

**L'EMBARGO ET LES GARANTIES BANCAIRES : LA MESSE
EST-ELLE DITE ? QUELQUES RÉFLEXIONS À PARTIR
DES MESURES D'EMBARGO PRISES À L'ENCONTRE DE L'IRAK**

par

André-Pierre ANDRÉ-DUMONT

Avocat

Maître de conférences à l'Université catholique de Louvain

1. À la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak, le Conseil de sécurité des Nations Unies a ordonné des mesures d'embargo à l'encontre de l'Irak (1).

L'Union européenne a traduit cette décision dans plusieurs règlements, à savoir le règlement (CEE) n° 3541/92 du Conseil, du 7 décembre 1992, interdisant de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux contrats et opérations dont l'exécution a été affectée par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et par les résolutions connexes et le règlement du 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Irak et abrogeant le règlement n° 2465/1996.

Bien que les relations avec l'Irak se soient dans une certaine mesure normalisées, ces deux règlements demeurent aujourd'hui encore en vigueur.

Se pose la question de leur impact sur les garanties ou contre-garanties émises par des établissements de crédit belge en faveur de contrepartie irakienne avant que l'embargo ne soit décrété, et ce, sous deux angles, à savoir celles des relations d'une part entre ledit établissement

(1) Sur cet embargo et ses conséquences, voy. notamment C.-G. WINANDY, « Il était une fois... l'embargo contre l'Irak et le Koweït, ou le conte du non-droit », in *L'embargo*, Cahiers de l'AEDBF-Belgium, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 233 ; M. VASSEUR, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *Rec. Dalloz*, 1995, p. 43 ; H. SYNVEY, « L'embargo : aspect de droit bancaire », in *L'embargo*, Cahiers de l'AEDBF-Belgium, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 211.

et le donneur d'ordre et d'autre part, entre l'établissement et le bénéficiaire de la garantie émise.

2. Classiquement, l'embargo est défini comme étant un « acte d'une autorité d'un État pouvant s'appliquer à tout moyen de transport ou à toute catégorie de marchandises ou de produits, notamment les armes ou les produits stratégiques ou pétroliers, et consistant soit à bloquer les moyens de transport sur le territoire de l'État qui décide l'embargo, soit à interdire l'exportation de marchandises vers l'État sur lequel on entend faire pression » (2).

Aujourd'hui, le terme embargo est couramment utilisé dans un sens plus large et vise toute « mesure de pression visant à interdire ou restreindre les échanges commerciaux à destination ou en provenance d'un ou plusieurs États » (3).

Il ne se confond pas avec les mesures de gel des avoirs qui consistent pour un État à rendre momentanément indisponibles des avoirs localisés sur son territoire et appartenant à un état ou à des catégories des personnes.

Il n'est cependant pas rare que ces deux mesures qui poursuivent des objectifs différents soient combinées.

Elles présentent néanmoins deux points communs à savoir leur caractère temporaire (4) et leur effet perturbateur des relations contractuelles.

Comme nous le verrons, ces effets perturbateurs sont très mal appréhendés par le législateur européen, spécialement en ce qui concerne les garanties et contre-garanties.

3. Une première difficulté découle tout simplement du caractère territorial des mesures prises par l'Union européenne. Elles s'adressent en effet aux États membres et aux personnes établies dans l'Union.

L'article 2.2. du règlement n° 3541/92 ne laisse à cet égard planer aucun doute : « Cette interdiction s'appelle sur le territoire de la Communauté ainsi qu'à tout ressortissant d'un État membre et à toute per-

(2) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007.

(3) A. MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 33, n° 10.

(4) On sait cependant que certains « embargos » sont de longue durée. Tel est le cas de l'embargo américain à l'égard de Cuba ou l'embargo à l'encontre de l'Irak. Il n'en reste pas moins que, fondamentalement, ces mesures ont vocation à disparaître après un certain temps, fût-il long.

L'embargo et les garanties bancaires : la messe est-elle dite ? 267

sonne morale enregistrée ou constituée selon la législation d'un État membre ».

Or, en présence de garanties ou contre-garanties émises en faveur d'un bénéficiaire établi en Irak, il est loin d'être certain que le juge européen soit le juge compétent. Au contraire, les garanties émises en faveur d'un bénéficiaire établi en Irak prévoient généralement la compétence des juridictions irakiennes. Cette élection de for est bien souvent doublée d'une désignation de la loi irakienne comme loi applicable aux garanties et contre-garanties.

On peut sérieusement douter qu'un juge irakien saisi par exemple d'une demande d'un garant établi en Irak à l'encontre d'un contre-garant établi en Europe, fasse application dans le cadre de ce litige du droit européen en ce compris les mesures d'« embargo » décrétées par l'Union. Autrement dit, les avoirs des banques européennes qui ne sont pas localisés dans l'Union demeurent soumis au risque d'exécution d'une décision rendue à l'étranger en faveur de la contrepartie irakienne.

Certes, la réglementation européenne a été adoptée à la suite d'une décision du conseil de sécurité des Nations Unies dont l'Irak fait partie. Faut-il nécessairement en conclure que le juge irakien aboutirait à la même conclusion sur la base des normes internationales ? La réponse positive est loin d'être certaine dès lors qu'il est admis que l'application des décisions du conseil de sécurité relève à la fois du droit international et du droit interne (5).

Ce risque ne peut être méconnu et ce d'autant que l'histoire a déjà démontré l'existence de mesures de rétorsion (6).

4. La deuxième difficulté résulte des effets attachés à la mesure ainsi prise. Le règlement se contente en effet d'établir une interdiction, mais ne précise en rien les effets que cette interdiction emporte sur les relations contractuelles.

Le règlement 3541/92 prévoit ainsi qu'« Il est interdit de faire droit ou de prendre toute disposition tendant à faire droit à une

(5) N. ANGELET, « L'embargo et l'ONU », in *L'embargo*, coll. Cahier de l'AEDBF-Belgium, n° 2, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 56, n°s 15 et s.

(6) Voy. D.R. MARTIN, « De l'exécution forcée d'une garantie indépendante ou comment peut-on être Persan », *Rec. Dalloz*, 1990, p. 467. Il s'agissait d'une banque iranienne qui ayant abusivement ou frauduleusement appelé à une garantie émise par la Société générale sur ordre d'Air liquide, appel rejeté par la Société, a, quatre années plus tard, compensé les montants – prétendument – dus par la Société générale à raison de l'appel irrégulier et les montants dus par elle à la Société générale en vertu d'une autre opération.

demande (7) présentée par [une personne déterminée par le règlement (8)] résultant de ou liée à un contrat ou à une opération (9) dont l'exécution a été affectée, directement ou indirectement, en totalité ou en partie, par les mesures décidées conformément à la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations unies et à ses résolutions connexes (10).

On relèvera par ailleurs que le règlement n'appréhende la question qu'au travers de la relation avec le bénéficiaire irakien. En revanche, il ne dit rien des relations entre les opérateurs européens qu'il tend à protéger, sans distinction selon la nature de l'intervention ou l'activité dudit opérateur.

(7) L'article 1, 2) du règlement définit la demande comme « toute demande sous forme contentieuse ou non, introduite antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et liée à l'exécution d'un contrat ou d'une opération, et notamment :

- a) une demande visant à obtenir l'exécution de toute obligation résultant de ou rattachée à un contrat ou à une opération ;
- b) une demande visant à obtenir la prorogation ou le paiement d'une garantie ou contre-garantie financière, quelle qu'en soit la forme ;
- c) une demande d'indemnisation se rapportant à un contrat ou à une opération ;
- d) une demande reconventionnelle ;
- e) une demande visant à obtenir, y compris par voie d'exequatur, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une décision équivalente, quel que soit le lieu où ils ont été rendus ».

(8) Il s'agit de : « a) toute personne physique ou morale en Irak ou agissant par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale en Irak ; b) toute personne physique ou morale agissant directement ou indirectement pour le compte ou au profit d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales en Irak ; c) toute personne physique ou morale se prévalant d'une cession de droits ou présentant une demande sous le couvert d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales en Irak ; d) toute autre personne visée au paragraphe 29 de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité des Nations Unies ; e) toute personne physique ou morale introduisant une demande découlant ou en relation avec l'exécution d'une garantie ou d'une contre-garantie financière au profit d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales susmentionnées » (art. 2 du règlement). L'article 1 4) du règlement ajoute que « personne physique ou morale en Irak » signifie « a) l'État irakien ou toute autorité publique irakienne ; b) toute personne physique se trouvant ou résidant en Irak ; c) toute personne morale ayant son siège ou son centre de décision en Irak ; d) toute personne morale contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs des personnes susmentionnées ».

(9) Contrat ou opération signifie « toute opération quelle qu'en soit la forme et quelle que soit la loi qui lui est applicable, comportant un ou plusieurs contrats ou obligations similaires établis entre des parties identiques ou non ; à cet effet, le terme "contrat" inclut toute garantie et contre-garantie financières et tout crédit, juridiquement indépendants ou non, ainsi que toute disposition y relative qui trouve son origine dans une telle opération ou qui y est liée » (art. 1, 3) du Règl.

(10) Il s'agit des « mesures du Conseil de sécurité des Nations Unies ou les mesures prises par les Communautés européennes, ou par tout État, tout pays ou toute organisation internationale en conformité avec, ou en application de ou en relation avec les décisions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations Unies, ou toute action, y compris toute action militaire, autorisée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, en ce qui concerne l'invasion et l'occupation du Koweït par l'Irak ».

L'embargo et les garanties bancaires : la messe est-elle dite ? 269

5. À la suite de la levée de l'embargo irakien par le conseil des Nations Unies en 2003, le Conseil de la Communauté économique européenne a adopté le règlement (CE) n° 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Irak et abrogeant le règlement (CE) n° 2465/1996 du Conseil (11).

Le règlement qui organise un gel des avoirs de certaines personnes est intéressant à un triple niveau :

- a) il est en soi la confirmation de ce que les mesures d'embargo n'ont qu'un caractère temporaire (12) ;
- b) le règlement ne vise les garanties et contre-garanties que par une assimilation de celles-ci aux fonds ;
- c) le considérant 16 de ce règlement prévoit enfin que : « Il convient que le règlement (CEE) n° 3541/92 du Conseil du 7 décembre 1992 interdisant de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux contrats et opérations dont l'exécution a été affectée par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et par les résolutions connexes reste d'application ». Ce considérant demeure à ce jour inchangé.

6. L'impact des mesures d'embargo sur les contrats en cours est classiquement examiné au travers du prisme de la force majeure.

La force majeure est « l'événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendant de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui » (13).

Selon que le caractère temporaire ou absolu de l'impossibilité d'exécution, le contrat est suspendu (14) ou résilié (15).

(11) Ce Règl. a été modifié à 29 reprises. Sa dernière version consolidée a été publiée au *JOUE* le 15 mars 2017.

(12) A. MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 245, n° 276.

(13) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1386, n° 966.

(14) L. CORNELIS, « De schorsing van verbintenissen », *TPR.*, 2008, pp. 495 et s. ; P.-A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Chartre, 2004, pp. 262-265, n°s 28-30.

(15) H. VAN HOUTE, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 207, n° 21 ; J. PERILLEUX, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 178 ; A. MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 286, n°s 338 et s.

Ainsi énoncée, la règle apparaît simple. Et pourtant, son application est en réalité délicate.

7. Pour appliquer la règle, il faut d'abord soigneusement déterminer la relation à l'égard de laquelle on entend la mettre en œuvre.

La solution à apporter dans la relation garant/contre-garant/bénéficiaire n'est pas nécessairement la même que celle à apporter dans la relation donneur d'ordre/garant.

8. L'on sait que l'émission d'une garantie est le plus souvent réalisée dans le cadre d'une ouverture de crédit.

Les dispositions édictées par l'Union européenne n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier les relations entre deux opérateurs européens, mais uniquement de protéger ces opérateurs contre des revendications d'opérateurs irakiens. Entre les opérateurs européens, les relations demeurent inchangées. Il n'apparaît en toute hypothèse pas que le législateur européen ait entendu modifier l'équilibre économique voulu par le donneur d'ordre et la banque émettrice. Or, dans une garantie, « le risque économique incombe à l'exportateur, qui a signé le contrat de base et approuvé les termes de l'acte de garantie [...] » (16), tandis que le risque que la banque accepte de prendre est un risque de crédit (17).

Il faut enfin constater qu'en toute hypothèse, l'exécution par le donneur d'ordre de son obligation envers la banque émettrice, de rembourser cette dernière si elle est amenée à payer le bénéficiaire à la suite d'un appel régulier par celui-ci de la garantie, est toujours possible.

9. Doit-on cependant admettre que l'impossibilité pour le garant d'exécuter son engagement se répercute automatiquement sur la relation donneur d'ordre/garant ?

La jurisprudence est partagée.

Tantôt elle considère que le règlement contient une interdiction définitive, tantôt pas.

Ainsi, dans une décision du 1^{er} octobre 1993, le tribunal civil de Padoue a décidé que les mesures d'embargo organisées par le règlement 3541/92 avaient un caractère définitif et a en conséquence que

(16) C. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires autonomes », *R.P.D.B.*, compl. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 583, n° 102.

(17) *Ibid.*

L'embargo et les garanties bancaires : la messe est-elle dite ? 271

les garanties et contre-garanties étaient en conséquence éteintes (18). Il ordonna en conséquence la libération des nantissements donnés par les sociétés qui avaient demandé l'émission des garanties.

Inversement, la Cour d'appel de Paris n'a quant à elle pas retenu l'existence d'une extinction du fait du règlement 3541/92. Elle a au contraire décidé, dans un arrêt du 23 juin 1995 (19), que si ce règlement « n'a pas entraîné de plein droit l'extinction de tous les contrats en vigueur au jour de l'embargo, il n'en demeure pas moins que seuls pourront reprendre leurs effets ceux qui ne seront pas arrivés à leur expiration lors de sa levée ».

De la même manière, il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2011 que la Cour d'appel de Bruxelles a décidé, dans un arrêt du 6 novembre 2009, que les obligations en relation avec un crédit documentaire étaient suspendues par l'effet de l'embargo irakien (20).

Tantôt, il existe une répercussion sur la relation donneur d'ordre-garant (21) tantôt pas.

Ainsi, le tribunal civil de Padoue déjà cité a décidé que les garanties et contre-garanties étant éteintes, la libération des nantissements donnés par les sociétés qui avaient demandé l'émission des garanties devait être ordonnée.

Inversement, dans son arrêt du 6 novembre 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé que la convention conclue entre une banque belge et une banque irakienne « en lien » avec des crédits documentaires affectés par l'embargo devait produire ses effets.

Les faits de la cause tels qu'ils résultent de l'arrêt de la Cour de cassation peuvent être synthétisés comme suit : la banque irakienne avait conclu une convention avec la banque belge en vertu de laquelle elle s'engageait à couvrir par des dépôts, les crédits documentaires émis par elle et confirmés par la banque belge. Dans cette convention, il était prévu que les fonds ainsi déposés portaient un intérêt basé sur le Libor. Tirant argument de l'embargo édicté à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak en 1989, la banque belge n'avait plus versé les inté-

(18) Dans un arrêt du 5 juin 2001, la Chambre des Lords a adopté un raisonnement comparable : selon elle, l'interdiction est définitive et les obligations sont éteintes (cité par A. MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 410, n° 521).

(19) Paris, 23 juin 1995, *JCP E*, 1995, II, p. 735, note G. AFFAKI. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par un arrêt du 24 janvier 1998, Cass. fr. (com.), 24 janvier 1998, *JCP E*, 1998, p. 1956, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE).

(20) Cass., 21 janvier 2011, www.stradalex.be.

(21) C'est le cas des décisions précitées du Trib. civ. de Padoue et de la Chambre des lords.

rêts sur les fonds déposés entre ses mains au motif que l'embargo avait mis fin aux crédits documentaires existants et empêchait l'émission de tout nouveau crédit documentaire.

La Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 6 novembre 2009, a décidé que l'ouverture de crédit documentaire, leur couverture et leur confirmation étaient des obligations distinctes de celle du paiement des intérêts et que cette dernière n'était pas affectée par les mesures d'embargo.

Saisie d'un pourvoi qui critiquait la distinction faite entre les différentes obligations alors que celles-ci résultaient d'un contrat synallagmatique, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en constatant que la Cour d'appel avait ainsi relevé que le contrat contenait en réalité deux accords partiels en sorte que les obligations découlant de l'un deux pouvaient être exécutées indépendamment de celles découlant de l'autre partie.

10. Il résulte des décisions précitées que lorsque l'obligation analysée est « réellement » affectée par les mesures d'embargo, ce n'est que si l'interdiction édictée par lesdites mesures est considérée comme définitive qu'il pourrait y avoir un impact sur la relation donneur d'ordre-banque émettrice.

Eu égard au caractère par nature temporaire de l'embargo, il apparaît que cependant la solution de la suspension des obligations souscrites par la banque émettrice envers le bénéficiaire et affectées par l'embargo apparaît la plus adéquate.

Cette solution permet en outre de répondre adéquatement à certaines situations. Ainsi, on n'aperçoit pas pourquoi l'embargo devrait définitivement libérer un opérateur économique de son obligation de restituer un acompte perçu pour un travail qu'il n'a pas effectué en raison de l'embargo. Certes, cet opérateur mérite d'être protégé contre une demande de dommages et intérêts. En revanche, l'embargo n'a certainement pas pour vocation de lui permettre de s'enrichir injustement au détriment notamment de leur contrepartie irakienne.

11. On ne peut que regretter l'imprécision des textes adoptés, spécialement quant aux effets qu'ils produisent sur les contrats en cours.

On doit encore davantage regretter l'absence de véritable réflexion de la part des autorités sur les conséquences juridiques de la levée des mesures d'embargo antérieurement prises.

Est-ce là réellement une manière de leur assurer une véritable protection ?