est l'interdiction d'imposer à l'état français de compromettre dans les relations commerciales internationales.

496. Nonobstant l'importance de cet arrêt sur la capacité de l'état français de compromettre, il en reste de savoir si cette nouvelle jurisprudence exclut-elle la méthode conflictuelle et quelle loi sera applicable ?

Motulsky ; Cl. 1964. 82, note J. D. Bredin). Cette autonomie a été réaffirmée par des arrêts postérieurs : Cass. Civ. 1.18 Mai 1971, D.1972. 37, note D. Alexandre ; Rev. Cr. DIP 1972. 124, note Mezger, Cl. 1972. 62, note Oppetit ; Arrêt Hoecht, Cass. Civ. 1, 4 Juillet 1972, Cl. 1972. 843, note Oppetit ; Rev. Tr. Dr. Com. 1973. 419 note Loussouarn. La troisième règle est relative à la validité de la clause-or dans les règlements internationaux, consacrée par l'arrêt, déjà ancien, des Messageries Maritimes (Cass. Civ. 21 Juin 1950, D. 1951. 749, note Hamel ; S. 1950. 609, note Batiffol ; Rev. Tr. Dr. Com. 1950. 698, obs. Loussouan).

[308] Cour de Cassation, 1ere Chambre civile, le 2 mai 1966. **Arrêt Galakis**. Publié au bulletin

497. Bien que la solution rendue par cette jurisprudence française puisse se recommander du caractère d'ordre public interne et non international, la question du rattachement était sans doute discutable, vu qu'il est difficilement admissible que l'aptitude de l'Etat français de compromettre pourrait dépendre d'une loi étrangère. Revenant au contenu de l'arrêt Galakis on remarque l'omission claire de toute référence à la loi du contrat et de suite de chercher la loi applicable à ce contrat.

498. Sur le plan des conséquences pratiques, cet arrêt considérait que l'Etat Français peut donc échapper à l'interdiction de compromettre même dans l'hypothèse où le contrat international conclut relèverait de la loi française.

499. Donc on peut constater que l'utilisation de la règle de conflit permet à une sorte d'atténuation de la rigueur de cette prohibition de compromettre et qu'elle s'avère claire la concurrence de la méthode conflictuelle en face de la règle matérielle spéciale.

500. L'évolution de la jurisprudence Française en ce sujet est remarquable après l'arrêt Galakis avec une série des arrêts de la cour de cassation qui mettaient en relief l'autonomie de la clause compromissoire face au contrat principal international. La difficulté reste de savoir la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat nul.

501. Le célèbre *arrêt Gosset*[309], qui a influencé la majorité des jurisprudences en droit comparé, a mis le point sur cette problématique en

[309] Dalloz 1953.545 note J. Robert, Rev. cr. dr. int. pr. 1963.615, note H.Motulsky. Claner 19964.82. note J. D. Bredin: cette évolution n'est pas propre à la jurisprudence française elle se retrouve dans la jurisprudence américaine. Dans son Bret du 12 juin 1967 (Prima Paint Corporation Y. Flood et Conklin MEG CO., 388

affirmant la séparabilité entre le contrat principal et la clause compromissoire. Le noyau de cet arrêt est la suivante :

« *En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique ayant un caractère, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique excluant qu'il pourrait être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte.* »

502. A part l'autonomie de la clause compromissoire face au contrat principal et la survie de la clause compromissoire même en cas de nullité du contrat principal, la méthode de conflictuelle est devenue inacceptable et l'adoption des règles matérielles surtout avec *l'arrêt Hecht* rendue en 1972 par la même chambre de la cour de cassation en affirmant que :

« *Que le caractère international de celui-ci ne saurait exclure la vocation de la loi française à régir le contrat en vertu de la volonté des parties, ni entrainer nécessairement le rattachement du contrat aux lois de plusieurs états,*

Que, par lui-même, le caractère international du contrat ne soustrairait pas non plus à la loi française la clause compromissoire dont l'autonomie ne constituerait pas une règle de conflit, mais une simple règle matérielle, étranger au litige, postulant que la nullité éventuelle du contrat principale n'atteint pas automatiquement la clause compromissoire ».

US 395. Supr. CE 1801. Lawyers Ed. Ind Series 1270). La Cour suprême des Pats Unis a également admis l'autonomie de la clause compromissoire à proposer un litige opposant deux sociétés américaines, mais pertinentes d'Etats différents New Jersey et Maryland cf Mezger. Vers la consécration aux Etats - Unis de autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international Rev ,cri ,dr ,int ,pr. 1968,25)

503. Donc on est devant une règle matérielle, qui va exclure la méthode conflictuelle en rendant la clause compromissoire insérée dans un contrat international, présente une autonomie juridique et doit être applicable même si elle serait prohibée par la loi française.

504. De façon générale, les règles matérielles spéciales constituent le fer de lance dans le combat contre la méthode conflictuelle en s'appuyant ainsi sur la philosophie de « la crise des conflits des lois » découlant uniquement de la crise des législations étatiques internes. Une notion très importante à ce sujet, les règles matérielles spéciales affectent dans une mesure plus immense le droit du commerce international que le droit international privé, du fait que le droit commercial international prend un rôle prépondérant dans nos jours, avec l'accroissement significatif des relations économiques internationales.

505. En résumé, on est devant des règles matérielles qui régissent les contrats commerciaux internationaux mettant une limite à la méthode conflictuelle. La majorité de ces règles matérielles spéciales, trouvent leur origine en droit international privé, applicables aux contrats commerciaux international et dans l'arbitrage international alors que leur origine national reste rarissime.

§-2 l'interférence entre le contrat de garantie autonome international et règles de conflit de lois.

506. Vue la mondialisation et l'évolution économique dépassant ainsi tout frontière étatique créant des relations commerciales internationales ce qui nécessitent la recherche des règles commerciales spécifiques pour les matières bancaires internationales, surtout que la plupart des affaires bancaires, de grand valeur économique, dépassent les frontières du pays de la banque.

507. Nonobstant, l'existence d'une grande ressemblance mondiale de nature technique spéciale pour les banques, les affaires économiques bancaires sont sous l'influence d'une vaste divergence impérative socio-politique. Tant est fort le particularisme du droit bancaire dans chaque territoire, le conflit des lois devient de plus difficile à designer la loi applicable aux litiges bancaires internationales à cause de l'incidence des divergences régnant les législations étatiques réglant les affaires des banques.

508. Ce particularisme du droit bancaire conduit à ce que la plupart des litiges contentieux en présence d'un partenaire qui est une banque, la tendance est, pour se débarrasser de la complexité de la méthode conflictuelle, lors de la soumission du litige à une juridiction arbitrale.

509. Souvent le décloisonnement direct ou indirectement de la plupart des activités bancaires va causer une reprise de ces conflits mettant de nouveau la justice étatique en jeux, d'où la nécessité de rattacher la banque ou les opérations bancaire, surtout en cas de garantie autonome, à une loi étatique. c'est la loi du pays que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec ce pays qui est souvent le « siège sociale de la banque » fournisseur de la prestation caractéristique[310]. En essayant de fouiller dans la jurisprudence internationale[311] on n'arrive pas facilement à détecter une véritable loi commune applicables à toutes les catégories des opérations bancaires protéiforme de fait de l'intervention des divers législations dans un conflit litigieux dérivant d'un contrat international de garantie autonome.

[310] Règlement de Rome I en 2008 article 4 paragraphe 4et 3.
[311] Pillet, Traité de Droit International Prive, édition 1954, T(2), N° 498.

510. A défaut de choix d'un « système juridique » uniforme comme loi de référence applicable aux litiges entre la banque et le créancier de la garantie, en présence d'un élément d'extranéité pour déterminer la loi applicable afin de pouvoir résoudre le litige. De là naisse la nécessité d'un recours à une solution simple basée sur les règles matérielles spéciales qui selon le règlement de Rome I article 4, la désignation de loi du siège sociale la banque-prestataire caractéristique- exclura la méthode conflictuelle.

511. Pour mieux savoir l'incidence de la méthode conflictuelle sur le contrat de la garantie autonome il serait utile d'analyser la portée de la loi applicable aux contrats de la garantie autonome dans le contexte du droit international (I) et avant de se mettre à analyser l'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 et du règlement Rome I de 2008 aux contrats de la garantie autonome internationaux (II).

I- La portée de la loi applicable à la garantie autonome dans le contexte du droit international.

512. Rappelons que la méthode conflictuelle ne trouve son application qu'en défaut de choix de la loi applicable au contrat commercial international. Dans le domaine de contrat de la garantie autonome internationale l'enjeu principal est de déterminer parmi la diversité des sources les solutions de la méthode conflictuelle qui se focalisent sur la loi de banque concernée (A) mais dans un certain cas exceptionnel dans une loi étrangère à la loi de la banque (B).

A- La diversité des sources pour les solutions de la méthode conflictuelle en matière de la garantie autonome internationale.

513. Le principe de rattachement sur les garanties autonomes internationales se base sur l'application de la loi de la banque partenaire dans le contrat de la garantie autonome objet d'un litige juridictionnel ou arbitral surtout en présence d'un élément d'extranéité[312]. La majorité de la doctrine[313] sur ce sujet adopte le concept de l'application de la loi du siège de la banque partie au litige. Mais ce concept n'est pas toujours clairement identifié pour cela la question de la loi de la banque est-il, celui du contrat (1) ou bien est-il le Lex Mercatoria (2).

1- La loi du contrat de la garantie dérive de la loi de la banque.

514. Le contrat de la garantie autonome est soumis comme tous les contrats commerciaux internationaux aux applications des solutions générales de la méthode conflictuelle en matière contractuelle[314]. Donc en appliquant la loi d'autonomie, la loi applicable au contrat sera la loi de la banque en cas d'une désignation expresse par les parties[315] à condition de respecter l'ordre public.

515. Dans certains pays la banque oblige leur client à signer un contrat dont

---

[312] Voir, Batiffol, le traité, 4eme Edition, 1980, nº 575, page 628 ; pour définir le contrat international« un contrat dont tous les points de rattachement ne se situent pas dans le même système juridique ».

[313] Jean Stoufflet, « Banque et opérations de banque », dans J.CI. Dr. Int., Fasc 566B. « L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé », aussi Clunet Journal du **droit** international année 1966, p. 511. « Les conflits de lois en matière d'opérations de banque, rapport aux journées d'études de droit bancaire », Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fasc. 2, p. 206 et s., Henri Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, 1983, n° 115 et s., p. 102 et s. ;Pierre Arminjon, Précis de droit international privé commercial, 1938, n° 218 et s., p. 398 et s. ; Christian Gavalda, « Banque et établissement financier » dans Rep. Dr. Int., n° 21 et s.

[314] Tribunal Commercial de Seine, 26 Juin 1964, Revue Banque, 1964.624, obs. Marin « une référence expresse à la loi de l'Etat de New-York dans un contrat passé à New-York avec la succursale d'une banque Française.

[315] Tribunal de Grande Instance Seine 9 Juillet 1963, Jurisclasseur périodique 1963.II.13434.ce tribunal a refusé de se tenir pour lier par un rattachement exprès à la loi française, en tant que loi de la banque, en une espèce où la banque française n'avait joué qu'un rôle d'intermédiaire.

ses clauses sont déterminées auparavant par les associations professionnelles de cette banque donc le client s'adhère implicitement aux conditions générales de la banque parmi lesquelles la désignation de la loi applicable au contrat signé par les parties comme étant que le contrat bancaire est un contrat d'adhésion[316] et la partie qui adhère à ce contrat bancaire va subir la loi compétente ainsi que toutes les conditions qui sont prédéterminées dans le contrat bancaire. Mais en défaut d'aucune désignation d'une loi applicable au contrat que ce soit de façon implicite ou expresse, c'est de là que la méthode conflictuelle retiendra place de nouveau.

516. Selon M. Soufflet[317] le concept de « la loi du lieu d'exécution » dans les litiges en matières contractuelles présente une importance majeure, qui dans les contrats bancaires internationaux spécialement en cas de la garantie autonome internationale la loi du lieu d'exécution de cette garante autonome sera évidemment la loi du lieu du fournisseur de la prestation caractéristique en d'autres termes la loi de la banque. Le même raisonnement s'applique sur le concept du lieu de la conclusion du contrat. Cette compétence, en tant que loi d'autonomie, de la loi de la banque résulte de l'analyse suivant lequel le siège de la banque contractant regroupe en même temps le lieu des associations professionnelles de la banque et aussi le déroulement des opérations bancaires et spécialement le lieu où la prestation caractéristique doit être fournie.

2- La loi du contrat de la garantie dérive de la Lex Mercatoria.

517. L'Article 1478 du Code de procédure civile français dispose que :

[316] Article 1110 nouveau code civil - article 2 : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »- **Legifrance**
[317] Jean Stoufflet « Banque et opérations de banque », dans JCI. Dr. Int. Fasc 566B, n° 5.

« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ». Le législateur français dans le nouveau code civil s'est référé expressément sur l'expression « règles de droit » sans aucun signe pour le terme « loi », cela pour le seul but est de permettre aux partenaires d'un contrat et au tribunal arbitral de statuer selon des règles extralégales et selon les usages du commerce international qui peuvent être codifiés ou pas formant *le Lex Mercatoria.*

518. Le contrat bancaire de la garantie autonome peut se référer d'une manière expresse ou implicite à l'application du droit professionnel ou à l'équité et même aux usages d'une pratique sur un territoire donnée ou selon une profession déterminée ce qui permet de tirer deux points intéressants.

519. Le premier point, selon M. Mayer[318] les règles extralégales et les usages du commerce international, qui forment la « *Lex mercatoria »,* permettent de: *« compléter la loi de la banque jugée insuffisante notamment en vue de l'interprétation du contrat et de la détermination des suites qu'il comporte* ». Notant que les usages de commerce et d'équité acquièrent une importance car un grand nombre de droit modernes complètent la règle de droit en y référant à eux.

520. En droit Français **plusieurs** articles se réfèrent subsidiairement aux usages, l'Article 1194 du nouveau Code Civil Français après la réforme de

[318]P. Mayer en Droit international privé, 6eme édition, Paris en 1998, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois »

2016 (art. 1135 ancien code civil) dispose que : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.*» ; C'est aussi l'article 1188 du nouveau Code Civil Français (art.1156 ancien code civil) énonce :« *1- Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. 2- Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. »*[319]. Néanmoins cette interprétation est trop risquée en absence de confiance totale entre les parties du contrat selon les coutumes applicables dans les affaires commerciales[320].

521. Le deuxième point, le *lex Mercatoria* ou encore le droit corporatif, droit privé qui gouverne les actes des sociétés et des entreprises et les rapports juridiques qui en découlent et leurs dirigeants, qui vont crées ainsi des règles d'usages professionnels ou de règles appropriées[321].Ces règles vont combler le manque de la loi positive[322].

522. La consistance de ces règles de *lex Mercatoria* influence la pratique bancaire et en effet le contrat bancaire de la garantie autonome entrainant ainsi la tentation pour une création des nouveaux principes coutumiers innovateurs ultérieurement dans le contexte du droit positif. Selon M.

[319] Lamy, « Pratique des contrats internationaux », opcit, p.54
[320] Le projet de Code civil français prévoyait la définition du terme « coutume » suivante l'article 5 code civil : *« La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune* » et en un sens indirect dans les articles 6, 900, et 1137 code civil français , ainsi que l'usage et l'équité dans l'article 1194 nouveau code civil qui prévoyait : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »*
[321] STOUFFLET, Mélanges GOLDMAN, page 367 et suivantes.
[322]Cf Hachem, « Recherches sur la loi applicable aux opérations internationales de banque », Thèse, Paris, 1973, p. 396.

Goldman qui a précisé que : « ….. *on retrouve la difficulté vient de ce que la lex mercatoria n'est pas un système juridique complet et elle ne concerne pas une collectivité politiquement organisée qui peut être dotée d'une force collective irrésistible… »*[323]. Les contrats-types dérivant des entreprises isolées constituent à eux seuls des véritables règles de droit générales et non pas des simples normes individuelles liés à des règles étatiques dotées d'une force obligatoire aux contrats. Les parties au contrat de la garantie autonome qui se sont consentis de soumettre leur contrat aux règles et usages de la Chambre de Commerce Internationale se trouvent dans une situation de droit du fait que leur contrat forme une opération juridique.

523. Selon M. Stoufflet qui marque l'effet positif des règles et usages codifiées par la C.C.I qui se transforment en règles coutumières malgré leur caractère privé. Dans un autre point de vue M.Kassis explique que les usages de commerce international adoptent simultanément la théorie jurisprudentielle ainsi que les deux éléments fondamentaux de la théorie des coutumes, du fait que, l'utilisation de façon constante du contrat de la garantie autonome international transforme cette utilisation en « des usages conventionnels » dont leur application, même en cas d'une référence tacite basée sur la volonté présumée des parties découlant de l'autonomie de la volonté, va transformer ces usages conventionnels à des règles coutumières ayant une sorte de caractère obligatoire spécialement que ultérieurement la jurisprudence constante et la codification acquerront ces règles coutumières le caractère de normes juridiques favorisant ainsi la naissance de « *l'opinio-*

[323] Goldman, « Lex Mercatoria dans le contrat et l'arbitrage internationaux », Clunet 1979, p. 438

necessitatis »[324] (*La traduction française ; c'est la croyance qu'une action est exécutée en tant qu'obligation légale*) .

524. Une autre vision plus particulière et minutieuse. Selon M. Jean Robert il faut différencier entre usage de droit et usage de fait. La différenciation entre les usages de fait et les usages de droit est indéterminée de façon précise en doctrine et en jurisprudence. La doctrine est relativement hésitante à l'égard de la terminologie et du régime juridique des usages commerciaux, cela à cause des difficultés que le juriste rencontre à catégoriser les règles issues de l'autorégulation des acteurs économiques[325]. La distinction la plus claire faite entre usages de fait et usages de droit[326] est qu'en général l'usage est défini comme une pratique volontaire employée en permanence dans un milieu commercial, mais cette pratique n'est pas impérativement reconnue comme une règle par le milieu considéré. Ces usages, que l'on peut qualifier d'usages de fait ou usages conventionnels, n'acquièrent pas de caractère obligatoire qu'en étant incorporés expressément ou au moins tacitement dans une convention.

525. En revanche, certains usages sont des véritables règles de droit et n'ont pas besoin d'être incorporés à une convention pour exister comme tels et posséder une force obligatoire pour les professionnels concernés. En principe, vu que ces usages constituent une loi supplétive s'appliquant de droit aux conventions, à moins d'avoir été expressément écartée, d'où elle est reconnue

[324] A. Kassis, « Théorie générale des usages de commerce », 1984, p. 493
[325] Cf. J.-M. Bahans « Théorie générale de l'acte juridique et droit économique », thèse, Bordeaux, 1998, numéro 170 s.
[326] Cf., notamment, J. Escarra, « De la valeur de l'usage en droit commercial », Ann. dr. com. 1910, p. 97 ; aussi, F. Gény « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », Sirey, 1ere édition, 1914, p. 376 et s.

de grande valeur[327] . Il faut noter qu'en vertu de l'art. 1103[328] du nouveau code civil, affirmant le primat de la convention des parties, les dispositions du contrat peuvent expressément déroger à un usage, même s'il s'agit d'un usage ayant valeur de règle de droit. Il n'en va différemment que si une loi impérative reprend un usage ou y renvoie. C'est donc à ces seuls usages que devrait être réservée la qualification d'usages impératifs. En l'espèce, l'usage doit être qualifié de règle de droit non impérative. La jurisprudence[329] continue retient trois critères permettant de considérer l'usage comme règle de droit : son application à « des professionnels exerçant dans le même secteur d'activité », le caractère « ancien et constant » de celui-ci et sa localisation sur une place commerciale ou un marché précis. L'usage de droit, en dehors de toute incorporation ou de tout renvoi exprès fait par une loi, accède ainsi au rang de norme dont l'application est contrôlée par la Cour suprême.

526. En résume, contrairement aux usages de fait, seul les usages de droit sont capables de former une source de droit.

527. Bien que les usages commerciaux soient les fruits des associations professionnelles, comme les banquiers, qui se consentissent sur le plan international pour l'adoption des pratiques grâce à l'emploi des règles uniformes, les coutumes sont applicables sous la condition implicite ou explicite de volonté des parties. La majorité des règles uniforme derivent de la publication de brochures de la C.C.I notamment les règles uniformes pour les garanties contractuelles adoptées par le conseil de la C.C.I. le

[327] Lyon-Caen et Renault dans « Traité de droit commercial », 5eme édition, LGDJ, 1923, n° 60 et 61
[328] Article 1103 nouveau code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »
[329] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mai 2003, 00-21.555, Publié au bulletin

20/06/1978, publication n° 325, les formules normalisées pour l'émission de garanties contractuelles selon les règles uniformes de la C.C.I. publication n° 406, brochure n° 325, l'avis 1980/1981 de la commission bancaire de la C.C.I. sur les questions portant sur les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires.

528. On peut en déduire de tout ce qui précède que, les deux propriétés spécifiques de ces usages uniformes de commerce international, citant en ce sens la codification et la reconnaissance universelle, démontrent clairement la présence d'un véritable droit international applicable aux contrats de la garantie autonome internationaux[330].

B- L'application exceptionnelle d'une loi différente de celle de la banque

529. La relation entre la loi de police et le principe *lex contractus* ne trouve son fondement que de fait. En s'appuyant sur la loi d'autonomie qui allègue aux parties de contrat la désignation d'une loi étrangère pour en régir les aspects résultants de ce contrat. Dans certaines situations causant des difficultés juridiques comme en cas des opérations bancaires surtout en matière de la garantie autonome internationale, l'alternative des parties contractées de revendiquer une loi étrangère pour régir leur contrat dont la banque fait partie n'entre pas en collision avec la police des opérations bancaires et se remettre ainsi à la loi du pays où la banque ayant son siège principal. Même en cas du consentement valable des parties, la cour de cassation a mis une importante nuance est que certaines données économiques primordiales dans un contrat commercial peuvent rendre applicable une loi

[330] STOUFFLET, Mélanges GOLDMAN, page 303 et suivantes.

étrangère choisie par les parties[331].

530. Cette interprétation ne conduit pas à énoncer une règle générale de rattachement mais de faire une preuve de la capacité des parties contractées de designer dans les opérations bancaires internationales une loi différente de celle de la banque principale.

531. Une analyse en ce sujet nous conduise à faire une interprétation sur l'interférence existante en cas de concomitance de *lex contractus* et la loi étrangère de police, dans l'application à une opération bancaire de la garantie autonome internationale. De façon générale, les lois de police impératifs sont par nature territoriale ne se confrontent pas avec les lois de police étrangère, de suite une loi de police étrangère est applicable sur une affaire de commerce internationale contestée devant la juridiction française à condition de ne pas contrarier les lois françaises de police. Cette interprétation est applicable sur la garantie autonome internationale.

532. Néanmoins cette situation est rarissime dans la juridiction française de rencontrer un appel pour une application d'une loi étrangère de police sur des différends concernant une opération bancaire sur une garantie autonome en particulier dont le garant est une banque étrangère résidante en France.

533. En effet, dans la majoritaire des opérations effectuées par une banque étrangère déroulantes sur le territoire français gravitent dans l'orbite des lois françaises de police contractuelle ce qui exclut logiquement toute valabilité des lois de police étrangères.

[331] Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 octobre 1974, nº de pourvoi 73-10.478, Publié au bulletin

534. En résumé, la loi de la banque applicable à la garantie autonome est une loi interne étatique du lieu où sont établies les associations professionnelles et administratives bancaires accomplissant l'opération bancaire déterminée, donc la nécessité d'une désignation pour une localisation objective de la banque excluant ainsi la fraude pour tout rattachement fictif.

535. D'une façon particulière, la volonté expresse, implicite, ou présumée des parties forment la base de la loi d'autonomie d'où provient la loi de la banque. La volonté des contractées et le code civil français révélateur de l'autonomie de la volonté sont l'appui pour la formations des règles de rattachement. De ce fait, une application d'une loi qualifiée comme loi impérative sans délimiter les caractéristiques de cette volonté et en absence d'une étude du fond pour les indices de nature à révéler cette volonté paraît condamnée. Certaines législations étatiques et conventions internationales censurent évidement la liberté individuelle, mais la nouvelle tentation des états se dirige pour une intervention solide dans le domaine du commerce international, les diverses perceptions économique et financière ne touchent pas au principe d'autonomie de la volonté largement acceptable par tous les systèmes juridiques et consacrées dans le contexte du droit international privé.

536. De ce fait, il parait évident la prééminence de la loi du pays de la banque dans les litiges affectant les opérations de contrat de garantie autonome rend ce rattachement plus intéressant et amène plus de sécurité pour les banques afin de pouvoir entamer le maximum de productivité et d'éviter le plus possibles des complications au sein des banques qui partagent normalement une uniformité de leur régime juridique.

II- La garantie autonome bancaire internationale entre la méthode conflictuelle et le règlement de Rome I

537. Dans ce qui précède nous avons traité les principes généraux de solution de conflits de lois en matière de la garantie autonome internationale, alors que dans la présente analyse on va démontrer qu'il existe d'autres instruments du droit conventionnel spécial qui fonctionnent à côté du droit communautaire, ces nouvelles ressources se caractérisent par une compétence plus importante et caractéristique dans la pratique de l'élaboration des règles matérielles spéciales , pour designer la loi applicable au contrat de la garantie autonome dans le contexte international.

538. En dépit de la diversification et du caractère propre des sources extra législatives les contrats bancaires relèvent du principe de la loi d'autonomie qui est universellement reconnu et consacrée en France dans l'article 1103[332] du nouveau code civil qui cède une place significative à la volonté des parties contractées dans leur choix de la loi applicable.

539. La Convention de Rome du 19 Juin 1980 et le règlement Rome I en 2008 assurent que les parties à la garantie autonome internationale peuvent designer la loi applicable à leur contrat bancaire. Par contre, à défaut du choix pour exclure la méthode conflictuelle ou la cherche de la volonté non exprimée des contractées, la Convention de Rome et le règlement de Rome I se sont orientés pour alléger la complexité du choix de la loi applicable par l'adoption du

[332] Article 1103 du Code civil dispose que « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »

« principe de proximité »[333] en se basant sur une localisation objective et souple qui selon la convention de Rome la loi applicable au contrat de la garantie autonome est celle du pays avec lequel cette garantie autonome présente les liens les plus étroits. La logique montre que le contrat de la garantie autonome présente les liens les plus étroits avec le pays de la résidence habituelle du fournisseur de la prestation caractéristique , ce que le règlement de Rome I en déduit en précisant un rattachement de la garantie autonome avec celle de la loi du pays de la banque favorisant la prestation caractéristique.

540. Dans les opérations bancaires on se confronte à deux catégories des contrats bancaires, voire deux problématiques distincts en cas de défaut du choix de la loi applicable.

541. La première catégorie vise les contrats interbancaires (banque garante et contre-garant) qui sont évidemment des contrats internationaux. Par une lecture superficielle, on croit injustement que la loi d'autonomie permet d'assurer la prévisibilité des solutions. Alors qu'en vérité, l'application aux contrats interbancaires du « principe de proximité », déjà cité, s'avère d'une redoutable complexité. La logique analytique nous amène à considérer que la loi du pays du fournisseur de la prestation caractéristique est celle du garant qui doit payer la somme de la garantie remise par le contre garant au bénéficiaire.

[333] P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé **»**, ***RCADI,*** 1986, t. 196, p. 9, à la page 25. Ce principe exprimait « l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits »

542. La deuxième catégorie concerne les contrats bancaires réalisés dans leur relation avec leur clientèle, notamment, le contrat de garantie autonome bancaire transfrontalier conclu entre un établissement bancaire et un client d'un autre pays après la deuxième directive de coordination bancaire et le contrat bancaire international réalisé avec leur clientèle, c'est en particulier le bénéficiaire de la garantie autonome. Dans cette catégorie, l'enjeu du principe de la loi d'autonomie est peu fiable par le fait que selon la convention de Rome et le règlement de Rome I le prestataire caractéristique est la banque-garant qui en cas de défaut de choix de la loi applicable au contrat de la garantie autonome, par la banque-garant et le donneur d'ordre, c'est impérativement applicable la loi du pays de la banque-garant.

543. Après la deuxième directive de coordination bancaire qui prévue l'hypothèse est celle d'un contrat conclu entre un établissement bancaire d'un pays et un client d'un autre pays, les dispositifs de la Convention de Rome et le règlement Rome I s'appliquent au contrat de garantie autonome bancaire internationale conclu avec un client d'un autre pays, donc en présence d'un élément d'extranéité, ont substituée l'essentiel dans les deux catégories de droit, étant le droit de commerce international et du droit international privé. A défaut d'uniformisation que ce soit du droit substantiel étatique ou international impérativement applicable au contrat de garantie autonome bancaire internationale, la convention de Rome et le règlement de Rome I offrent l'opportunité d'élaborer de manière uniforme la loi applicable aux obligations contractuelles dérivant de la garantie autonome internationale.

544. Cette règle matérielle spéciale pour la désignation de la loi applicable à défaut de choix est à la base de l'explication du principe de l'autonomie de

rattachement de la garantie autonome internationale.

545. Dans ce qui vient ensuite, on va procéder à l'étude en premier lieu des principes contenus dans la Convention de Rome et le règlement Rome I selon lesquels peut être déterminée les règles uniformes concernant la loi applicable au contrat de garantie bancaire international (1) et par la suite qu'après la deuxième directive bancaire une importante interprétation de conflits des lois montre la priorité du droit communautaire (2) pour en finir avec la faible portée pour l'éviction de la convention de Rome et du règlement Rome I.(3)

1- Les Règles uniformes concernant la loi applicable dérivant de la Convention de Rome et du règlement Rome I.

546. La convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles trouve des origines avec la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale surtout dans son article 5 para1[334].

547. En partant de la diversification reconnue en droit international privé des contrats applicables surtout dans la communauté économique Européenne, la tentation de promulguer des législations pour uniformiser les règles de conflit de lois en matière contractuelle, s'est vite partie, d'où la naissance du principe «*le forum shopping* » ou « *élections de juridiction* » [335] . Par conséquence, la

[334] Cf, Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 - Article 5 : « Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant: 1- en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée ».

[335]Cf, https://fr.wikipedia.org/wiki/ Forum-Shopping ; « Littéralement, l'expression en anglais renvoie à l'idée consistant à trouver un for comme on fait son shopping. » « C'est une pratique de droit international privé qui consiste à saisir la juridiction la plus susceptible de donner raisons à ses propres intérêts. En raison de la diversité des règles de compétences internationale, un plaignant (ou un défendeur) peut saisir les tribunaux

convention de Rome, qui a été ouverte à la signature à Rome le 18 Juin 1980[336] et dans le même jour elle a été signée par les plénipotentiaires de sept Etats Européens membres et elle a été ratifiée[337] par ces états selon l'article 29 de cette convention pour son application.

548. Il en découle du 1er article[338] que les contrats de garanties bancaires dans la commerce international entrent dans les prévisions de la convention Rome et le règlement de Rome I; ceux-ci pose des règles concernant la loi applicable.

549. Parmi les règles édictées par la convention Rome et spécialement le règlement de Rome I, on retiendra la liberté de choix laissée aux parties et donc le respect de la loi applicable au contrat désignée par les contractées[339], la problématique se pose lorsqu'on est à défaut de choix de la loi applicable, le contrat est rattaché à la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens le plus étroits[340].

---

d'un pays où il sait que son litige sera jugé plus favorablement**.** L'élection de juridiction a été publiée en France au *Journal officiel* du 25 mai 2008 et est défini comme suit : "Choix d'une juridiction en raison des avantages, de procédure ou de fond, qu'on en attend. »

[336] JOCE, n° L. 266 du 9 Octobre 1980.

[337] Cf, le commentaire concernant cette convention et qui a été effectué sous la forme d'un rapport au Conseil par, Mario Giuliano le Professeur à l'Université de Milan et Paul Lagarde le Professeur à l'Université de Paris I**,** JOCE n° C. 282 du 31 Octobre 1980

[338] L'Article 1er de la Convention de Rome I est ainsi rédigé : « 1-*Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.* » aussi l'article 1er du Règlement Rome I : « *Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. »*

[339] Article 3 du règlement Rome I : Liberté de choix 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

[340] Article 4 Convention de Rome : « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. »

550. L'expression « liens le plus étroits », selon la convention de Rome de 19 juin 1980, est trop ambigüe et remet en jeu de nouveau de près et de loin la méthode conflictuelle pour designer la loi adéquate dans son application à la garantie autonome et la jurisprudence s'est osciller entre le lieu de la conclusion du contrat, la résidence du prestataire ou le lieu où se trouvent son établissement et l'administration principale.

551. Le règlement de Rome I du 17 juin 2008 a exclu cette expression ambigüe pour être remplacée par une expression plus spécifique et descriptive est qu'à défaut de choix la loi applicable est directement la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle[341] .

552. Dans la matière de la garantie autonome bancaire internationale, la banque-garant est considéré le fournisseur de la prestation caractéristique d'où la loi du pays de sa résidence habituelle sera la loi applicable à cette garantie autonome.

553. De ce fait le règlement de Rome I dans son article 4 prévoit une règle uniforme concernant la loi applicable au contrat de la garantie autonome à défaut de choix.

[341] Aussi Article 4 du règlement Rome I : Loi applicable à défaut de choix 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit : b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

2- La priorité du droit communautaire.

554. L'Article 20[342] de la convention de Rome et l'article 23[343] du règlement de Rome I affirment clairement qu'ils n'interfèrent pas négativement pour exclure l'application des dispositions inclues dans les actes qui proviennent des institutions de la communauté européenne ainsi que des législations adéquates pour exécuter ces actes. Donc dans la pratique juridique, on assiste à une primauté sans doute du droit communautaire dans un conflit de loi avec la loi dérivante du droit conventionnel.

555. Dans la matière de la garantie autonome internationale on ne trouve pas une inconsistance entre la loi applicable avec les principes couvrant les droits communautaires. Néanmoins, un simple recours aux dispositions de la convention de Rome et du Règlement Rome I montre une compatibilité expresse entre la loi applicable et le droit communautaire. Ce dernier qui dans certaines points se retire pour donner la place primordiale dans l'application pour une loi nationale d'intérêt général dans un état membres.

556. En résumé, la convention Rome et le règlement Rome I vont faire épanouir des règles matérielles spéciales applicables au contrat de garantie autonome internationale excluant ainsi la méthode conflictuelle.

---

[342] Article 20 de la convention de Rome : « La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes »

[343] Article 23 du règlement Rome I - Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire : « À l'exception de l'article 7, le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles ».

3- La faible portée pour l'éviction du règlement Rome I.

557. Certains états de l'union européenne peuvent s'adhérer à d'autres conventions que celles citées précédemment et qui sont aussi applicables partiellement ou totalement aux obligations des contrats de commerces internationaux mais cela n'entraine pas à une éviction automatique du règlement de Rome I qui a une vocation générale pour la résolution des conflits dans le domaine des contrats commerciaux. En France l'exemple le plus clair est celui de la convention de La Haye[344] du 14 Mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires ou à la représentation et le règlement de Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Du fait que la première convention concerne dans une partie d'elle la loi applicable sur les opérations bancaires, contrats commerciaux internationaux, entre en conflit partielle avec la deuxième qui régit aussi la loi applicable aux obligations contractuelles.

558. Dans cette perception la situation se trouve encerclée dans deux hypothèses, la première consiste dans le fait que l'état donne la priorité à l'application des dispositions de l'une des deux conventions concernées, la convention de La Haye était clair sur ce point[345]. La seconde en cas de défaut de choix expresse, la convention de La Haye[346] comme le règlement de Rome

---

[344] Article 1- Champ d'application: « La présente Convention détermine la loi applicable aux relations à caractère international se formant lorsqu'une personne, l'intermédiaire, a le pouvoir d'agir, agit ou prétend agir avec un tiers pour le compte d'une autre personne, le représenté… »

[345] article 18 de la Convention de La Haye « Tout Etat contractant, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion**, pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention**:1. A la représentation exercée par une banque ou un groupe de banques en matière d'opération de banque. 2- ……»

[346] Article 6 de la Convention de La Haye : « **1-** Dans la mesure où elle n'a pas été choisie dans les conditions prévues à l'article 5, la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle. Toutefois, la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité est applicable, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle

admet l'application de la loi du pays dans lequel le fournisseur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

559. La tentation est toujours d'aboutir à des règles uniformes applicables sans faute que soit ces règles sont d'origine des règles de conflit des lois ou soit des règles matérielles. Selon certaines conceptions doctrinales[347] qui considèrent d'une manière générale que la méthode conflictuelle doit être évincée par l'application de règles matérielles internationales fondatrices de la conception « les règles d'application immédiate»[348] applicables directement au fond du litige en écartant expressément la règle de conflit des lois.

560. Dans un autre point de vu, certaines doctrines[349] prévoient que, les règles uniformes ne peuvent être applicables que si la méthode conflictuelle du for leur octroie la compétence de régir les dispositions du contrat objet d'un litige donc seulement sous une condition d'origine juridique.

561. Nonobstant la présence de cette nuance différence d'interprétation, les règles matérielles spéciales offertes par le règlement de Rome I sont les plus adéquates et valables pour désigner le système juridique applicable à défaut du choix de la loi donc une substitution de la loi désignée par la Convention de La Haye de 1978.

---

dans cet Etat**. 2-** Lorsque le représenté ou l'intermédiaire a plusieurs établissements professionnels, le présent article se réfère à l'établissement auquel le rapport de représentation se rattache le plus étroitement ».

[347] Cf, B. Oppetit dans « Le développement des règles matérielles », Comité Français du Droit International Privé, 1985, page 121 ; Voir aussi, JP.Béraudo dans « Droit uniforme et règles de conflit de lois dans les conventions internationales récentes », Jurisclasseur 1992, I, 3626, N^{O} 12.

[348] Cf, B. Oppetit dans « Le développement des règles matérielles », page 125.

[349] Cf, F.Deby-Gérard dans « Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux », Dalloz, 1973, N^{O} 156 et suivant ; Tribunal de Commerce du Paris, 8 Mars 1976, Rev. Jur. Com. 1977, 72, note Le Guidec.

562. D'autant plus, les principes généraux, dérivants de droit international, admettent la primauté pour « *la règle de la spécialité* » et par conséquence les dispositions du règlement Rome I sont les plus spécialement adaptée pour résoudre les difficultés crées par l'absence d'unification du droit matériel et par conséquence pour régir les opérations bancaires dont fait partie le contrat de la garantie autonome internationale. En résultat, le conflit de conventions disparaitra en présence des règles uniformes matérielles internationales.

563. En résumé, dans l'absence d'unification du droit matériel applicable au contrat bancaire de la garantie autonome international, le règlement de Rome I devrait obligatoirement évincer les dispositions des autres conventions ce qui induit automatiquement à exclure les règles de conflit des lois.

§-3 l'influence des lois de police sur la loi applicable au contrat de la garantie autonome.

564. Les lois de police correspondent aux dispositions considérées par les états concernés comme lois impératives, en dépit du droit qui régit un litige juridique en vertu des règles de conflit normalement applicables. Vue leur nature objective ,on témoigne pour une suprématie dans l'application des lois de police même contre la volonté et le consentement libre des partenaires dans les contrats internationaux de commerce[350] en raison que les lois de police imposent aux contractants une formalité selon leur propre objectif[351].

[350] Cf, Seraglini, « Lois de police et justice arbitrale internationale », Dalloz 2000, préface P. Mayer, Numéro 9 et suivant.
[351] Cf, Y. Lequette dans : « L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux », aussi « L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier, Revue internationale de droit comparé, année 1989, pp. 254-255

565. Dans la matière de contrats bancaires de garantie autonome, les états sont très prudents dans leurs législations applicables pour atteindre une protection maximale à leur intérêt nationale qualifié de supérieur concernant l'activité économique et monétaire dans leur propre territoire. Certains états de l'union européenne ont transférés une partie de leur prérogative législative au profit des autorités communautaires. Ces derniers tendent de prescrire de normes similaires aux dispositions internes des états membres.

566. Du fait du rôle dynamique et central des opérations bancaires dans la stabilité économique et la circulation monétaire dans le contexte national, on assiste à des tentations de la part des états dans les promulgations successives de lois plus spécifiques dans le domaine bancaire.

567. Vu la grande diversification des opérations bancaires cette protection ne peut pas englober cette diversité par des règles spécifique pour chaque opération bancaire. En ce qui concerne la loi applicable à défaut de choix sur la garantie autonome internationale, les dispositifs du règlement de Rome I, applicable dans des situations comportant un conflit de lois et aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale, se caractérise par une large validité sur le plan interne de l'union européenne et de suite une harmonisation avec les législations étatique nationale et interne.

568. Selon certaine doctrine européenne, M. Leclerc[352] pousse vers le principe qui fournit une protection de la partie la plus faible, le consommateur, au sein des contrats de caractère internationaux. La question demandée est de savoir si le bénéficiaire dans les relations de la garantie autonome est donc

[352] Cf, Frédéric Leclerc dans : « La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois » Bruxelles : Bruylant, 1995, page 276 N° 280.

considéré comme consommateur nécessitant sa protection, or cette question doit être distiquement écartée en raison que l'hypothèse qui considère comme consommateur le contractant d'une garantie autonome est quasi inexistante.

569. On va analyser dans ce qui vient l'interférence entre le règlement de Rome I dont la garantie autonome entre dans son champ d'application selon son article 4-1-b et l'article 9 (lois de police) avec l'application impérative des lois de police nationale.

570. L'article 9 du règlement Rome I adopte une description schématique pour l'intervention des lois de police pour faire bloquer l'application à un contrat de commerce international des lois conventionnels ou internationaux au profit exclusive des dispositions législatives impératives du juge étatique ou étrangères. Donc l'article 9 précité ne détermine pas les dispositions des règles nationales pouvant être applicable d'une manière impérative dans le contexte international mais le plus critique est que cet article n'a pas même tenté de préciser les types des liens qui doivent subsister entre le litige juridique et les dispositions impératives constituant les lois de police.

571. Avec les confusions maintenues dans l'article 9 du règlement de Rome I, il parait indispensable de déterminer la portée des lois de police applicable au contrat de la garantie autonome internationale (I) puis d'analyser les rapports entre le conflit des lois et les règles matérielles spéciales dans la matière de la garantie autonome internationale (II).

I- la portée des lois de police applicable au contrat de la garantie autonome internationale.

572. L'identification des lois de police constitue une difficulté majeure qui a insisté les états à promulguer des législations dénuées de la détermination de leur nature[353]. En droit français l'article 3 de code civil constitue presque la seule législation en droit civil qui désigne d'une manière imparfaite la méthode conflictuelle[354] donc le législateur ne s'exprime pas en termes de conflits de lois. Par une ordonnance en 2009 portant réforme du droit français des sociétés commerciales ,le code de commerce français dans l'article L210-3[355] est une conséquence successive de la jurisprudence en droit international privé qui admettait que les sociétés sont régies par la loi de leur siège réel et non fictif, donc cette réforme n'a pas ajoutée une nouveauté remarquable sauf que le législateur a transformé la *lex societatis* fruit d'une jurisprudence stable en une loi de police.

573. Et par conséquence, les lois de police ne forment pas une méthode substantiellement distincte de celle de la méthode conflictuelle. Dans un raisonnement de la pratique, le particularisme des lois de police n'est pas souhaitable dans le fait que son fonctionnement, sous prétexte des lois souveraines et impératives dans la matière juridique qui vont conduire à une perturbation dans les systèmes juridiques et de compliquer de plus la problématique de conflit des lois.

---

[353] P. Mayer dans : « Rapport de synthèse, la Convention de Rome », Banque et Droit, 1993.

[354] Article 3 du nouveau code civil : «1-Les lois de police est de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.2-Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.3 - Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger »

[355] Code de commerce Article L210-3 Code de commerce **: « 1-**Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. **2-** Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu »

A- Le mécanisme d'appliquer les lois de police communautaires aux contrats de la garantie autonome internationaux

574. Un regard général sur le mécanisme des lois de police montre que l'article 9 du règlement de Rome I indique des indices relevant des lois de police communautaire. Bien que l'article 6 de ce règlement ait pour vocation d'assurer une protection pour un type bien défini des consommateurs, il ne repose en aucun cas sur la notion des lois de police. Néanmoins les dispositions de l'article 6 est loin d'être applicable sur le contrat de la garantie autonome. L'article 9[356] de ce règlement est plus spécifique et elle adopte une vision plus générale sur l'identification des lois de police communautaire qualifiées de caractère impérative et souveraine applicables par les juridictions étatiques sur des litiges juridiques dans le territoire du pays dont elles émanent (Art 9 para 2). Cet article (9 para3) énonce qu'il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où les dites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Ainsi dans le contexte de l'article 9 paragraphe 3, pour décider si un effet doit être donné à ces lois de police, il devait tenir compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. Donc les juges d'un pays étranger peuvent appliquer les lois de police d'un pays selon certain condition. Ce raisonnement était consacré auparavant dans

[356] Article 9 du règlement Rome I - Lois de police : « **1**- Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. **2**-Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. **3**- Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où les dites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

la convention de Rome de 1980[357] par l'article 7para 2 : « *Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».*

575. Le règlement de Rome I dans son article 9 s'est lancé dans une citation descriptive des lois de police sans déterminer et énumérer ses lois mais seulement l'objet et la nature de ces lois en les qualifiant par « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat* ». Cette lacune oblige le juge étatique devant une situation juridique tenue devant lui de s'interroger dans son propre système juridique pour disséquer les lois qualifiées de police ou non pour pouvoir définir les dispositions impératives qui imposent l'évincement de la loi désignée par la méthode conflictuelle ordinaire.

576. Dans ce courant de pensée, M. Hervé Synvet percevait l'enjeu de deux forces contradictoires en disant : « … d'un côté, la volonté forte d'application internationale de normes qui reflètent des politiques législatives importantes; de l'autre, la résistance des catégories de rattachement traditionnelles, qui ne sont pas le fruit du hasard et participent de la cohérence d'un système juridique… »[358].

[357] P. Mayer dans : « Rapport de synthèse, la Convention de Rome », Banque et Droit, 1993, page 47 et suivante.
[358] Hervé Synvet dans, « Les lois de police, Banque et Droit », page 15 et suivante.

577. Par conséquence cette tension se trouve inévitable dont son degré varie selon le sujet. Il sera utile de s'attarder minutieusement sur les facteurs propres au secteur bancaire, susceptibles d'avoir un impact sur l'émergence des lois de police. Cependant on se trouve alors devant trois points déterminants qui leur interprétation sera de valeur pour déterminer la portée des lois de police applicables au contrat de la garantie autonome.

578. Le premier point de vue, considéré que les opérations bancaires sont dans la plupart de temps des contrats d'adhésion ce qui a nécessité la promulgation des législations protectrices des parties faibles mais de l'autre côté ne s'adaptent pas effectivement avec un fonctionnement libéral de la méthode conflictuelle. Bien que la garantie autonome est un contrat bancaire mais elle échappe à cette protection du fait qu'elle résulte de la volonté expresse et du consentement des parties aux contrats, donc le contrat de garantie autonome n'est pas un contrat d'adhésion. Cependant, les opérations bancaires monétaires, du fait de leur importance nationale sur la circulation de l'économie, sont soumises à la politique des législations impératives pour la protection de la souveraineté des états.

579. Le deuxième point de vue, les opérations bancaires sont soumise normalement à la loi de la banque qui avait accompli l'opération financière contrairement au concept *lex contractus*. Cette compétence spéciale de la loi de la banque est imposée par la standardisation de soumettre les opérations bancaires par la banque à un régime juridique unique dans ses relations avec ses clientèles. Ceci implique la résistance de la loi de la banque à l'application de la méthode conflictuelle.

580. Le règlement de Rome I comme la convention de Rome ne procurent pas une attention particulière pour les opérations bancaires en-elles-mêmes. Ce règlement respect le choix de la loi applicable par les parties contractants et ne porte atteinte à ce choix que ce soit explicite ou tacite. Par contre, en cas de défaut de choix de la loi applicables, ce règlement intervient par son article 4-b pour déterminer un rattachement clair lorsqu'il considéré : « *le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle* », d'où l'élaboration d'une règle matérielle spéciale déterminante pour déterminer l'autonomie de rattachement de la garantie autonome.

581. Le troisième point de vue, concerne une perspective minutieuse du fait que l'intervention des lois de police ne pourra avoir lieu que si la méthode conflictuelle est insatisfaisante pour déterminer une loi adéquate applicable à la situation juridique. En ce qui concerne plus précisément la garantie autonome, les opérations bancaires internationales sont fortement soumises à une confrontation de deux lois dont l'une est des lois impératives et l'autre est la loi du contrat qui est évidemment la loi de la banque.

582. En France, les sociétés et les établissements qui ont reçus l'agrément officiel de l'état français seront soumise aux législations françaises. Les banques sont actifs sur le marché financier français ce qui fait que la loi de la banque est effectivement la loi française. Le problème commence à prendre lieu avec le libéralisme des opérations bancaires au sein de la communauté économique européenne qui va réinstaurer la méthode conflictuelle surtout dans le cas où l'établissement existant sur un marché étranger s'opère en libre prestation de services sans s'y installer physiquement cela permet d'exclure

toute confrontation entre les lois de police locales avec la loi de la banque.

583. Le règlement de Rome I précise expressément le rattachement à une loi dans un contrat de prestation de services. L'article 9 de ce règlement décrit le mécanisme d'intervention des lois de police sans déterminer que ce soit les lois relevant de ce mécanisme ou leur critère de rattachement. Selon l'article 4-b de ce même règlement qui indique le rattachement avec la loi du pays de résidence de la banque il reste à l'état intéressé un rôle prépondérant de déterminer la loi interne adéquate applicable.

584. Il convient d'examiner avec précision, le contrat de la garantie autonome entre le *lex contractus* et les lois de police (1), puis en mesurant l'ampleur de l'expulsion de la *lex contractus* par les lois de police dans le domaine de la garantie autonome internationale (2)**.**

1- Le contrat de la garantie autonome entre le *lex contractus* et les lois de police

585. Le règlement de Rome I dans l'article[359] 9 para 2 favorise une valeur importante pour les lois de police étrangères dont les répercussions sont de valeur sur les lois de police du for applicables sur les opérations bancaires et surtout sur qui nous concerne la garantie bancaire autonome.

586. Ce règlement essaie de renforcer la compétence du juge du for par le fait que ce dernier peut écarter une loi désignée par une règle de conflit

[359] Règlement de Rome I-article 9 Para2 : *« Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.*».

régissant le contrat en substituant des dispositions émanant du droit international impérative par autres du for.

587. En France, au sens de l'article 9 du règlement de Rome I, la règle matérielle propre au commerce bancaire international doit appliquer évidemment une loi étrangère désignée par la règle de conflit conventionnelle. Cette possibilité est justifiée par l'assimilation de la règle matérielle de droit international privé à une disposition impérative au sens de l'Article 9 du règlement Rome I, notant que c'est concevable, mais pas évident.

588. En revenant sur les dispositions de la convention de Rome (article7 Para1) et du règlement de Rome I (article 9 para3), ces articles émettent des lois de police étrangères, permettant de créer des dispositions impératives d'une loi différente de celle du contrat et du celle du juge du for.

589. La Hight court anglaise en 1988, a mis l'accent sur l'application des loi de police étrangère dans l'affaire[360] *Libyan Arab Foreign Bank /Banker's Trust Co*, posait devant la juridiction anglaise dont les faits sont les suivante : *« Le Président Reagan signa, le 8 janvier1986, un Executive Order gelant des biens appartenant à des personnes publiques libyennes, y compris leurs dépôts dans des succursales à l'étranger de banques américaines. Il s'ensuivit plusieurs contentieux, dont l'un opposa la Libyan Arab Foreign Bank, banque publique libyenne, à Banker's Trust, établissement américain. La première entretenait deux comptes en dollars chez le second, l'un tenu à New York, l'autre à Londres. Une clause de la*

[360]Arrêt de la High court Anglaise, Libyan Arab Foreign Bank /Banker's Trust Co, 1988, l. Lloyd's, Rep. 259.

convention liant les parties prévoyait que tout solde créditeur dépassant cinquante mille dollars à New York devait, dans la mesure de l'excès, être viré à Londres. La banque libyenne réclamait la restitution de ses avoirs londoniens, ainsi que le paiement d'une somme qui aurait dû faire l'objet d'un virement de New York à Londres avant l'intervention de la mesure de blocage. »

590. Dans cet Arrêt M .Staughton un juge anglais après avoir retenue la compétence de la juridiction anglaise cherchait au premier lieu la loi applicable au contrat bancaire concernant le compte tenu à Londres. en second lieu il se demandait si la restitution sollicitée sera possible sans que des actes illégaux aient à être accomplis aux Etats- Unis. Une analyse très délicate et minutieuse des lois différentes lois de police, il a conclu que la banque *Bankers Trust* est obligé de s'exécuter par la remise de billets de banque américains, ou, à défaut, de livres Sterling.

591. Dans une interprétation rapide sur cet arrêt la juridiction anglaise a retenu sa compétence comme étant la loi de la banque et cela même avant de s'interroge sur le point de savoir si les effets de *l'Executive Order* américain doit être reçus en Angleterre. Dans une interprétation différente, pour que le droit américain doit être appliquer et non pas le droit anglais, il faut que lors de l'exécution par la banque dépositaire, de ses obligations contractuelles impliquait un acte illégal suivant la loi du pays où il serait accompli.

592. En effet, le règlement de Rome I ne dicterait pas nécessairement une solution différente. Le texte conventionnel de l'article 9§2 donne au juge nationale une simple faculté en édictant que les dispositions du présent

règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi alors que les directives générales, qui sont appelées à guider sa décision, appellent probablement la prudence en matière bancaire. Selon l'article 9§3[361], la nature et l'objet des dispositions impératives doivent être pris en compte, donc l'article 9 invite à prendre en considération la rigueur du lien entre la situation litigieuse à la loi de police étrangère. Lorsqu'un Etat tende à interférer dans des litiges tenant sur l'exécution en dehors de son territoire sur des opérations bancaires soumises à une loi choisie par les contractées mais différente de la loi de cet état, cela suppose qu'un tel lien est inexistant que rarement. Le mécanisme d'utilisation des lois de police et surtout les étrangères, nécessite une prudence remarquable pour cela les états gardent une espace de manœuvre considérable.

2- L'ampleur de l'expulsion de la *lex contractus* par les lois de police dans le domaine de la garantie autonome internationale.

593. L'ampleur de cette expulsion dépend surtout, du nombre et de la diversification de nature et objet des lois de police ce qui conduit évidement à expulser la compétence du principe de la *lex contractus* soit de la loi du contrat de la garantie autonome internationale. Par conséquence, on constate que cette ampleur fonctionne d'une façon inversement proportionnelle avec le principe de rattachement territoriale des lois de police, plus est important l'étendu territoriale de l'application reconnu aux lois de police alors le rôle de la loi de la banque se rétrécie.

[361] Règlement de Rome I -Article 9 : « 3-..... Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

594. Sur ce concept, le règlement du Rome I édicte le mécanisme des lois de police en matière contractuelle mais elle ne définit pas les conditions qui transforment une « disposition impérative » pour être qualifiée d'une loi de police et de suite laisse une marge considérable aux états de se déroger à leur volonté aux conflits conventionnels.

595. La première justification pour ce concept se trouve dans l'émergence des lois de police, la complexité de cette extension est en fonction des indications précises données aux dispositions des lois de police par le législateur. Si la loi de police écarte explicitement les différents rattachements bilatéraux habituels la situation sera parfaitement claire. Un exemple très concret qui contient un certain nombre de précisions est la première loi Scrivener[362] qui énonce dans l'article 4 : « *toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit son support, porte sur l'une des opérations de crédit visées à l'Article 2* ». donc on aperçoit une disposition régissant impérativement la situation, que ce soit la loi applicable au contrat de crédit qui va peut-être se former. Dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France, les règles françaises sont appliquées impérativement.

596. On constate qu'en absence de précision, il revient au juge en interprétant les objectifs matériels et les dispositions propres de cette loi si elle porte la qualification impérative comme loi de police ou non.

597. Dans une autre vision, les critères de rattachement est d'une importance pour préciser l'étendu territoriale du champ d'application des lois de police.

[362] La loi française n^{0} 78-22 du 10 janvier 1978. C'est une loi relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

Les dispositions de l'article 9 du règlement Rome I assure une liberté pour les états de retenir les critères qui leur paraissent les plus appropriés pour eux et d'autre côté, de privilégier les objectifs matériels dans les relations internationales qui fondent la règle de police.

598. Un facteur est à prendre en considération, c'est donc la nécessité de ne pas restreindre abusivement certaines opérations du commerce international. Cette technique des lois de police encourt le grief de nationalisme juridique ce qui nécessite d'avoir la capacité de mesurer leur domaine. Ce n'est pas une grande estimation que l'entreprise emprunteuse, ou le garant dans une garantie autonome, soit française, car en allant sur le marché international des capitaux, elles doivent renoncer à la protection offerte par une disposition particulière de leur législation nationale.

599. En résumé, pour définir et délimiter les dispositions des lois de police en matière bancaire on aura évidemment recours à deux interprétations dont l'une est que ces soient dotées d'une vocation à être qualifiées d'impérative et de police et l'autre la gestion des critères servant à qualifier une règle de loi de police selon si elle découle des juridictions nationales ou de la Cour de justice européenne.

600. Ces divergences s'expliquent par le changement induit par l'intrusion du droit communautaire dans les questions de droit international privé aboutissant ainsi à des conséquences majeures. En matière d'opérations de garantie autonome bancaire international, le développement constant de textes internes et communautaires visant à réglementer le contenu des contrats de garantie autonome rendent largement opérante la lex contractus désignée en

vertu des principes de rattachement de la Convention de Rome et du règlement Rome I qui semble n'ayant aucune contradiction sur le plan d'appliquer la loi du pays du résidence habituelle réelle non fictive du prestataire .

601. Dans le cas où la loi de police est déjà reconnue, il est sans doute obligatoire de déterminer son incidence sur la relation entre les différentes parties dans l'opération de garantie autonome bancaire. L'application des lois de police impose, que l'état qui devait reconnaître la situation juridique ne peut pas être indifférent à sa résolution. Il parait par conséquence utile de présenter les modalités d'application des lois de police communautaire.

B- La garantie autonome sous les lois de police étrangères aux termes de l'article 9 paragraphe 3 du règlement Rome I

602. Avant d'aborder de voir les lois de police étrangères selon le règlement de Rome I, il convient d'avoir une étude brève sur les différentes manières d'appliquer les lois de police communautaire. Certaines juridictions étatiques appliquent les dispositions issues des traités ainsi que les règlementations communautaires sur des litiges soumises au droit positif en mettant au même niveau de force impérative pour les juges nationaux ou communautaire les lois de polices étrangères dérivantes de ces traités et réglementations avec les lois de police nationales.

603. Les lois de police étrangères dérivent non pas des traités et les réglementations communautaires mais des dispositions des directives. La Cour de Justice retient évidemment le caractère internationalement impératif

des directives[363], alors qu'elles n'ont pas en principe de force impérative directe et de ce fait les personnes de statut privé ne peuvent les solliciter en excluant les dispositions du *Lex Contractus* pour appliquer les directives du juge du for à titre des lois de police internationalement impératives sur des textes du droit étatique positif. Donc les juges étatiques peuvent appliquer les lois de police étrangères invoquées entre personnes privées à titre lois de police internationalement impératives.

604. Contrairement à la doctrine nationale et aussi internationale[364], les législations étatiques et la jurisprudence internationale [365], se montrent dûment hésitantes à l'application des lois de police étrangères par les tribunaux et de transformer ces lois de police étrangères en actes. Le règlement de Rome I dans l'article 9§3 invoque aux juge étatiques explicitement le recours à l'application des lois de police étrangères et surtout en ce qui nous concerne en matière d'opérations de garantie autonome bancaire internationale.

605. Une partie de la doctrine estime l'application des lois police étrangères par le juge qui doit observer une loi de police étrangère dans tous les cas où celle-ci revendique sa compétence, or l'applicabilité juridique des lois de police est indépendante de la compétence du for mais d'une nécessité majeur de respecter les impératifs de la politique et systèmes économiques des Etats étrangers[366]. Le règlement Rome I édicte dans l'Article 9 § 3 la

[363] Cf, CJCE le 9 novembre 2000, Ingmar, commenté par Bernardeau in JCP 2001, I 328, confirmé par CJUE 17 le octobre 2013, Unamar, JCP 2013, 1287, note Nourrissat

[364] Des exemples d'application des lois de police étrangères par la jurisprudence française, P. Mayer et V. Heuze : Droit international privé, 7ème Edition, Montchrestien 2001, n° 127.

[365] Cf, Arrêt de la Cour Suprême des Pays-Bas de 1966 avait affirmé « *qu'il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ces règles même en dehors de son territoire, revêt une importance telle que les juges (...) doivent en tenir compte, et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat* » - rapport de Messieurs Giuliano et Lagarde

[366] P. Mayer, « Les lois de police étrangères », J.D.I, 1981.277.

possibilité pour le juge d'appliquer les lois de police étrangères à la loi du for et à la lex contractus : « *Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où les dites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application* ». L'interprétation du règlement Rome I§3 présente un exemplaire vif de la faculté de l'application des lois de police étrangères.

606. Ce texte constitue un fort fondement à l'application de certaines lois étrangères et précisément de règles promulguées au nom des prérogatives régaliennes de l'état étranger et dépendant de sa compétence exclusive au sens du droit international public. Néanmoins ces dures conditions posées dans leur application se heurtent avec une complexité dans la pratique.

607. Deux interprétations à cette situation sont indispensables pour anéantir cette complexité la première est sur le fardeau du juge nationale d'analyser ces lois de police étrangères et de préciser leur applicabilité sur le litige en cause à titre de loi de police. Normalement les législations nationales ne déterminent pas explicitement le champ d'application des lois du for pour pouvoir les qualifiées comme loi de police ou non et il reste au juge du for d'accomplir ce travail. Cette situation se trouve plus compliquée pour déterminer si des lois étrangères seront applicables à titre des lois de police dans un état.

608. Généralement, en vertu de leur nature et objectifs les dispositions des

lois de police applicables d'une manière directe pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement et en vertu des règles de conflit normalement applicables. La Convention de Rome édicte les lois considérées comme lois de police étrangères dans son article 7 para 1 « *pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit* ». Cela signifie que cet article n'oblige pas les états à appliquer des lois de police étrangères et de respecter forcement l'efficacité des législations unilatéralement édictées par l'état étrangère mais leur application facultative délimite le principe *« forum shopping »* et de plus elle permettra d'assurer une confiance mutuelle entre les états communautaires et une circulation des décisions juridique pour sécuriser les échanges économiques interétatiques. Cette tentative est de difficulté que la convention de Rome dans l'article 22 § 1-a avait laissé la possibilité de renoncer à l'application de l'article 7§1.

609. La convention de Rome en 1980 est remplacée par le règlement de Rome I en 2008, sauf selon l'article 24§1 : *« en ce qui concerne les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité ».* Les lois de police étrangères en matière contractuelle qui sont prévue aussi par ce règlement avait fait l'objet de nombreux débats doctrinaux.

610. Les controverses entourant l'article 7 se sont discutées durant les travaux préparatoires du règlement Rome I. La référence aux lois de police d'un Etat

qui « présente des liens étroits avec le contrat concerné » n'a pas été adoptée par le législateur européen dans les dispositions de règlement de Rome I (article 9) dans le but de restreindre les perturbations du système de conflit des lois.

611. En révisant l'article 9§3 du règlement Rome I conditionne l'application des lois de police étrangères en citant que «-Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Cet article identifie et délimite les lois de police étrangères dont l'application est plausible selon un double critère d'origine et d'objet. La première expression est « donner effet » a fait l'objet des multiples interprétations consistant en premier lieu de designer le facteur spatiale de l'application des lois de police étrangères en vertu de la méthode conflictuelle et en second lieu de preciser s'il s'agissait des lois de police étrangères dans le contexte de la *lex causae*[367].

612. La Cour de Justice de l'Union européenne par un arrêt en 2016 a interprété l'article 9 para 3 du Règlement Rome I en excluant que le juge

[367] Cf, https://fr.wikipedia.org/wiki/Lex_causae la ***lex causae*** en droit international privee ou « **loi de la cause** » ou aussi « **loi désignée pour la cause** » est la loi désignée pour juger la situation en cause, en cas de conflit potentiel de lois (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 464). Certains auteurs parlent de « loi désignée » (Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, p. 124).

puisse appliquer, en tant que règles juridiques, des lois de police autres que celles de l'état du for ou de l'état dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, mais ne s'oppose pas à la prise en compte, en tant qu'élément de fait, des lois de police d'un autre état.

613. La Cour de Justice estime dans cet arrêt qu'en vertu des intérêts étatiques majeurs les lois de police représentent une dérogation visible au principe de l'autonomie de la volonté qui a pour but de protéger des intérêts privés. Cette exception entraine les juges européens de décider dans ce contexte que la possibilité d'appliquer l'ensemble des lois de police des états avec lesquels le contrat présente un lien ne serait en effet pas en mesure d'assurer l'objectif de prévisibilité des règles matérielles applicables au contrat.

614. Dans une interprétation *inverse*, l'état qui donne effet aux lois de police du lieu d'exécution des obligations contractuelles ne tient pas uniquement compte de ces lois de police dans le contexte du principe de l'application de la *lex causae* mais cet état applique ces lois de police comme étant des règles juridiques en lieu et place de la *lex causae*.

615. Selon l'article 9 para 3 du règlement de Rome I les lois de police étrangères eu égard leur nature juridique sont dotées d'une qualification similaire aux normes juridiques quant aux caractères obligatoires dont leur application ou non revient à la décision du for de trancher cette applicabilité. Notant ainsi que les juges étatiques tendent de conserver le plus possible l'éloignement de toutes perturbations aux intérêts de commerce international et de créer une stabilité juridique internationale.

616. Si dans une analyse basée sur le fait que les lois de police étrangères du lieu d'exécution sont considérées comme de simples éléments de fait ayant uniquement un effet partielle dans l'application de la *lex causae* renvoie pour conséquence de dénuer l'article 9§3 du règlement de tout intérêt juridique. Ce qui est inacceptable.

617. La France en tant que membre de l'Union Européenne applique impérativement les dispositifs du règlement de Rome I sur des différends du commerce international sollicités devant la juridiction française.

Dans le contexte de l'analyse de l'influence des lois de police nationales et étrangères sur la loi applicable, il serait profitable de voir sous cet angle l'article 9 en parallèle avec l'article 4-b des mêmes dispositions de règlement de Rome I avec les dispositions des législations nationales françaises.

618. En droit des procédures civiles français, pour saisir le tribunal de commerce qui connaît selon l'article L.721-3 du code de commerce les contestations relatives aux sociétés commerciales, vient l'article (42) [368]et (43)[369] du Code de procédure civil désignant la compétence territoriale, pour toutes contestations relatives à la personne morale du droit commercial, est celui dans le ressort où existe l'établissement principal de ce dernier.

619. L'article 4-b du règlement de Rome I précise qu'en défaut du choix applicable le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans

[368] Code de procédure civil-Article **42** : « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. »- Legifrance

[369] Code de procédure civil-Article **43** : « Le lieu où demeure le défendeur s'entend : 1- s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence ; 2- s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie »- Legifrance

lequel le prestataire de services ayant sa résidence habituelle. Alors que l'article 9 para 3 précise qu'il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées…

620. Cependant, dans le domaine du contrat de la garantie autonome qui est un contrat de prestation, le garant qui généralement une banque (personne morale) constitue le prestataire de service d'où la loi de la résidence habituelle qui est ici le lieu de son établissement, va régir le contrat de prestation de service.

621. Par conséquence, le lieu d'exécution de la prestation de service par une banque sera ainsi dans son établissement principal où le lieu de sa résidence habituelle. De ce fait on trouve une harmonisation entre ces différentes législations et une compatibilité entre les lois de police et le règlement de Rome I qui fait que la loi de la banque sera applicable à défaut du choix sur les contestations relevant du contrat de la garantie autonome.

622. Les dispositions du règlement de Rome I apporte ainsi deux précisions quant aux lois de police, la première implique les lois de police du for auxquelles les dispositions du règlement ne peuvent pas porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi, alors la seconde concerne les lois de police étrangères qui dans les dispositifs de l'article 9§3 ,il peut être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où ces lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Normalement les lois de police sont de nature nationales. L'innovation du règlement de Rome I vient instaurer la notion d'ordre public communautaire dans son article 3§4 : « *dispositions du*

droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord » et par conséquence elle serait qualifié d'impérative et devraient primauté sur toute autre loi nationale.

623. En résumé, Le mérite principal du règlement Rome I dans le domaine des contrats de la garantie autonome bancaires réside dans le fait qu'elle permet quasiment de dégager une règle matérielle spéciale pour ces contrats En effet, l'Article 4 de ce règlement estime que est applicable aux contrats de la garantie autonome bancaires internationaux la loi de la banque, qui est non seulement la loi de la présomption de la prestation caractéristique, mais aussi la loi de la « lien le plus étroit » et aussi le lieu de l'exécution de la prestation de service . En conséquence cette solution est la plus adéquate parce qu'elle assure une grande sécurité aux transactions.

624. Conclusion du second chapitre. L'objectif majeur de l'autonomie de rattachement ne traduit pas la faculté des parties d'échapper à toute loi étatique mais ce principe permet d'affirmer que la clause compromissoire ou le contrat de garantie sont à l'abri des vicissitudes affectant le contrat principal ou de base. Dans une signification différente de celle de l'autonomie matérielle, l'autonomie de rattachement ne signifie pas une absence de tout rattachement à n'importe quelle loi étatique mais la présence d'un rattachement différent de celui applicable sur le contrat principal ou pour le contrat de base. En cas d'absence de choix par les parties il devient impératif nécessaire d'indiquer un mode de rattachement autonome qui expliquerait le degré de validité et d'efficacité de la clause compromissoire ou du contrat de garantie.

625. En France, à défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral possède

la faculté de se référer seulement aux principes généraux des obligations applicables dans le commerce international, ou bien d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommés *lex mercatoria* tout en respectant les règles de police nationale et internationale. Il s'agit cette fois d'une conception beaucoup plus novatrice du principe d'autonomie qui diffère totalement de l'approche traditionnelle. Dans cette nouvelle approche il ne s'agit pas du rapport avec le contrat principal, mais de chercher un facteur de rattachement surtout si on est en présence d'un élément d'extranéité en détachant de toute loi étatique la validité et la soumission de cette clause compromissoire à un droit. Cette méthode de conflit des lois inefficace est abandonnée par la France pour adopter cette nouvelle règle matérielle spéciale qui est qualifiée par la doctrine comme une règle ayant une application très simple. Cette règle matérielle permet à la clause compromissoire une séparabilité du contrat principal.

626. Cependant, en présence d'un élément d'extranéité et à défaut de choix d'une loi de référence applicable aux litiges entre la banque et le créancier de la garantie, naisse la nécessité d'un recours à une solution simple basée sur les règles matérielles spéciales, en appliquant le règlement de Rome I article 4, pour déterminer la loi applicable afin de pouvoir résoudre le litige. Vu que la garantie autonome est un contrat distinct en soi et totalement indépendant du contrat de base, cette règle matérielle affirme sans doute que la banque-prestataire caractéristique est régi par la loi du pays dans lequel ce prestataire de services ayant sa résidence habituelle.

Conclusion générale de la Première partie

627. Il est difficile de grouper dans une même étude un même vocable « autonomie » pour qualifier deux notions, la clause compromissoire et la garantie autonome, qui présentent entre elles autant de points de divergence que de convergence.

628. Pour la clause compromissoire, la « séparabilité » n'indique pas la présence de deux contrats séparés mais d'un seul qui contient plusieurs clauses, entre autres la clause compromissoire. Cette dernière ayant une nature, une fonction et une portée différentes des autres clauses du contrat principal, sa présence ou son absence n'affecte pas les droits et obligations des parties à ce contrat, et sa nullité ou son absence n'entraînent pas la nullité du contrat principal.

629. Pour la garantie autonome, « l'indépendance », par contre, indique la présence de deux contrats totalement distincts de natures différentes, l'exécution ou l'inexécution de l'un n'affecte pas l'autre et le paiement de la garantie n'affecte pas le montant de la dette stipulée dans le contrat de base mais, bien au contraire, ajoute un droit au bénéficiaire du contrat de base, celui de faire appel à la garantie et de l'encaisser immédiatement sans se bénéficier d'opposer les exceptions tirées du contrat de base, de l'obligation garantie ou du rapport d'ordre, sauf en cas de fraude manifeste ou d'abus de droit.

630. Cette partie de la thèse est consacré à l'autonomie matérielle de la clause compromissoire et de la garantie indépendante. Mais, au regard de la différence du sens de l'autonomie dans les deux cas, il est à propos de donner,

en premier lieu, la signification de cette autonomie en ce qui a trait à la clause compromissoire. Celle-ci se manifeste par sa séparabilité des autres clauses du contrat principal, résultant en l'absence de contagion des vices affectant ce contrat, d'où pour être plus précis, son immunité.

631. L'autonomie, concernant la garantie, est l'indépendance, de celle-ci du contrat de base. Il est vrai qu'il y a un lien entre les deux, mais ce lien n'est que chronologique puisque l'engagement est pris en vue de conclure un contrat et, une fois conclu, l'engagement devient indépendant du contrat de base quant à son existence, son objet, son exécution et son extinction. Dans le contrat de base, le créancier aura devant lui deux débiteurs, l'un d'après le contrat de base, l'autre d'après le contrat de garantie et l'obligation de l'un n'oblige pas l'autre.

632. La conséquence de cette indépendance est double : l'autonomie complète de la garantie par rapport au contrat de base et des autres rapports annexes ; l'autre est l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base et des rapports annexes.

633. Quant à la loi applicable, une des conséquences de l'autonomie est de faire une distinction entre, d'une part, la loi applicable à la clause compromissoire et celle applicable au contrat principal et, de l'autre celle gouvernant la garantie et celle régissant le contrat de base. Même dans ce domaine, il faut distinguer deux hypothèses :

634. 1- Libre choix de la loi applicable : Lorsque les parties à l'arbitrage, surtout international, ont manifesté leur volonté quant au choix de la loi applicable, le respect de cette volonté par les arbitres est un principe

fondamental consacré par divers textes qui proviennent ainsi des conventions internationales consacrées par les législations internes sur l'arbitrage des pays qui ont signé ou adhéré à ces conventions. Ce choix peut couvrir la clause compromissoire et le contrat principal comme il peut être limité à l'un des deux si tel est la volonté des parties.

635. 2- Le silence des parties : Si les parties ont choisi la loi applicable au contrat principal mais ont gardé le silence concernant la clause compromissoire, peut-on étendre la *lex-loci* contractus à la clause compromissoire ? A défaut de disposition contraire, la logique apparente aurait répondu par l'affirmative, pourtant la Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adopte une solution différente : application de la loi du pays où la sentence a été rendue mais il faut préciser que cette solution est limité à l'exécution de la sentence. Au-delà de cette limite, la jurisprudence française propose d'autres solutions mais dans chaque hypothèse la validité de la clause compromissoire est privilégiée.

636. Mais dans l'hypothèse où les parties ont gardé le silence concernant à la fois la clause compromissoire et le contrat principal, la loi, applicable au fond du litige, sera déterminée par l'arbitre et, celle applicable à la validité de l'accord d'arbitrage sera déterminée en s'assurant du consentement des parties à l'arbitrage, et de l'arbitrabilité de la question litigieuse soumise à l'arbitrage.

637. Pour les garanties autonomes, étant donné que la grande majorité des garanties internationales sont émises par des banques, celles-ci prévoiraient dans le texte même de la garantie, la loi applicable qui normalement n'est autre que celui de leur siège social. Le règlement de Rome I dans son article

4 a consacré l'application de la loi de la résidence habituelle du garant (fournisseur de la prestation) en cas de défaut de choix de loi par les parties.

638. Les lois de police peuvent être appliquées d'une façon plus large sur la clause compromissoire que sur la garantie autonome. Une fois qu'elle est qualifiée de garantie autonome elle devient un contrat en soi et distinct soumis directement aux règles de droit international et de ce fait il n'y aura pas une grande possibilité pour l'application des lois des polices. Si une loi étatique interdit le paiement en « Or » ou interdit de recourir en arbitrage, les lois de police interviennent pour faire limites à ces contrats sur le plan interne mais pas sur le plan international comportant un élément d'extranéité. Donc la garantie autonome étant un contrat international ayant pour objectif seulement le paiement pour le bénéficiaire est loin d'être contrôlé par les lois de police.

639. Vue le caractère d'inopposabilité des exceptions tirés du contrat de base envers la garantie autonome et d'autre part l'obligation au garant de payer sans discussion lors de l'appel par le bénéficiaire, la garantie est indépendante et doit être payer en dépit de toutes lois et circonstances. L'ordre public peut faire limite à ce paiement seulement en cas de fraude manifeste et abus de droit.

640. Il apparait de ce qui précède, en ce qui concerne l'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome, la liberté de choix d'une loi applicable par les parties est respectée tant en juridiction étatique ou arbitrale tout en respectant l'ordre public et les lois de polices. Étant donné que la clause forme un contrat inclut dans le contrat principal,

une intervention de l'ordre public est plus concrète dans les litiges interne que dans les litiges internationaux.

641. A défaut d'un choix applicable par les parties d'un contrat l'abandonnement des règles de conflits des lois pour l'adoption des règles matérielles qui n'entrent pas dans la désignation d'une loi applicable mais pour consacrer le principe de validité de la clause compromissoire et sa survie aux contagions affectant le contrat principal pour appliquer le principe compétence-compétence par la suite statuer sur le litige dérivant du contrat principal et la règle matérielle va donner une solution immédiate. Cette règle matérielle ne s'applique pas en cas de garantie autonome pour aborder une règle de conflit spéciale désignée par les législations et les conventions internationales qui est la loi du siège du prestataire normalement la banque que ce soit en garantie autonome ou en contre garantie.

642. Enfin les garanties autonomes peuvent être conçues comme autonome de toute loi étatique en cas de défaut de choix d'une loi applicable ce qui n'est pas la même situation en cas de clause compromissoire. D'autre part des interférences de l'ordre public international et des lois de polices existent en cas de la clause compromissoire alors que ces interférences sont presque inexistantes en cas de la garantie autonome.

643. De ce fait on peut conclure à ***la séparabilité*** de la convention d'arbitrage face au contrat principal en parallèle d'une ***indépendance totale*** de la garantie autonome face au contrat de base.

DEUXIEME PARTIE

AUTONOMIE ET SPHERE D'APPLICATION

DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

ET

DE LA GARANTIE AUTONOME

Introduction

644. Dans cette deuxième partie, d'une part on va essayer de cerner l'impact des procédures collectives confrontées au principe de l'autonomie en cas de la convention arbitrale et de la garantie autonome, d'autre part on va détailler les interrogations portant sur le principe d'autonomie en cas de circulation et d'extinction de la convention arbitrale et la garantie autonome.

645. En droit français, une **procédure collective** fait placer sous un contrôle judiciaire les divers fonctionnements d'une entreprise en difficulté par un rassemblement de tous les créanciers sous un but de les priver du droit d'agir individuellement. L'objectif majeur et essentiel de la procédure est d'abord d'aider l'entreprise de survivre afin de conserver la continuité des emplois en évitant les faillites en chaîne et les répercussions négatives sur l'économie et sociaux[370]. Elle procède à un échelonnement ou encore à un effacement de tout ou partie de ses dettes. Par contre, si l'entreprise se trouve de façon irréversible dans l'impossibilité de continuer son exploitation, on parle de la situation irrémédiablement compromise, la liquidation de l'entreprise prend lieu à la place de la procédure collective donc on s'oriente vers une cession de tous les actifs et remboursement des dettes, selon un ordre de préférence.

646. Dans cette époque, le monde des affaires témoigne à un développement rapide surtout en ce qui concerne l'arbitrage et les procédures collectives, ces deux instruments judiciaires, vont procéder selon deux modes différentes propres de règlement pour aider les entreprises en difficultés, la première est

[370] Cf, Dominique Vidal « Droit des procédures collectives », Gualino, 2eme édition 2009, n°117, p 19.

une justice privée par contre la deuxième est totalement sous le contrôle des juges étatiques[371].

647. De plus la convention d'arbitrage se distingue par son autonomie par rapport au contrat principal, mais il s'agit d'abord de déterminer le domaine d'application de cette autonomie dans le temps et ensuite par rapport aux bénéficiaires de cette extension ou transmission.

648. En ce qui concerne le domaine de l'autonomie dans le temps, il faut préciser si l'autonomie continue à produire ses effets après le prononcé de la sentence d'arbitrage ou après l'expiration du délai d'arbitrage.

649. Quant aux bénéficiaires de l'extension ou de la transmission, doivent-ils nécessairement être signataires de la convention d'arbitrage ou le bénéfice de cette autonomie peut s'étendre à des personnes physiques ou morales non signataires faisant partie d'un groupe de sociétés dont l'une ou plusieurs de ce groupe n'ont pas signé la convention d'arbitrage ou ont signé un contrat qui ne contient pas de clause compromissoire ?

650. Ainsi, l'extension ou la transmission de la convention d'arbitrage n'est pas étrangère à l'autonomie, bien au contraire, il faut préciser si dans ces deux cas l'autonomie s'étend ou se transmet avec la convention et de suite trancher l'idée sur l'extension et la transmissibilité de la garantie autonome.

651. L'extinction de la convention d'arbitrage est étroitement liée à l'autonomie pour déterminer si celle-ci s'éteint avec la convention ou

[371] Voir, Denis Mouralis « L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle », thèse Aix, 2008, p. 389 et suivantes.

continue de produire ses effets et analyser l'effet de l'extinction sur la garantie autonome.

652. Cette deuxième partie sera divisée en deux chapitres : l'influence de la procédure collective sur l'autonomie de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome (chapitre premier) et le principe d'autonomie confronté à l'extension, la circulation et l'extinction de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome (second chapitre).

Chapitre I: L'impact des procédures collectives confrontées au principe de l'autonomie de la clause compromissoire et de la garantie autonome

Nous allons dans ce premier chapitre disséquer d'une façon précise les effets des procédures collectives sur l'efficacité du principe d'autonomie dans le cas de la convention d'arbitrage (Section I) et de la garantie autonome (Section II).

Section I- L'applicabilité de la convention arbitrale lors du procès des procédures collectives

653. Les procédures collectives prédominent sur le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage simultanément sur le plan procédural et l'application de droit positif lors d'une coexistence de ces deux mécanismes.

654. L'ampleur de la suprématie des procédures collectives sur le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage est évidemment notable selon si la coexistence se caractérise par un déroulement de ces deux mécanismes en

concomitance ou si elle signifie la soumission de la procédure collective à une convention d'arbitrage (§ 1). Nonobstant le recours significatif de plus en plus des parties à un litige vers la juridiction privée et la reconnaissance de la part des pouvoirs étatiques et publics pour le rôle nécessaire de la convention d'arbitrage, on assiste à une méfiance législative pour ne pas céder toute la place aux arbitres surtout en cas de procédures collectives. Par conséquence la possibilité de l'arbitrabilité reste encadrée malgré la concomitance parfois des procédures collectives et les procédures arbitrales.

655. De ce fait on assiste à une reconnaissance mutuelle de ces deux types de procédures par la possibilité d'ouvrir une instance arbitrale en cours d'une procédure collective et réciproquement le recours aux procédures collectives ne pourra exterminer une instance arbitrale déjà établie même vue le caractère d'ordre public des procédures collectives influençant ainsi obligatoirement la procédure de l'instance arbitrale.

656. En France, les dispositions du droit positif surtout le droit commercial conduisent à une suprématie des procédures collectives (§ 2) par leur effet du caractère d'ordre public afin d'assurer une stabilité des relations économiques socio-commerciales. L'objectif des règles impératives des procédures collectives est de protéger les créanciers en assurant une égalité entre eux ce qui délimite la possibilité de rendre des sentences arbitrales nationales et même internationales violant l'ordre public en ce sujet.

657. En effet la suprématie des procédures collectives tient place en même temps sur le déroulement de l'instance arbitrale et plutôt aussi sur les règles que l'arbitre tend à les appliquer.

§ 1 - L'influence des procédures collectives en cas de coexistence avec le procès arbitrale

658. Vu que les procédures collectives se tiennent fortement à l'ordre public, la coexistence avec les procédures arbitrales n'est pas tellement pacifique. Selon M. Vidal[372] qui a mentionné une différenciation importante entre deux réalités pratiques d'une part l'arbitrage de la faillite qui analyse l'arbitrabilité des procédures collectives (I), et d'autre part l'arbitrage dans la faillite c'est-à-dire les deux procédures citées se déroulent en concomitance (II), dans ce cas c'est le critère chronologie qui va préciser l'ampleur de la prédominance des procédures collectives.

I- Le principe de l'arbitrabilité des procédures collectives

659. Le principe de l'arbitrabilité des procédures collectives pose la notion de soumettre les procédures collectives à une juridiction privée. La distinction entre ce qui pourra être un objet soumis à l'arbitrage ou pas et relève de la notion d'arbitrabilité, définie selon certaines doctrines comme « l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage »[373] . Cette notion s'est passée par plusieurs interprétations non unifiées surtout en présence des législations

[372] Cf, Rapport de synthèse- colloque de Nice Sophia-Antipolis sur les entreprises en difficulté, LPA, 9 janvier 2002, Numéro VII, p 76.

[373] Andreas Bucher « *Le nouvel arbitrage international en Suisse* » Théorie et pratique du droit, 1988, p. 45, n° 110 p. 37. Voir également, P. LEVEL, *« L'arbitrabilité* », Revue arbitrale, 1992, p. 213 ; J.B. RACINE « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* » préface de Ph. FOUCHARD, LGDJ, Paris, 1999, p. 25

hostiles à ce sujet (A) mais la jurisprudence et la doctrine ont consacrée progressivement une évolution de la notion de l'arbitrabilité des procédures collectives tout en restant restreint à ce propos (B).

A- Les limites d'origine législative à l'arbitrabilité des procédures collectives

660. L'obstacle majeur pour l'application des dispositifs de l'arbitrage sur les procédures collectives est l'ordre public qui tient à protéger les intérêts publics dans les Etats qui sont concernés (1) d'où la nécessite aussi de voir les justifications extralégales en faveur de soumettre les procédures collectives aux juridictions étatiques (2).

1- L'influence de l'ordre public sur la compétence de l'arbitre

661. Sans doute l'institution arbitrale se caractérise par une autonomie qui est reconnue par les législations et la doctrine et la jurisprudence par la consécration du principe Compétence-Compétence, néanmoins cependant cette compétence se trouve encadrer par l'ordre public bridant l'autonomie de cette justice privée (a) et par conséquence l'interdiction légale d'un recours au procédure arbitrale et la consécration jurisprudentielle de l'inarbitrabilité des procédures collectives dans les litiges concernant des matières qui sont solidement empreint d'ordre public (b).

a - L'ordre public forme un rempart contre le principe de l'autonomie de l'arbitrage

662. Nonobstant le caractère autonome de l'arbitrage formant une juridiction privée, ayant ses propres règles de fonctionnement, distincte de celle étatique. Cette caractéristique propre à l'arbitrage est reconnue par les états sans y pouvoir imposer leurs législations internes (a-1), l'ordre public constitue un

inhibiteur à cette autonomie dans certains litiges concernant des matières qualifiées d'inarbitrables (a-2).

a-1 La reconnaissance du principe de l'autonomie de l'arbitrage

663. Bien que la volonté des parties soit fortement pesante dans le principe de l'arbitrage donc les parties ont la faculté absolue de soumettre leur litige à une juridiction privée différente de la juridiction étatique. Encore plus cette différenciation se caractérise par une autonomie eue égard de toutes lois étatiques[374] . De ce fait, l'article 1464 alinéas 1 du nouveau Code de procédure civile[375] permettra aux arbitres de dépasser librement les règles de droit de la procédure judiciaire spécialement si les arbitres sont compétents de statuer en amiable composition. Dans cette dernière situation les règles de droit peuvent être intégralement soustraite à l'avis des arbitres en vertu de statuer en équité ou selon les usages de commerce[376]. Dans le cas où les parties n'ont pas conféré aux arbitres la mission de statuer comme amiable compositeur[377], les arbitres doivent appliquer impérativement les règles de droit.

664. Le même raisonnement s'applique sur l'arbitrage international lui aussi autonome, de ce fait l'arbitre est libre de ne pas avoir recours aux lois nationales et retenir des normes non étatiques, mais aussi la liberté d'appliquer des lois détachées de tout ordre juridique étatique. En conséquence, la convention d'arbitrage est valide indépendamment de toute loi étatique.

---

[374] Voir, Ph. Fouchard, préface thèse « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* », J-B Racine, LGDJ, 1999.

[375]Article 1464 nouveau Code de procédure civile : « *1- A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ».*

[376] X. Linant de Bellefonds « L'arbitrage et la médiation, Que sais-je ? », 2003, p. 61.

[377] Article 1474 code procédure civil : « *1- L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ».*

665. Néanmoins, cette autonomie caractéristique de l'arbitrage ne lui permet pas d'échapper au respect des règles d'ordre public impératives dans un état qui assure le contrôle de protection des intérêts majeurs nationales.

a-2 L'ordre public obstacle au principe de l'autonomie de l'arbitrage

666. La notion d'ordre public est une de ces notions qui échappent la mainmise de toute définition. Donc un concept dont les limites sont flous et le contenu est difficile à déterminer. elle regroupe l'ensemble des «*valeurs fondamentales d'une société auxquelles les parties à un acte juridique ne peuvent déroger par des stipulations contraires*[378] ».

667. Le Code civil ne donne aucune définition bien précise pour l'ordre public. Toutefois, l'article 6 estime que l'ordre public comporte l'ensemble des règles de droit auxquelles on ne saurait déroger « *par conventions particulières* ». Par conséquence, l'ordre public consisterait-il en un ensemble des dispositions légales impératives, soit un cadre juridique privant la volonté des parties de pouvoir créer des obligations bloquant ainsi l'efficacité et le pouvoir du principe de l'autonomie de la volonté. Donc l'ordre public, dont l'objectif est la protection des intérêts supérieurs de l'état, va inhiber de suite toutes les conventions particulières entre les contractants. Dans cette perspective, l'article 1102 du nouveau Code civil prévoit que : « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* »[379]

[378] Dictionnaire du vocabulaire juridique, Objectif droit, Litec, 2004.

[379] Article 1102 code civil : « 1- Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. 2- *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».*

668. La doctrine a mis plusieurs définitions distinctes mais ayant un même but, c'est l'intérêt supérieur de l'état. Selon M. Malaurie l'ordre public pourra être défini : **«** *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »[380].

669. Pour M. Carbonnier « *l'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu. L'ordre public exprime le vouloir vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats* »[381]. Il ajoute une explication importante que l'ordre public est un rappel à l'ordre imposé par l'état « *aux contractants s'ils veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles* »

670. D'autre part, la jurisprudence en ce sens dévoile que le domaine de l'ordre public ne peut pas être limité aux seules dispositions textuelles.

671. L'ordre public est caractérisée par une nouvelle qualification « *Notion souple* »[382] dont l'étendu va changer et s'évoluer selon les époques et les circonstances, pour cela la jurisprudence affirme que même en absence de texte législatif l'ordre public peut exister par le fait que les juges étatiques peuvent conférer à une règles le caractère de règle d'ordre public pour assurer une protection de l'intérêt auquel la volonté individuelle des contractants ne saurait porter atteinte. Notant que l'ordre public est progressivement modifié en fonction de l'évolution de la société. Toutefois l'application des dispositifs de l'ordre public international conduit à écarter toute législation étrangère[383]

[380] Philippe Malaurie « ***L'ordre public et le contrat*** », thèse, 1953, p. 69, numéro 99
[381] Jean Carbonnier « ***Droit civil : les biens, les obligations*** », Presses universitaires de France, 2004, numéro 984, p. 2037.
[382] F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « ***Droit civil : les obligations*** », Dalloz, 2007, numéro 375, p. 381.
[383] Pierre Mayer « La sentence contraire à l'ordre public au fond »Revue arbitrale. 1994, n°29, p. 639

touchant les valeurs d'une société pour être substituer par la loi du for[384] , cela permettra de déduire qu'il a pour rôle d'encadrer la compétence de l'arbitre lorsqu'il doit statuer en droit.

672. On peut déduire à ce sujet que, la suprématie de l'ordre public national et international va créer un rempart contre l'autonomie de l'arbitrage [385] de façon à restreindre la compétence de l'arbitre sous motif de respecter l'ordre public imposant ainsi des normes impératives même contre la volonté des parties contractants. Cependant les dispositifs des procédures collectives sont empreints d'ordre public, conduisant à une minimisation de la compétence de l'arbitre donc on assiste à une suspicion fortement légitime d'inarbitrabilité des procédures collectives[386] .

b – La consécration de l'inarbitrabilité des procédures collectives en vertu de l'ordre public

673. Dans un recours aux législations du droit positif on trouve deux conditions impératives pour acquérir une convention d'arbitrage valable sous risque que la sentence arbitrale soit annulée par le juge du for, la première est relative à la capacité donnée à une partie de compromettre et la seconde condition est relative à l'arbitrabilité des différends.

674. l'inarbitrabilité légale. Depuis 1972 le code civil français donne une place prépondérante pour l'efficacité dans l'application de l'ordre public sur les matières d'intérêt souverain. Selon l'article 2060 du Code civil affirme :

[384] La loi du for dite aussi lex fori signifie que la loi appliquée est celle du lieu où la juridiction a été saisie
[385]Ph. Fouchard, préface thèse « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », J-B Racine, LGDJ, 1999.
[386]Olivier Caprasse, « Les sociétés et l'arbitrage » : Certaines matières éveillent la méfiance quand il est question d'arbitrabilité car elles sont empreintes de nombreuses dispositions contraignantes », LGDJ, 2002.

« *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

675. Bien que le texte de cet article exclu tout arbitrage pour les litiges où serait partie un commerçant soumis aux procédures collectives, mais il parait clair d'une révision délicate de l'article 2060 qu'il n'est pas interprété littéralement pour une intervention de l'ordre public qu'en cas de certaines matières relative essentiellement à l'état ou à la capacité des personnes. Donc une interdiction aux arbitres de faire juge de l'ordre public et de prononcer sur l'application ou l'interprétation d'une disposition d'ordre public.[387]

676. Le domaine des procédures collectives présente une empreinte manifeste de l'ordre public, ce qui rend justifiable le concept de l'inarbitrabilité légale des procédures collectives

677. Consécration jurisprudentielle. la consécration de l'inarbitrabilité des procédures collectives a pris jour depuis longtemps et s'est évoluée dans le même objectif et esprit justificatif qui tient à l'inarbitrabilité des procédures collectives en vertu de l'ordre public. La cour de cassation française en 1954 s'est prononcée sur ce sujet par un arrêt : *« le compromis est nul chaque fois*

[387] Vincent et Guinchard « Procédure civile » Dalloz, 20e édition, 1981, numéro 1349; Cour cassation commerce, 21 octobre 1981, Revue arbitrale 264, note J. B. Blaise.

que l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public[388] *».*

678. L'objectif principal de cet arrêt de base est de primauté les intérêts sociaux économiques du pays en péril de la volonté des parties contractantes malgré que la conciliation entre la protection des intérêts souverains et le principe de la compétence de l'arbitre et l'autonomie de l'arbitrage soit d'une difficulté qui rend l'inarbitrabilité des procédures collectives un fait réel.

679. Cette inarbitrabilité des procédures collectives en vue de l'article 2060 du code civil démontre d'une façon manifeste la suprématie des procédures collectives sur le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage.

2- les justifications extralégales de soumettre les procédures collectives aux juridictions étatiques

680. Comme c'est déjà interprété auparavant l'inarbitrabilité des procédures collectives signifie que tout litige concernant une procédure collective relève exclusivement de la compétence judiciaire en écartant toute possibilité de recourir aux procédures arbitrales sous l'effet de l'ordre public. En effet d'autres raisons extralégales peuvent être aussi des normes étatique imposant cette inarbitrabilité ou dans un autre sens le recours impératif aux juridictions étatiques.

681. Centraliser les litiges. Afin de centraliser les litiges en relief avec les intérêts supérieurs de l'état on doit arracher les contentieux des procédures

[388] Cassation civile, le 9 février 1954, D. 1954, p. 192.

collectives de toute juridiction privée. Cette centralisation constitue ainsi un obstacle extralégal. Dans l'objectif d'assurer cette protection nationales le code de commerce dans l'article L631-1[389] et L620-1[390] a pris aussi le relai pour confirmer l'importance de l'équilibre sociaux-économiques des sociétés.

682. Cependant la nécessité de centraliser[391] les contentieux affectant les différentes catégories des procédures collectives sous le contrôle des seuls juges étatiques permet d'éviter toute rupture d'égalité des créanciers et de profiter d'une chance de réorganiser les sociétés en difficultés ce qui est risqué en cas de recours à l'arbitre et de plus l'arbitre probablement anéantisse les objectifs de la procédure collective du fait que l'arbitre n'a aucune compétence de contraindre le débiteur qui s'est abstenue de payer pour le créancier.

683. De plus le juge étatique est le seul qui pourra faire une enquête efficace sur la situation du débiteur car il a un large pouvoir de dépasser non seulement le problème de redressement de l'entreprise mais aussi la résolution intégrale du problème. L'enquête lancée par le juge étatique permet de collecter toutes les informations concernant la situation économique et financière de la partie au litige concernant les procédures collectives, ce qui a poussé M. Charles Jarrosson pour qualifier le juge comme d'expert *économique « Le droit des*

[389] **Code de commerce -Article L631-1**: « 2- La procédure de redressement judiciaire *est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L626-29 et L626-30 »

[390] **Code de commerce-Article L620-1**, : « 1- Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*. »

[391], D. Mouralis « L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle » thèse Aix, 2008. Aussi J-B. Racine, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public » , LGDJ, 1999.

procédures collectives est sans conteste un domaine dans lequel le juge apparait aussi très souvent comme un expert économique » [392] .

684. En résumé, la centralisation des contentieux en matière de procédures collectives permet ainsi d'éviter toute sorte de dispersion du contentieux pour objectif de résoudre facilement les litiges et d'accélérer ses règlements.

685. Protection des intérêts publics et des tiers. C'est affirmé que le principe d'inarbitrabilité des procédures collectives reconnue par les législations et la doctrine et la jurisprudence s'explique par l'orientation générale d'assurer une protection des intérêts publics et des tiers lorsque les intérêts de ces derniers sont mis en jeu. Selon certains auteurs[393] en ce sujet « *…. Seul un juge étatique peut ouvrir, surveiller ou clore une telle procédure, décidé de l'admission des créances, du sort des biens du débiteur...*». Alors que M. Vidal qualifiait les procédures collectives pour les entreprises en difficulté comme un jeu de Mikado[394], dans laquelle « *chaque touche d'un élément risque d'avoir une ou plusieurs répercussions sur les autres*[395] ».

686. En outre dans un avis plus avancé, M. Mouralis affirme que les procédures collectives doit défendre les intérêts généraux qui « *transcendent les intérêts des parties à la convention d'arbitrage et des créanciers*[396]» dans l'objectif de conserver la survie des entreprises ou le cas échéant le rebond de

[392] Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », thèse, LGDJ, 1987, p. 89,.
[393], P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international » Litec,1996, p. 359 et suivantes.
[394] Définition dans Wikipédia « Le Mikado est un jeu d'adresse, praticable de 2 à 6 joueurs. Il se compose d'un ensemble de baguettes, longues d'environ 20 cm et effilées aux extrémités, que l'on laisse tomber de façon à ce qu'elles s'enchevêtrent, avant de les retirer, une à une, sans faire bouger les autres »
[395] Dominique Vidal « Procédures collectives et procédures d'arbitrage : quelle rencontre ? » Gazette du Palais, 31 octobre 2009, n° 304, p. 3.
[396] Denis Mouralis « L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle » thèse Aix, 2008.

l'entrepreneur. Cet objectif est qualifié selon M. Racine par « un caractère objectif »[397], dont le but de leur résolution est spécialement l'intérêt de la société. Par conséquence selon M. Cohen, le recours à une juridiction privée aggravera le risque que ces intérêts publics d'être méconnu[398].

687. En résumé, il y a une nécessité de conférer aux juridictions étatiques une compétence exclusive dans les contentieux rapportant sur les procédures collectives. Cependant malgré cette nécessité, l'évolution progressive de la doctrine et la jurisprudence le seul motif de protéger les intérêts publics ne suffit pas à elle seule pour évincer les procédures arbitrales intégralement.

B- L'arbitrabilité restreinte des procédures collectives

688. L'évolution doctrinale et jurisprudentielle présente une tendance vers une acceptation d'une arbitrabilité des contentieux concernant les procédures collectives (1) tout en conservant des limites encadrant cette nouveauté (2).

1 – La portée de l'arbitrabilité des procédures collectives

689. Cette nouveauté induit vers un concept qui limite le principe admis auparavant en considérant que l'attribution d'une compétence exclusive au juge étatique constitue un obstacle aux procédures arbitrales et par la suite une extension des règlements arbitrales aux litiges des procédures collectives.

690. L'évolution jurisprudentielle admet que l'ordre public ne forme pas ipso facto un obstacle au recours à l'arbitrage pour résoudre un litige concernant

[397] J-B. Racine « L'arbitrage commercial international et l'ordre public » LGDJ 1999, p. 111.
[398] Cf, Daniel Cohen, 1993, LGDJ, p. 112.

les procédures collectives (a). De plus sont arbitrables les conventions qui règlent les difficultés affectant les entreprises (b).

a – L'étendu de l'arbitrabilité des procédures collectives

691. Malgré que les procédures collectives soient fortement liées à l'ordre public, l'évolution doctrinale et jurisprudentielle tranche la question vers une compétence encadrée d'une juridiction privée arbitrales en présence d'ordre public (a-1) et une possibilité qu'elles puissent être objet des procédures arbitrales (a-2).

a-1 L'évolution vers l'arbitrabilité des procédures collectives

692. Selon la doctrine évolutive la présence de l'ordre public n'écarte pas ipso facto la compétence de la juridiction arbitrale au profit exclusive des juridictions étatiques pour trancher les litiges concernant les procédures collectives[399] du fait que le rattachement de certaines matières du droit positif n'entraine pas que toutes les règles qui en sortent soient impérativement d'ordre public[400]. Cela s'explique par la caractéristique d'ordre public, déjà cité, comme étant une « Notion souple ». Notant que les procédures collectives préservent sans doute une grande part irréductible d'ordre public.

693. Cette souplesse a été consacrée dans la jurisprudence française en 1950 par le célèbre ***arrêt Tissot***[401] par lequel la cour de cassation a tranché la question du monopole absolu de l'ordre public en affirmant que : « *Il résulte de l'art, 1004 du Code. Pr. Civ ; Qu'il est interdit de compromettre dans les causes intéressant l'ordre publie : Dès lors, n'est pas légalement justifiée,*

[399] P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, p. 359.
[400] Olivier Caprasse, « Les sociétés et l'arbitrage » », LGDJ, 2002.
[401] Cour de cassation commerciale le 29 novembre 1950, arrêt Tissot/ Neff , D. 1951, p. 170

faute de rechercher si le prix de la denrée vendue excédait le cours de la taxe (ce qui, rendant la vente contraire à l'ordre public, eût interdit qu'elle fit l'objet d'un compromis), l'arrêt qui, pour rejeter l'opposition à l'ordonnance d'exequatur de la sentence arbitrale tenant la vente comme valable, se fonde sur ce que l'acheteur a poursuivi la nullité du contrat devant la cour d'appel incompétente pour apprécier une décision arbitrale intervenue en dernier ressort. ».

L'interprétation de cet arrêt permet de conclure que la cour de cassation affirme que la coexistence entre l'ordre public et convention d'arbitrage n'exclut ipso facto la compétence arbitrale au profit des juridictions étatiques.

694. On assiste en ce point à une jurisprudence selon laquelle les dispositions de l'ordre public ne vont plus écarter automatiquement et nécessairement l'arbitrabilité[402]. Dans un arrêt récent en 2015 traitant que les litiges entre opérateurs économiques concernant leur relation commerciale établie sur les dispositifs de l'article L. 442-6 du Code de commerce sont par contre arbitrables et les juridictions étatiques ne sont pas compétente. L'action confiée par ce texte au ministre chargé de l'économie et au Ministère public constitue effectivement une action autonome pour des fins de protection du` marché et de la concurrence.

695. Dans les faits de cet arrêt : « *Alors, d'autre part, subsidiairement, que la clause stipulée entre les sociétés Scamark et CCO prévoyait la compétence d'un arbitre pour « les différends qui viendraient à naître à propos de la*

[402] Cour d'Appel de Paris, 19 mai 1993, sté Labinal c/ stés Mors et Westland Aerospace, « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ». Cassation Commerciale, le 14 janvier 2004 - Sté Prodim et autres c/ Sté Evolys - n°02-15.541, Bull., 2004, IV,n° 10, p. 12.

validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat » ; que le champ d'application de la clause était ainsi circonscrit à l'interruption ou la résiliation du contrat conclu et n'incluait pas le litige relatif à la rupture de la relation commerciale établie dans son ensemble ; qu'en écartant le recours en annulation de la société Scamark contre la sentence arbitrale, qui avait retenu la compétence de l'arbitre pour trancher un litige de rupture de relation commerciale établie, lequel excédait pourtant le champ d'application restreint de la clause compromissoire relative à la « résiliation du présent contrat », la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 1134 du code civil, ensemble l'article 1492 du code de procédure civile »[403].

a-2 La consécration d'une compétence arbitrale encadrée en présence d'ordre public

696. Certaine minime doctrine, comme M. J-B Racine[404], s'est passée vers une nouveauté extrémiste en considérant que les dispositifs de l'article 2060 sont devenus inutiles du fait que cet article est loin d'être efficace dans l'application juridiques faute de son détachement de toute réalité et nécessité d'existence d'où la nécessité d'abolir cet article. Mais cette perception ne trouve pas l'unanimité et reste valable jusqu'au nos jours. Néanmoins l'intervention des dispositifs arbitraux en présence de l'ordre public reste très restreinte et concerne strictement certaines matières dans certaines conditions.

[403] Cour de cassation, civile, 1ere Chambre, le 21 octobre 2015, 14-25.080, Publié au bulletin
[404] J-B Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », Revue arbitrale, 2005

697. Par une simple revue des articles du code Civil, on se rend compte que l'interprétation rendu par M. Racine, sur le respect de l'ordre public, repose sur l'article 6[405] du code civil et non plus sur l'article 2060 du Code Civil.

698. Sans doute que certains litiges sont soumis exclusivement à la compétence des juridictions étatiques mais cela ne se traduit pas par une exclusion ipso facto des juridictions arbitrale pour simple raisonnement logique que la compétence exclusive ne se traduit pas obligatoirement par une compétence d'ordre public. Plusieurs législations du droit positif pourront attribuer à une juridiction l'extension de la connaissance dans certains types de litiges, en dérogeant ainsi aux règles habituelles de compétence, sans prohiber les parties au procès d'avoir recours volontairement a une autre juridiction que ce soit étatique ou privée[406].

699. Selon M. Savatier qui indique que « *l'octroi d'une compétence exclusive n'opère qu'une répartition à l'intérieur de l'organisation judiciaire, et ne vise pas ipso facto l'arbitrage qui se place en marge de cette organisation* »,[407] du fait que le caractère impératif de la compétence exclusive n'évincera pas automatiquement et sans discussion la compétence de la juridiction arbitrale qui constitue le fruit du consentement et de la volonté mutuelle des parties contractants.

700. Notant que les conventions d'arbitrages ne sont pas soumises à des prorogations conventionnelles pour raison que l'arbitrage constitue un mode de juridiction privée ayant des règlements qui lui sont propres pour statuer un

[405] Article 6 code civil Créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803 « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Legifrance
[406] H. Sinay, J.C.P., 1958.I.1451, explication de la notion de compétence exclusive
[407] Cf, Doyen Savatier Note Dalloz, 1954.407

litige. Encore le respect des législations pour l'attribution impérativement a une compétence pour une juridiction précise, c'est pour but que la loi prévoit une importance à cette juridiction et qui est plus approprie pour régler le litige mieux que les juridictions étatiques, cela est pratiquement applicable à l'arbitrage qui forme une particularité comme étant un mode de règlement privée[408].

701. Par ailleurs, l'arbitre est tenu d'appliquer de son propre les règles impératives de l'ordre public au litige soumis à l'arbitrage. Cependant la convention d'arbitrage valable oblige l'arbitre de sanctionner la violation à l'ordre public[409].

702. Cette évolution doctrinale et jurisprudentielle de l'appréciation de l'arbitrabilité dans certaines circonstances les litiges relevant des procédures collectives constitue une reconnaissance de l'arbitrage par la justice étatique donc donné une compétence pour la juridiction arbitrale dans les contentieux des procédures collectives. Tout cela sous la condition imposée sur l'arbitre, en parallèles, de respecter les règles impératives d'ordre public.

b- L'encadrement du recours aux procédures arbitrales dans le domaine des procédures collectives

703. En dépit de l'attribution de compétence exclusivement dans l'intérêt des juridictions étatiques, l'évolution doctrinale et jurisprudentielle admettent le pouvoir aux arbitres de statuer sur des contentieux concernant les règles du droit des procédures collectives. Néanmoins, cette faculté n'est sûrement pas

[408] Cour de cassation 7 février 1958, J.C.P., 1958.II.10777, note Motulsky
[409] Olivier Caprasse, dans « Les sociétés et l'arbitrage » », LGDJ, 2002. : *L'arbitre doit appliquer l'ordre public, voire sanctionner sa violation.*

sans limites, donc elle aborde deux catégories des litiges en relief avec les procédures collectives citant, les litiges purement contractuels (b-1) et le traitement conventionnel des entreprises en difficultés (b-2).

b-1- L'arbitrabilité des litiges contractuels conclus avant l'ouverture des procédures collective

704. La première catégorie des matières arbitrables dans le domaine des procédures collectives englobe les litiges d'ordre contractuel entre débiteur et les tiers, à condition que les relations contractuelles entre les parties contractantes, naissent en dehors des règles exclusivement attributives aux procédures collectives[410]. Selon M. Ancel[411] dans le domaine des matières liées aux procédures collectives, deux exemplaires types des litiges contractuels arbitrables sont :

- Les litiges sont purement contractuels.
- les demandes en paiement d'une somme d'argent.
- les actions en résolution du contrat conclues avant l'ouverture d'une procédure collective.

705. Par conséquence les litiges qui ont pour origine des différends purement contractuels avant l'ouverture des procédures collectives même si les matières de ce litige sont liées aux procédures collectives, s'échappent de la compétence exclusive des juridictions étatiques même s'il existe un lien avec les procédures collectives à condition que ces contrats naissent avant l'ouverture de la procédure collective.

[410] Pierre Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », Revue arbitrale. 1987, p. 127-132.
[411] J-B. Racine « L'arbitrage commercial international et l'ordre public » LGDJ 1999

b-2 la soumission des traitements conventionnels liés aux procédures collectives à l'arbitrage

706. Dans la mondialisation économique et ses controverses financières, le souci de législateur français était de préserver une stabilité sociaux-économiques.

707. L'évolution économique et de plus la nouvelle apparue du concept dite « entreprise » ont forcé les législateurs d'aujourd'hui, du fait de leur situation sociaux-économiques et politiques, à promulguer des réformes législatives propres[412]. Dans ce contexte le droit de la faillite[413] connaît ainsi des mutations profondes qui tiennent au changement de paradigme dans l'objectif de garantir la paix par la sécurité dans l'interaction entre sujets eux-mêmes, et entre sujets et objets, dans une tentation de prévoir ou d'anticiper les difficultés en toute sérénité.

708. Dans une action préventive et pour conserver les entreprises en difficultés le législateur a promulgué la Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 dans l'objectif de créer par l'article L610-1 et suivant du code commerce des règlementations pour offrir aux entrepreneurs en difficultés des législatives plus souple afin de fortifier la continuité de ces entreprises en difficulté et pour optimiser la probabilité de leur redressement judiciaire et leur sauvegarde à travers ces règlementations dites « «les procédures collectives ».

709. Dans ce contexte, on doit distinguer entre deux situations pertinentes pour permettre ainsi aux traitements conventionnels liés aux procédures

[412] Georges RIPERT « Les forces créatrices du droit » 2eme édition. L.G.D.J., 1955, n° 25, p. 71.
[413] On emploie le terme faillite dans ce paragraphe comme un terme générique pour désigner les procédures collectives dans les matières nationales et qui a conservé la même nomenclature en matières internationales.

collectives d'être soumises à une juridiction arbitrale, excluant la compétence exclusive de la juridiction étatique. Donc après l'ouverture des procédures collectives la première condition est la cessation de paiement et la seconde est l'absence de cessation de paiement. Dans le second cas, en absence de cessoin de paiement, la formation d'un traitement conventionnel est valable car les modalités de ce contrat conventionnel est similaire à ceux de la convention arbitrale du fait que ces deux conventions reposent sur fondement contractuel.

710. Selon M. Vidal[414] , ils sont arbitrables les litiges tenant de l'accord amiable ou des dispositifs d'une conciliation valable qui ont pour objectif primordial d'anticiper la destruction des sociétés en difficultés. Notant que ces deux conventions ne constituent pas vraiment des procédures collectives.

711. Alors que selon le même auteur, qui constatait que les processus de sauvegarde et de redressement judicaires, deux catégories des procédures collectives, ne peuvent pas conduire vers l'assignation d'un traitement conventionnel du fait qu'ils peuvent être mise en œuvre même en absence de cessation de paiement.

2- Inarbitrabilité des cas spécifiques dans le domaine des procédures collectives.

712. Dans cette rubrique on va analyser l'influence juridique des procédures collectives qui rend certains litiges inarbitrables au motif de leur nature (a) et encore à raison de leur source extrinsèque aux procédures collectives (b).

[414] Professeur Dominique Vidal « les procédures collectives et procédures arbitrales ; quelle rencontre ? » Gazette de palais, 31 octobre 2009 numéro 304

a- Inarbitrabilité des litiges au motif de leur nature

713. Bien que l'ordre public n'exclue pas ipso facto la compétence arbitrale comme c'est déjà prévu précédemment. Selon M.Vidal certaines matières sont intrinsèquement inarbitrables car cette inarbitrabilité est inhérente à la matière en raison de leur nature[415]. Evidemment, la protection des tiers, étrangers à la relation contractuelle du débiteur, devient obligatoire lorsque leurs intérêts sont risqués ce qui constitue un obstacle à la juridiction arbitrale. D'autre part M. Racine[416] considère que les litiges épuisant leur origine de la procédure collective et les litiges sous l'influence juridique des procédures collectives sont soumis impérativement à l'attribution exclusive de la compétence des juridictions étatiques.

714. De ce fait, c'est cette compétence exclusive des juridictions étatiques, et non pas du fait de l'ordre public[417], qui va évincer la compétence de la juridiction arbitrale de prononcer sur l'ouverture d'une procédure collective d'annuler les actes conclus pendant la période suspecte et de se prononcer sur la qualification ou la nature de la créance[418] faute de l'incompétence de l'arbitre de pouvoir appliquer une règle spécifique à la faillite.

715. Par conséquence on assiste à une double inarbitrabilité des litiges en ce sujet d'une part en raison de leur nature et l'autre des fortes répercussions

[415] Professeur Dominique Vidal « les procédures collectives et procédures arbitrales ; quelle rencontre ? » Gazette de palais, 31 octobre 2009 numéro 304
[416] J-B Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », Revue arbitrale, 2005
[417] Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », Revue arbitrale. 1998, p. 471 et suivante.
[418] Jean-Baptiste. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1999, p. 111 et s.

imposées par les procédures collectives donc de l'impact de ces procédures collectives[419].

b - L'arbitrabilité des litiges d'origine extrinsèques aux procédures collectives

716. Bien évident les litiges arbitrables devront être subordonnés au respect des règles d'ordre public des procédures collectives. La capacité d'invoquer l'inarbitrabilité est double, soit par une partie concernée soit par la juridiction étatique statuant sur le litige. Notant que dans l'arbitrage international peut invoquer d'office l'inarbitrabilité mais il reste de résoudre la problématique de déterminer la loi applicable au litige pour qu'il soit arbitrable ou pas.

717. En droit français l'application de l'article 2060 code civil ne passe pas sans des difficultés du fait de l'ambiguïté sur l'application aléatoire de l'ordre public lorsqu'elle parle de : « et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Cette ambiguïté se traduit par le fait que l'ordre public considère que le litige peut être soumis à la juridiction arbitrale alors que cette dernière sera évincée dans autre litige par imposition des règles impérativement applicable.

718. Dans le cas où l'ouverture d'une faillite contre une partie au processus de l'arbitrage international s'est déroulée dans un pays étranger à la France, la désignation de loi applicable reste l'obstacle pour déterminer l'arbitrabilité d'un litige ou pas.

[419] Voir, J-B. Racine, op. cit, p 114 et suivante.

719. D'une façon générale, en défaut de choix de la loi applicable le tribunal arbitrale doit statuer sur l'arbitrabilité du litige par, référence à l'ordre public international, selon la loi du lieu du siège de l'arbitrage[420] . Donc si le siège de l'arbitre réside en France et l'ouverture des procédures collectives s'est déroulé à l'étranger, la loi française sera applicable pour statuer sur l'arbitrabilité du litige. Cependant l'arbitre est libre de statuer sur l'arbitrabilité du litige en prévoyant les règles d'ordre public international du lieu de l'exécution de la sentence arbitrale[421] sans admettre la loi du siège de l'arbitre.

720. En résumé, le litige est inarbitrable s'il dérive directement et proprement des procédures collectives ou bien de l'impact des procédures collectives qui imposent manifestement sur ce litige une influence juridique.

II- L'impact des procédures collectives en cas de concomitance avec l'arbitrage.

721. une situation de confusion se réalise lorsqu'on se trouve devant un doublé de procédure. L'enchevêtrement entre des procédures collectives et arbitrales a différente effet selon la chronologie de mise en œuvre de l'instance arbitrale et des procédures collectives. Dans un objectif de bien analyser cette confusion il serait nécessaire de voir les incidences des procédures collectives d'une part en cas d'une instance arbitrale ouverte antérieurement (A) d'autre part déterminer les conditions dans lesquelles l'ouverture d'une instance est valable en cours des procédures collectives (B) pour en finir avec l'étude de

[420] Bernard Hanotiau, « La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure », Rev. droit. aff. Int. 1996 p 33 et s
[421] En ce sens, Idem p. 34

l'applicabilité des conventions d'arbitrages qui sont conclues antérieurement à l'ouverture de la procédure collective (C).

A- Le sort d'une instance arbitrale ouverte antérieurement aux procédures collectives.

722. L'existence d'une instance arbitrale ouverte antérieurement reste-t-elle résistante aux procédures collectives sur l'arbitrage (1), et de voir si cette résistance est-t-elle limitée ou bien elle est absolue donc une suspension temporaire ou définitive (2).

1- La résistance de l'instance arbitrale antérieure aux procédures collectives.

723. Selon M. Mouralis, une possibilité de mener en parallèle[422] et simultanément une procédure collective et une procédure arbitrale, est légal. Cette interprétation était dissuadée par la doctrine surtout selon M. Vidal qui considérait qu'on ne peut parler de parallélisme entre ces deux procédures puisqu'elles se rencontrent[423] en certains points lors de leur déroulement en concomitance, en affirmant que *« …Drôles de parallèles puisqu'il advient en pratique que les deux procédures se rencontrent… ».* Donc ces deux procédures ne se méconnaissent pas au moment où elles se déroulent en concomitance.

724. Selon M. Fouchard l'influence de la procédure collective peut affecter le déroulement de l'instance arbitrale mais pas dans le sens contraire, ce qui a

[422] Denis Mouralis « L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle » thèse Aix, 2008, p. 389 et s.
[423] Voir Dominique Vidal « les procédures collectives et procédures arbitrales ; quelle rencontre ? » Gazette de palais, 31 octobre 2009 numéro 304

incité cet auteur a posé la notion de relation en sens unique[424] entre ces deux procédures.

725. L'ouverture d'une procédure arbitrale, entre les parties du litige à une convention arbitrale, antérieurement à l'ouverture de l'une des procédures collectives, procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, pose le problème de maintien de la continuité de déroulement de l'instance arbitrale . Par conséquence l'instance arbitrale pourra-t-elle amener à une sentence arbitrale ayant une force exécutoire ?

726. Le code de commerce français respect la procédure arbitrale antérieur aux procédures[425] collectives du fait lorsqu'il exclût la convention arbitrale de la liste exhaustive énumérée dans l'article L632-1 du code de Commerce[426] qui annule les actes qui étaient conclues dès la date de cessation de paiement. Par conséquence, cette convention arbitrale valable, inclue dans un contrat reconnu indispensable à une activité, reste opposable aux différents entités qui naissent de ces procédures collectives (en exemple l'administrateur judiciaire,

[424] Voir Philippe Fouchard « Arbitrage et faillite », Revue arbitrale 1998, p. 473

[425]Voir Pascal Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », Revue arbitrale 1987, p. 130 et s.

[426] Code de commerce français, article L 632-1 : « *I - Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 1- Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ; 2- Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ; 3- Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; 4- Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ; 5- Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil (1), à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ; 6- Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ; 7- Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ; 8- Toute autorisation, levée et revente d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent code; 9- Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du code civil.*
II - Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements. ».

le mandataire judiciaire, au liquidateur, au débiteur, de-même aux créanciers, ainsi qu'au repreneur).

727. D'ailleurs M. Fouchard confirme une notion importante en considérant que « *la clause compromissoire est un acte de gestion normale en matière commerciale et doit être respectée*[427] » et cela conduit à dire que l'arbitre continu à poursuivre les procédures arbitrales en dépit de l'ouverture postérieur de l'une des procédures collectives. Par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective postérieure à l'instance arbitrale, caractérisée par une cessation de paiement du débiteur et même en défaut de cette cessation, ne peut pas anéantir les dispositifs d'une procédure arbitrale en cours.

728. L'ancienne jurisprudence étatique[428] et des nombreuses sentences arbitrales[429] vont dans ce sens, sous l'objectif général du respect de la volonté traduite dans la convention d'arbitrage, qui statuait sur la survie de la convention d'arbitrage lors de l'ouverture postérieur d'une procédure collective et l'instance arbitrale résiste et demeure opposable aux différents acteurs de cette procédure collective.

729. Dans une jurisprudence récente en 2020, Un arrêt de la cour de cassation chambre commerciale[430] vient pour statuer sur le sort de la convention d'arbitrage et les règles applicables en matière de procédure collective :

---

[427] Cf, Philippe Fouchard, « Arbitrage et faillite », Revue arbitrale 1998, p. 486 et p. 487, n° 35.
[428] Cassation civile. Chambre commerciale, 10 janvier 1984, n°83-10066, Revue arbitrale 1984, p. 492
[429] Cf, CCI, n° 6057 de 1991 qui a énoncée que « …. Le tribunal arbitral constate que quel qu'en soit le stade actuel, la liquidation de l'entreprise ne saurait le dispenser de rendre sa sentence…. »
[430] Cassation civile chambre commerciale. Le 26 février 2020, n° de pourvoi 18-21.810- Inédit.

« *1- ALORS QUE le juge, tenu par les termes du litige, ne peut modifier la qualité en laquelle une des parties s'est présentée ; qu'en retenant que si Me E… se prévaut de sa qualité de représentant des créanciers de la société Les Glénan, il exerce, en vérité, les droits du débiteur dessaisi, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile.*

2- ALORS QUE le liquidateur qui sollicite la réparation du préjudice subi par l'ensemble des créanciers n'exerce pas les droits du débiteur dessaisi mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ; qu'une clause compromissoire, stipulée au contrat de franchise conclu entre le débiteur et le franchiseur, est manifestement inapplicable à un tel litige ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1448 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 622-20 et L. 641-4 du code de commerce. ».

730. L'arrêt retient à bon droit que le liquidateur exerce les droits et actions, non pas du débiteur dessaisi mais au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, sur le fondement du contrat et que la clause compromissoire est en conséquence manifestement inapplicable au litige. Par conséquence, l'application des dispositifs de la convention d'arbitrage à une action du liquidateur dépend ainsi de la nature de l'action. Le liquidateur est devant deux situations, soit il exerce les droits et actions de la société en liquidation et la clause n'est pas manifestement inapplicable[431], soit le liquidateur agit en qualité de représentant des créanciers et la clause est manifestement

[431] Cour de cassation Civile, le 1 avril 2015, n° 14-14.552, *Torelli c/ StévGFC Construction*, Dalloz actualité le 21 avril 2015, observation Delpech ; RTD civ. 2015. 614, obs. H. Barbier ; Cah. arb. 2015. 303, note A. Sarah ; les Procédures 2015, n° 6, p. 21, obs. L. Weiller ; RLDC 2015, n° 127, p. 17, obs. M. Desolneux ; JCP 2015. 1152, note L. Weiller ; Rev. arb. 2015. 1171, note L. Weiller.

inapplicable au litige[432]. En l'espèce, lorsque le liquidateur judiciaire demande la nullité d'un acte sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1, I, 2°, du code de commerce, il ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers de sorte que la clause compromissoire stipulée à l'acte litigieux est manifestement inapplicable au litige. Alors le liquidateur qui exerce les droits et actions de la société en liquidation, pour poursuivre l'exécution d'un contrat contenant une clause compromissoire, est irrecevable à saisir la juridiction étatique.

731. Donc on assiste à une reconnaissance de la convention arbitrale par les pouvoirs publics qui permettent le maintien de l'instance arbitrale nonobstant la présence des limites à cette reconnaissance.

732. Comme c'est déjà prévue, les litiges relevant des différends propres aux procédures collectives dont leur source est considéré comme extrinsèque au contrat sont désormais qualifiés comme inarbitrable en raison de leur nature ou bien en raison de l'influence juridique des procédures collectives. Par conséquent, une instance arbitrale est ouverte antérieurement ne donne pas aux arbitres évidemment la compétence de statuer des litiges qui sont dès lors inarbitrables.

733. Par ailleurs, une procédure collective ouverte soudainement en cours d'une procédure arbitrale qui reste opposable et elle jouit d'une

[432] Cour de cassation Civile, le 17 nov. 2015, n° 14-16.012, *Sté Carrefour proximité France c/ Sté Perin Borkowiak*, Dalloz actualité le 30 novembre 2015 obs, Lienhard ; AJCA 2016. 43, obs. M. de Fontmichel ; Rev. Sociétés 2016. 198, obs. P. Roussel Galle ; RTD com. 2016. 334, obs. A. Martin-Serf ; *ibid*. 696, obs. E. Loquin ; Cah. arb. 2016. 49, note H. Barbier

reconnaissance des institutions publiques mais cette procédure collective postérieure forme une limite affectant l'exécution de la sentence arbitrale. Ainsi, la cour d'appel de Paris[433] a interprété le sort de la sentence arbitrale en fonction de l'ouverture postérieur d'une procédure collective, et précisément sur la procédure d'*exequatur* de cette sentence. La cour d'appel a évoqué que :

> « ……. *Les principes de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, du dessaisissement du débiteur et de l'interruption de l'instance en cas de procédure d'insolvabilité, sont à la fois d'ordre public interne et international.*
>
> *Ils impliquent, en premier lieu, que lorsqu'une sentence arbitrale rendue à l'étranger a condamné au paiement d'une somme d'argent un débiteur à l'égard duquel une procédure collective est ouverte par un jugement ultérieur, le créancier ne peut solliciter son exequatur en France qu'après avoir déclaré sa créance.*
>
> *En second lieu, la sentence ne pouvant être contestée, conformément aux dispositions de l'article 1525 du code de procédure civile, que par la voie de l'appel de l'ordonnance d'exequatur et pour les motifs énumérés par l'article 1525 du même code, il appartient au créancier de solliciter l'exequatur, lorsque la vérification des créances fait apparaître une contestation à l'égard de laquelle le juge commissaire n'est pas compétent. L'exequatur prononcé dans de telles circonstances, ne peut avoir pour objet que la reconnaissance et l'opposabilité en France de la sentence. Il ne saurait, sans méconnaître le principe d'arrêt des poursuites individuelles, rendre exécutoire une condamnation à paiement. »*

[433] Cour d'appel de Paris, le 14 mai 2019 nº 17/09133.

734. On constate désormais que l'ouverture postérieure des procédures collectives est susceptible de poser ainsi une forte influence aussi sur la procédure d'***exequatur*** d'une sentence rendue antérieurement à l'ouverture de la procédure. L'ordonnance d'exequatur, postérieurement à la déclaration des passifs, échappe donc au grief de violation des principes susvisés d'ordre public international en ce qui concerne son effet de reconnaissance et d'opposabilité en France de la sentence mais la cour d'appel affirme l'impossibilité de lui donner une force exécutoire pour une condamnation à paiement de sommes d'argent. Donc dans le cas de l'ouverture d'une procédure collective postérieure au prononcé de la sentence il s'oppose à ce que le juge étatique lui octroie la force exécutoire, par conséquence, l'ouverture d'une procédure collective entraine une modulation des effets de l'***exequatur***.

735. La date de début de mise en œuvre l'instance arbitrale. Plusieurs interprétations doctrinales fluctuelle sur la date de démarrage de l'instance arbitrale que soit dès sa signature ou l'accord des arbitres désignés pour accomplir la mission. Dans la matière des procédures collectives il devient nécessaire de déterminer la date de l'instance arbitrale pour permettre de préciser si elle est ou non préalable à l'ouverture d'une procédure collective.

736. Pour en tirer une conclusion à ce sujet, la jurisprudence française a pris le relais pour préciser cette date. Ainsi la cour d'appel de Paris considérait que le point de départ de l'instance arbitrale est la date de réception de la demande[434] présentée aux arbitres par le demandeur lié au contrat ou est insérée la clause compromissoire et précisément avant l'ouverture de la

[434] Cour d'appel de Paris, le 30 mars 1999, Consorts de Coninck c/ M. Zanzi et société Torelli ès qual., Revue. Arbitrale. 2003, p. 207

procédure collective. Cet arrêt exclu intégralement la doctrine qui considéré comme point de départ la date de l'acceptation des arbitres de la mission. Cette solution a été approuvée par certain doctrine comme M. Loquin qui considéré que cette solution permettra de différencier le lien d'instance de l'existence de la juridiction arbitrale et que la demande d'arbitrage suffisait pour préciser l'objet du litige et sa cause[435] , mais cela ne fait pas l'unanimité car par cette solution les parties ont la liberté de choisir le point de départ selon leur propre intérêt [436].

737. La cour de cassation dans un arrêt rendu en 2004 en ce sujet a pris une autre version d'interprétation en considérant que « *l'instance arbitrale est en cours à partir du jour où le tribunal est définitivement constitué, donc à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission*[437] ». cela signifie que la date de l'instance arbitrale ne peut être précisée du seul fait de la constitution du tribunal arbitral mais en subordination avec l'acceptation par les arbitres de leur mission en appliquant l'article 1452 du nouveau Code de procédure civile[438] .

738. Cependant, certains auteurs ont interpréter ce sujet d'une autre vision qui consiste que l'introduction de l'instance provoque la constitution du tribunal arbitral, donc on assiste à une coïncidence entre le début de l'instance et la demande d'arbitrage par l'une des parties[439].

---

[435] Cf, Eric Loquin, Revue trimestrielle de droit commercial 1999, p. 650.
[436] En ce sens, Ph. Fouchard, Revue Arbitrale. 2003, p. 207 et suivantes
[437] Cour de cassation civile, le 30 mars 2004 - Rambour ès qual. Eta. c/ Sté Frabaltex, numéro 01-11.951, Bulletin civil de la Cour de cassation 2004, I, numéro 98, p. 79
[438] Article 1452 NCPC : « 1- La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée. L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties ».
[439] Conformément à la thèse de P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., n° 1211 et 1225.

739. Par conséquence cet arrêt exergue sur trois notions pour déterminer la date de point de départ de l'instance arbitrale par un fusionnement dans un temps unique[440] soit la saisine du tribunal arbitral et sa constitution ainsi que l'acceptation par les arbitres de leur mission donc ces trois notions se diffèrent par la nomenclature mais se convergent sur une même signification. Notant que la notion de l'acceptation de la mission est le point d'appui et peut résumer en-elle-même les deux autres notions.

740. Cependant la Haute juridiction en 2006 approuve d'une manière constante[441] que le tribunal arbitral est considéré connaitre d'une affaire au moment où il est définitivement constitué dès lors les arbitres ont accepté leur mission et la jurisprudence[442] affirme qu'il n'est pas possible d'y déroger.

741. Cette nécessité de préciser le point de départ de l'instance arbitrale est dans l'objectif pour déterminer l'influence de l'ouverture d'une procédure collective postérieurement à l'instance arbitrale. En effet, une disposition légale[443] prévoit l'interruption temporaire de l'arbitrage en cours, dès lors qu'une procédure collective est ouverte cela permet de déterminer les règles à mettre en œuvre. D'ailleurs, l'interruption de l'arbitrage est une règle légale inapplicable à conditions de l'existence d'une instance arbitrale antérieure à l'ouverture d'une procédure collective.

---

[440] Thomas Clay, Recueil de jurisprudence Dalloz. 2004, p. 3183, En ce sens, J. Vallasan, Act. proc. coll. 2004, n° 112, « il doit y avoir assimilation entre la saisine de l'arbitre et sa mise en place ».

[441] Cour de cassation Civile, le 25 avril 2006 - Sté SCF c/ Sté Chays Frères - n°05-13.749, Bull. civ. 2006, I, n° 197, p. 173.

[442] En ce sens, Cour de cassation civile, le 30 mars 2004 - Rambour ès qual. Eta. c/ Sté Frabaltex - n° 01-11.951, Bul. Civ. 2004, I, n° 98, p. 79; D. 2004, p. 1425, Cass. Civ. 1re, 25 avril 2006 - Sté SCF c/ Sté Chays Frères - n°05-13.749, Bull. civ. 2006, I, n° 197, p. 173, G. Chabot, LPA, 27 juin 2006, n° 127, p. 18.

[443] Article L 622-21 Code de Commerce : « I- Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L 622-17 et tendant : à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ».

742. Cette nécessité de préciser le point de départ de l'instance arbitrale était invoquée par la jurisprudence française par deux arrêts qui se convergent sur un même objectif. La cour de cassation a évoqué le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles qui va interdire la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, après l'ouverture de la procédure collective sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances. Aussi bien, la cour de cassation retient que le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable[444].

743. Néanmoins, une disposition légale[445] prévoit que l'ouverture d'une procédure collective conduit à une suspension temporaire de l'arbitrage en cours. La détermination de la date de l'instance arbitrale en cours permet d'interpréter la suspension ou l'interruption de l'arbitrage à conditions que l'arbitrage est antérieur à l'ouverture d'une procédure collective.

2- Interruption de l'instance arbitrale lors d'ouverture d'une procédure collective

744. Dans l'étude de l'interruption de l'instance arbitrale lors d'ouverture d'une procédure collective, il convient de voir la modalité (a) de cette interruption et ses objectives (b)

[444] Cour de cassation commerciale, 2 juin 2004 le Bulletin civil n° 112

[445] Article L 622-21 (I) Code Commerce. : « I -*Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L 622-17 et tendant : à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ».

a- La modalité de cette interruption

745. Interruption temporaire. Selon M. Loquin, lorsqu'une procédure collective est ouverte en France contre l'une des parties à un litige en cours d'arbitrage, la convention d'arbitrage continue de lier le débiteur et elle reste opposable à tous les créanciers aussi aux organes dérivants de la procédure collective et ainsi qu'aux éventuels repreneurs qui poursuivent le contrat contenant la clause compromissoire[446].

746. Cependant, dans le cas de l'ouverture de la procédure collective postérieur à une instance arbitrale, la situation est la même comme si le litige avait été porté, dès avant le jugement d'ouverture, devant une juridiction étatique. L'instance arbitrale en cours va être interrompue jusqu'au moment où le créancier poursuivant entame la déclaration de sa créance: elle sera reprise de plein droit, le mandataire judiciaire et dans le cas échéant par l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan dûment appelés. Donc l'instance arbitrale va poursuivre son rôle et reste opposable au juge étatique. Néanmoins, la procédure arbitrale est temporairement contrariée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

747. Notant que, Même en cas d'arbitrage international, l'ouverture d'une procédure collective en France oblige le tribunal arbitral d'appliquer les règles françaises comme étant loi de police qui régit la situation d'une coexistence entre procédure arbitrale et procédure collective. La loi française s'impose alors en tant que loi de police au tribunal arbitral. L'application de la loi française devient plus impérative si le siège de l'arbitrage ou bien la

[446] Cf. Eric Loquin, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1024, Litiges arbitrables, numéro 53 à 64

sentence qui doit produire des effets sont en France. Donc l'existence et l'efficacité de la juridiction arbitrale sont toutes les deux subordonnées au respect du droit français.

748. Ce qui est évidant, l'ouverture d'une procédure collective va créer une influence unilatérale sur le déroulement de l'instance arbitrale, mais pas le contraire, qui se caractérise par l'interruption de l'arbitrage par le fait de l'ordre public et dans certaines circonstances et conditions, alors que l'ouverture d'une procédure arbitrale ne va pas perturber en quelque sorte le déroulement de la procédure collective.

749. L'interruption de l'instance arbitrale en cours lors de l'ouverture d'une procédure collective trouve son fondement dans *deux catégories de cause* en relief avec la procédure collective, soit la situation du débiteur soit la nature de l'action du créancier.

750. la situation du débiteur. En révisant le nouveau code de procédure civile, les dispositions de son article 1471[447] qui régit l'interruption de l'instance arbitrale nous renvoie aux articles 369 à 372 NCPC du chapitre II – titre XI intitulé « *L'interruption de l'instance* ». Le plus intéressant dans notre sujet sont les dispositives de l'article 369 alinéa 3 NCPC [448] qui énumère clairement les causes de l'interruption de l'instance arbitrale en y exclamant l'effet du jugement qui prononce la sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire dès lors où il va emporter une assistance ou un

[447] **Article 1471** Nouveau Code de procédure Civile : « L'interruption de l'instance est régie par les dispositions des articles 369 à 372 »

[448] Article 369 nouveau Code de procédure civile « L'instance est interrompue par : « *3- l'effet du jugement qui prononce la sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire dans les causes où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur* »

dessaisissement du débiteur. Selon M. Mouralis, qui précise que cette interruption ne peut avoir comme champ d'application que les instances en relations avec les droits patrimoniaux du débiteur[449] .

751. Cette interruption se manifeste dans le cas où un débiteur ayant besoin au moins d'être assisté. Dans le cas d'une liquidation judiciaire le débiteur est dessaisi de toute sorte de gestion pour son patrimoine et ses biens[450] alors que le redressement judiciaire implique seulement la présence d'une assistance administrative dans la gestion mais sans dessaisissement du débiteur[451].

752. Une question délicate se pose concernant la procédure de sauvegarde qui a pour objectif d'affronter les problèmes du débiteur en prévoyant en avance des solutions et d'assistance. La désignation d'un administrateur pour aider ou surveiller ou assister le débiteur étant facultative et par conséquence cela n'entraine pas un dessaisissement du débiteur mais malgré cette interprétation, l'article 369 NCPC considère la procédure de sauvegarde comme étant une procédure d'assistance du débiteur, ainsi la doctrine la considère même en l'absence d'administrateur[452]. De ce fait la procédure de sauvegarde entraine une interruption de l'instance arbitrale par respect du principe d'égalités des créances.

---

[449] Denis Mouralis « L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle » thèse Aix, 2008, p. 394. Aussi N. Fricerao, J-Cl-Procédure Civil., p.678, n°19

[450]Article L 641-9 Code de Commerce « I. - *Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur »*

[451] Article L 631-12 Code Commercial : «Outre les pouvoirs qui leur sont conférés par le présent titre, la mission du ou des administrateurs est fixée par le tribunal »

[452] Denis Mouralis, op. cit, p. 395, « …. L'article 369 du Code de procédure civile s'applique certainement à la procédure de sauvegarde, dans la mesure où elle emporte assistance du débiteur... ».

753. Action des créanciers. Les législations françaises par une multiple modification du code de commerce ont soigneusement interprété le mode d'interrompre les procédures arbitrales en fonction de la complexité de l'action des créanciers qui constitue un organe de la procédure collective. En révisant le code de commerce, l'article L622-21 alinéa I[453] interdit d'une façon définitive toute action en justice demandée par les créanciers des dettes rapportant aux droits des patrimoniaux du débiteur dès lors la date du jugement de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde surtout dans le cas d'une demande de condamner le débiteur à payer une somme d'argent ou une résolution d'un contrat conclu entre créancier et débiteur pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

754. Notant que le créancier organe de la procédure collective doit présenter ses demandes contre son débiteur dans le contrat qui comporte une clause compromissoire ce qui résulte que l'instance arbitrale n'est pas interrompue dans le cas où la procédure collective est ouverte contre un tiers étranger à la clause compromissoire. L'interruption de l'instance arbitrale n'est que dans l'intérêt de l'application du principe d'égalité des créanciers.

755. De même les articles L 631-14[454] et L 641-3[455] du Code de commerce imposent les mêmes dispositions lors d'une décision judiciaire rendue à ouvrir

[453] L'article L 622-21 code commerce : « I -*Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L 622-17 et tendant :1) A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2) A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ».*

[454] Article L 631-14 alinéa 1 Code Commerce : « Les articles L. 622-3 à L. 622-9, à l'exception de l'article L. 622-6-1, et L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, sous réserve des dispositions qui suivent »

[455] Article L 641-3 alinéa 1 Code de Commerce : « Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de sauvegarde par les premier et troisième alinéas du I et par

une procédure de redressement ou une procédure de liquidation judiciaire, par renvoie dans les deux articles cités à l'article L 622-21 du Code de commerce.

756. Cependant la procédure arbitrale comme étant procédure de juridiction constitue une action en justice. Ainsi lorsque la demande soumise à l'arbitrage implique un litige affectant le patrimoine du débiteur[456] en le contrariant à payer ou à perdre une somme d'argent, l'instance arbitrale en cours, en appliquant le principe de l'arrêt des poursuites individuelles, va subir une interruption temporaire.

b- Les objectifs de cette interruption

757. L'interruption de l'instance arbitrale constitue une situation de fin provisoire du procès arbitrale en raison de la survenance d'une procédure collective lié à la situation financière d'une partie qui est le débiteur dans le contrat contenant la clause compromissoire. Ces procédures collectives vont interrompre le lien juridique d'instance et le mettre en veilleuse dans un but de protection des créanciers par le principe d'égalité des créanciers dont la situation est affectée par cet événement.

758. L'objectif principal de l'interruption de l'instance arbitrale est de permettre à un organe ayant une capacité et une compétence de permettre assister le débiteur et en cas de dessaisissement du débiteur lui conférer une représentation devant l'instance arbitrale. Dès lors, deux situations majeurs se mettent en œuvre, l'une présume que le principe de l'interruption temporaire va imposer aux créanciers de faire une déclaration de leurs créances devant le

le III de l'article L. 622-7, par les articles L. 622-21 et L. 622-22, par la première phrase de l'article L. 622-28 et par l'article L. 622-30 ».

[456] Pascal Ancel, « *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985* », Revue arbitrale 1987, p. 131.

juge-commissaire, et cette déclaration obligatoire des créances par tous les créanciers devant le juge-commissaire permet à ce dernier d'identifier la valeur du passif du débiteur et par conséquence de traiter les créanciers aux pieds d'égalité[457]. La seconde situation consiste dans le fait que l'assistance ou le dessaisissement du débiteur pour être représenter ou surveiller durant l'instance arbitrale confère à ce débiteur une protection de ses intérêts et de le défendre d'une façon appropriée.

759. Notant que, le fait que le créancier parti à l'instance arbitrale après sa déclaration au passif du débiteur et cela est justifié légalement devant la juridiction arbitrale[458], cette dernière reprendra immédiatement son rôle de statuer exclusivement sur le montant de la créance sans y avoir selon la jurisprudence[459] française aucune compétence de condamner le débiteur dans l'objectif de garantir une égalité entre les créanciers. Donc la condamnation du débiteur à payer la créance et en vertu d'une sentence arbitrale finale va impérativement méconnaitre le principe d'égalité des créances et de suite ruiner toute possibilité d'une sauvegarde ou de redressement judiciaire de cette entreprise débitrice.

760. En résumé, cette interruption même temporaire met en relief le fait de la prédominance des procédures collectives qui dans certains conditions rend cette interruption définitive.

[457] Voir, Denis Mouralis, op. cit
[458] Philippe Fouchard, « Arbitrage et faillite », Revue arbitrale 1998, p. 488 et suivantes.
[459] Voir, Sentence CCI numéro 7205, 1993, Journal de droit international 1993, page 1054.

B- Les dérogations à l'interdiction de compromettre en cours d'une procédure collective

761. Selon le principe général, l'ouverture d'une procédure collective inhibe tout recours à la procédure arbitrale. Néanmoins, d'une part on constate que ce principe connait des exceptions de diverse origine qui permettent ainsi de compromettre en cours d'ouverture d'une procédure collective.

762. Fondement légale de ce principe. Le législateur français par le code de commerce a exprimé clairement sa volonté d'imposer le principe de l'interdiction de compromettre en cours de la procédure collective. Ainsi l'article L 622-21 (I) du Code de commerce comporte deux volets de conditions lors d'ouverture d'une procédure collective, le premier vise à interdire toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et le second si cette action en justice tend à condamner le débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à résoudre un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Par conséquence, la juridiction arbitrale comme étant une action en justice privée serait interdite postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective et de ce fait l'interdiction aux organes de la procédure collective de compromettre est justifiable.

763. La doctrine française a interprété ce concept en différente forme. Selon M. Ancel[460] l'approche de cette interdiction de compromettre en cours d'une procédure collective est fiable avec le principe de la centralisation des

[460] Cf, Pascal Ancel « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », Revue arbitrage. 1987, p. 128 et suivantes.

contentieux des procédures collectives, ce qui signifie une attribution de compétence exclusivement aux juridictions étatiques.

764. Une autre interprétation de cette interdiction ; M. Clay[461] considérait que si le recours à l'arbitrage peut constituer un acte de gestion bénéficiale à l'entreprise saine mais il ne serait pas évident pour les entreprises en difficulté. Néanmoins, certains auteurs se focalisent sur la qualification de l'action en justice interdite en cours de procédure collective, selon M. le Corre[462] qui considère que : « la gravité de certains actes pour l'entreprise justifie leur interdiction, tant pour l'administrateur judiciaire que pour le débiteur ». Ainsi que M. Fouchard[463] considère qu'après l'ouverture de la procédure collective le recours à compromettre ne peut pas être traité dans le cadre d'une simple opération de gestion mais c'est un grave acte qui pourra affecter le patrimoine du débiteur ou démolir le principe de l'égalité des créanciers.

765. Par conséquent, le principe de l'interdiction de compromettre imposé aux organes de la procédure collective est justifiable en premier lieu par l'interdiction légale dérivant du code de commerce et en second lieu par l'interprétation doctrinale qui considère le fait de compromettre constitue un acte grave qui altère le patrimoine du débiteur et par ce fait démolir les objectifs majeurs des procédures collective promulguer par le législateur et protéger par l'ordre public.

[461] En ce sens, Thomas Clay, « L'arbitre », Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001, p. 175 et s
[462] Professeur Pierre-Michel Le Corre « Droit et pratique des procédures collectives » Dalloz action, 2009, n°422-11. Voir, C. Saint-Alary-Houin, « Droit des entreprises en difficulté » Montchrestien, 6eme édition. p.316, n°535
[463] Philippe Fouchard, « Arbitrage et faillite » Revue. arb. 1998, p. 493, n°51. 6

766. Dérogations au principe de l'interdiction. Néanmoins, en se basant sur les interprétations et les argumentations précédentes, l'interdiction de compromettre postérieurement à une procédure collective peut connaitre deux sources de dérogations essentielles dont la première est la volonté des organes de la procédure collective de compromettre alors que la seconde tient sa force d'une habilitation du juge - commissaire.

767. la volonté des parties à la procédure collective. Selon les articles surtout l'article L 622-21 du Code de commerce déjà précités, le principe de l'interdiction légale d'ouvrir une procédure arbitrale en cours d'une procédure collective est incontestable et cette interdiction s'étend même aux organes de la procédure collective de compromettre d'une façon individuelle.

768. Nonobstant l'obligation légale de ce principe, les parties intéressées dans cette procédure collective peuvent se consentir en manifestant leur intention et leur volonté expresse de soumettre leur litige à une juridiction arbitrale. Mais cette faculté est conditionnée par le fait que le compromis aura lieu sur un litige qui par sa nature est arbitrable et il est d'ordre contractuel pur et particulièrement n'est pas relié d'une façon directe avec la procédure collective. Donc l'interdiction imposée sur les organes de compromettre en cours de la procédure collective peut être justifiable non seulement par la présence d'une disposition légale mais par la nature propre de l'acte qui prévoie saisir l'institution arbitrale. Donc les acteurs de la procédure collective ont la faculté de compromettre uniquement sur les litiges qui s'excluent de la compétence attributive des juridictions étatiques.

769. Ce raisonnement est appuyé par M.Ancel qui considère que le débiteur en cours d'une procédure collective n'a pas le droit de compromettre du seul

fait que le litige n'est pas lie aux dispositions de la procédure collective. De plus, le débiteur dès l'ouverture de la procédure collective perd ses capacités civiles du fait de son dessaisissement en cas de liquidation et redressement judicaire ce qui lui interdit de compromettre sans être contrôler par l'assistance de l'administrateur ou du liquidateur qui vont se voir accorder ou non ,selon les circonstances, la possibilité de compromettre sur habilitation judiciaire. [464].

770. Par conséquence la volonté des acteurs de cette procédure collective de soumettre leur litige à une juridiction arbitrale retire la cause et la raison « le concept d'égalité des créanciers » par laquelle se manifeste cette interdiction mais il ne reste pas à elle seule la détermination de cette dérogation.

771. Dérogations par habilitation du juge – commissaire. Le recours à compromettre en cours d'une procédure collective ne reste pas sans répercussions du fait que le compromis est par nature un acte d'action même soumis à l'autorisation du juge-commissaire qui va altérer la consistance du patrimoine du débiteur en produisant un déséquilibre au principe de l'égalité des créanciers. Notant que le compromis dans certaines circonstances constitue une nécessité dans l'intérêt de la masse des créanciers et de plus pour un redressement rapide pour l'entreprise en difficulté[465] .

772. L'évolution législative concernant l'autorisation du juge commissaire dans la possibilité de compromettre en cours de procédure collective date depuis la loi de 13 juillet 1967 qui a subi plusieurs modifications jusqu'à la

[464] Voir, Pascal Ancel, op.cit., p. 128 - 129 et suivantes
[465] P-M Le Corre « Droit et pratique des procédures collectives » Dalloz action, 2009, page 289 et suivantes

loi du 25 janvier 1985 qui est abrogée le 21 septembre 2000. Concernant ce sujet les articles du code de commerce français sont applicables dans nos jours. Les différentes législations ont essayé de prévoir des habilitations judicaires dans le but d'assouplir la rigidité des dispositions des procédures collectives par le fait de laisser passer aux certains acteurs de la procédure collective la possibilité de compromettre sous conditions de recevoir une autorisation du juge commissaire et parfois l'homologation du tribunal. Par conséquence, cette habilitation permet de franchir l'interdiction légale pour atteindre la possibilité de compromettre sur les litiges arbitrables.

773. Le législateur français en 2005 dans le code de commerce a consacré cette solution dans la liquidation judiciaire. Selon l'article L 642-24 alinéa 1 le liquidateur peut, avec l'autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. Selon le même article alinéa 2, cette autorisation du juge commissaire est soumise à l'homologation du tribunal en fonction de la valeur de l'objet du compromis[466].

774. Cette habilitation est applicable dûment à la période d'observation du redressement judiciaire, et elle est de même obligatoire dans le cadre de la période d'observation d'une procédure de sauvegarde qui dans cette période le débiteur n'est pas soumis à un dessaisissement de l'administration de son patrimoine. En révisant l'article L 622-7 (II) du Code de commerce entré en

[466] Art L 642-24 al 2 : « Si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal, le compromis ou la transaction est soumis à l'homologation du tribunal ».

vigueur depuis 2005 et qui dispose que: « *le juge commissaire peut autoriser* ***le débiteur*** *à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger* ».

775. Notant que par une simple comparaison entre les dispositions actuelles de cet article et celles avant la modification en 2009[467] on constate qu'avant la modification l'autorisation du juge commissaire peut être donnée que ce soit pour le chef d'entreprise - le débiteur et/ou au administrateur tout en tenant compte du fonctionnement de l'administrateur comme étant une mission d'assistance, de surveillance ou de représentation[468] .

776. Par conséquence, la possibilité de compromettre en cours des procédures collectives subordonnées à l'autorisation du juge commissaire et l'homologation du tribunal manifestent la prédominance des procédures collectives, cependant dès l'acquisition de cette autorisation du juge commissaire, la compétence des arbitres retrouve sa place et son efficacité.

C- L'applicabilité des conventions d'arbitrages conclues antérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

777. une convention d'arbitrage conclue antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective est soumise aux dispositifs de l'article L622-21 du code de commerce qui dispose que « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance*

[467] Ancien article L622-7 du code de commerce : « le juge-commissaire peut autoriser **le chef d'entreprise ou l'administrateur** à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à compromettre ou transiger ».
[468] P-M Le Corre « Droit et pratique des procédures collectives » Dalloz action, 2009, p. 289 et suivantes.

n'est pas mentionnée au I de l'article L 622-17 et tendant soit à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, soit à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ».

778. En parallèle de cette interdiction légale de recourir à une juridiction arbitrale en cours d'une procédure collective, la jurisprudence a consacré cette interdiction dans un arrêt de la cour de cassation en 2004[469] en se basant sur l'article L622-21 du code de commerce qui énonce :

« *Attendu que pour statuer ainsi, l'arrêt retient que la règle d'ordre public de la suspension des poursuites individuelles et l'obligation pour le créancier de se soumettre à la procédure de vérification des créances ne s'opposent pas à la mise en œuvre de la clause d'arbitrage pour l'opération de constitution du tribunal arbitral, celui-ci étant, en application de l'article 1466 du nouveau Code de procédure civile, seul juge pour statuer sur la validité et les limites de son investiture ;*

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

779. Donc on est devant une primauté de la procédure collective qui par principe interdit tout acte d'action postérieurement à l'ouverture de la

[469] Cour de cassation commerciale, 2 juin 2004, Sté Gaussin et a. c/ Sté Alston Tower Turbomachines- N° de pourvoi 02-13.940, Bull. civ. 2004, IV, n° 112, p. 115

procédure collective y compris la convention d'arbitrage constituant une action de droit privé.

780. Néanmoins la question se pose lorsque la convention d'arbitrage était conclue alors que le débiteur était dans la situation « *in bonis*[470] » puis ultérieurement le débiteur est soumis au règlement judicaire. Après le jugement déclaratif, le litige sur l'exécution de contrat sera-t-il de la compétence d'une juridiction étatique ou arbitrale ?

781. Sans aucun doute, la convention d'arbitrage existe chronologiquement en priori de l'ouverture de la procédure collective donc l'habilité et la capacité du débiteur de compromettre est légalement valable, mais la problématique c'est de savoir si le principe de l'autonomie de cette convention d'arbitrage reste encore valable et applicable postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, et dans ce cas se demander si elle reste opposable à la masse des créanciers et aux différents acteurs de la procédure collective.

782. La convention d'arbitrage est un acte conclue entre le débiteur et les créanciers pour mettre tous les litiges provenant d'un contrat qui est conclu antérieurement sous la compétence d'une juridiction arbitrale pour résoudre ces litiges. Cependant, l'ouverture d'une procédure collective n'induit pas à anéantir impérativement tous les actes qui sont conclus antérieurement au dessaisissement. De ce fait, en principe la convention d'arbitrage reste opposable aux acteurs de la procédure collective en raison de non résolution

[470] Selon Serge Braudo Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles « "In bonis" est une expression d'allure latine, qui caractérise la situation de celui ou de celle qui jouit de l'ensemble des droits d'usage et de disposition que le Droit lui confère sur son patrimoine. A cette position s'oppose celle des personnes qui ayant été placées sous le régime de la liquidation judiciaire sont déchues des droits de disposer de leurs biens qui constituent le gage de leurs créanciers

de ce compromis de plein droit après le jugement déclaratif et la vérification des créances est déjà effectuée.

783. Donc la convention d'arbitrage comme acte antérieur à l'ouverture de la procédure collective n'est pas affecté mais la mise en œuvre de son exécution est interrompue en raison des disciplines collectives imposées par la procédure collective. Cependant la convention d'arbitrage doit respecter et se concilier avec le principe de vérification des créances ainsi que la suspension des poursuites individuelles pour que la procédure arbitrale ressaisie le litige afin de se prononcer sur le montant dû de la créance. Dans ce cas il y a une application de la notion « *mutatis mutandis »*[471]. Les règles qui ont été dégagées à propos des litiges qui relèvent de la compétence d'une juridiction privée autre que la juridiction étatique qui est chargée de la procédure collective[472].

784. Néanmoins, le tiers qui se prétend créancier du débiteur n'a pas le pouvoir de saisir la juridiction arbitrale directement. Mais il devra attendre le jugement déclaratif. Dans le cas où le créancier n'est pas admis, ou en cas d'une admission d'un montant moindre que sa prétention, dès lors le créancier pourra ainsi présenter une réclamation, et le tribunal chargé de la procédure collective après étude va décider si la réclamation est de la compétence de la juridiction arbitrale qui va être saisie pour trancher ce litige et de suite , ne pourra statuer que sur le principe et sur le montant de la créance, à condition

[471] En écartant les différences pour rendre la comparaison possible. ***Mutatis mutandis*** est une locution latine, signifiant littéralement « ce qui devait être changé ayant été changé » et que l'on pourrait traduire de façon plus actuelle par « une fois effectuées les modifications nécessaires ». Cette locution indique donc au destinataire que l'on va procéder à une analogie, à un rapprochement de deux situations similaires, dont on écartera consciemment ces dissemblances « devant être changées » pour que ce rapprochement puisse être opéré.

[472]Robert et Moreau, « L'arbitrage, droit interne, droit international privé », 5ème édition, 1983, nº 167; Boisseson, « Le droit français de l'arbitrage », Jurid. Joly, 1983, nº 317 et s.

de ne pas condamner le débiteur à exécuter, du fait de la suspension des poursuites individuelles.

785. Cependant, on est devant une approche chronologique plutôt que hiérarchique qui va primer cela signifie que le fondement de cette primauté repose sur l'antériorité de l'ouverture de la procédure collective qui interrompe la procédure arbitrale mais non pas sur le caractère de l'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles[473], donc l'application des dispositions de l'article L622-21 ne signifie qu'il faut prévaloir la règle des poursuites sur la règle de compétence – compétence.

786. Cette justification trouve une explication dans le fait qu'il n'existe aucune raison pour une soustraction des instances arbitrales aux règles restrictives qui sont imposées par la discipline collective[474]. Donc la primauté des procédures collectives en cours sur les procédures arbitrales temporaire jusqu'au la fin de la procédure déclarative et de la vérification des créances la convention d'arbitrage retrouve son empire ainsi que l'instance arbitrale revient à statuer sur le litige en ce qui concerne seulement le montant de la créance et non pas la condamnation du débiteur.

787. La jurisprudence française avait minutieusement prononcé à maintes reprises sur la concomitance entre des procédures collectives et la procédure arbitrale surtout sur le sort et l'applicabilité de la convention d'arbitrage postérieurement à l'ouverture des procédures collectives et elle affirme l'interruption des procédures arbitrales en présence du principe de l'arrêt des

[473] Voir, Touchent « petites affiches », 21 juillet 2004 N° 145, page 15 et suivantes. ; Aussi Lienchard, Dalloz 2004 act. Jur., page 1732
[474] En ce sens, Monsèrié-Bon, « Droit et patrimoine » 2004, N° 130, page 119.

poursuites individuelles mais la procédure d'arbitrage peut ultérieurement réclamer l'incompétence du juge-commissaire, car une fois le juge commissaire a vérifié la régularité de la déclaration des créances il perdra sa compétence de connaitre une contestation qui fait l'objet d'une clause compromissoire et il doit se déclarer incompétent si la clause compromissoire est valable et n'est pas manifestement nulle ou inapplicable. On va procéder de suite sur quatre arrêts de la cour de cassation interprétant cette situation.

788. La première affaire[475]. En 2004 la cour de cassation a rendu la sentence suivante *: « le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture sans qu'il soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances ».*

789. La décision de la cour de cassation est justifiable car elle se base sur le principe de suspension des poursuites individuelles prévues à l'article L.621-40 du code de commerce[476]. La Haute cour[477] souligne, encore une fois, sur le caractère d'ordre public interne et international qui régissait le principe d'arrêts des poursuites individuelles et met en relief l'indissolubilité des liens entre l'arrêt des poursuites individuelles et la déclaration des créances.

[475] Cour de cassation commerciale, du 2 juin 2004, 02-13.940, Publié au bulletin 2004 IV N° 112 p. 115
[476] Article L621-40 du code de commerce : « I. - Le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant: 1) A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2) A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.
II. - Il arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles
III. - Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence suspendus
[477] Cassation civil, 5 février 1991, n° 89-14.382, Société Almira films c/ M Pierrel, ès qualités de liquidateur de la société, Aussi Cassation. Civil, 8 mars 1988, n° 86-12.015, Société Thinet et Cie et autre c/ M Labrely, syndic de la liquidation des biens de la société revêtement du sol, dite SRS

790. La deuxième affaire[478], la Cour de cassation avait considéré que « *lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicables* ».

791. La cour de cassation justifie sa décision en se basant sur les dispositifs de l'article L. 621-104 du Code de commerce[479], qui rend au juge commissaire la faculté de statuer sur l'admission et rejection des créances ainsi que de constater son incompétence dans le cas où la matière objet du litige ne rentre pas dans la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure collective[480].

792. Par conséquence, le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne va pas priver la convention d'arbitrage relative à une créance antérieure régulièrement déclarée de son efficacité.

793. La troisième affaire. En 2015 la cour de cassation de commerce française a rendue l'arrêt suivant[481] :

[478] Cour de cassation commerciale**,** le 2 juin 2004 - Sté Industry et autres c/ Sté Alstom Power Turbomachines - n° 02-18.700, Bull. civ. 2004, IV,n° 110, p. 114.
[479] Article L621-104 du code de commerce : « Au vu des propositions du représentant des créanciers, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence »
[480] Cour de cassation commerciale, 19 mai 1998, n° 96-13.958, Société OCP Répartition c/ Pharmacie Pottiez**,** Publié au bulletin
[481] Cour de cassation commerciale, **l**e 17 novembre 2015, N° de pourvoi: 14-16012 publie dans Legifrance

1° ALORS QU'il appartient à l'arbitre et à lui seul de se prononcer par priorité, sous le contrôle seulement a posteriori du juge de l'annulation ou de Vexequatur, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ; que l'application de la convention d'arbitrage peut être revendiquée contre des tiers au contrat dans lequel elle est insérée, ou bien confrontée à des règles de compétence internes d'ordre public, en particulier contre le liquidateur se substituant au débiteur dessaisi pour agir en son nom, dans le cadre d'une action en nullité et en allocation de dommages-intérêts ; qu'en l'espèce, pour rejeter les exceptions d'incompétence soulevées par la société CARREFOUR PROXIMITE FRANCE au profit du tribunal arbitral et retenir la compétence du juge de la faillite, la cour s'est bornée à retenir que la convention contestée de résiliation était intervenue pendant la période suspecte ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité ou la nullité manifeste de la clause compromissoire, seule susceptible de faire échec au principe de " compétence-compétence ", la cour a privé sa décision de base légale au regard des articles 1466 et 1458 du code de procédure civile, ensemble du principe de " compétence-compétence " ;

2° ALORS QUE l'action du liquidateur en indemnisation des conséquences de l'annulation d'un contrat, prétendument déséquilibré et signé pendant la période suspecte, relève de la compétence des tribunaux de droit commun ; qu'à défaut de tout constat d'inapplicabilité ou de nullité manifeste de la clause compromissoire, il appartenait au seul tribunal arbitral de se prononcer sur l'étendue de sa propre compétence ; qu'en se soustrayant à cette compétence, la cour a excédé ses pouvoirs et violé les articles 1466 et

1458 du code de procédure civile, ensemble le principe de " compétence-compétence "

794. La quatrième affaire. La cour de cassation civile a aussi statué sur ce sujet dans un arrêt rendu en 2015[482] **:**

Alors que, si le créancier du débiteur failli est tenu de procéder à la déclaration de sa créance auprès du juge-commissaire sans pouvoir, à ce stade, soulever l'existence d'une clause compromissoire, il peut, en revanche, le faire à l'occasion de la contestation de ladite déclaration, devant le juge-commissaire et, en appel, devant la cour d'appel et ce, quel que soit l'objet de la contestation, que celle-ci porte sur la régularité de la déclaration ou sur le bien-fondé de la créance ; qu'au cas présent, pour considérer que la société GFC CONSTRUCTION n'aurait pas renoncé à la clause compromissoire en s'abstenant de la soulever à la fois au moment de sa déclaration, mais également au moment de la contestation de cette déclaration, devant le juge-commissaire puis devant la cour d'appel, la cour d'appel a affirmé que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdisait la saisine du tribunal arbitral avant la vérification de la créance dès lors que le contentieux de la contestation n'aurait porté que sur la régularité de la déclaration et non sur le bien-fondé de la créance ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1234 du code civil ;

795. Notons que, En droit interne français, le terme de « faillite » n'est plus employé depuis la Loi du 25 janvier 1985[483] : l'expression officielle est celle de « procédures collectives de redressement ou de liquidation judiciaires ».

[482] Cour de cassation civile, le 1 avril 2015, 14-14.552, Publié au bulletin 2016, n° 840, Com., n° 518

[483]Ou uniquement dans un sens très étroit visant des sanctions professionnelles prononcées contre les dirigeants d'une entreprise en difficultés

Cependant, en droit international privé, on continue de désigner par le mot « faillites » des procédures judiciaires de traitement organisé de la défaillance d'un débiteur. Cette persistance du terme faillite révèle que dans le cadre d'une procédure internationale, le redressement de l'entreprise en difficultés est plus rarement envisagé et que l'on privilégie le paiement des créanciers. Ainsi que, le règlement communautaire du 29 mai 2000 dans son premier article, emploie l'expression « procédures d'insolvabilité » pour désigner les *« procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic* ».

796. En conclusion le sort de la clause compromissoire en cas d'ouverture de procédure collective peut être subdivisé en trois catégories de questions [484] différentes mais reliées dans leur finalité surtout en cas de faillite ou des procédures collectives.

797. <u>Première question.</u> La Clause compromissoire face au syndic de faillite cause une problématique est de savoir si la clause compromissoire conclue avant la déclaration en faillite du débiteur est-elle opposable au syndic de faillite ?

798. La jurisprudence considère que le débiteur reste en principe lié par la convention d'arbitrage qui reste opposable à ses créanciers et aux organes de la faillite[485]. Cette solution doit être approuvée : le conflit concerne l'exécution d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure collective et

[484] Pr. Nammour Fady, «Droit et Pratique de l'arbitrage Interne et international » 3éme édition, 2009
[485] Cass. com. 12 février 1985, Rev. arb. 1985, p. 275, note P. ANCEL

cette dernière n'a pas d'influence sur la contestation qui se serait de toute façon produite ; la clause compromissoire peut être considérée comme un acte de gestion normale et à ce titre doit être respectée.[486] Cependant, l'opposabilité de la clause aux organes de la faillite ne se conçoit qu'à propos des litiges nés du contrat qui la contient. On ne saurait l'étendre aux litiges directement nés de l'ouverture de la procédure collective[487]. La clause compromissoire est étrangère à ces litiges et par conséquent, l'arbitre était incompétent pour en connaître. En effet, les litiges opposant le débiteur-failli et les organes en charge de la procédure de la faillite, sont étrangers à la mission arbitrale et échappent dans tous les cas au domaine de la clause d'arbitrage[488].

799. **<u>Une deuxième question,</u>** est de savoir quelle est l'influence de la faillite sur la compétence même de l'arbitre ? Doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que la simple déclaration de la faillite n'emporte pas en elle-même ipso facto l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage[489].

800. D'une part, la règle de l'exclusivité de la compétence du tribunal de première instance du lieu du principal établissement commercial n'exclut pas, par principe, la compétence de l'arbitre pour connaître des litiges entre le débiteur et son créancier[490]; ainsi, l'arbitre reste compétent pour connaître des litiges nés des contrats antérieurs contenant une clause compromissoire[491].

[486] Paris 1e ch., 30 mars 1999, D 1999
[487] Cass com. 14 janvier 2004 et 2 juin 2004 (2 arrêts) Rev. arb 2004, 2e esp. p 596 note P. ANCEL ; JCP G 2004, act. n°69 p 173 et act. n°283 p 1104 ; Act. Proc. Coll. n°6, 26 mars 2004 n°77 obs. N. FRICERO
[488] P. ANCEL, JCL Proc. civ. Arbitrage, v° Convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables
[489] P. ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, préc. n°26 et s
[490] P. ANCEL note Rev. arb. 2004 p 596s spéc p 600 ; JCP G 2004 Act n°283 p 1104
[491] Cassation civile, le 2 juin 2004, arrêt, préc., 3e esp

801. D'autre part, si l'arbitre reste compétent, c'est parce qu'il lui revient de se prononcer sur sa propre compétence. Ainsi dans son arrêt du 2 juin 2004, la Haute Cour approuve la Cour d'appel qui a constaté que « *la clause d'arbitrage n'était pas discutée quant à sa validité et a rendu que le juge commissaire, saisi d'une contestation, ne pouvait se déclarer compétent* »[492]. En effet, le cas contraire, c'est-à-dire, au cas où la validité de la clause compromissoire est contestée, il appartient à l'arbitre, par priorité, de se prononcer sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire[493]. Néanmoins, si le tribunal arbitral est compétent pour apprécier sa propre compétence, il est « beaucoup plus difficile d'admettre qu'il puisse avoir barre sur une juridiction d'Etat et soit habilité à trancher sur la compétence de cette dernière »[494] . Par conséquent, il y a lieu d'appliquer à l'arbitrage interne la règle générale en vertu de laquelle la juridiction compétente pour juger en appel de la compétence du juge commissaire est la cour d'appel[495].

802. **<u>Une troisième question,</u>** est de savoir quelle est l'influence de la faillite sur le déroulement de la procédure arbitrale ? Plus particulièrement, la règle de la cessation des poursuites individuelles sera-t-elle appliquée ? Le créancier à l'action arbitrale devra-t-il se soumettre à la procédure de vérification des créances relevant du juge-commissaire ? Si le tribunal arbitral a été constitué avant le déclenchement de la procédure arbitrale, celui-ci reste compétent pour statuer sur la créance litigieuse mais « il ne pourra le faire

[492] Cassation commerciale, le 2 juin 2004, Rev. arb. 2004, 1ère et 3e esp. Arrêts préc.
[493] Cassation commerciale, le 4 mars 2003, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 1849, J. n°151, 31 mai 2003, p. 20
[494] J. BÉGUIN, Chronique de droit de l'arbitrage JCP 2008, I 164; A. LIENHARD D. 2008 p 478
[495] Cass. com. 22 janvier 2008, JCP G 2008, I-164 nº4 obs. J. BÉGUIN; LIENHARD obs. préc.; Rev. arb. 2009 p 145 note P ANCEL. V. Cass. com. 10 octobre 1995 D 1996, somm. 87 obs. A. HONORAT; arrêts préc.

qu'en respectant les règles très particulières qui, dans les procédures collectives régissent les actions en justice contre le débiteur »[496]. L'instance arbitrale en cours, sera « suspendue »[497] pendant le temps nécessaire à la déclaration de la créance. Ensuite, elle sera reprise mais « tendra uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leurs montants » selon l'article L. 621-41 Code de Commerce.

803. Il en résulte que : « L'arbitre ne pourra que constater que le demandeur a une créance et fixer son montant, mais il ne pourra pas condamner le débiteur à la payer : le paiement s'effectuera nécessairement en suivant les règles propres à la procédure collective »[498].

804. En revanche, si le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué au jour de l'ouverture de la procédure de faillite, celui-ci ne peut plus être régulièrement constitué qu'à l'issu de la déclaration par le juge – commissaire de son incompétence à connaître du bien-fondé ou mal-fondé de la créance vérifiée après sa déclaration et ce, en vertu du principe de la compétence-compétence[499]. Ce faisant, la Haute Cour indique la chronologie à respecter : d'abord, il faut déclarer la créance, ensuite vérifier la créance sous l'autorité du juge-commissaire. Par la suite, celui-ci doit déclarer son incompétence pour trancher le litige relatif à la créance ; enfin, les parties procéderont à la constitution du tribunal arbitral afin qu'il statue sur le litige relatif à cette créance[500].

---

[496] P. ANCEL, note préc

[497] Conformément à l'article 503 du code de commerce libanais et art. L 621 – 40 et L. 621-41 Code commerce français.

[498] Pascal AnceL note préc. Et les arrêts cités ; Philippe Fouchard, Revue arbitrale, 1998. p 490

[499] Cassation chambre commercial. 14 janvier 2004 et 2 juin 2004, préc.

[500] Voir, JCP G 2004, Act n°283 p 1104. Sur la question : Cf. P. ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev. arb. 1983 p 255 modification après la loi française de 1985, Rev. arb. 1987 p127 ; Ph. FOUCHARD, Arbitrage et faillite, Rev. arb. 1998 p 471 ; note et chronique de jurisprudence, Rev. arb. 2003 p131 et p 207;

805. En résumé, la possibilité d'ouvrir une procédure arbitrale en cours d'une procédure collective est faisable d'une part en cas de la volonté des organes de la procédure collective de compromettre sous autorisation du juge commissaire d'autre part en vertu d'une convention d'arbitrage conclue antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective mais qui doit respecter certaines conditions comme la vérification des créances et le jugement déclaratif et la non condamnation du débiteur. Donc il n'y a pas une méconnaissance entre les procédures collectives et arbitrales malgré que leur coexistence semble parfois être un véritable rapport de force où prédominent temporairement les procédures collectives en raison de son influence sur le déroulement de l'instance arbitrale que sur l'ouverture d'une instance arbitrale. Cependant cet assujettissement est imparfait puisque l'instance arbitrale va résister souvent à condition que l'arbitre ne perturbe pas les principes fondamentaux des procédures collectives. Donc ce raisonnement conduit à uniquement une hiérarchisation des règles où prédominent forcement les procédures collectives. De cela, la paralysie temporaire des effets de la convention d'arbitrage par les procédures collectives, qui sont applicables sur la créance du contrat principal, affecte le principe de l'autonomie de la clause compromissoire et démontre une fois de plus la notion de « séparabilité » de la clause compromissoire.

806. Donc la primauté des règles des procédures collectives en matière d'arbitrage interne règne or l'arbitre risque de voir sa sentence rendue nulle par défaut de respect de l'ordre. Alors en matière internationale, lors d'une

H. CROZE et Y. REINCHARD, Procédures collectives et arbitrage : Conseils pratiques aux parties et aux arbitres, JCP E et A, 2005 nº567; D. MOURALIS, L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèles, thèse Aix 2008

procédure collective ouverte en France les règles françaises s'appliquent automatiquement. Mais la difficulté apparait en ce sujet dès lors de l'ouverture d'une procédure collective en dehors du territoire français, dans cette situation les règles françaises des procédures collectives sont encartées et deviennent inapplicables sauf en cas d'exécution de la sentence arbitrale en France ce qui rend cette primauté imparfaite et ne peut être qualifié d'absolue et de ce fait cette justice privée redonne un renforcement à l'autonomie de la clause compromissoire.

Section II- La garantie autonome dans la procédure collective

807. L'idée fondamentale réside ici dans le fait que la spécificité de la garantie autonome signifie une inopposabilité des exceptions. Le garant, la banque, évidement ne peut pas solliciter les exceptions tirées de sa relation avec le donneur d'ordre ou celles dérivantes du rapport entre donneur d'ordre et bénéficiaire pour en faire sortir un refus de paiement pour le bénéficiaire. Donc même en cas de caducité ou si le contrat de base est affecté par des vises de consentement la créance de la garantie doit être impérativement payable lors de l'appel du bénéficiaire sauf en cas de fraude manifeste et d'abuse de droit d'où l'existence de cette indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

808. Cependant l'indépendance n'est pas toujours absolue dans le rapport entre l'obligation du garant et du donneur d'ordre en présence des procédures collectives où cette indépendance n'est pas totalement applicable. Le dirigeant dans le cadre de procédure collective va saisir en vitesse les juridictions compétentes pour prévenir la déchéance de l'entreprise afin de préserver en premier lieu les emplois et en second lieu de couper le chemin

sur les créanciers pour ne pas se retourner contre eux en qualité de garant. Les dirigeants dans leur intérêt personnel vont tenter de bénéficier de la suspension des poursuites dès lors de l'ouverture d'une procédure collective, du fait que le législateur prévoit que le donneur d'ordre d'une garantie peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts. Donc il y a une remise en cause du principe de l'indépendance entre l'obligation du donneur d'ordre, partie débiteur d'une procédure collective, et le garant généralement une banque.

809. Dans cette hypothèse précise on se trouve devant des règles spéciales, et le garant, étant une personne physique, ne peut pas se prévaloir du principe d'inopposabilité des exceptions. Cela nous conduit dans cette section à interpréter le sort de la créance d'une garantie autonome en cas de procédures collectives (I), l'influence du principe d'arrêt du cours des intérêts sur cette garantie autonome (II) et les interférences entre procédure collective du débiteur principal et celle du garant (III).

I- Le sort de la créance d'une garantie autonome dans la procédure collective

810. Dans une analyse de l'évolution législative concernant les sûretés et les procédures collectives, le législateur en 1994 a fait preuve d'une grande empathie à l'égard de la sûreté personnelle du débiteur principal bénéficiant d'une procédure collective. Cette sûreté a acquis la faculté de se prévaloir de la même suspension des poursuites que le débiteur principal bénéficie durant la période d'observation qui est généralement pour 6 mois en général.

811. Le législateur montre une empathie au créancier en lui offrant une sorte de protection de prendre des mesures conservatoires à l'encontre du

dirigeant de société garante. Ces mesures conservatoires appartenant au droit commun ne peuvent pas s'articuler avec le droit des procédures collectives.

812. La chambre commerciale de la Cour de cassation par un important arrêt datant de 2014[501] a mis fin à l'énigmatique question des mesures conservatoires, en précisant le comportement du créancier qui lui permet d'éviter la caducité desdites mesures.

813. La Haute juridiction judiciaire affirme qu'en application de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992, devenu l'article R. 511-7 du code des procédures d'exécution, sauf le cas où la mesure est pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier qui possède l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire contre une sûreté personnelle ou une personne physique, doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, aussi même que si le débiteur principal bénéficie d'un plan de sauvegarde. Par ailleurs, même en cas d'obtention d'un titre exécutoire, son exécution sera suspendue pendant la durée du plan ou jusqu'à sa résolution.

814. Cette interprétation exige que jusqu'au terme de l'adoption du plan et l'exigibilité de la créance, la juridiction saisissante doit prendre la décision pour un sursis à statuer sur l'assignation présenté par le créancier contre le garant.

[501] Cour de cassation commerciale, le 27 mai 2014, Pourvoi n°13-18018, Publié au bulletin

815. Dans le cadre de la garantie autonome à cause de la dominance du principe d'inopposabilité des exceptions tirée du contrat de base l'appel de la garantie par le bénéficiaire ne laisse pas le libre choix au garant de refuser le paiement sauf dans le cas où cet appel est manifestement frauduleux ou abusif de la garantie par le bénéficiaire. Le caractère non-accessoire et indépendant permet à la garantie autonome de surmonter toutes les protections législatives et jurisprudentielles.

816. Cette jurisprudence constante, antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006 sur l'effet de la non-déclaration au passif du débiteur par le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome, ainsi la cour de cassation en 2001 a considéré que :

« ...Attendu, enfin, qu'une garantie autonome n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du donneur d'ordre, le créancier bénéficiaire de la garantie ne déclare pas au passif sa créance ; qu'en conséquence, il peut assigner directement le garant. »[502]

817. Aussi la Cour de cassation, chambre commerciale, dans un autre arrêt en 2006 a mis le point sur deux notes importantes concernant la date valable concernant la garantie autonome en présence d'une procédure collective.
Dans les faits objet de cet arrêt, la société Natexis, venant aux droits de la Banque française pour le commerce extérieur (la banque) a souscrit quatre garanties autonomes au profit de deux créanciers de la société Air Liberté AOM. Par la suite, AOM a été mise en redressement judiciaire, puis a bénéficié d'un plan de cession. La banque a été appelée en garantie par leurs

[502] Cour de cassation commerciale, du 30 janvier 2001, no pourvoi 98-22.060, Publié au bulletin 2001 IV N° 25 p. 22, Sogenal c/ CFAO et a. - rejet du pourvoi contre Cour d'appel de Colmar, 23 septembre 1998.

bénéficiaires mais après s'être exécutée, elle a débité le compte courant d'AOM et a déclaré une créance incluant ce montant. Les commissaires à l'exécution du plan d'AOM ont assigné la banque en remboursement de cette somme. La cour d'appel accède leur demande ce qui eut pour conséquence un pourvoi formé par la banque contre cette décision.

818. La chambre commerciale de la Cour de cassation[503], rejette les moyens du pourvoi en affirmant que la garantie autonome acquiert la qualification d'indépendance avec le contrat de base dès la date de sa signature entre le donneur d'ordre et le garant et de cette date elle perd toutes connexions avec le contrat de base.

819. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation 2016 portant sur la contestation de la mise en œuvre d'une garantie autonome et de la déclaration de la créance correspondante au passif du bénéficiaire sous procédure collective. Dans cette affaire, le bénéficiaire qui est le cessionnaire des parts sociales d'une société, s'étant estimé fonder à mettre en œuvre la garantie bancaire autonome sur la constatation d'irrégularités et d'anomalies affectant les comptes de la société cédée et n'ayant justifié de ses allégations auprès du donneur d'ordre, cédant. la créance déclarée par le donneur d'ordre au passif du redressement judiciaire du bénéficiaire, égale au montant versé par le garant que ce dernier a récupéré auprès du donneur d'ordre, est justifiée et doit être admise.

820. En l'espèce, la cession des parts d'une société était assortie d'une garantie de passif et, pour l'exécution de celle-ci, d'une garantie autonome à

[503] Cour de cassation commerciale, 19 décembre 2006 -pourvoi n° 05-13.461 - rejet du pourvoi contre la cour d'appel de Paris, 15ème chambre section B, 14 janvier 2005

première demande consentie par une banque. La société cessionnaire a mis en œuvre la garantie de passif et, le même jour, appelé la garantie autonome à première demande. En exécution de celle-ci, la banque a payé la somme, qu'elle a débitée du compte de la société cédante. Après cela, la cessionnaire, bénéficiaire de la garantie, a été mise en redressement judiciaire.

821. Estimant que l'appel de la garantie autonome à première demande était injustifié, la cédante, donneur d'ordre, a déclaré au passif de la procédure collective de la bénéficiaire une créance égale à la somme versée par la banque, qui a été admise à titre chirographaire. La bénéficiaire a fait l'objet, le 25 octobre 2011, d'un plan de redressement par voie de continuation. La cour d'appel[504] a admis, à concurrence de 100,000 euros et à titre chirographaire, la créance du donneur d'ordre. Saisie d'un pourvoi, la Cour régulatrice, énonçant la solution précitée, rejette ce dernier.

822. Cet arrêt conclu en 2016 a rejeté le pourvoi en estimant que :
« *si après la mise en œuvre d'une garantie autonome, le donneur d'ordre réclame au bénéficiaire de celle-ci le montant versé par le garant qu'il estime ne pas être dû, ce litige, eu égard à l'autonomie de la garantie autonome, ne porte que sur l'exécution ou l'inexécution des obligations nées du contrat de base, de sorte qu'il incombe à chaque partie à ce contrat de prouver cette exécution ou inexécution conformément aux règles de preuve du droit commun* »[505].

[504] Cour d'appel Toulouse, le 3 septembre 2013, n° 12/00422
[505] Cour de cassation commerciale, 31 mai 2016, nº pourvoi 13-25.509, Publié au bulletin

823. Cet arrêt consacre la jurisprudence édite avant la réforme de 23 mars 2006 qui a transmis la notion de la garantie autonome de la jurisprudence à la législation écrite dans l'article 2321 code civil français. Cette garantie autonome, étant un contrat, est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme pour le bénéficiaire. Dans l'application des effets de la procédure collective, la jurisprudence affirme que la garantie autonome acquiert la qualification d'« Indépendante » à la date à laquelle l'engagement a été souscrite entre le donneur d'ordre et la banque garant et non dès son appel par le bénéficiaire de cette garantie autonome.

824. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation[506], qualifie l'engagement souscrit par le gérant d'une société déclarée en liquidation judiciaire de garantie à première demande. Cet arrêt confirme la jurisprudence constante qui considère que *« …. le bénéficiaire d'une telle garantie n'est pas tenu d'une obligation de mise en garde à l'égard du garant ».*

825. En l'espèce de cette affaire, le gérant d'une société signa en février 2013 un acte intitulé comme une garantie à première demande pour une autre société bénéficiaire. Le 20 août 2013, la société bénéficiaire déclara une créance au passif de la société du gérant, laquelle fut mise en redressement judiciaire le 2 août 2013 et puis en liquidation judiciaire le 31 janvier 2014. La partie bénéficiaire de cette garantie assigna en exécution de son engagement le gérant de la société mise en liquidation judiciaire.

[506] Cassation commerciale, Arrêt n° 73, le 30 janvier 2019, nº pourvoi 17-21.279, Publié au bulletin

826. La cour d'appel de Toulouse, décida en 2017 que la société bénéficiaire n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde. Le gérant de la société mise en liquidation forma alors un pourvoi en cassation en se fondant sur l'article **1147** d'une part, d'autre part les articles **2298** et **2321** du Code civil. La Haute juridiction décida en conséquence que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision de qualifier l'engagement de garantie à première demande. Par conséquence, elle prononça en conclusion que « *le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome ».*

827. En droit positif, le principe de l'extinction des créances non déclarées est inexistant depuis la modification de l'article L622-26 §2 du code de commerce[507] en 2014 pour poser un nouveau principe d'inopposabilité de la créance non déclarée au passif et quand ces créances n'ayant pas fait encore l'objet d'un relevée de forclusion et par conséquence le créancier se trouve incapable s'en prévaloir alors même en période du plan de redressement.[508] Ainsi la créance non déclarée ne disparait pas juridiquement, mais est ignorée dans les répartitions effectuées durant la procédure collective.

828. Mais le point le plus important a marqué dans cette analyse, c'est la persistance de la validité de la garantie autonome nonobstant la présence des procédures collectives. Ce phénomène trouve son fondement dans une

---

[507] Article L622-26 code de commerce, modifié par Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 –art .29 : « 2- *Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. »*

[508] Cour de cassation commerciale, Arrêt n° 510 du 6 juin 2018, n° pourvoi 16-23.996

déconnexion complète et intégrale avec le contrat de base donc dans la coupure de tout lien entre la créance du garant envers le donneur d'ordre et la garantie autonome qui est une créance de bénéficiaire à l'encontre du garant, ce qui marque aussi une fois la qualification par « Indépendante » pour cette garantie autonome.

829. En résumé, selon la jurisprudence constante qui considère trois points essentiels :

1) La créance de recours de la banque contre le donneur d'ordre prend naissance à la date à laquelle l'engagement à la garantie autonome a été souscrit et signée et évidement non pas dès son paiement.
2) Le caractère autonome d'une garantie exclut la connexité entre la créance du garant à l'encontre du débiteur et toute créance de celui-ci à l'encontre du garant.
3) La garantie autonome reste en dehors de toutes procédures collectives du donneur d'ordre, ceci implique précisément que l'obligation de l'organisme de garantie collective envers le bénéficiaire trouve sa seule source dans la défaillance du donneur d'ordre, et doit être exécutée quels que soient le déroulement et l'issue de la procédure collective de ce dernier.

II- L'influence du principe d'arrêt du cours des intérêts en cas d'une garantie autonome lors d'ouverture d'une procédure collective.

830. Dans le cadre général du principe de l'arrêt du cours des intérêts, la problématique qui se pose alors est de savoir la position législative et jurisprudentielle de ce principe en face des parties liées dans une garantie

autonome. Notant que le but principal des procédures collectives est de faire en sorte d'assurer le plus possible une protection pour les créanciers en face des difficultés économiques et financières du débiteur.

831. Un aperçu général sur la destination des objectifs des procédures collectives pour les entreprises en difficultés permet de concevoir une idée large en cas d'une garantie autonome.

832. En cas de sauvegarde l'article L. 620-1 du Code de commerce, énonce que « ***est destinée*** *à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».* Alors qu'en cas de redressement judiciaire l'article L631-1 Code de commerce dispose que « *La procédure de redressement judiciaire* ***est destinée*** *à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L626-29 et L626-30.* ». Ainsi qu'en cas de la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel l'article 640-1 précise que : *« La procédure de liquidation judiciaire* ***est destinée*** *à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ».

833. Dans le cas de sauvegarde et de redressement judiciaire l'objectif est de conserver les organes et dispositifs de l'entreprise en difficulté. Pour atteindre ce but, il serait nécessaire de favoriser une certaine tranquillité économique et financière pour cette entreprise en période de restauration financière. D'où et impérativement pour assurer cette tranquillité en ces deux procédures

collectives, leurs réglementations instaurent une certaine discipline collective à laquelle doivent se conformer les créanciers et par conséquence ces règlementations du code de commerce visent d'assurer la nécessité de maintenir l'égalité entre les créanciers et le plus important d'éviter que des biens essentiels à l'activité de l'entreprise soient précocement gaspillés du patrimoine du débiteur.

834. La discipline collective instaurée par le législateur prévoit quatre principes majeurs :

1) *L'interdiction des paiements pour* les créances nées antérieure au jugement d'ouverture.

2) *L'application de l'arrêt des poursuites individuelles* contre le débiteur et ses coobligés.

3) *L'application de l'arrêt du cours des intérêts* concernant les créances résultant de prêts conclus pour une durée de moins d'un an.

4) *Le principe d'interdire les inscriptions de sûretés* postérieurement au jugement d'ouverture.

835. Donc une combinaison de ces disciplines amène à une certaine protection de l'entreprise afin de permettre un aide à l'entreprise en difficulté en freinant ainsi le passif de l'entreprise qui donc est momentanément soustrait à mainmise des créanciers. Pour cela il faut se focaliser sur le principe d'arrêt du cours des intérêts (A) et de suite la dérogation au principe d'arrêt du cours des intérêts (B).

A- Le principe d'arrêt du cours des intérêts

836. Pour analyser le principe d'arrêt du cours des intérêts, on est amené à voir son champ d'application (1) et son contenu (2) dans le contexte d'une garantie autonome.

1- Le champ d'application du principe

837. Le champ d'application du principe vise la position des créanciers (1) d'une part et la modalité des intérêts (2) d'autre part.

a- La position des créanciers visés

838. Dans le cadre du principe d'arrêt du cours des intérêts applicable à tous les créanciers de la procédure collective mais cette vocation générale supporte certaines exceptions :

1) Des créanciers privilégiés qui, par définition, sont payés à l'échéance
2) Des créanciers postérieurs non privilégié [509]

L'article L 622-28 de commerce implique les créances qui ne continuent pas à produire des intérêts légaux et conventionnels après le jugement d'ouverture en précisant surtout que *« nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil*[510], *les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts ».* Cela signifie de façon claire que le principe de l'anatocisme[511] est formellement prohibé et de ce fait la totalité des créances due antérieurement au jugement d'ouverture sont soumises à ce principe sans distinction de son

[509] Cour cassation commerciale, le 20 juin 2000, N° de pourvoi: 97-18204-Publié au bulletin
[510] Article 1343-2 code civil Créé par l'Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 **: «** Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise ».
[511] **Anatocisme** est le fait que, dans les obligations portant sur une dette d'argent, les intérêts échus des capitaux soient capitalisables. Les intérêts échus s'ajoutant à la dette initiale, ils sont donc eux-mêmes soumis aux intérêts. Étymologie : le mot est issu du grec ana « encore une fois » et tokos « revenu ».

origine que ce soient assorties de sûretés ou résultant d'un contrat en cours ou a subit une résiliation[512].

b- La modalité des intérêts visés

839. Notant que les intérêts qui sont exclus du champ d'application de ce principe sont seulement les clauses pénales et les clauses d'indexation. Selon un arrêt de la cour de cassation daté en 2016[513] précisant ainsi que les intérêts qui sont visés par le principe sont les intérêts conventionnels, les intérêts de retard, les majorations et les plus importants sont les intérêts légaux:

« *ALORS QUE, le juge-commissaire, statuant sur la déclaration de créance, dans la mesure où elle est contestée, et la Cour d'appel, en cas d'appel dirigé contre l'ordonnance du juge-commissaire, ont pour seul pouvoir de statuer sur l'existence des intérêts contractuellement dus, sans être autorisés, à ce stade, et pour le cas où ses intérêts pourraient être constitutifs d'une pénalité, à user du pouvoir de réduction, tel que prévu à l'article 1152 du code civil, pour le cas où un retard, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, pourrait être constaté ; qu'en s'arrogeant, néanmoins, un pouvoir de réduction, les juges du fond ont violé les articles L. 622-24, L. 622-25, L. 622-28, R 622-22, R. 622-23, R. 624-3 et R. 624-7 du Code de commerce*

ALORS QUE, premièrement, s'agissant de sommes dues par la société X..., en sa qualité de garant de la société TRANSPORTS MICHEL, la caisse de CREDIT MUTUEL faisait valoir que l'ordonnance du juge-commissaire, dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire de la société

[512] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 avril 1991, 89-19.868, Publié au bulletin
[513] Cour de cassation commerciale, 5 avril 2016, 14-20.169, Publié au bulletin

TRANSPORTS MICHEL PETIT avait arrêté la créance à un certain montant par une ordonnance du 11 février 2013 (p. 7) ; qu'en s'abstenant de se prononcer sur ce point pour statuer sur le montant de la créance devant être retenu, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles L. 622-24, L. 622-25, L. 622-28, R. 622-22, R. 622-23, R. 624-3 et R. 624-7 du Code de commerce ;

ALORS QUE, deuxièmement, en se bornant, s'agissant des sommes dues par la société X..., à raison du garantie à première demande garantissant la dette de tiers, à fixer les créances à un certain montant, puis à dire que les intérêts étaient arrêtés au 7 février 2012, sans se prononcer sur l'adjonction au capital des intérêts dus par les tiers en leur qualité de débiteurs principaux de la société X..., les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles L. 622-24, L. 622-25, L. 622-28, R. 622-22, R. 622-23, R. 624-3 et R. 624-7 du code de Commerce ; »

2- Le fondement de ce principe

840. La spécificité du principe d'arrêt du cours des intérêts est sa qualification de caractère définitif, cela signifie que la reprise du cours des intérêts n'est pas abordable à l'issue de la procédure. Par conséquence, parmi les avantages significatifs qui sont contribués aux procédures collectives précisément en matière de redressement judiciaire ou de sauvegarde, il est d'importance de permettre de rembourser les créanciers de manière échelonnée dans le temps sans alourdir la dette principale.

Néanmoins, en situation de liquidation judiciaire, l'avantage s'affaiblit largement en cas de liquidation judiciaire où il n'existe pas aucun plan et par conséquence l'absence des intérêts va aider pour alléger le passif au détriment des créanciers.

841. La jurisprudence française a renforcé cette spécificité du principe de l'arrêt ou maintien du cours des intérêts qui dans un arrêt du 10 décembre 1996, la Cour de cassation a estimé en ce sens que « ***le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête définitivement le cours des intérêts des créances nées antérieurement à ce jugement et que l'arrêt devait se borner à déterminer le montant des sommes à inscrire sur l'état des créances déposé au greffe du tribunal de commerce*** » [514]

842. Encore, selon un arrêt très récent en 2020 qui estime que : « les intérêts à échoir au jour du jugement d'ouverture de la procédure, qu'il s'agisse d'une sauvegarde, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire ne seront donc pas admis au passif, et ne pourront être demandés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement. »[515]

843. La jurisprudence a essayé de définir la terminologie employée dans les législations «Arrêt du cours des intérêts» cela à la place du terme «Suspension» qui conduit impérativement pour la précision que la procédure collective emporte irrévocablement perte du droit aux intérêts à échoir. Par conséquence, le cours des intérêts qui sont arrêtés durant la période d'observation ne reprennent place pas en phase d'exécution du plan[516] .

844. De même dans un arrêt517 rendu en 1989 sous l'empire de la loi de 1985 mais transposable qui estime qu'en cas de conversion en liquidation judiciaire dans laquelle impose un arrêt du cours des intérêts rendu. A priori

514 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 décembre 1996, n° du pourvoi 95-40.485, Publié au bulletin
515 Cour de cassation commerciale, 5 février 2020, n° du pourvoi 18-19.044, Inédit
516 Cour de Cassation commerciale, du 10 décembre 2002, n° du pourvoi 99-20.478, Inédit
517 Cour de Cassation commerciale, du 7 février 1989, n° du pourvoi 87-14.003, Publié au bulletin

il ne devrait pas y avoir rétroactivement d'intérêt en cas de résolution du plan et de nouvelle procédure.

845. Ces dispositions ayant pour objectifs d'accroître les chances de succès pour rétablir les entreprises en difficultés, pour cela il a été jugé opportun que l'absence d'intérêt évitera d'alourdir le passif au détriment des créanciers.

3- Le sort des garanties autonomes lors de l'arrêt du cours des intérêts

846. Comme c'est prévu auparavant le caractère est définitif concernant le principe de l'arrêt du cours des intérêts entre le débiteur et ses créanciers alors il serait opportun d'analyser la situation en cas des garants et des coobligés pour se rendre compte de leur soumission ou non aux législations promulguées en faveur du débiteur. Cette analyse nécessite le passage par plusieurs stades évolutifs.

847. Selon la Cour de cassation en 1990, la jurisprudence était en faveur que les garants et coobligés pouvaient bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts en estimant que « *la garantie n'était pas tenue des intérêts au-delà du 6 janvier 1987, date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur, dès lors que l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 n'opère aucune distinction pour l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et que l'obligation de la garantie personnelle ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal* »[518]

848. Cet arrêt était largement critiqué par le fait que cette solution ne tenait pas compte de la portée de l'engagement de la garantie autonome, qui a

[518] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 novembre 1990, 88-17.734, Publié au bulletin

vocation à garantir le créancier et par la suite les dispositifs de la loi du 10 juin 1994 avait infirmé cette jurisprudence en prévoyant que les cautions et coobligés et les garants ne peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts. La contrepartie était que seules les sûretés personnelles personnes physiques bénéficiaient du principe de l'arrêt des poursuites.

849. Les dispositifs de la loi promulgué en 26 juillet 2005 a adopté la règle édictée par le législateur en 1994 en admettant que les personnes physiques cautions, coobligées ou ayant donné une garantie autonome puissent se prévaloir du principe d'arrêt des poursuites. Cependant, le champ d'application de la règle comprenant ainsi la garantie autonome n'est pas justifiable en raison de l'indépendance gouvernant la relation entre la garantie souscrite par le garant et la dette provenant du contrat de base du fait du caractère non accessoire de la garantie autonome envers dette du débiteur dans le contrat principal.

850. Le législateur par l'ordonnance N° 2016-131 en 10 janvier 2016 avait introduit une modification sur le contenu de la règle énoncée dans l'article L 622-28 du Code de commerce pour devenir « ….. *Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa* »[519]. La référence aux garanties autonomes à disparue à la faveur de la notion sûreté personnelle

[519] Article L622-28 code de commerce, modifié par ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016-art.6 : **« 1-** Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts. **2-** Le jugement d'ouverture

851. Mais notons que depuis la réforme du droit des sûretés en 2006 la garantie autonome est englobée dorénavant sans aucun doute par la définition des sûretés personnelles[520] pour mettre fin à toute confusion sur la qualification de la nature de la garantie autonome en tant que sûretés personnelles. On remarque aussi selon cet article que les personnes morales sont exclues du bénéfice du principe d'arrêt du cours des intérêts.

B- La dérogation au principe d'arrêt du cours des intérêts

L'article L. 622-28 du Code de commerce[521] a mis en relief les dérogations sur ce principe en prévoyant que les intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus, donc la dérogation au principe d'arrêt du cours des intérêts repose sur deux conditions précises. La première condition est que seuls les contrats de prêts sont a priori visés par cette dérogation, de ce fait le contrat accordé entre le débiteur principal et le garant, dans un contexte d'une garantie autonome, forme un contrat de prêt distinct de celui du contrat de garantie avec le bénéficiaire qui est payable immédiatement lors de son appel par le bénéficiaire. Alors que la seconde

suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. **3-** Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires.

[520] Article 2287-1 Code civil, Créé par Ordonnance N°2006-346 du 23 mars 2006 « Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. »

[521] Article L622-2 code commerce, modifié par Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 « Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts

condition c'est le cas d'une durée précisé auparavant dans le contrat également ou supérieure à un an, l'application de l'exception ne soulèvera pas de difficultés**.**

852. Dans le cas contraire où les parties ne se sont pas consenti sur aucune durée, la Cour de cassation en 2013 prononça que lorsque *« la convention de compte courant ne précise ni la durée pendant laquelle la mise à disposition des fonds est accordée, ni les modalités de son remboursement […] les modalités de remboursement accordées lors de la cession des titres ne conféraient pas au compte courant la qualité de prêt à plus d'un an* »[522]. Donc à défaut de précision d'une durée dans le contrat, la dérogation au principe d'arrêt du cours des intérêts ne peut être convoquée par le créancier.

III- Les interférences entre procédure collective du débiteur principal et procédure collective du garant

853. Généralement les procédures collectives peuvent affecter que ce soit le débiteur principal ou le garant. Selon l'article L622-31 du code de commerce[523] concernant le cas de sauvegarde aussi bien applicable dans le cas du redressement judiciaire et la liquidation judiciaire (Article L641-3), le créancier doit déclarer sa créance aux procédures collectives. Cela amène à envisager en cas de garantie autonome ainsi plusieurs situations en fonction de déroulement procédural des deux procédures collectives.

522 Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 23 avril 2013, 12-14.283, Publié au bulletin

[523] Article L622-31 code de commerce : « Le créancier, porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par deux ou plusieurs coobligés soumis à une procédure de sauvegarde, peut déclarer sa créance pour la valeur nominale de son titre, dans chaque procédure »

<u>Première situation</u> : **Le garant dans une période d'observation**

854. le garant, dans une garantie autonome, va bénéficier de la suspension des poursuites et de l'interdiction des paiements des dettes antérieures selon les articles L622-7 pour la sauvegarde et L631-14 pour le redressement judiciaire à n'importe quel niveau procédural de la procédure collective du débiteur principal.

<u>Deuxième situation</u> : **le débiteur principal étant durant une période d'observation ou en plan de sauvegarde**.

855. Nonobstant le débiteur principal est en période d'observation ou en plan de sauvegarde, le garant qui bénéficie d'un plan est obligé de payer la dette garantie. Néanmoins, le fait que le débiteur principal soit en période d'observation il lui est interdit de payer des dettes antérieures du seul chef du débiteur principal, d'autre part ce débiteur bénéficie de la suspension des actions contre les garants s'il est une personne physiques, pendant la période d'observation en cas des périodes de sauvegarde (Article L622-28) et pour le redressement judiciaire (Article L631-14). Pendant l'exécution du plan de sauvegarde au visa de l'article L626-11, le garant, en tant que personne physique, pourra se prévaloir des délais du plan. Donc on est devant un doublon des situations. les règles des procédures collectives obligent le garant à payer au bénéficiaire, par contre celles dont il bénéficie du chef du débiteur principal l'en dispense.

856. La raison la plus admissible est de considérer que la dette du garant figurant dans son passif, et donc dans son propre plan, mais cela ne peut pas être considéré comme une renonciation à la suspension des actions contre le garant, dans toute la période d'observation du débiteur principal

non achevée, donc le garant se trouve pas dans l'obligation de payer la dette dans le cadre de son plan avant la fin de cette période d'observation du débiteur principal.

857. Selon l'article L622-7 code de commerce et dans le cadre du plan de garant soumis au tribunal, seul l'accord du juge commissaire permettra au garant de renoncer au bénéfice de la suspension des actions de la période d'observations. Mais dès lors qu'il apparait une préférence d'un créancier au détriment des autres créanciers, ce type de renonciation devient inacceptable et illégale en brisant le principe de l'égalité des créanciers et de ce fait devient imposable l'article L653-5 alinéa 4 du code de commerce[524] qui sanctionne par la faillite personnelle lors du payement d'un créancier au détriment des autres. Donc le commissaire à l'exécution du plan devrait ne pas payer la dette et doit refuser si le garant le lui demande pour dégager d'autant le débiteur principal et cela après une étude de la situation procédurale du débiteur principal.

858. Pour distraire toute ambiguïté afin d'optimiser la solution, il faut qu'il soit précisé clairement dans le plan du garant un personne physique les notions suivantes que :

1) la dette garantie est non payée tant que l'état procédural du débiteur principal lui permettra de bénéficier de la suspension des actions en

[524] Article L653-5 code de commerce Modifié par ordonnance N° 2014-326 : « Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée à l'article L653-1 contre laquelle a été relevé l'un des faits ci-après : … 4) Avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ».

période d'observation de sauvegarde ou de redressement judiciaire et plan de sauvegarde qui produit les mêmes effets.

2) Préciser les modalités de paiement de la créance à partir du moment où la situation le permettra, soit de régulariser des échéances passées ou en retard, soit en prévoyant d'autre modalité.

<u>Troisième situation</u> : le garant est une personne physique en état de liquidation judiciaire

859. La troisième situation consiste dans le fait que le garant est une personne physique en état de liquidation judiciaire par contre le débiteur principal se trouve soit dans la période d'observation soit dans un plan de sauvegarde.

860. Notant que les législations du code de commerce mentionnent seulement qu'en cas de la personne physique et non pas morale la liquidation judiciaire bénéficie des suspensions des actions contre ce garant. Néanmoins la date de la répartition des fonds par le liquidateur constitue un facteur déterminant pour un bénéfice d'une suspension des actions contre ce garant. Cependant s'il le fait d'une façon rapide, au bénéficie de la suspension des actions la créance n'est pas payé mais s'il va le reporter pour l'après de la période d'observation ou la résolution d'un plan de sauvegarde alors la créance devienne obligatoirement payable. Donc cela signifie que selon l'article L643-1 code de commerce[525] la déchéance du terme marque un dispositif central en cas de liquidation judiciaire et la sollicitation rapide du juge commissaire pour rendre une

[525] Article L643-1 code de commerce : « Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues. Toutefois, lorsque le tribunal autorise la poursuite de l'activité au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, les créances non échues sont exigibles à la date du jugement statuant sur la cession ou, à défaut, à la date à laquelle le maintien de l'activité prend fin »

autorisation pour finaliser cette opération en se basant sur l'article L642-24 code de commerce[526] .

<u>Quatrième situation</u> : Coexistence des procédures collectives simultanément du débiteur et du garant

861. Il arrive parfois à rencontrer une situation dans laquelle on assiste à une coexistence d'un plan de redressement du débiteur principal et de même pour le garant. Evidement le créancier doit être admis au passif dans cette dualité des procédures collectives, et par la suite la créance du créancier sera impérativement introduite dans ces deux plans. Si rien n'est prévu, la dualité des deux plans implique le paiement du créancier dans les deux. Un exemple explicatif pour deux plans à 100% en 10 ans avec des annuités de 10%, dès lors la cinquième année le calcul montre un retour pour le créancier 100% sans attendre les autres 5 ans qui s'imposent aux autres créanciers.

862. La possibilité d'un traitement différencié des créanciers dans le cadre d'un plan, pourra conduire pour aménager les deux plans dans l'objectif que dans cette catégorie de créanciers, faisant l'objet de garantie dans une autre procédure collective, la combinaison des deux plans n'ait pas cet effet multiplicateur.

863. Mais dans le cas du refus du créancier, le tribunal devait imposer des délais durant lesquels le tribunal fait un calcul en préservant les planchers

[526] Article L642-24 code de commerce « 1) Le liquidateur peut, avec l'autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. 2) Si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal, le compromis ou la transaction est soumis à l'homologation du tribunal. »

annuels de remboursement prévus par la loi, soit 5% à partir de la troisième année . A défaut le double paiement risque au contraire d'être accentué.

864. Conclusion du ce premier chapitre. Ce chapitre s'est porté sur la procédure collective dont son influence est différemment applicable sur l'autonomie de celle de la clause compromissoire et de la garantie autonome. La jurisprudence a admis l'opposabilité d'une clause compromissoire dans le déroulement de la procédure collective en excluant ainsi la compétence de la juridiction étatique dans certaines hypothèses. Le principe compétence-compétence conduit à l'absence d'exclusivité de compétence des juridictions étatiques selon l'article 1448 du Code de procédure civile, ainsi lorsqu'une instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, le juge-commissaire qui a saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire doit se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable ce qui constitue un obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage.

865. Néanmoins, une clause compromissoire n'est opposable aux organes de la procédure que tant qu'ils agissent en représentation du débiteur et non lorsqu'ils agissent au nom des créanciers. Ainsi, le liquidateur qui exerce les droits et actions de la société en liquidation, pour poursuivre l'exécution d'un contrat contenant une clause compromissoire, est irrecevable à saisir la juridiction étatique. Notant que, en vertu du principe de l'arrêt des poursuites individuelles, un créancier ne peut saisir la juridiction arbitrale dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture que si elle s'est soumis auparavant à la procédure de vérification des créances. Cependant, l'influence d'une

procédure collective sur l'arbitrage se traduit en premier lieu par la délimitation de la compétence arbitrale par les règles d'ordre public. Par conséquence si la convention arbitrale est opposable aux organes de la procédure collective lorsque le litige se serait produit même sans l'intervention de la procédure collective, elle est manifestement inapplicable lorsque le mandataire judiciaire engage une action spécifique résultant de la procédure collective, alors en second lieu par la délimitation du pouvoir des arbitres par les règles d'ordre public dont la plus importante est celle de l'égalité des créanciers et par conséquence si un tribunal arbitral est régulièrement saisi pour connaitre de la contestation d'une créance, il ne peut que constater l'existence d'une créance contre le débiteur. Donc la jurisprudence affirme que par application du principe de suspension des poursuites individuelles, dès lors que la créance est antérieure à l'ouverture d'une procédure collective, l'arbitre peut statuer ainsi sur le principe et le montant de la créance, mais il lui est interdit de condamner la partie débitrice à payer.

866. La garantie autonome peut se trouver dans un contexte d'une procédure collective affectant une des parties triangulaires de ce mécanisme. Dans le cas où le donneur d'ordre est placé en redressement judiciaire. Postérieurement, après le jugement d'ouverture le garant est obligé d'exécuter suite à l'appel en paiement par le bénéficiaire et de se retourner contre le donneur d'ordre en vue d'obtenir un remboursement en déclarant ainsi le montant de sa créance à la procédure. La naissance de la créance de recours du garant marque un point fondamental pour la déclaration des créances des créanciers dans le plan d'une procédure collective et dès lors la distinction entre les créances antérieures et postérieures, au jugement d'ouverture, va alors conditionner d'une façon

légalement importante les chances, pour un créancier, d'obtenir un paiement. Après le paiement par le garant au bénéficiaire, l'argumentation dans l'espèce d'une garantie autonome commence par le fait que le paiement n'est pas le fait générateur de la créance de recours du garant mais c'est la date de conclusion du contrat de garantie qui constitue le fait générateur de la créance. La conséquence est que le garant qui a payé postérieurement au jugement d'ouverture reste un créancier antérieur dès lors que le contrat de garantie a été conclu avant cette date donc il existerait, au jour de la conclusion du contrat de garantie, une créance latente de recours. Cette situation s'explique par la déconnexion complète entre le contrat de base et la garantie autonome du moment de l'émission de cette garantie autonome. Par conséquence, le principe de l'autonomie de la garantie rend irrecevable l'évocation de la compensation de dettes connexes entre garant et donneur d'ordre par une inscription au compte courant du donneur d'ordre après ouverture à son encontre d'une procédure de redressement. La conséquence principale de cette solution est, dans les faits, de ne pas permettre au garant d'obtenir le remboursement des sommes payées en raison précisément d'une procédure collective ouverte à l'encontre du donneur d'ordre en conséquence de l'autonomie complète de la garantie autonome face au contrat de base voir de l'indépendance totale entre ces deux différents contrats.

Chapitre II

Le principe d'autonomie confronté

à l'extension, la transmission et l'extinction

de la clause compromissoire

et

de la garantie autonome.

867. Un autre aspect de l'autonomie de la convention arbitrale et de la garantie autonome se trouve dans la pratique juridique lors de survenue d'un changement touchant que ce soit les parties contractantes ou le fondement de convention arbitrale et la garantie autonome. Dans ce chapitre on va procéder à étudier le principe de l'autonomie d'abord en cas de l'extension de la convention arbitrale (Section I) aussi en cas de la circulation (Section II) et extinction (Section III) de ces deux institutions juridiques.

Section I- L'autonomie et l'extension de la convention d'arbitrage

868. En principe, la participation à l'instance arbitrale doit avoir son origine dans la volonté de tous les partenaires contractuels. L'autonomie de la clause compromissoire lors de l'extension de cette clause à défaut d'une acceptation explicite par la partie cessionnaire nous amène à analyser cette extension dans le temps (§1) et à des non-signataires (§2), dans les chaines de contrats (§3) pour en finir avec des cas spécifiques concernant cette autonomie (§4).

§1- Extension de la convention d'arbitrage dans le temps

869. La chronologie dans le temps de l'instance arbitrale va donc influencer différemment l'extension de la convention d'arbitrage si elle est invoquée encore une fois après le prononcé de la sentence (1), ou bien après la fin du délai d'arbitrage (2).

1- L'extension ultérieure au prononcé de la sentence arbitrale

870. D'une façon générale, les arbitres vont régler les litiges afférentes du contrat principal et par conséquence, les parties peuvent soit être soumise aux dispositifs de la sentence soit faire un appel aux juridictions étatiques. nonobstant, la convention d'arbitrage restera valable pour régler les différents

litiges qui apparaissent durant l'application des obligations mutuelles du contrat principal conformément aux dispositions de la convention arbitrale. La question de l'extension dans le temps de la convention d'arbitrage après le prononcé de la sentence ne se pose bien évidemment pas ici un problème.

871. La problématique de l'extension de la convention d'arbitrage après le prononce de la sentence arbitrale réside dans le cas où les arbitres ont statué sur la résolution ou la résiliation du contrat principal qui contient cette convention arbitrale.

872. On peut envisager deux interprétations tenant à cette problématique :

1. Il n'est plus contestée, ni contestable que si la juridiction arbitrale constate la validité du contrat principal, la convention arbitrale sera logiquement valable pour régler les litiges à venir.
2. Evidement comme déjà évoquer précédemment, l'autonomie matérielle signifie la séparabilité de la convention arbitrale du contrat principal dans lequel y est insérée. Donc la survie de cette convention dans le cas où la juridiction arbitrale a prononcé la rupture du contrat principal. Néanmoins, la situation actuelle est totalement différente dans son objectif, bel et bien de savoir si la rupture du contrat principal constatée par une sentence arbitrale va influencer la validité de la clause d'arbitrage sur les litiges à l'avenir.

873. La Cour de cassation s'est positionnée sur cette problématique dans un arrêt en 1993[527] , tenant un litige sur le paiement de prestations postérieures à la fin des relations contractuelles entre les parties, en estimant que « *le prononcé de la sentence marquait l'expiration de la convention d'arbitrage*».

[527]Cassation civil, 2ème Chambre, 16 juin 1993, Revue arbitrale 1994, P 312, note D. Cohen.

cette solution jurisprudentielle française adoptée peut exhorter des pistes de réflexion. la Haute juridiction française qui a dû se prononcer sur les effets de la rupture du contrat principal sur l'avenir de la clause compromissoire a soigneusement évité de prendre parti. Ce positionnement de la jurisprudence s'apprécie dans le fait qu'en vertu du principe d'autonomie matérielle de la clause compromissoire tous les litiges ayant eu son origine avant la rupture du contrat principal aurait été soumise à l'arbitrage.

874. Mme Blanchin[528] a critiqué la solution donnée par la jurisprudence française en déclarant que : *« La Cour de cassation ne prend pas position quant à une autonomie de la clause compromissoire à l'égard de la sentence, autonomie qui signifierait la survie de la clause jusqu'à ce qu'eussent été épuisés tous les litiges pouvant entourer le contrat principal, alors même que les arbitres auraient statué sur sa résolution ».*

875. La jurisprudence française a évolué en ce sujet dans le remarquable arrêt *Sytrol* rendu par la cour d'Appel du 3 février en 2011. L'affaire *Sytrol* trouve son origine dans un contrat conclu en année 1973, entre la société de commercialisation du pétrole de la République arabe syrienne Sytrol et M. Papadopoulos, auquel s'est ultérieurement substituée la société libanaise Babanapht. Dans une première sentence arbitrale fut rendue le 3 novembre 1982 par laquelle la société Sytrol a été condamnée à verser à son cocontractant des dommages. Après le prononcé de la sentence de 1982, une seconde sentence rendu en 28 janvier 2008, la société Sytrol a été condamné à payer à son adversaire des intérêts au taux de 5% l'an à compter du 3 février

[528]Catherine Blanchin. « *L'autonomie de la clause compromissoire: Un modèle pour la clause attributive de juridiction*? », Paris, L.G.D.J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, spécialement P 37.

1990. Ces deux sentences ont été exéquaturées simultanément puis elles ont fait l'objet d'un recours qui a abouti à l'arrêt Sytrol[529] qui a fait une contribution courageuse à propos de l'extension de la convention d'arbitrage après le prononcé de la sentence en considérant que la demande des intérêts moratoires, basée sur une sentence arbitrale internationale, ressort d'une question de fond et doit être soumise, par conséquent, à la seule compétence des arbitres. La Cour a essayé de justifier sa position en constatant qu'une telle demande est en rapport avec le contrat objet du litige, et qu'elle ressort de la clause compromissoire conclue. Par conséquence, la Cour a affirmé qu'un tel litige, même s'il s'agit de l'exécution de la sentence arbitrale rendue, relève de la compétence des arbitres en vertu de la nature substantielle de la question des intérêts moratoires. Par conséquent, cette question doit être soumise de nouveau auprès du Tribunal arbitral[530]. Cet arrêt confirme que la clause compromissoire n'épuise pas ses effets à l'issue d'une première procédure d'arbitrage en réclamation que les intérêts moratoires constituent une demande au fond qui relève en conséquence de la compétence des arbitres.

876. Sans doute, Ceci constitue une illustration de la méfiance qu'inspire le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage en cas de son extension dans le temps après le prononcé de la sentence. Néanmoins, cette méfiance peut être partiellement justifiable. La Cour de cassation en 2014 a définit la sentence arbitrale en précisant que « *l'acte des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce*

[529] Cour Appel de Paris, Pôle 1 Ch. 1, 3 février 2011, Département de commercialisation du pétrole « Sytrol »c. SARL Babanapht, Revue arbitrale, Vol. 2011, pp. 468-483, spéc. pp. 474-480, note Romain Dupeyré

[530] Romain Dupeyré, « La demande d'intérêts moratoires est une question de fond qui relève de la compétence des arbitres » Revue arbitrale, Vol. 2011, pp. 478-479

soit sur le fond, la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »[531] . En effet, une véritable sentence arbitrale définitive qui peut former l'objet d'une exequatur et mettant fin aux différends soumis à l'arbitrage mais sans qu'elle constatait une rupture du contrat principal, ne touche pas aux autres questions non couvertes par la sentence qui en cas de litige ultérieur peut être soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions de la même convention arbitrale en vigueur qui garde son autonomie par rapport aux litiges soumis à l'arbitrage même si la rupture ou nullité du contrat aurait été ultérieurement déclarée.

877. Corollairement, la rupture du contrat principal exclusivement permet d'exprimer cette méfiance à l'égard de l'extension de l'autonomie tenant tout litige soulevé subséquemment au prononcé de la rupture du contrat principal. Il reste de savoir si la convention d'arbitrage conserve ses effets après la fin du délai d'arbitrage.

2- L'effet de la convention arbitrale après la fin du délai de l'arbitrage

878. La problématique dans cette situation se tient sur la pérennité de la convention arbitrale trouve sa source dans l'ordre procédural exclusivement et ne touche en aucun sens l'ordre substantiel puisqu'il s'agit de l'expiration du délai d'arbitrage. Cette source revient à savoir le sort de la convention d'arbitrage d'une part, si la juridiction arbitrale ne va pas rendre la sentence à temps, d'autre part si elle ne se décide pas dans le délai qui leur était imparti par les parties. En présence de telles circonstances mentionnées, selon l'article

[531] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 mars 2014, 12-24.780, Publié au Bulletin 2014, I, n° 32

1463[532] CPC la mission du tribunal arbitral prendra ainsi fin et par conséquence, légalement les parties ne peuvent plus prétendre avoir recours à l'arbitrage? Mais elles doivent s'en remettre aux juridictions étatiques comme mode de règlement de leur litige cela à défaut d'appliquer le para 2 de l'article 1463 CPC.

879. A l'évidence, il serait injuste par faute de la juridiction arbitrale de faire payer aux parties qui ont confié à cette juridiction de statuer sur leurs différends. Selon la cour de cassation qui a rejeté le pourvoi en affirmant l'arrêt rendu par la cour d'appel en 1993 qui décidait que « *la clause compromissoire ne s'use pas, même si l'on s'en sert »*[533]*,* Il semble donc falloir en conclure que la clause d'arbitrage demeure valable, même après l'expiration du délai prévu pour le prononcé de la sentence arbitrale. D'autre part, le professeur Blanchin a pris le même positionnement émis par l'arrêt *Colmar* en interprétant le mode de règlement des conflits existants ou pouvant survenir entre les parties après le délai de l'arbitrage en considérant que « *il suffira de la mettre à nouveau en œuvre en reconstituant un tribunal arbitral »*[534]

880. D'ailleurs une autre décision juridique étatique parmi plusieurs retenait de manière expresse, quoiqu'ambiguë, le principe d'autonomie pour fonder sa décision concernant l'extension de la convention d'arbitrage au-delà du délai d'arbitrage expiré en affirmant que : « *le principe de l'autonomie de cette*

[532] Article 1463 CPC Modifie par le Décret nº 2011-48 du 13 janvier 2011- art. : « 1- Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine. 2- Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui. »

[533]Note sous l'arrêt CA Colmar, 21 septembre 1993, Rev .jur. com., 1994, p 154.

[534]C. Blanchin, « *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction* ? », Paris, L.G.D.J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, (spéc. P 38- 37).

clause ne peut faire échec à la volonté des parties telle qu'elle résulte de la convention »[535].

881. Cette solution n'est que l'application de l'article 1463§2 CPC français qui édicte la prorogation par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui de cette délai légal ou conventionnel en faveur d'une efficacité optimale de la convention arbitrale. Par corollaire une étroite association entre autonomie et volonté des parties contractuelles. Dans une autre version la renonciation des parties à saisir les juges étatiques par intention explicite additionnée aux dispositions du principe d'autonomie de la convention arbitrale constituent une justification à ce que la convention arbitrale survive à la fin de l'instance arbitrale. Par conséquence, les effets de la clause seraient maintenus du fait même de son autonomie.

882. Dans cette perspective que M. Fouchard[536] a essayé de justifier la validité de cette convention au-delà du délai en affirmant que « *cette règle de validité a pour conséquence immédiate de prolonger les effets de la clause compromissoire et de lui donner en quelque sorte une permanence dans le temps, qui joue en faveur de l'arbitrage ».*

883. C'est d'ailleurs en se basant sur la volonté des parties, constituant le foyer du principe d'autonomie de la convention arbitrale, qu'on peut justifier l'extension des effets de cette convention arbitrale après expiration du délai d'arbitrage légal ou conventionnel. Cela conduit en effet pour redésigner une juridiction arbitrale qui va statuer sur le litige opposant les parties au contrat

[535]Cour d'appel de Paris 25 juin 1991, Gaz. Pal., 25 décembre 1993, sommaire p 578.
[536]Ph. Fouchard, « l'arbitrage et les tiers ». Revue arbitrale 1988, P 431.

principal conformément à ce qu'elles avaient prévu dans les dispositions de la convention d'arbitrage.

884. D'ailleurs, dans cette situation actuelle, il n'est pas remis en cause ni l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de toute loi étatique ni l'existence et la validité de la clause compromissoire en dépit du sort du contrat principal qui la contient conduisant ainsi au du principe de la séparabilité déjà expliquer auparavant mais il est évident que l'extension temporel de la convention d'arbitrage au-delà du délai d'arbitrage légal ou conventionnel ne peut être que rattacher au principe d'autonomie pris dans sa seconde signification.

§2- Extension de la convention d'arbitrage à des non signataires

885. Les personnes physiques et les personnes morales, qui ont consenti à la clause d'arbitrage en se basant sur la nature volontaire de l'arbitrage, sont les seuls qui peuvent être attraits à la procédure lors de la survenue d'un litige sur le fond du contrat principal. Selon l'article 1199 Code Civil[537], les effets de la convention d'arbitrage seraient limités au cercle des signataires de la convention, et le principe de l'effet relatif des contrats, en principe doit être appliqué ici, et désormais la convention arbitrale s'intéresse uniquement au contrat principal et ne lie que les parties contractantes qui l'ont formellement signé[538], Mais selon la jurisprudence française cela n'est pas tout à fait vrai dans les faits depuis l'arrêt Dow Chemical rendu par la Cour d'appel de Paris

[537] Article 1199 Code civil. Modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016- art.2 : « 1-Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. 2-Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.

[538] Beguin et Menjucq, « droit du commerce international », Lexis Nexis, 2ème ed. 2011, p.960

en 1983. Cet arrêt français admet sous certaines conditions l'extension de la convention d'arbitrage signée par un membre d'un groupe des sociétés aux autres sociétés de groupe non signataires.

886. Dans le cas où la convention d'arbitrage en haut de la chaîne dans un groupe de contrats, on se demande si elle circuler à travers les contrats de toute la chaîne. Dans une interprétation simple, si un tiers s'est unit auparavant avec la société-mère par un contrat principal contenant une convention d'arbitrage, ce tiers peut-il se voir imposer par cette même convention s'il se contracte ultérieurement avec une filiale, en se basant sur le fait que le groupe juridique est une entité juridique reconnue au point que l'on reconnaisse que l'on contracte avec le groupe de société, cela ne se voit pas évident. Néanmoins, en revenant au droit des sociétés, et en dépit de la dépendance financière de la filiale avec la société-mère le tiers se voit contracter d'un point de vue juridique avec une personne morale distincte du groupe et surtout de la société-mère, et par conséquence on ne peut pas parler d'extension de la convention arbitrale.

887. D'autre part, dans certaines conditions il peut y arriver que le tiers soit impliqué d'une façon ou d'une autre dans la confection ou la conclusion ou l'exécution du contrat principal sans mettre sa signature. L'extension de cette convention arbitrale à ce tiers ne pourra certainement être univoque et dépendra surtout de l'intervention concrète de ces non signataires dans une relation contractuelle déterminée. Notant que, soit la convention arbitrale est un compromis par acte séparé ou une clause compromissoire contenue dans le contrat principal le fondement de cette extension demeure la même.

888. D'ailleurs, le fondement de principe d'extension se caractérise par la présence des trois considérations combinées dont la première considération est la plus importante et qui concerne les tiers comme étant non-signataires de la convention d'arbitrage alors la deuxième concerne les modes d'acceptation de la convention d'arbitrage dans les groupes de sociétés et finalement l'examen du problème dans les chaines de contrats.

889. la première considération implique une explication intéressante tenant sur deux hypothèses :

- Le litige avec le tiers, personne physique ou personne morale, dérive des droits et des obligations constituant initialement le contrat litigieux et qui ont été cède ou transféré partiellement ou totalement à ce tiers.
- Le litige concerne des membres du groupe non signataires a qui ont été transférés ou bien ont été cédés ces obligations ou ces droits appartenant initialement à une des parties signataires membre d'un groupe de sociétés.

890. L'opinion de Mme Blanchin[539] a lancé une nouvelle interprétation à ce sujet, en considérant que la clause compromissoire doit être opposable à toutes les parties concernées par le litige soumis à l'arbitrage. Elle remarque par la suite l'existence d'une nouvelle règle matérielle qui semble émaner d'une série d'arrêts des juges du fond Parisiens, dans le contexte suivant *: « la clause compromissoire serait opposable à toutes les parties concernées par le litige*

[539]Blanchin, C., *L'autonomie de la clause compromissoire: Un modèle pour la clause attributive de Juridiction* ?, Paris, L.G.O.J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, spécialement p.34.

soumis à l'arbitrage même si certaines d'entre elles ne sont pas formellement signataires de la convention d'arbitrage »

891. C'est la France qui a paru innovatrice pour le phénomène d'extension de la clause d'arbitrage à des parties non signataires en se référant sur le fondement d'une acceptation présumée de la convention arbitrale[540] par une série d'arrêts des juges du fond[541]. La première célèbre décision fondatrice dans cette matière est la sentence Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain fut la première solution à cette problématique[542]. La Cour d'appel approuve la sentence litigieuse lors d'un recours en annulation, par un arrêt du 21 octobre 1983[543] :« *La seule existence d'un groupe de sociétés ne suffit pas, à notre avis, pour justifier l'extension de la clause compromissoire à des non signataires, il faut qu'il résulte des circonstances que le bénéficiaire ait accepté, du moins implicitement, d'être lié par la convention d'arbitrage ».*

892. Dans la deuxième considération, si une société d'un groupe de société consent à une convention arbitrale, on se demande si la société-mère peut-elle se voir imposer cette même convention arbitrale sous son effet obligatoire du

[540]Hanotiau, B, « L'arbitrage et les groupes de sociétés » Gazette du Palais, 19 décembre 2002, n° 353, P 6.
[541] CA Paris, 30 novembre 1988, *Kormas,* Revue Arbitrale, 1989, P 691, note P.-Y. Tschanz ; CA Paris, 11 janvier 1990, *Orri,* Revue Arbitrale, 1992, P 95, note D. Cohen.
[542]Sentence C.C.I. N°. 4131, 1982, Revue Arbitrale 1984, p.137 : Dans cette affaire des filiales de Dow Chemical avaient contacté pour la distribution de produits d'isolation thermique avec différentes compagnies dont les droits relevant en dernier ressort de la société française Isover-Saint-Gobain. Chaque contrat contenait une clause d'arbitrage. A la survenance d'un litige concernant la qualité des produits, les deux filiales de Dow Chemical engagèrent la procédure arbitrale, avec d'autres sociétés du groupe qui, elles n'étaient pas signataires du contrat. La défenderesse contestait la compétence du tribunal arbitral. Par décision provisoire en date du 23 septembre 1982, les arbitres se déclarèrent compétents, vu là l'indivisibilité du groupe, et malgré la personnalité juridique distincte de chacun de ses membres, la clause compromissoire signée par certaines sociétés devaient s'étendre à d'autres étant donné le rôle que celles-ci avaient joué dans la conclusion du contrat et qu'il ressortait de la commune intention des parties que les sociétés non signataires apparaissaient être de véritables parties au contrat.
[543]CA Paris, 21 octobre 1983, Revue Arbitrale 1984, p 98, note A. Chapelle

fait que le groupe juridique constitue une entité juridique ou bien cette clause reste strictement applicable à la société qui l'a consenti.

893. Cette considération a été interprétée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en 2005 en considérant que la présomption d'acception, implicite ou explicite, constitue le critère substantiel pour expliquer l'extension de la clause d'arbitrage à d'autres sociétés du groupe. Cet arrêt estime que :« *Dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du protocole dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige.* »[544].

894. La jurisprudence par un arrêt en 2007 a voulu généraliser la règle matérielle posée par l'arrêt Dow Chemical sur le principe d'extension de la clause compromissoire à toutes les parties intervenantes à la confection et l'agrément du contrat en prenant en considération que leur situation et activité font présumer la connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage. Cet arrêt stipulait : « *Mais attendu que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ; que la cour d'appel, qui a relevé que les deux sociétés française filiales de la société Amko étaient intervenues pour l'agrément par la société AME, des micro-processeurs électroniques, en a exactement déduit que ces sociétés étaient en droit de se prévaloir, à l'égard de la société ABS et de son assureur subrogé,*

[544]Cet arrêt a confirmé la Sentence de CCI n° 10982, J.de dr. Int. No.4, 2005, p. 1256 ; dans le même sens la cour d'appel de Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873, *Axa France IARD*

de la clause d'arbitrage stipulée au contrat liant leur société mère à la société AME ; »[545]

895. la jurisprudence française rappelle son attachement à l'extension de la clause compromissoire dans un groupe de contrats, en exigeant le concept de connaissance mais ajoute une notion importante est celle de principe de l'unité économique du groupe de sociétés et l'intention des parties déduite des circonstances des faits. Cette interprétation jurisprudentielle est en accord avec l'avis de certaine doctrine[546].

896. Le droit français de l'arbitrage international n'exige aucune forme à l'acceptation. C'est justement ce qui a fait dire aux juges du fond Français et, à plusieurs reprises, que l'extension de la clause compromissoire à des tiers non signataires est fondée sur le principe de la validité et d'efficacité propres de la clause[547].

897. Dans un recours en annulation en 2001 contre la décision du tribunal arbitrale dans l'affaire Kosa France / Rhodia Operations, la cour d'appel[548] a affirmé la consécration du principe d'extension de la clause compromissoire et d'une méthode de preuve en estimant que :

« *Considérant que la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propre qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter.*

[545] Cour de cassation civile, le 27 mars 2007, 04-20.842, Publié au bulletin ;
[546] J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. « Thémis droit », 2016, n° 325. Aussi note P. Duprey et C. Fouchard sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 26 févr. 2013, n° 11/17961, Revue arbitrale 2014. 82,
[547] X. Boucobza, La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international, Revue arbitrale 1998. 495 ; B. Oppetit, La clause d'arbitrage par référence, Revue arbitrale 1990. 551
[548] Cour d'Appel de Paris, le 5 mai 2001, RG n° 10/04688

En conséquence, à l'instance d'Invista SARL aux côtés de Kosa France Holding, Rhodia Opérations aux côté de Rhodianyl a exercé de fait les prérogatives d'associé, et ces deux sociétés non-signataires ayant exécuté les obligations du contrat d'association sont également parties à la convention d'arbitrage insérée dans le contrat ».

898. Cet arrêt a réaffirmé deux concepts importants dont le premier est le principe l'applicabilité de la convention arbitrale à des non-signataires du moment où un consentement implicite pourra être établi et le second consiste dans la méthode de preuve choisi qui autorise au juge de fond d'instruire à la lumière de l'ensemble du dossier les contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral lorsque le tribunal étatique en est saisi dans le cadre d'un recours en annulation.

899. Cette solution basée sur la validité et l'efficacité n'a pas été discutée d'une façon décisive par la Cour de cassation française[549] qui rejetait la demande de pourvoi au motif de la ratification présumée du contrat de fond contenant ladite clause et par conséquence elle a évité la discussion dans le motif en l'efficacité propre de la clause.

900. La jurisprudence édictée par la cour de cassation française présume que les circonstances particulières de l'espèce, le rôle et l'attitude des non-signataires constituent la présomption d'une compétence attribuée au tribunal arbitral et les parties non-signataires se trouvent comme s'ils avaient signé la convention arbitrale et de ce fait, ils faisaient effectivement une partie au

[549] Cour de cassation civile, le 25 juin 1991, *Cotunav,* Revue arbitrale, 1991, P 453, note P. Mayer; Cour de cassation civile, le 11 juin 1991,*Orri,* Revue arbitrale, 1992, P 73, note D. Cohen.

contrat principal. Par conséquence, l'extension d'une convention arbitrale à des personnes non matériellement signataire résulte de l'effet d'une solidarité avec le contrat principal et non grâce au principe autonomie. Dans le même sens certains auteurs ont interprété la situation mais avec d'autres expressions juridiques. Selon M. Blanchin qui voit la nécessite de voir un lien entre le principe de l'autonomie et la clause compromissoire, a annoncé que : « ….. *Cela revient davantage à lier le sort des deux actes qu'à dégager une nouvelle application du principe d'autonomie de la clause compromissoire….* »[550].

901. D'autre part certains auteurs considèrent que les réserves protestés par la cour de cassation, concernant l'extension de la convention arbitrale, sont justifiable du fait de l'intention exclusive des parties déduite des circonstances dans l'espèce, dès lors il devient impossible de dégager une règle générale en matière d'extension de la convention arbitrale à des non signataires:
« *We are therefore of the view that the Paris Court of Appeals wrongly based the extension of the arbitration agreement in a number of cases concerning groups of companies in particular on the purported principle of the arbitration agreement's own effectiveness and validity* ». [551]

902. Une interprétation différente se voit adopter par une certaine doctrine française. Selon M. Robert[552] considère que le principe d'extension de la convention arbitrale ne peut être que le corollaire du principe de cette

[550] Catherine Blanchin, note précitée, spécialement page 34 et suivantes
[551] Fouchard. Gaillard, Goldman, on International Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer Law International, 1990, (spéc. n° 411).
[552] Jean Robert. « *L'arbitrage: droit interne et droit international privé »,* 6eme édition. Paris, Dalloz 1993, spécialement P. 250 et suivantes.

autonomie. Alors que M.Ancel[553] estime que : « *L'extension à un tiers, au sens du droit français des contrats serait justifiée par l'effet mobilisateur de l'autonomie entendue dans son acceptation la plus novatrice, celle qui détache la clause compromissoire de toute loi étatique, offrirait ainsi la possibilité de ne plus soumettre la clause au principe de l'effet relatif des conventions* ».

903. Selon M. Blanchin le rôle primordial du principe de l'autonomie de la convention arbitrale est d'assurer une protection pour cette convention et de ce fait sauvegarder son efficacité[554]. Aussi le même sens, M. Tschanz[555] s'est demandé pour affirmer que « …. *prise trop littéralement la formule pourrait aboutir à étendre les effets de la clause compromissoire à des personnes qui n'y ont pas consenti, même implicitement* ». D'ailleurs ces deux auteurs ont essayé d'expliquer que le fondement du principe d'autonomie vise à éviter une extension de la convention arbitrale non contrôlée.

904. L'évolution dans la jurisprudence française concernant l'autonomie de la clause compromissoire dans son extension à des non-signataires apparait clairement dans un arrêt de la cour de cassation[556] qui a prononcée pour une explication très importante portant sur la thèse de l'extension de la clause compromissoire en regard de la volonté et l'intention des parties au contrat principal et envers les tiers en annonçant : « …. *En prévoyant expressément*

[553] Jean-Pierre Ancel « *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire »*, Trav. Comp. Fr. dr.int. priv. 1991-1992, p.75
[554] C. Blanchin., L'autonomie de la clause compromissoire : Un modèle pour la clause attributive de juridiction ? Paris, L.G.O.J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, (spéc. P 38).
[555] Voir, Cour d'appel de Paris, 30 novembre 1988 et CA Paris, 14 février 1989, Revue Arbitrale, 1989, P691. Note Tschanz
[556] Cour de cassation civile, chambre 1ere, le 2 avril 2014, nº du pourvoi 11-14692

les suites d'un protocole de cession…..En absence de stipulation écartant expressément la convention d'arbitrage dans l'accord transactionnel, la clause demeure autonome par rapport à l'accord entaché d'une inefficacité partielle par l'effet de l'accord transactionnel ». Donc la cour de cassation a imposé en premier lieu un consentement explicite pour écarter la convention arbitrale pour pouvoir supprimer toute extension de cette convention, sinon on y serait devant une extension automatique de cette convention. En d'autre terme, cet arrêt a mis au point, la preuve d'une extension automatique de la clause compromissoire à défaut d'une dénonciation explicite par la partie cessionnaire.

905. Néanmoins, Etendre systématiquement la portée de cet accord à des tiers, qui n'ont pas exprimé leur volonté de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, ne pourrait que nuire à celui-ci, dans la mesure où les acteurs du commerce international se méfieraient davantage d'un mécanisme de règlement des conflits susceptible d'entrainer des non signataires contre leur gré.

906. En conclusion, l'intention des parties expresse, ou tacite dégagée des circonstances en l'espèce et non de l'appréciation des arbitres ou, le cas échéant, du juge constituent exclusivement le fondement du principe de l'autonomie de la convention arbitrale. Donc l'extension de la convention arbitrale doit être interprétée strictement et étroitement et constitue une exception à l'encontre de la sécurité juridique qu'offre la relativité des conventions.

907. D'ailleurs l'adoption du concept d'un rapprochement sans règles conductrices, entre le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage avec son extension à des non signataires, amène à avoir eu une extension systématique et sans limites comme celle impliquant des groupes de sociétés, ce qui va consister une déviation du fondement du principe de l'autonomie d'assurer une protection pour cette convention et de ce fait sauvegarder son efficacité.

§3- Extension de la clause compromissoire dans les chaines de contrats

908. Pour en démarrer, une précision est nécessaire. La Chaîne de contrats[557] s'établit lorsque plusieurs contrats se succèdent dans le temps et portent sur le même objet ou concourent au même but et entretiennent des liens entre eu**x,** on fait appel à la notion de « chaîne de contrats » on dit aussi « groupe de contrats » ou encore « ensembles contractuels ». La chaîne est dite homogène lorsque se succèdent des contrats identiques (une vente, suivie d'une revente), elle est dite hétérogène si elle est constituée de contrats différents (la vente d'un fonds de commerce suivie d'un contrat de prêt, suivi d'un contrat de cautionnement, suivi d'un apport à une société)**.**

909. Si la conclusion d'un contrat nécessite le consentement entre deux ou plusieurs volontés des parties contractantes. Toutefois, des tiers peuvent devenir parties contractantes postérieurement à la conclusion du contrat par substitution légale ou par stipulations contractuelles. L'opposabilité du contrat

[557] https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/chaine-de-contrats.php

aux tiers dans la première hypothèse il s'agit d'un acte juridique et dans la seconde un fait juridique.

910. Selon la jurisprudence française[558] qui présumait que : « *Mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par les manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision. »* . Dans le même sens la cour de cassation[559] en 2019 supposait que *: «Alors que de quatrième part, subsidiairement, que l'effet relatif des contrats n'interdit pas au tiers à une convention de se prévaloir du manquement contractuel commis par une partie, dès lors que ce manquement est directement à l'origine d'un préjudice subi par lui……. ».*

911. L'article 1199 [560] du nouveau code civil, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du10 février 2016 renvoie ainsi à la situation juridique des tiers au contrat qui ne faisaient pas d'ailleurs parties au contrat établit et par la suite du principe de l'effet relatif des contrats qui consiste dans le fait que « les

[558] Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, 05-13.255, Publié au bulletin

[559] Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 3 juillet 2019, 17-27.820, Inédit

[560] Article 1199 nouveau Code Civil : « 1- Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. 2- Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». Ce principe est toutefois assorti d'exceptions.

912. La cour de cassation française en 2001 affirmait que : « *Attendu que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause*….. »[561] , donc aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation considère donc que la convention d'arbitrage se transmet aux acheteurs successifs.

913. Dans une interprétation plus claire, la Cour de cassation[562] en 2007 a rendu son attendu en précisant que : « …… *Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne …… la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il existait une chaîne de contrats translatifs de propriété et en a justement déduit que la clause compromissoire, contenue au contrat liant les sociétés Amkor et AME, à laquelle la société Anam avait adhéré, avait force obligatoire à l'égard de la société ABS, dès lors que cette clause est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel ; que, par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

914. Dans cette affaire, un différend nait entre un fabricant de téléphones portables avec une autre société *sous-acquéreur* participante comme un

[561] Cour de cassation civile, le 6 février 2001, 98-20.776, Publié au bulletin
[562] Cour de cassation civile, le 27 mars 2007, nº de pourvoi 04-20.842, Publié au bulletin

intermédiaire dans la fabrication de l'une des composants électroniques des téléphones. Toutefois, une convention d'arbitrage reliant auparavant le fabricant de composants électroniques et la société intermédiaire. En dépit que la chaîne de contrats soit homogène ou hétérogène, la Cour de cassation s'est allée plus dans sa solution dans le cadre de chaînes de contrats en jugeant que cette clause était opposable au fabricant de téléphones portables dès lors que ce dernier entre dans une chaîne de contrats translatifs de propriété.

915. Le principe de l'extension de la convention arbitrale dans le cadre de droit international était l'innovation de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Dans un premier temps, une sentence de la CCI rendue en 1975 dans l'affaire ***Clunet***[563], avait prononcé que *« la volonté de cette dernière ressortait des correspondances produites au dossier et de l'esprit de l'ensemble des accords dans lesquels s'inséraient les contrats contenant la clause d'arbitrage ».* en d'autres termes, la CCI dans sa sentence a conclu pour la soumission d'une partie non souscrit à la convention d'arbitrage sur le fondement des présomptions en l'espèce.

916. D'ailleurs, ce principe se voit confirmer dans la célèbre sentence de l'affaire ***Dow Chemical***[564] validée ultérieurement par la cour d'appel de paris le 21 octobre 1983. Dans cette affaire il s'agissait des contrats successifs comprenant une convention arbitrale où deux filiales du groupe américain Dow Chemical ont confiées à des sociétés françaises la mission de distribution de ces produits en France. Suite à des difficultés relatives à l'exécution de ces contrats, la société mère et une autre filiale du groupe Dow Chemical, qui

[563] CCI N° 1434/1975, Rec. des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 268
[564] CCI, n° 4131/1982, 23 sept. 1982 : Rec. des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 464 et s.

n'ont pas signé la clause d'arbitrage, mais qui ont effectué certaines livraisons prévues par les contrats en cause, ont saisi la CCI d'une demande d'arbitrage qui s'est déclaré compétent à l'égard de l'ensemble des parties en se basant sur le fondement qu'une convention arbitrale acceptée par des sociétés d'un groupe va impérativement lier les autres, en stipulant l'existence d'un rôle dans la négociation, la conclusion ou résiliation du contrat. Les arbitres dans leur sentence se sont basés d'une part sur le concept « la réalité économique unique» entre les sociétés de groupe alors d'autre part, sur la présence des circonstances qui présument l'existence « d'une volonté commune de toutes les parties à la procédure».

917. Cette solution d'origine arbitrale confirmée par la juridiction étatique arrache ses divers argumentations juridiques, dans le cadre des effets de la convention d'arbitrage, en premier lieu de la réalité de l'entité économique d'un groupe de sociétés pour en démontrer que la juste signature d'une convention d'arbitrage par un membre de groupe aura une répercussion sur la chaine des contrats de ce groupe. Cette signature ne forme pas une preuve complète mais simplement un commencement de preuve de la soumission de ces sociétés du groupe à la convention arbitrale nécessitant obligatoirement une des diverses sortes impliquant la participation effective de ces sociétés aux opérations contractuelles (Voir à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation du contrat).

918. Néanmoins, d'autres perceptions adoptant d'une part des normes de droit matériel ou d'autre part les critères jurisprudentiels qui sont admis universellement, citant la doctrine de l'estoppel ou de la levée du voile social

ou entre autres, peuvent être valable expliquer le principe de l'extension de la convention arbitrale dans les chaines des contrats.

919. La sentence Dow Chemical dans ses dispositifs avait ouvert ainsi la porte pour une série des sentences arbitrales et d'arrêts par les tribunaux étatiques surtout la cour d'appel de Paris.

1- La pratique arbitrale postérieure à la sentence Dow Chemical

920. Les dispositifs de la sentence Down Chemical constituent un point d'appui pour une succession des sentences arbitrales similaires de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI tout en introduisant d'importantes nuances juridiques qu'il convient d'interpréter le contenu des sentences les plus remarquables.

921. Dans une première étape, *L'affaire Westland*[565] de la CCI a posé le principe qu'un tiers à la convention arbitrale peut être lié par celle-ci pour protéger une partie à cette convention. Dans cette affaire, il s'agissait d'opposer la société Westland, fabricateur et vente des hélicoptères, à quatre États arabes qui avaient créé un organisme doté de la personnalité morale. En allant plus loin que celle rendu dans l'affaire Dow Chemical, cette affaire estimait que « *dans certaines circonstances déterminées, ceux qui n'ont pas signé de clause d'arbitrage peuvent, en tout état de cause, être liés par celle-ci*, surtout *en cas de succession par titre ou subrogation* ». En se basant sur le droit matériel pour démontrer la soumission des parties litigieuses aux obligations assumées par l'AOI, la sentence arbitrale dans cette affaire a

[565] Sentence CCI, n° 3879/1984, 25 mars 1984, Westland, Clunet (JDI), 1985.232.

conclu que *« il convient finalement de mentionner particulièrement les raisons pratiques et les considérations d'équité qui ont motivé la décision des arbitres dans cette affaire, au-delà de ses fondements juridiques (…).* Cette sentence arbitrale s'est donc référée à la notion équité pour annoncer que « *conformément aux principes du droit international, l'équité permet de lever le voile social, afin de protéger les tiers d'un abus qui pourrait leur être causé* ».

922. Cette décision franchit un pas de plus dans la mesure où elle considère qu'à côté de la participation à « la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat » donc par subrogation dans les obligations et les droits de contrat , le tiers étranger au contrat de la convention arbitrale peut être considérer comme soumit aux dispositions de cette convention à cause d'une nouvelle perception de « *l'abus de droit* » justifiant ainsi la doctrine internationale des pays de l'Amérique du nord, soit le concept de la « *levée du voile social* » .

923. Une seconde étape, la chambre de commerce internationale en 1988 a rendu une autre sentence extrêmement intéressante dans une affaire[566], qui opposait d'une part le demandeur est un fabricant de l'industrie navale contre deux défendeurs ou le premier défendeur est une entreprise qui a signé un contrat de vente des marchandises avec le demandeur alors que le second défendeur est une autre compagnie du groupe agissant sous le même logo commercial que le premier.

[566]Voir, la Sentence CCI N^0 5730 / 1988, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990.

924. Cependant, dans cette affaire, en plus de constater la confusion qui régnait lors de la signature du contrat à l'égard de la personne morale ou physique qui le signe, cette décision arbitrale avait conclu à la nécessité de condamner l'associe unique de l'un des défendeurs du groupe au motif qu'ils agissaient sous un simple nom commercial et que leur associé était également responsable personnellement de l'activité commerciale qu'il exerçait sous ce nom commercial.

925. Toutefois, c'est sur des argumentations précises que la sentence arbitrale s'est développée cette conviction avec ces termes : « .... *l'associé unique avait parfaitement connaissance de la convention d'arbitrage, qu'il avait eu l'occasion d'examiner, lors de l'étude du projet de contrat qui lui avait été préalablement soumis, ce qui devait, par conséquent, motiver sa condamnation à titre personnel, même si le contrat avait été signé par son représentant (théorie du gérant de fait), et ce, au motif que « le mandat apparent peut s'étendre à tous les actes, y compris les plus graves, et donc également à la souscription d'une convention d'arbitrage,* ***a fortiori*** *« en raison de son caractère usuel dans ce genre de contrats internationaux* ».

926. La nouveauté de cette sentence consiste dans le fait que la participation à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation ou même dans la confection du contrat ne constitue pas exclusivement une condamnation pour les sociétés du groupe mais aussi l'associé unipersonnel des sociétés si on arrive de prouver sa participation active aux faits, ce qui permet désormais l'acceptation théorie

du gérant de fait[567], notamment lorsque l'un de ses salariés appose sa signature au contrat dans lequel la clause compromissoire a été inscrite. Ainsi, dans les chaines de contrats le champ d'extension de la convention arbitrale de ceux qui pourraient être parties aux procédures arbitrales s'est remarquablement élargi.

927. Troisième étape, une décision rendue en 1998 dans le cadre de l'affaire n° 8910[568], La juridiction arbitrale va dans sa sentence trancher sur deux dilemmes juridiques très courants et très discutés dans le contexte arbitral minutieusement. Le premier dilemme tient place lors de déterminer le champ d'extension d'une convention arbitrale insérée dans un contrat d'un groupe de contrats sur les autres sociétés du groupe dépourvues d'une telle convention mais qui ont conclu d'autres contrats connexes. Or le second dilemme est centré sur la légalité des mesures prises contre le principal actionnaire et qui a apposé comme étant avaliste de l'opération.

928. Dans les faits de cette affaire, une société commerciale française (Demanderesse) avait signé un contrat de distribution exclusive avec une société commerciale domiciliée aux Émirats Arabes Unis (Défenderesse) et se sont consenties d'une part de soumettre leurs futurs litiges à une juridiction arbitrale (CCI) et d'autre part que ce contrat soit régit par le droit français exclusivement. Après cela un accord tripartite entre la demanderesse et la première défenderesse en vertu duquel cette dernière sera substituée par une

[567] Cour de cassation commerciale, le 10 octobre 1995 qui définit le dirigeant de fait comme « *celui qui en toute indépendance et liberté exerce une activité positive de gestion et de direction et se comporte, sans partage, comme « maître de l'affaire* ».
[568] Voir , *JDI 2000, p. 1085, obs.* Dimitri Houtcieff ; Recueil des sentences arbitrales de la CCI, Tome III, pp. 569-579.

deuxième Co-défenderesse qui est en même temps une société contrôlée par la première défenderesse. La troisième Co-défenderesse (Personne physique propriétaire de la première défenderesse) avait avalisé l'accord triparti de tout défaut de paiement de ce contrat de distribution. La demanderesse française entame une procédure arbitrale contre toutes les trois Co-défenderesses dès lors que la première défenderesse a cessé le paiement. Les deux Co-défenderesses invoquent leur défense sur la base de l'incompétence de la CCI au motif qu'aucune d'elles avaient souscrit cette convention d'arbitrage.

929. Concernant le premier dilemme la juridiction arbitrale va se prononcer sur sa propre compétence en affirmant le concept suivant : « …. *bien que la convention tripartite entre la demanderesse et les deux premières défenderesses ne se réfère pas spécifiquement à la clause compromissoire insérée dans le contrat de distribution exclusive et que le principe dit de la clause arbitrale par référence ne trouve pas ici sa place, le tribunal arbitral considère qu'elle est opposable à la deuxième Co-défenderesse et ce, par le fait qu'il existe, en effet, entre la convention tripartite et le contrat de distribution exclusive, un lien d'accessoire, ou encore, un rapport de complémentarité permettant de déceler un ensemble contractuel unique assimilable à un contrat. Or, lorsque les parties ont voulu réaliser une opération unique au moyen d'une pluralité d'instruments, on peut considérer que leur volonté était de soumettre à la clause compromissoire contenue dans l'une des conventions, tout litige lié à cette opération unique, y compris ceux pouvant résulter de la convention qui en est dépourvue* ».

930. Concernant le second dilemme consistant sur la légalité de poursuivre devant la juridiction arbitrale le principal actionnaire avaliste de l'opération contractuel, la sentence arbitrale s'est justifiée par le raisonnement suivant: « *Contrairement à ce que soutient la demanderesse, l'opposabilité de la clause d'arbitrage au troisième défendeur ne saurait reposer sur sa qualité de propriétaire de la première défenderesse (…). Ce faisant, la demanderesse confond deux problèmes, à savoir, celui de l'opposabilité d'une clause compromissoire à une personne qui ne l'a pas signée, et celui de la responsabilité de cette même personne en vertu du droit matériel applicable ; mais, cette responsabilité n'est jamais en soi un motif suffisant permettant d'étendre les effets d'une clause arbitrale à une personne qui ne l'a pas signée, en l'espèce, à l'actionnaire dominant de l'entité signataire, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence française, qui a toujours recherché si une telle extension pouvait se justifier par la volonté, au moins implicite, des parties* ».

2- La distinction arbitrale entre les exigences de droit matériel de celles de droit procédural

931. Les juridictions arbitrales de la CCI s'appuient sur les dispositifs des arrêts des juridictions étatiques précédemment rendus afin de permettre déceler les impératifs de droit matériel de celles liées au droit procédural. Cette interprétation arbitrale vise à remettre en juste place la balance entre la soumission volontaire des parties aux juridictions arbitrales et leur intention ultérieure d'échapper frauduleusement de leur accord arbitrale signé ou de participer activement, en l'espèce, dans des contentieux parallèles provoqué par eux même pour ce but. Cette distinction se matérialise, dans la dernière des sentences arbitrales précitées, par le rejet de la réclamation déposée contre

le troisième défendeur (dernier affaire précité) en se justifiant par la différenciation en droit matériel entre la personnalité morale d'une société et la personnalité physique du principal actionnaire même s'il en est le propriétaire légitime. À plus forte raison, si la participation individuelle et personnelle de cet actionnaire dans la confection, la souscription, l'exécution ou la résiliation de l'accord arbitrale ne s'est démontrée clairement. Donc, une doctrine arbitrale s'établit en introduisant le concept que la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle[569] et elle se matérialise par une intervention concrète des sociétés qui en font partie dans la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat.

932. Sur le plan européen, d'une part certains pays, comme la Suisse et l'Espagne ont adopté cette doctrine arbitrale. Dans un arrêt daté le 17 novembre 2007 rendu par la cour d'appel de Madrid[570], a rejeté un recours en annulation contre une sentence arbitrale de la CCI qui avait utilisé la doctrine de levée du voile social pour condamner le gérant de la société débitrice.

933. D'autre part, certains tribunaux ont refusé d'appliquer le concept de levée du voile social ,voyant en premier, les tribunaux allemands qui considéraient que la société mère ne doit être qualifiée que d'une simple caution ou d'une simple délégation imparfaite ce qui interdit de lui étendre la clause compromissoire même si la société mère s'est démontrée explicitement impliquer dans l'exécution du contrat apposé par la société filiale. Dans le même sens, la cour commercial britannique a refusé d'appliquer la doctrine

[569] Voir, une étude de Daniel COHEN la Revue de l'Arbitrage nº 4 de l'année 2001, pp. 767 et suivantes,
[570] Voir aussi. Cour de Cassation, le 28 avril 1994, RJ 1994 / 2975 ; Arrêt de la Cour d´Appel de La Corogne du 24 février 1999 (AC 1999\3930) ; Cour d´Appel de Gérone le 14 février 2002 (JUR 2002\125253) ; Arrêt de la Cour d´Appel de Barcelone du 1er février 2003 (JUR 2004\14182).

arbitrale du célèbre affaire Dow Chemical pour annuler la sentence rendue en 2004 dans l'affaire *Peterson Farms Inc company* [571] en exposant que : « *the award of damages for losses suffered by affiliates of the claimant was set aside….. The group of companies' doctrine was not part of English law.* »

3- Influence de la doctrine de la Cour d'arbitrage de la CCI en matière d'arbitrage international et interne.

934. Il faut souligner que ce courant doctrinal émit principalement par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, semble s'étendre sans difficulté à d'autres institutions d'arbitrage sur le plan international ou national, comme en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation française.

935. Cette doctrine arbitrale est réaffirmée dans la jurisprudence étatique. D'ailleurs dans l'affaire ***Pepratx***[572], la Cour de cassation en 1991, s'est basée sur la doctrine des « ensembles contractuels », pour justifier sa décision à propos de l'extension de la clause compromissoire à des contrats accessoires, et ce par le fait de tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier l'étendue de la convention arbitrale. Cet arrêt avait réaffirmé la doctrine arbitrale d'une autre façon en estimant que : « *L'existence d'une subordination intellectuelle entre les différents accords, que permet de déceler un ensemble unique assimilable à un (seul) contrat. Chacun des accords partiels n'existe que par le précédent et appelle le suivant ; une volonté, unique par son objet, s'exprime ainsi en une pluralité d'instruments complémentaires* ».

[571] Peterson Farms Inc c/ C & M Farming Ltd , Arbitration Law Reports and Review, Volume 2004, Issue 1, 2004, Pages 573–585

[572] Cour de cassation commerciale, le 5 mars 1991 « Pepratx ». N° de pourvoi : 89-19.940 ; RTD com. 1992, p. 591, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; RTD com, obs. J. Derrupé ; Rev. arb , obs. L. Aynès et p. 153, obs. D. Cohen

936. Plus tard, l'évolution jurisprudentielle est constante en principe même avec des termes différents. La Cour de cassation[573] dans son attendu 2010 affirme que :

« 2°) *si la procédure arbitrale peut être étendue à des personnes non signataires, mais qui sont impliquées dans l'exécution du contrat et dont le consentement peut de ce fait être présumé, il en va autrement lorsque les circonstances démontrent la volonté des parties signataires de limiter à elles seules les effets obligatoires de la convention d'arbitrage ; …… qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher si le choix des trois associés fondateurs de la société Albert X... n'était pas d'exclure les personnes physiques du champ d'application de la convention d'arbitrage, quels que fussent leurs intérêts et leurs responsabilités au travers des fondations actionnaires de la société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2059 du code civil et des articles 1502-2° et 1504 du code de procédure civile ; »*

« Mais attendu que le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres ; que la cour d'appel a exactement retenu, d'abord, que cette convention ayant conduit à la liquidation de fait de la AAC, était un acte inclus dans les prévisions de la convention d'arbitrage comme relatif à la vie ou à la liquidation de la société, puis, qu'en signant la

573 Cour de cassation civile, le 6 octobre 2010, N° du pourvoi 08-20.563, Publié au bulletin

convention à titre personnel, les consorts X... s'étaient comportés comme les véritables actionnaires de la société, désignant même des membres du conseil d'administration, s'accordant sur la désignation du président et se disant eux-mêmes actionnaires dans des documents officiels ; qu'elle (la cour d'appel) en a justement déduit qu'ils ne pouvaient légitimement prétendre être étrangers à la clause compromissoire, dont ils ne pouvaient ignorer la teneur et qu'ils avaient implicitement acceptée compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement de la AAC ; que le moyen n'est pas fondé ; »

937. En l'espèce par conséquence, la cour de cassation a rejeté un pourvoi présentait contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait annulé une sentence arbitrale pour étendre la clause arbitrale à des personnes physiques non signataires en justifiant sa décision que les consorts avaient implicitement acceptée compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement de la société *holding*.

938. De manière identique, selon un arrêt[574] rendu en 2012 par la cours de cassation française qui considère que *: « ……. La nullité de la sentence arbitrale devra par conséquent être prononcée et en totalité, ne pouvant être appliquée aux seules parties à la convention soit, la SA Amplitude et la société Mediforce hellas, compte tenu des liens entre les trois sociétés et par conséquent de l'indivisibilité de la sentence rendue dans ce contexte ». « ALORS QUE le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage ; que l'autonomie de la convention*

[574] Cour de cassation civile, le 7 novembre 2012, n° de pourvoi 11-25.891, Inédit

d'arbitrage commande d'en étendre l'application à des parties qui, bien que n'en étant pas signataires, sont directement impliquées dans l'exécution du contrat qui la contient, si les circonstances établissent que les parties connaissaient la convention d'arbitrage ; qu'en annulant la sentence arbitrale, motif pris que « la sentence arbitrale contestée à laquelle la société Orthopaedic Hellas est partie et alors qu'elle n'est pas partie à la convention en date du 1er mars 2004 et que la clause d'arbitrage ne lui est donc pas applicable est dépourvue de convention concernant cette dernière, condition de validité de la sentence », après avoir pourtant constaté que le contrat liant la société Mediforce Hellas et la société Amplitude avait été exécuté par la société soeur de la première, à savoir la société Orthopaedic Hellas, que les personnes habilitées à représenter la société Orthopaedic Hellas connaissaient l'existence de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat liant la société Mediforce Hellas et la société Amplitude, ce dont il résultait que la société Othopaedic Hellas était directement impliquée dans l'exécution du contrat qui contenait la convention d'arbitrage et qu'elle la connaissait, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 1502.1°et 1504 du code de procédure civile, dans leur rédaction applicable à la cause ».

939. Dans les faits principaux de cette affaire, il s'agissait d'un groupes de sociétés commerciales tous gérées par les mêmes dirigeants, mais la sentence arbitrale avait considéré que seules pouvaient être parties à la procédure arbitrale les parties qui avaient signé la convention d'arbitrage. la Cour de cassation s'est prononcée alors clairement sur l'extension de la convention d'arbitrage dans les chaines de contrats en affirmant sans aucune réserves que la nullité de la sentence arbitrale devra par être prononcée et en totalité,

mais le plus important de cette jurisprudence est l'affirmation de ne pas pouvoir appliquée la convention arbitrale aux seules parties à la convention, compte tenu des liens entre les trois sociétés et, par conséquent, de l'indivisibilité de la sentence rendue dans ce contexte ».

4- Le positionnement de la jurisprudence et la doctrine française

a- La jurisprudence

940. La jurisprudence française est depuis longtemps dans l'ambiance du principe d'extension de la convention arbitrale dans les chaines de contrats dès lorsqu'elle affirmait en 1988 que la validité et l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un contrat international exigent : *« d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités, font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant* »[575].

941. La question de l'extension de la clause compromissoire dans les chaines de contrats translatifs de propriété est récurrente en arbitrage. Cette règle en matière de chaîne de contrats a notamment été énoncée dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 juin 1995, selon lequel **:** *« Le fabricant de la chose vendue est en droit d'opposer au sous-acquéreur exerçant une action contractuelle tous les moyens de défense qu'il peut opposer à son propre cocontractant »*[576].

[575] Cour d'Appel de Paris, le 30 novembre 1988. Revue arbitrale page 691.
[576] Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 7 juin 1995, JurisData n° 1995-001538

942. En effet, en 2001, la Cour de cassation avait jugé que « *dans une Chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* »[577] .

943. La jurisprudence française jusqu'au date de 2007 avait limité l'extension de la clause compromissoire aux chaînes homogènes de contrats constituée uniquement des contrats de même nature (contrats de vente). Toutefois, en 2007, par son arrêt[578] ABS du 27 mars 2007, la cour de cassation avait conclu d'étendre la solution aux chaînes hétérogènes de contrats qui contiennent de contrats de nature différente (par exemple contrats de vente et d'entreprise). L'arrêt ABS avait élancé la nouveauté suivante : *« Mais attendu que, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne ; que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord que le composant électronique, objet du litige, a été fabriqué par la société Anam et vendu par celle-ci à la société Amkor qui l'a revendu à la société AME ; ensuite que la société AME a "encapsulé" le produit, qui, selon les constatations de l'expert judiciaire, demeurait dissociable, avant de le livrer à la société ABS qui l'a intégré dans ses téléphones mobiles ; qu'au vu de ces éléments, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il existait une chaîne de contrats translatifs de propriété et en a justement déduit que la clause compromissoire, contenue au contrat liant les sociétés Amkor et AME, à laquelle la société Anam avait adhéré, avait force*

[577] Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 6 février 2001, nº pourvoi 98-20.776 : RJDA 10/01 n° 1057
[578] Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 27 mars 2007, nº de pourvoi 04-20.842, Publié au bulletin, Revue arbitrale 2007.785

obligatoire à l'égard de la société ABS, dès lors que cette clause est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel ; que, par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; »

944. Depuis l'arrêt ABS en 2007, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause d'arbitrage est transmise de façon automatique en–tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne. Par conséquence, le principe « l'accessoire suit le principal » implique dans cet arrêt une transmission automatiquement de la convention arbitrale dans les chaines de contrats. Ainsi la haute juridiction va dans cet arrêt reconnaitre la substitution du mandataire ainsi que la théorie de l'accessoire sur laquelle elle se fonde pour justifier sa décision.

945. Cette règle est devenu fixe et par la suite elle va constituer une jurisprudence constante qui dispose que : **«** *Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique et cela en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis sans incidence de la nature des contrats »*[579].

946. Ainsi la Cour de cassation française, dans son arrêt du 17 novembre 2010, ne fait donc que renforcer ce principe. Elle a confirmé la solution crée dans l'arrêt ABS du 27 mars 2007 lorsqu'elle va considérer que : « *ALORS*

[579] Cour de cassation Civil, 1ère chambre, le 27 mars 2007, pourvoi N° 04-20842, Voir aussi Cour de cassation Civil, 1ère chambre, le 9 janvier 2008, pourvoi N° 07-12349

QUE dans une chaîne de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international ne se transmet avec l'action contractuelle que sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ; qu'en décidant en l'espèce que la clause compromissoire était transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, sans rechercher si, comme l'avait retenu la décision infirmée, la Société DOUMER (subrogée par la Société AXA) avait pu légitimement l'ignorer, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1492 du Code civil. »[580].
Selon cet arrêt l'excuse tirée de l'ignorance de la clause compromissoire ne suffit plus à empêcher la transmission de la convention d'arbitrage dans une chaîne hétérogène de contrats.

947. Dans cette jurisprudence constante, la Cour de cassation en 2014 a réaffirmé cette règle en expliquant que : **«** *Ayant ainsi fait ressortir l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété intervenue en exécution du contrat initial du 8 juin 2000, quand le litige portant sur la défectuosité des produits entrait dans le champ de la clause compromissoire prévoyant que tout différend découlant de ce contrat devrait être résolu par l'arbitrage, la cour d'appel en a exactement déduit que la convention d'arbitrage, qui se transmet de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, n'était pas manifestement inapplicable, la présence d'une clause attributive de juridiction dans l'un des contrats ne faisant pas obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »* [581].

[580] Cour de cassation civile, 1ère chambre, le 17 novembre 2010, pourvoi N°09-12.442, Sté Refcomp SPA c/Sté Axa Corporate solutions assurance.
[581] Cour de cassation Civile, 1ère chambre, le 9 juillet 2014, pourvoi N°13-17402

948. Cette jurisprudence constante avait été contestée en 2017 par un arrêt singulier de la Cour d'appel de Versailles[582] qui avait jugé en l'espèce que « une clause d'arbitrage prévue dans un contrat d'assurance est inopposable à un tiers ». Néanmoins, dans cette affaire le contrat d'assurance n'est pas un contrat translatif de propriété, par conséquence, on ne peut parler dans ce type de contrat ni chaîne de contrat, ni contrat translatif de propriété.

949. Dans un arrêt définitif et irrévocable en 2018, puisqu'il n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation dans les délais impartis à cet effet, la Cour d'appel avait le souci de faire ressortir les deux principes précédemment détaillés dans l'objectif surtout d'assurer la protection de la convention arbitrale. Dans les faits en l'espèce, le Tribunal de commerce de Saint-Malo qui s'est déclaré compétent pour reconnaître du litige pour considérer ultérieurement que le sous-acquéreur ne peut se voir opposer une convention arbitrale liant le fabricant et son distributeur, alors que le sous-acquéreur n'a pas accepté ni même pas eu connaissance de cette convention arbitrale. La Cour d'Appel de Rennes a annulé la décision du juge de premier degré en jugeant l'opposabilité de la convention arbitrale au sous-acquéreur en affirmant que **«** *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis* »[583].

950. En conclusion, une clause compromissoire qui est consentie entre deux co-contractants dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, va se transmettre automatiquement aux différents intervenants ultérieurs à la chaîne

[582] Cour d'Appel de Versailles, le 2 mai 2017, n° de pourvoi 16-01166
[583] Cour d'appel de Rennes, 3ème chambre commerciale, 11 septembre 2018, n° 15/09630

contractuelle, sans incidence de sa nature homogène ou hétérogène, en tant qu'accessoire du droit d'action et ce, sans que l'ignorance ou l'absence d'acceptation expresse ou tacite de la clause compromissoire par les différents intervenants puisse y faire obstacle, sauf stipulation contraire ou renonciation a cette a l'application de la convention arbitrale.

b- La Doctrine

951. D'après M. Mayer l'expression de « *l'extension rationae materiae »* signifie que l'extension de la clause compromissoire s'effectue vers d'autres contrats qui unissent pourtant les mêmes parties[584]. Selon M. François-Xavier Train[585] qui définit l'extension de la clause compromissoire dans les chaines de contrats comme étant « le contrat originaire d'un côté et les contrats auxquels la clause sera étendue de l'autre » et ces contrats de la chaine sont liés par « *un rapport de dépendance fonctionnelle ou d'unité économique*». Dans cette hypothèse le problème de l'extension[586] de la clause compromissoire se pose par rapport à l'arbitrabilité commune dans la même procédure arbitrale des litiges découlant de différents contrats[587].

952. En révisant après la réforme de 2011 les dispositifs de l'article 1442 du Code de procédure civile français « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement *à ce ou à ces contrats*» et par conséquence, la législation énonce expressément la

[584] MAYER Pierre, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue arbitrale 197, 1998, n° 2, p. 359.
[585] TRAIN François-Xavier, « L'extension de la clause compromissoire » Chronique des années 2012 - 2017, p. 390.
[586] Pierre Racine, « Le droit de l'arbitrage » p. 244.
[587] Antonias Dimolitsa, « L'extension de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf », p. 522.

possibilité que les parties de la clause compromissoire soient liées à plusieurs contrats , par la suite le législateur reconnaît l'extension de la clause compromissoire aux groupes de contrats sans toutefois oublier la recherche approfondie de la volonté implicite des parties[588]. Le concept de l'extension de la convention arbitrale ne semble pas avoir un conflit majeur, comme celle vue avec les non-signataires, face au principe de l'effet relatif, du fait en l'espèce qu'elle se réalise entre les mêmes parties.

953. A côté de la jurisprudence, on trouve également un courant de doctrine qui considère que, lorsque certains contrats sont interdépendants ou contenant des obligations synallagmatiques étroitement liées, l'exigence d'une bonne administration de la justice et ou l'équité imposent de traiter les différends intimement liés dans leur principe et qui en résultent en une seule procédure dans l'objectif de faire d'écarter toute sorte de dispersion du règlement des contentieux.

954. D'ailleurs, dans une chaîne de contrats, le droit d'action agissant comme procédant d'une transmission de l'action contractuelle accessoire au transfert du droit de propriété sur la chose, la clause compromissoire, comme toute clause du contrat, est opposable au demandeur ce qui a poussé la jurisprudence française à introduire l'expression «d'accessoire au second degré »[589]. Néanmoins on peut dire que, d'une part la clause compromissoire va circuler dans la chaine des contrats comme étant un accessoire de l'action, d'autre part cette dernière va s'y transmettre en tant qu'accessoire de la chose. Cela a poussé certains auteurs à considérer que : « la clause compromissoire

[588] TRAIN François-Xavier, « L'extension de la clause compromissoire » Chronique des années 2012/2017, p. 390.
[589] Albert Joseph Libchaber, « L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes », thèse Rouen, 1999, n° 79 et suivants, 117 suivants.

a eu pour effet de « façonner le droit d'action dont disposait chacune des parties au rapport contractuel initial[590] » dans la perspective que l'extension d'un droit d'action ne peut contenir autre droit qu'il dispose initialement. Or s'il y aura un changement dans les effets de cette clause compromissoire on assiste à un autre droit d'action[591]. Notant que la prétendue « transmission » de l'action circulant dans la chaîne n'a pas pour effet de priver définitivement le contrat initial de son droit d'action contractuel qui peut être applicable s'il y a intérêt de se soumettre à l'arbitrage, en présence d'une clause compromissoire. Selon M. Xavier-Train[592] qui considère en présence d'un « mécanisme multiplicateur du lien d'obligation » alors que Mme Bacache-Gibeili[593], considère que ce mécanisme « *n'a pas d'effet translatif mais un effet attributif limité, de ce fait il n'existe pas une substitution d'une personne à une autre dans un rapport préexistant mais surajoute au lien obligatoire préexistant au profit du contractant du débiteur un nouveau lien obligatoire en faveur du membre de la chaîne* ».

955. Cependant, malgré cette évolution jurisprudentielle et doctrinale, il ne faut pas perdre de vue le fait que le consensualisme reste centre de gravité dans le processus arbitrale. Ainsi, émettre un concept qui généralisera largement la tendance de la jurisprudence internationale à mettre sous la même action procédurale arbitrale toutes les parties qui vont participer à une joint-venture, même si elles ne sont pas en origine partenaires à la convention

[590] Mayer, La « circulation » des conventions d'arbitrage, JDI 2005. 251, n° 9 s ; Voir Sylvain **Bollée** « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », Rev. arb. 2005. 917, n° 7 s. V. aussi Ancel « Arbitrage et novation » Revue arbitrale. 2002. 3, n° 7.
[591] Cassation Commerciale. 4 janv. 2005, D. 2005. AJ. 214, obs. Chevrier, et Pan. 2748, obs. Kenfack ; RTD com. 2005. 589, obs. Bouloc ; JCP 2005. II. 10067, note Legros ; RDC 2005. 736, obs. Delebecque.
[592] TRAIN François-Xavier « Les contrats liés devant l'arbitre du commerce internationa » LGDJ, 2003, n° 360.
[593]Mireille Bacache-Gibeili « La relativité des conventions et les groupes de contrats », LGDJ, 1996, n° 332.

d'arbitrage, constitue ainsi un danger destructif et une méconnaissance pour le caractère volontaire. Cependant, un statut juridique excessif à la place d'un réalisme économique ne pourra pas résoudre probablement les problèmes auxquels les acteurs commerciaux peuvent être confrontés

956. Cependant, dès lors de la survenue des litiges au sein de chaine des contrats, il convient de considérer que l'indépendance juridique de chaque société ne constitue pas un obstacle à la normalisation des procédures d'arbitrage à condition que la juridiction arbitrale conclue que les modalités de recours à la même procédure arbitrale sont disponibles en l'espèce. D'une part, il serait malheureux que les membres du groupe d'entreprises se cachent derrière leur personnalité juridique pour échapper au processus d'arbitrage, sans toutefois perdre de vu parfois l'intention des membres d'un groupe de sociétés de profiter de leur personnalité juridique pour échapper à la procédure d'arbitrage

957. Cependant, il ne parait pas profitable d'avoir recours à une procédure parallèle en cas de l'existence d'une connexité du contentieux. D'ailleurs, l'unification de la procédure peut améliorer l'efficacité et l'économie des moyens tout en évitant des décisions inconciliables au sein de la même chaine des contrats. Néanmoins, les arbitres peuvent avoir recours au principe d'abus de droit ou la réalité économique pour soumettre un tiers à une convention arbitrale à la procédure de cette dernière soit par contrainte soit sur demande.

958. En outre, l'existence du consentement peut être explicite ou implicite. On peut déduire cette existence de la participation active à certains actes déterminatifs, comme la constitution du tribunal arbitral ou la levée du voile

sociétaire dans le cas de refuse de la partie non-signataire, ou la confusion créée par la conduite du non-signataire en appliquant la théorie de l'*estoppel* or si cette confusion est intentionnelle la théorie de la fraude sera applicable.

§4- Cas spécifiques d'extension de la clause compromissoire

1- L'insertion de la convention arbitrale dans un contrat non daté et non signé

959. La clause compromissoire est un contrat séparé dans son application du contrat principal mais constitue avec ce dernier un seul contrat. Une problématique apparait de déterminer la valeur d'une clause compromissoire insérée dans un projet de contrat non signé.

960. L'article 1443 du code de procédure civil français prescrit : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite, Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale alors que l'article 1448 CPC prescrit que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

961. Dans une affaire tenant la problématique d'un accord arbitrale mais non signé, la cour d'appel d'Aix en Provence en 2015[594] a estimé que « *la clause d'arbitrage n'a jamais été discutée ou envisagée entre les parties tout au long des années 2004 et 2005, que sa présence dans l'accord du 4 février*

[594] Cour d'Appel Aix en Provence, le 5 novembre 2015, n°14/24336

2005 est entièrement nouvelle, que l'absence de signature de cet accord caractérise incontestablement une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage, ce qui exclut la saisine de l'arbitre en l'absence de tout engagement contractuel ». Cet arrêt a été annulé par la cour de cassation[595] en 2016 selon les motifs suivants :

« 2°) ALORS QU'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage ; qu'en retenant, pour considérer que la mise en œuvre du principe de compétence serait exclue, que la clause d'arbitrage de l'article 23 de l'accord du 4 février 2005 aurait été nouvelle pour ne pas avoir été mentionnée au cours des pourparlers antérieurs et que cet accord n'aurait pas été signé, motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité ou la nullité manifeste de cette clause d'arbitrage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1448 du code de procédure civile, ensemble le principe de compétence - compétence.

5°) ALORS subsidiairement QU'en matière d'arbitrage international, une clause compromissoire est valable dès lors que la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance et l'a, fût-ce par son silence, acceptée ; qu'en considérant que la circonstance que la clause d'arbitrage international insérée à l'accord daté du 4 février 2005 n'est pas signée caractériserait l'absence de volonté des sociétés Tux, Sonomed et BK Medical de recourir à l'arbitrage, la cour d'appel a violé l'article 1507 du code de procédure civile

[595] Cour de cassation civile, le 21 septembre 2016, n° du pourvoi 15-28.941, Publié au bulletin

6°) ALORS subsidiairement QU'en matière d'arbitrage international, une clause compromissoire est valable dès lors que la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance et l'a, fût-ce par son silence, acceptée ; qu'en considérant, pour estimer que la clause d'arbitrage international litigieuse serait manifestement nulle et inapplicable qu'elle n'aurait pas été discutée et envisagée par les parties, la cour d'appel a violé l'article 1507 du code de procédure civile ; »

962. Cependant, la Cour de cassation a adopté une logique basée sur le droit de l'arbitrage dans son article 1448 qui reprend et formalise une jurisprudence constante[596] sur le principe de « compétence-compétence » en imposant que le tribunal arbitral est le seul compétent sur sa propre compétence, sauf dans les cas de nullité manifeste ou d'inapplicabilité manifeste de la clause, donc ces deux cas sont les seules exceptions reconnues à l'application du principe de « compétence-compétence » et par conséquence, l'hypothèse de la clause compromissoire figurant dans un contrat non signé ne rentre pas dans l'une de ces deux exceptions mentionnées.

963. Il est vrai que les principes d'interprétation sur ce sujet ne font pas l'objet d'hésitations, encore moins de controverses. Selon M. Vidal il faut privilégier la prise en compte de la véritable volonté générale des deux parties de parvenir à un compromis, au détriment des problèmes résultant de l'insuffisance ou de la confusion du libellé de la clause[597]. Plus précisément,

[596] Dominique Vidal, « Droit français de l'arbitrage interne et international », Gualino, 2012, n° 81 suivant, n°554 s.
[597] Cour de cassation commerciale, Op. Cit, n° 140 , p.66.

certains auteurs[598] considèrent que l'interprétation jurisprudentielle de la notion de nullité ou d'inapplicabilité manifeste demeure très restrictive donc l'inapplicabilité manifeste ne résulte pas théoriquement que du constat, exclusif de toute interprétation ou de toute analyse substantielle des faits, que le litige ne peut, à l'évidence, entrer dans le champ d'application de la convention d'arbitrage en cause.

964. Cependant, M. Racine[599] estime qu'il doit être évidente et impérativement apparente la nullité ou l'inapplicabilité de la convention arbitrale en précisant que nous sommes bien dans une application de la théorie de l'apparence en estimant que : « la convention d'arbitrage, dès lors qu'elle est invoquée, est apparemment efficace. Tel est bien le sens de la jurisprudence observée, dont la logique sans faille conduit le plus souvent, à rejeter l'exception d'inapplicabilité manifeste[600].

965. En résumé, en considérant la circonstance que la clause d'arbitrage international insérée à l'accord arbitral et qui n'est pas signée, ne peut être caractérisée par l'absence de volonté des sociétés de recourir à l'arbitrage, mais par contre la soumission à la juridiction arbitrale les litiges parvenus dans l'exécution du contrat principal.

966. Dans une seconde affaire n° 5829, une requête d'arbitrage est introduite devant la CCI contre deux distributeurs du Panama et de la Suisse. Le contrat d'exclusivité n'étant ni daté ni signé mais produit par le demandeur. Il contient dans son article 7, la clause compromissoire suivante : « *tout*

[598]Christophe Séraglini et Jérôme Ortscheidt, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrestien, 2013, n°168, p. 190 (en arbitrage interne) et n°680, p.600 (en arbitrage international).
[599] Jean-Baptiste Racine, « Droit de l'arbitrage », PUF, Thémis droit, septembre 2016, N°364, p.271
[600] Idem, N°370, p.274

différend découlant du présent contrat ou s'y rapportant seront tranchés définitivement suivant le Règlement de la Chambre de Commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement. Le lieu de l'arbitrage sera Genève. Le présent contrat est soumis pour son interprétation et son exécution au droit suisse ».

967. La compétence de l'arbitre a été contestée par le défendeur qui a prétendue l'invalidité juridique du contrat principal qui est dépourvu de toute valeur et de tout effet juridique en s'appuyant sur le fait de l'absence de forme écrite. Néanmoins, l'arbitre avait appliqué la doctrine suisse qui stipule uniquement que le contenu de la convention d'arbitrage soit signé par toutes les parties et n'exige pas qu'elle soit formulée dans un document unique. Cependant, les défendeurs n'ont pas contesté en aucune façon la validité matérielle de la clause compromissoire ce qui a aidé l'arbitre à en déduire sa validité quant à la forme et au fond et par la suite s'est déclaré compétent pour trancher le litige.

968. Si les parties n'ont pas signé l'un des contrats, ceci n'empêche pas la clause compromissoire d'avoir ses effets vis-à-vis des parties concernées à partir du moment où elle remplit les conditions légales requises. Dans ce cas, elle est valable en forme et au fond. Elles sont également identiques dans les différents contrats dont l'interdépendance est claire.

2- La consistance de la convention arbitrale par référence

969. Selon M. Mayer, la notion de la convention arbitrale par référence représente la clause compromissoire non insérée dans le contrat litigieux, mais dans des conditions générales ou dans un autre acte ou un contrat antérieur en

connexion avec le contrat principal à condition qu'il fasse référence au contrat qui a donné lieu au litige[601].

970. La notion de la clause compromissoire par référence[602], trouve une large affinité dans le droit dans les pays de la famille romano-germanique et dans les pays de Common Law, sous réserve d'assurer une protection pour le cocontractant ignorant l'existence de cette convention. L'article 6 al.2 du concordat suisse en fait l'exemple lorsqu'il impose dans ses dispositions législatives, lorsqu'une personne se soumet au règlement d'une personne juridique, que soit mentionnée spécialement la clause d'arbitrage que comporte ce règlement[603].

971. La question de la validité de la clause arbitrale par référence se pose, aussi bien sur le plan de la forme qu'en tôt du fond. Cette question était l'objet de plusieurs études doctrinales nationales et internationales mais qui se rencontrent tous en conclusion avec la jurisprudence française qu'on va développer par la suite[604].

972. La juridiction étatique du fond[605], a essayé de renforcer les dispositions préventives des différentes législations, lorsqu'elle a déclaré que l'arbitrage international, qu'il soit en France ou à l'étranger, a nécessairement une base

[601]Pierre Mayer, Op.cit, p. 20

[602] Code procédure civile français après le reforme de 2011 « Art. 1443.-A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. et « Art. 1444.-La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454

[603] René David, « L'arbitrage dans le commerce international », Economica, 1982, p. 278- 279.

[604] Xavier Boucobza « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international », Rev. arb. 1998. 495 ; Bruno Oppetit, « La clause d'arbitrage par référence », Rev. arb. 1990. 551

[605] Cour d'appel de Paris, 1ere Chambre, section C, 1er juin 1999 « Air Transport c/ Sté The Levant Shipping, Company (Khayattravel and tourism). Journal du droit international, n°2, 2000.

conventionnelle. À ce titre, l'arbitrage international relève exclusivement du caractère consensualisme des parties, qui seules peuvent habiliter l'arbitre en lui accordant ses pouvoirs judiciaires. Cet arrêt confirme fortement que la validité de la clause compromissoire est toujours soumise à une double stipulation au moment de la conclusion du contrat qui est soit la connaissance ou soit l'acceptation, même implicitement, de la partie qui s'y oppose.

973. Cet arrêt n'a que confirmer une jurisprudence constante[606] qui admet la clause compromissoire par référence mais qui impose certaines conditions qui sont la connaissance et le consentement des parties. Voir à ce titre d'illustration, l'arrêt Navire Pella[607] et l'affaire Bomaroil NV. [608]

974. La jurisprudence est fixée depuis longtemps alors que deux conditions seulement subsistent dans le contexte de l'extension de la convention arbitrale par référence : la connaissance et l'acceptation. Dans ce qui suit on va présenter une série des arrêts sur une longue période prouvant la consistance de la convention arbitrale par référence créant ainsi une jurisprudence constante en l'espèce.

1- Arrêt rendu en 2006 [609]

975. « *…… 2 / que la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, comme des conditions générales ou particulières et*

[606]Cour de cassation civile, « Société Ferruzzi France c/ Société Roquette Frères », 30 juin 1993. Cour d'appel de Paris 1ere Ch. C., « Sté Afric Viande c/ Sté Britannia », 18 avril 1991. Cour d'appel de Paris 1ere Ch. C., « Sarl Diva Fruits c/ Sté Sim fruits », 30 mai 1991. Revue de l'arbitrage, n°1, 1994, p. 95 et s. Cour d'appel de Douai 2eme Ch., sec.2, « STEINWEG HANDELSWEEM BV c/ SA GENERALI », 30 octobre 2003, revue droit maritime français, Mars 2004, p. 253

[607] Navire Pella: Cour d'appel de Rouen (2eme Ch.), « AXA CORPORATE et a. c/ Sté TRIDENT MARINE et a. », le 4 décembre 2003. Revue droit maritime français, mars 2004, p. 257 et s. Obs. Philippe DELEBECQUE.

[608]Cour de cassation civile, « Sté Bomar Oil NV c/ ETAP », 9 novembre 1993, revue de l'arbitrage n°1, 1994, p.108,

[609] Cour de Cassation civile, le 21 novembre 2006, nº de pourvoi 05-21.818, Publié au bulletin

*à un défaut de mention dans le document principal, n'est opposable au cocontractant ou à l'assureur qui lui est subrogé que si ce cocontractant subrogeant a pu avoir **connaissance** de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et en a **accepté** l'incorporation ; qu'en n'établissant pas la connaissance par la société Deher frères, à laquelle Groupama transports est subrogée, des conditions particulières dans lesquelles se trouvait la clause compromissoire, la cour d'appel a violé ensemble l'article 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958, l'article 1492 du nouveau code de procédure civile et l'article 1134 du code civil ;* »

2- Arrêt rendu en 2009 [610]

976. *« ..... ALORS QUE 3°) en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient et à défaut de mention dans le document principal, n'est opposable au cocontractant que si ce cocontractant a pu **avoir connaissance** de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et **en a accepté** l'incorporation; que pour dire qu'il y avait accord de la Société SOERNI à la clause compromissoire à laquelle il était fait référence dans la « Hold Harmless Letter » signée par Monsieur X..., employé subalterne de la Société SOERNI, la Cour d'appel a retenu que mention du connaissement CLS était faite dans cette lettre alors que le contrat de transport signé par la Société SOERNI faisait mention d'un connaissement différent ne mentionnant pas ladite clause et que ledit connaissement CLS n'a pas été transmis à la Société SOERNI avant la conclusion du contrat de transport, la Cour d'appel a manqué de base légale*

[610] Cour de cassation civile, le 8 juillet 2009, n° de pourvoi 08-16.025, Publié au bulletin

au regard du principe de validité de la clause compromissoire ensemble l'article 1502-1°) du Code de procédure civile ....»

3- Arrêt rendu en 2011[611]

977. « *… ALORS, D'UNE PART, QUE la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a* ***eu connaissance*** *au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce* ***par son silence, accepté*** *cette référence ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que le contrat conclu entre les sociétés CMN et FMS contenait une clause compromissoire et que le contrat conclu entre les sociétés FMS et PKC comportait, rédigée en caractères très apparents, une clause précisant que ce contrat était soumis aux relations contractuelles régissant le contrat conclu entre les sociétés CMN et FMS, et précisait encore que le contrat CMN/FMS auquel il était référé était joint si bien qu'en décidant cependant que la clause compromissoire par référence ne pouvait être opposée à la société PKC, faute pour cette dernière d'avoir formulé une approbation spéciale de cette clause, la cour d'appel a violé l'article 1493 du Code de procédure civile, ensemble l'article 1134 du Code civil,* »

4- Arrêt rendu en 2018 [612]

978. *« ……. 3°) ALORS, à tout le moins, QU'en matière internationale, la clause compromissoire par référence à un document qui la contient n'est valable, à défaut de mention dans la convention principale, que lorsque la partie à laquelle cette clause est opposée a accepté l'incorporation de ce*

[611] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 26 octobre 2011, 10-17.708, Publié au bulletin
[612] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 février 2018, 16-27.823, Inédit

document au contrat ; qu'une telle ***acceptation, si elle peut être tacite*** *et résulter de l'exécution du contrat, ne saurait être caractérisée lorsque, préalablement à cette exécution, cette partie a clairement manifesté son refus de ratifier les conditions générales dans lesquelles figure la clause d'arbitrage, à plus forte raison lorsque cette partie n'est pas le signataire du document de référence mais un tiers impliqué dans l'exécution de la convention principale ; qu'en ne recherchant pas, ainsi qu'elle y était expressément invitée (concl. p. 13), si la société First Smart Asia Ltd, en refusant à dessein de retourner à la société Cosfibel le bon de commande signé que celle-ci avait sollicité « en guise d'acceptation » de ses « conditions générales d'achat », n'avait pas, par cela même, et dès avant l'exécution des commandes prises en charge, clairement manifesté son refus de les ratifier, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1507 du code de procédure civile ;*

5°) *ALORS, en toute hypothèse, QUE la possibilité d'étendre la clause d'arbitrage signée par une société membre d'un groupe de sociétés à une autre société de ce groupe ayant participé à l'opération pour laquelle la clause a été stipulée suppose que cette clause ait préalablement acquis force obligatoire entre ses signataires ; qu'en l'espèce, la société First Smart Asia Ltd versait aux débats le bon de commande qu'elle avait pris en charge (pièce n°15), et dont les termes stipulaient, en gras : « Merci de signer ce bon de commande en guise d'acceptation de nos termes et conditions générales d'achat et de nous renvoyer votre facture pro forma pour que nous la contresignions en conséquence » ; qu'en ne s'expliquant par sur le sens et la portée de ce document, qui attestait que la société Cosfibel Premium avait pris l'initiative de* ***solliciter une acceptation de ses conditions générales*** *et*

que ces dernières, dès lors, n'avaient pu entrer en vigueur avant leur signature, intervenue le 26 août 2013, postérieurement à l'exécution des commandes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 et 1165 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

5- Arrêt rendu en 2020 (*Priosma*)[613]

979. « *.... ALORS QUE, premièrement, si la clause compromissoire peut résulter d'un document auquel il est fait référence dans le contrat principal, c'est à la condition que la partie à laquelle on oppose la clause* ***en ait eu connaissance*** *lors de la conclusion du contrat ; que pour écarter le moyen pris de l'incompétence du tribunal arbitral à l'égard de la société PRIOSMA, la cour d'appel s'est bornée à considérer que le contrat conclu en 2013 entre les sociétés PRIOSMA et COVEA était dépourvu de substance sans sa référence à l'ensemble des stipulations du contrat de 2011 pour en déduire que le consentement de KBS INTERNATIONAL avait nécessairement porté sur cet ensemble, y compris la clause compromissoire ; qu'en statuant ainsi, sans constater que la société KBS INTERNATIONAL avait connaissance, lors de la conclusion du contrat en 2013, de la clause compromissoire contenue dans le contrat de 2011, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1520, 1° du Code de procédure civile ; »*

980. La Cour de cassation en rejetant le pourvoi avait retenu que « le contrat de 2013 étant dépourvu de substance sans sa référence à l'ensemble des stipulations du contrat de 2011, *Priosma* avait nécessairement eu connaissance de celui-ci, qui fixait seul les droits et obligations des parties ;

[613] Cour de cassation, Chambre civile 1, 4 décembre 2019, 18-23.176, Inédit

qu'ayant ainsi fait ressortir l'acceptation par *Priosma*, lors de la conclusion du contrat, de la clause compromissoire contenue dans celui de 2011 par conséquence les deux juridictions ont successivement fait mention de la connaissance et de l'acceptation. Mais la nouveauté remarquable se trouve dans la réduction de la preuve de ces conditions à sa plus simple expression et par conséquence, la stipulation de l'existence d'une connaissance effective est écartée en faveur d'une simple connaissance nécessaire. De surcroit, cette simple connaissance désigne automatiquement une acceptation, à défaut d'opposition à la clause. Par conséquence, ce récent arrêt impose une nouvelle interprétation en faveur de la consistance de la clause compromissoire par référence.

981. En résumé, en ce qui concerne l'extension de l'autonomie de la convention d'arbitrage, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage signifierait la survie de la clause jusqu'à ce qu'eussent été épuisés tous les litiges pouvant entourer le contrat principal, alors même que les arbitres auraient statué sur sa résolution , aussi cette règle de validité a pour conséquence immédiate de prolonger les effets de la clause compromissoire après la fin du délai de l'arbitrage et de lui donner en quelque sorte une permanence dans le temps, qui joue en faveur de l'arbitrage . cette autonomie s'aperçoit aussi dans l'extension de cette convention d'arbitrage à des non signataires et dans les chaines des contrats sous une seule condition de ne pas renoncer clairement à cette clause compromissoire et d'autre part par l'extension de la clause compromissoire insérée dans un contrat non daté ou non signé ainsi que dans la soumission du cocontractant à une clause compromissoire par référence par une simple connaissance. Cela entraine

pour une requalification de la nomination de cette autonomie vers une séparabilité avec le contrat principal.

Section II- L'autonomie et la circulation de la clause compromissoire et de la garantie autonome.

982. Le mécanisme de la circulation va affecter différemment le principe de l'autonomie dans les deux institutions juridiques de cette thèse. Ainsi on va étudier ce principe lors de la transmission de la clause compromissoire par cession de créance (§1), en cas de la cessibilité de la garantie autonome (§2) et enfin la non transmission de la garantie autonome en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie (§3).

§1- Transmission de la clause compromissoire par cession de créance

983. Selon le code civil français, par la cession de créance le créancier originel ou cédant va transférer sa propriété de la créance à une tierce personne dite le cessionnaire aussi nouveau créancier alors que le débiteur originel, appelé aussi le débiteur cédé, reste étranger à l'opération. Cette opération de cession basée sur la rencontre des volontés du cédant et du cessionnaire dès lors il va y avoir un transfert automatique de la propriété « solo consensus ». Selon les modalités prévues par l'article 1690 du code civil l'information de la cession faite au débiteur rend cette cession opposable à son égard, à défaut la cession reste valable entre ces parties contractants mais est inopposable au débiteur cédé. Par conséquence, le transfert pour le cessionnaire est automatique et l'information au débiteur cédé n'a pas d'effet négatif sur la validité de la cession mais sur l'opposabilité sur le débiteur cédé qui reste tiers à cette opération. Néanmoins, la simple information ou bien l'exécution de ce

contrat par le débiteur cédé avec le cessionnaire implique une acceptation par le premier de toutes les dispositions de la créance cédée du fait que cette cession est dotée d'un effet translatif de la créance et en même temps de ses accessoires.

984. Dans le monde arbitral, la juridiction arbitrale se trouve confrontée à des problèmes procéduraux lors de l'intervention des non-signataires dans une procédure arbitrale déjà initiée. Cette problématique se configure en effet par deux questions principales ,la première est de savoir si dans le cas d'un contrat principal qui contient une convention arbitrale, la filiale cessionnaire non-signataire au contrat principal pourra être contrainte à l'arbitrage après une contestation du contrat principal alors dans la deuxième si la cessionnaire pourra réclamer ses propres droits et les obligations qui découlent du contrat principal en intervenant dans une procédure arbitrale déjà . Normalement le consensualisme constitue le pivot dans les contrats comme le contrat principal dont l'une de ses clauses est la clause arbitrale qui est d'ailleurs de nature consensuelle. Par conséquence, cette problématique susmentionnée trouve sa solution en assurant la preuve de l'existence d'un consentement chez la cessionnaire pour recourir aux procédures arbitrales.

985. Vu la complexité des transactions internationales englobant des accords interdépendants, des obligations juridiques qui se chevauchent ainsi que des ingérences d'entreprises, toutefois la transmission dans le cadre international d'une convention arbitrale va aborder inévitablement à des litiges concernant des non-signataires. Cette complexité induite par cette transmission avait entrainé une différente interprétation entre la jurisprudence Française et Italienne conduisant en effet à des solutions différentes. Toutefois, une étude préconisée de la solution de la jurisprudence italienne dans ses raisonnements

et ses fondements ensuite de la faire comparer avec ceux de la solution rendue par la jurisprudence française. Cette comparaison montre les antagonistes sur les limites concernant la transmission de la convention arbitrale par cession de créance. Cette étude est dans l'objectif de pouvoir en déduire l'autonomie de la clause compromissoire lors d'une transmission d'une créance.

1- Le problème envisagé dans la jurisprudence Italienne.

986. L'enjeu capital que rencontre une juridiction arbitrale en présence d'une transmission par cession de créance, se résume par : « *lorsqu'un tiers s'introduit dans un contrat dans lequel est inséré une clause compromissoire, en qualité de cessionnaire d'une créance, ce cessionnaire devra-t-il se soumettre à cette clause compromissoire en cas de litige invoqué et pourrait-il s'en prévaloir ? ».* En d'autre terme la signification de la transmission est la faculté d'étendre les dispositions de la clause compromissoire sur des non-signataires qui vont être soumises aux dispositifs de la juridiction arbitrale, quoique ces tiers y échappent par hypothèse.

987. Cette transmission de la clause compromissoire en cas de cession des créances se trouve interpréter différemment en droit comparé. La solution est d'origine jurisprudentielle dans certains pays comme, l'Etats-Unis, Belgique, France, Allemagne, Suède et la Suisse alors dans autre pays elle est d'origine doctrinale comme l'Espagne, pays d'Amérique latine spécialement le Pérou. Dans ces pays précités, à l'exception de l'Italie, la solution a largement adopté la transmission automatique en l'espèce.

988. La jurisprudence italienne, surtout depuis l'arrêt n°13893 rendu le 19 septembre 2003, exige clairement l'acceptation explicite de la convention

arbitrale par le cessionnaire de la créance pour qu'il soit postérieurement soumis aux dispositions de la convention arbitrale ou soit de s'en prévaloir.

a- La solution italienne offrant un effet considérable à l'autonomie de la clause compromissoire.

989. Dans ce paragraphe on va essayer de retirer un résumé de l'évolution de la jurisprudence Italienne concernant les effets de la cession d'une créance d'un contrat comprenant une convention arbitrale sur la transmission de cette convention.

990. La jurisprudence italienne a pris une place constante en l'espèce depuis un arrêt rendu en 2003 qui avait confirmé l'arrêt rendu en 1998. Néanmoins la période qui s'étende entre 1989 et 2003 témoigne d'une fluctuation dans la jurisprudence italienne en l'espèce. Ce fameux arrêt[614] rendu en 2003 affirmait que : « *« Le cessionnaire d'une créance ne peut pas invoquer une clause compromissoire insérée dans le contrat qui a donné lieu à cette cession contre le débiteur cédé. En revanche, le débiteur cédé peut se prévaloir de cette clause contre le cessionnaire car, le cas échéant, le débiteur cédé serait privé du droit de soumettre aux arbitres les litiges relatifs à la créance alors qu'il est resté en dehors de l'accord entre le cédant et le cessionnaire. »* et par conséquence, le cessionnaire d'une cession en défaut d'une acceptation claire et explicite ne pourra pas devenir une partie à la convention arbitrale et ne pas s'en prévaloir.

[614] Cour de cassation Italienne, le 19 septembre 2003, Pourvoi n°13893.

991. Notant que la jurisprudence Italienne **antérieure** à l'année 1998 était constante sur l'idée qui préconisait l'applicabilité de la clause compromissoire dans les rapports entre débiteur cédé et cessionnaire. En 1998 la Cour de cassation[615] avait rendu un arrêt qui a été assimile en son temps sans valeur juridique et ne peut consister qu'un simple écartement de la jurisprudence constante à raison qu'il est dénué de toutes bases solides. Cette dernière solution avait été écartée clairement, trois mois plus tard, par un arrêt [616] qui avait adopté de nouveau la jurisprudence antérieure à l'arrêt rendu en 1998. Depuis l'arrêt rendu en 1999, précité, jusqu'au 2003 la jurisprudence Italienne était constante en confirmant de nouveau sur sa position traditionnelle concernant l'applicabilité automatique de la convention arbitrale entre le débiteur cédé et le cessionnaire.

992. La dernière étape dans la fluctuation jurisprudentielle Italienne était cet arrêt rendu en 2003 dont la solution ayant été reprise postérieurement dans des arrêts de la cassation Italienne [617] et par la suite cette solution adoptée par la jurisprudence Italienne est constante jusqu'au nos jours, en considérant l'impossibilité d'invoquer la clause compromissoire par le cessionnaire à l'égard du cédé, formant ainsi une exception à celle des autres pays et surtout française.

b- Les raisonnements et les fondements de la solution Italienne fondés sur une approche subjective.

993. La jurisprudence Italienne justifie sa solution par le fait que la clause compromissoire ne constitue pas un élément accessoire du contrat principal

[615] Cour de cassation Italienne, le 17 décembre 1998. Pourvoi n° de pourvoi 12616, Foro it. , 1999, I, 2979
[616] Cour de cassation Italienne, le 17 mars 1999, Pourvoi n° 2394, Mass. Giust. Civ., 1999, 582
[617]Cassation Italienne, le 1 septembre 2004, de pourvoi 17531 ; Cassation Italienne, le 21 mars 2007, n°6809.

dans lequel elle y est insérée, mais c'est un acte qui est qualifié d'une autonomie propre et d'une individualité particulière qui vont contribuer à le distinguer clairement et impérativement du contrat principal. Cette hypothèse jurisprudentielle Italienne va alors amener à l'exclusion d'une transmission automatique de la convention arbitrale insérée dans un contrat principal, soumis à une cession de créance, et cela vaut à défaut d'un accord tripartite spécifique qui se concrétise par l'acceptation du débiteur cédé. La cour de cassation Italienne ajoute que la simple cession pour le cessionnaire de créance ne peut aboutir à la transmission automatique de la clause arbitrale en absence de la volonté du débiteur cédé.

994. Cette interprétation floue rendue par la solution Italienne témoigne de son contenu inexplicable, en affirmant d'une part que, le cessionnaire de la créance ne peut se prévaloir de la clause contre le débiteur cédé, alors que le débiteur cédé pourra invoquer la convention arbitrale contre le cessionnaire. La justification émise par la solution Italienne se trouve dans le fait que si le débiteur cédé est dépourvu de cette attribution, il sera privé du droit de soumettre à une juridiction arbitrale les différends nés de la créance pour la seule raison d'une cession passée entre des personnes à l'égard desquels le débiteur cédé reste étranger. En d'autre part, la Cour réserve au débiteur cédé la possibilité d'opposer toutes les exceptions tirées du contrat avant la créance au cessionnaire, et qu'il aurait pu les opposer au créancier originel.

995. En résumé, la jurisprudence Italienne se base sur le principe de l'autonomie totale entre la clause compromissoire et le contrat dans lequel elle s'y insère et par conséquence elle refuse de qualifier la clause compromissoire comme accessoire du contrat principal ce qui impose une acceptation expresse

du débiteur cédé pour que cette clause lui sera opposable. Cette solution est très critiquée par la doctrine italienne. La Cour de cassation s'est basée sur une approche subjective de la transmission de la clause arbitrale dès lors qu'elle va exiger le consentement explicite du débiteur cédé pour que le cessionnaire devienne une partie à la clause arbitrale et puisse s'en prévaloir contre le débiteur cédé.

2- Les raisonnements et les fondements de la solution française fondés sur une approche objective

996. Dans un certain temps la jurisprudence française s'est rapprochée de la solution adoptée en Italie lorsque la Cour d'appel de Paris considère en cas de cession de créance comportant une clause compromissoire que : « *le transfert de droits contractuels entraînait le transfert du bénéfice de la clause compromissoire, au motif que celle-ci était mentionnée dans le contrat de cession* »[618]. Cette solution temporaire était soutenue par une certaine doctrine française[619], pour laquelle était nécessaire et fondamentale la présence d'une double acceptation, la première celle du cessionnaire au moins tacite d'être lié par la clause compromissoire insérée dans le contrat principal et la seconde est celle que le débiteur cédé accepte cette transmission.

997. Toutefois il faut signaler que cette interprétation jurisprudentielle et doctrinale fût temporaire et fût abandonnée ultérieurement par la haute juridiction.

[618]Cour d'Appel de Paris, le 26 mai 1992, Revue Arbitrale. 1993, p.624, note Aynès.
[619]Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n°707, p.441.

998. La tendance générale de la jurisprudence française à maintes reprises adopte une approche objective et elle affirme d'une part que « *la cession de créances impliquait nécessairement la transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause compromissoire indissociable de l'économie du contrat* »[620] , alors qu'en d'autre part que « *la cession de contrat ou de créance impliquait nécessairement la transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause compromissoire laquelle était indissociable de l'économie du contrat initial* »[621].

999. La Cour de cassation[622] en 1999 avait affirmé que : « *Mais attendu que la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé ; que, dès lors, la cour d'appel a justement décidé que la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat conclu entre la société Sud Marine et la société SNTM-Hyproc s'imposait à la banque Worms, cessionnaire de la créance* ». Ainsi, cet arrêt affirme que la convention arbitrale stipulée dans le contrat liant le cédant et le débiteur cédé comportant une convention arbitrale s'imposait au cessionnaire par l'effet de sa transmission impérativement au cessionnaire lors d'une cession de créance.

1000. Toutefois, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation[623] en 2001, a affirmé que *« Attendu que, pour rejeter le contredit, l'arrêt retient*

[620]Cour d'Appel de Paris, le 28 janvier 1988, Revue Arbitrale. 1988. 565
[621]Cour d'Appel de Paris, le 28 novembre 1999, Revue Arbitrale. 2001. 165, note Cohen
[622] Cour de cassation civile, le 5 janvier 1999, pourvoi N° 96-20.202, Publié au bulletin
[623] Cour de Cassation civile, le 20 décembre 2001, pourvoi N° 00-10.806, Publié au bulletin ; Voir aussi Cour de Cassation civile, le 26 juin 2001, publiée dans Gazette de Palais 2002/1, Soc. American Bureau of Shipping et Soc. Quille le Trident.

que, dans le cas où seule une créance a été cédée, la clause compromissoire insérée dans le contrat auquel le cessionnaire n'avait pas été partie, en raison du principe d'autonomie qui y est attaché, n'a pu être transmise ;Qu'en statuant ainsi, alors que la clause d'arbitrage avait été transmise au cessionnaire avec la créance, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ». En plus, la Cour de cassation a soutenu cette affirmation en expliquant que « la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance ».

1001. Si la cession de contrat comportant une clause compromissoire est qualifiée comme un concept quelque peu controversé, alors il est généralement admis dans la doctrine que la cession d'une créance implique la transmission de la clause compromissoire, par le cédant au cessionnaire, même en droit d'arbitrage interne, mais les opinions s'écartent sur la justification de l'interprétation.

1002. La deuxième chambre civile, se limite à interpréter cette problématique par des expressions générales en énonçant que la clause compromissoire doit être transmise au cessionnaire avec la créance en dépit des fondements techniques pour une solution favorable à l'arbitrage sans donner aucune effets aux conflits intéressant le commerce international.

1003. Par conséquence, d'une part, la jurisprudence a créé une constante qui se résume par l'automatisme de la transmission de la clause compromissoire insérée dans un contrat au cessionnaire lors d'une cession de la créance, à raison que cette clause constitue un accessoire de la créance cédée. Toutefois, le cessionnaire peut se prévaloir où lui être opposée cette clause arbitrale. Alors qu'en d'autre part, en l'espèce, la jurisprudence exclut tout rôle de la

volonté donc la connaissance expresse ou tacite du cessionnaire concernant la clause compromissoire, donc en d'autre terme l'acceptation de la clause compromissoire par le créancier, cela lors d'une cession de créance d'un contrat dans lequel est insérée la clause compromissoire.

1004. En effet, généralisant le champ de son affirmation, la Cour de cassation[624] en 2000 partage une même interprétation avec M. Loquin[625] qui les deux affirment que « *la clause d'arbitrage internationale s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants* ».

1005. La Cour de cassation[626] en 2002 a fait évolué son interprétation en estimant que « *Mais attendu qu'en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels ».* Ainsi, la haute juridiction admet la transmission automatique de la clause compromissoire indépendamment de la validité de la cession du droit substantiel dès lors qu'il y a un consensus sur la créance.

1006. Cette solution est fortement critiquée par la doctrine. Le cessionnaire se trouve obliger à se justifier devant la juridiction arbitrale la non succession des droits substantiels qui est la cause directe de la transmission de la clause compromissoire.

[624]Cour de cassation civile, le 8 février 2000, Sté Taurus Films et autres c/ Sté Films du jeudi, Bulletin civil I, n° 36

[625] Eric Loquin, RTD.Com, « Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique », Dalloz, 2000, pp.596.

[626] Cour de cassation civile, Chambre 1ère, le 28 mai 2002. Bulletin civil 2002 I N° 146 p. 112

1007. En doctrine française, il y a une unanimité du caractère automatique de la transmission de la convention arbitrale en matière de cession de créances. Les argumentations à cette transmission se voient fortement conciliables avec le principe de l'autonomie de la clause arbitrale à l'égard du contrat principal et elle forme un accessoire et une modalité du droit substantiel qui est transmise, et en insistant sur l'indissociable de cette clause arbitrale de l'économie du contrat[627]. Donc on se trouve devant une opération translative qui va transférer les droits substantiels avec toutes ces modalités ainsi que le droit d'action qui leur est attaché, dans un but de le faire valoir en justice.

1008. Par conséquence, dans la transmission de la clause compromissoire dans une cession de créance, le concept du consensualisme même tacite de la part du cessionnaire n'est plus exigé. Le raisonnement et les fondements de la transmission de la clause compromissoire adoptent une approche objective qui se base sur le fait que l'acceptation du cessionnaire des droits substantiels implique une transmission automatique et inévitable du droit d'action qui est considéré comme étroitement lié aux droits substantiels du contrat principal.

1009. Devant cette transmission presque inconditionnelle concernant la clause arbitrale compris dans le contrat de cession, les deux seules limites se concrétisent, en premier par la stipulation d'une renonciation claire et expresse de la clause arbitrale à l'intérieur du contrat de créance et en second l'intuitu personae s'attachant à la clause compromissoire lorsque la cour de cassation[628] a estimé que *« que la cour d'appel, qui a souverainement relevé*

[627] J. BÉGUIN et M. MENJUCQ, Droit du commerce international, Paris, LITEC, 2005
[628] Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 mai 2002, 00-12.144 99-10.741, Publié au bulletin

que la convention d'arbitrage stipulée dans le contrat initial n'avait pas été contractée par la CIMAT en considération ***de la personne de la société Pragoinvest*** *ce qui eût pu faire obstacle à sa transmission à un tiers a légalement justifié ses décisions sur ce point ; »*

1010. Ainsi, cette transmission se trouve paralysée par le caractère intuitu personae comme facteur de volonté existant initialement entre le cédant et le débiteur cédé en ce qui concerne la clause compromissoire. Des nombreuses législations nationales, comme la Belgique, la Suisse, le Suède, l'Amérique latine, adoptent le concept que l'éventuel intuitu personae qui s'attacherait à la clause arbitrale constitue la limite à la transmission de cette clause dans une cession de créance. Cependant, cette limite basée sur le concept du caractère *intuitu personae* se voit proche de la jurisprudence Italienne, où la volonté des parties est donc cruciale, qui exige l'acceptation explicite du cessionnaire de la créance pour en devenir une partie à la convention arbitrale et par la suite ce cessionnaire pourra s'en prévaloir ou lui être opposée par le débiteur cédé.

1011. En résumé, concernant la transmission de la clause compromissoire, la France exclut la manifestation de volonté des parties pour appliquer une transmission automatique à défaut d'une renonciation explicite en l'espèce et en cas de caractère intuitu personae dans la convention arbitrale. Donc le cessionnaire est présumé consenti à la clause transmise dès sa signature au contrat de cession, même s'il ignore son existence. Donc la France avait choisi un mécanisme strictement objectif de transmission de la clause arbitrale. Cependant, cette opposition entre une approche subjective de la transmission de la clause d'une part implique une indépendance totale entre la clause compromissoire et le contrat principal, et une approche objective d'autre part,

impliquant la présence d'une notion d'accessoire reliant la clause arbitrale et le contrat principal favorisant ainsi la notion de ***séparabilité*** entre les deux contrats.

§2 - La cessibilité de la garantie autonome

1012. Il faut aborder tout d'abord les dispositifs de la cession conventionnelle de la créance de garantie pour aboutir ensuite à la question de déterminer si la cession du contrat de base entraine-t-elle automatiquement celle de la garantie autonome.

1013. Vue l'indépendance de la garantie autonome face au contrat de base, la résolution de la problématique de la cessibilité d'une garantie autonome nécessite une interprétation de ce sujet sous deux visions différentes ; une cession indépendamment de contrat de base (A) et l'effet de la cession du contrat de base sur cette garantie autonome (B)

A- Cession de la garantie indépendamment du contrat de base

1014. La cession de la garantie autonome indépendamment du contrat de base signifie la possibilité de procéder à un transfert conventionnel de la créance découlant de la garantie autonome de manière indépendante du contrat de base.

1015. Par référence au principe dit « le caractère accessoire de nombreuses garanties personnelles », qui inhibe une cession isolée de la créance découlant de la caution sans la créance principale. La cour de cassation[629] dans son

[629] Cour de cassation, Assemblée plénière, le 06 décembre 2004, nº de pourvoi 03-10713, Bulletin. Civil 2004 A. P. N° 14 p. 31

Assemblée plénière 2004, a affirmé cette interprétation lorsqu'elle édictait que le cautionnement en temps qu'accessoire et sauf stipulation contraire va se transmettre impérativement au nouveau propriétaire de la créance : « ... *Par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil, en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire, en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur*».

1016. Nonobstant que la garantie autonome appartiennent à la famille des sûretés personnelles, comme le cautionnement, mais la garantie autonome forme l'exception par l'interdiction de la subrogation légale du garant qui a payé dans les droits du créancier désintéressé. Après avoir verser le montant de la garantie au bénéficiaire, la banque saisit la provision déposée par le donneur de l'ordre et se retire de l'affaire. Après le paiement du montant de la garantie au bénéficiaire, la banque (Garant) va se retirer de l'affaire dès que la mainmise sur la provision, qui est déposée par le donneur de l'ordre, sera achevée.

1017. Donc, à défaut d'exécution de la prestation due de la part du donneur d'ordre à l'égard du bénéficiaire de la garantie autonome la créance de la garantie autonome sera versée par la banque-garant au cessionnaire comme si le bénéficiaire initiale a fait l'appel. Par conséquent, rien n'empêche une cession de la seule créance de garantie autonome et toute fois la cession de la garantie n'a pas provoquer aucune influence.

1018. En résumé, le bénéficiaire de la créance dérivant ainsi d'une garantie autonome est en plein droit de faire une opération de cession isolée concernant cette créance toutefois le cédant principale pourra lui conserver cette créance. Le cessionnaire de cette créance découlant de la garantie autonome possède tous les moyens de faire valoir cette créance dans son intérêt.

1019. L'analyse d'une cession de la garantie autonome demande de voir l'interprétation du fond de cette cession (1) et la possibilité de faire une cession par un créancier (2).

1- L'interprétation du fond de la cession de la garantie autonome.

1020. Admettre le principe de la cession de la créance d'une garantie autonome par le bénéficiaire d'une garantie consiste dans le fait de savoir si la garantie autonome constitue un contrat à caractère « *intuitu personae* » attachée solidement et étroitement à la personne du bénéficiaire.

1021. Une notion importante est que la garantie autonome a un fort appui sur le caractère *intuitu personae* qui se base sur une confiance complète avant l'engagement dans la personne , selon l'article 2321 al (4) du Code civil , par conséquence la garantie autonome n'est pas transmise avec la créance garantie et que la facilitée d'appel de la garantie autonome est bien liée à l'existence de la confiance construite à partir de la bonne foi du bénéficiaire[630].

[630] Article 5 des RUGD. Principes d'interprétation « : *Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie indépendante et de lettre de crédit stand-by. »*

1022. La doctrine française interprète en différentes visions ce point mais elle est unanime sur le caractère « *intuitu personae* » du contrat de la garantie autonome. Selon M. Vasseur[631], qui considère qu'en cas de la cession du contrat de base le caractère intuitu personae du contrat de la garantie autonome conduit à son extinction alors que M. Simler[632] de sa part considère que ce caractère va imposer l'inopposabilité de la cession du contrat de base sur la garantie autonome ainsi qu'en matière de transmission universelle de patrimoine, la transmissibilité de la garantie autonome est traditionnellement admise en cas des personnes physiques ou bien morales. Dans une autre vision un peu particulière, MM. Aynès et Crocq[633] ont clairement estimé que : « *la transmissibilité d'une sûreté est influencée par le caractère intuitu personae lequel est inversement proportionnel à la force de son caractère accessoire* ». Lorsque le caractère accessoire est fortement marqué, comme en matière de cautionnement, l'intuitu personae s'agissant du créancier est peu pris en considération et la sûreté est, en principe, transmissible de plein droit, en revanche lorsque la force du caractère accessoire décline comme en cas garantie autonome, le caractère intuitu personae du contrat augmente et la transmissibilité de la sûreté diminue.

1023. La pratique n'avait pas une interprétation claire à ce sujet. D'ailleurs les opérateurs du commerce international ont considéré les garanties autonomes comme des effets de commerce à titre négociable. De ce fait, le caractère *intuitu personae* pose le problème de faire la compensation entre la créance d'une garantie autonome en opposition avec les créances antérieures de la banque-garant contre le bénéficiaire initiale qui a fait la cession de la

[631] Michel Vasseur, rép. Com. Dalloz, v° garantie indépendante, n°50
[632] Philippe Simler, « cautionnement, garantie autonome, garantie indemnitaire, » op.cit., nº 872, p878.
[633]Aynès et Crocq « Les sûretés, la publicité foncière », numéro 347, p 155

garantie. La jurisprudence est rare et presque indiscutable en jurisprudence française alors que la doctrine internationale ne fait pas l'unanimité. les auteurs français [634] et belges[635] sont très conservatiste sur ce sujet on trouve que les auteurs allemands et suisses sont permissifs avec la possibilité de céder les créances de garantie et ont adopté la même analyse qui selon M. DOHM ainsi que de M.VON WEST PHALEN : *« le bénéficiaire est libre de transférer la créance découlant de la garantie à moins que celle-ci ne désigne expressément un créancier particulier ou que la cession n'ait été exclue conventionnellement* »[636]. Dans ce sujet deux exemples sont très répandus. Le premier est le cas de financement d'une opération d'exportation y a-t-il une possibilité que l'exportateur- vendeur s'engage vis-à-vis sa banque de lui transférer sa créance sur l'importateur-acheteur et cela a titre de garantie. Le second exemple concerne les opérations de forfaitage, les banques imposent que les créances sur l'étranger doivent être impérativement couvertes par des garanties de paiement.

1024. Pour résoudre cette entrave dans la pratique commerciale, il fallait avoir recours à une des deux solutions contractuelles. La première consiste à ce que les parties contractantes se consentent sur le fait que le risque assuré se dégage de l'inexécution de la prestation principale imposée au cessionnaire[637]. La

[634]Michel Vasseur, rapport de synthèse, p.333

[635]Les auteurs belges excluent la possibilité de céder la garantie bancaire à première demande ; cf. SIMONT, banque 1983 P.587 s

[636]Selon Klemens Pleyer, république fédérale d'Allemagne, p.194 « en aucun cas, la garantie bancaire n'est lie à la personne de l'ayant droit d'une manière telle qu'elle serait insusceptible de cession » ; CANARIS, n° 1149,s

[637]Voir KLEINER, bankgarantie, P.163 « le cédant demeure titulaire du droit valoir garantie, la demande de paiement ne peut donc être effectué directement par le cessionnaire, mais doit émaner du cédant agissant pour le compte de cessionnaire, on peut toutefois se demander en vertu de quel intérêt le cédant appellerait la garantie. »

seconde solution trouve place dans un nouveau contrat de garantie entre d'une part le cessionnaire de la créance principal et d'autre part le garant.

2- La capacité du bénéficiaire de produire une cession de la garantie autonome

1025. Sans doute le bénéficiaire d'une lettre de garantie bénéficie d'un avantage en faisant circuler son titre de garantie. Concernant les sûretés personnelles, les législations françaises considèrent d'une part que la lettre de garantie comme élément d'actifs et rentre dans le patrimoine du bénéficiaire et par la suite sera susceptible d'être cédé.

1026. Cependant, par hypothèse si la liberté de la transmission de la garantie avec la créance est tempérée (a), l'interdiction d'une cession isolée de la garantie a une faible portée (b).

a- La Liberté limitée de transférer des garanties autonomes à titre accessoire

1027. Le concept de la cession de créance offre au créancier en cours d'un contrat la possibilité de faire une cession de sa créance de paiement qu'il portait sur le débiteur principal, pour un tiers qui est le cessionnaire.

1028. Cette liberté est légèrement modérée pour la lettre de garantie autonome. Son indépendance constitue un obstacle face à sa transmission avec la créance garantie. Cette conclusion est tirée du fait que la garantie perd tout lien de connexité avec le contrat de base dès le moment de sa constitution. Toutefois aucune des sûretés personnelles ne peut être totalement séparable

du contrat de base dont elle tire son existence originel. Cette logique basée sur une faible portée peut amener à dire que la lettre de garantie peut, tout au moins, être traitée comme un « *accessoire* » de la créance du contrat de base et qui pourra se transmettre de plein droit avec celle-ci[638]. Nonobstant, cette faible interprétation n'a pas pu faire l'unanimité alors que la majorité avait admis un avis opposé sous réserve d'une clause contraire. c'est le cas de la solution retenue en l'espèce par le projet de la CNUDCI[639] et par les RUGD de la CCI[640].

1029. La loi s'oppose à toute cession du droit à la garantie autonome. Toutefois la loi permet au bénéficiaire de céder en liberté tout montant auquel il tient droit en vertu du contrat de base. Une simple révision de cette permission permet de déduire que la loi soutienne la transmission tacite de la garantie à titre accessoire, comme conséquence d'une cession de la créance dérivante de l'obligation principale[641]. Néanmoins, ce positionnement envers la transmission de la garantie à titre accessoire a donc une faible portée.

---

[638]SIMLER Philippe, op. cit, n° 88, P. 798. Que deviendrait la garantie si elle n'était pas transmise ?

[639] Article 2. *Cession de créances Aux fins de la présente Convention « : a) Le terme "cession" désigne le transfert qu'effectue par convention une personne ("cédant") à une autre personne ("cessionnaire") de la totalité, d'une fraction ou d'une part indivise du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par une troisième personne ("débiteur"). La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme un transfert ; b) En cas de cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire ("cession subséquente"), la personne qui effectue cette cession est le cédant et la personne à qui cette cession est effectuée est le cessionnaire. »*

[640]

Article 9. Transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement « 1- *Le droit du bénéficiaire de demander paiement ne peut être transféré que si cela est autorisé dans l'engagement et dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé dans l'engagement.* 2- *Si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni le garant/émetteur ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer de transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui.*

[641]Revue de droit des Affaires Internationales, 1999, n° 4, P. 425

1030. En d'autre termes, s'il est considéré acceptable la cession du montant de la prestation auquel le bénéficiaire-créancier principal tient droit selon le contrat de base, les lois sur la garantie autonome ne paraissent pas dans l'intention de prohiber la cession de la créance de base garantie, dans l'objectif d'expliquer, d'un côté que le créancier bénéficiaire est incapable de se séparer de la créance garantie mais d'autre côté que le bénéficiaire principal-le créancier est capable de faire une cession de sa créance partielle ou totale qui est due et exigibles en vertu de l'exécution au débiteur. Ainsi le bénéficiaire est capable de faire la cession de créance soit directement, soit indirectement, s'il arrive avec le débiteur à conclure un engagement par lequel ce dernier s'oblige à payer toutes les prestations du bénéficiaire à un tiers bénéficiaire ou délégataire[642].

b- La portée d'une cession isolée de la garantie autonome.

1031. Nul ne peut nier le caractère autonome de la garantie autonome face au contrat de base, cela entraine une conviction générale qui consiste dans la possibilité de faire une cession autonome isolée de la garantie autonome.

1032. Selon certaines doctrines, cette conviction n'est pas absolue, car le caractère intuitu personae constitue une entrave majeure devant une telle cession du fait qu'elle se base sur un caractère personnel, amitié ou intérêt tirée de l'opération, entre le contractant du contrat de base. Cela avait conduit M. Simler[643] à poser une contradiction claire à cette conviction en estimant que : « *une garantie, même autonome, est au service de la créance. Sa fonction interdit de la faire circuler isolement* ». Encore ce même auteur interprète ce sujet en introduisant une distinction en fonction du temps de la demande de

[642]Voir, Revue de droit des Affaires Internationales, 1999, n° 4, P. 425
[643]Philippe Simler, « Que deviendrait la garantie si elle n'était pas transmise », n° 886, P. 797

cette cession, si d'une part cette cession de la garantie est produite avant toute demande d'exécution ou d'autre part si cette cession est prétendue après que le montant de cette créance est devenu exigible suite à l'appel de la garantie. par conséquence, dans le dernier cas susmentionné, la créance est non soustrayable au droit de la cession de créance.

1033. Voyant aussi que la thèse d'une faible portée d'une cession isolée de la garantie autonome est soutenue dans les règlements internationaux [644] soit dans l'article 9 de la CNUDCI qui stipule une autorisation dans l'engagement précisant ainsi les modalités, mesures et manières, de ce transfert du droit de bénéficiaire, soit dans l'article 10 des RUGD de la CCI qui autorise cette cession sauf stipulation contraire.

1034. Par conséquence, on peut admettre que l'interdiction d'une cession de la garantie autonome isolée du contrat de base a été considérablement réduite pour céder ainsi une place à la volonté des parties. Cet espace s'agrandit ainsi considérablement lorsque la garantie elle-même est mise en œuvre ou durant son exécution.

---

[644] **Article 9 de la CNUDCI** « 1- Transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement 1. Le droit du bénéficiaire de demander paiement ne peut être transféré que si cela est autorisé dans l'engagement et dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé dans l'engagement. 2- Si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni le garant/émetteur ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer de transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui ».

Article 10 des RUGD de la CCI : 1 - Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut ou pourra avoir droit en vertu de l'engagement. 2- Si le garant/émetteur, ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement, a reçu un avis émanant du bénéficiaire, sous une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7, faisant état de la cession irrévocable par le bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur de son obligation en vertu de l'engagement, dans la mesure du paiement qu'il effectue.

1035. En résumé, on constate que le principe consiste dans l'intransmissibilité de l'engagement du garant alors que l'exception pourra avoir lieu sous l'effet du caractère volontariste des parties par une convention contraire emportant une transmission explicite et ses modalités. Cette solution se déduirait du caractère autonome voir indépendant de la garantie autonome et de l'état non-accessoire face au contrat de base dès son émission. Ce caractère autonome est renforcé dans le contexte internationale et dans la commerce internationale par l'adoption du caractère « *intuitu personae* » affectant la souscription d'une garantie autonome. Donc le bénéficiaire d'une garantie autonome est en droit de céder isolement la créance qui en découle, tout comme le cédant d'une obligation principale peut retenir cette créance pour lui-même ; le cessionnaire de la créance de garantie dispose de tous les moyens de la faire valoir. Alors que l'opinion contraire est rarement vue dans des législations[645].

1036. Nous examinerons ensuite si la cession du contrat de base entraine automatiquement celle de la garantie autonome.

[645] L'article 670 code de commerce international tchécoslovaque, « si la garantie bancaire prévoit l'obligation incombant à la banque de désintéresser l'ayant droit en cas où un tiers n'exécute pas son obligation, l'ayant droit ne peut céder ses droits nés de la garantie de banque conjointement avec la cession de la créance assurée par la garantie bancaire et avec transfert des obligations de l'ayant droit qui sont en connexité avec la créance assurée. De même, sous la note marginale « cession des droits découlant de la garantie » le code civil yougoslave affirme à l'article 1086 « le bénéficiaire peut céder ses droits découlant de la garantie bancaire à une tierce personne uniquement avec la cession des obligations relatives à cette dernière »

B- Les effets du transfert de l'obligation principale sur la créance de la garantie autonome

1037. L'ordonnance du 23 mars 2006 a posé dans son article 2321 alinéa 4 le principe selon lequel « sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

1038. D'après M. Kleiner[646], l'opération de la cession du contrat de base n'entraine pas impérativement la garantie autonome, toutefois dans la cession de la créance principale, conclue entre débiteur et le bénéficiaire principal, ce dernier conserve ses droits de manifester sa volonté de renoncer à la prestation assurée et sera dénuer de la faculté ou droit de demander le paiement de la garantie. Cependant, le cessionnaire de la créance principale ne serait pas en position de faire un appel du montant de la garantie autonome du fait qu'il n'est plus qualifié comme bénéficiaire de la garantie autonome.

1039. Cependant, il faut analyser les répercussions du silence des parties en cas de cession du contrat de base sur la cession de la créance de la garantie elle-même. En d'autre terme de savoir si la cession de la créance de base entraine aussi la cession de la créance de garantie.

1040. Sur le plan international, la doctrine en droit comparé [647] en majorité affirme que la *cessio legis*[648] emporte avec elle les accessoires de la créance,

[646]Kleiner, « Bankgarantie », P.163

[647]Article 1692 code civil français : « La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque. » Article 170 .al 1 code obligation suisse - Transfert des droits accessoires, titres et moyens de preuve – « *La cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ceux qui sont inséparables de la personne du cédant »* ; dans le même sens voir le paragraphe 401, al 1BGBet l'article 1263.al 1 CC Italien.

[648] En droit français le terme ***cessio legis*** *signifie* la **subrogation** qui est : « est l'opération de substitution d'une personne ou d'une chose par une autre, la remplaçante obéissant au même régime juridique que l'élément qu'elle remplace ».

tel que la caution et les privilèges et les hypothèques, sans aucun mention pour la garantie autonome qui est qualifié par un caractère non accessoire du contrat de base du moment de sa souscription. Les argumentations encourues par cette doctrine ne sont pas uniformes mais se basant sur des motifs différents.

1041. Cependant, une partie de cette doctrine considérait que le principe de l'accessoriété de l'obligation principale s'intéresse seulement aux sûretés de même nature. Toutefois selon divers ordres juridiques[649], la garantie de la solvabilité (une sûreté indépendante) concernant ainsi le débiteur cédé ne se transmet pas automatiquement aux cessionnaires futurs. Par contre les motifs envisagés dans d'autre doctrine estiment que la substitution du créancier principal dans le contrat de base va accroitre les risques encourus par le garant. Pour affaiblir ces risques les parties promettent au garant le pouvoir de faire opposer au cessionnaire les exceptions que le débiteur avait la possibilité d'opposer au cédant.

1042. Ces motifs proposés sont visés par l'application erronée de certain principe dont on peut citer :

i. le principe de l'accessoriété ne peut pas servir comme référence pour faire une différenciation fidèle entre les diverses catégories des sûretés personnelles. Ce principe ne peut pas constituer un critère de distinction mais se spécialise dans la mesure du degré de connexité ou d'indépendance entre deux obligations. De surcroit, la garantie de la solvabilité du débiteur cédé emporte sur une qualité personnelle du débiteur cédé au dépit de la créance principale elle-même, ce qui implique que le principe de solvabilité ne forme

[649] Les dispositions générales du droit des obligations aménagent une garantie conventionnelle de solvabilité du débiteur cédé que le cédant de la créance principale peut accorder au cessionnaire; cf, article 170, al.2CO Suisse; article 1694 CC français; article 1267 CC Italien

pas une base pour interpréter le non transmission automatique au cessionnaire. Néanmoins, le caractère volontariste permet aux parties de stipuler que la garantie autonome suit la créance principale. Toutefois cette dernière stipulation ne se heurte pas avec l'ordre public.

ii. La substitution du créancier principal. D'une part, normalement la loi ne peut imposer le changement de situation juridique d'une personne. D'autre part le principe général qui postule que le caractère indépendant de la garantie autonome impose l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base. Donc le garant ne peut pas opposer envers le cessionnaire des conditions plus désavantageuses que celles opposées à l'égard du bénéficiaire principale de la garantie.

1043. Dans le commerce international le rôle de la garantie autonome est une fonction économique, il est donc à présumer que la cession de la créance principale ne va pas entraîner alors pour une disjonction entre son titulaire et le bénéficiaire de la garantie afférente.

1044. Au demeurant le caractère « intuitu personae » est fortement important dans l'émission d'une garantie autonome qui est en principe souvent délivrée au profit d'un bénéficiaire déterminé. Cette garantie autonome est le fruit d'un lien de confiance particulier découlant d'un long antécédent commerciale entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire dans le contrat de base. Par conséquence, cette interprétation amène à considérer que la garantie autonome est fortement liée et inséparable de la personne du cédant, et par la suite cette garantie autonome ne pourra pas suivre d'une façon automatique le transfert de la créance principale.

1045. Notant que, le caractère totalement autonome de la garantie autonome en face du contrat de base, contrairement au cautionnement ayant un caractère accessoire, ne conduit pas à la caducité de la créance découlant d'une garantie autonome dans le cas où le cédant de l'obligation principale la garde en son propre intérêt.

1046. En résumé, sauf clause ou convention contraire expresse, le droit à la garantie du bénéficiaire n'est pas cédé. Toutefois, l'incessibilité du droit à la garantie n'affecte pas le droit du bénéficiaire de céder tout montant auquel il aurait droit à la suite de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie. L'incessibilité de la garantie ou de la contre-garantie consentie au bénéficiaire met l'accent sur le caractère intuitu personae de celle-ci, ce caractère vient de ce qu'en cas de cession, le principe selon lequel nul ne peut transférer plus de droits qu'il en a serait écarté, ce qui mettrait le donneur d'ordre dans une situation difficile. Toutefois, les parties peuvent y renoncer. Mais même si le bénéficiaire de la garantie est incessible, cela n'enlève rien à la cessibilité de la créance née du rapport de base. Lors du transfert du contrat de base ou de l'obligation principale, l'existence d'une cession légale de la créance dérivant d'une garantie bancaire autonome, surtout si elle est à première demande, est affaire d'interprétation. En principe, en cas de silence des parties la créance de la garantie autonome suit l'obligation principale sauf stipulation contraire et surtout lorsqu'il ressort de la nature de l'affaire que la garantie bancaire a été octroyée en faveur d'un bénéficiaire particulier selon le caractère intuitu personae.

§3- la non transmission de la garantie autonome en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie

1047. Le code de commerce[650] français explique par l'article L.236-3 que la scission ou fusion d'une société entraîne sa dissolution sans liquidation et la transmission universelle de son patrimoine à la société bénéficiaire, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.

1048. La jurisprudence antérieurs à l'année 2017 considéraient que dans le cas d'une scission ou fusion, sauf stipulation contraire ,la société bénéficiaire du transfert du fonds de commerce avait la faculté de réclamer le bénéfice de la garantie émise en faveur de la société scindée au motif que la transmission universelle de patrimoine de cette dernière emporte la totalité de la branche d'activité considérée parmi laquelle la garantie bancaire autonome avait un rattachement à l'activité transférée.

1049. la jurisprudence antérieure à l'arrêt de 2017 n'avait pas établi une position juridique regardant les litiges en cas des scissions des sociétés et portant sur la transmissibilité de la garantie automne. Néanmoins, la cour de cassation, dans un arrêt caractéristique rendu en 2006, avait jugé dans une

[650] Article L236-3 code de commerce Modifié par Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019-article 32. Notant que la modification sur l'ancien article porte seulement l'addition du II-3 : « *I. - La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission.*
II. - Toutefois, il n'est pas procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent lorsque ces parts ou actions sont détenues :
1° Soit par la société bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société
2° Soit par la société qui disparaît ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société
3° Soit par une société qui détient la totalité des parts ou actions de la société bénéficiaire et de la société qui disparaît ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société. »

affaire portant sur le destin en cas de scission d'un apport partiel d'actif en estimant que : « *la garantie se transmettait avec le prêt garanti dès lors que celui-ci se rattachait à la branche d'activité apportée*[651]*».* Cet arrêt en se référant sur l'article L. 236-3 du Code de commerce avait posé le principe de la transmission universelle du patrimoine aux sociétés bénéficiaire y compris la garantie en cas de fusion ou de scission.

1050. Cependant, la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 2005 au motif du caractère intuitu personae avait interdit la transmission d'un contrat stipulant expressément qu'il était conclu «intuitu personae» dans la mesure où le contrat intitulé « contrat d'agent revendeur » et que les droits et obligations du revendeur n'étaient « pas cessibles ou transférables que ce soit totalement ou partiellement, sans accord préalable et écrit du concessionnaire »[652].

1051. La Cour de cassation française en 2017 à casser l'ancienne tendance jurisprudence pour résoudre la difficulté lorsqu'elle se heurte au principe de transmission universelle du patrimoine dans laquelle il existe spécifiquement une garantie autonome, en introduisant dans son arrêt le 31 janvier 2017 un nouveau concept disant que :« sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la scission »[653].

[651] Cour de Cassation commerciale, le 19 décembre 2006, Pourvoi nº 05-18.836.Inedit
[652] Cour de Cassation commerciale, le13 décembre 2005, Pourvoi nº 03-16.878, bull.civ.IV, nº 255. « qu'à supposer même qu'une stipulation expresse ne soit pas nécessaire pour faire échec à la transmission, en statuant par des motifs impropres, à eux seuls, à caractériser la volonté commune des parties de se soustraire aux effets d'une transmission universelle de patrimoine découlant d'une opération de fusion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 236-3 I et L. 236-14 du Code de commerce, ensemble, l'article 1134 du Code civil »
[653] Cour de cassation commerciale, le 31 janvier 2017, Pourvoi nº 15-19.158, Publié au bulletin

1052. Ce positionnement jurisprudentiel de la Cour suprême soulève en effet divers commentaires qui méritent d'être précisée dans certaine mesure, surtout la question liée à l'étendu et la sécurité prévue des garanties autonomes envers leurs bénéficiaires. Il serait utile de savoir les motifs de base pour qu'une société étrangère à la garantie autonome mais découlant de la scission peut prévaloir de cette garantie autonome.

1053. Revenant à l'affaire de l'arrêt de 2017, la cour d'appel a considéré que : *« Attendu que pour dire que la société nouvelle les Grandes Rousses est en droit de revendiquer le bénéfice de la garantie à première demande qui lui a été consentie par la banque, l'arrêt, après avoir retenu que, sauf clause contraire, la transmission universelle du patrimoine qui résulte d'une opération de fusion ou de scission n'est pas incompatible avec le caractère intuitu personae de cette garantie, constate que la société Hôtel les Grandes Rousses, bénéficiaire de la garantie originaire, a fait l'objet d'une scission ayant eu pour effet de transférer à la société nouvelle les Grandes Rousses la totalité de sa branche d'activité hôtelière à compter du 1er novembre 2005, et que la garantie à première demande accordée au titre de la location-gérance de l'hôtel se rattache à l'activité hôtelière cédée ; qu'il en déduit qu'il n'y avait lieu ni de mentionner l'existence de cette garantie dans l'acte de scission, ni de recueillir le consentement exprès de la banque sur le transfert de garantie».* La société bénéficiaire d'une opération de scission ou de fusion peut revendiquer le bénéfice de la garantie autonome formant un élément du patrimoine universelle de l'ancienne société.

1054. Le raisonnement induit par la cour d'appel a été censuré par la cour suprême qui a rendu son arrêt selon les justifications suivantes *: « ALORS*

QUE, dans le cas où la société bénéficiaire de la garantie autonome fait l'objet d'une fusion-absorption ou encore d'une scission, lesquelles entraînent dissolution de la société absorbée ou de la société scindée, le bénéfice de la garantie autonome, laquelle est consentie ***intuitu personæ****, n'est transmis à la société qui vient à ses droits, que si la garantie a été appelée avant la date à laquelle la fusion-absorption, ou la scission, sortit ses effets ; que la cour d'appel constate que la scission intervenue en faveur de la société Nouvelle les Grandes Rousses date du 1er novembre 2005 et que la garantie autonome a été appelée le 30 juin 2011 (arrêt attaqué, p. 7, 3e alinéa) ; qu'en décidant, dans ces conditions, qu'à cause de l'effet translatif de la scission du bénéficiaire de la garantie autonome souscrite par la Crcam Pyrénées Gascogne, cette garantie a été transmise de plein droit à la société Nouvelle les Grandes Rousses, bien qu'à la date de ladite scission (1er novembre 2005) la garantie n'eût pas été encore appelée (30 juin 2011), la cour d'appel, qui ne tire pas la conséquence légale de ses constatations, a violé les règles qui régissent la garantie autonome, ensemble les articles 2321 du code civil et L. 236-3 du code de commerce ».*

Donc la cour de cassation justifiait sa décision pour fonder en l'espèce l'absence de transmission de la garantie en se basant sur l'article 2321 code civil après la réforme de 23 mars 2006 et l'article L.236-3 code commerce pour affirmer que : « sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie »[654]. Par conséquence, cette transmission de

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

la garantie autonome dans l'espèce sera valable si une clause contraire avait été insérée dans l'acte de garantie ou bien en présence d'une acceptation explicite de la part du garant pour déroger à l'application de l'article 2321para4 code civil. De surcroît, le bénéficie de la garantie autonome, laquelle est consentie **intuitu personæ**, n'est transmis à la société qui vient à ses droits, que si la garantie a été appelée antérieurement à la date à laquelle la fusion-absorption, ou la scission, sortit ses effets

1055. Le raisonnement admis par la cour de cassation française pour arriver à cette solution, concernant la scission surtout l'influence de la transmission du patrimoine universelle, en présence d'une garantie autonome trouve son fondement dans l'application de deux articles du droit positif :

1- <u>L'article 2321 code civil :</u> selon cet article le garant ne s'engage pas à rembourser la dette née du contrat de base mais il va souscrire une nouvelle obligation distincte avec une particularité que cette nouvelle obligation est indépendante et elle ne peut pas suivre pas l'obligation garantie de laquelle elle était souscrite. Mais la complémentarité des droits dans le droit positif fait de sorte que l'application de cet article se heurte avec celle du droit commercial.

2-**<u>l'article L. 236-3, I du Code de commerce</u>** : cet article impose lors d'une scission ou fusion une transmission universelle du patrimoine aux sociétés bénéficiaires. Mais le bénéfice de la garantie autonome, laquelle est consentie **intuitu personæ**, n'est transmis à la société qui vient à ses droits, que si la garantie a été appelée avant la date à laquelle la fusion-absorption, ou la scission, sortit ses effets. Donc le caractère *intuitu personae* fait exclure la garantie autonome comme un élément du titre universel du patrimoine transmit aux sociétés bénéficiaires sauf si la

scission est ultérieur à l'appel de la garantie autonome de son bénéficiaire qui dès lors rentre dans son patrimoine.

1056. Selon M. Simler[655], l'application de l'article 2321 du Code Civil tienne place à titre particulier en cas de cession d'une dette garantie si elle est prise isolée et par conséquence la garantie autonome doit être transmise avec le patrimoine universel de la société scindée. Mais cet avis n'est pas partagé avec la majorité doctrinale.

1057. En résumé, il est déjà fixe après l'arrêt du 31 janvier 2017 que la garantie autonome, à condition que la scission soit faite avant tout appel par le bénéficiaire, ne forme pas une partie du patrimoine universel de la société scindée transmise aux sociétés bénéficiaires surtout si la garantie autonome est consentie intuitu personae. En d'autres termes, sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie. Cette solution dérive d'une part de la nature de la garantie qui est indépendante de l'obligation garantie et d'autre part de son caractère non accessoire propre à cette garantie. En l'occurrence, devient évident que la transmission de patrimoine au titre universelle en vertu de l'opération de fusion ou de scission ne peut pas faire échec à ce principe.

1058. Cette interprétation concernant la non-transmission de la garantie autonome améliore fortement le caractère autonome de cette sûreté

[655]Cf. Philippe Simler – Semaine Juridique Edition Générale n°12, 20 mars 2017, 310.

personnelle et on déduit une forte affirmation sur le caractère « indépendant » de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

Section III – L'extinction de la clause compromissoire et de la garantie autonome

1059. L'extinction de contrat est étroitement sensible car implique l'extinction des obligations mutuelles découlant du contrat. Il convient de noter que la manière normale d'extinction d'un contrat est de payer les obligations qui en découlent, car cela procure au créancier la satisfaction attendue. D'un point de vue pratique, l'extinction d'un contrat peut s'accommoder à l'extinction des obligations qui en découlent. Toutefois elle ne concerne pas un processus unique: elle pourra être une résiliation ou résolution et ne se produit que pour l'avenir ou une annulation avec effet rétroactive.

1060. Lorsque le contrat épuise la totalité des effets il pourra être présumé comme éteint, du fait de l'expiration de toutes les obligations résultant de la cause de l'expiration des obligations et par conséquent l'expiration des effets du contrat peuvent également conduire à l'extinction de ce dernier.

1061. L'extinction au motif d'expiration du contrat emporte uniquement les contrats de durée. ce type des contrats concerne deux sortes de contrats l'un concerne le contrat à durée déterminée qui va s'éteindre à l'échéance du terme extinctif, et l'autre est le contrat à durée indéterminée, qui va s'éteindre par la survenue des conditions de résiliation. Dans une autre forme d'extinction d'un contrat est l'anéantissement et l'altération de ses effets avec effet de rétroactivité soit au motif d'un vice de consentement qui l'affecte, soit par

défaut de la validité de son objet, soit par une volonté bilatérale de parties contractantes.

1062. L'extinction de l'obligation, a été régi par l'ancien article 1234 code civil[656]. Ces causes d'extinction énumérées dans l'ancien article ne sont pas régies par les nouveaux articles relatifs à l'extinction de l'obligation (titre IV, chapitre IV, articles 1342 à 1351 code civil)[657], mais ces causes ne sont pas abandonnées pour autant, elles sont simplement régies par d'autres dispositions.

1063. Dans cette section on va tenter de voir les différents effets de l'extinction d'une part sur l'autonomie de la clause compromissoire (§-1), d'autre part sur l'autonomie de la garantie autonome (§-2).

§-1 L'extinction de la clause compromissoire

1064. Double origine pour les raisons qui conduisent à l'extinction de la convention d'arbitrage. Ainsi en théorie, deux séries de raisons pourraient amener à éteindre les effets d'une convention d'arbitrage. Dans cette rubrique, deux questions distinctes seront examinées successivement : l'extinction de la convention d'arbitrage qui résulte des causes qui lui sont propres (A) ou si elle résulte de celle du contrat principal (B).

[656] Article 1234 code civil- Abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016-art-2. « Les obligations s'éteignent : Par le paiement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, la nullité ou la rescision, l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier ».
[657] Modifiés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016-art-3

A- Les causes d'extinction propres à la convention d'arbitrage

1065. En premier lieu, la convention d'arbitrage constitue en elle-même une convention ou un acte inclus dans le contrat principal, ce qui fait qu'elle peut prévaloir de ses propres causes pour s'éteindre par la suite sans aucunes répercussions sur le contrat principal.

1- Renonciation à la convention d'arbitrage

1066. La renonciation à la convention d'arbitrage est une caractéristique donnée aux parties contractantes. la renonciation est valable et vaut pour tous les effets de la clause compromissoire[658] d'autant qu'elle n'a été d'ordre public.

1067. Cette renonciation doit normalement être bilatéralement demandée, d'une façon explicite ou tacite (article 1466 CPC[659]), à condition qu'elle soit dépourvue de toute équivoque. Toutefois la renonciation unilatérale stipule une condition de forme consistant que le défendeur qui est assigné devant un juge étatique, doit se prévaloir de la clause compromissoire avant toute défense au fond, à défaut cette position du défendeur constitue une renonciation tacite à la convention arbitrale, en d'autre part la renonciation tacite se concrétise par la saisine par le demandeur d'une juridiction étatique [660]. Notant que, dans l'hypothèse d'un recours antécédent à l'arbitrage pour un litige déterminé ne pourra pas être expliqué comme un évincement pour la renonciation ultérieurement au bénéfice des clauses compromissoires.[661]

---

[658] Cour de cassation, civile, ,1e, 23 janvier 2007, Revu. Arbitrale. 2007, p 290 ; Cassation. Libanaise. civ. 1e 4 juillet 1968, IDREL, p 174. 122. Cassation. Libanaise. civ. 1e 26 décembre 1967, IDREL, p 4.

[659] L'article 1466 code procédure civile modifié par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art.2 : « *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

[660]Cour d'appel de Paris, 7 juillet 1994, Revue arbitrale 1995, p. 107

[661]Cour d'appel de Paris, le 19 mai 2015, Société Chematur AB c/ République de Bulgarie

1068. La cour de cassation[662] en 2017 a consacré le principe de la renonciation irrévocable à la convention arbitrale en évoquant que : « …….. *Lorsqu'il a été irrévocablement renoncé à l'arbitrage dans les litiges liés à l'exécution de deux contrats de franchise et d'approvisionnement, la clause compromissoire qu'ils contenaient est manifestement inapplicable au contrat de location-gérance conclu entre les mêmes parties, quand bien même les trois conventions formeraient un ensemble contractuel* ».

1069. Ainsi la haute juridiction consacrait l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage en cas de renonciation irrévocable. Ce qui implique que la cour suprême comme étant une juridiction étatique avait paralysé le principe compétence–compétence[663] lorsqu'elle a affirmé que la renonciation irrévocable et non équivoque à la convention arbitrale rend cette dernière manifestement inapplicable. La doctrine, en se basant sur les dispositions de l'article 1193[664] code civil (art. 1134 alinéa 2 ancien code), a interprété les dispositifs de cet arrêt comme une simple application du droit des contrats qui donne la faculté aux parties de défaire par volonté bilatérale leur contrat.

1070. D'un autre côté, il faut noter que même la présence d'une convention arbitrale ne pourra pas interdire la saisine d'une juridiction étatique dans

[662]Cour de cassation, civile, le, 20 avril 2017, Pourvoi nº 16-11.413, Publié au bulletin.

[663] Article 1448 CPC Modifié par décret nº 2011-48 du 13 janvier 2011-art.2 : « 1- Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. 2-La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.3- Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

[664] Article 1193 code civil, modifié par ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016-art.2 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

certaines hypothèses. Donc afin de protéger ses droits par des mesures provisoire ou conservatoire si une partie avait saisi le juge de référés ne peut pas signifier une intention de renoncer à la convention arbitrale. Cependant, même sans contestation ni mention sur la convention arbitrale dans les mesures d'instruction qui sont autorisées en référé ne constitueront pas une renonciation même tacite à cette convention.

1071. D'ailleurs, Les juridictions américaines avaient décidés que l'ambiguïté tenant sur la renonciation à la convention arbitrale s'explique pour le non renonciation de cette convention[665]. Dans la même orientation, la jurisprudence française a été stricte sur la notion de la renonciation non équivoque. La cour de cassation a rejeté le pourvoi contre la décision rendue par la cour d'appel[666] affirmant l'absence de renonciation à la clause compromissoire ,malgré une dénonciation par une partie au litige après acceptation tacite d'un recours à l'arbitrage : « *La partie ayant elle-même formé la demande d'arbitrage est irrecevable à soutenir, par un moyen contraire, que le tribunal arbitral aurait statué sans convention d'arbitrage, faute de clause compromissoire qui lui soit opposable, alors que, en l'espèce, la Commission d'arbitrage du Comité européen des règles et usages du commerce intereuropéen des pommes de terre (RUCIP), statuant au second degré, s'est déclarée compétente sur le fondement de la clause compromissoire insérée au contrat litigieux, en constatant qu'il existait un courant d'affaires entre les parties, que le contrat litigieux tacitement accepté*

[665]J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2003, Para. 7-87

[666] Cour d'appel de Paris (Pôle 1 - Ch. 1), 25 février 2010, Société Pommies Ltd c/ société Deblock EARL. .N° rép. gén. : 08/19779. - M. MATET, prés. Mmes BADIE et GUIHAL, cons. — Mes BERNARD, MONTENOT, av. - Décision attaquée : sentence arbitrale rendue à Paris le 1 er août 2008. — Rejet du recours.

et qui avait reçu un début d'exécution était similaire aux précédents contrats entre les parties, et ce, nonobstant la dénonciation de la clause compromissoire par le demandeur à l'arbitrage, postérieure à l'acceptation tacite de la compétence arbitrale par l'autre partie et la constitution définitive du tribunal arbitral ».

1072. En résumé, Etant donné que, la clause compromissoire est une clause parmi les autres formant ainsi l'entier de ce contrat mais aussi elle est aussi un contrat distinct inclut dans le contrat principal. Comme l'annulation, l'extinction de la clause compromissoire n'a aucune répercussion juridique sur les autres clauses formant le contrant d'ensemble. Cette analyse trouve son foyer dans le fait que le contrat de la convention d'arbitrage ne porte que seulement sur un but procédural et non substantif dans le contrat principal, ce rôle procédural mettant le litige dérivant du contrat principal à une institution arbitrale au lieu d'un recours à une juridiction étatique. De ce fait, l'extinction de la clause compromissoire remet le contrat en cas de litige entre ces parties dans les baies de la compétence juridique étatique, ce qui fait que l'existence ou l'inexistence de la convention d'arbitrage n'ont aucune incidence sur le contenu du contrat principal et sa continuité, illustrant ainsi d'une façon indéniable non pas uniquement l'autonomie de cette clause compromissoire intégrée dans le contrat principal mais plutôt sa séparabilité du dernier en cas du renonciation expresse ou tacite des parties à cette clause.

2- Prononcé de la sentence arbitrale finale

1073. La délivrance de la sentence arbitrale portant sur les différends assignés devant la juridiction arbitrale conduit à mettre fin uniquement à la procédure d'arbitrage relative au litige faisant l'objet du présent instance. Néanmoins,

La convention arbitrale, une clause compromissoire contenue dans le contrat principal ou un compromis, reste valable avec tout litige pouvant survenir à tout moment futur découlant de la relation contractuelle que ce soit de l'interprétation ou de l'exécution des obligations contractuelles.

1074. Sauf si les parties contractuelles ne sont pas consenties à soumettre un litige précis et bien déterminé à la juridiction arbitrale, devant la manifestation d'un nouveau différend dérivant du même contrat les parties contractantes seront en faculté soit de recourir à la juridiction arbitrale sur les mêmes dispositifs de la convention arbitrale soit de renoncer à la convention arbitrale en soumettant ce nouveau litige à une juridiction étatique.

1075. L'article 1485 alinéas 1 du CPC avait traité le mode de dessaisissement de la juridiction arbitrale en disposant que *« La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche ».* si le caractère de la sentence arbitrale n'est pas préparatoire mais définitif cela signifie l'accomplissement totale de la mission arbitrale et les arbitres perdront les pouvoirs qui lui sont conférés dans les dispositions de la convention arbitrale. La main levée de la juridiction arbitrale va l'interdire de s'interférer de nouveau que partiellement dans la sentence arbitrale.

1076. Cependant cette interférence s'explique par le fait que, le tribunal arbitral, suite à la demande d'une partie, peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande, alors que même en cas d'accord des parties , il ait été jugée interdit à la juridiction arbitrale de revenir par rectification sur la sentence arbitrale . En cas de nullité de la sentence arbitrale,

le consentement des parties permet à la même juridiction arbitrale de substituer l'ancienne sentence nulle par une nouvelle sentence du fait que l'annulation fait disparaitre rétroactivement la sentence et tous les effets qui en dérivent pour faire saisir de nouveau le même litige à la même juridiction arbitrale à condition que la validité de cette convention n'est pas contestée.

1077. En résumé, le prononcé de la sentence finale a un effet limité sur l'atténuation de la validité de la convention arbitrale, ce qui signifie que le différend lui-même qui fait l'objet de la sentence arbitrale ne peut pas reconstituer l'objet d'une procédure arbitrale sur le même fondement de cette convention. Par conséquence, la compétence de la convention arbitrale reste valable pour régir d'autres différends qui surviennent va renforcer le principe de « la séparabilité » de la convention arbitrale à la place d'une simple qualification de « autonomie ».

3- Expiration du délai de l'arbitrage

1078. Les délais de la convention d'arbitrage ont été définis à l'article 1463[667] du code de procédure civil, qui distingue entre l'existence d'un délai conventionnel et l'existence d'une convention arbitrale non contraignante dans le temps, mais dont l'intervention en cas de litige survenu est limitée dans un délai de six mois, à compter de la saisine de la juridiction arbitrale.

1079. Sans aucun doute la convention des parties constitue la loi pour l'arbitre. Selon l'article 1463 alinéa 2 CPC, la prolongation de délai peut être

[667] Article 1463 CPC *: «* 1- Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine. 2- Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui

faite en principe par accord entre les deux parties, or en cas où les arbitres ne peuvent pas décider d'une prorogation de délai, elle sera faite par décision du juge d'appui si elle est saisie à la demande de l'une des parties. Cette décision étatique va assouplir le principe d'autonomie dès que le principe compétence-compétence est donc supprimé au profit de la compétence d'une juridiction étatique.

1080. La responsabilité des arbitres s'établit dans les cas où les arbitres ne respectent pas le délai prévu rendant ainsi la sentence nulle. En l'espèce le refus du juge étatique de proroger le délai de la sentence arbitrale n'a aucune répercussion sur la convention arbitrale elle-même mais alors imposera la désignation des nouveaux arbitres pour saisir le litige sous les dispositions de cette convention arbitrale. Cependant, selon l'article 1485 CPC[668] tous les différends, qui vont survenir que soit de l'interprétation ou l'exécution des obligations du contrat principal, demeurent soumis à la même convention arbitrale.

1081. La cour d'appel dans son arrêt stipulait fortement que le délai devait être respecté, et à défaut constitue une sanction inévitable. Cet arrêt a été ratifié par la cour de cassation en 2010 en affirmant ce principe par : « *qu'après avoir à juste titre retenu que la clause compromissoire ne stipulant aucun délai, la sentence devait intervenir dans les six mois de la constitution du tribunal, sauf prorogation conventionnelle ou judiciaire,*

[668] Article 1485 CPC : « 1- La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche. 2- Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées. 3-Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage ».

l'arrêt relève d'abord, que le président du tribunal arbitral avait été désigné par ses co-arbitres le 20 mars 2008, l'analyse des pièces et procès-verbaux démontrant que celui-ci avait accepté sa mission dès ce jour-là ; puis, que l'absence d'établissement, à la date de constitution du tribunal, d'un acte de mission n'était pas susceptible de différer les effets de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission, mais seulement, le cas échéant, de reporter conventionnellement le point de départ du délai ; encore, que, si au cours d'une réunion du 25 juin 2008, un calendrier d'arbitrage avait été établi, le procès-verbal de la réunion n'était pas versé aux débats, le calendrier n'était pas reproduit dans la sentence et le compromis du 2 juillet fixant le délai pour la reddition de la sentence au 2 décembre 2008 n'était pas signé par la CFCMNE ; que dès lors qu'elle constatait que, le 2 juillet 2008, la CFCMNE avait réitéré ses réserves relatives à la compétence du tribunal arbitral et à sa composition, la cour d'appel estimant, sans dénaturation, qu'aucune prorogation conventionnelle du délai n'avait été consentie par la CFCMNE, a exactement déduit de l'ensemble de ses éléments qu'aucune renonciation à se prévaloir de l'irrégularité, ni contradiction dans ce comportement, constitutive d'un estoppel, ne pouvait lui être imputée, la sentence rendue le 2 juillet 2008 l'avait été hors délai »[669].

1082. Il faut noter qu'impérativement l'expiration du délai, sauf prorogation conventionnel ou juridique, entraîne la fin de l'instance arbitrale sans aucun impact sur le contrat principal et l'expiration du délai reste sans effet sur la validité de la clause compromissoire. Les parties demeurent tenues de recourir à l'arbitrage pour tous les litiges qui apparaissent ultérieurement et découlant

[669] Cour de cassation, civile, le 22 septembre 2010, Pourvoi n° 09-17.410, Publié au bulletin

du contrat principal, il faut donc reprendre la procédure depuis le départ et faire une nouvelle demande d'arbitrage et de ce fait l'autonomie de la clause compromissoire conserve la validité de cette clause, face à cette extinction, pour restatuer sur le litige découlant du contrat principal qui reste intact.

B- Causes d'extinction propres au contrat principal

1083. En raison des liens entre le contrat principal et la convention d'arbitrage qui était prévus pour résoudre les litiges découlant de ce contrat, l'extinction du contrat principal peut avoir un impact sur le sort de ce dernier (1). Cependant, le principe selon lequel la convention d'arbitrage est autonome par rapport au contrat principal va limiter en fait cet effet (2).

1084. En raison du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, les causes affectant le contrat principal n'affecteront pas cette convention qui en même temps ne lui partage le même sort car la convention peut survivre au contrat dans lequel cette convention est insérée. Toutefois la convention arbitrale maintient ses fonctions même après l'extinction des obligations découlant du contrat principal, notamment lorsque cette extinction ou ses conséquences sont objet d'un litige. Il ne suffit donc pas de réclamer l'extinction du contrat principal pour échapper aux effets de la clause compromissoire, car le motif de l'extinction de cette clause peut l'affecter.

1085. Cependant, il est nécessaire de revoir chacune des principales raisons de l'extinction du contrat principal et ses implications sur la clause compromissoire.

1- Les causes ayant une incidence sur la clause compromissoire

1086. Les causes d'extinction qui peuvent avoir incidences sur l'autonomie de la clause compromissoire sont en général l'exécution du contrat principal (a) et la novation de la clause compromissoire (b).

a- Exécution du contrat principal

1087. Naturellement, l'extinction du contrat principal est le résultat d'une simple exécution de la totalité des obligations mutuelles découlant du contrat principal et devra ainsi mettre fin à la clause compromissoire. Si l'exécution des obligations évoque un litige, en se basant sur le principe de l'autonomie de la convention arbitrale, la compétence des arbitres reste valable pour statuer sur les effets de cette exécution si cette dernière est imparfaite ou parfaite. Dans le dernier cas, la juridiction arbitrale va prononcer sa décision en l'espèce affirmant ainsi l'épuisement de l'objet du contrat principal et par conséquence l'extinction du contrat principale y compris la convention arbitrale qui lui est liée. Néanmoins, cette interprétation n'est pas absolue et retient des exceptions au concept de l'extinction simultané du contrat principal et la convention arbitrale y compris.

1088. Cette exception se traduit par les décisions juridique qui suivent vont illustrer la situation d'une demande d'un recours devant la juridiction arbitrale évoquant un litige ultérieur à l'exécution de la totalité des obligations contractuelles ou la résiliation par consentement mutuelle des parties et par la suite à l'extinction du contrat principal.

Dans les faits de la première affaire n° 7889[670] « le contrat de distribution a été conclu entre un concédant danois et un distributeur suédois. Après avoir volontairement résilié le contrat principal par les parties contractantes, mais postérieurement à la résiliation du contrat, le concédant avait découvert que le cocontractant avait pris contact avec l'un de ses partenaires commerciaux avant la conclusion de la transaction et durant la période de l'exécution du contrat de distribution initial. Le concédant a dénoncé en conséquence l'accord amiable pour violation du principe de la loyauté du distributeur réclamant ainsi la rupture du contrat de distribution soit entièrement imputable à ce dernier et la transaction signée par les parties ne peut les lier dans ces circonstances ».

1089. Dans cette affaire la mission du tribunal arbitral est de résoudre le problème primordial, en l'espèce, celui de préciser l'effet de la convention arbitrale postérieurement à la conclusion de la transaction par consentement mutuelle et dépourvu de cette convention qui existait initialement dans le contrat résilié précédemment, donc de trancher le litige portant sur des évènements ultérieur à la résiliation conventionnelle.

1090. L'extinction des obligations du contrat du fait de la transaction ne devrait pas priver automatiquement la clause compromissoire de son objet car une transaction conclue à l'amiable peut devenir contentieuse ultérieurement. C'est donc à ce moment précis que la convention d'arbitrage trouve sa pleine efficacité et la justification de son autonomie par rapport au contrat principal. Désormais l'arbitre avait constaté que le distributeur n'a jamais commis

[670]Affaire n° 7889 de 1994 - lieu de l'arbitrage : Copenhague alors que droit applicable : droit danois- C. O. C. Truong, p.75

d'erreur lors de l'exécution du contrat de distribution et il a reconnu la validité de la transaction conclue par consentement mutuelle des parties. Cela signifie en premier lieu que l'arbitre s'est déclaré compètent de statuer sur le litige.

1091. L'interprétation de la solution rendue par cette affaire amène à se questionner si la survie de la clause compromissoire à une transaction effaçant totalement les accords antérieurs peut être fondue sur la volonté tacite des parties. Par conséquence la clause compromissoire serait-elle une clause éternelle ou bien cette survie serait-elle limitée à une renonciation explicite ou tacite. Mais le raisonnement le plus proche consiste dans le fait que la survie de la clause compromissoire reste existante pour les évènements cachés et découlant du contrat résilié à condition qu'elles ne soient pas incluses dans la conclusion de la transaction.

1092. La jurisprudence française était claire sur cette question, l'arrêt rendu en 1966 par la cour de cassation française[671] annonçait que : « la résiliation d'une convention n'a pour effet que de mettre fin, pour l'avenir, aux obligations des parties. Les parties qui ne renoncent pas à une clause compromissoire ont un droit acquis à faire trancher par des arbitres les litiges issus du contrat, même survenus après sa résiliation et …. Ne font pas obstacle à ce qu'une cour d'appel statue sur cette validité et renvoie les parties devant la juridiction arbitrale. »

1093. Dans le même sens, un arrêt de la cour de cassation[672] rendu en 1988 affirme la décision de la cour d'appel sur l'affaire Cosiac qui a jugé que : *« la*

[671] Cour de Cassation, le 25 novembre 1966, N° du pourvoi 65-10 150 Publié au bulletin

[672] Cour d'appel de Paris, le 4 mars 1986, arrêt Cosiac, revue de l'arbitrage, 1987, p.166 note Jarrosson. Cour de cassation civile, le 10 mars 1988, revue de l'arbitrage, 1988, p.639, note Jarrosson. (Rejet du pourvoi)

clause verra ses effets maintenus bien que le contrat principal soit nul, ait été résilié ou résolu, ait pris fin, ou même ait fait l'objet d'une novation ». Donc la clause arbitrale conserve sa survie en vertu du principe d'autonomie dès lors, la transaction intervenue sur un contrat dans lequel est insérée la clause compromissoire ne peut avoir pour effet de priver cette clause d'efficacité.

1094. Aussi bien dans un arrêt récent, la cour de cassation[673] en 2018 avait affirmé ce principe en infirmant l'arrêt de la cour d'appel en estimant que : « *que le refus par le tribunal arbitral de statuer sur les demandes reconventionnelles est de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, dès lors que celles-ci sont indissociables des demandes principales ;*
Qu'en retenant, pour confirmer la décision d'exequatur de la sentence arbitrale bien que l'arbitre ait refusé d'examiner les demandes reconventionnelles formées par la société Youstina moda, que la société Youstina moda ne justifiait pas être dans l'impossibilité d'engager à l'avenir une nouvelle procédure arbitrale pour statuer sur d'éventuelles demandes de dommages-intérêts contre la société Marex SPA, quand cette circonstance n'autorisait cependant pas l'arbitre à ne pas examiner de manière effective les demandes reconventionnelles, la cour d'appel a violé l'article 1520, 5°, du code de procédure civile, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

[673] Cour de cassation civile, le 17 octobre 2018, Pourvoi nº 17-21.411, Inédit

1095. Selon certains auteurs[674], le principe de l'autonomie de la clause arbitrale peut expliquer que la survenue d'un différend postérieur à une transaction, et qui ne contient pas une convention arbitrale, peut être déféré à l'arbitrage.

1096. En résumé, si le contrat principal a déjà épuisé son objet, par exécution de toutes les obligations contractuelles, cela induit à l'extinction de ce contrat principal ainsi que la convention arbitrale y comprise mais l'exception reste possible et la convention arbitrale survive dans le cas d'un litige de l'exécution imparfaite du contrat principal même si la conclusion de la transaction ne contienne pas cette clause arbitrale.

b- Novation de la clause compromissoire.

1097. En ce qui concerne la novation dans le champ d'application de la convention arbitrale, la question de la novation pourra surgir tenant la clause compromissoire elle-même ou bien aussi le contrat principal[675].

1098. La novation surgissant la convention arbitrale se déroule quand une partie contractante ayant l'intention d'ajouter ou modifier les dispositifs de la convention arbitrale existante, dans l'objectif de la remplacer par une nouvelle convention arbitrale ayant des nouveaux dispositifs. Toutefois la novation consiste de s'assurer la réunion des conditions exigées pour une novation, une obligation valable, élément nouveau et volonté de nover. L'ensemble de ces conditions réunies rend la nouvelle novation valable dont son effet est extinction de l'ancienne convention arbitrale. Néanmoins, à défaut de ces

[674] Cf, Fauchard, Gaillard et Goldman, Op.cit. p.453 et suivantes.
[675] Sur la question, v. P. ANCEL, Arbitrage et novation, Revue arbitrale 2002 p 3s

conditions de novation l'ancienne convention conservera sa validité sauf convention contraire[676]. Donc la novation qui assure les conditions de novation légale constitue une cause d'extinction de l'ancienne convention arbitrale qui va être substitué par celle innovée.

2- Les causes respectant l'autonomie de la clause compromissoire.

a- Prescription et forclusion des obligations engendrées par le contrat principal

1099. L'extinction des délais de procédure arbitrale, visant à rythmer les modalités de procédure de l'instance, se traduise au profit d'une finalité positive, sur la base qu'au-delà d'un certain délai, un acte, un droit ou une action ne pourront plus être accomplis ou exercés. A défaut du respect de ces délais, le droit impose des sanctions ayant une fonction comminatoire et même incitative.

1100. Le code civil français ne tient pas aucune identification sur le délai de forclusion ou délai préfix pourtant que la loi du 17 juin 2008 a introduite en matière civile une réforme sur la prescription sans la forclusion, bien qu'elle s'y réfère. Elle opère négativement la distinction entre la prescription et la forclusion, par l'exclusion de cette dernière. En comparaison entre les dispositions de l'article 2219 du code civil[677] qui a défini les modalités de la prescription extinctive, seul mais sans aucune qualification de l'article 2220[678] a édicté, que les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires, régis par le titre XX sous le nom, *De la prescription extinctive*.

---

[676] Cour de Cassation civile, le7 décembre 2000, Pourvoi n° 99-10.728, Inédit

[677] Article 2219 Code Civil, modifié par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008-art.2 : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. »

[678] Article 2220 Code Civil, modifié par la **loi n°**2008-561 du 17 juin 2008-art.2 : « Les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre.

1101. Seule dans le cas d'un litige à ce propos, cette prescription ou forclusion n'affecte pas la clause compromissoire qui reste valable et selon le principe compétence - compétence les arbitres conservent leur compétence pour décider de la prescription et de ses effets.

b- La clause compromissoire à l'épreuve de la transaction

1102. Depuis la réforme du code civil en 2016, La transaction est définie par l'article 2044[679] du Code civil comme suivant : *« ….. La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».*

1103. Cependant, la transaction est qualifiée par une double fonction, d'une part elle peut intervenir pour mettre fin à une instance en cours, d'autre part pour prévenir la naissance d'un futur litige. Elle implique une opération mutuelle de concession des obligations de chacune des parties contractantes à l'égard de l'autre à condition que les dispositions de cette transaction soient vidées dans un acte écrit et signé afin de mettre fin au présent litige ou possible dans l'avenir.

1104. La cour de cassation[680], en 1988 avait considéré que la transaction ne pourra imposer aucune conséquence sur la clause compromissoire, mais si le sujet de litige évoque la nullité ou l'exécution imparfaite de la transaction concernée, la juridiction arbitrale reste valide pour statuer sur ce litige même

[679] Article 2044 Code Civil, modifie par la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016-art.10 : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. »

[680]Cour de cassation civile, le 10 mars 1988, revue de l'arbitrage, 1988, p.639, note Jarrosson..

si le contrat de transaction est dépourvu de toute référence à cette convention arbitrale.

1105. Dans un arrêt de la cour de cassation[681] mettant en relief la clause compromissoire à l'épreuve de la transaction en affirmant la persistance de l'autonomie de cette clause en cet fait : « *ALORS D'UNE PART, QUE si l'autonomie juridique que présente la clause compromissoire par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère exclut que ladite clause puisse être affectée par l'inefficacité de l'acte, ce n'est qu'en l'absence de stipulation contraire ; que la transaction par laquelle les parties à une convention principale comportant une clause compromissoire décident, comme en l'espèce, de mettre fin à l'ensemble des dispositions de cette convention, à l'exception de dispositions ne concernant pas la clause compromissoire, constitue une stipulation expresse par laquelle les parties décident de mettre fin à la clause compromissoire figurant dans la convention principale, qui ne peut donc plus produire d'effet ; qu'en décidant du contraire, la Cour d'appel a violé ensemble les articles 1134 du Code civil, 1442 et 1484 du Code de procédure civile ; »*

1106. L'interprétation de cet arrêt illustre de manière très claire que le « protocole transactionnel » qui ne stipule pas explicitement la renonciation de la clause compromissoire insérée dans le protocole de cession, cette clause est immunisée contre l'inefficacité partielle du contrat principal du fait du « protocole transactionnel ».

[681] Cour de cassation civile, le 2 avril 2014, Pourvoi n° 11-14.692, Publié au bulletin

1107. Cette interprétation doit être aussi expliquée non seulement en vertu du principe d'autonomie de la convention arbitrale, mais aussi en vertu des dispositions de la transaction surtout dans l'article 2049 du Code civil[682] ou cet article encercle l'application de ses dispositifs qu'au litige sur des obligations qui s'y trouve par consentement de ces parties.

1108. Certains auteurs[683] soutiennent cette interprétation en concluant que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire justifie donc qu'un litige survenu après une transaction puisse être défère à l'arbitrage, même si la transaction ne contient pas de clause compromissoire.

1109. En résumé, la clause compromissoire par force de son caractère autonome et sa séparabilité de son contrat principal, la transaction tenant le contrat principal n'affecte pas la validité de la clause compromissoire, sauf stipulation contraire inclus dans le contrat transactionnel.

c- Novation du contrat principal.

1110. La novation du contrat est un mécanisme qui permet l'extinction totale des obligations dans un contrat qui va être substitué par des nouvelles obligations créant ainsi un nouveau contrat. La novation est régie en code civil surtout après l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 par les articles

[682] Article 2049 code civil : « Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé »
[683] Cf. Fouchard/ Gaillard/ Goldman, Op.cit, p. 453 et s

1329,1330 et 1333 Code Civil de la nouvelle section III sous la nomination « la novation »[684].

1111. la novation du contrat qui contient la clause compromissoire se déroule selon deux processus de substitutions différents. Le premier processus est une substitution objectif selon l'article 1329 alinéa 1 code civil donc Il s'agit d'un contrat dont l'objet consiste dans la substitution d'une obligation devenue éteint par une nouvelle obligation constituée de un ou plusieurs éléments différents par rapport à l'ancien[685]. Alors que selon l'alinéa 2, le second processus configure une substitution subjective comme en cas de changement de l'obligation ou de la personne du contractant (débiteur ou créancier).

1112. Le principe en ce qui concerne l'application de la notion de novation est l'extinction de l'obligation initiale du contrat. Cependant, l'intervention de la jurisprudence en matière d'arbitrage a créé l'exception ou la limite au principe de l'effet extinctif de la novation par l'application du principe de l'autonomie de la clause compromissoire.

1113. La jurisprudence, en matière d'arbitrage international[686]qui est étendu à l'arbitrage interne[687] , affirme que la novation ne peut pas priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat. Cette jurisprudence se base

[684] Article 1329 du Code Civil. : «1- La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. 2- Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier. »
Article 1330code civil. La novation ne se présume pas la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.
Article 1333code civil. « La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier. »
[685] Cour d'appel de Paris, 1ere ch. Le 2 novembre 1999, Gaz. Pal., Rec. 2001, sommaire. p 1916, J n°321 17 novembre 2001, p. 13
[686] Cour de cassation civile, le 10 mai 1988, Bull I n°139 p 96 ; Revue arbitrale 1988 350 note Ch. JARROSSON
[687] Cour d'appel de Paris, le 8 octobre 1998, Revue arbitrale 1999, p 350 note P. ANCEL et O. GOUT

dans ses décisions sur la volonté prévue dans la portée temporelle de la nouvelle clause compromissoire[688].

1114. La cour de cassation[689] a annulé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en confirmant intégralement la suprématie du principe compétence-compétence lors d'une innovation de contrat principal en annonçant :

1- « *Alors, d'une part, que le principe compétence-compétence, qui impose au juge étatique de se dessaisir et de laisser l'arbitre statuer par priorité sur sa propre compétence, est sans application lorsque le Tribunal arbitral s'est déjà prononcé sur ce point avant le juge étatique ; qu'en ce cas, le juge étatique saisi par une partie et devant qui la sentence est invoquée par l'autre partie à l'appui d'une exception d'incompétence, doit vérifier si la sentence remplit les conditions de sa reconnaissance et dispose à cette fin d'un pouvoir d'appréciation complet sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage ; que le juge ne peut alors limiter son contrôle à la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ; qu'en statuant comme elle l'a fait par le motif que la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable, la Cour d'appel a violé par fausse application le principe compétence-compétence, ensemble les articles 1498 et 1502 du Code de procédure civile .*

2- *Alors, d'autre part, que la clause compromissoire est une convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les*

[688]Cour d'Appel de Paris, le 22 mai 2003, JCP G 2004, chron Droit de l'arbitrage, p 502 n°6 obs. Ch. SERAGLINI Cour d'Appel de Paris, le 11 juin 1998 Revue arbitrale 2002 p. 147
[689]Cour de cassation civile, le 9 mars 2011, Pourvoi **N**° 10-11.986, Inédit

litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ; que cette clause n'est donc manifestement pas applicable à un litige déjà né, en l'absence d'accord des parties pour renoncer à l'instance en cours devant le juge étatique et le soumettre à l'arbitrage ; qu'en statuant comme elle l'a fait, par les motifs précités, qui ne caractérisent pas un accord des parties sur la suite à donner à la procédure étatique en cours et une renonciation à celle-ci, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1442, 1458 et 1495 du Code de procédure civile, et de l'article 1134 du Code civil.

3- *Alors, enfin, que l'extension de la clause compromissoire aux parties impliquées dans l'exécution d'un contrat et notamment au cessionnaire de celui-ci ne trouve manifestement pas application quand, au moment de la cession, les parties ont expressément réservé la procédure étatique en cours et ne sont pas parvenues à un accord pour la soumettre à l'arbitrage ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que les parties au contrat de novation, après avoir constaté à l'article 4.4 du contrat qu'aucune réclamation n'existait entre les parties au contrat initial, avaient convenu à l'article 4 et 5 que cette décharge mutuelle « ne s'appliquera pas à la réclamation du nouvel acquéreur contre le constructeur actuellement pendante devant le Tribunal de commerce de Marseille » ; qu'en décidant, malgré cette réserve expresse, que la clause compromissoire devait trouver application au litige alors en cours devant le Tribunal de commerce de Marseille, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil. »*

1115. On peut résumer, La novation étant une cause d'extinction des obligations et de création d'obligations nouvelles. Cette novation n'affecte pas la clause compromissoire se trouvant dans le contrat principal, source des obligations novées. Ceci est le corollaire du principe d'autonomie de la clause

compromissoire, la novation du contrat principal ne doit pas priver cette clause de son efficacité. Donc qu'en cas de novation du contrat principal la clause compromissoire reste applicable sauf disposition contraire par une renonciation expresse ou tacite à la convention d'arbitrage inclut dans le contrat initial et d'une façon manifeste.

d- La résiliation ou résolution du contrat principal

1116. La résiliation, comme la résolution, du contrat principal n'a pas pour effet d'éteindre la clause compromissoire. Ceci a été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation[690] française du 25 novembre 1966 :

« … *Que d'autre part, la résiliation d'une convention n'a pour effet que de mettre fin, pour l'avenir, aux obligations des parties ;*

Que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a estimé que les parties qui n'avaient pas renoncé à la clause compromissoire, a vainement un droit acquis à faire trancher par des arbitres les litiges issus du contrat, même survenus après sa résiliation »

1117. Donc après résiliation ou sa résolution du contrat principal, tous les litiges, qui y découlent et ont d'origine même avant la résolution ou résiliation, resteront soumise à la juridiction arbitrale selon les dispositions de la clause insérée dans le contrat principal résilié ou résolu. En se basant sur le principe de l'autonomie de la clause compromissoire la jurisprudence et la doctrine se rencontrent sur l'affirmation concernant la validité de la clause arbitrale malgré la résiliation du contrat principal.

[690]Cour cassation civile, le 25 novembre 1966 – Dalloz en 1987, 539, 2e esp., note J. Robert

1118. En l'espèce, la Cour de cassation en 2015[691] affirme que seulement la présence d'une clause attributive de juridiction ne suffit en elle-même d'évoquer ainsi le caractère manifestement inapplicable de la clause compromissoire qui retient la compétence de la juridiction étatique, par contre le principe compétence–compétence se trouve fortement applicable ce qui invoque en premier lieu que l'arbitre statue sur sa propre compétence selon l'article 1448 du code de procédure civile : « …. *Alors, d'une part, que la juridiction étatique ne peut statuer sur un litige en relation avec une convention d'arbitrage, à moins qu'elle relève que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ; que la clause d'arbitrage manifestement inapplicable est celle sans lien aucun avec le litige ; qu'une simple relation avec le litige suffit à exclure le caractère manifestement inapplicable de la clause d'arbitrage ; qu'en rejetant l'exception d'incompétence des juridictions étatiques au profit de la juridiction arbitrale, tout en constatant, par motifs propres et adoptés, que la clause compromissoire litigieuse contenue dans le contrat d'enseigne portait sur « tous les litiges auxquels le contrat pourra donner lieu, notamment au sujet* ***de sa résiliation*** *», et que la rupture du contrat d'enseigne entrainait l'exclusion de M. X... par application des dispositions du règlement intérieur de la société, ce dont il résultait que la clause d'arbitrage ne pouvait être réputée manifestement inapplicable dès lors que la perte de la qualité d'associé constituait l'une des conséquences de la résiliation du contrat d'enseigne, la cour d'appel a excédé l'étendue de ses pouvoirs et a violé l'article 1448 du code de procédure civile et le principe compétence-compétence.* » .

[691] Cour de cassation civile, le 18 mars 2015, pourvoi N° 14-11571- Inédit

1119. Donc c'est de la grande importance de savoir les implications de réclamer une demande d'arbitrage postérieurement à la résiliation du contrat portant sur un différend survenu pendant l'exécution du contrat déjà résilié.

1120. Dans cette affaire n° 6259[692], la compétence de la juridiction arbitrale été contestée sur la base tous que les droits et toutes les obligations des parties seront éteints par l'effet de la résiliation du contrat.

1121. La juridiction arbitrale était devant une problématique qui consiste dans le fait d'éclaircir le positionnement fonctionnel de la clause compromissoire après la rupture du contrat principal en termes de la survie, en l'espèce, de la clause compromissoire. Par une sentence partielle rendue en Amérique à Boston, la juridiction arbitrale par continuité de la jurisprudence[693] qui avaient été en faveur de la séparabilité de la clause compromissoire lorsqu'elles considèrent que la seule résiliation du contrat principal ne peut pas entrainer l'extinction définitive de la clause arbitrale, en raison que dans le cas contraire cela désactiverait l'ensemble du mécanisme de règlement pour les parties qui voulaient soumettre tous les différends liés ou découlant du contrat à l'arbitrage.

1122. La justification présentée par la juridiction arbitrale consiste dans le fait que si l'intention de l'une des parties contractantes de s'échapper à la

[692]Affaire n° 6259 de 1990 (lieu de l'arbitrage : Boston – droit applicable : droit américain), C. O. C. Truong, « Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI », Litec, 2002, p. 72

[693]Affaire Filanto v. Chilewich, 789 F. Supp .1229-1242 (confirmé par le Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 984 F2d 58-61). Le tribunal fait référence au principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage que le tribunal newyorkais considère une question "séparable" du contrat de vente. Cette conclusion s'imposait, selon la jurisprudence des tribunaux fédéraux en matière d'arbitrage international et aussi, a exprimé le tribunal, comme se référant à l'article 81 de la Convention de Vienne « sur la vente internationale de marchandise du 11 avril 1980», selon les dispositions de la Convention.

juridiction arbitrale sous le prétexte de résiliation du contrat principal qui entrainera en même temps la disparition de la clause arbitrale. Cependant, le litige portant sur la résiliation ou la résolution est logiquement soumis à la clause arbitrale qui reste valable dans cette circonstance.

1123. Dans le célèbre arrêt *Prima PaintCorp*[694] de la Cour suprême américaine a aussi traité, selon la même logique, la question de la compétence arbitrale comprise dans un contrat principal annule pour vice de consentement « le dol ». Dans cet arrêt le tribunal arbitrale a jugé les arbitres comme compètent pour statuer sur la nullité du contrat principal, contenant une clause arbitrale accordant aux arbitres une compétence étendue sur les divers différends dérivants du contrat, pour un vice de dol : *« .....Under United States Arbitration Act, claim of fraud in inducement of entire contract was for arbitrators clause providing for reference of any controversy or claim arising out of or relating to agreement or breach thereof, in absence of evidence that contracting parties intended to withhold that issue from arbitration ..... ».*[695]
Notant que, il est conclu la présence de la volonté des parties contractantes de soumettre leurs litiges découlant du contrat principal aux juridictions arbitrale, cela à défaut d'une volonté contraire explicite[696].

1124. Cette jurisprudence internationale se rencontre sur la même finalité avec celle française (Arrêt Gosset) sur la validité de la clause compromissoire

[694]PrimaPaint.v. Flood & Cocklin, 388 U.S. 395 (1967) David RENE : L'arbitrage dans le commerce international Economica 1982, p.268. Op. cit Ph. FOUCHARD, B. GOLDMAN, E. GAILLARD: Traité de l'arbitrage commercial, Litec 1996, p.220. E. Mezger, « vers la consécration aux Etats-Unis de la clause compromissoire dans l'arbitrage international », revue critique droit international privé, 1968, p. 25.
[695]La traduction française : « toute réclamation de fraude annulant le contrat peut être soumis à l'arbitrage, lorsque les parties ont prévu une clause compromissoire qui vise tous les différends qui peuvent survenir entre eux et à condition qu'ils ne soumettent cette clause à aucune restriction ».
[696]C. O. C. Truong, « Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI », Litec, 2002, p. 74.

malgré la résiliation ou résolution du contrat principal contenant cette clause arbitrale et par conséquence, l'application de la clause arbitrale va être imposée séparablement du contrat principal dans lequel elle s'insère.

1125. En résumé, la convention d'arbitrage qualifiée d'un contrat en lui-même est soumis à tous les causes d'extinction d'un contrat énumérée dans les lois civiles (renonciation, annulation, prononcé de la sentence, expiration du délai) sans aucune conséquence rétroactive sur le contrat principal du fait qu'elle forme une clause autonome insérée dans un contrat et qui reste valable même lors de l'extinction d'une de ces clauses formant l'entier de ce contrat.

1126. D'autre part la convention d'arbitrage, étant un contrat inclus dans le contrat principal elle suit le sort de ce dernier car elle forme une clause accessoire dans un but procédural et non substantif pour le contrat principal. Nonobstant de cela, la validité de la clause compromissoire en fonction de son autonomie, reste sans être touchée lors de l'extinction, que soit de la clause elle-même ou du contrat principal par l'effet du principe compétence – compétence, de statuer sur cette extinction par l'affirmation ou la négation. En plus la clause reste valide pour statuer sur un litige né pendant l'exécution du contrat ou après l'extinction mais en relief avec le fond du contrat principal avant son extinction. Donc la nullité, la résiliation ou la résolution du contrat n'entraîne pas celle de la clause compromissoire. De tout cela on déduit, non pas une qualification d'« autonomie» mais pour vrai une « séparabilité » entre cette convention et le contrat principal.

§2- L'extinction de la garantie autonome

1127. Une garantie autonome est un contrat de droit civil français, qui est révoqué pour des raisons de droit commun. Toutefois les raisons générales de

l'extinction de la garantie autonome, prévoyant ainsi la mise en fin de cette garantie, se voient dans les cas suivants :

- Le jour calendaire est volontairement approuvé, soit à la fin de la période prévu. Cette raison est applicable si l'obligation du garant est fournie pour une période déterminée.

- lorsque les documents de mainlevée spécifiés dans la garantie autonome sont soumis au garant. Par la suite le donneur d'ordre peut acquitter le bénéficiaire et dispenser ainsi le garant de son engagement, en présentant la preuve de sa libération.
- Sur la base d'une reconnaissance écrite du bénéficiaire, il décharge le garant de son obligation au titre de la garantie autonome, ou d'une confirmation écrite du garant qui exempte le contre garant de son obligation au titre de la contre-garantie indépendante. Il s'agit d'une concession à la garantie autonome qui va libérer le garant de son obligation.

I- Etendue de la garantie autonome en fonction du montant et du temps comme cause propre pour une extinction.

1128. L'étendue de la garantie autonome est déterminée en premier lieu, comme c'est déjà interprété, par l'indépendance et la force obligatoire de l'obligation du garant par rapport au contrat de base mais aussi en second lieu l'étendue de l'engagement à l'égard de cette obligation garantie est déterminé en fonction du montant(a) ou de la durée(b) de cet engagement.

1129. Le montant déterminé et la condition de durée constituent les deux exigences fondamentales liées à la question incitée par rapport aux références au contrat de base dans l'acte de garantie.

1- L'effet de la détermination du montant sur la garantie autonome

1130. La haute juridiction française a affirmé à maintes reprises sur le problème dégagé de ces deux exigences. Selon un arrêt portant sur le problème de la durée, la cour de cassation en 2000[697] a estimé que « *un engagement ne peut être qualifié de garantie autonome que s'il n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garantis ou pour la détermination des durées de validité…* ».

1131. Un arrêt de la cour de cassation[698] d'une grande importance a interprété en 2015 sur l'indépendance de la garantie autonome en affirmant la déconnection entre le montant et la durée de la garantie autonome et ceux existant dans le contrat de base :

« *ALORS QUE la résiliation d'une garantie autonome, qui ne dépend en aucun cas du contrat de base pour l'évaluation des montants garantis ou la durée de la garantie, emporte libération totale, immédiate et définitive du garant, de telle sorte que n'est pas autonome, et doit être qualifié de cautionnement, l'engagement par lequel un garant reste tenu, postérieurement à la résiliation, des dettes du débiteur principal nées avant cette date ; que dès lors, en considérant que l'engagement de Mme X... à l'égard de la société Comptoir Central Del constituait une garantie autonome, après avoir pourtant constaté qu'en cas de dénonciation sa part, elle restait tenue, postérieurement à la date de prise d'effet de la dénonciation, des dettes de la société TF, débiteur principal, nées jusqu'à cette date, obligation qui caractérisait l'existence d'un contrat de cautionnement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences*

[697] Cour de Cassation commerciale, le 27 juin 2000, *RJDA*, 12/00, n°1169
[698] Cour de cassation commerciale, le 29 septembre 2015, N° de pourvoi : 13-26897, Non publié au bulletin

de ses propres constatations, a violé, ensemble, les articles 2321 et 1134 du code civil ».

1132. Dans le même sens, la cour de cassation[699] en 2017 a réaffirmé sur la problématique de la durée et du montant intégrants dans la garantie autonome :

« ALORS, D'AUTRE PART, QUE la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ; qu'il importe peu que la somme faisant l'objet de l'obligation du garant autonome soit seulement fixée dans la limite d'un certain montant, dès lors que cette somme est déterminée sans référence à la dette du débiteur principal ; qu'en retenant, pour écarter la qualification de garantie autonome, que le montant de la garantie n'était pas déterminé à l'avance, seul un montant maximum étant prévu, la Cour d'appel a statué par un motif impropre à justifier sa décision et violé les articles 1134 et 2321 du Code civil »

1133. L'indépendance de la garantie impose que le montant de son engagement soit clairement défini. En raison de son caractère accessoire, en cas de cautionnement l'étendue de l'obligation de garantie est précisée en fonction de la dette principale garantie couvrant soit particulièrement une dette et toutes ses annexes, soit les divers dettes du débiteur vis-à-vis de son créancier sans aucune limitation. Par contre, en raison de son caractère non-accessoire, des telles conditions ne peuvent être envisagée dans le contexte la garantie autonome qui perdra tous les liens avec le contrat de base dès son

[699] Cour de Cassation commerciale, le 20 avril 2017 N° de pourvoi: 15.18203, Inédit

émission, ce qui fait que toute référence au contrat de base pour déterminer le montant de la garantie autonome serait contradictoire au principe de son indépendance ainsi que pour l'inopposabilité des exceptions inhérente aux garanties autonomes.

2- L'effet de la détermination de la durée sur la garantie autonome

a- L'extinction de la garantie autonome en présence d'une durée indéterminée.

1134. D'un point de vue théorique, la garantie autonome peut être consentie pour une durée indéterminée malgré que la stipulation d'un terme ne constitue pas une condition de validité de la garantie autonome. Cette solution est une signe de souplesse et de flexibilité[700] en face de rigorisme de cette sûreté, en particulier lorsqu'il devient difficile d'évaluer le temps nécessaire à la pleine exécution du contrat de base faute de connaissance de la partie bénéficiaire de la garantie. Cependant, cette garantie distincte pour une durée indéterminée n'est pas appropriée aux fins de cette forme de sûreté personnelle. En effet, l'ordre public français interdit les obligations perpétuelles[701], ce qui va induire qu'une obligation de garantie pour une durée indéterminée serait soumise à une résiliation discrétionnaire et unilatérale de la part du donneur d'ordre.

1135. La distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement ne peut être appliqué aux garanties autonomes, car il devient obligatoire de se référer à ce que devait le débiteur principal dès lors la résiliation pour déterminer l'obligation de règlement. Cependant, la résiliation de la garantie

[700] Cour de cassation commerciale, le 6 avril 1993, *D*alloz 1995, sommaire Page 20, note Vasseur.

[701] A. Prûm, « Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie », Litec 1994. n° 218 et s ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet « La lettre de garantie internationale » RTD com. 1980; Ph. SIMLER « Cautionnement et garanties autonomes » Litec 1999 n°952.

autonome en cas d'obligation à durée non déterminée conduit impérativement à la libération totale et définitive du garant. Cela trouve sa justification juridique dans la rupture définitive de toutes connections avec le contrat de base dès la souscription de cette garantie autonome. Et par la suite cela conduit à une résiliation unilatérale de la garantie autonome à n'importe quel moment par le donneur d'ordre, ce qui rend l'inacceptation du bénéficiaire de la garantie inéluctable, dans une perspective qu'il est difficile d'envisager que le bénéficiaire qui a participé à la rédaction du contrat de la garantie accepte de rendre fragile et non-sécurisée la sûreté personnelle garantie de sa créance[702].

1136. La cour de cassation[703] en 2017 a réaffirmé sur la problématique de la durée indéterminée de la garantie autonome :

« *ALORS, D'UNE PART, QUE la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ; qu'elle se distingue du cautionnement solidaire en ce qu'elle porte sur un objet autonome par rapport à l'obligation souscrite par le débiteur principal, autonomie qui implique que le montant de la garantie comme sa durée doivent pouvoir être déterminés indépendamment de la dette garantie ; qu'une simple référence au contrat de base ne modifie pas le caractère autonome de la garantie, si cette référence n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution de celui-ci pour l'évaluation des*

[702] Selon Ph. Simler, op.cit. n°952 : « *il existerait toutefois une possibilité pour admettre plus facilement ce type d'engagements. Cela consisterait à subordonner le droit de résiliation unilatérale à un délai de préavis, de telle manière que le bénéficiaire de la garantie soit en mesure d'appeler celle-ci dans ce délai, sans que cet appel puisse être considéré comme abusif* »

[703] Cour de Cassation commerciale, le 20 avril 2017. N° de pourvoi: 15.18203, Inédit

montants garantis ou pour la détermination de la durée de validité de l'engagement .

1137. La jurisprudence est consciente sur le fait que la durée indéterminée de la garantie autonome ne pourra avoir comme référence le contrat de base pour évaluer la durée de cette garantie pour le motif de la déconnexion totale entre le contrat de base et la garantie autonome dès son émission.

1138. Alors que les conventions internationale adoptent aussi le même principe, selon l'article 12(c) du RUGD de la CCI qui écarte cette variété de garantie en prévoyant qu'en l'absence de date d'expiration et même en cas de terme incertain, *« la période de validité de l'engagement expire... lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission »*[704].

b- L'extinction de la garantie autonome en fin d'une durée déterminée.

1139. La plupart du temps, la garantie est donnée pour un certain nombre de mois, d'années, ou jusqu'à la fin de la période d'extinction[705]. Ainsi, la garantie de soumission peut être appliquée jusqu'à la souscription du contrat ou jusqu'à ce que la garantie de bonne exécution du contrat soit fournie.

1140. Si les prévisions attendues dans le contrat de base sont satisfaites, la garantie prend généralement fin avec l'avènement du terme incertain convenu. Cependant l'arrivée de l'échéance qui est précisé déjà plus loin par

[704] Article 12 RUGD - Expiration- La période de validité de l'engagement expire : « *c) Si l'engagement n'énonce pas une date d'expiration, ou si la survenance de l'acte ou du fait dont l'expiration est réputée dépendre n'a pas encore été établie par présentation du document requis et qu'une date d'expiration n'a en outre pas été spécifiée, lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission de l'engagement.* »

[705] L'article 3 des RUGD de la CCI impose que le contrat de garantie doit contenir impérativement « …la date d'expiration… et/ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ».

volonté des parties, joue seulement le rôle de solution de secours. son arrivée signifie, soit que le contrat a été suspendu pour une raison quelconque et l'appel de la garantie évoque un abus manifeste, soit que sa mise en œuvre a été retardée et maintenant son appel impose au garant le fait « proroger ou payer ».

1141. Si le terme extinctif pourra être certain ou incertain cependant sa détermination sera généralement en fonction du contrat de base. Néanmoins, cela ne signifie pas l'existence d'une contradiction avec le caractère autonome de la garantie à condition que si et seulement si une fois ce terme est fixe cette garantie perdra toute connexion avec le contrat de base et devienne totalement indépendante de ce dernier[706]. Notant que, théoriquement la détermination de la durée de la garantie autonome est consentie en fonction de l'objet de la garantie autonome alors que l'extinction du contrat de base reste sans aucun effet sur la validité de la garantie autonome[707].

1142. L'indépendance de la garantie autonome empêche la reconnaissance de toute influence de la fin de la durée du contrat de base sur le sort de la garantie, spécialement si elle est à durée déterminée. Cependant, le donneur d'ordre d'une garantie autonome est totalement libéré à la fin du terme. D'ailleurs le concept de l'obligation de couverture signifie une référence au contrat de base ce qui est inapproprié avec le principe de l'indépendance de la garantie autonome, celle-ci va produire seulement une obligation de règlement et qui va s'éteindre en fin du délai prévu[708].

[706] Ph. SIMLER, *op.cit*., n° 953. Voir aussi l'article 6 de la RUGD et l'article 3 et 7 de la CNUDCI.
[707] Cour d'appel de Rennes, le 22 mai 1992, *Juris-Data* n° 044128, cité par Ph. SIMLER, *op.cit*., n° 953 note 348.
[708] Cour de cassation commerciale, le. 13 décembre 1983, *D*. 1984, sommaire page 420, note Vasseur.

1143. Dans un autre côté, c'est judicieux de faire contenir la contre garantie d'un délai supérieur ou au moins égal à celui de la garantie autonome afin de permettre au garant initial de retourner dans un délai suffisant vers le contre garant en cas d'appel ou demande de prorogation de la garantie avant le terme déterminée [709]. Toute fois l'appel de la garantie autonome postérieure au terme extinctif serra voué à l'échec[710]ou soumis aux effets de l'abus manifeste.

1144. Dans le cadre des conventions internationales, l'article 24 des RUGD de la CCI: « *Lorsqu'une garantie a pris fin..., le fait de conserver la garantie... ne confère aucun droit au bénéficiaire*», Ainsi que l'article 11§2 de la CNUDCI « *L'engagement peut disposer, ou le garant/Émetteur et le bénéficiaire peuvent convenir par ailleurs, que le renvoi au garant/Émetteur du document contenant l'engagement... est requis pour que s'éteigne le droit de demander paiement... Toutefois en aucun cas la conservation d'un tel document par le bénéficiaire après que le droit de demander paiement s'est éteint - ne préserve un droit quelconque du bénéficiaire en vertu de l'engagement* ». Il devient clair que la garantie autonome s'éteint avec l'arrivée de terme prévu et son caractère non accessoire ne confère pas en aucune sorte un droit de demander paiement par le bénéficiaire et par la suite le garant sera totalement libéré, cela indépendamment du sort du contrat du base[711] .

[709] Mattout, op.cit. n°207. À titre d'illustration, Tribunal de commerce. Créteil 19 mai 1992 : Ann. Seine, 24 décembre.1992, p.11

[710] Cour de cassation de commerce, le 13 dec.1983, p.92, obs. Vasseur. Cet arrêt se rapporte à une contre-garantie échue, alors que la garantie de premier rang avait été prorogée. Il consacre pleinement l'indépendance de deux garanties du point de vue de leur durée ; Cassation de commerce, le13 mars 2001 : banque et droit juillet-aout 2001, p.57, obs. Prûm, qui a jugé non abusifs des appels partiels intervenus dans les délais, mais tardif l'appel du total postérieurement au terme convenu

[711] Voir sur ce point, Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, art. prèc. n° 22 et 24

1145. En résumé, la durée et la valeur du montant de la garantie ne devraient pas être déterminées en fonction de l'engagement du débiteur. Toutefois, ces deux éléments doivent être identifiables ou au moins délimités, même dans ce dernier cas cette hypothèse est rarement rencontrée en pratique.
La spécificité des garanties autonomes en son raison de leur indépendance, exclut un quelconque lien entre leurs durées et celles des obligations garanties. Ces points démontrent une importante qualification pour la garantie autonome qui la différencie des autres sûretés appartenant à la même catégorie, pour acquérir ainsi un caractère « indépendant » de la garantie autonome par rapport au contrat principal en comparaison avec celui « d'accessoire » pour la clause compromissoire.

1146. Néanmoins on peut aussi parler ici qu'en matière de garantie autonome, le principe d'inopposabilité des exceptions règne. Cette sûreté est complètement fermée aux causes de nullité ou d'extinction de l'obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. Seul l'appel frauduleux ou manifestement abusif de la garantie par le bénéficiaire peut bloquer le paiement.

II- Inopposabilité des exceptions tirées de l'extinction du contrat de base

1147. Le caractère non accessoire et le caractère d'indépendance de la garantie autonome a pour corollaire, l'impossibilité d'invoquer toutes les exceptions inhérentes à l'obligation principale et son obligation ne peut pas suivre celle du débiteur principal[712] ce qui fait que le principe d'inopposabilité des exceptions règne. De même, le garant n'a pas la possibilité d'invoquer le

[712] Cour de cassation commerciale, le 17 juillet 1990, trois arrêts, *Bull.civ*.IV, n°214 et 215, *D*. 1994, page 494 note A. Honorat.

non exigibilité de la dette principale[713], Cependant le bénéficiaire peut faire bloquer le paiement seulement en cas de l'appel frauduleux ou manifestement abusif de la garantie (B). Cette sûreté est complètement fermée aux causes de diverse sorte de nullité ou d'extinction (A) de l'obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire.

A- L'extinction du contrat de base sans effets sur la garantie autonome

1148. C'est déjà évoqué que la convention de garantie autonome possède d'une indépendance totale à l'égard du contrat de base. La doctrine et la jurisprudence se sont hésitées sur l'interprétation de la question de l'effet de l'extinction du contrat de base sur la validité de la garantie autonome.

1149. Dans une période antérieure il y avait une contradiction entre la haute juridiction et les juges du fond qui ont été convaincues sur le fait « *Que sans doute l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie, dont il constitue en effet la cause* »[714], La haute juridiction a infirmé cette décision en affirmant que : « *Alors ,selon le pourvoi, que l'engagement par lequel un tiers s'engage à payer à un créancier les dettes résultant d'un contrat auquel il est lui-même étranger, en se réservant un recours contre le débiteur de ces dettes constitue nécessairement un contrat de cautionnement que celui-ci ne peut, nonobstant toute clause contraire d'ailleurs absente en l'espèce, garantir un dette non valable, que le garant peut donc opposer au créancier les exceptions inhérentes à la validité même du contrat qui constitue le support nécessaire de son propre engagement, qu'en le condamnant à payer, en raison du caractère autonome de la garantie , tout en admettant que*

[713] Cour de cassation civile, le 24 janvier 1995, *Bull.civ*.1, n°51.
[714] Cour d'Appel de Paris 29 janvier 1981, Dalloz 1981, page 336, note Vasseur

l'annulation du contrat de base entrainant celle de la lettre de garantie, dont il constitue la clause ,sans avoir égard à la contestation sur la nullité du contrat de base, la cour d'appel a violé ensemble les articles 1131,1134,2021 et 2036 du code civil »[715]. Donc la cour de cassation avait interprété son positionnement en l'espèce en justifiant cette solution par le fait que *même si l'engagement du garant trouve sa cause initiale dans le contrat de base prétendue, ce garant ne peut en aucun cas se dérober à cette obligation.*

1150. La Cour de Cassation en 1983 avait affirmé sur le même principe en citant « *qu'une éventuelle nullité de l'obligation (du donneur d'ordre) à l'égard du bénéficiaire serait sans influence sur l'engagement indépendant (du contre-garant)* »[716].

1151. Plus tard dans le même sens, la cour de cassation en 1994 affirme cette jurisprudence lorsqu'elle a rendu son arrêt : « *Attendu que la société Matra transport fait également grief à l'arrêt d'accueillir l'action en restitution du montant de la garantie à première demande, engagée par le donneur d'ordre, la société X... SAE, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, dans la garantie à première demande, sont inopposables par le garant au bénéficiaire toutes les exceptions tirées du contrat de base passé entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, y compris l'exception de nullité de ce contrat ; qu'en estimant que, le contrat de base de la société Matra transport-Borie SAE étant nul, la garantie*

[715] Cour de Cassation commerciale, le 20 décembre 1982, N° pourvoi 81-12.579, Publié au bulletin ; Dalloz 1983, jurisprudence page 365, note Vasseur

[716] Cour de cassation commerciale, le 13 décembre 1983, *D*alloz 1984, page 420, note Vasseur. ; CA Poitiers 30 avril 1996, *Juris-Data* n° 056631, cité par Philippe Simler, *op.cit*., n°884.

ne pouvait être appelée par le bénéficiaire (Matra transport) contre le garant (Crédit lyonnais), la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil. »[717]

1152. De la même manière il reste sans aucune incidence sur la garantie autonome, la résolution ou la résiliation du contrat de base[718], ainsi que son inexécution par le fait soit d'une force, proprement du créancier, soit du prince[719] soit d'une inexécution ou extinction partielle du donneur d'ordre[720]. De même, il ne peut pas être invoqué, dans le cas d'une modification du contrat de base[721], soit en cas de cession[722], soit si l'appel en garantie se révélait injustifié[723].

1153. D'ailleurs, lorsque l'appel à la garantie indépendante est mis en œuvre, le donneur d'ordre ne peut recourir au bénéficiaire de cette garantie qu'après la preuve que le bénéficiaire n'a pas exécuté son obligation découlant du contrat base, ce qui a poussé la cour de cassation française a interprété cette extinction de contrat de base en affirmant que: « *Mais attendu que si, après la mise en œuvre d'une garantie à première demande, le donneur d'ordre réclame au bénéficiaire de celle-ci le montant versé par le garant qu'il estime*

---

717 Cassation commerciale, le 7 juin 1994, 93-11.340, Publié au bulletin

718 Cour d'Appel de Paris, le 13 février 1987, *D*alloz 1987, sommaire. Page 172, obs. Vasseur ; Cour d'Appel de Paris, le 15 déc. 1991, *Juris-Data* n°025149, *RD bancaire et bourse* 1992 page 174, obs. Contamine-Raynaud.

719 Cour d'Appel de Paris, le 17 janvier 1983, *JCP* G 1983, II, 19966. Cassation commercial, le 17 octobre 1984, *D*alloz 1985 page 269, 1ere esp. note Vasseur ; Cassation commercial, le 10 juin 1986*, Gaz. Pal*. 1987, 1, page 75, obs., S. Piedelievre.

720 Cour d'Appel de Paris 28 septembre 1978, *Banco Espagnol en Paris c. Société Générale*, inédit, cité par A. PRUM, *op.cit*., n°385 note 71

721 Cour d'Appel de Paris, le 1 octobre 1986, *D*alloz 1987, sommaire page 171, note Vasseur.

722 Philippe Simler, *loc.cit*., en faveur de l'inopposabilité de la cession, selon cet auteur, l'autonomie de la garantie postule qu'elle subsiste, *contra*, M. VASSEUR, *rép. Com. Dalloz*, v° *garantie indépendante*, n°50, pour qui le caractère *intuitu personae* du contrat de garantie emporte son extinction en cas de cession du contrat de base.

723 Cour d'Appel de Riom, 14 mai 1980, *JCP* CI 1981, II, 13506 n°101 ; Cour de justice de Genève 24 juin 1983, *D*. 1983, inf. rap. Page 486, obs. Vasseur ; Cassation commerciale, le 5 février 1985, *D*. 1985, page 269 note Vasseur ; *contra*, certaines décisions ayant accordé une mise sous séquestre de la garantie pour de telles raisons, CA Paris, 29 nov. 1982, *D*. 1983, inf. rap. Page 302 obs. Vasseur.

ne pas être dû, ce litige, eu égard à l'autonomie de la garantie à première demande, ne porte que sur l'exécution ou l'inexécution des obligations nées du contrat de base, de sorte qu'il incombe à chaque partie à ce contrat de prouver cette exécution ou inexécution conformément aux règles de preuve du droit commun. »[724].

1154. Selon une jurisprudence constante, ici la cour de cassation commerciale interprète l'exécution injustifiée commis par le bénéficiaire d'une garantie autonome en déduisant l'impossibilité du donneur d'ordre de s'opposer au paiement par le garant de la somme garantie au bénéficiaire. Le fait, même apparemment établi, que le donneur d'ordre ait rempli toutes ses obligations, donc extinction du contrat de base, n'est pas de nature à dispenser le garant de l'exécution de son engagement de payer lors de l'appel de la garantie.[725]

1155. Théoriquement, il incombe à la partie au litige de droit voulant invoquée la garantie de passif pour prouver le bien-fondé de ses demandes. En effet, l'objectif de l'autonomie de la garantie autonome implique la remise de la discussion portant sur le contrat de base ultérieurement au paiement de la garantie autonome en appliquant ainsi le concept reconnu « payez puis discuter ultérieurement » et non pas pour inverser les rôles en termes de charge de la preuve. En se basant sur ceci, la jurisprudence française considérait que la mise en œuvre de la garantie autonome fait sortir celle-ci du débat qui reste fixer sur l'exécution ou l'inexécution du contrat de base selon les règles de preuve retenues du droit commun. D'ailleurs, le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à

[724]Cour de cassation commerciale, le 31 mai 2016, pourvoi n° 13-25.509, Publié au bulletin.
[725] Cour de cassation commerciale, le 21 mai 1985, pourvoi n° 83-16.925, *Bull*. 1985, IV, n° 160

l'égard du garant autonome. La solution, classique sur ce point, trouve sa justification dans le mécanisme même de la garantie autonome[726]. La Cour de cassation depuis son arrêt en 1994 sur le critère de qualification affirme le « caractère propre de l'objet de l'obligation du garant »[727] et par la suite elle considérait que la dette du garant est différente du celle de débiteur et par conséquence l'information sur la situation du débiteur n'apparaît pas pertinente.[728]

1156. En résumé, en matière de la garantie autonome, le principe de l'inopposabilité des exceptions comporte une vaste portée dont les dérogations sont rares, y compris celle de l'inopposabilité de l'extinction du contrat de base. Par contre, la théorie de l'abus de droit ou l'adage *fraus omnia corrumpit* constitue l'unique mécanisme qui pourra paralyser la mise en œuvre de la garantie autonome. Néanmoins, cela ne peut pas former une des exceptions au sens strict.

B- Extinction de la garantie autonome en cas de fraude manifeste et abus de droit

1157. En général, le droit d'appeler la garanti autonome peut seulement être dégénéré par le fait d'un abus et fraude de sorte qu'ils font presque les seuls obstacles au paiement. Toutefois l'appel abusif ou frauduleux de la garantie autonome est conditionné par le fait que cette dernière soit correctement

[726] Cour d'appel de Nancy, le 22 septembre. 1997 : RTD Com. 1998. 655, obs M. Cabrillac
[727] Cour de cassation commerciale le 13 décembre 1994, pourvoi n° 92-12.626 P : D. 1995. 209, rapp. H. Le Dauphin, note L. Aynès ; RTD com. 1995. 458, obs. M. Cabrillac
[728] Cf , Christian Mouly dans « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, 1991, Dalloz, p. 267 s. ; Francois Jacob, « L'avenir des garanties autonomes en droit interne », in Études offertes au doyen Philippe Simler, 2006, Litec-Dalloz, p. 341 s , Voir aussi Bourassin, Brémont et Jobard-Bachelier, « Droit des sûretés », Dalloz, Sirey, 5e éd., 2016, n° 533

formulée et valablement mise en vigueur. Ce paragraphe porte sur le fondement juridique de la fraude et l'abus de droit accompagnant l'appel de cette garantie autonome (1) et l'exception à cette notion (2).

1- Fondement juridique de la fraude et de l'abus de droit pour une extinction de la garantie autonome

1158. Vu l'indépendance totale de la garantie autonome face au contrat de base et l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base, il est nécessaire de faire allusions sur les caractéristiques de l'appel abusif ou frauduleux de la garantie autonome (a) et la condition d'un caractère manifeste à cette notion(b)

a- Les caractéristiques de l'appel frauduleux ou abusif de la garantie autonome

1159. Selon les juges du fond, L'abus de droit repose sur l'hypothèse qui assume la violation d'un droit incontestable mais il a dévié de son objectif ou a été utilisé de mauvaise foi[729] . Donc la théorie de l'abus de droit présume que l'exercice d'un droit reste cantonner dans les limites légales et raisonnables**.** Alors que selon certains auteurs, la théorie de la fraude issue de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » consiste dans le *sanctionnement des manœuvres commises de manière ruse par des individus qui tentent de tirer parti des règles juridiques afin de bénéficier d'un avantage dont ils ne devraient pas profiter* »[730]. Selon l'auteur M. Cornut[731] qui considère que : *« Dès lors qu'elle est relevée, la fraude à la loi doit être sanctionnée par*

[729] Tribunal commercial Paris, 14 décembre 1990, *D*. 1991, sommaire page 201 obs. Vasseur
[730] J. GHESTIN et G. GOUBEAUX*, Introduction générale*, 3eme édition. n°741.
[731] Etienne Cornut dans « Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille » Tome 12, Editeur : Defrénois, Collection : Doctorat & Notariat, Parution : 04/2006.

l'autorité de contrôle, au besoin d'office, afin de la rendre inefficace, de priver l'intéressé de l'effet recherché… L'exception de fraude n'a pas pour objectif de remettre en cause le moyen frauduleux, puisque ce moyen est licite, mais seulement de dénier ses effets, de priver le fraudeur du résultat recherché et obtenu : l'exception de fraude sanctionne le résultat »

1160. Par conséquent, la caractéristique essentielle du concept de la fraude est l'intention de nuire. Cependant, comme le souligne M. Simler[732], il est difficile de fournir une preuve positive de l'intention de nuire, et l'exigence stricte de cette preuve positive implique l'impunité pour la plupart des comportements frauduleux. De plus, la jurisprudence a assoupli ces exigences en matière de preuve, qui sont particulièrement évidentes dans le domaine de l'action Paulienne, où il est admis que la simple connaissance par le débiteur des dommages infligés à ses créanciers suffit à constituer une fraude paulienne[733].

1161. Aussi selon M. Simler[734] d'une part que « *la connaissance du préjudice causé n'est ici pas autre chose que la conscience de l'absence de droit* » et d'autre part surtout en ce qui concerne la garantie autonome, « *est donc abusif et frauduleux, l'appel de la garantie par le bénéficiaire qui sait qu'il est sans droit pour le faire ou l'appel de la contre garantie par le garant de premier rang qui sait que l'appel de la garantie de premier rang est ou serait abusif* »[735]. Par conséquence, le comportement frauduleux peut se voir confondu avec la mauvaise foi de l'auteur d'un appel manifestement abusif

[732] Philippe SIMLER, *op.cit*., n° 985
[733] Cour de cassation Civile, le 17 octobre 1979, *JCP* G 1981, II, 19627, note J. Ghestin
[734] Ph. SIMLER, *loc.cit*.
[735] Cour d'Appel de Lyon, le 23 mars 1992, RTD com 1992 page 658 obs. Cabrillac

qui, malgré la différenciation théorique[736] se convergent pratiquement « *Abus, fraude et mauvaise foi apparaissent alors comme des dénominations différentes de la même réalité* »[737] ce qui se neutralise le positionnement retenu par la jurisprudence qui se réfère à la fraude ou bien à l'abus[738] sans véritable ligne directrice.

1162. Ainsi selon la jurisprudence, les juges du fond ont considéré que l'inexécution partielle du contrat de base ne peut rendre l'appel de la garantie autonome comme abusif [739] alors que la haute juridiction d'une part avait considéré que les litiges découlant des contestations des parties du contrat de base n'influence pas l'appel de cette garantie au motif de l'abus de droit[740], d'autre part elle a jugé que l'appel est abusif si le motif réel de l'appel de la garantie, ne se rapportait pas à l'objet pour lequel celle-ci avait été émise, mais correspondait à un autre contrat[741].

1163. Néanmoins, la pratique jurisprudentielle suppose que la paralysie tenant le remboursement de la garantie ne doit pas être considérée comme une atteinte au concept de l'indépendance de l'obligation garantie envers le contrat de base[742]. Si la fraude ou la mauvaise foi du bénéficiaire découle

[736] Sur cette différence théorique, voir notamment, A. PRUM, *op.cit*., n° 428 à 438.
[737] Philippe SIMLER, *loc.cit*., dans le même sens ; J.L RIVES-LANGE, *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier*, *Banque,* 1985, page 902 et s. n° 23 ; A. PRUM, *op.cit*., n° 449
[738] Cour d'Appel de Paris du 12 juin 1985, *D.* 1986, inf.rap. Page 161 obs. Vasseur, a toutefois tenté d'établir une distinction entre ces deux concepts, en jugeant que l'appel manifestement abusif ne suffisait pas à justifier le refus ou l'interdiction de payer en l'absence de preuve d'une fraude. Cet arrêt a été cassé par la Cour de Cassation dans un arrêt remarqué du 20 janvier 1987, Cassation commerciale ,20 janvier 1987, *Bull.civ*., IV, n°19*, JCP* G 1987, II, 20764, et E 1987, II, 14882, note Stoufflet, cet arrêt condamnant la conception restrictive de la notion de fraude adoptée par la cour d'appel
[739] Cour d'Appel de Paris, le 6 mars 1991, *D.* 1992, sommaire. Page 241, obs. Vasseur
[740] Cour de cassation commerciale, le 18 décembre 1990, *D* ; 1991, inf.rap. Page 13 obs. Vasseur.
[741] Cour d'Appel de Paris, le Paris 18 mars 1986, *D*. 1987, sommaire. Page 173 obs. Vasseur
[742] J.L. RIVES-LANGE, article .précité. ; Ph. SIMLER, *op.cit*., n° 984 ; *contra* ; J. STOUFFLET, note prèc. ; André PRUM, *Application de l'adage « fraus omnia corrumpit » à propos des garanties à*

souvent du contrat de base, elle se manifeste dans le cadre de l'exécution du contrat de garantie. En d'autres termes, elle ne forme pas une exception au contrat de base.

1164. En fait, le bénéficiaire ne tire pas son droit de sommer le garant de lui rembourser à partir du contrat de base. De même, ce droit, qui est utilisé de manière abusive ou frauduleuse, ne constituent pas une exception dérivée du contrat de base et ne forment pas une éviction au principe d'inopposabilité des exceptions, mais alors de l'application d'un principe général du droit.

b- Condition manifeste de la fraude ou de l'abus dans l'appel d'une garantie autonome

1165. La fraude ou l'abus doivent être présents d'une façon claire et évidents ce qui impose la non nécessité de chercher la preuve sur ce sujet, le juge des référés, qui statue sur l'apparence évidente des choses sans entrer dans le fond des litiges, exige la nature explicite d'abus ou de fraude sans qu'ils soient rapporté ou demande une recherche alternative. Toutefois, cette preuve manifeste et explicite se trouve seulement dans l'exécution ou l'inexécution du contrat de base sans aucune possibilité de tirer une ou plusieurs exceptions dérivantes des rapports juridiques entre les parties du contrat de base. Dans ce sens, la jurisprudence[743] a estimé que : « *la fraude, l'abus n'étaient pas manifestes, s'il s'avère nécessaire... de requérir la production de preuves supplémentaires, de procéder à des mesures d'instruction ou d'appeler des tiers à la cause* ».

première demande, *DPCI* 1987 page 121 ; voir aussi, Cass.com. 11 décembre 1985, *JCP* CI 1986, 14690 notes Stoufflet, selon cet arrêt, la fraude « *fait échec au principe de l'autonomie* ».

[743] Cour de cassation civile, le 16 mars 1983, Dalloz 1981, inf. Rap. 504 et D*a*lloz 1983, inf. Rap. 299, obs. Vasseur.

1166. La jurisprudence française a essayé d'affirmer sur le concept du critère de l'évidence. Ainsi, la cour de cassation [744] a infirmé le pourvoi d'un donneur d'ordre en jugeant que : « ….. *les seuls griefs tirés des conditions d'exécution du contrat de base, à les supposer établis, ne sont pas susceptibles d'apporter la preuve d'une fraude ou d'un abus manifeste dans l'appel de la garantie. ».* Dans les faits de cet arrêt, le donneur d'ordre a invoqué dans son pourvoi l'existence d'un abus de droit à caractère manifeste dans l'appel de la garantie autonome, alors que la cour de cassation a expliqué son jugement dans un double version, la première découle de l'impossibilité de soulever des exceptions du simple conditions de l'exécution du contrat de base alors que d'autre part elle confirme l'évidence de l'apparence d'un abus de droit ce qui est inexistant dans cette affaire du fait que le bénéficiaire ayant exécuté apparemment le contrat de base. Donc, l'évidence dans le cas d'une fraude ou abus de droit ne doit pas être contestable pour invoquer l'appel manifestement abusif de la garantie.

1167. Cependant, les motifs particuliers qui motivent les parties contractantes peuvent être illégaux ou immoraux. Si un contrat de base aux motifs licites sur lequel se greffait une garantie autonome obtenue pour des finalités illicites. Par la suite, la raison personnelle de ce contrat de garantie sera révoquée non plus pour de raisons afférentes du contrat principal mais les causes d'extinction du contrat de garantie reviennent ainsi à l'objet illicite contenues dans ce contrat de garantie.

[744] Cour de cassation commerciale. Le 21 mai 1985, Gazette de Pal***ais*** 1985, 2, page 770, note S. Piedelievre ; Cass.com. 19 février 1991, Dalloz 1991, sommaire. Page 199, note Vasseur.

1168. Dans la commerce internationale , la jurisprudence, est constante sur le fait que le donneur d'ordre ou un contre-garant ne sont pas en droit d'opposer au paiement de la contre-garantie que selon une des deux conditions imposées par l'article 2321 alinéa 2 code civil, soit l'appel à caractère manifestement abusif ou frauduleux par le bénéficiaire ou de l'existence d'une collusion entre le garant de premier rang et le bénéficiaire [745]. Dans le même sens se localisent certaines doctrines[746].

1169. La Cour de cassation en 2016 a mis en lumière les difficultés visant le droit de la garantie autonome précisément dans les relations internationales. En l'espèce, ainsi la cour d'appel en 2014[747] avait conclu qu'en cause de l'appel manifestement abusif de la garantie aura aussi une répercussion sur l'appel de la contre–garantie qui devient aussi manifestement abusif. La Cour de cassation[748] a infirmé cette décision en se basant sur l'article 2321alinea 2 code civil pour juger que :

> *« ALORS 1°) QUE l'appel d'une contre-garantie autonome ne peut être tenu en échec qu'en cas d'abus ou de fraude manifeste du garant de premier rang et non par l'appel frauduleux ou manifestement abusif de la garantie de premier rang par son bénéficiaire ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'appel par NBAD Paris de la contre-garantie délivrée par Atradius était manifestement abusif, la cour d'appel a retenu que la société N-FERT, bénéficiaire de la garantie de premier rang, avait*

[745] Cour de cassation commerciale, le 12 décembre 1984, pourvoi n° 83-15.389, Dalloz 1985, p. 269, obs. M. Vasseur.
[746] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6ème éd. 2012, n° 307
[747] Cour d'Appel de Paris, Pôle 2, chambre 5, le 25 novembre 2014, n° 13/15819
[748] Cour de cassation commerciale, le 3 mai 2016, pourvoi n° 14-28.962, Publié au bulletin

abusivement appelé cette dernière ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 2321, alinéa 2, du code civil .

ALORS 2°) QUE c'est au jour de l'appel de la contre garantie que doit s'apprécier son éventuel caractère frauduleux ou manifestement abusif ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'appel de la contre-garantie par l'exposante était manifestement abusif, la cour d'appel a retenu que la société NBAD (i.e l'établissement de crédit pris en son ensemble) avait exécuté sa garantie, via sa succursale égyptienne (NBAD Egypt) le 8 février 2012, bien qu'à cette date, NBAD Paris eût déjà reçu notification de la décision de justice (ordonnance du président du tribunal de commerce du 30 janvier 2012) lui interdisant de se dessaisir de toute somme d'argent au profit de NBAD Egypt ; qu'en se déterminant ainsi, par des considérations postérieures au 27 janvier 2012, date de l'appel de la contre-garantie, pour apprécier le caractère abusif de cet appel, la cour d'appel a violé l'article 2321, alinéa 2, du code civil ;

1170. La Cour affirme que le caractère manifestement abusif de l'appel d'une contre-garantie autonome ne peut résulter du seul caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang, mais suppose de démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion entre le garant de premier rang, bénéficiaire de la contre-garantie, et le bénéficiaire de la garantie de premier rang, donc il est nécessaire que soit, en outre, démontrée, au moment de l'appel de la contre-garantie, une collusion entre le garant de premier rang et le bénéficiaire. Par conséquence, celui qui se trouve

victime d'un appel manifestement frauduleux ou abusif, possède la faculté de recourir à une action récursoire immédiate[749].

2- L'exemption du caractère frauduleux et d'abus manifestes

1171. L'exception à la notion d'appel abusif ou frauduleux de la garantie autonome nous amène à faire une évaluation sur ce caractère manifeste de cette notion (a) et les applications jurisprudentielles sur cette notion (b).

a- Evaluation du caractère manifeste de la fraude ou de l'abus

1172. La difficulté fondamentale demeure d'évaluer la nature apparente de l'abus ou de la collusion entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. L'appel de la garantie est jugée abusive montrent une variété de circonstances qui peuvent révéler le caractère manifeste pour l'abus de droit. Le critère de l'évidence constitue ainsi une référence remarquablement nécessaire. La jurisprudence française, en statuant dans certains litiges, avait la tendance d'admettre avec plus de permission le caractère manifestement abusif lors d'un appel d'une garantie autonome. Cependant l'appel est considéré comme manifestement abusif, non pas sur la base des critères objectifs, mais en se basant sur l'existence d'une mauvaise foi apparente donc la présence d'une conscience de l'inexistence de droits chez celui faisant cet appel. Seules les constatations objectives constitueront la preuve sur la présence de la mauvaise foi.

1173. Cette jurisprudence[750] depuis les années 80 a mis l'accent sur le caractère mauvais foi en stipulant : « *mais attendu qu'en relevant que la*

[749] Définition d'une « **action récursoire** » est un recours en justice exercé contre le véritable débiteur d'une obligation juridique par celui qui est tenu de l'exécuter en tant que débiteur solidaire , garant ou responsable du fait d'autrui - https://fr.wikipedia.org.

[750] Cour de Cassation commerciale, le 20 décembre 1982, pourvoi n° 81-12.579, Publié au bulletin

résistance opposée par la banque au paiement de payer ne repose sur aucun moyen sérieux, apparait purement dilatoire, relève de la mauvaise foi et présente ainsi un caractère abusif… » .

1174. La cour de cassation en 2013 , a clarifié cette notion dans un arrêt prononcé par la chambre commerciale[751] : « *ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE l'absence de droit du bénéficiaire de la garantie et la conscience qu'en a le garant caractérisent l'abus manifeste dans l'appel de la garantie de premier rang et de la contre-garantie ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le bénéficiaire des garanties de premier rang était ou non en droit de les appeler dès lors que la lettre de crédit à laquelle elles étaient subordonnées n'avait pas été prorogée, pour déterminer si son appel était ou non abusif et si la Bank of Industry and Mine avait conscience de cette absence de droit et avait elle-même abusivement appelé les contre-garanties, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 873 alinéa 1er du code de procédure civile et 1134 du code civil.* »

« ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE l'appel d'une contre-garantie en connaissance, par le garant, de l'abus de l'appel de la garantie de premier rang caractérise l'existence d'un dommage imminent, ce qui autorise le juge à interdire au contre-garant de payer toute somme au titre de sa contre-garantie dans l'attente d'une décision au fond ; qu'en écartant le moyen de la société Sofregaz tiré du caractère abusif et frauduleux de l'appel aux garanties de premier rang résultant de ce qu'en méconnaissance des engagements pris, la lettre de crédit à laquelle était subordonnée l'émission

[751] Cour de cassation commerciale, le 12 mars 2013, pourvoi n° 11-22.048, Inédit

de ces deux garanties n'avait pas été prorogée à compter du 30 avril 2008, au motif inopérant que l'existence d'un trouble illicite n'est pas manifeste, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 873 alinéa 1er, du code de procédure civile ;

1175. Aussi un arrêt assez récent sur ce sujet rendu par la Cour cassation[752], chambre commerciale, illuminant sur le caractère manifeste d'un fraude ou abus de droit *: « ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE le garant autonome n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ; que dès lors, en limitant la garantie de la Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Normandie-Seine aux sommes effectivement versées par la société Coïncidence à la société Punto Fa, sans avoir constaté que la garantie autonome avait été mise en œuvre par fraude ou abus manifeste, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 2321 et 1134 du Code civil. Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour la Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Normandie-Seine ».*

b- Le positionnement jurisprudentiel

b-1 Expulsion du caractère manifestement abusif

1176. Le donneur d'ordre utilise sa compétence de recourir à des moyens dilatoire dès lors qu'il perd tous les moyens d'invoquer, en cas d'appel de la garantie par le bénéficiaire, les contestations basées sur l'abus manifeste et la fraude de cet appel. D'ailleurs, on rencontre dans plusieurs arrêts de la haute juridiction une expulsion de l'hypothèse de la fraude et d'abus pour l'intérêt

[752] Cour de cassation commerciale, le 10 janvier 2018, pourvoi n° 15-26.324, Inédit

de l'exécution de l'appel de cette garantie aux motifs de manque des preuves suffisantes aboutissant à qualifier cet appel frauduleux ou manifestement abusive[753].

1177. La jurisprudence admise par les juges du fond et la haute juridiction a à maintes reprises énumérée sur cette notion. Les juges du fond ont considérés que l'exécution partielle[754]du contrat de base ne constitue pas une évidence d'un appel abusif d'une garantie autonome.

La cour de cassation a estimé que la provenance ultérieure des litiges entre les parties au contrat de base n'a aucune influence sur l'appel de cette garantie aux motifs d'abus manifeste ou de la fraude[755] ainsi que la même conclusion est admise lors de la résiliation par le donneur d'ordre du contrat de base[756] en se basant sur le fait que les garanties autonomes ont pour objectifs de prévenir au profit de leurs bénéficiaires ce type de difficultés.

La cour de cassation en 2003 a cassé un arrêt de la cour d'appel qui a considéré que l'appel de la totalité de la garantie comme abusif malgré l'exécution de la majorité des obligations découlant du contrat de base et que cet appel est fondé sur des motifs étrangers au contrat de base objet de la garantie autonome[757].

---

[753] Cour de cassation commerciale, le 12 décembre 1984 : Bull. civ. 1984, IV, n° 344 ; JCP G 1985, II, 20436, 2e esp., note Stoufflet ; Cour de cassation commerciale, le 7 juin 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 203 ; JCP G 1994, II, 22312, note Stoufflet ; RTD com. 1983, p. 597, obs. Cabrillac et Teyssié.

754 Cour d'Appel de Paris, 6 mars 1991 : Juris-Data n° 1991-020970 ; Dalloz 1992, sommaire. p. 241, obs. Vasseur

[755] Cour de cassation commerciale, le 18 décembre 1990 : Bulletin civil 1990, IV, n° 325 ; D. 1991, inf. rap. 13. - Cour de cassation commerciale, le 5 décembre 2000 : Juris-Data n° 2000-007344 ; JCP G 2001, I, 315, n° 9, obs. Simler. – Cour d'Appel de Versailles, le 16 septembre 1992 : Dalloz 1993, sommaire. p. 102, obs. Vasseur, infirmant Tribunal de commerce de Nanterre, 24 mai 1991 : Dalloz 1992, sommaire. p. 242

[756] Cour d'Appel de Poitiers, 10 octobre 2000 : Juris-Data n° 2000-143730.

[757] Cour de cassation commerciale, le 25 mars 2003 : Juris-Data n° 2003-018684 ; RJDA 10/2003, n° 1021 ; JCP G 2003, I, 176, n° 11, obs. Simler

b-2 Appels caractérisés manifestement abusifs

1178. La jurisprudence a minutieusement interprété les arrêts qui ont juges comme manifestement frauduleux ou abusif l'appel de la garantie, lorsque :

1) Les juges du fond n'ont pas jugé comme abusif l'appel simultané de plusieurs garanties fournies par les banques de l'autre en période de tension politique entre deux Etats ou pour des raisons de force majeure[758]

2) Le bénéficiaire de la garantie autonome a rompu intentionnellement le contrat de base qui soumit à une procédure arbitrale statuant sur des différends dérivants du contrat de base[759] .

3) Le fait que l'Etat étranger bénéficiant de la garantie ayant une participation dans une banque garante de premier rang n'implique pas impérativement une preuve explicite la connaissance de cette dernière des violations commises par le dit bénéficiaire[760].

1179. Il faut noter que, la jurisprudence française a récemment conclu pour le rejet du fraude et abus de droit comme un facteur de mis en échec de la garantie autonome selon deux arrêts de la cour de cassation :

1) Attendu que l'appel, sans fraude ni abus manifeste, de la garantie ou contre-garantie, fait obstacle à ce que le garant, ou contre-garant, demande, sur le fondement de la décision d'admission de la créance née du contrat de base, la restitution de ce qu'il a versé en exécution de son obligation autonome[761].

---

[758] Tribunal de commerce de Paris, le 12 février 1982 ainsi que Tribunal de commerce Bruxelles, le 6 avril 1982, réf. : D. 1982, jurisprudence. p. 504, note Vasseur. - *Aussi* Cour d'Appel de Paris, le 31 mai 1988 : Dalloz 1989, sommaire. p. 153, obs. Vasseur.

[759] Tribunal de commerce de Paris ,15 octobre 1982 : Dalloz 1983, inf. rap. p. 304, obs. Vasseur. – voir aussi, CA Paris, le 11 mai 1995 : Juris-Data n° 1995-022480

[760] Cour de cassation commerciale, le 29 mars 1994: JCP E 1994, I, 378, n° 22, obs. Gavalda et Stoufflet ; RD bancaire et bourse 1994, p. 239, obs. Contamine-Raynaud ; D. 1995, somm. p. 20, obs. Vasseur

[761] Cour de cassation commerciale, le 10 janvier 2018, pourvoi n° 15-26.324, non publié

2) Rappelant le principe d'indépendance entre la garantie et la contre-garantie, la Cour de cassation admet en l'espèce pour cette dernière une prorogation qui ne caractérise ni un abus de droit, ni un trouble manifestement illicite[762].

1180. En l'espèce, « ***…..*** *Deux sociétés allemandes ayant demandé à plusieurs reprises la prorogation des garanties bancaires souscrites auprès d'une banque (garantie de premier rang), cela a entraîné le maintien des contre-garanties auxquelles une troisième société syrienne se trouvait initialement tenue. Cette société syrienne a saisi le juge étatique des référés en résiliation de ces contre-garanties, l'exigence portant sur leur prorogation étant selon elle abusive, et a réclamé le paiement d'une provision sur le remboursement des frais bancaires induits par leur maintien. Sa demande rejetée, forme un pourvoi. A l'appui de son pourvoi, la société syrienne soutient notamment qu'en retenant, pour écarter l'existence d'un* ***trouble manifestement illicite*** *constitué par la prorogation des contre-garanties émises pour le compte du sous-traitant au bénéfice des entrepreneurs principaux, que celles-ci ne pouvaient être levées que s'il était produit, en sus du certificat de réception définitif des travaux, une décharge du ministre syrien des finances, quand ce document n'était exigé que par le contrat de base conclu entre le maître de l'ouvrage et les entrepreneurs principaux auquel le sous-traitant n'était pas partie, la cour d'appel a violé l'article 1165 ancien du code civil applicable à la date du litige. Autrement dit,* ***la cour d'appel aurait écarté l'indépendance existant entre la garantie et la contre-garantie****.*

[762] Cour de cassation commerciale, le 7 mai 2019, pourvoi n° 17-13.655, non publié.

1181. *En revanche, pour la Cour de cassation, l'arrêt d'appel n'a pas opposé à la société syrienne les stipulations d'un contrat auquel elle n'était pas partie :* ***l'indépendance est donc respectée****. Pour la Haute cour, la juridiction d'appel « a procédé à l'analyse et à l'appréciation de l'ensemble des faits du litige, y compris ceux concernant les conditions d'exécution du contrat de base, quelles qu'en soient la pertinence au regard de l'examen du maintien d'une garantie autonome à première demande, et, faisant ressortir que les difficultés posées par l'interprétation et l'articulation de clauses formant un ensemble complexe, a pu retenir, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, que le maintien des contre-garanties ne constituait pas un abus de droit ni ne caractérisait un trouble manifestement illicite* ».

1182. En conclusion, l'extension de l'autonomie de la convention d'arbitrage signifierait la permanence de tous les effets de la convention d'arbitrage et sa validité pour statuer sur tous les litiges pouvant entourer le contrat principal, en lui donner en quelque sorte une permanence dans le temps et même après la fin du délai de l'arbitrage. Cette autonomie s'aperçoit aussi dans l'extension de cette convention d'arbitrage à des non signataires et dans les chaines des contrats sous une seule condition de ne pas renoncer clairement à cette clause compromissoire. De cela on retire la nomination « autonomie » pour être remplacer par l'expression « **séparabilité** » par rapport au contrat principal. Cette extension ne trouve aucun foyer juridique dans l'institution de la garantie autonome du fait de son indépendance totale du contrat de base.

1183. En cas de transmission et de cession de la clause compromissoire et de la garantie autonome, la notion «*Intuitu personae*» joue un rôle prépondérant pour requalifier leur sens d'autonomie.

1184. Une opposition, d'une part entre la garantie autonome qui repose sur un caractère non-accessoire et sur une approche subjective (intuitu personae) très fort qui nécessite une confiance complète dans la personne avant de s'engager. Par conséquence, au visa des articles L. 236-3 du Code de commerce et l'article 2321 alinéa (4) du Code civil, sauf convention contraire la garantie autonome qui ne suit pas l'obligation garantie n'est pas transmise avec la créance garantie ainsi qu'en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie. Ceci implique ainsi une **indépendance totale** entre la garantie autonome et le contrat de base.

1185. D'autre part la clause compromissoire qui repose sur un caractère accessoire par rapport au contrat principal et une approche objective (en dehors de la notion Intuitu personae), favorisant ainsi la notion de **séparabilité** entre les deux contrats et par la suite la transmission et la cession de la clause compromissoire sauf convention contraire.

1186. Donc *le principe* est l'incessibilité de la garantie autonome sauf consentement ultérieur des parties concernées, par contre dans le cas de la clause compromissoire *le principe* est la cessibilité et la transmissibilité de la clause compromissoire sauf renonciation explicite de cessionnaire.

1187. Les causes d'extinction propres au contrat principal (prescription, forclusion, novation, transaction, résiliation ou résolution) respectent l'autonomie de la clause compromissoire qui reste valable pour statuer sur les

litiges découlant du contrat principal alors que l'exécution complète du contrat principal éteint aussi l'objet de la clause compromissoire à moins que l'exécution soulève un litige . De même la novation de la clause compromissoire rend celle-ci éteinte pour laisser la place à la validité de la clause compromissoire innovée.

1188. La garantie autonome elle-même pourra être extincte selon les règles du droit commun comme étant dès sa signature un contrat indépendant du contrat de base. Néanmoins, l'inopposabilité des exceptions tirées de l'extinction du contrat de base ne sont pas opposables par le donneur d'ordre lors d'appel de la garantie autonome par le bénéficiaire, sauf en cas de fraude manifeste et abus de droit.

1189. Cette différenciation des conséquences déduites des effets de l'extinction du contrat de base et du contrat principal fixe la nécessité d'une requalification de principe d'autonomie pour une séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat principal et une indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

1190. Conclusion du second chapitre. L'extension et la circulation de la convention arbitrale ne peuvent être expliquées qu'en fonction de la théorie de l'entité économique, en d'autre terme en considérant que la convention arbitrale insérée dans le contrat principale est indissociable de l'économie de ce dernier. La cession de créance par le cédant entraine la transmission de la convention arbitrale au cessionnaire. De même, les parties non signataires au contrat principal dont leur comportement adopte certains actes surtout réservés aux deux parties initiales au contrat ou bien la participation de la

partie non signataire à la formation du tribunal arbitral sans contester à son compétence ainsi que la juste connaissance de la présence d'une convention arbitrale dans les chaine des contrats vont entrainer ainsi une soumission volontaire des non-signataires aux dispositions de cette juridiction arbitrale. Ce qui fait de l'autonomie de la clause compromissoire une autonomie incomplète mais elle sera séparable face au contrat principal.

1191. Le caractère autonome de la garantie autonome face au contrat de base et son caractère non accessoire, entrainent une conviction générale qui consiste dans la possibilité de faire une cession autonome isolée de la garantie autonome indépendamment du contrat de base et l'inexistence d'aucune influence de la cession du contrat de base sur la garantie autonome. Ce qui fait de l'autonomie complète de la garantie autonome une indépendance face au contrat de base.

1192. Conclusion de la seconde partie. Cette partie porte sur une analyse dans la pratique sur le mécanisme de l'autonomie dans les deux différentes institutions juridiques par rapport au contrat principal ou de base.

1193. La procédure collective constitue la première matière en pratique, les effets de l'ouverture d'une procédure collective sur une procédure arbitrale en cours ou antérieure au jugement d'ouverture ou lors d'une demande d'un créancier devant un tribunal arbitral vont entrer dans le champ d'application du principe de l'arrêt des poursuites individuelles[763]. Ainsi autre cet effet procédural, les règles d'ordre public régissant les procédures collectives, qui ont pour objectifs principaux non seulement de conserver les entreprises en

[763] Cour de cassation commerciale, le 2 juin2004, nº du pourvoi 02-13.940. Publié au bulletin

défaillances ou difficultés mais aussi la protection des intérêts des créanciers, vont délimiter l'autonomie de la convention arbitrale.

1194. D'une part l'ordre public va limiter la compétence arbitrale par application de l'article R.662.3 du Code de commerce[764]. si la clause compromissoire n'est pas opposable aux organes de la procédure que tant qu'ils agissent en représentation du débiteur et non lorsqu'ils agissent au nom des créanciers alors elle est manifestement inapplicable dans le cas où le mandataire judiciaire poursuit une action spécifique dérivante de la procédure collective. De même , si le créancier d'un débiteur soumis aux procédures collectives est tenu de procéder à la déclaration de sa créance auprès du juge-commissaire sans pouvoir, à ce stade, soulever l'existence d'une clause compromissoire, il peut, en revanche, le faire à l'occasion de la contestation de ladite déclaration, devant le juge-commissaire et, en appel, devant la cour d'appel et ce, quel que soit l'objet de la contestation, que celle-ci porte sur la régularité de la déclaration ou sur le bien-fondé de la créance, cependant lorsque la discussion relative à l'admission de la créance porte uniquement sur la régularité de la déclaration, le déclarant pourrait s'abstenir de soulever l'existence d'une clause compromissoire sans y renoncer [765].De même, si le liquidateur ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom, mais exerce une action au nom de l'intérêt collectif des créanciers, et par

764 Article R662-3 code commerce, modifié par le décret no 2019-966 du 18 septembre 2019 – art.8 **:** « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal judiciaire*. »

765 Cour de cassation, civile, 1 ère chambre, 1 avril 2015, n° du pourvoi 14-14.552, Publié au bulletin

conséquence la clause compromissoire qui a été stipulée à l'acte litigieux sera ainsi manifestement inapplicable au litige et cela conduit à une restriction de l'autonomie de la clause arbitrale en faveur des procédures collectives »[766] .

1195. D'autre part les règles d'ordre public du droit des procédures collectives vont délimiter ici le pouvoir de la juridiction arbitrale, compétente par principe, en appliquant une règle impérative dite « la règle de l'égalité des créanciers ». Cependant même si une juridiction arbitrale est légalement saisie, en fonction de sa compétence en principe, pour connaitre de la contestation d'une créance, cette juridiction arbitrale aura un pouvoir limité de constater uniquement l'existence ou non d'une créance contre le débiteur. La jurisprudence française constante souligne qu'en cas de présence d'une créance antérieure à l'ouverture d'une procédure collective, la juridiction arbitrale ne peut pas statuer que sur le principe et le montant de la créance, sans pouvoir condamner la partie débitrice à payer par application de la règle de suspension des poursuites individuelles.[767]

1196. D'autre part, le sort de la créance d'une garantie autonome dans la procédure collective est consacré par la jurisprudence constante sur l'effet de la non-déclaration au passif du débiteur par le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome en affirmant *qu'une garantie autonome n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du donneur d'ordre, le créancier bénéficiaire de la garantie ne déclare pas au passif sa créance et qu'en conséquence, il peut assigner directement le garant.* Dans

766 Cour de cassation commerciale, 17 novembre 2015, n° du pourvoi 14-16.012, Publié au bulletin
767 Cour cassation civile, 1ère chambre, le septembre 2013, n° du pourvoi11-17.201, Publié au bulletin

l'application des effets de la procédure collective, *Ce principe trouve son fondement dans* la qualification d'indépendance entre la garantie autonome avec le contrat de base dès la date de sa signature entre le donneur d'ordre et le garant et non pas dès son appel par le bénéficiaire de cette garantie autonome, par la suite cette date constitue le temps de la perte de toutes connexions avec le contrat de base donc la coupure de tout lien entre la créance du garant envers le donneur d'ordre et la garantie autonome qui est une créance de bénéficiaire à l'encontre du garant, ce qui marque encore une fois la qualification par « Indépendante » pour cette garantie autonome. Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome par conséquence la garantie autonome reste en dehors de toutes procédures collectives du donneur d'ordre, ceci implique précisément que l'obligation de la créance de garantie collective envers le bénéficiaire trouve sa seule source dans la défaillance du donneur d'ordre, et doit être exécutée quels que soient le déroulement et l'issue de la procédure collective de ce dernier.

1197. L'influence du principe d'arrêt du cours des intérêts en cas d'une garantie autonome lors d'ouverture d'une procédure collective montre que les intérêts à échoir au jour du jugement d'ouverture de la procédure, qu'il s'agisse d'une sauvegarde, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire ne seront donc pas admis au passif, et ne pourront être demandés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement. ». Par conséquence, le cours des intérêts qui sont arrêtés durant la période d'observation ne reprennent place pas en phase d'exécution du plan. Cependant**,** le législateur envisage dans le nouveau article L 622-28 du Code de commerce après sa modification par l'ordonnance

N° 2014-326 en 12 mars 2014 que seuls l*es personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels après le jugement d'ouverture des procédures collectives et cet arrêt reste suspendu jusqu'au jugement* arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie . Cet article a exclue les personnes morales du bénéfice du principe d'arrêt du cours des intérêts.

1198. Néanmoins, selon l'article L622-28 du Code de commerce la dérogation au principe d'arrêt du cours des intérêts repose sur deux conditions principale dont la première est que seuls les contrats de prêts sont a priori visés par cette dérogation, de ce fait le contrat accordé entre le débiteur principal et le garant, dans un contexte d'une garantie autonome, forme un contrat de prêt distinct de celui du contrat de garantie avec le bénéficiaire qui est payable immédiatement lors de son appel par le bénéficiaire, alors que la seconde c'est le cas d'une durée précisé auparavant dans le contrat également ou supérieure à un an, l'application de l'exception ne soulèvera pas de difficultés**.**

1199. Cependant, les interférences entre procédure collective du débiteur principal et procédure collective du garant peut être régie par l'article L622-31 du code de commerce concernant le cas de sauvegarde aussi bien applicable dans le cas du redressement judiciaire et la liquidation judiciaire et qui selon l'article L641-3 code de commerce, le créancier doit déclarer sa créance aux procédures collectives. Cela amène à envisager en cas de garantie autonome ainsi plusieurs situations en fonction de déroulement

procédural des procédures collectives du débiteur principal ou de garant mais l'important que cette situation n'affecte pas la créance de garantie envers du garant qui reste payable au bénéficiaire du fait de l' « Indépendance » du contrat de la garantie dès son émission par rapport au contrat de base.

1200. L'extension, la circulation et l'extinction de la convention arbitrale et de la garantie autonome constituent la seconde matière en pratique. La juridiction arbitrale est depuis toujours un mécanisme qui s'appuie sur le consentement pour régler les litiges dérivant de l'application d'un contrat cela implique la présence d'une volonté solennelle de soumettre leurs différends à la juridiction arbitrale. A défaut d'une volonté explicite d'être une partie d'une procédure arbitrale commune, il serait nécessaire de chercher l'existence d'une volonté implicite en ce sujet entre les parties. D'une part, la juridique française approuve la transmission de la convention arbitrale au cessionnaire lors d'une cession de créance par le cédant. Alors que d'autre part, si des parties non signataires au contrat principale achèvent certains actes légales ou matérielles généralement réservés aux parties contractantes initialement au contrat, la juridiction arbitrale pourra déceler de ces actes des preuves pouvant étendre les effets de la convention d'arbitrage sur les parties non-signataires. Cependant la partie non signataire qui sans contestation participera à la formation de la juridiction arbitrale ainsi que la juste connaissance de la présence d'une convention arbitrale dans les chaine des contrats vont constituer une soumission volontaire aux dispositions de cette juridiction arbitrale. Cependant, la théorie de l'entité économique pourra constituer la justification d'appliquer les effets de la convention arbitrale aux parties non-

signataires du fait que cette convention est indissociable de l'économie du contrat principal.

1201. L'extinction de la convention arbitrale peut avoir lieu selon des causes d'extinction propres à la convention arbitrale mais aussi selon celles propres au contrat principal. Par contre la prescription et la forclusion des obligations engendrées par le contrat principal, la transaction, la novation et la résiliation ou la résolution du contrat principal ne conduisent à l'extinction de la convention arbitrale. Cette interprétation conduit cependant à conclure l'existence d'une autonomie incomplète de la convention arbitrale face au contrat principal qui va induire à la séparabilité de la convention arbitrale face au contrat principal.

1202. Cependant, le caractère autonome de la garantie autonome face au contrat de base et son caractère non accessoire, entrainent une conviction générale qui consiste dans la possibilité de faire une cession autonome isolée de la garantie autonome indépendamment du contrat de base et l'inexistence d'aucune influence de la cession du contrat de base sur la garantie autonome. Le caractère « intuitu personae » est fortement important dans l'émission d'une garantie autonome qui est en principe donnée au profit d'un bénéficiaire déterminé en se basant sur un lien de confiance particulier entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire dans le contrat de base. Par conséquence, cette interprétation amène à considérer que la garantie autonome est fortement liée et inséparable de la personne du cédant, et par la suite cette garantie autonome ne pourra pas suivre cependant d'une façon automatique le transfert de la créance principale. Toutefois, l'incessibilité du droit à la garantie n'affecte

pas le droit du bénéficiaire de céder tout montant auquel il aurait droit à la suite de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie.

1203. La non-transmission de la garantie autonome en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie est le fruit de la jurisprudence française en 2017 qui a interprété le principe de transmission universelle du patrimoine dans laquelle il existe spécifiquement une garantie autonome, en estimant que sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la scission. Par conséquence, la garantie autonome ne forme pas une partie du patrimoine universel transmis m au bénéficiaire surtout si la garantie autonome est consentie intuitu personae.

1204. Le principe de l'inopposabilité des exceptions tirée du contrat de base rend l'extinction du contrat de base sans aucun effet sur la garantie autonome qui reste valable. De même les caractères manifestement frauduleux et abusifs conduisent à l'extinction de la garantie autonome en dépit du destin du contrat de base.

1205. Cette analyse nous conduise à qualifier l'autonomie complète de la garantie autonome comme une indépendance totale de la garantie autonome par rapport au contrat de base.

Conclusion générale

1206. L'analyse comparative entre l'autonomie qui caractérise la clause compromissoire et la garantie autonome nous amène à identifier les points de divergence (§I) et de convergence (§II) de ces deux institutions pour en finir avec des propositions (§III).

§I – les points de divergences

Ces deux institutions juridiques même si elles sont qualifiées comme « autonome » par rapport au contrat principal ou de base, sont marquées par des divergences dans leur fondement (1) et dans leur nomenclature juridique (2).

1- L'objet et le but de la clause compromissoire en comparaison avec le contrat de garantie

1207. La clause compromissoire est une des clauses du contrat principal mais différente des autres clauses dans son objet et sa portée. L'objet de cette clause est de définir la procédure à suivre par les parties en cas de différend, alors que les autres clauses du contrat principal règlementent les droits et obligations des parties. Ainsi, la clause compromissoire, a pour certains auteurs[768] , un objet procédural tandis que l'objet des autres clauses du contrat est substantiel ; son objet est le litige et non le droit contractuel.

1208. La doctrine française justifie dans un sens la philosophie de ce principe. Selon certains auteurs[769] le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage

[768] 2 ANCEL. P, GOUT. 0, op. cil., note 20, p. 358; RACINE. J-B, op. cil., note 4, p. 313. ANCEL. JP., op. cil., note 9, p. 82.

[769] FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec 1996, p.2l6. En effet, les règlements d'arbitrage auxquels les parties se réfèrent peuvent notamment, dans une mesure très large, écarter la tendance qui peut subsister, en différents droits, à considérer que la validité du contrat principal conditionne celle de la clause compromissoire. Voir aussi MAYER. P, op. cit., note 10, p. 363. V. aussi Klein. F-E : « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire -

amène à penser que cette dernière constitue un objet juridique distinct du contrat principal. Donc, il existerait ainsi une convention de fond et une seconde convention définissant les modalités de règlement des différends qui pourraient surgir à l'occasion de l'exécution de la première.

1209. L'autonomie de la clause compromissoire donne donc le pouvoir à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, et en l'absence de toute contestation de sa validité, l'arbitre est compétent pour apprécier les conséquences de l'inefficacité du contrat (principe de compétences - compétences). Cette clause ne doit pas être confondue avec le contrat auquel elle se réfère.

1210. De même, si les parties ont décidé de la loi devant s'appliquer à leur contrat, rien ne permet d'affirmer que cette même loi devrait régir la clause d'arbitrage, puisque celle-ci est fort différente dans son objet du contrat qui la contient.

1211. La garantie autonome constitue un contrat séparé quoiqu'il fasse référence à un contrat de base. Il existe donc deux contrats totalement indépendants, conclus séparément entre des parties différentes et ayant un objet, nature et un but intégralement différents. Une fois conclu, l'engagement est indépendant du contrat de base, il est autonome quant à son existence, son objet, son exécution et son extinction. Cette sûreté personnelle ne suit pas l'obligation garantie et son sort n'est pas lié à celui de la dette du débiteur principal. Ainsi, le créancier aura devant lui deux débiteurs : l'un d'après le

Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal ». Travaux du premier Congrès international de l'arbitrage, Revue arbitrale, 1961, P 37

contrat de base, l'autre d'après le contrat de garantie et l'obligation de l'un n'engage pas l'autre.

1212. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation considère que le critère déterminant pour la qualification de la garantie autonome est l'autonomie de l'objet de l'engagement. Bien que l'objet du contrat de base soit pris en considération pour déterminer l'objet de la garantie, ce dernier est tout à fait indépendant de la somme due par le débiteur du contrat de base, il jouit d'une autonomie complète et ne subit pas le sort de l'engagement pris dans le contrat de base.

1213. Une partie de la doctrine considère que, l'originalité de la garantie autonome se situe dans son objet et c'est justement là que porte l'autonomie de la volonté et non sur le sort du contrat de base.

1214. Le garant est étranger au contrat de base, c'est alors qu'il existe un contrat de base sans lequel l'idée même de la garantie n'aurait pas de sens cependant, une fois constituée, le lien avec le contrat de base est occulté et le garant ne peut soulever les exceptions inhérentes au contrat de base.

1215. Selon les critères communément admis, la garantie autonome est qualifiée de sûreté personnelle car elle produit les effets d'une « convention spéciale » caractérisée par deux critères qui sont de un l'adjonction d'une créance au profit du créancier contre le garant, et de deux l'absence de contribution à la dette par le garant. Ces deux critères sont à la base du principe de l'autonomie complète de la garantie indépendante.

1216. En résumé, la clause compromissoire a pour objet de définir la procédure qui doit être suivie par les parties en cas de différend tandis que le contrat définit les droits et obligations respectives des parties dans le cadre des prestations qui ont été souscrites. L'indépendance totale de la garantie autonome trouve son foyer sans aucun doute dans deux contrats totalement séparés et indépendants que ce soit dans leurs signataires ou leur nature ou dans leurs objets.

1217. En conclusion concernant la clause compromissoire et la garantie autonome, leur objet et leur nature sont différents respectivement avec ceux du contrat principal et du contrat de base cependant une différence catégorique est que la garantie automne reste un contrat nouveau et totalement indépendant alors que la clause compromissoire reste une clause insérée dans le contrat principal mais différente des autres clauses.

2- L'autonomie un vocable recouvrant deux réalités : la « séparabilité » et « l'indépendance ».

1218. L'autonomie de la clause compromissoire se traduit par la SEPARABILITE de la clause et non pas par son indépendance puisqu'elle se trouve parmi les autres clauses du contrat de base.

1219. La séparabilité signifie que cette clause est différente des autres clauses dans son existence, son objet et sa portée et elle ne partage pas leur sort. Les effets de cette séparabilité se résument en une autonomie matérielle qui permet, d'une part, la survie de la clause compromissoire au contrat principal, l'absence de contagion des vices qui pourraient affecter le contrat et, d'autre

part, elle l'autorise à être soumise à une loi différente de celle qui régit le reste du contrat et si les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat, rien ne permet d'affirmer que cette même loi devrait régir la clause compromissoire, puisque celle-ci est fort différente dans son objet et sa nature du contrat qui la `contient.

1220. En revanche, le principe de l'autonomie de la garantie autonome signifie L'INDEPENDANCE totale et ceci veut dire inopposabilité des exceptions contenu dans d'autres contrats ou instruments annexes s'y rapportant. Le mécanisme de la garantie autonome aboutit à la création d'une pluralité de rapports contractuels dont l'enchainement chronologique se présente par la création de deux contrats distincts et indépendants. L'appel de la garantie la rend irrévocable et exigible immédiatement sans contestations se rapportant au contrat de base et sans pouvoir lui opposer les exceptions qui pourraient s'appliquer à ce contrat.

1221. Une difficulté d'expliquer la séparabilité de la clause compromissoire peut surgir, à ce propos, lorsque le recours à l'arbitrage est prévu par une clause insérée dans un seul et même contrat et que l'une des parties à ce contrat allègue que ce contrat est nul, inexistant ou a cessé d'exister.
Nonobstant la théorie unioniste ou la pluraliste d'actes juridiques, une jurisprudence constante, prône l'autonomie de la clause compromissoire qui l'immunise des vicissitudes pouvant affecter la validité ou l'existence même du contrat de fond. Mais la justification de la validité de la clause compromissoire lorsque le contrat qui la contient est nul ou inexistant, trouve son foyer dans la volonté des parties comme élément principal de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal et donc elle doit

pouvoir être mise en œuvre indépendamment de l'existence ou de la validité du contrat principal conformément à la volonté commune des parties[770].

1222. Mais la volonté des parties n'est pas absolue, elle doit s'exprimer en concordance avec les règles de droit qui la cadrent. Cette volonté n'indique pas que la clause compromissoire est indissociable du reste du contrat mais, bien au contraire, elle souligne sa séparabilité.

1223. À ceci, s'ajoute l'autonomie de rattachement qui permet, en principe, l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique et l'abandon de la méthode de conflit de lois en faveur de l'application d'une règle matérielle. Les conventions internationales et les législations étatiques respectent la liberté du choix des parties de faire appliquer une loi déterminée à la convention d'arbitrage ou à la garantie autonome, la Cour de cassation énonce dans l'arrêt Dalico que l'autonomie de la clause compromissoire existe « sous réserves des règles impératives du droit français et de l'ordre public international » Si la clause compromissoire n'est directement soumise à aucune loi, cela ne signifie pas pour autant qu'elle est exonérée du respect de certaines règles. Les « Règles impératives du droit français » sont les lois de police françaises, c'est- à -dire des lois que le juge français doit appliquer dans un litige international même si la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère. Or, l'arbitre n'est pas un juge étatique, il ne dépend pas d'un Etat et n'a pas de raison de préférer à priori la loi française à une autre loi. Il devient donc nécessaire de trouver un critère de rattachement de l'arbitrage avec la France qui justifie que l'arbitre applique les lois de police françaises. Ce

[770] Cour de cassation civile, le 16 juin1998, Sam c/ Perrin, Revue Arbitrale, p. 350

critère réside dans le lieu de l'arbitrage ou dans la loi à laquelle il est soumis : si l'arbitrage est localisé en France ou soumis à la loi française, l'arbitre devra tenir compte des lois de police françaises, en revanche, si l'arbitrage est localisé à l'étranger et qu'il n'est pas soumis à la loi française, les lois de police françaises n'auront pas à entrer en jeu. S'il ne doit pas y avoir de mise en œuvre de la règle de conflit, l'idée qui domine est la défense de certains principes essentiels de l'ordre juridique français.

1224. En revanche, la garantie autonome est un contrat distinct en soi. Dans le cas où les parties gardent le silence sur le choix d'une loi applicable sur le contrat de garantie, le facteur de rattachement spécial est le siège de prestataire selon l'article 4 de règlement Rome I.

1225. Le principe d'inopposabilité des exceptions marque l'indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base, par contre, la survie au contrat principal marque la séparabilité de la convention d'arbitrage.

3- L'autonomie matérielle de la clause compromissoire et de la garantie autonome

1226. L'autonomie matérielle, par rapport à la clause compromissoire, signifie la survie de la clause par rapport à un contrat principal nul ou qui a cessé d'exister et donc elle intervient pour prémunir la clause compromissoire contre les vices causant la nullité du contrat et empêcher que cette nullité n'affecte la clause. si l'on veut maintenir son autonomie, il est plus exact de parler de survie de la clause compromissoire, en conséquence, il ne doit pas suivre le même sort du contrat principal.

1227. La garantie autonome, par contre, n'est pas une clause dans le contrat de base, elle constitue un contrat indépendant en soi et diffèrent du contrat de base ne peut être affecté par les vicissitudes qui peuvent entacher le contrat de base. L'autonomie de la garantie autonome, se distingue de l'autonomie de la convention d'arbitrage qualifiée de séparabilité, pour une indépendance complète, ceci signifie qu'elle n'a pas besoin de « survie » puisque son existence n'a jamais été inquiétée par la nullité ou la disparition, pour n'importe quelle raison, du contrat de base.

4- L'influence des procédures collectives sur la clause compromissoire et la garantie autonome.

1228. La suprématie de principe des procédures collectives va atténuer le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, dès lors l'arbitre est qualifié seulement de constater si le demandeur ayant une créance et de fixer son montant, mais il ne pourra pas condamner le débiteur au paiement qui s'effectuera nécessairement en suivant les règles propres à la procédure collective ce qui rend cette autonomie une « séparabilité ».

Or, l'influence des procédures collectives en matière de garantie autonome est inexistante. Vu le principe d'inopposabilité des exceptions qui règne et sa mise en œuvre dès la date de signature, la garantie autonome reste en dehors de toutes procédures collectives du donneur d'ordre, même si le bénéficiaire de la garantie ne déclarait pas au passif sa créance d'où son « indépendance totale ».

5- L'autonomie et l'extension et la transmission de la clause compromissoire et de la garantie autonome.

1229. L'extension de la convention d'arbitrage aux tiers ou à la société non signataire en vertu de la théorie des groupes de sociétés, se trouve confronté à la confusion de certains mécanismes avec l'extension de la convention d'arbitrage qui ne semble pas envisageable eu égard à l'exigence d'un écrit exprimant le consentement exprès du tiers à la convention d'arbitrage. en revanche, dès lors qu'il apparaît à partir des faits du litige que les personnes, n'ayant pas préalablement signé la convention d'arbitrage, ont eu un rôle effectif dans la conclusion, l'exécution, ou la résiliation du contrat contenant ladite convention, ces dernières deviennent parties et se trouvent concernées par celle-ci ainsi que les différends susceptibles d'en découler et se voient étendre la convention d'arbitrage sans que cela ne contrevienne pour autant à l'ordre public interne ou international ou ne porte préjudice à l'effet relatif des contrats ou l'exigence de l'écrit de la convention d'arbitrage ».

1230. En ce qui concerne l'extension ou la transmission de la garantie autonome, la portée et le bienfondé de cette position étaient discutés mais en tout état de cause, l'article 2321 du code civil issu de la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 prévoit aujourd'hui expressément que la garantie autonome, sauf convention contraire, ne suit pas l'obligation garantie. La Cour de cassation[771] juge pour la première fois que sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie au visa à l'article 2321 du code civil, dans son attendu de principe. De ce qui précède, une

[771] Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, le 31 janvier 2017, N° du Pourvoi 15-19.158, Publié au bulletin- Legifrance

démonstration à propos de la signification de l'autonomie signifie encore une fois ***une séparabilité*** de la convention d'arbitrage alors que pour la garantie autonome est ***une « Indépendance ».***

6- L'autonomie et l'extinction de la clause compromissoire et de la garantie autonome.

1231. Sans doute l'extinction du compromis reste sans aucune influence sur le contrat principal du fait que ce sont deux contrats différents malgré que le compromis constitue l'action procédurale pour le contrat principale. Bien que la clause compromissoire constitue une clause qui est insérée dans le contrat principal, les causes d'extinction propres à la clause compromissoire ne peuvent pas affecter le contrat principal. D'autre part, certains causes d'extinction propres au contrat principal (la novation du contrat principal et de la clause compromissoire en même temps ou exécution du contrat principal) affecte ainsi la clause compromissoire alors que d'autres causes d'extinction propres au contrat principal respectent le principe de l'autonomie de la clause compromissoire (la prescription et forclusion des obligations contenue dans le contrat principal, la transaction , la novation du contrat principal sans mentionné la clause compromissoire, la résiliation ou résolution du contrat principal) .

1232. Vu le caractère irrévocable qui est une caractéristique de la garantie autonome, l'extinction du contrat de base n'a aucun effet sur la garantie autonome et il incombe au bénéficiaire de la garantie et au donneur d'ordre débiteur dans le contrat de base seulement de discuter l'exécution ou l'inexécution des obligations tirées du contrat de base cela nonobstant de la

cause de l'extinction propre au contrat de base (exécution, prescription des obligations, transactions, novation, résiliation ou résolution, annulation).

1233. Cependant, l'autonomie de ces deux institutions juridiques n'ont pas le même avenir extinctif , de ce fait l'autonomie de la clause compromissoire est une séparabilité par rapport au contrat principal à cause de la validité de la clause compromissoire et l'effet positif de compétence-compétence alors que la garantie autonome ait une indépendance totale par rapport au contrat de base à cause de son caractère irrévocable et non-accessoire et la déconnexion de tout lien avec le contrat de base dès sa signature et par la suite elle ne suit pas l'obligation garantie, sauf stipulation contraire .

§II - les points de convergence

1234. Si les points de divergences concernant la signification du principe d'autonomie dans la convention d'arbitrage et celle du contrat de la garantie autonome sont majeurs, les points de convergence entre ces deux mécanismes sont très mineurs. Ces points de convergences, expiration du délai et l'extinction (1) et l'annulation (2) reflètent des points communs et donc ayant les mêmes conséquences sur les deux institutions juridiques

1- l'extinction de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome : Des règles identiques

1235. L'effet d'un délai fixe fait de sorte qu'il met fin à la clause compromissoire et la garantie de la même manière (a) ainsi que l'extinction

de ces deux institutions juridiques par la renonciation (b) et la fin de contrat principal ou de base (c).

a- La clause de durée de validité de la clause compromissoire et de la garantie autonome : Effet commun de leur autonomie.

1236. En ce qui concerne la clause compromissoire l'expiration du délai prévu par la clause compromissoire, le règlement d'arbitrage ou par la loi n'affecte que le litige en cours d'examen. Cependant, tout litige ultérieur entrant dans le champ d'application de la clause compromissoire demeure soumis à cette clause.

1237. Concernant la garantie autonome, outre l'identification des parties, l'objet de la garantie, le montant de la garantie[772], c'est la clause relative à la durée de validité de la garantie qui pose de réelles difficultés. Concernant la garantie, l'intérêt de fixer une limite dans le temps, à la période au cours de laquelle la banque garante pourra être appelée en paiement, est capital, puisqu'il détermine le terme temporel de l'engagement de la banque. Les garanties et contre-garanties souscrites pour une durée déterminée qui n'ont pas été mises en œuvre avant le terme conventionnel et qui n'ont pas été prorogées sont caduques. Les clauses qui marquent l'expiration du délai de la garantie autonome peuvent être prorogées seulement par consentement expresse du donneur d'ordre et du garant sans aucune valeur pour le consentement du bénéficiaire.

[772] Le montant de la garantie peut être régressif dans le temps, au gré de l'évolution de l'exécution de la mission contractuelle du donneur d'ordre, dans le cadre du contrat de base. On parle alors de garantie… « *Glissante* » LEGEAIS, n° 311, p. 167.

1238. Le délai de la mise en exécution de la clause compromissoire et de l'appel de la garantie ainsi que leur prorogation constituent un point commun d'application du principe d'autonome dans les deux institutions. Cela signifie que la clause compromissoire va avoir fin après sa mise en œuvre pour régler un litige dérivant de l'exécution du contrat principal sauf si aucuns autre litiges ne réapparaissent pas ultérieurement. De même l'appel d'une garantie autonome une fois fait ne pourra être objet d'un appel de nouveau pour cette même garantie autonome.

b- La renonciation : effet commun de leur autonomie.

1239. La renonciation est le résultat direct de la volonté des parties au contrat pour cela :

1) La renonciation bilatérale par les parties à la convention d'arbitrage peut être expresse ou implicite, sans pour cela renoncer au contrat principal.

2) En raison du caractère irrévocable de la garantie autonome et du fait qu'en France la doctrine et la jurisprudence sont unanimes en faveur de le qualifier comme « contrat » unilatéral, seule la renonciation du bénéficiaire au bénéfice de la garantie met fin à celle-ci sans pour cela renoncer au contrat de base.

1240. Ainsi la renonciation unique à la clause compromissoire ou à la garantie autonome sans atteindre le contrat principal ou de base va constituer une manifestation commune de l'autonomie de ces deux institutions juridiques différentes objet de notre étude.

c- La fin du contrat principal : effet commun de leur autonomie.

1241. La fin du contrat principal ne met pas fin à la clause compromissoire puisque l'arbitre, ou le tribunal arbitral, conserve sa compétence de statuer sur ce fait et de décider, s'il y a lieu, des conséquences qui en découlent.

1242. Selon un raisonnement semblable, la fin du contrat de base n'entraîne pas la fin de la garantie, si par exemple l'exécution du contrat devient impossible pour cause de force majeure, le bénéficiaire peut néanmoins, et sauf en cas d'abus, appeler valablement la garantie.

1243. Ainsi la survie du contrat principal ou de base constitue une manifestation commune de l'autonomie.

2- Annulation non contagieuse : effet commun de leur autonomie

1244. La cause d'annulation peut ne concerner que la clause compromissoire sans étendre ses effets sur le contrat principal. Tel est le cas par exemple de l'inarbitrabilité du litige.

1245. L'annulation peut également ne concerner que la garantie pour vice de consentement ou de fond sans pour cela affecter la validité du contrat de base. Le bénéficiaire de la garantie peut, dans ce cas, demander au débiteur du contrat de base de lui procurer une nouvelle garantie.

1246. En épilogue, nous pouvons conclure que devant ces deux institutions juridiques présentant en leur nomination juridique l'expression « Autonome », relèvent en réalité de deux essences différents. Le caractère accessoire de la convention d'arbitrage avec le contrat principal l'exclut du principe

d'indépendance vers une nomination plus expressive, ***la séparabilité***. La garantie autonome définie dans l'article 2321 Code civil duquel elle tire sa qualification d'***indépendance***, est plus qu'un mécanisme autonome : ***un mécanisme indépendant.***

§III- Propositions finales

1247. En conséquence ces deux institutions n'ont en commun que le nom et elles ne présentent presque aucune parenté de fonctionnement, ainsi nous recommandons un double amendement ayant pour objectif le terme commun d'autonomie pour le remplacer par les termes distincts de séparabilité et d'indépendance.

I- <u>La convention d'arbitrage</u>

L'actuel article 1447 Code de procédure civile :

1. La *convention d'arbitrage est* ***<u>indépendante</u>*** *du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.* ».
2. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

<u>Pour une version plus adéquate ;</u>

1- ***La convention d'arbitrage est <u>séparable</u> du contrat de base auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.***

2- ***<u>Sauf clause contraire, la convention d'arbitrage est transmise dans les chaines des contrats et des sociétés ainsi que la cession et l'extension du contrat principal entraine avec ce dernier la convention d'arbitrage.</u>***

3- Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

II- <u>La garantie autonome</u>

L'actuel article 2321 du Code Civil :

« **1-** ***La garantie autonome*** *est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.* ***2-*** *Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.* ***3-*** *Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.* ***4-*** *Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.* »

Pour une version plus explicite portant un renforcement pour la notion « Indépendance » dans la signification de l'autonomie de la garantie autonome :

1- ***La garantie autonome est une garantie indépendante et elle forme un engagement irrévocable et inconditionnel par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.***

2- ***cette garantie est totalement indépendante du sort du contrat de base et elle doit être payée par le garant sauf en cas d'abus de droit ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.***

3- ***Le garant ou le donneur d'ordre ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.***

4- ***Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant et le bénéficiaire, la garantie indépendante ne suit pas l'obligation garantie et n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie, que dans la mesure et de la manière dont celles-ci sont autorisées dans l'engagement***.

Index alphabétique (Par numéro des pages)

Abstraction
23-71-129-122-130.

Accessoire
20-37-41-56-61-71-99-114-115-116-303-316-346-353-357-362-364-382-386-391-393-396-399-400-404-406-408-413-440-443-448-449-469-471-477-478-479-48-483485-487-489-490-493-494-495.

Acte abstrait
13-70-71-72

Actes juridiques
30-36-483.

Annulation
25-45-49-76-152-256-293-294-337-339-340-355-358-359-413-418-420-440-450-451-489-492.

Appel à la garantie
24-59-61-62-67-78-80-82-84-233-305-452.

Arbitrabilité objective
108-165-167-171.

Arbitrabilité subjective
107-165-166-167.

Autonomie de la clause compromissoire
9-10-15-16-18-19-27-30-40-44-46-47-48-52-55-84-95-103-127-132-136-142-159-160-161-184-186-241-300-327-329-332-334-383-414-423-424-429-432-433-435-436-470-480-482-489.

Autonomie de rattachement
7-9-15-18-22-29-118-119-120-121-132-171-203-204-217-236-484.

Banque garant
59-60-112-113-202-306-466-490

Bénéficiaire
7-13-24-25-55-56-57-58-59-60-61-62-63-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-84-91-104-112-183-191-198-202-206-211-250-233-240-260-325-337-344-346-348-349-350-359-374-381-395-399-400-411-418-423-426-430-441-463-465-466-470-472-473-475-478-482-486-488-491-492-493-494-495.

Cessibilité
381-393-406-469-478.

Chaine de contrats
348-365-367-368-369-373-379-392-471-476.

Compétence-compétence
9-11-12-35-36-44-53-85-115-145-149-151-152-155-158-159-293-294-323-371-421-434-437-489.

Conflit des lois
169-171-172-184-189-209-210-212-213-228.

Consensualisme
368-375-383-391.

Contagion
28-30-93-94-233-236-483.

Contrat de base
7-8-9-12-13-15-23-24-25-26-27-55-59-65-74-77-78-79-85-86-101-107-108-109-110-112-158-248-249-252-253-254-256-258-345-350-352-411-412-414-416-420-422-424-443-465-467-470-471-472-481-482-487-489-497-500-510-513-519.

Contre garantie
237-448-456-461.

Contrat principal
3-6-10-16-17-19-25-30-31-34-35-39-44-45-46-47-52-54-84-85-89-90-94-99-101-114-115-116-130-133-139-140-154-157-158-160-187-188-232-235-240-300-316-328-334-336-341-369-373-379-381-383-391-392-393-415-419-422-423-427-432-438-440-449-468-470-471-477-479-485-488-491-492-493.

Convention d'arbitrage
6-12-21-31-32-33-35-41-46-47-52-53-54-81-88-89-93-107-109-118-137-138-141-142-143-144-145-146-147-159-257-258-259-260-261-341-373-374-379-384-391-398-399-400-401-403-406-411-434-435-437-441-449-454-462-506-511-514-520.

Convention de Rome
98-99-110-174-179-190-201-203-207-213-216-219-223-227

Délai
184-261-283-292-315-367-370-371- 372-401-442-443-444-445-447-462-464-468-472-516-517-518.

Donneur d'ordre
57-58-59-61-62-63-65-67-68-77-78-86-105-345-347-350-352-360-412-422-423-424-464-476-477-478-479-480-481-483.

Extension
9-44-48-144-240-253-257-326-327-333-334-341-344-360-365-369-381-468-487-493.

Fraude
59-61-62-63-77-78-79-85-95-253-257-396-427-428-458-487-488-489-490-491-492-494-496-497-499-503-522.

Abus de droit
60-63-65-78-79-233-236-350-369-454-455-459-464-468470-494.

Garantie autonome
4-6-13-15-22-25-27-29-30-54-55-56-57-58-60-64-65-66-68-69-71-72-76-78-79-85-86-87-102-103-104-105-106-107-108-109-110-111-112-117-118-124-126-129-130-131-133-134-136-138-139-140-141-143-145-147-149-150-157-158-175-176-182-187-190-192-193-197-198-204-205-209-214-218-226-247-248-249-256-257-258-259-345-349-350-358-411-414-415-417-418-420-423-427-428-430-464-466-473-481-490-494-496-494.

Groupe de sociétés
261-374-375-376-395.

Inarbitrabilité
169-244-248-249-250-252-262-492.

Indépendance
6-8-10-12-19-20-22-26-29-49-55-56-63-66-67-70-75-79-91-114-115-117-130-140-171-233-234-301-304-325-393-399-405-442-443-447-449-455-468-470-476-482-488-493-494.

Inexistant
9-20-46-48-49-50-51-81-85-107-108-258-511-514.

Inopposabilité des exceptions
12-56-61-67-69-70-72-73-74-75-79-300-405-444-449-454-455-458-470-478-483-485.

Irrévocable
12-14-22-58-314-364-416-483-488-491-494.

Libre choix
12-97-234-303.

Loi applicable
9-15-16-17-30-47-80-87-88-90-91-92-95-96-97-98-99-100-101-102-105-106-107-109-115-116-117-123-145-148-153-155-158-160-168-177-178-184-191-193-194-195-197-200-209-215-234-235-236-237-240-241-244-245-248-250-251-252-254-255-256-257-280-281-320-37-328-330-510-512-513.

Loi étatique
9-10-15-18-29-47-48-95-97-102-116-119-120-127-130-131-139-171-176-189-334-342-484.

Lois de police
17-121-136-161-162-163-169-175-199-210-212-214-216-218-221-224-225-226-228-231-237-484-485.

Non-signataires
10-262-327-340-341-342-366-382-383-384-471-476-477.

Novation
41-68-77-154-231-347-424-427-428-429-432-433-434-435-470-477-478-488-489.

Nullité ab initio
3-30-44-52-53-115.

Ordre public
17-47-54-55-73-96-102-108-121-131-132-134-135-136-161-163-164-165-167-169-170-237-242-243-244-246-247-248-254-256-262-263-270-291-324-405-415-444-472-473-483-487.

Prescription
61-414-429-430-470-477-488-489.

Prestataire
110-182-190-203-206-217-224-230-231-237-485.

Procédures collectives
3-239-241-243-244-248-249-250-252-243-254-258-259-260-262-263-264-265-286-295-299-300-301-308-309-313-318-319-322-472-473-474-475-476-486-487.

Règle matérielle
15-17-18-21-47-96-97-108-120-122-126-127-128-129-131-135-136-137-173-236-337-338-484.

Règlement de Rome I
98-99-101-102-108-109-110-111-174-176-179-190-201-202-203-205-207-208-209-214-215-218-224-227-231-235.

Renonciation
320-333-392-393-415-416-417-431-435-440-469-491.

Résidence habituelle
109-110-111-117-202-206-230-231-235.

Résiliation
41-68-77-256-312-328350-425-426-436-437-438-442-444-445-467-470-477-487-488-489.

Résolution
35-41-68-77-100-208-224-251-253-259-278-287-289-303-315-321-328-329-381-393-413-436-439-440-452-470-477-488-489.

Sentence arbitrale
32-248-255-256-264-266-270-281-300-327-328-329-330-331-332-350-351-355-360-419-420-427.

Séparabilité
10-16-20-26-28-30-37-38-39-44-45-86-93-114-115-187-233-300-393-419-432-469-477-482-485-488-493.

Siège
107-112-125-155-182-189-190-191-193-198-213-235-237-264-276-485.

Silence
86-88-102-103-104-107-234-235-371-377-403-407-485.

Survie de la clause compromissoire
8-11-29-30-47-93-114-187-426-483-486.
Transactions
232-383-489.

Transmission
37-99-240-326-362-363-367-381-382-383-384-387-388-389-390-391-393-396-398-400-407-411-469-470-476-478-487.

Validité
8-10-19-24-32-33-50-55-84-86-93-95-98-102-104-106-114-115-119-120-121-123-127-128-129-142-297-308-323-328-333-340-360-364-381-429-432-436-439-440-442-444-446-480-484-489-490-492.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

Paul-Henri Antonmattei, Jacques Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 7ème édition 2013.

Aubert (J.-L) et Collart Dutilleul (F), Le contrat. Droit des obligations, Dalloz, 5ème édition 2017.

Batiffol Henri, « Droit international privé » T2, L.G.D.J., 1983 ;

Béguin, Bourdeaux, Couret, Le Bass, Mainguy, Menjucq, Seraglini, Sorel, « Droit du commerce international», Lexis Nexis, Parution : 10/2019

Bénabent(A), Droit des obligations, LGDJ, 18ème édition 2019.

Boisseson Matthieu, « Le droit français de l'arbitrage interne et international » 18ème édition 2019.

Bredin Jean-Denis, Loussouarn Yvon, « Droit du commerce international », Sibey, 1969 ;

Bûcher Andréas, «Droit international privé » 3e édition 2013

Carbonnier Jean, Droit civil, T.4, Les obligations, puf, 22ème édition 2000.

Chantepie (G) et Latina (M), La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016 - Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2ème éd., 2018.

Chatillon Stéphane, « Le contrat international », Vuibert, 4ème édition 2011 ;

Cohen Daniel, « Arbitrage et société », L.G.D.J., 1993 ;

Cozian(M) ,Viandier(A), « Droit des sociétés », Litec, 32éme édition, parution 08 /2019 .

David René, « l'arbitrage dans le commerce international », Economica, 1982.

Demogue René, Traité des obligations en général, tome 6, Sources des obligations, Paris 1931.

El Ahdab (Abdel Hamid), «l'arbitrage dans les pays arabes », Economica 1998

Flour (J.), Aubert (J.L.) et Savaux (E.), Droit civil. Les obligations. L'acte juridique, Sirey, 17ème édition. Parution 03/2020

Fouchard Philippe, préface thèse, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », J-B Racine, LGDJ, 1999.

Fouchard, Gaillard, Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », Litec, 1996.
Ghestin (J.), Jamin (Ch.), et Billiau (M.), Les effets du contrat, LGDJ, 3e éd. 2001.
Ghestin, Jamin et Billiau, Traité de droit civil: les effets du contrat, en collaboration avec Marc Billiau et Christophe Jamin, LGDJ, Paris, 2006.
Giffard (A.E) et Villers (R.), Droit romain et ancien droit français (obligations), Précis Dalloz, 3e éd., 1970.
Hanotiau Bernard, « Arbitrage et le droit européen : l'arbitrage et le droit européen de la concurrence », BRUYLANT, 1997.
Hugues Kenfack, «*Droit du commerce international»*, Dalloz, Mémentos, 7 ème édition, 2019.
Jacquet (Jean-Michel), « principe d'autonomie et contrats internationaux » Economica 1983**.**
Jacquet Jean-Michel et Philippe Delebecque, « *Droit du commerce international »*, Dalloz, Cours, 3ème édition, 2014.
Jarrosson Charles, « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », 1996.
Jobard-Bachellier Marie-Noëlle « Ordre public international », éditions techniques 1992.
SFEIR KHALIL « Droit international privé comparé » 1ère édition. SADER & BRUYLANT, 2005, p.315.
Larroumet Christian, Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 9ème édition 2018.
Lew, Mistelis, Kröll, « Comparative International Commercial Arbitration », Kluwer Law International 2003.
Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), Droit civil des obligations, 10ème édition L.G.D.J, 2018.
Malaurie Philippe et Aynès Laurent, « Les sûretés, la publicité foncière », éditeur Defrénois, 5ème édition, parution 2011.
Malaurie Philippe et Aynès Laurent, « Les contrats spéciaux civils et commerciaux », par Gautier (P.Y.), Editeur : L.G.D.J, parution 2018.
Marty Gabriel et Raynaud Pierre « Droit civil, les sûretés », Sirey 1987 par Jestaz
Marty Gabriel, Raynaud Pierre et Jestaz Philippe, Droit civil, Les obligations, Tome II, Le régime, 2ème édition Sirey 1989.
Motulsky Henri , « Etudes et notes sur l'arbitrage », Dalloz,parution 09/2010
Mousseron, Fabre, Raynard, Pierre, « *Droit du commerce international »*, 2ème édition 2000.
Planiol, Rippert, « Traité pratique de droit civil français », tome 6, 2e édition Obligations, 1952, par P. Esmein**.**

Pothier Robert Joseph, « Traité des obligations », Œuvres de Pothier, Paris 1846.
Poudret Jean-François, **Besson Sébastien**, « droit comparé de l'arbitrage international », L.G.D.J. 2002.
Poullet Yves, « Les garanties contractuelles dans le commerce international »**,** DPCI**,** septembre 1979
Rabagny Agnès, « Théorie générale de l'apparence en droit privé *»,* thèse en 2011.
Racine Jean-Baptiste**, «** l'arbitrage commercial international et l'ordre public **». L.G.D.J., 1999**
Ripert George et Boulanger jean, « Traité de droit civil » d'après le traité de Planiol, t. II, Obligations, droits réels, LGDJ 1957.
Robert Jean, « L'arbitrage droit interne droit international privé », Dalloz, 5éme édition, 1983 ;
Rubellin-Devichi jacqueline, « l'arbitrage nature juridique de droit interne et droit international privé », Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.
Seriaux Alain, « La notion de contrat synallagmatique », Ét. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 779.
Terré et Simler, « Les obligations », Précis Dalloz, 1998.
Toubiana Annie, « le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Dalloz, 1972.
Weill Alex et Terré Francois, « Les obligations », Précis Dalloz, 1986.

ARTICLES

1- Droit de la convention d'arbitrage

Béguin. J et M. Menjucq, traité, LexisNexis, 2ème édition 2011 (1293+XXI).
Boulanger Philippe, « Etat, politique et arbitrage, l'affaire plateau des pyramides », revue de l'arbitrage, 1986, p.3 et s.
Boulanger Philippe, « Groupe d'états et arbitrage », revue de l'arbitrage, 1989, p.415 et s.
Boyd. S et Veeder. V.V, «Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979 », Revue arbitrale 1991, P 209 (spéc. P 221).
Bûcher Andréas, « Le nouvel arbitrage International en Suisse », Helbing &Lichtenbahn, 1988, p. 105
Chapelle André, « le droit des personnes morales (Groupes de sociétés ; Intervention d'état) », in l'arbitrage et les tiers, revue de l'arbitrage, 1988, p.486 et s.

Derains Yves, « le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », revue de l'arbitrage, 1973, p.122.
Derains Yves, « les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, journal du droit international », 1993, p829
Dessemontet Francois, « Arbitrage, propriété industrielle et droit de la concurrence ; perspective Suisse ».
Fadlallah Ibrahim, « l'ordre public dans les sentences arbitrales », recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1994, p.377.
Fouchard (Ph), Gaillard(E), Goldman (B), « Droit de l'arbitrage commercial international » Paris, Litec 1996, note 45,p 226
Fouchard Philippe, « la laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi de 15 mai 2001 » revue de l'arbitrage, nº 3/2001, p.397.
Francescakis phocion, « le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire», après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Revue d'arbitrage 1974.
Francescakis Phocion, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire, Revue arbitrale 1974, p 67
Gaillard. E & J. Savage, Fouchard. Gaillard, Goldman « International Commercial Arbitration », The Hague, Kluwer, 1990 (spéc. n° 411).
Gautrais Vincent, « Commerce électronique et émergence des normes juridiques ; l'avènement d'instances arbitrales dans le cyber espace» revue d'études juridiques.
Goldman Berthold, la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux ; réalité et perspective, journal de droit international, 1979, p.475.
Goutal Jean-Louis, « l'arbitrage et les tiers, le droit des contrats », revue de l'arbitrage, 1988, p.443.
Gravel. S & Peterson. P, « French Law and Arbitration Clause», R.D. McGiIl, 1992.
Hanotiau Bernard, « revue de droit des affaires internationales» IBLJ, nº1, 1966.
Jarrosso Charles, « le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », Semaine juridique, 2001, n° 27, Etude, 333.
Jarvin Sigvard , « la validité de la clause arbitrale vis-à-vis des tiers non signataires de la clause- examen de la doctrine de groupes des sociétés dans l'arbitrage CCI » revue de droit des affaires internationales, nº6, 1995, p,730.
Lalive Pierre, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », in Revue de l'arbitrage, n° 3, 1986, pp. 329-373.
Loquin Eric, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », RTD Com, 2011, p255

Mezger Ernst, « Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961», Essais Minoli, A.IA / UTET, 1974, P 321.
Mezger Ernst, « vers la consécration aux Etats-Unis de la clause compromissoire dans l'arbitrage international » revue critique droit international privé, 1968, p.25.
Mikou Khadija, « La cour d'arbitrage : complément ou suppléant ?», BANQUES & ENTREPRISES, n° 49, avril 1998 ;
Moitry Jean-Hubert, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la lex mercatoria ? », revue de l'arbitrage, n°1,1989, p. 23.
Moreau Bertrand, « Arbitrage internationale, Rép. Com. Dalloz (Recueil,V Arbitrage) mars 2001 ;
Oppetit Bruno, « les états et l'arbitrage international, esquisse des systématisations », revue de l'arbitrage nº4, p. 493.
Poudret (J-F) et Besson(S), « Droit comparé de l'arbitrage commercial international », Bruylant, L.G.D.J.,2002.
Reynaud Pardini Corrado, « la nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international. Réflexions de droit compare » revue de l'arbitrage, 1989, p.395.
Rives-Lange. J-L, « Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier », Revue banque1985.
Robert Jean, « une date dans l'extension de l'arbitrage international ; l'arrêt Mitsubishi C / Soler » revue de l'arbitrage, 1986, p.173
Thomas E, *Carbonneau*, « l'arbitrage en droit américain », revue de l'arbitrage 1988, p.46
Tschanz Pierre-Yves, « le nouveau droit suisse de l'arbitrage international » revue de droit des affaires international, 1984, nº4, p.437.
Vasseur-Thévenot. C, Culture Droit, Spécial arbitrage, mars 2009.

2- Droit des sûretés

Ancel Pascal, « Droit des sûretés », LexisNexis, Collection **:** Objectif droit, 8 ème édition 2019.
Bénabent Alain, « Les contrats spéciaux civils et commerciaux », L.G.D.J, Collection Précis Domat droit Privé, 13ème édition, 2019
Bonneau Thiery, « Droit bancaire », L.G.D.J, Collection Précis Domat droit Privé ,13ème édition, 2019
Michel Cabrillac, Séverine Cabrillac, Christian Mouly, Philippe Pétel « Droit des sûretés », Lexis Nexis, 10ème édition, 2015

Contamine-Raynaud(M), « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », in Mélanges Roblot, 2014
Gavalda Christian, Soufflet Jean, « Droit Bancaire » Lexis Nexis, 9ème édition, 2015
Huet Jérôme sous la direction de Ghestin (J.), « Les principaux contrats spéciaux », LGDJ 1996.
Jacques Martin de La Moutte, « L'acte juridique unilatéral », thèse Toulouse, 1951
Kleiner Beat, «Bankgarantie, Die Abgrenzung der garantie von der Bürgschaft und anderer Vertragstypen mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantie-geschäftes, Zurich », 5ème édition 2016
Legeais Dominique « Droit des sûretés et garanties du crédit », LGDJ, 13ème édition 2019.
Leguevaques Christophe, « Garanties autonomes en droit interne », A la recherche de l'autonomie, Droit et Patrimoine, avril 1997.
Mazeaud (H. L. et J.) et Chabas (F.), « Leçons de droit civil », 12ème édition, 2000
Piédelievre Stéphane, « Droit des sûretés », Ellipses, 2ème édition, 2015.
Prûm (A), «Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie, Litec 1994
Simler et Delebecque, « Les sûretés, la publicité foncière », Précis Dalloz, 7eme édition, 2016.
Simler Philippe, « Cautionnement garanties autonomes, garanties indemnitaires », 5ème édition, 2015.
Simon(L), « L'engagement unilatéral », in, Les obligations en droit français et en droit belge, Dalloz et Bruylant, 1994, page 17, spéc. N°2 et 9
Théry Philippe, « Sûretés et publicité foncière », Paris, PUF, 1998.
Vasseur Michel, colloque de Tours 1980, prèc., Rapport général, pages 319 et s., son commentaire sous CA Bruxelles 15 octobre 1987 .
Velu (S), « Les garanties à première demande en droit belge », colloque de Tours, 1980, FEDUCI, page 227.

3- <u>Droit bancaire</u>

Bonneau Thierry, « Droit bancaire », Montchrestien, 13eme édition, Editeur L.G.D.J parution 08/ 2019.
FOUCHARD Philippe, « *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale »*, **Colloque** de Deauville, 4-5 juin 1983, Association Droit et commerce, RJC 1984.

Gavalda Christian et Stoufflet Jean, Droit bancaire, Editeur : Lexis Nexis, 9ème Edition, parution 2015.
Jürgen Dohm, « les garanties bancaire dans le commerce international » Gebundenes Buch – 1 Janvier 1986
Rives-Lange et Contamine-Raynaud, « Droit bancaire », Dalloz, 6éme édition 1995
Vasseur Michel, « Droit Bancaire français et marché commun », 2015

THESES ET MONOGRAPHIES

Ancel pierre, « Les sûretés non accessoires en droit français et en droit comparé », Thèse Dijon, 1981.
Billiau Marc, « La délégation de créance », Thèse Paris, LGDJ 1989.
Boyer Louis, « La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif », Sirey, 1947.
Capitant Henri, « De la cause des obligations », Paris 1923.
Grillet-Ponton Dominique, « Essai sur le contrat innommé », Thèse Lyon, 1982.
Jacob François, « Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie », thèse Strasbourg, LGDJ, 1998.
Majerowicz Simone, « La précarité juridique en droit privé », Thèse Lyon III 1990.
Morris-Becquet **Géraldine, «** Essai sur la qualification de garantie autonome », mémoire de DEA Droit privé, Lyon III, sous la direction de F. Zénati.
Nord Nicolas, « Ordre public et lois d police en droit international privé » thèse, 2003.
Overstake Jean-François, « Essai de classification des contrats spéciaux », Thèse Bordeaux, LGDJ, 1969.
Prüm André, « Les garanties à première demande » essai sur l'autonomie », Litec ,1994.
Rieg Alfred, « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand », Thèse Strasbourg 1961, LGDJ.
Rochfeld Judith, « Cause et type de contrat, Thèse Paris, LGDJ 1999.
Simler Philippe, « Cautionnement et garanties autonomes », Litec 1999/2000.
Terré Francois, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », Thèse, 1957, LGDJ.

ARTICLES ET CHRONIQUES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCES

Ancel J-Pierre, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », Revue arbitrale 1987, p. 127-132

Ancel Jean-Pierre« l'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », trav.com.fr.dr.int.priv.1991-1992, p 75

Ancel Pascal, « Cautionnement et autres garanties personnelles », CERCRID, 1996.

Aynès Laurent, « Les garanties de financement », Defrésnois 1986, pages 909 et suivantes, art. 33779.

Aynès Laurent, « Les garanties de financement », Journées portugaises 1996, Travaux de l'association H. Capitant, LGDJ, pages 375 et s.

Blanchin Catherine, « L'autonomie de la clause compromissoire » Un modèle pour la clause attributive de juridiction, Paris, L.G.D. J., Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, (spéc. p 25).

Bourassin, Brémont, Jobard-Bachelier, « Droit des sûretés », Dalloz, Sirey, 5e éd., 2016, n° 533

Bruno Oppetit, « Théorie de l'arbitrage », Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 32.

Caprasse Olivier, « Les sociétés et l'arbitrage », LGDJ, 2002.

Carpi.F, « Médiation et arbitrage », dir. L. Cadiet, Pratique professionnelle, Litec, 2005, p. 205.

Cerles Alain, « Garanties bancaires contre le mélange des genres », Dalloz Affaires 1998, pages 746 et suivantes.

Contamine-Raynaud Monique, « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », études dédiées à René Roblot, voir de la page 413 à 432. Voir aussi, « Actualité et Garanties bancaires » RD bancaire et de la bourse ».

David René, « L'arbitrage dans le commerce international », Economica, 1992.

David René, « L'arbitrage dans le commerce international », Economica 1982, page 268.

Delebecque Philippe « Les garanties autonomes en droit interne (brèves remarques), Bulletin Joly des sociétés, avril 1992, pages 374 et suivantes.

Derains Yves, « les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale » J.D.I, 1993, page 829

Derrida, Godé, Sortais, « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises ; cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985 », note 1539.

Devèze Jean, « Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes », Les petites Affiches, n°79, 3 juillet 1191.
Dimolitsa Antonias, « Autonomie et « Kompetenz - Kompetenz », Revue arbitrale, 1998, Page 305
Dubisson Michel, « Le droit de saisir les garanties bancaires émises dans les marchés internationaux », JCP édition CI, 1982, II, 13813.
Fouchard Philippe, « l'arbitrage et les tiers ». Revue arbitrale, 1988, P 431.
Fouchard Philippe, « Arbitrage et faillite », Revue arbitrale, 1998, page 471 et suivantes.
Fouchard, Gaillard, Goldman, « Traite de l'arbitrage commercial international », Litec, 1996, page 359
Gaillard, Emmanuel, « l'effet négatif de la compétence-compétence », Etudes et procédure et de l'Arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, publ. Fac. Droit Univ. Lausanne, édition Haldy, Rappyet Ferrari, 1999, p.389.
Gavalda Christian, Stoufflet Jean, « la lettre de garantie internationale », RTD com. 1980,
Ginestet Catherine, « La qualification des sûretés », Defrésnois 1999, pages 80 et suivantes.
Hanotiau Bernard, « La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure », Rev. droit. aff. Int. 1996, page 32.
Izorche marie-laure, « L'autonomie de la volonté », in, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Dalloz 1994.
Jacob François, « L'avenir des garanties autonomes en droit interne », in Études offertes au doyen Philippe Simler, 2006, Litec, Dalloz, page 341 suivantes.
Jarrosson Charles, « La notion d'arbitrage », thèse, LGDJ, 1987, p. 89, « Le droit des procédures collectives est sans conteste un domaine dans lequel le juge apparait aussi très souvent comme un expert économique ».
Jestaz Philippe, « La qualification en droit civil », Droits 1993.
Klein Frédéric Edouard « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire - Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal ». Travaux du premier Congrès international de l'arbitrage, Revue arbitrale, 1961, Page 37.
Lalive Pierre, «L'importance de l'arbitrage commercial international» dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., Colloque, Université Laval, 1985, Arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, page15 – 22.
Le Corre Pierre-Michel, « Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz action, 2009, n°422-11.
Legeais Dominique, « Le cautionnement à première demande », Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur. Publié en 2000.

Leguevaques Christophe, « Garanties autonomes en droit interne, à la recherche de l'autonomie… », Droit et Patrimoine, avril 1997.
Marquis, Louis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », 1990 21-1 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 303, 1990.
Martin Dedier-R, « l'engagement de codébiteur solidaire adjoint »,RTD civ.1994.
Mayer Pierre, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Revue Arbitrale, 1998, page 359.
Mayer Pierre, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Revue arbitrale, 1994, page 620.
Mayer Pierre, « Le contrat illicite », Revue Arbitrale, 1984
Mayer Pierre., « L'autonomie de l'arbitre international pour statuer sur sa propre compétence » Rec. Cours La Haye 1989 T(217), page 333
Mazeaud et Chabas, Leçons de droit civil, T(3) vol (I).
Meledo-Briand, « Procédures collectives et droit économique, l'exemple français », Rev. int. dr. éco 1994, page 265.
Mezger Ernst, « Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961», essais in memoriam Eugenio Minoli, année 1974, Page 321.
Mezger Ernst, « vers la consécration aux Etats-Unis de la clause compromissoire dans l'arbitrage international », revue critique droit international privé, 1968, page 25.
Monachon-Dûchene ,« La garantie à première demande en matière de crédit à la consommation, Gazette de Palais. 1994, Doct., page 1410.
Mouly Christian, « Pour la liberté des garanties personnelles », Banque 1987, page 1166.
Mouly Christian, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, 1991, Dalloz, page 267 et suivantes.
Mouly Christian, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », Mélanges Breton-Derrida, page 267.
Mouralis Denis, « L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle », thèse Aix, 2008.
Note sous Cass.ass.plen. 4 juin 1999, RTDciv. 1999, page 664.
Note sous Cass.Ass.Plen., 4 juin 1999, JCP G 1999, II, 10152.
Note sous Cass.civ.1, 17 mars 1992, JCP G 1992, jurisprudence page 329.
Note sous Cass.civ.1, 17 mars 1992, RTDciv. 1992, page 765.
Note sous Cass.civ.1, 20 déc. 1988, D. 1989, 166.

Note sous Cass.civ.1, 23 février 1999, JCP G, II, 10189.
Note sous Cass.com. 12 janvier 1993, D. 1995, jurisprudence page 24.
Note sous Cass.com. 17 octobre 1984, JCP G 1985, II, 20436.
Note sous Cass.com. 2 février 1988, D. 1988, jurisprudence page 274.
Note sous Cass.com. 2 février 1988, D. 1988, somm. page 239.
Note sous Cass.com., 10 janv. 1995, D. 1995, 201.
Note sous Cass.com., 10 janv. 1995, JCP N 1995, page 1006.
Note sous Cass.com., 13 déc. 1994, D. 1995, 209,
Note sous Cass.com., 19 mai 1992, RTDcom. 1992 page 657.
Note sous Cass.com., 20 décembre 1982 (2 arrêts), D. 1983, jurisprudence page 365.
Note sous Cass.com., 3 janvier 1995, RTDciv. 1995, page 888.
Note sous Cass.com., 3 novembre 1992, JCP N, 1993, II, 150.
Note sous Cass.com., 30 janvier 2001, JCP E 2001, jurisprudence.
Note sous, Cass.com. 18 mai 1999 et 15 juin 1999, D. Cah.dr.Aff. 2000, jurisprudence page 112.

Oppetit Bruno, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », Mélanges Holleaux, page 317.

Picod Yves, « Les suretés foncières » Montchrestien, 1999.

Klemens Pleyer, république fédérale d'Allemagne, page194 « en aucun cas, la garantie bancaire n'est lie à la personne de l'ayant droit d'une manière telle qu'elle serait insusceptible de cession »

Poudret, Besson, « Droit comparé de l'arbitrage international », L.G.D.J., 2002, page137.

Poullet Yves, « Les garanties contractuelles dans le commerce international », DPCI, septembre 1979, T(5), n°3, page 387.

Pourret Gérard, « Les cautions des marchés réglementés, caution ou garantie à première demande ? », Petites Affiches, 19 juin 1992 page 10.

Prûm André, Application de l'adage « Fraus omnia corrumpit » à propos des garanties à première demande, DPCI 1987, T(13), n°1, page 121.

Racine. J-B, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », LGDJ, 1999.

Rapport de synthèse, colloque de Nice Sophia-Antipolis sur les entreprises en difficulté, LPA, 9 janvier 2002.

Rives-Lange (J.L.), Travaux de l'Association H. Capitant, La responsabilité du banquier : aspects nouveaux, prèc., rapport français, page 301.

Rives-Lange (J.L.), Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier, Revue Banque, octobre 1985, page 902.

RIVES-LANGE J.-L, Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?, Banque 1985.

Robert Jean, « L'arbitrage: droit interne et droit international privé »,6ᵉed. Paris, Dalloz 1993, spéc. P. 250 &s.
Rossi Tuto, « La garantie bancaire à première demande ». Pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé, thèse Fribourg 1989, Lausanne 1989.
Saint-Alary-Houin, « Droit des entreprises en difficulté », L.G.D.J, Précis Domat Droit privé, 12ème édition, 2020
Sanders Pieter, « L'autonomie de la clause compromissoire », Hommage à Frédéric Eisemann, Liber Amicorum , ICC Publishing 1978.
Simler (Ph.) et Delebecque (Ph.), chroniques, « Droit des sûretés, Garantie autonome », JCP éd. G.
Simler Philippe, « Que deviendrait la garantie si elle n'était pas transmise? » RD bancaire et bourse 1997 page 223.
Simler Philippe, « A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques », JCP N 1991, I, page 343.
Simler Philippe, « Cautionnement et garanties autonomes », Litec 1999, Nº. 857.
Simler Philippe, « les solutions de substitution au cautionnement » JCP G 1990, I, 3427
Simler Philippe « la garantie autonome ne devrait pas en conséquence échapper à la transmission universelle du patrimoine » - Semaine Juridique Edition Générale n°12, 20 mars 2017, page 310
Soinne Bernard, « Traité des procédures collectives », Litec, 2ème édition, 1995, p. 1779, n° 2191
Stoufflet Jean,
Synvet Hervé, « lettres de crédit et lettres de garantie en droit international privé », TCFDIP 1991-1992
Terray Jacques, « le cautionnement, une institution en danger »,JCP G, 1987,II,3295, nº1.
Vasseur Michel, Rapport de synthèse au colloque de Tours, 1980, FEDUCI, Le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest, page 319.
Vasseur Michel, « Garantie indépendante », Répertoire de droit commercial, Dalloz, N°42.
Vidal Dominique, « Droit des procédures collectives », Gualino, 2ème édition 2009, N°117, p 19.
Vidal Dominique, « Procédures collectives et procédures d'arbitrage quelle rencontre ? », Gazette du Palais, 31 octobre 2009, N° 304, page 3.
Vivant Michel, « Le fondement juridique des obligations abstraites », Dalloz 1978, chronique page 39

Yung Walter, « La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse », thèse Genève 1930, page 7

DÉCISIONS

1- Décisions en droit des pratiques restrictives à l'autonomie de la clause compromissoire

Cass. Civ, le 29 novembre 1950 - Tissot -D. 1951, p. 170
Cass. Civ, le 7 mai 1963, l'arrêt Gosset, J.C.P.1963, 13405.
Note H. Motulsky, Rev. crit., 1963, p 615,
Note B. Goldman, I.C.P., 1963, IL 13405
C.A de Paris, le 21 février.1964,
Note B. Goldman, JDI 1965.113
Cass. Com, le 25 novembre 1966, D. 1967. Jur. 359
Affaire Prima Paint v. Flood & Cocklin, 388 U.S. 395, décidée le 12 juin 1967.
Cass. Com, le 12 novembre1968, Rev. Arb. 1969. 59
Cass. Civ., l'arrêt Hecht, le 4 juillet 1972, Rev. crit. dr. int. priv., 1974, p 82.
Note P. Level, Rev. arb., 1974, P 89,
Note B. Oppetit, Rev. crit., 1974, p 82,
Note Ph. Fouchard, Rev. Arb, 1977, p 147,
Note E. Loquin, J.D.I., 1977, P 106.
Affaire Fritz Scherk / Alberto Culver Co., 417 U.S. 506, 520, 94 S. Ct. 2449, 2457 (*date 17 juin 1974*), Yearbook, 1976, p. 203.C. O. C. Truong, Op.cit, p.75.
Cass. Civ., le 3 décembre 1974,
Note E, Loquin, Rev. Arb.1974, p.89.J.D.I. 1977, p. 107
Affaires no 1434/1975, Rec. des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 268
C.A Paris, le13 décembre 1975, arret « Menicucci ».
Note Ph. Fouchard JO. DI. 1977.
Note B. Oppetit Rev. crit., 1976. p 507,
Cass. Com, le 26 novembre 1981,
Note E. Mezger, Rev. arb. 1982. 438
C.A Toulouse, le 26 octobre 1982, l'arrêt Behar,
Note H. Synvet, J.D.I., 1984, P 603.
Cass. Com, le 20 decembre1982, Dalloz.1985.565,
Note Vasseur
Sentence C.C.I. no. 4131, 1982, Rev. Arb., 1984, p.137

Sentence CCI, n° 4131/1982, 23 sept. 1982 : Rec. des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 464 et s.
C.A Paris, le 21 octobre 1983, Dow Chemical Rev. arb., 1984, p 98, note A. Chapelle
Cass.Civ., le 14 décembre 1983 ; Cass. Civ. 1ère, 4 décembre 1990
Cass. Com, le 15 décembre 1983, Dalloz.1984.420
Cass. Com, le 19 avril 1985, n° de Pourvoi 83-15258.
Cass. Com., le 21 mai 1985, Banque, 1985
Obs. J-L. Rives -Lange
Cass. Com., le 5 février 1985, Dalloz 1985.269.
Note Vasseur, Dalloz 1985.269
C.A de Paris, le 4 mars 1986, arrêt Cosiac, revue de l'arbitrage, 1987, p. 166,
Note Ch. Jarrosson
Cass. Civ, le 4 mars 1986, Rev. Arb. 1987,167.
Note Ch. Jarosson.
Affaire n° 6259 de 1990 (lieu de l'arbitrage : Boston – droit applicable : droit américain), C. O. C. Truong, « Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI »,Litec, 2002, p. 72
C.A de Paris, le 28 janvier 1988, J.D.I. 1989. 1021,
Note Eric Loquin
C.A de Paris, le 28 janvier 1988, Rev. arb. 1988. 565
Cass.Com., le 2 février 1988, Nº de Pourvoi 85-17.276, Publié au bulletin
Cass.Civ, le 8 mars 1988, n° 86-12.015, Bull. 1988, I, n° 65 p. 42 Société Thinet et Cie et autre c/ M Labrely, syndic de la liquidation des biens de la société Revêtement du sol, dite SRS
Cass. Civ., le 10 mai 1988, arrêt Cosiac, revue de l'arbitrage, 1988, p. 639,
Note Ch. Jarrosson
C.A Paris, le 30 Novembre 1988 Rev.arb. 691
Cass.Civ., le 6 décembre 1988, arrêt Navimpex, revue de l'arbitrage, 1989, p. 941
Note B. Goldman ; journal de droit international, 1990, p. 134
Note Marie-Laure Niboyet-Hoegy
CA Paris, le 28 novembre 1989, l'arrêt Cotunav,
Note P. Mayer, Rev. arb., 1990, P675
Cass. Civ., « Ecofisa », le 4 décembre 1990
Note H.Synvet , Rev .Arb ,p281 et plus
Cass.Com, le 17 juillet 1990, trois arrêts, Bull.civ.IV, n°214 et 215, D. 1994, page 494
Note A. Honorat.

Cass. Civ, le 5 février 1991, n° 89-14.382, Société Almira films c/ M Pierrel, ès qualités de liquidateur de la société.
CA de Paris, « Sté Afric Viande c/ Sté Britannia », le 18 avril 1991. Revue de l'arbitrage, n°1, 1994
CA de Paris « Sarl Diva Fruits c/ Sté Sim fruits », le 30 mai 1991, Revue de l'arbitrage, n°1, 1994, p. 95 et s.
CA Paris, le 25 juin 1991, Gaz. Pal., 25 décembre 1993, somm., p 578
Cass. Civ, le 19 novembre 1991, n° 89-22042.
CA Paris, le 17 décembre 1991, l'arrêt Galoil,
Note H. Synvet, Rev. Arb, 1993, p 281 (spéc. P 295).
Cass. Civ, le 4 février 1992 - Sté. de recherches et d'études techniques c/ SBBM - n° 90-12.569, Bull. Civ. I, n° 38, p. 28.
Affaire Filanto / Chilewich" , 789 F. Supp .1229-1242 , date 14 avril 1992 (confirmé par le Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 984 F2d 58-61).
CA de Paris, le 26 mai 1992, Rev. arb. 1993, p.624.
Note Aynès.
CA Paris, le 27 février 1992, Me Sohm ès qual. c/ sté Simex
Cass. Civ., le 16 juin 1993, Rev. arb., 1994, P 312.
Note D. Cohen.
Cass. Civ, « Société Ferruzzi France c/ Société Roquette Frères », le 30 juin 1993.
CA Colmar, le 21 septembre 1993, Rev .jur. com., 1994, p 154.
Cass. civ., « Sté BomarOil NV c/ ETAP », 9 novembre 1993, revue de l'arbitrage n°1, 1994, p.108.
Cass. Civ., le 20 décembre 1993, Dalico,
Note H. Gaudemet-Tallon, Rev. Arb., 1994, p 116
Note E. Gail1ard, J.D.I., 1994, P 432
Note J.-C. Dubarry et E. Loquin, R.T.D. com, 1994, p 254
Sentence CCI n° 7205, 1993, JDI 1993, p 1054.
Sentence CCI, n°12452, 1993, JDI 1993
CA de Paris, le 7 juillet 1994, Rev. arb. 1995, p. 107
Affaire n7889 de 1994 (lieu de l'arbitrage : Copenhague – droit applicable : droit danois), C. O. C. Truong, Op.cit, p.75.
Cass. Com., le 14 mars 1995, n° 93-12.489, Société Maison Paul Perrigault c/ M. Berkowicz, ès qualités d'administrateur du redressement judiciaire
CA de Paris, 20 septembre 1995, société Matra Hachette c/ société Reteitalia.
Tribunal Fédéral suisse ; le 20 décembre 1995 ; Bull. Arrêts du tribunal Fédéral, recueil 121, 3ème partie ; p. 495
CA Paris, le 3 mars 1998, sté toulousaine d'exploitation cinématographique c/ sté Polygram Film Distribution.

Cass civ, le 17 décembre 1998, n°12616, Foroit. , 1999, I, 2979
Cass. Civ., le 6 décembre 1998, « Navimpex ». N° de Pourvoi 96-17.761, Publié au bulletin
Cass. Civ, le 5 janvier 1999, Banque Worms, RCDIP 1999.537,
Note Etienne Pataut.
Cass. Civ, le 5 janvier 1999 ; JO. DI. 1999 p. 784
Cass. Civ, le 17 mars 1999, n°2394, Mass. Giust. Civ., 1999, 582
CA Paris, le 30 mars 1999, Consorts de Coninck c/ M. Zanzi et société Torelli ès qual.
CA Paris, le 1juin 1999 « Air Transport c/ Sté. The Levant Shipping, Company (Khayat travel and tourism). Journal du droit international, n°2, 2000.
CA 1ére Ch. civ, 28 novembre 1999, Rev.arb. 2001. 165, note Cohen
Tribunal fédéral (1re Cour civile), 9 mai 2001 : ASA Bulletin, volume 20, n°1, mars 2002
Cass. Civ, le 8 février 2000, Taurus Films, Rev.arb. 2000, p.280.
Note P-Y Gautier.
Cass. Com., le 14 mars 2000, n° 96-21.222, SCP Brouard-Daude c/ société Caisse industrielle d'assurance mutuelle (CIAM).
Cass. Com., le 30 janv. 2001, No. 98-22-060, Bull. n°.25
Cass. Civ, le16 octobre 2001,
Note D Cohen , Rev. arb. 2002 919,
Cass. com., le 8 janvier 2002, Bull. Civ. 2002, IV,p.3
CA Paris, le 13 février 2002, n° 2001/21101, V.JCP, éd. entreprise, 2003, p. 447.
Cass. Civ., le 4 avril 2002; Sté Barbot c/Sté Bouygues ; Recueil Dalloz jurisprudence, 2003, n° 17, 24 avril, p.1117;
Cass. Com., le 9 avril 2002; Toulouse c/Sté Philam ; Recueil Dalloz jurisprudence, 2003, n° 17, 25 avril, p.1402
Cass. Civ, le 28 mai 2002, Cimat, Rev. arb. 2003.397,
Note crit. D. Cohen.
CA Paris, le 10 septembre, 2003, Rev. Arb.2004, p.625.
CA de Douai « STEINWEG HANDELSWEEM BV c/ SA GENERALI », 30 octobre 2003, revue droit maritime français, Mars 2004, p. 253
CA de Rouen Navire Pella « AXA CORPORATE et a. c/ Sté TRIDENT MARINE et autre. », 4 décembre 2003. Revue droit maritime français, mars 2004, p. 257 et s.
Obs. Philippe DELEBECQUE.

Cass. Com., le 14 janvier 2004 - Sté Prodim et autres c/ Sté Evolys - n°02-15.541, Bull., 2004, IV,n° 10, p. 12.
Cass. Civ., le 30 mars 2004 - Rambour ès qual. Eta. c/ Sté Frabaltex - n° 01-11.951, Bul. Civ. 2004, I, n° 98, p. 79.
Cass. Civ., le 27 avril 2004, Bull. 2004, I, n° 112
Cass. Com., le 2 juin 2004 - Sté Industry et autres c/ Sté Alstom Power Turbomachines - n° 02-18.700, Bull. civ. 2004, IV,n° 110, p. 114
Cass. Com., 2 juin 2004, Sté Gaussin et a. c/ Sté Alston Tower Turbomachines - n° 02-13.940, Bull. civ. 2004, IV, n° 112, p. 115.
Cass. Civ., le 7 juillet 2006, Bull. 2006, I, n° 337
Cass .Civ, le 1 septembre 2004, n° de Pourvoi 17531
Cass. Com, le 9 septembre 2004, Cah. Arb., vol.3, p347
Cass. Civ., le 25 octobre 2005,
Note J.-B. Racine Paris, 24 mai 2006, Rev. Arb. 2006, 03,
Note P. Didier, Rev. Arb. 2006. 535
Sentence de CCI, 2005, n° 10982, J.de dr. Int. No.4, p. 1256
Cass. Civ, le 25 avril 2006 - Sté SCF c/ Sté Chays Frères - n°05-13.749, Bull. civ. 2006, I, n° 197, p. 173, G. Chabot, LPA, 27 juin 2006, n° 127, p. 18.
Cass. Civ., le 25 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 196
Cass. Civ., le 7 juin 2006 : Rev.arb. 2006, p.945
Cass. Civ., le 11 juillet 2006, Bull. 2006, I, n° 364
Cass. Com, le 3 octobre 2006, n° 04-13.987, non publié au Bulletin.
Cass. Civ., le 30 octobre 2006, Bull. 2006, I, n° 443
Cass. Civ., le 20 février 2007, Bull. 2007, I, n° 62
Cass. Civ , le 21 mars 2007, n° de Pourvoi 6809, inédit.
Cass. Civ., le 27 mars 2007, nº de Pourvoi 04-10.970, publié au Bulletin.
Cass. Civ., le 9 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.349, inédit.
Cass .Com, le 25 novembre 2008 N° de pourvoi 07-21888**,** publié au bulletin
Cass. Civ, le 6 mai 2009 - Mandataires judiciaires associés c/ Sté International Company for Commercial Exchanges Income - n°08-10.281.
Cass. Civ., le 8 juillet 2010, nº de Pourvoi 09-67013, publié au Bulletin.
Cass. Civ., le 22 septembre 2010, n° de Pourvoi 09-17410, inédit.
Cass. Civ., le 6 octobre 2010, nº de Pourvoi 09-68731, Dalloz 2010, page 2441
Cass. Civ, le 2 avril 2014, nº Pourvoi 11-14692, Bull. civ.Bull. 2014, I, n° 59
Cass. Civ., le 17 novembre 2010 nº de Pourvoi 09- 12442, publié au Bulletin
Cass.Com, le 17 novembre 2015**,** n° de pourvoi: 14-16012, publié au Bulletin.
Cass. Civ, le 1 avril 2015, n° de pourvoi 14-14.552, publié au bulletin
CA de Paris, le 19 mai 2015, Société Chematur AB c/ République de Bulgarie
Cass. Civ., le 16 septembre 2015, n° de Pourvoi 14-10.373, publié au bulletin.
Cass. Civ, le 13 juillet 2016, pourvoi Nº 15-19.389, publié au bulletin

Cass. Civ., le 20 avril 2017, n° de pourvoi 16-11.413, publié au bulletin
Cass. Civ**,** 13 septembre 2017, n° de pourvoi 16-18178, inédit.
Cass. Com., le 26 février 2020, n° de pourvoi 18-21.810, inédit.

2- <u>Décisions en droit des pratiques restrictives à la garantie autonome</u>

CA Paris, le 28 septembre 1978, Banco Espagnol en Paris c. Société Générale, inédit.
Cité par A. Prûm
CA de Riom, le 14 mai 1980, *JCP* CI 1981, II, 13506 n°101
CA de Paris, le24 novembre 1981, Dalloz.1982, 296.
Note Vasseur.
CA Paris, le 29 janvier 1981, D. 1981, p.336, Annulé par la cour de Cass.com, 20 décembre 1982, D. 1983, jurisprudence page 365,
Note Vasseur.
CA Paris, le 29 novembre 1982, *D*. 1983, page 302
Obs. Vasseur.
Cass.com, le 20 décembre 1982, D. 1983, jurisprudence page 365,
Note Vasseur
Cour de justice de Genève, le 24 juin 1983, *D*. 1983, page 486,
Obs. Vasseur
Cass.com., le 13 décembre 1983, D. 1984, page 420,
Note Vasseur.
CA Paris, le 17 janvier 1983, JCP G 1983, II, 1996,
Note Stoufflet,
CA Paris, le 7 novembre 1983, D. 1984, inf. rap. Page 205,
Obs. Vasseur
T.com Bruxelles, le 13 mars 1984 et 26 juin 1984, *D*. 1985, inf. rap. Page 239
Obs. Vasseur
Cass. Com., le 17 octobre1984, Bull. Civ. IV no. 265, p.217.
Cass. Com, 27 novembre 1984, D. 1985, page 269, 2^{éme} esp.
Note Vasseur.
Cass. Com., le 17 octobre 1984, D. 1985 page 269, 1^{ere} esp.
Note Vasseur.
Cass. Com., le 5 février 1985, D. 1985, page 269
Note Vasseur
Cass. Com., le 5 février 1985, D. 1985, page 269
Note Vasseur
Cass. Com., le 20 fevrier1985, Bull. civ. IV, no.74, p.64
Cass.Com, le 21 mai 1985, *D.* 1986 page 213, 1ere esp.

Note Vasseur.
Cass. Com., le 21 mai 1985, pourvoi n° 83-16.925, Bull. 1985, IV, n° 160
Cass. Com., le 21 mai 1985, Rev. Banque, 1986, p. 87.
Cass. Civ, le 21 mai 1985, D. 1986 page 213, 1ere esp.
Note Vasseur.
Cass. Com, le 19 novembre 1985, *Bull. civ* IV, n°274, page 231, *D*. 1986, page 153
Obs. Vasseur.
CA Aix-en-Provence, le 12 décembre 1985, *D*. 1988, somm. page 241,
Obs. Vasseur.
Cass.com, le 18 mars 1986, D. 1986, page 166,
Obs. Vasseur.
CA Paris, le 10 avril 1986, D. 1988, somm. Page 244,
Note Vasseur.
CA Paris, le 1 juillet 1986, D. 1987, somm. Page 171,
Obs. Vasseur.
Cass.com, le 10 juin 1986, Gazette de Palais, 1987, 1, page 75,
Obs S. Piedelievre.
CA Paris, le 9 juillet 1986, D. 1988, somm. Page 243,
Obs. Vasseur
CA Paris, le 1 octobre 1986, D. 1987, somm. Page 171,
Note Vasseur.
Cass. Com., le 20 janvier 1987, D. 1987, 117.
CA Paris, 13 février 1987, D. 1987, somm. Page 172,
Obs. Vasseur.
CA Paris, le19 mars 1987, RD bancaire et bourse 1987 page 96
Obs. M. Contamine-Raynaud
CA Paris 14 décembre 1987, *Banque* 1988, page 236,
Obs. Rives-Langes.
Cass.Com., 2 février 1988, Bull.civ. IV, n° 55, JCP G 1988, IV, 113, D. 1988, somm.
Obs. Vasseur page 239
Obs. Aynès page 274
CA de Paris, du 14 mars 1988, publié au D. Somm. 1989, p. 152 et confirmé par la Cour de cassation le 27 février 1990, D. Somm. 1990, p. 213
T.com. Paris, 26 mai 1989, D. 1990, somm. Page 340
Obs. Vasseur page 206.
Cass.Com. 27 février 1990, *D*. 1990, somm. Page 213,
Obs. Vasseur
CA Versailles 13 juin 1990, *D*. 1991, somm., Page 191

Obs. Vasseur.
Cass.com., le 17 juillet 1990, trois arrêts, Bull.civ.IV, n°214 et 215, D. 1994, page 494
CA Douai 18 avril 1991, Juris-Data n° 050990.
Trib.com. Nanterre 24 mai 1991, D. 1992. 242
Com. Vasseur.
CA Reims 16 octobre 1991, RD bancaire et bourse 1992 page 253
Obs. M Contamine- Raynaud.
CA Rennes, le 6 novembre 1991, Juris-Data n° 048834
CA de Paris, le 15 décembre 1991, Juris-Data n°025149, RD bancaire et bourse 1992 page 174,
Obs. Contamine-Raynaud
CA. Rennes, le 22 mai 1992, Juris-Data n° 044128,
Cité par Ph. SIMLER, op.cit., n° 953 note 348.
Cass.Com., le 6 avril 1993, D. 1995, somm. Page 20.
Note Vasseur.
Note A. Honorat.
CA Douai, 18 mars 1993, Juris-Data n° 043223.
Cité par Ph. Simler
ATF 119 II 132, Bulletin CEDIDAC No 20, Lausanne, Septembre 1993, p. 9
Note F.Logoz
Cass. Civ., le13 octobre 1993, Droit et Patrimoine, juin 1994,
Obs. de BOTTINI, page 93.
Cass. Com, le 15 novembre 1994, Juris-Data n°002200.
Cité par Ph. SIMLER
Cass. Com., le 13 décembre 1994, n° de pourvoi 92-12.626 P : D. 1995. 209.
Note L. Aynès ; RTD com. 1995. 458,
Cass. Civ., le 24 janvier 1995, Bull.civ.1, n°51
CA Paris, le 3 mars 1995, RTD.Civ. 1995, 888,
Obs. J. Mestre.
CA Poitiers, le 30 avril 1996, Juris-Data n° 056631.
Cité par Ph. Simler
Cass. Civ, le 12 mars 1997, Bull.civ. III, n°53, RD bancaire et bourse 1997 page 124 et suivantes.
Obs. M. Contamine-Raynaud, JCP G 1998, I, page 103 n° 17
Obs. Simler.
CA de Paris, le 1 avril 1997, D. 1997.
CA de Nancy, 22 septembre1997 : RTD Com. 1998. 655,
Obs M. Cabrillac
Cass. Com., le 7 octobre 1997, Bull. n° 242 ; RTDCom. 1998, p. 189,

Obs. Cabrillac ; JCP E 1998, p. 226,
Note Legeais, et JCP E 1999, p. 758, n° 28,
Obs. Gavalda et Stoufflet ; Rev. Dr. bancaire et bourse 1998,
Obs. Contamine-Raynaud

Cass. Civ, le 14 janvier 1998 JCP G 1998, I, page 149,
Note Simler.

Cass. Com. le18 mai 1999, Bull. n° 102 ; D 2000, p. 112,
Note Picod ; JCP 1999.II.10199,
Note Stoufflet ; Banque, novembre 1999 n° 608, p. 74,
Note Guillot ; Rapport annuel de la Cour de cassation,
1999, n° 3, p. 366, s.

Cass.Com, le 15 juin 1999, Juris-Data n° 002485, JCP E 1999.
Obs. Bouteiller, D. Cah. Dr. Aff., 2000, jur.
Note Y. Picod.

Cass. Civ., le 23 février 1999, Juris-Data n° 000784 ; contr. conc. cons. mai 1999, n° 69, page 9,
Obs. Levendeur ; RTDCom. 1999, n° 8, p. 480 ; JCP E 1999,
Obs. Simler et Delebecque ; JCP G 1999.II.10189,
Note Ginestet

Cass .Com, le 27 juin 2000, nº de Pourvoi 96-20.045 Inédit

Cass. Com, le 5 décembre 2000, nº de Pourvoi 97-12.010, Inédit.

Cass. Com, le 30 janvier 2001, JCP E 2001, p. 568
Note Legeais Dominique.

Cass. Com, le 6 mars 2001, D. cah. Dr. Aff., jur., page 1174,
Obs. A. Lienhard.

Cass. Com, le 2 juin 2004, nº 02-13.940, publié au bulletin

Cass. Com, le 16 juin 2004, nº de Pourvoi 03-12.174, Inédit ;

Cass. Com, le 2 octobre 2004, nº de Pourvoi 11-23.401, Inédit

Cass.Com, le19 décembre 2006, n° pourvoi 05-13.461 Publié au bulletin

Cass. Com, le 10 mars 2009, nº de Pourvoi 08-14.064, Inédit

Cass. Civ, le 8 mars 2011, n° de Pourvoi 09-11.751, inédit

CA Toulouse, le 3 septembre 2013, n°12-00422

Cass. Civ, le 11 septembre 2013, nº de pourvoi 11-17.201, Publié au bulletin

Cass. Civ, le 1 avril 2015, nº de Pourvoi1 14-14.552, Publié au bulletin

Cass .Com, le 29 septembre 2015, n° de pourvoi: 13-26897. Inédit

Cass.Com., le 17 novembre 2015, nº de pourvoi 14-16.012, publié au bulletin.

Cass. Com., le 3 mai 2016, nº de pourvoi 14-28.962, publié au bulletin.

Cass. Com., le 31 mai 2016, nº de pourvoi 13-25.509, publié au bulletin.

Cass. Civ., le 20 avril 2017, n° de pourvoi 15-18203, inédit.

Cass. Com, le 10 janvier 2018, nº 15-26.324, inédit.

Cass. Civ, le 12 décembre 2018, nº de Pourvoi 17-12.477, Inédit
Cass. Com., le 30 janvier 2019, no de pourvoi 17-21.279, publié au bulletin.
Cass .Civ, le 21 février 2019 nº de pourvoi 17-26.603, inédit.
Cass.Com, le 7 mai 2019, nº de pourvoi 17-13.655, inédit
Cass.Com., le 5 février 2020, nº de pourvoi 18-19.044, Inédit

Table des matières

Introduction ……. P-5

I- Qualification de l'autonomie matérielle de la clause compromissoire par rapport au contrat principal comparée à celle de la garantie autonome. .....…. P-7

Signification de l'autonomie matérielle …… P-8

A- Autonomie matérielle de la clause compromissoire ……..... P-8
1- Clause distincte des autres clauses du contrat principal …… P-8
2- La survie de la clause compromissoire au contrat principal……...…….. P-11

B- Indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base……...…….. P-12
1- Le libre choix .....…..... P-12
2- Le contrôle de cette qualification ……..... P-13

II- Qualification de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire et de la garantie autonome……...P-14

A- L'autonomie de rattachement de la clause compromissoire ……...…P-14
1- La loi applicable à la clause compromissoire n'est pas nécessairement celle qui régit le contrat principal P-15
a- Inconvénient de la méthode conflictualiste…….. P-15
b- Adoption d'une règle matérielle……... P-17
2- Autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique……P-17

B- La garantie autonome ……..... P-20
1- Autonomie de l'objet comme critère de qualification ……..... P-22
2- Fondement de cette autonomie ……..……. P-23

III- La nécessaire analyse de deux qualifications …..…….…… P-25

PREMIERE PARTIE
Autonomie de la clause compromissoire et de la garantie autonome face au contrat principal ……..… P27

Chapitre I- Autonomie matérielle par rapport au contrat principal ou de base …….. P-29

Section I- Signification de la notion et consécration du principe « autonomie matérielle » de la clause compromissoire et de garantie autonome .....…..P-29

§1- Signification de la notion d'autonomie matérielle …….....P-29

A- Le concept de la survie de la clause compromissoire au contrat principal …… P-29
1- Absence de contagion des vices affectant le contrat principal. ……..... P-30

a- Unité ou pluralité d'actes juridiques……..... P-30
b- Séparabilité de la clause compromissoire……..... P-37
(i) Expose du principe ……..…….... P-39
(ii) Cas illustrant cette autonomie matérielle : un contrat conclu sous condition suspensive……..……..... P-41

2- L'extension du principe contestée en cas d'inexistence ou de nullité *ab initio* du contrat principal ……..……. P-44

B- Indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base…… P-55
1- Les étapes indispensables pour la formation du caractère autonome de la garantie dès son émission …… ……..……... P-57
a- Emission de la garantie …..... P-59
b- Les conséquences de l'autonomie de la garantie autonome ……..……. P-60

2- L'importance du principe de l'autonomie dans l'application de la garantie…….. P-61
a- Appel de la garantie autonome …….……... P-61
b- Les obligations et les droits du garant …….……..…….. P-62
c- Les moyens de défense du donneur d'ordre……...……. P-63

3- L'interdiction d'opposer les exceptions soulevées contre le contrat de base comme critère distinctif de l'autonomie de la garantie autonome …… P- 66
I- Le principe de l'inopposabilité des exceptions comme facteur déterminant pour l'Indépendance de la garantie autonome. ……..... P-67
A- L'inopposabilité des exceptions issues de l'obligation garantie ……..... P-67
1- Signification ……..…….. P-68
2- Fondement ……..... P-69
3- Application de principe …… P-70
B- L'inopposabilité des exceptions tirées du rapport d'ordre à la garantie autonome P-74
C- L'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base à la garantie autonome P-75
II - Les limites à l'indépendance de la garantie et celle du garant autonome propre à cette garantie et celles au garant…….…… P-79

§2- Consécration du principe d'autonomie. ……... ….. P-84
A- Consécration du principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal……. P-85
1- Les conventions internationales …….. P-85
2- Les ordres juridiques internes……..... P-86
a- Les législations nationales …….. ……... P-86
b- La jurisprudence……..... P-88
c- La pratique arbitrale …… P-89

B- Consécration de l'indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base…… P-91
1- Dans l'ordre juridique interne …… P-91

2- Dans les institutions à caractère international ……..... P-91

Section II- La loi applicable à la clause compromissoire et au contrat de garantie autonome face au contrat principal…… P-93
§1- la loi applicable à la clause compromissoire…….…….. P-94
1- Le libre choix de la loi applicable……..…… P-97
a- Sur le plan jurisprudentiel …….……..... P-97
b- Sur le plan normatif ……..…. P-100

2- Le silence des parties. ……... P-102
a- Le silence concernant seulement la loi applicable à la clause compromissoire….. P-103
b- Le silence concernant à la fois la loi applicable à la clause compromissoire et le contrat principal. ……. P-104
b-1 La loi applicable par l'arbitre au fond de litige……..……... P-105
b-2 La loi applicable à la validité de l'accord d'arbitrage…….…..... P-106
b-2-1 Le consentement des parties …… P-107
b-2-2 La capacité des parties (arbitrabilité subjective) ……..... P-107
b-2-3 Arbitrabilité de la question litigieuse (arbitrabilité objective) …… P-108

§2- La loi applicable à la garantie autonome……..…..……... P-108

Chapitre II- L'autonomie de rattachement de la clause compromissoire et de la garantie autonome. ……..……... P-118

Section 1- Autonomie de rattachement de la clause compromissoire dans son application en son contexte étatique et international……..... P-121
§1- L'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique…… P-121
A- La signification de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire.… P-121
1- La non-acceptation de la méthode conflictuelle ……..... P-122
a- Inconvénients de la méthode conflictuelle……..……..... P-122
b- L'adoption d'une règle matérielle …….……..... P-126
2- Contenu de la règle matérielle ……..... P-127
a- Autonomie de la clause par rapport à toute loi étatique …….…..... P-127
b- Nécessité résiduelle des lois étatiques ……..... P-130
B- Reconnaissance de l'autonomie de rattachement……..... P-132
1- La solution française ……..... P-132
a- Apparition de la solution …….. P-132
b- Portée de la solution française …… P-135
2- Reconnaissance timide du principe dans d'autres systèmes juridiques……..... P-138
a- Au niveau étatique ……... P-139
b- Au niveau non étatique ……. P-142

C- Articulation de l'autonomie de la clause compromissoire avec le principe compétence-compétence ……..... ……. P-145
1- Signification du principe compétence- compétence …….. P-146

a- Fondement de l'effet positif du principe …… P-147
b- Fondement de l'effet négatif du principe …… P-159
b-1 Divergences sur la consécration de l'effet négatif du principe en droit positif interne …….. P-152
b-2 En droit comparé : les droits favorables à l'effet négatif du principe ……... P-154
(i) En droit Suisse……..... P-155
(ii) En droit anglais ……. P-155
b-3 Les droits hostiles à l'effet négatif de la compétence-compétence …….. P-156
(i) Le droit allemand ……. P-156
(ii) Le droit américain ……..... P-157

2- Interaction entre les principes d'autonomie de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence ……..…….. P-157
a- Les points communs entre les deux principes ……... P-157
b- La nécessité de distinguer les deux principes …… P-159

§-2 Les limites aux principes d'autonomie de la convention d'arbitrage par l'ordre public international et les lois de police ……..... P-161
I- Le fondement de ces limites……... P-161
II- Le contenu de ces limites…… P-165
A- arbitrabilité subjective ……... P-166
B- arbitrabilité objective …… P-167
1- le rôle de l'ordre public international …… P-167
2- le rôle prépondérant de l'ordre public …… P-169

Section II- Autonomie de rattachement de la garantie autonome par rapport à toute loi étatique dans le contexte international…….. P-170
§-1 Des interprétations dérivantes de droit international privé…… P-171
I- l'étendue de la méthode conflictuelle ……..……..... P-173
II-Les sources et fondement pour déceler des règles matérielles spéciales applicables à la garantie autonome…….…….. P-175

A- Les ressources pour déceler des règles matérielles spéciales …… P-176
1- Les ressources d'origine nationale…… P-177
2- Les ressources d'origine internationale…… P-180
a- Les ressources issues des traités…….…….. P-180
b- Des ressources internationales particulières illustrant la création de ces règles matérielles spéciales …… P-181
b-1 Les interprétations originaires de l'arbitrage international ……. P-181
b-2 Les interprétations originaires de la pratique internationale …….. P-183

B- Le fondement de la méthode basée sur l'élaboration des règles matérielles spéciales ……. P-184

§-2 l'interférence entre le contrat de garantie autonome international et règles de conflit de lois …….. P-189
I- La portée de la loi applicable à la garantie autonome dans le contexte du droit international …… P-191
A. La diversité des sources pour les solutions de la méthode conflictuelle en matière de la garantie autonome internationale …… P-192
1- La loi du contrat de la garantie dérive de la loi de la banque …….. P-193
2- La loi du contrat de la garantie dérive de la Lex Mercatoria …….. P-194

B. L'application exceptionnelle d'une loi différente de celle de la banque …… P-199

II- la garantie autonome bancaire internationale entre la méthode conflictuelle et la Convention de Rome et le règlement de Rome I …….. P-202
1- Règles uniformes concernant la loi applicable dérivant de la Convention de Rome et du règlement Rome I. ……... P-205
2- La priorité du droit communautaire. ……..... P-207
3- La faible portée pour l'éviction du règlement Rome I ……P-208

§-3 l'influence des lois de police sur la loi applicable au contrat de la garantie autonome ……P-211
I- La portée des lois de police applicable aux contrats de la garantie autonome bancaires internationaux. ……. P-213

A- Le mécanisme d'appliquer les lois de police communautaires aux contrats de la garantie autonome internationaux ……..P-214
1- Le contrat de la garantie autonome entre le *lex contractus* et les lois de police P-219

2- L'ampleur de l'expulsion de la *lex contractus* par les lois de police dans le domaine de la garantie autonome internationale ……P-222
B- La garantie autonome sous les lois de police étrangères aux termes de l'article 9 paragraphe 3 du règlement Rome I……... P-225
Conclusion du chapitre II…… P-232
Conclusion générale de la première partie ……... P-233

DEUXIEME PARTIE

Autonomie et sphère d'application de la clause compromissoire et de la garantie autonome ……..... P-239
Introduction ……. P-240
Chapitre I : L'impact des procédures collectives confrontées au principe de l'autonomie de la clause compromissoire et de la garantie autonome ……. P-242
Section I : L'applicabilité de la convention d'arbitrage lors du procès des procédures collectives ……...…… P-242

§ 1 - L'influence des procédures collectives en cas de coexistence avec le procès arbitrale ……..... P-244
I- Le principe de l'arbitrabilité des procédures collectives ……..……. P-244

A- Les limites d'origine législative à l'arbitrabilité des procédures collectives ……. P-245
3. L'influence de l'ordre public sur la compétence de l'arbitre …..……... P-245

a- L'ordre public forme un rempart contre le principe de l'autonomie de l'arbitrage P-245
a-1 La reconnaissance du principe de l'autonomie de l'arbitrage …….. P-246
a-2 L'ordre public obstacle au principe de l'autonomie de l'arbitrage ……..…… P-246

b- La consécration de l'inarbitrabilité des procédures collectives en vertu de l'ordre public ……..... P-247
4. Les justifications extralégales de soumettre les procédures collectives aux juridictions étatiques …….…….... P-251
B- L'arbitrabilité restreinte des procédures collectives ……... P-254
1- La portée de l'arbitrabilité des procédures collectives ……..……..… P-254
a- L'étendu de l'arbitrabilité des procédures collectives ……...……. P-255
a-1 L'évolution vers l'arbitrabilité des procédures collectives …… P-255
a-2 La consécration d'une compétence arbitrale encadrée en présence d'ordre public ……. P-257
b- L'encadrement du recours aux procédures arbitrales dans le domaine des procédures collectives…… P-259

b-1 Arbitrabilité des litiges purement contractuels conclus avant l'ouverture des procédures collectives ……..……P-260
b-2 La soumission des traitements conventionnels liés aux procédures collectives à l'arbitrage……. P-261

2- Inarbitrabilité des cas spécifiques dans le domaine des procédures collectives ……..... P-263
a- Inarbitrabilité des litiges au motif de leur nature …….. P-263
b- Arbitrabilité des litiges d'origine extrinsèques aux procédures collectives ……P-264

II- L'impact des procédures collectives en cas de concomitance avec l'arbitrage.....P-265

A- Le sort d'une instance arbitrale ouverte antérieurement aux procédures collectives ……. P-265
1- La résistance de l'instance arbitrale antérieure aux procédures collectives..... P-265
2- Interruption temporaire de l'instance arbitrale lors d'ouverture d'une procédure collective P-276
a- La modalité de cette interruption ……...……... P-276
b- Les objectifs de cette interruption …..……..……..…….. P-280

B. Les dérogations à l'interdiction de recourir à une procédure arbitrale en cours d'une procédure collective …… P-282

C. L'applicabilité des conventions d'arbitrages conclues antérieurement à l'ouverture de la procédure collective ……. P-287

Section II- La garantie autonome dans les procédures collectives ……..... P-301

I- Le sort de la créance d'une garantie autonome dans la procédure collective……P-302
II- L'influence du principe d'arrêt du cours des intérêts en cas d'une garantie autonome lors d'ouverture d'une procédure collective…….. P-310
A- Le principe d'arrêt du cours des intérêts…….. P-312
1- Le champ d'application du principe…… P-312
a- La position des créanciers visés …… P-312
b- La modalité des intérêts visés …….. P-313
2- Le fondement de ce principe…… P-314

3- Le sort de la garantie autonome lors de l'arrêt du cours des intérêts…… P-316
B- La dérogation au principe d'arrêt du cours des intérêts……..... P-318
III- Les interférences entre procédure collective du débiter principal et procédure collective du garant……..... P-319
Conclusion du chapitre I……..... P-324

Chapitre II : le principe d'autonomie confronté à l'extension, la circulation et l'extinction de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome……..... P-327
Section I- L'extension de l'autonomie de la convention d'arbitrage …….. P-328
§1- Extension de la convention d'arbitrage dans le temps ……... P-328
1- L'extension ultérieure au prononcé de la sentence arbitrale…… P-328
2- L'effet de la convention arbitrale après la fin du délai de l'arbitrage……. P-332
§2- Extension de la convention d'arbitrage à des non signataires ……..... P-335
§3- Extension de la clause compromissoire dans les chaines de contrats …..……. P-331
1- La pratique arbitrale postérieure à la sentence Dow Chemical ……..……. P-349
2- La distinction arbitrale entre les exigences de droit matériel de celles de droit procédural ……..... P-355
3- Influence de la doctrine de la Cour d'arbitrage de la CCI en matière d'arbitrage international et interne ……..……... P-356
4- Le positionnement de la jurisprudence et la doctrine française ……P-360
a- La jurisprudence ……..... P-360
b- La doctrine ……..… P-365
§4- Cas spécifiques d'extension de la clause compromissoire …….……..... P-369
1- L'insertion de la convention arbitrale dans un contrat non daté et non signé….. P-369
2- La consistance de la convention arbitrale par référence …….……..... P-374

Section II- L'autonomie et la circulation de la clause compromissoire et de la garantie autonome…… P-382

§1- Transmission de la clause compromissoire par cession de créance ……..... P-381
1. Le problème envisagé dans la jurisprudence Italienne……... P-383

a- La solution italienne offrant un effet considérable à l'autonomie…… P-384
b- Les raisonnements et les fondements de la solution Italienne fondés sur une approche subjective.…… P-386
2.Les raisonnements et les fondements de la solution Française fondés sur une approche objective …….…… P-387

§2 - La cessibilité de la garantie autonome ……..... P-393

A- Cession de la garantie indépendamment du contrat de base …….. P-394
1- Interprétation du fond de la cession de la garantie autonome …… P-395
2- La capacité du bénéficiaire de produire une cession de la garantie autonome ……P-398
a- La liberté limitée de transférer des garanties autonomes à titre accessoire ……. P-398
b- La portée d'une cession isolée de la garantie autonome…….…….. P-400
B- Les effets du transfert de l'obligation principale sur la créance de la garantie autonome ……..P-402

§3- La non transmission de la garantie autonome en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie …… P-406

Section III- L'autonomie et l'extinction de la clause compromissoire et de la garantie autonome ……..…… P-412
§-1 Extinction de la clause compromissoire ……. P-414
A- Causes d'extinction propres à la convention d'arbitrage …… P-414
1- La renonciation à la convention d'arbitrage ……..... P-414
2- Prononcé de la sentence arbitrale finale …….. P-418
3- Expiration du délai de l'arbitrage ……..…….. P-420

B- Causes d'extinction propres au contrat principal …….. P-422
1- Les causes ayant une incidence sur la clause compromissoire……..……. P-423
a- L'exécution du contrat principal……..…….. P-423
b- La novation de la clause compromissoire……..……..... P-437

2- Les causes respectant l'autonomie de la clause compromissoire……..…… P-428
a- Prescription et forclusion des obligations des engendrées par le contrat principal P-428
b- La clause compromissoire à l'épreuve de la transaction……..…….…… P-428
c- Novation du contrat principal……...……. P-428
d- Résiliation ou résolution du contrat principal……..…….. P-435

§-2 L'extinction de la garantie autonome ……..... P-440
I- Etendu de la garantie autonome en fonction du montant et du temps comme cause propre pour une extinction …….. P-440

1- L'effet de la détermination du montant sur la garantie autonome …… P-441
2- L'effet de la détermination de la durée sur la garantie autonome …… P-443
a- L'extinction de la garantie autonome en présence d'une durée indéterminée P-443
b- L'extinction de la garantie autonome en fin d'une durée déterminée……. P-445

II- L'inopposabilité des exceptions tirées de l'extinction du contrat de base…….. P-448
A- L'extinction du contrat de base sans effet sur la garantie autonome……... P-449
B- Extinction de la garantie autonome en cas de fraude manifeste et abus de droit…P-453
1- Le fondement juridique de la fraude et d'abus de droit pour une extinction de la garantie autonome ……..... P-454
a- Les caractéristiques de l'appel abusif ou frauduleux de la garantie autonome…... P-454

b- Condition manifeste de la fraude ou de l'abus de droit dans l'appel d'une garantie autonome …… P-457
2- L'exemption du caractère frauduleux et d'abus manifestes …….. P-461
a- Evaluation du caractère manifeste de la fraude et de l'abus manifeste …… P-461
b- Le positionnement jurisprudentiel ……..... P-463
b-1 Expulsion du caractère manifestement abusif …… P-463
b-2 Appels caractérisés manifestement abusifs …… P-465

Conclusion du chapitre II…… P-469

Conclusion de la partie II…… P-470

Conclusion générale : Analyse comparative entre l'autonomie de la clause compromissoire et la garantie autonome …… P- 478

§I- les points de divergences ……..... P-478
1- Objet et but de la clause compromissoire en comparaison avec le contrat de la garantie autonome ……..... P-478
2- L'autonomie un vocable recouvrant deux réalités : la Séparabilité et Indépendance …… P-481
3- L'autonomie matérielle de la clause compromissoire et de la garantie autonomie.P-484
4- L'influence des procédures collectives sur la clause compromissoire et de la garantie autonome…… P-485
5- L'autonomie et l'extension de la clause compromissoire et de la garantie autonome…… P-486

§II- les points de convergences ……..... P-488
1- Expiration du délai et l'extinction de la convention d'arbitrage et de la garantie autonome …… P-488
a- La clause de durée de validité de la clause compromissoire et de la garantie autonome ……..... P-489
b- Renonciation…… ……...……..... P-491
c- La fin du contrat principal ou de base…… P-490

2- Annulation ……..…..... P-491

§III- Les propositions finales ……... P-492

Index alphabétique ……...…….. P-494

Bibliographie ……..... P-499

Table des matières ……..... P-521