

## Observations

1. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 29 juin 2010 traite de deux questions de droit international privé particulièrement intéressantes qui s'inscrivent dans le contexte d'un appel à des garanties bancaires à première demande émises par ING Belgique. La cour d'appel examine tout d'abord la validité et l'opposabilité au bénéficiaire d'une clause d'élection de for contenue dans une garantie à première demande. Elle détermine ensuite d'une part, si la demande en paiement de ces garanties bancaires et d'autre part, si la demande de faire interdiction à la banque de s'exécuter aux termes de celles-ci, constituent des mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 31 du Règlement Bruxelles I.

### I. Les faits du litige

Il est utile de rappeler les faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté (en les simplifiant et en omettant certaines circonstances non pertinentes pour asseoir ou appréhender le raisonnement de la cour).

Le maître de l'ouvrage d'un important projet immobilier développé au Grand Duché de Luxembourg avait exigé contractuellement la constitution par les entrepreneurs de garanties bancaires à première demande pour un montant maximal de 7.300.000 EUR. Les entrepreneurs étaient deux sociétés sœurs constituées sous la forme de SARL de droit luxembourgeois, Multiplan Design & Build I ('*MDB I*') et Multiplan Design & Build II ('*MDB II*'). Ces sociétés ont ultérieurement transféré leur siège social en Belgique et modifié leur forme sociale pour devenir des SPRL de droit belge. Les entrepreneurs avaient fait appel à deux sous-traitants pour réaliser les travaux, la société belge CIT Blaton et la société luxembourgeoise CBL. Ces sous-traitants se sont à leur tour vus imposer contractuellement la constitution de garanties bancaires à première demande en faveur de MDB II et de sa société mère, la SPRL Multiplan Design & Build ('*MDB*'). En suite de cet accord, le 13 avril 2007, ING Belgique a émis une première garantie n° 10.530815 d'un montant maximum de 1.844.000 EUR à la demande de CIT Blaton en faveur de MDB. Le 13 décembre 2007, ING Belgique a émis une seconde garantie bancaire n° 10.529.925 d'un montant maximum de 2.285.071 EUR à la demande de CIT Blaton et de CBL en faveur de MDB II.

Le maître de l'ouvrage ayant constaté des vices de construction, il a fait appel, le 5 novembre 2009, aux garanties bancaires émises en sa faveur par la banque pour leur montant total. Logiquement, le même jour, MDB et MDB II ont également fait appel aux garanties bancaires émises en leur faveur pour leur montant total. C'est cet appel qui fait l'objet de l'arrêt annoté.

Les deux sous-traitants ont rapidement informé la banque de leur opposition au paiement des garanties émises à leur demande.

Le 12 novembre 2009, le conseil de MDB a mis la banque en demeure d'effectuer le paiement prévu. ING Belgique s'y est opposé en arguant du fait que les formalités d'appel n'avaient pas été respectées et en soulignant qu'elle était sous le coup d'une saisie-arrêt lui interdisant de libérer les montants réclamés par MDB et MDB II (cette saisie sera levée en cours d'instance).

Le même jour, MDB a cité la banque devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en référé afin qu'il ordonne à la banque, sous peine d'astreinte, de libérer immédiatement le montant des deux garanties à première demande émises en faveur de MDB et MDB II. Les sous-traitants, MDB I et MDB II sont intervenus volontairement à cette procédure. CIT Blaton et CBL ont introduit une demande reconventionnelle tendant à faire interdiction à ING Belgique d'effectuer un quelconque paiement aux bénéficiaires des garanties bancaires tant que l'affaire au fond serait pendante. En effet, le 24 novembre 2009, les deux sous-traitants ont intenté parallèlement à l'action en référé des entrepreneurs, une procédure au fond devant les juridictions luxembourgeoises contre (entre autres) ING Belgique, MDB, MDB I et MDB II. L'objet de cette procédure étant en substance de faire reconnaître que selon l'accord des parties les garanties bancaires n'étaient pas 'à la première demande' mais assujetties à des rapports d'expertise liants.

Par une ordonnance du 19 janvier 2010, le président du tribunal de commerce de Bruxelles s'est déclaré compétent pour connaître de la demande en paiement de MDB. Il a toutefois déclaré celle-ci non fondée. Les sociétés MDB, MDB I et MDB II se sont pourvues en appel contre cette décision.

### II. La validité et l'opposabilité de la clause d'élection de for (art. 23 du Règlement Bruxelles I)

2. Tant devant le président du tribunal de commerce que devant la cour d'appel, le débat a porté sur la compétence des juridictions belges qui était contestée par la banque. Etant donné que nous sommes incontestablement face à un litige en matière civile et commerciale, cette question est régie par les dispositions du Règlement CE n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (le '*Règlement Bruxelles I*'). Le Règlement Bruxelles I prévaut bien entendu sur les dispositions du Code de droit international privé comme la cour le remarque à juste titre dans l'arrêt annoté.

Selon les termes des deux garanties appelées, les tribunaux luxembourgeois sont compétents pour connaître de tout litige y relatif, elles sont régies par le droit luxembourgeois et le lieu de leur exécution est le Grand Duché de Luxembourg. Malgré cette clause d'attribution de compétence,

c'est devant les juridictions belges que les entrepreneurs ont cité la banque pour qu'il lui soit ordonné de libérer les montants prévus par les garanties bancaires.

3. Après avoir constaté l'existence d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux luxembourgeois, c'est logiquement que la cour examine si une telle clause d'élection de for est valable et opposable aux entrepreneurs bénéficiaires de la garantie. Si cette clause est valable et opposable aux bénéficiaires, il en résulte une compétence exclusive des tribunaux luxembourgeois pour connaître de tout litige en lien avec les garanties. La clause d'attribution valable et opposable prévaut en effet sur la règle de compétence générale prévue à l'article 2 du Règlement Bruxelles I qui permet d'attirer une personne devant les juridictions de l'Etat membre où elle est domiciliée ainsi que sur les règles de compétence spéciales prévues à l'article 5 du règlement<sup>18</sup>.

La question de l'opposabilité de la clause d'élection de for aux bénéficiaires de la garantie est particulièrement intéressante en l'espèce, à défaut pour eux de l'avoir acceptée formellement. Comme c'est l'usage, la lettre de garantie ne portait en effet que la signature des représentants de la banque et n'avait pas fait l'objet d'une quelconque approbation ou confirmation formelle par les bénéficiaires. Dans ces circonstances, dans quelle mesure la clause attributive de juridiction insérée dans la lettre de garantie leur est-elle opposable?

C'est l'article 23 du Règlement Bruxelles I qui prévoit les conditions auxquelles une clause d'élection de for doit répondre pour être valable. Il faut tout d'abord que l'une des parties ait son domicile sur le territoire d'un Etat membre. En l'espèce c'est le cas de toutes les parties. Ensuite, la clause doit désigner les tribunaux d'un Etat membre, ce qui est le cas également. Enfin, la "convention attributive de compétence" doit être conclue: "a) par écrit ou verbalement avec

*confirmation écrite, b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou c) dans le commerce international, sous une forme conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée*".

La Cour de justice a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les conditions de forme prévues à l'article 23 ont pour fonction de s'assurer de la réalité du consentement des deux parties et qu'il convient en particulier de protéger la partie contractante la plus faible en évitant que des clauses attributives de juridiction ne passent inaperçues<sup>19</sup>.

4. Si la Cour de justice ne s'est jamais prononcée sur l'application de l'article 23 du Règlement Bruxelles I dans le cadre d'une garantie à première demande, elle a reconnu qu'une clause d'élection de for puisse être opposable à un tiers ou invoquée par ce tiers qui, par hypothèse, n'y avait pas consenti. Ces décisions ont été rendues en matière de connaissance maritime<sup>20</sup>, de contrat d'assurance au profit d'un tiers bénéficiaire<sup>21</sup>, de statuts de sociétés<sup>22</sup> et de trusts. La question se pose d'ailleurs de manière générale en cas de cession des droits et/ou d'obligations dérivant d'un contrat lorsque ce contrat contient une clause d'élection de for. La jurisprudence de la Cour est fixée en ce sens que la clause d'élection de for valablement conclue entre les parties initiales au contrat (c'est-à-dire notamment moyennant le respect des conditions de forme de l'art. 23) est opposable au cessionnaire ou au successeur pour autant que: a) le transfert ou la cession soit valable au regard du droit applicable et b) que le cessionnaire ou le successeur ait eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la clause attributive de compétence (ce qui peut être présumé en cas d'usage)<sup>23</sup>. A défaut, la Cour de justice a confirmé que le consentement du tiers à la clause

<sup>18</sup>. CJCE 17 janvier 1980, n° 56/79, *Zelger I*, Rec. 1980, p. 89, point 4.

<sup>19</sup>. CJCE 14 décembre 1976, n°24/76, *Estasis Salotti*, Rec. 1976, p. 1831, point 7; CJCE 9 décembre 2003, C-116/02, *Gasser*, Rec. 2003, I, p. 14693, point 50.

<sup>20</sup>. Les connaissements maritimes contiennent généralement une clause d'élection de for qui a été valablement acceptée par le premier porteur, ce qui n'est pas le cas en général des tiers porteurs successifs. La Cour considère néanmoins que le tiers porteur du connaissement est lié par la clause attributive de juridiction pour autant qu'en acquérant le connaissement il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Voy. CJCE 19 juin 1984, aff. 71/83, *Tilly Russ*, Rec. 1984, p. 2417, dispositif; CJCE 9 novembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, Rec. 2000, I, p. 9337, dispositif; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Sellier, European law Publishers, 2007, p. 422.

<sup>21</sup>. Il s'agissait en l'espèce de permettre au bénéficiaire (par hypothèse tiers au contrat d'assurance) d'invoquer une clause de compétence à l'égard de la compagnie d'assurance qui l'avait acceptée dans le cadre de la police signée avec le preneur. La Cour de justice a estimé que pour autant que les conditions de forme prévues par l'art. 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (depuis lors remplacé par l'art. 23 du Règlement Bruxelles I) ait été respectées, l'assureur était tenu par la clause d'élection de for. Cette décision est notamment basée sur le souci de protection de l'assuré. La Cour précise à cet égard que l'art. 17 n'a pas pour effet ni pour objet de subordonner aux mêmes conditions de forme écrite la possibilité pour le bénéficiaire de la stipulation pour autrui de se prévaloir de la clause attributive de juridiction stipulée à son profit (CJCE 14 juillet 1983, n°201/82, *Gerling*, Rec. 1983, p. 2515, points 14 à 20; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *o.c.*, p. 421).

<sup>22</sup>. La clause statutaire d'élection de for désignant généralement le siège de la société pour connaître de litiges entre la société et ses actionnaires a été jugée opposable aux actionnaires même s'ils ont acquis leurs actions après l'introduction de cette clause dans les statuts ou même s'ils ont voté contre cette résolution à l'assemblée générale ayant décidé d'adopter ou de modifier les statuts en ce sens. Cette décision est justifiée par le fait que selon la *lex societatis* (la loi applicable à la société), en acquérant le statut d'actionnaire et en le demeurant, les actionnaires ont accepté de se soumettre à toutes les conditions reprises dans les statuts de la société qui sont disponibles publiquement (CJCE 10 mars 1992, n°214/89, *Powell*, Rec. 1992, I, p. 1775, point 18; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *o.c.*, p. 422).

<sup>23</sup>. U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *o.c.*, p. 432.

de juridiction doit être examiné au regard des conditions de l'article 23.

5. C'est au juge saisi de vérifier si les conditions de l'article 23 sont réunies. En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles ne s'est pas pliée à cet exercice. L'arrêt constate néanmoins que la clause est valable au regard des dispositions du Règlement Bruxelles I. Le raisonnement de la cour repose sur le fait que la clause d'élection de for doit être analysée comme une des modalités de l'engagement unilatéral pris par la banque émettrice. Les bénéficiaires de la garantie ne pourraient dès lors revendiquer des droits du chef de ces garanties que pour autant qu'ils en acceptent également toutes les modalités. L'engagement unilatéral de la banque doit être vu comme un tout qui n'est pas susceptible de dépeçage. La cour décide qu'en faisant appel aux garanties et en introduisant une action judiciaire contre la banque émettrice en vue d'en obtenir le paiement, les bénéficiaires ont accepté de revendiquer des droits découlant de cette garantie selon les modalités prévues dans les lettres de garantie, en ce compris la désignation des tribunaux luxembourgeois pour connaître de tout litige en rapport avec ces garanties. La cour mentionne également que les garanties ont été émises conformément à un contrat d'entreprise conclu entre les sous-traitants et les entrepreneurs et que ce contrat prévoyait la compétence des tribunaux luxembourgeois. La cour relève encore que les bénéficiaires n'ont à aucun moment contesté les dispositions et les modalités des garanties auxquelles ils ont fait appel et que la désignation des tribunaux luxembourgeois était logique puisque le projet immobilier était situé au Grand Duché de Luxembourg et que les bénéficiaires des garanties y avaient leur siège social au moment de la conclusion du contrat d'entreprise, de l'émission des garanties et même de l'introduction de leur action à l'encontre de la banque. Enfin, la cour constate que le fait qu'un des sous-traitants et la banque soient des sociétés belges, de même que les entrepreneurs et leur société mère bénéficiaires de la garantie est sans pertinence dans la recherche des tribunaux compétents pour connaître de la demande. Autant de considérations intéressantes mais sans lien avec les conditions de forme prévues à l'article 23 du Règlement Bruxelles I.

Il est vrai que le texte de l'article 23 du Règlement Bruxelles I a été rédigé pour s'appliquer aux accords prévoyant une clause attributive de juridiction, ce qui le rend peu adapté pour régir la validité d'une clause contenue dans un acte uni-

latéral de volonté. Il eut été utile de poser une question préjudicielle à la Cour de justice à cet égard.

Il eut également été envisageable de valider la clause attributive de juridiction au regard des conditions de forme de l'article 23 du Règlement Bruxelles I. Tout d'abord, le texte de la garantie exigeait que les bénéficiaires accusent réception de l'original. Nous ne savons si cela a été fait. Le cas échéant, la cour aurait pu en tirer argument pour considérer que cette confirmation écrite de réception sans contestation des modalités de la lettre de garantie valait confirmation écrite de la clause attributive de juridiction contenue dans la lettre de garantie. Elle aurait également pu considérer que l'appel à la garantie constituait une confirmation écrite de l'accord des bénéficiaires ou encore faire appel aux usages<sup>24</sup>.

6. Il est regrettable que la cour ait choisi d'examiner la validité du consentement des bénéficiaires à la clause attributive de juridiction uniquement au regard du droit interne sans tenir compte des règles de forme prescrites à l'article 23 du Règlement Bruxelles I.

D'autant qu'elle semble avoir appliqué le droit belge alors que c'est le droit luxembourgeois qui était applicable aux garanties. Il est clair que la désignation de la loi applicable à un engagement par déclaration unilatérale de volonté échappe aux dispositions du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles<sup>25</sup>. La question se pose toutefois de savoir si cette question entre ou non dans le champ d'application du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles puisque selon la loi qui lui est applicable une garantie à première demande sera qualifiée de contrat unilatéral, d'engagement unilatéral ou de contrat. Une réponse positive nous semble pouvoir être défendue lorsque la garantie à première demande s'inscrit dans un cadre contractuel comme c'est le cas en l'espèce<sup>26</sup>. Dans ce cas, le respect du choix de la banque qui a opté pour le droit luxembourgeois s'impose en vertu de l'article 3, 1 du Règlement Rome I. Si l'on considère que le Règlement Rome I ne s'applique qu'aux obligations contractuelles et non aux actes unilatéraux, la question est alors régie par l'article 105 du Code de droit international privé qui désigne la loi choisie par celui qui s'engage ou à défaut la loi de l'Etat où cette personne a sa résidence habituelle au moment de son engagement. En l'espèce, le Code désigne donc également le droit luxembourgeois choisi par la banque pour régir les garanties.

<sup>24</sup> La Cour de justice a déjà eu l'occasion de confirmer qu'une convention d'attribution de juridiction est valablement conclue du fait de l'absence de réaction de l'autre partie contractante à une lettre de confirmation commerciale ou du paiement répété et sans contestation de factures contenant une mention pré-imprimée indiquant le lieu du for si ce comportement correspond à un usage, c'est-à-dire à une pratique consolidée, dans le domaine concerné (CJCE 20 février 1997, C-106/95, *M.S.G., Rec.* 1997, I, p. 911, dispositif).

<sup>25</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE L* 199 du 31 juillet 2007, p. 40; R. JAFFERALI, "Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles", *RGAR* 2008, partie 1, n° 14.

<sup>26</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JO L* 177 du 4 juillet 2008, Rect. *JO L* 309 du 24 novembre 2009; V. MARQUETTE, "Le Règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux contrats internationaux", *RDC* 2009, n° 2009/6, pp. 515 et s., n° 11.

### III. La notion de mesures provisoires ou conservatoires (art. 31 du Règlement Bruxelles I)

7. L'arrêt commenté s'est également penché sur la question de savoir si, d'une part, une demande visant à obtenir le paiement d'une garantie bancaire à première demande, et d'autre part, une demande visant à faire interdiction à la banque émettrice de payer les montants garantis, constituent ou non des mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 31 du Règlement Bruxelles I qui dispose que "*Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet état, même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond.*"

Selon les entrepreneurs, nonobstant l'introduction d'une action au fond devant les tribunaux luxembourgeois, le juge belge était compétent pour connaître de leur demande de paiement immédiat des montants prévus dans les garanties émises en leur faveur par la banque aux motifs qu'une telle demande constitue une mesure provisoire ou conservatoire.

Il est exact que l'article 31 du Règlement Bruxelles I peut servir à fonder la compétence des tribunaux d'un Etat membre pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires alors que les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes pour connaître du fond de l'affaire et ce, même lorsque cette compétence résulte d'une clause de juridiction exclusive. Ceci a été confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence belge<sup>27</sup>.

Il appartenait donc à la cour d'appel de Bruxelles d'examiner la nature des deux demandes portées devant elle, à savoir la demande en paiement immédiat des montants prévus dans les garanties formulée par les entrepreneurs et la demande formulée par les sous-traitants de faire interdiction à la banque de payer les montants prévus dans les garanties.

8. Il convient de donner aux mesures provisoires et conservatoires une interprétation autonome communautaire et non une interprétation en droit interne<sup>28</sup>. Ce faisant, la cour d'appel commence par rappeler la notion telle que consacrée dans la jurisprudence de la Cour de justice. Il s'agit des "*mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application [de la convention], sont destinées à maintenir une*

*situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond*"<sup>29</sup>. Il est par ailleurs acquis que la notion de mesure provisoire ou conservatoire s'interprète restrictivement<sup>30</sup>.

Les demandes formulées en l'espèce par les entrepreneurs et par les sous-traitants relèvent incontestablement de la matière civile et commerciale. Sont-elles cependant destinées à maintenir une situation de fait ou de droit jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond?

Pour la cour d'appel de Bruxelles, tel est bien le cas de la demande de faire interdiction à la banque de payer le montant de la garantie tant que l'action au fond est pendante. Cette demande peut dès lors constituer une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 31 du Règlement Bruxelles I. Nous souscrivons à ce raisonnement conforme à la jurisprudence belge antérieure<sup>31</sup>.

La cour d'appel arrive à une conclusion différente en ce qui concerne la demande des entrepreneurs d'obtenir le paiement immédiat et intégral des garanties bancaires émises en leur faveur. Pour justifier son analyse, la cour se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice. Tout d'abord, rappelons que les critères déterminés par la Cour de justice dans son arrêt *Reichert II*<sup>32</sup> ont pour objectif d'éviter que l'article 31 ne puisse être utilisé pour fonder la compétence des juridictions d'un Etat membre aux fins d'obtenir des mesures qui seraient définitives. Dans son arrêt *Van Uden*<sup>33</sup>, la Cour de justice a examiné le caractère provisoire ou conservatoire d'une mesure consistant à obtenir le paiement à titre de provision de la totalité d'une créance détenue à l'égard du défendeur (référé-provision). C'est à cette jurisprudence en particulier que la cour d'appel de Bruxelles se réfère. Dans cet arrêt, la Cour de justice n'exclut pas qu'une demande de paiement, même pour un montant correspondant à celui demandé au principal, puisse constituer une demande de nature provisoire ou conservatoire lorsque cette demande est nécessaire pour garantir l'efficacité du jugement au fond. Toutefois, la Cour de justice précise que le paiement à titre de provision d'une somme d'argent ne constitue une mesure provisoire ou conservatoire que si, d'une part, le remboursement au défendeur de la somme allouée est garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond et, d'autre part, si la mesure sollicitée ne porte que sur des avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant

<sup>27</sup>. Comm. Brugge 9 juin 1977, *RW* 1979-80, p. 1307; Bruxelles 10 avril 1979, *JT* 1980, p. 229; Comm. Hasselt (réf.) 2 octobre 1998, *RDC* 1999, p. 222 note H. VAN HOUTTE; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001 – Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., p. 258, n<sup>os</sup> 450 et 451; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *o.c.*, p. 528.

<sup>28</sup>. A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires – droit communautaire – droit comparé*, Bruylant, 2003, p. 320, n<sup>o</sup> 307; F. GEORGES, "La saisie des comptes bancaires dans l'espace européen de justice" in *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile*, Larcier, 2007, pp. 313 à 349, spéc. p. 332; H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, n<sup>o</sup> 440.

<sup>29</sup>. CJCE 26 mars 1992, C-261/90, *Reichert II*, *Rec.* 1992, I, p. 2149, point 37; CJCE 17 novembre 1998, C-391/95, *Van Uden*, *Rec.* 1998, I, p. 7091, point 34; *RDC* 1999, n<sup>o</sup> 1999/9, p. 611, *RCDIP* 1999, pp. 340 et s. avec obs. J. NORMAND, *JTDE* 1998, p. 238.

<sup>30</sup>. CJCE 28 avril 2005, C-104/03, *St Paul Dairy*, *Rec.* 2005, I, p. 3481; Cass. 3 septembre 2009, *Pas.* 2009, n<sup>o</sup> 477, p. 1786.

<sup>31</sup>. Le président du tribunal de commerce de Hasselt avait ainsi décidé dans le même sens en se reconnaissant compétent pour faire interdiction à une banque belge d'exécuter la garantie à première demande souscrite au profit d'une société néerlandaise (Comm. Hasselt (réf.) 2 octobre 1998, *o.c.*).

<sup>32</sup>. *Ibid.*

<sup>33</sup>. *Ibid.*

se situer, dans la sphère de compétence territoriale du juge saisi<sup>34</sup>. La Cour de justice a confirmé et précisé sa jurisprudence dans son arrêt *Mietz*<sup>35</sup>.

Or, la cour d'appel de Bruxelles constate qu'en l'espèce la demande de paiement immédiat et intégral des montants prévus dans les garanties ne peut être assimilée au paiement d'un acompte et qu'il n'y a pas de garantie de remboursement par les bénéficiaires dans l'hypothèse où ils succomberaient dans le cadre de l'action au fond, ni de proposition formulée à cette fin.

La conclusion de la cour se justifie dès lors que la demande de paiement immédiat et intégral des garanties bancaires est par nature susceptible de se substituer à la décision du juge du fond. Ce ne serait pas le cas si la mesure était ordonnée moyennant certaines modalités telles que la constitution d'une garantie bancaire au profit du défendeur ou le placement des sommes payées en séquestre jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée au fond. La restriction aux droits du demandeur dans ce cas est telle que l'octroi de la mesure ne pourrait être vue comme une façon de contourner les règles normales de compétence. Bien entendu, ce type de modalités dans le cadre d'un appel à garantie n'aurait de sens que dans certaines circonstances, en particulier s'il y a lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il appartient à la juridiction saisie de soumettre son autorisation à toutes les conditions utiles pour assurer le caractère provisoire des mesures ordonnées (limitation de l'autorisation dans le temps, constitution d'une garantie ou d'un séquestre, etc.) même en l'absence de proposition en ce sens faite par le demandeur<sup>36</sup>. Il ne saurait dès lors être reproché au demandeur de ne pas avoir formulé de proposition afin de garantir le caractère provisoire ou conservatoire des mesures demandées. Il appartenait au contraire à la cour d'appel de soumettre son autorisation aux conditions et modalités nécessaires pour en garantir le caractère provisoire ou conservatoire à condition, bien entendu, qu'elle ait conclu à l'existence d'un lien de rattachement réel entre la mesure sollicitée et le territoire belge (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 10 et s.)<sup>37</sup>.

**9.** La cour d'appel de Bruxelles n'examine pas la seconde condition imposée par l'arrêt *Van Uden*, à savoir que la mesure sollicitée ne doit porter que sur des avoirs déterminés

du défendeur se situant, ou devant se situer, dans la sphère de compétence territoriale du juge saisi<sup>38</sup>. Les auteurs du rapport Heidelberg soulignent que jusqu'à présent personne n'a pu expliquer cette exigence étant donné qu'en général la demande d'un paiement provisoire ne s'exerce pas que sur certains biens déterminés du défendeur situés ou devant être situés dans un état déterminé. Selon la Cour de cassation de France, la condition serait remplie si le demandeur est en mesure d'établir que la mesure peut être exercée sur des biens situés sur le territoire français<sup>39</sup>. A suivre cette interprétation, la condition serait remplie en l'espèce puisque la banque dispose en Belgique de biens sur lesquels la mesure pourrait s'exercer.

**10.** L'arrêt annoté précise à juste titre que l'application de l'article 31 du Règlement Bruxelles I requiert un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'état du juge saisi pour octroyer ces mesures provisoires ou conservatoires. Cette condition de territorialité a été consacrée par la Cour de justice dans son arrêt *Van Uden* précité aux termes duquel "*l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires [...] est subordonné, notamment, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi*"<sup>40</sup>. Cette condition est justifiée par le souci de la Cour d'interpréter restrictivement les mesures provisoires et conservatoires qui peuvent bénéficier de l'article 31. Une application pragmatique de cette condition aurait dû conduire la cour d'appel à rechercher si l'objet des mesures demandées présentait un lien de rattachement réel avec le territoire belge avant d'examiner si les mesures sollicitées étaient ou non des mesures provisoires<sup>41</sup>. Une absence de lien de rattachement réel conduisant à l'inapplicabilité de l'article 31 du Règlement Bruxelles I.

L'arrêt commenté constate l'absence de rattachement réel avec le territoire belge aux motifs i) que les garanties ont été émises en faveur de bénéficiaires qui avaient leur siège social au Grand Duché de Luxembourg, tant à la date de l'émission des garanties qu'au moment de l'introduction de la procédure devant le premier juge et ii) que ces garanties prévoient expressément qu'elles doivent être exécutées au Grand Duché de Luxembourg. La cour d'appel de Bruxelles en conclut que les garanties devaient être exécutées intégra-

<sup>34</sup> CJCE, *Van Uden*, o.c., p. 7091, dispositif. Il ne suffit donc pas que la mesure qualifie de mesure provisoire ou conservatoire au regard du droit du for. Une mesure provisoire au sens du droit national concerné pourrait ne pas répondre au prescrit de l'art. 31 du Règlement Bruxelles I tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice.

<sup>35</sup> CJCE 27 avril 1999, C-99/96, *Mietz*, Rec. 1999, I, p. 2277, dispositif.

<sup>36</sup> CJCE, *Van Uden*, o.c., p. 7091, point 38.

<sup>37</sup> Rapport sur l'application du Règlement Bruxelles I dans les Etats membres (dit 'Rapport Heidelberg'), JLS/C4/2005/03, n<sup>os</sup> 736 à 740. Les auteurs du rapport examinent notamment la doctrine et la jurisprudence des Etats membres (en particulier allemande et néerlandaise) afin de déterminer si les juridictions nationales exigent la constitution d'une garantie bancaire ou se satisfont de l'existence d'une action en indemnisation en droit national.

<sup>38</sup> CJCE, *Van Uden*, o.c., p. 7091, dispositif.

<sup>39</sup> Rapport sur l'application du Règlement Bruxelles I dans les Etats membres (dit 'Rapport Heidelberg'), JLS/C4/2005/03, n<sup>o</sup> 735.

<sup>40</sup> CJCE, *Van Uden*, o.c., p. 7091, point 40.

<sup>41</sup> Pour une application en ce sens, voy. Comm. Bruxelles (réf.) 27 avril 1999, *RDC* 1999, n<sup>o</sup> 1999/9, p. 625, obs. H. BOULARBAH.

lement dans un autre Etat membre. Elle en déduit que la condition de lien de rattachement réel avec la Belgique n'est pas remplie, conclusion qui s'applique tant à la demande en paiement immédiat des montants garantis qu'à la demande des sous-traitants de faire interdiction à la banque de payer. En conséquence, la cour d'appel décline sa compétence pour connaître de l'une et l'autre demande.

**11.** La condition de territorialité à laquelle est soumise l'application de l'article 31 du Règlement Bruxelles I est moins évidente qu'il n'y paraît. Il est acquis qu'il existe un lien de rattachement réel lorsque la demande est introduite devant le juge de l'état où la mesure provisoire ou conservatoire doit être exécutée<sup>42</sup>. La question est plus délicate lorsque ce n'est pas le cas parce que la mesure doit être exécutée partiellement dans une autre juridiction. La doctrine considère cependant que le lien peut être présent dans un tel cas<sup>43</sup>. Par contre, un tel lien est exclu lorsque la demande est soumise à un juge qui n'a aucun lien de rattachement avec le lieu d'exécution et que la mesure doit être intégralement mise en œuvre dans un autre Etat membre<sup>44</sup>.

La Cour de justice ne s'étant pas encore prononcé sur les exigences de ce lien de rattachement réel, les juridictions nationales bénéficient d'une marge d'appréciation qui est parfois délicate, particulièrement lorsque les mesures concernent un paiement ou des biens incorporels dont la localisation peut s'avérer complexe. Dans son rapport sur l'application du Règlement Bruxelles I, la Commission relève ainsi que des difficultés existent quant à l'application des conditions fixées par la Cour de justice dans les affaires *Van Uden* et *Mietz* précitées, en particulier sur la façon dont il faut interpréter "le lien de rattachement réel entre l'objet de la mesure recherchée et la compétence territoriale" qui n'est pas clair, notamment lorsque la demande vise à obtenir un paiement provisoire ou, plus généralement, lorsqu'elle ne concerne pas la saisie de biens<sup>45</sup>. Dans son livre vert sur la révision du Règlement Bruxelles I, la Commission a d'ailleurs suggéré de supprimer la condition de ce lien de rattachement réel<sup>46</sup>. Ce qui serait assurément propice à assurer une meilleure prévisibilité des règles de compétence.

La doctrine mentionne également que cette condition de lien de rattachement réel est difficilement praticable lorsque la

mesure sollicitée est une injonction qui est de nature à s'appliquer à une personne et non à ses biens<sup>47</sup>. Le seul établissement du défendeur sur le territoire du for est-il suffisant pour établir un lien de rattachement réel entre la mesure et la compétence territoriale du juge saisi? La question n'est pas tranchée.

**12.** Tentons d'examiner l'existence d'un lien de rattachement réel dans le litige en cause au regard de ces commentaires. En l'espèce, les garanties prévoyaient expressément qu'elles devaient être exécutées au Grand Duché de Luxembourg, ce qui était logique puisque les entrepreneurs bénéficiaires des garanties y avaient leur siège social au moment de l'émission des garanties. Les bénéficiaires des garanties avaient toujours leur siège social au Luxembourg à la date d'introduction de leur demande en paiement devant le juge belge du premier degré. Par contre, tel n'est plus le cas à la date à laquelle la cour d'appel rend son arrêt. Le siège des appelantes ayant été transféré en Belgique.

Peut-on suivre la cour d'appel de Bruxelles qui déduit de ces éléments factuels l'absence du lien de rattachement réel avec la Belgique nécessaire pour fonder sa compétence pour connaître de l'une et l'autre des demandes portées devant elle?

Tout d'abord on remarquera que la cour d'appel n'a pas fait de distinction selon les demandes portées devant elle. Elle a appliqué les mêmes critères de localisation et a tiré la même conclusion d'absence de lien de rattachement réel pour les deux demandes qui lui étaient soumises alors que leur objet était de prime abord différent, la première demande consistant à ordonner un paiement et la seconde consistant en une injonction de ne pas le faire à l'égard de la banque. Ensuite, la cour d'appel semble être partie du postulat selon lequel l'objet de la mesure demandée est le paiement des garanties qu'elle situe exclusivement au Grand Duché de Luxembourg.

**13.** En ce qui concerne la demande visant à enjoindre à la banque de ne pas payer tant que l'action au fond est pendante, il nous semble que la localisation du siège social de la banque sur le territoire belge était de nature à justifier l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'injonction de ne pas faire demandée par les sous-traitants et le territoire

<sup>42</sup>. CJCE, *Van Uden*, o.c., p. 7134; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, o.c., p. 533.

<sup>43</sup>. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Eléments de réflexion" in *L'Espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Bruylant, 1999, pp. 251 et s., spéc. p. 255; H. BOULARBAH, "Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano", *RDC* 1999, n° 1999/9, pp. 604 et s., spéc. p. 607.

<sup>44</sup>. H. BOULARBAH, *ibid.*; Comm. Bruxelles (réf.) 27 avril 1999, *RDC* 1999, n° 1999/9, p. 625 qui s'est déclaré incompétent pour connaître d'une demande d'injonction visant à ordonner à un franchiseur de livrer des biens aux motifs qu'aucune marchandise n'était située en Belgique; Comm. Bruxelles (réf.) 22 septembre 2000, *Ing. Cons.* 2000, p. 292, note E. CORNU.

<sup>45</sup>. Rapport de la commission au Parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2009) 174 final, p. 9 ([http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/report\\_judgements\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/report_judgements_fr.pdf)).

<sup>46</sup>. Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2009) 175 final, p. 8.

<sup>47</sup>. A. DICKINSON, "Provisional Measures in the Brussels I Review – Disturbing the status Quo?", *IPRax* 2010, pp. 203 et s., spec. p. 209; Rapport Heidelberg, o.c., n° 732.

belge. Il est vrai que la cour pouvait considérer que le lieu d'exécution du paiement des garanties était le Grand Duché de Luxembourg (voy. *infra*, n° 14 sur cette question). Néanmoins, il est raisonnable de considérer que l'injonction devait s'exercer également sur le territoire belge, au siège social de la banque. La cour d'appel de Bruxelles aurait ainsi selon nous pu fonder sa compétence sur l'article 31 du Règlement Bruxelles I pour connaître de la demande de faire interdiction à la banque émettrice de payer.

**14.** En ce qui concerne la demande visant à obtenir le paiement immédiat des garanties, peut-on avoir égard uniquement au lieu d'exécution des garanties tel que prévu dans les lettres de garantie et à la localisation du siège social des bénéficiaires à la date d'émission des garanties ou à la date d'introduction de la demande devant le juge du premier degré?

Nous sommes d'avis qu'est sans pertinence la désignation par la banque du lieu d'exécution des garanties. En effet, le juge belge ne s'est pas déclaré compétent sur la base de l'article 5, 1 du Règlement Bruxelles I qui permet à une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre d'être atraite, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est sans pertinence lorsqu'il existe entre les parties une clause d'élection de for valable. En outre, compte tenu du transfert du siège social des deux entrepreneurs, une éventuelle mesure de paiement provisoire aurait donné lieu à un paiement effectif en Belgique et non au Luxembourg puisque c'est en Belgique que la banque et les bénéficiaires des garanties ont leur siège social au moment où la cour rend la décision annotée. Lorsque la Cour de justice exige un lien de rattachement réel, elle cherche à s'assurer de l'existence d'un lien réel avec le tribunal saisi. Ce lien réel s'apprécie selon nous *in concreto* et la cour pouvait dès lors s'affranchir de la désignation dans les lettres de garantie d'une exécution au Grand Duché du Luxembourg.

La question du conflit mobile résultant du transfert du siège social des bénéficiaires des garanties n'est pas simple à trancher. Nous soumettons ici quelques réflexions qui mériteraient d'être approfondies à l'occasion d'une publication plus détaillée. La cour d'appel de Bruxelles considère la localisation du siège social des bénéficiaires à la date d'émission de la garantie et au moment de l'introduction de la demande. Ne pouvait-elle ou ne devait-elle pas tenir compte du fait que le siège social des bénéficiaires au moment où la cour d'appel est appelée à se prononcer est situé en Belgique? Il s'agit selon nous d'une question procédurale d'ordre interne qui relève de la législation du for plu-

tôt que du droit communautaire. Doit-on considérer que les critères de nature à fonder la compétence du juge belge des référés devaient être établis au moment de l'introduction de la demande devant le juge du premier degré et perdurer pendant toute la procédure (au même titre par exemple que l'urgence en droit interne)? Faut-il au contraire considérer que l'effet dévolutif de l'appel obligeait la cour à considérer l'ensemble des critères à la date à laquelle elle était amenée à rendre sa décision ce qui aurait pour conséquence étonnante d'aboutir éventuellement en appel à la reconnaissance par la cour de sa compétence alors que les critères fondant cette compétence n'étaient pas réunis en première instance?

Plus fondamentalement, le lieu de situation du siège des bénéficiaires est-il pertinent?

Le lieu de l'exécution d'une mesure de paiement transfrontalier ne peut être réduit au lieu de réception du paiement (c'est-à-dire en l'espèce le lieu d'exécution prévu dans les lettres de garanties et le lieu d'établissement du siège social des bénéficiaires). Le lieu d'une telle mesure est dual, le paiement étant effectué à partir d'un état pour arriver dans un autre état. Faut-il alors considérer que l'on se trouve dans une situation où la mesure doit être partiellement exécutée dans ces deux états, ce qui serait de nature à établir le lien de rattachement réel suffisant avec chacun d'eux? Doit-on au contraire privilégier une localisation de la mesure de paiement sollicitée au lieu du siège du débiteur (surtout si les dettes sont quérables en vertu du droit applicable)? Une telle approche est à mettre en parallèle avec celle retenue par le président du tribunal de commerce de Bruxelles dans sa décision du 27 avril 1999<sup>48</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'obtenir la livraison en Belgique de marchandises situées dans un autre Etat membre. Le juge en conclut que la décision de justice qui ordonne la livraison trouve son exécution sur le territoire de cet autre Etat membre puisque c'est dans celui-ci que des mesures doivent être prises avant que les marchandises n'arrivent en Belgique.

En conclusion, sur la base des réflexions menées ci-dessus, il apparaît que la cour d'appel aurait pu motiver sa compétence sur pied de l'article 31 du Règlement Bruxelles I pour connaître de la demande de faire interdiction à la banque de payer les montants garantis, et même pour connaître de la demande de paiement immédiat si elle avait veillé à assortir une autorisation relative à cette mesure des modalités nécessaires pour en garantir le caractère provisoire ou conservatoire.

Vanessa Marquette  
Maître de conférences à l'ULB  
Avocat Simont Braun

<sup>48</sup> Bruxelles (réf.) 27 avril 1999, *o.c.*