



**THÈSE DE DOCTORAT DE L'ÉTABLISSEMENT UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
FRANCHE-COMTÉ PRÉPARÉE À L'UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE**

École doctorale n°593

Droit, gestion, sciences économiques et politiques (DGEP)

Centre de Recherche et d'Étude en Droit et Science Politique (CREDESPO)

Doctorat de Droit privé et sciences criminelles

Par

SYLLA M'Boure Kaba

Sous la direction de **Madame le professeur Natalie JOUBERT**

LES EMBARGOS ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX

Thèse présentée et soutenue à Dijon le 13 juin 2023

Composition du jury :

Madame Christelle COUTANT-LAPALUS, Professeure de Droit privé à l'Université de Bourgogne Franche-Comté (Dijon), **Examinatrice**

Madame Paola NABET-GARAFFA, Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine (Metz), **Rapporteur**

Monsieur Ludovic PAILLER, Professeur de Droit privé et sciences criminelles à l'Université Lyon III Jean Moulin, **Rapporteur**

Madame Natalie JOUBERT, Professeure de Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Bourgogne Franche-Comté (Dijon), **Directrice de thèse**

AVERTISSEMENT

L'Université de BOURGOGNE FRANCHE - COMTÉ n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie Madame le professeur Natalie JOUBERT d'avoir dirigé avec patience les recherches ayant conduit à cette thèse. Je tiens également à lui exprimer toute ma gratitude pour son soutien lors des moments difficiles.

Je remercie aussi mes parents qui n'ont cessé de me soutenir et de m'encourager tout au long de ce travail doctoral. Que mon frère, ma sœur, mes tantes et amis retrouvent ici l'expression de toute ma reconnaissance pour leur soutien moral.

Enfin, je remercie mon tendre époux qui m'a été d'un grand soutien au quotidien pour la réalisation de ce travail.

RÉSUMÉ

Les mesures d'embargo lorsqu'elles sont décidées unilatéralement par un État ou prises dans un cadre multilatéral par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ont pour but d'interrompre tout ou partie des relations avec l'État que l'on entend sanctionner. En tant que normes impératives, les mesures d'embargo s'imposent à tout opérateur du commerce international ainsi qu'aux juges et aux arbitres internationaux qui sont dans l'obligation de les appliquer dès lors qu'ils sont saisis d'un litige relatif à un contrat international ayant pour objet une matière à embargo. S'agissant des opérateurs du commerce international, ceux-ci se voient ainsi interdire de poursuivre l'exécution des contrats qui rentrent dans le champ d'application des lois d'embargo. De ce fait, au regard du droit civil, ces mesures peuvent constituer soit un cas de force majeure, soit une cause d'imprévision libérant le débiteur de ses obligations contractuelles si elles réunissent les conditions de la force majeure ou d'imprévision requises par le système juridique compétent au titre la *lex contractus* ou par la clause de la force majeure ou de *hardship*. S'agissant du sort des contrats en cours d'exécution, ces mesures de nature temporaire entraînent d'abord la suspension du contrat. Le contrat n'est résolu ou résilié que lorsque l'embargo affecte durablement l'exécution du contrat. Les mesures d'embargo constituent ainsi une source de perturbations de l'économie des relations contractuelles. Dès lors, les opérateurs économiques pour se prémunir contre les risques de l'embargo insèrent des clauses de sanction. Toutefois, les périmètres très mouvants des embargos font que des stratégies de conformité efficaces doivent être mises en place.

Mots-clés

Embargo ; Contrats internationaux ; Exécution ; Force majeure ; Imprévision ; Clauses de sanction.

SUMMARY

Embargo measures, when decided unilaterally by a State or taken in a multilateral framework by the United Nations Security Council based on Chapter VII of the United Nations Charter, are intended to interrupt all or part of the relations with the State that is to be sanctioned. As mandatory standards, the embargo measures are imposed on all operators of international trade as well as on judges and international arbitrators who are obliged to apply them as soon as they are seized of a dispute relating to an international contract whose subject matter is subject to embargo. As regards international trade operators, they are thus forbidden to continue the execution of contracts that fall within the scope of application of the embargo laws. Therefore, from the point of view of civil law, these measures may constitute either a case of “force majeure” or a cause of unforeseeability releasing the debtor from his contractual obligations if they meet the conditions of force majeure or unforeseeability required by the competent legal system under the *lex contractus* or by the “force majeure” or *hardship* clause. About the fate of contracts in progress, these measures of a temporary nature first lead to the suspension of the contract. The contract is only resolved or terminated when the embargo permanently affects the performance of the contract. Embargo measures thus constitute a source of disruption of the economy of contractual relations. Consequently, to protect themselves against the risks of an embargo, economic operators insert sanction clauses. However, the very shifting perimeters of embargoes mean that effective compliance strategies must be put in place.

Keywords

Embargo ; International contracts ; Execution ; Force majeure ; Unforeseeability ; Penalty clauses

ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AC	The Law Reports – Appeal Cases
ACS	Arrêts de la Cour suprême du Canada
Actes prat. ing. sociétaire	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
AFDI	Annuaire français de droit international
AJ contrat	Actualité Juridique Contrat
AJ pénal	Actualité Juridique Pénal
AJCA	Actualité Juridique Contrats d'affaires
AJDA	Actualité Juridique droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
Arb. Int.	Arbitration International (Journal of the London Court of international Arbitration)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
CA	Cour d'appel
CAMP	Chambre Arbitrale Maritime de Paris
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CCI	Chambre de commerce internationale
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'État
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLR	Columbia Law Review
Comm. com. électr.	Communication - Commerce électronique
Contra.	Contraire
CPJI	Cour permanente de justice internationale
D.	Recueil Dalloz (Sirey)
Dalloz actu.	Dalloz actualité
DMF	Droit maritime français
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. et patr.	Droit & patrimoine
éd.	Édition
Eur. Rev. PIL	European Review of Private Law
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
German YB Int'l. L.	German Yearbook of International Law
Ibidem	au même endroit
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
Id.	Idem
IFJD	Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie
ILM	International Legal Materials
<i>in</i>	dans
<i>Infra</i>	ci-dessous
Int. Constr. Law Rev.	International Construction Law Review (Revue du droit international de la construction)
J.Int'l Arb	Journal of International Arbitration
JCI	Juris-Classeur
JCI civ. Code	Juris-Classeur Civil Code
JCI dr. int.	Juris-Classeur Droit international
JCP CI	La Semaine Juridique - Édition Commerce et Industrie
JCP E	La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires (Juris- Classeur périodique édition entreprise)
JCP G	La Semaine Juridique - Édition Générale (Juris-Classeur périodique édition générale)

JCP N	La Semaine Juridique - Édition Notariale et Immobilière
JCP	La Semaine Juridique (Juris-Classeur périodique)
JDI	Journal de droit international
JIA	Journal of international Arbitration
JO C	Journal officiel des Communautés européennes
Journ. PIL	Journal of Private International Law
LEDB	L'Essentiel Droit bancaire
LEDC	L'Essentiel Droit des contrats
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	numéro de revue/ paragraphe
ONU	Organisation des Nations Unies
op.cit.	Opere citato
p., pp.	page, pages
RA	Revue de l'arbitrage
RB	Banque & Droit
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)
RCDI	Revue copropriété et droit immobilier
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDAI /IBLJ	Revue de droit des affaires internationales (International Business Law Journal)
RDBB	Revue droit bancaire et de la bourse
RDC	Revue des contrats
RDIC	Revue de droit international et de droit comparé
RDU	Revue de droit uniforme (Uniform Law Review/ ILRev.)
Rec. Leb	Recueil Lebon
Rec.	Recueil
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz

Rép. eur. Dalloz	Dalloz - Répertoire de droit européen
Rép. Internat. Dalloz	Répertoire de droit international Dalloz
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. trans.	Revue de droit des transports
Rev. int. compliance	Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale (ancienne Revue des agréés)
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RGDC	Revue générale de droit civil belge
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIS	Revue internationale et stratégique
RJ. com.	Revue de jurisprudence commerciale (ancien Journal des agréés)
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJT	Revue juridique Thémis
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Soc. Lég. Comp	Société de législation comparée
t.	Tome
T. 1 ^{re} inst.	tribunal de première instance

T. com.	tribunal de commerce
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Travaux comité fr. DIP	Travaux du comité français de droit international privé.
Tul. J. Int'l & Comp. L	Tulane Journal of International and Comparative Law
vol.	Volume
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
I- Définition de la notion d'embargo.....	16
II- Les différentes catégories d'embargo.....	22
III- Délimitation du sujet et annonce du plan retenu	34
PARTIE 1 : LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES D'EMBARGO SUR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES DU COMMERCE INTERNATIONAL	39
TITRE 1 : LE CARACTÈRE IMPÉRATIF DES MESURES D'EMBARGO	40
CHAPITRE 1 : LES SOURCES DES MESURES D'EMBARGO.....	41
CHAPITRE 2 : LA NATURE JURIDIQUE DES MESURES D'EMBARGO.....	73
TITRE 2 : APPLICATION DES MESURES D'EMBARGO PAR LE JUGE ETATIQUE ET L'ARBITRE INTERNATIONAL	102
CHAPITRE 1 : L'ARBITRABILITE OBJECTIVE D'UN LITIGE IMPLIQUANT UNE MESURE D'EMBARGO ...	104
CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE L'EMBARGO EN TANT QUE NORME APPARTENANT A LA LEX CONTRACTUS ET A LA LOI DU <i>FOR</i>	138
CHAPITRE 3 : L'APPLICATION DE L'EMBARGO EN TANT QUE NORME ÉTRANGÈRE A LA <i>LEX CONTRACTUS</i> ET A LA LOI DU <i>FOR</i>	162
PARTIE 2 : LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES D'EMBARGO SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX.....	222
TITRE 1 : L'EFFET PERTURBATEUR DES MESURES D'EMBARGO SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX.....	223
CHAPITRE 1 : L'EMBARGO : FAIT JUSTIFICATIF DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT.....	225
CHAPITRE 2 : LE SORT DES CONTRATS RÉGULIÈREMENT CONCLUS AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'EMBARGO.....	314
TITRE 2 : AMÉNAGEMENT DES RISQUES ASSOCIÉS A L'EXISTENCE DES LOIS D'EMBARGO ÉTRANGÈRES	389
CHAPITRE 1 : CONTRACTUALISATION DES RISQUES DES MESURES D'EMBARGO ÉTRANGÈRES : INSERTION DES CLAUSES DE SANCTION	391
CHAPITRE 2 : LA GESTION DES RISQUES LIÉS AUX MESURES D'EMBARGO ÉTRANGÈRES PAR LES BANQUES ET LES ASSUREURS	415
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	458
BIBLIOGRAPHIE.....	464
INDEX	519
TABLES DES MATIÈRES	523

INTRODUCTION

« *Le commerce, libre en principe, en temps de paix, connaît, en temps de guerre ou dans les zones de belligérance, des restrictions particulières* »¹

1. Les embargos font figure d'exceptions dans le cadre d'une économie mondialisée. En effet, dans un espace gouverné par la mondialisation de l'économie, synonyme, pour une large part, de libération et de déréglementation des échanges², les mesures d'embargo figurent, à l'inverse, parmi les règles les plus contraignantes pour le commerce international. Il s'agit des mesures restrictives auxquelles la communauté internationale, les organisations régionales et les États ont régulièrement recours dans le but d'interrompre certains échanges ou même, dans certains cas, de restreindre l'ensemble du commerce avec un État lorsque ce dernier commet des actes de violations de la paix, des droits de l'homme ou encore de la démocratie³. La période contemporaine a vu se multiplier les utilisations des mesures de restriction des échanges économiques.

2. Les exemples contemporains sont nombreux lorsqu'on examine la pratique des États et des organisations internationales, mais on peut néanmoins citer : l'embargo sur les importations de certains produits en provenance de Rhodésie du Sud en 1966, puis généralisé à tous les produits ou marchandises⁴, l'embargo général à l'encontre de l'Irak décrété par le Conseil de sécurité de l'ONU en 1990 et gel de l'ensemble des avoirs irakiens à l'étranger⁵, l'embargo sur les armes à destination de l'ex-Yougoslavie puis sur toutes les transactions avec la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro) en 1992⁶, l'embargo sur les armes et les produits pétroliers vendus ou fournis à l'UNITA en 1993⁷, l'embargo sur toutes les livraisons

¹ Cité par GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *Journal du droit international (Clunet)*, 1991-2, p. 664.

² En ce sens, COULOMB Fanny et MATELLY Sylvie, « Bien-fondé et opportunité des sanctions économiques à l'heure de la mondialisation », *RIS* 2015, n°97, p. 105.

³ FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *Journal du droit international (Clunet)*, juillet 2010, n°3, p. 3.

⁴ Voir les résolutions 232 (1966) et 277 (1970) ; DIEZ De VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, coll. Droit international, Economica, Paris, 2002, p. 226.

⁵ Voir S/RES/661, du 6 août 1990, doc. AI, 1990, n°19, pp. 350-351.

⁶ Voir S/RES/757/, du 30 mai 1992 ; S/RES/820, du 17 avril 1993, doc. AI, 1993, n°11, p. 225.

⁷ L'Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola.

⁸ Voir S/RES/864, du 13 septembre 1993.

de matériels militaires et de produits pétroliers à destination du Rwanda en 1995⁹, l'embargo aérien, gel des avoirs et autres ressources financières en Afghanistan en 1999¹⁰, l'embargo sur le commerce des bois tropicaux en provenance du Libéria en 2004¹¹, l'embargo sur les armes à destination et en provenance de la Corée du Nord en 2006 et un embargo sectoriel sur certains produits en 2009¹², l'embargo sur les armes à destination et en provenance de la Syrie en 2012, puis sur toutes les transactions (pétroles, biens à double usage, gaz, articles de luxe, biens culturels...)¹³, l'embargo sur les armes à destination de la République centrafricaine en 2013¹⁴, l'embargo sur tous les produits en provenance et à destination de la Crimée et du Sébastopol en 2014 suite à leur annexion illégale par la Russie¹⁵. Plus récemment, en réaction à l'invasion de l'Ukraine par la Russie en février 2022, une série d'embargos sur des produits en provenance et à destination de la Russie a été adoptée par l'Union européenne en coordination avec ses partenaires, notamment les États-Unis et les autres pays du G7¹⁶. De même, la décision de la junte militaire malienne de se maintenir au pouvoir après le coup d'État en août 2020 a amené la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) à imposer un embargo général contre le Mali¹⁷. L'Iran est également sous un régime de mesures restrictives depuis trente ans pour la prise d'otages de l'ambassade américaine à Téhéran en 1980, puis pour son soutien à des mouvements terroristes et son développement d'un programme nucléaire¹⁸. Toutefois, en 2015, les cinq pays membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU plus l'Allemagne ont conclu un accord provisoire avec l'Iran portant sur son programme d'armes nucléaires. Ce Plan d'action global commun (JCPoA)¹⁹ a établi un cadre pour lever la

⁹ Voir S/RES/1011 du 16 août 1995.

¹⁰ Voir les résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000).

¹¹ Voir S/RES/1478 du 6 mai 2003.

¹² Voir S/RES/1718 (2006) et S/RES/1874(2009).

¹³ Voir le règlement (UE) n°36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie.

¹⁴ Voir la résolution 2127 (2013) et la décision 2013/798/PESC du Conseil du 23 décembre 2013 concernant des mesures restrictives de la République centrafricaine.

¹⁵ Voir la décision n°2014/386/PESC du Conseil du 23 juin 2014 concernant des mesures restrictives en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol. Ces mesures restrictives, adoptées par l'Union européenne à l'encontre de la Crimée et Sébastopol, visent aussi, mais indirectement la Russie.

¹⁶ Voir la décision n°2022/266/PESC du Conseil du 23 février 2022 et le règlement (UE) 2022/263 du Conseil du 23 février 2022 concernant des mesures restrictives en réaction à la reconnaissance des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'ordre donné aux forces armées russes d'entrer dans ces zones.

¹⁷ Sur cet aspect, AHOULOUMA B. Fortuné, ALIPOÉ Pierre-Paul, KADJO Baba, LAWSON Fabien, MADITOMA Wiyao et TCHÉKA, « Sanctions internationales contre le Mali : et après ? », *La tribune Afrique*, 26 janvier 2022.

¹⁸ Voir S/RES/2231(2015). Sur ces mesures à l'encontre de l'Iran, COVILLE Thierry, « Les sanctions contre l'Iran, le choix d'une punition collective contre la société iranienne ? », *RIS* 2015, n°97, pp. 149-158.

¹⁹ Voir en ce sens l'Accord de Vienne (plan d'action global commun – Joint Comprehensive Plan of Action (JCPoA)) du 14 juillet 2015. À noter toutefois que l'Accord prévoyait malgré tout de maintenir l'embargo sur les armes (importations d'armes lourdes et missiles balistiques) jusqu'en 2020.

plupart des restrictions des échanges économiques en échange de l'engagement de l'Iran à limiter ses programmes nucléaires sur au moins 10 ans. À la suite de cet accord, l'essentiel des sanctions économiques contre l'Iran a été levé début 2016. En 2018, l'administration Trump décide, toutefois, de retirer les États-Unis de l'accord sur le nucléaire iranien et rétablit les mesures qui avaient été levées en 2016. En 2019, l'administration américaine instaure de nouvelles mesures notamment, l'embargo sur le pétrole en provenance de l'Iran²⁰.

3. Cette prolifération des mesures d'embargo s'explique d'une part, par la mondialisation de l'économie qui en engendrant plus d'interdépendance économique, fait des mesures restrictives une méthode plus viable afin d'atteindre les objectifs de politiques étrangères²¹. À cet égard, la crise de Suez en 1965 n'a pris fin que lorsque le Président Eisenhower a décidé de bloquer des prêts au Royaume-Uni, ce qui a déclenché une crise sur la livre qui a amené aussitôt l'Angleterre à évacuer la partie du Canal qu'elle avait occupée²². Plus récemment, les mesures restrictives promulguées sous l'égide du Conseil de sécurité, transposées aussitôt par l'Europe et par les États-Unis, appuyées par la désignation de l'ensemble des banques iraniennes comme des institutions facilitant le blanchiment d'argent, entraînant leur exclusion du système de paiement en euros et en dollars ainsi que du système de messagerie sécurisé SWIFT, ont certainement facilité les concessions iraniennes qui ont permis la conclusion de l'Accord sur le nucléaire iranien.

4. D'autre part, par la prohibition du recours à la force armée dans les relations internationales, telle qu'édictée à l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies à l'exception de la légitime défense ou de l'autorisation expresse d'actions coercitives par le Conseil de sécurité²³. Ainsi, la prohibition stricte du recours à la force armée dans le système

²⁰ PHILIPPE Charlotte, « Les régimes de sanctions à l'encontre de l'Iran », *Observatoire géopolitique de la conformité, IRIS*, avril 2021, p. 2.

²¹ Voir à ce propos, COULOMB Fanny et MATELLY Sylvie, « Bien-fondé et opportunité des sanctions économiques à l'heure de la mondialisation », *op. cit.*, pp. 109 et s. ; AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux – Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *Revue Droit & Affaires*, novembre 2019, n°16, p. 3 ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *RB Édition*, 2012, pp. 33-34 ; De WILDE D'ESTMAEL Tanguy et De SCHOUTHEETE De Tervarent Philippe, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne : sanctions et incitants économiques comme moyens de politique étrangère*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 18 et s.

²² Affaire citée par AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux – Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *op. cit.*

²³ Pour différents commentaires, BUCHHEIT Lee. C., « The Use of Non-Violent Coercion », in *Economic Coercion and the New International Economic Order*, Richard B. LILLICH (ed.), Charlottesville, 1976, The Michie Company, Law Publishers, pp. 39 et s. ; RANDELZHOFFER Arbrecht, « Article 2 (4) » in *The Charter of the United Nations : A commentary*, Bruno Simma, Hermann Mosler, Andreas Paulus and Eleni Chaitidou (ed.), t. I, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 117 ; VIRALLY Michel, « Article 2, paragraphe 4 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau (ss

mis en place par la Charte des Nations Unies pousse les États, mais également les organisations régionales à se tourner vers d'autres mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée²⁴. L'embargo est l'une des mesures privilégiées de coercition économique.

I- Définition de la notion d'embargo

5. Parallèlement à sa montée en puissance, surtout depuis la création des Nations Unies et des pouvoirs donnés à son Conseil de sécurité²⁵, le concept d'embargo a connu une évolution considérable de sa signification juridique. En effet, il est passé d'une acception classique qui remonte au siècle dernier à une acception que l'on peut qualifier de moderne qui évolue encore aujourd'hui.

A- Acception classique du terme embargo : une institution du droit maritime

6. Étymologiquement, le terme embargo est issu de l'espagnol *embarga*, qui signifie arrêter, saisir. À l'origine, c'est-à-dire au XVIIe siècle, la notion d'embargo, d'après la doctrine, était utilisée pour désigner la saisie provisoire des navires étrangers par un État, ou du moins, la défense faite par un gouvernement de laisser partir les navires étrangers se trouvant dans ses ports ou dans ses eaux territoriales pour contraindre un autre État auquel appartiennent ses navires à lui donner satisfaction de certains griefs. Il permettait le plus souvent aux plus grands États de peser sur les plus faibles²⁶. C'est ainsi que la Russie de Catherine II mit un embargo sur les navires civils suédois dans les ports russes pour peser sur la Suède. La France du XVIIIe siècle, de la même façon, sanctionnait les navires des villes hanséatiques et les bateaux américains. L'Angleterre, première puissance mondiale au XVIIIe siècle, en usait dans ses relations avec les petits États afin d'obtenir des privilèges en matière de soufre par le petit royaume. Dès le XVIIIe siècle, l'embargo était également un moyen de régler des rivalités commerciales entre grandes puissances : les États considéraient l'embargo comme une mesure annonciatrice de guerre qui consistait pour un État à saisir des navires d'un État étranger en

dir.), 3^e éd., Paris, Economica, 2005, p. 125 ; FERRAND Bernard, « Quels fondements juridiques aux embargos et blocus aux confins des XXe et XXIe siècles », *Revue Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2004, n°214, p. 58 ; ALASSANI Zeinatou, *L'évolution du droit de recourir à la force : vers une reconnaissance de l'« autorisation implicite »*, thèse, Université de Rouen Normandie, Université de Lomé (Togo), 2019.

²⁴ ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 13 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 5.

²⁵ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ CHARVIN Robert, « les mesures d'embargo : la part du droit », *RBDI*, 1996, pp. 6-7.

prévention d'une guerre avec lui²⁷. Dans sa conception classique, le terme embargo désignait ainsi une mesure unilatérale de représailles, admise par la coutume internationale, ayant pour objectif de saisir les navires de commerce étrangers, en vue de faire pression sur les États dont ils portaient pavillon. Cependant, cette pratique est progressivement tombée en désuétude tandis que le terme embargo demeurerait, mais pour désigner des formes plus générales d'interruption des relations commerciales²⁸.

B- Acception contemporaine du terme embargo : une mesure de restriction des échanges économiques

7. L'acception ancienne du terme embargo a progressivement au cours du XIXe siècle cédé la place à une notion plus large et finalement fort différente de la conception classique. En effet, la saisie des biens d'un autre État comme c'était le cas des navires commerciaux étrangers a disparu et a été remplacée par la restriction des échanges économiques. En témoignent les expressions, embargo sur le pétrole, sur les armes, sur le gaz, ou sur les munitions. Ainsi, selon l'acception contemporaine du terme, l'embargo désigne une mesure d'interdiction ou de restriction des échanges qu'un État ou un groupe d'États prend à l'encontre d'un autre État dans un but de politique internationale²⁹. Cependant, deux conceptions, l'une plus étroite et l'autre extensive, s'opposent autour de cette définition.

1- Conception étroite de l'embargo

8. Suivant la conception étroite, l'embargo consiste en l'interdiction ou limitation des seules exportations à destination d'un ou plusieurs État(s) sur lequel (s) on entend faire pression³⁰. Selon les partisans de cette conception, cette définition demeure plus fidèle à

²⁷ LE MEUR Claire, « L'embargo, quels risques pour les entreprises françaises ? », *Portail de l'IE, centre de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique*, 16 mars 2017 ; FERRAND Bernard, « Quels fondements juridiques aux embargos et blocus aux confins des XXe et XXIe siècles », *op. cit.* ; CHARVIN Robert, « les mesures d'embargo : la part du droit », *op. cit.* ; ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », *in L'embargo, op. cit.*, p. 15.

²⁸ CHEMAIN Régis, « Embargo », *Rép. Internat. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : juin 2021), n°148 ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 638.

²⁹ DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *AFDI*, 1967, p. 100 ; ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », *in L'embargo, op. cit.*, p. 18 ; SYNVEV Hervé, « L'embargo : aspect de droit bancaire », *in L'embargo, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Brruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 213. CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°148.*

³⁰ Voir également, CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, qui définit l'Embargo comme un « acte d'autorité d'un État pouvant s'appliquer, à tout moyen de transport ou à toute catégorie de marchandises ou de produits, 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 ». Voir aussi MAYER Pierre, « Le rôle du droit public en droit international privé français », *in le rôle du droit public en droit international privé*, Colloque de Bâle 20 et 21 mars 1986, Helbing & Lichtenhan, 1991, n°18, p. 77, qui définit les mesures d'embargo comme « des prohibitions d'exporter certaines marchandises à

l'étymologie du terme embargo dans la mesure où, au sens traditionnel, il implique la saisie, l'arrêt des biens étrangers par un État ou l'interdiction de départ faite par un État aux biens étrangers³¹. L'examen de la pratique des sanctions économiques aux Nations Unies révèle effectivement que le terme de l'embargo a été le plus souvent réservé aux seules restrictions frappant les exportations d'armes ou de pétrole³². De même, selon cette même doctrine, l'embargo ainsi défini correspondrait à la restriction des exportations tandis que les mesures frappant les importations relèveraient du boycott. Cependant, le terme embargo est sorti depuis longtemps de sa signification d'origine, d'après laquelle il désignait une interdiction des exportations vers un ou plusieurs pays désignés, pour couvrir également l'interdiction d'importation, se substituant en ce sens au terme traditionnel du boycott³³.

2- Conception extensive de l'embargo

9. Entendu au sens large, l'embargo englobe toutes les formes de restriction des échanges, qu'il s'agisse d'interdire ou de limiter les exportations comme les importations³⁴ ou encore d'interrompre toutes relations financières³⁵. Cette extension du concept d'embargo s'est réalisée progressivement à partir des années soixante dans le langage courant pour gagner au début des années quatre-vingt-dix le vocabulaire des textes officiels, notamment dans le cadre de l'ONU et de la Communauté européenne³⁶. En témoigne l'affaire irakienne où le terme embargo a été utilisé pour désigner les restrictions à l'importation³⁷ : on a ainsi parlé d'embargo

destination d'un ou plusieurs États, décidés par un ou plusieurs États ou une organisation internationale dans le but d'exprimer leur désaccord avec la politique de cet État ou de ces États ».

³¹ ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo, op. cit.* ; DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 101.

³² ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo, op. cit.* ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, préface Cachard Olivier, Larcier, 2012, n°9.

³³ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, p. 754 ; RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *Journal du droit international (Clunet)*, janvier 2004, n°1, n°3 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°8.

³⁴ DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 101 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°10.

³⁵ SYNVEV Hervé, « L'embargo : aspects de droit bancaire », in *L'embargo, op. cit.*, pp. 213 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°149. ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo, op. cit.*, p. 18 ; DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 101 ; KAUSCH Hans. G., « Embargo », in *Encyclopedia of Public International Law: Human Rights and the Individual in International law. International Economic Relations*, Instalment 8, Rudolf Bernhardt (éd.), Hollande du Nord, Amsterdam, New York, Oxford, North-Holland, 1985, pp. 169 et s.

³⁶ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.* ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°8.

³⁷ Voir la résolution 661 du 6 août 1990 et le règlement (CE) n°2340/90 du 8 août 1990, J.O. L. 213 du 9/8/1990, pp. 1-2. Voir également, la résolution 917 du 6 mai 1994, par laquelle le Conseil de sécurité décide que « *tous les États empêcheront l'importation sur leurs territoires de tous les produits de base de marchandises d'origine*

pétrolier à l'égard de l'Irak et non de boycott. De même, on a également utilisé le concept d'embargo pour qualifier les restrictions d'importations de matériel de guerre en provenance de la Russie en 2014³⁸.

10. Pourtant, cette conception extensive, qui semble s'imposer de plus en plus dans la pratique contemporaine, n'emporte pas l'adhésion d'une partie de la doctrine³⁹. Or, la Cour internationale de justice s'est prononcée en faveur d'une définition large lorsqu'elle décrit la décision d'embargo américaine à l'encontre du Nicaragua : « L'ordonnance proclamait un embargo total sur le commerce avec le Nicaragua interdisant toutes les importations en provenance et toutes les exportations à destination de ce pays, fermant aux navires nicaraguayens l'accès à destination et en partance des États-Unis et excluant les aéronefs du transport aérien à destination et en partance des États-Unis »⁴⁰. De même, la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹ et les arbitres du commerce international⁴² utilisent fréquemment le terme embargo pour désigner les restrictions d'exportations et d'importations. De plus, en doctrine, plusieurs auteurs retiennent la conception extensive de l'embargo⁴³. À titre d'exemple, dans son rapport introductif, M. Salmon définit l'embargo comme « une mesure de pression économique qu'un État peut adopter à l'égard d'un autre État ayant pour effet d'interdire ou de restreindre les échanges avec ce dernier. Cette mesure vise le plus souvent, les exportations, mais elle peut aussi englober les importations »⁴⁴. Mme Roujou de Boubée définit également

haïtienne exportée d'Haïti (...) décide que tous les États empêcheront la vente ou la fourniture par leurs nationaux ou à partir de leur territoire (...) de tous les produits de base ou marchandises originaires ou non de leur territoire ». Voir aussi le règlement (CE) n°1263/94 du 30 mai 1994, J.O. L. 139 du 2/6/1994, pp. 1-3.

³⁸ Voir le règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.

³⁹ Voir en ce sens ces auteurs, DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 100 et s. ; ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », *in L'embargo, op. cit.*, pp. 18 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°149 et s.

⁴⁰ CIJ, affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Recueil, 1986. Voir les paragraphes : 125 et 276 de l'arrêt. Affaire citée par ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », *in L'embargo, op. cit.*, p. 18.

⁴¹ Voir par exemple, la CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS contre Minister for Transport, Energy and Communications et autres*, Aff. C-84/95, *Rec.*, I-03953.

⁴² Voir, par exemple, la sentence CCI n°7698 rendue le 24 mai 2006 (inédite) à propos des mesures restrictives prises par la Communauté européenne à l'encontre de l'Irak. Sentence citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.* p. 35.

⁴³ Voir, MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *RDIC*, 1997, n°1, pp. 7-8 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 754 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°11 et s.

⁴⁴ SALMON Jean, « L'embargo en droit international et en droit public interne. Introduction », *in L'embargo, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, p.7.*

l'embargo comme « des sanctions prises à l'encontre d'un pays, et qui peuvent concerner les importations, les exportations, les transactions financières (...) »⁴⁵.

11. Par ailleurs, cette acception extensive, contrairement à ce que certains auteurs affirment, n'ôte pas au terme embargo toute sa spécificité. En effet, compris au sens large, l'embargo se distingue des autres notions familières apparentées aux sanctions économiques comme le boycottage ou le blocus⁴⁶. En effet, l'embargo se distingue du boycott dont il convient de rappeler qu'à l'origine, visait uniquement la cessation volontaire de relation d'un groupe d'individus ou une entreprise pour faire pression sur ces entités⁴⁷. C'est la raison pour laquelle certains auteurs avancent l'idée que le boycott correspond à la seule suspension frappant les importations⁴⁸. Toutefois, dans la pratique contemporaine, cette mesure de pression économique tend de plus en plus à être assimilée à une action par laquelle des personnes privées (négociants, groupements professionnels, consommateurs...) d'un pays, agissant généralement hors du cadre étatique, décident, pour faire pression sur un État étranger lorsqu'elles jugent que cet État ne respecte pas le droit international, d'interrompre les relations commerciales qu'ils entretiennent normalement avec ses nationaux⁴⁹. Le boycott est parfois l'œuvre des institutions privées, telles que les sociétés holding, dont la puissance économique dépasse le plus souvent celle de certains États, mais il peut également être le fait de salariés d'une entreprise. Ce fut ainsi le cas de l'appel au boycott des produits de Danone lancé en 2011 par une partie des salariées, à la suite de l'annonce de son plan social⁵⁰. De même, l'embargo défini au sens large ne tend pas à se confondre avec le blocus, bien que les deux notions soient toutes deux des mesures destinées à faire pression sur un État. En effet, le blocus implique une activité de

⁴⁵ ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions : Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *JCP E*, 16 mai 2013, n°20, p. 354. Voir également SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 420, qui définit, l'embargo comme une « mesure de pression consistant à interdire ou restreindre les échanges commerciaux à destination ou en provenance d'un ou plusieurs États ».

⁴⁶ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°12.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 101 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°150. Voir également, LILLICH Richard B., *Economic Coercition and the New International Economic Order*, *op. cit.* ; LEBEN Charles, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI*, 1982, n°28, p. 14 ; CARREAU Dominique, *Droit international*, 9^e éd., Paris, Pedone, 2007, n°1345, qui définit le boycott comme « un refus d'acheter ».

⁴⁹ De VAUPLANE Hubert, « Sanctions économiques - Embargos, gels des avoirs : défense des droits de l'Homme ou instruments de politique étrangère ? », *Revue Banque*, janvier 2013, n°755-756, p. 137 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*

On peut citer à titre d'exemple le boycott des Jeux olympiques de Moscou par les Américains en 1980 pour protester contre la guerre en Afghanistan. Voir en ce sens, MERTENS Pierre, « Le boycott des jeux olympiques », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, *RBDI*, 1984-1985, n°1, p. 195 ; de même, dans les années 1980-1990, les dockers australiens boycottèrent les produits français en refusant de charger et de décharger les navires battant pavillon français pour protester contre les essais nucléaires français dans le pacifique.

⁵⁰ FLALLO Laurent, « Danone : l'appel au boycott prend de l'ampleur », *Les Échos*, 5 avril 2001.

surveillance et éventuellement d'interception des communications maritimes ou aériennes au-delà de la sphère de compétence de l'État qui l'édicte et, en général, le recours à la force⁵¹. Il convient à cet effet d'observer qu'en pratique, il est arrivé que les États décident d'un embargo et ensuite adopte un blocus afin d'assurer l'efficacité de ce dernier⁵². Tel a été le cas par exemple dans l'affaire rhodésienne dans laquelle le Conseil de sécurité décréta un embargo sur le pétrole le 20 novembre 1965 et par la suite le 9 avril 1966, pria la Grande-Bretagne « d'empêcher, au besoin par la force, l'arrivée à Beira de navires dont on a tout lieu de croire qu'ils transportent du pétrole destiné à la Rhodésie du Sud »⁵³. De même, dans l'affaire irakienne, le Conseil de sécurité a instauré un embargo sur les exportations de marchandises et de produits de base à destination de l'Irak puis s'est adressé aux États membres qui coopèrent avec le Gouvernement koweïtien de déployer des forces navales dans la région et de prendre des mesures qui soient en rapport avec les circonstances du moment selon qu'il sera nécessaire, sous l'autorité du Conseil de sécurité, pour arrêter tous les navires marchands qui arrivent ou qui partent afin d'inspecter leur cargaison et de s'assurer de leur destination⁵⁴.

12. Ainsi, si l'embargo, le blocus et le boycott sont à l'évidence des moyens de pression économique, on se trouve toutefois en présence d'une catégorie de mesures diverses non juridiquement homogènes dans leur fondement, leur auteur ou dans leur but⁵⁵. La décision d'embargo adoptée uniquement par des sujets de droit public implique ainsi généralement l'interruption des échanges ou dans certains cas la restriction de l'ensemble du commerce avec un État.

⁵¹ Traditionnellement, le blocus est une mesure relevant du droit de la guerre maritime et désigne l'opération par laquelle les forces navales d'un État belligérant et éventuellement ses forces aériennes interceptent les communications maritimes avec un ou plusieurs ports ou portions du littoral ennemi ou occupé par l'ennemi. Voir en ce sens, ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, *op. cit.*, pp. 21-22 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, Université de Bourgogne, Faculté de droit et de science politique, 2000, p. 20 ; De VAUPLANE Hubert, « Sanctions économiques - Embargos, gels des avoirs : défense des droits de l'Homme ou instruments de politique étrangère ? », *op. cit.* ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*.

⁵² FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 7.

⁵³ Résolution 217 (1965), para. 8, in WELLENS Karel, *Résolutions et déclarations du Conseil de sécurité (1946-1992)*. *Recueil thématique*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 128. Ouvrage cité par ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴ Voir en ce sens la résolution 655 qui a renforcé la résolution 661 du 6 août 1990 concernant l'embargo sur l'Irak, en les assortissant de mesures de blocus militaire, en vertu de l'article 42 de la Charte.

⁵⁵ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 756 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°13.

L'effort de précision du terme d'embargo ainsi accompli, il convient d'opérer une distinction entre les différentes catégories d'embargo selon leur origine, les destinataires visées, selon les motifs, et enfin selon les activités visées.

II- Les différentes catégories d'embargo

A- L'embargo selon l'origine

13. L'embargo peut résulter d'un acte adopté collectivement par une organisation internationale. Il y a toutefois lieu de distinguer d'abord les mesures d'embargo décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur la base du chapitre VII de la Charte en cas de menaces contre la paix et la sécurité internationale. En effet, l'article 41 de la Charte permet au Conseil de sécurité de décider par le biais de résolutions « l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et les autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ». Aux termes de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, les décisions d'embargo prises par le Conseil de sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales s'imposent aux membres de l'organisation qui, selon l'article 48 § 2 de la Charte, doivent les exécuter « directement et grâce à leur action dans les organismes internationaux dont ils font partie ». Par ailleurs, l'embargo peut être élaboré sous l'égide d'organisations internationales régionales, telles que l'Union européenne, l'Union africaine, la Communauté économique des États de l'Ouest africain (ECOWAS), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). Au niveau européen, par exemple, les mesures restrictives sont prises par le Conseil de l'Union en application des résolutions par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Néanmoins, quand les circonstances l'imposent, l'Union peut également adopter des mesures restrictives sans qu'une résolution du Conseil de sécurité ait été préalablement édictée. Ces mesures restrictives européennes prises de façon autonome ou qui constituent une transposition des résolutions du Conseil de sécurité s'inscrivent dans le cadre des objectifs de la Politique Extérieure et de Sécurité Commune (PESC) de l'Union européenne.

14. L'embargo peut également résulter d'un acte adopté unilatéralement par un État, voire un groupe d'États. Confrontés à des situations de tensions internationales ou intérieures, certains États peuvent décider parfois de réagir et de mettre en œuvre unilatéralement un

embargo à l'encontre de l'État duquel il souhaite exercer une pression⁵⁶. Les États-Unis sont familiers du procédé et recourent, plus qu'aucun autre État, à ce type de mesures de pression économiques qui constituent un instrument courant au service de leur politique étrangère⁵⁷. À titre d'exemple, on peut citer les lois dites « Helms-Burton » du 12 mars 1996 et « d'Amato-Kennedy » du 8 août 1996 qui ont imposé des sanctions contre Cuba, la Libye, et l'Iran, mais également contre leurs partenaires commerciaux et financiers, en l'absence de tout lien de rattachement de ceux-ci avec les États-Unis. Il arrive, dans certains cas, que l'embargo adopté unilatéralement ne soit pas le fait d'un seul État, mais d'un groupe d'États. C'est le cas des premières mesures restrictives américaines contre Cuba dans les années 1960, les États-Unis étaient à cet égard parvenus à faire entrer dans leur relation conflictuelle les États de l'Organisation des États Américains (OEA) et « à convaincre d'autres États de ne pas entretenir de relation avec le régime castriste ». C'est également le cas des mesures d'embargo adoptées contre le Qatar le 5 juin 2017 par l'Arabie Saoudite et ses alliées (les Émirats arabes unis, l'Égypte, le Bahreïn, le Yémen, la Libye, la Mauritanie, les Maldives, les Comores et l'île Maurice).

B- L'embargo selon les destinataires

15. En principe, l'embargo frappe le ou les pays à l'encontre duquel ou desquels on entend exercer une pression. Cet embargo est alors qualifié de « primaire ». Mais il arrive assez régulièrement que la mesure d'embargo vise également les États tiers ou les entreprises en relations d'affaires avec l'État contre lequel est décrétée une mesure d'embargo. L'embargo est dit « secondaire ».

16. L'embargo primaire consiste pour un État à interdire à ses nationaux les exportations à destination ou les importations en provenance de l'État cible et ses ressortissants⁵⁸. Mais parfois, il arrive que l'État auteur de la mesure d'embargo entende qu'elle s'applique aussi aux succursales qui se trouvent à l'étranger ou aux filiales contrôlées par les sociétés nationales. Ce type de mesure d'embargo est fréquemment mis en œuvre par les États-Unis, qui à travers ces mesures, cherchent à donner plus d'efficacité aux mesures d'embargo qu'ils adoptent, en étendant la portée de ces mesures au-delà de ses frontières. Il s'agit là en effet d'une ancienne habitude du législateur américain que l'on trouve aussi bien dans le *Tradding with the Enemy*

⁵⁶ ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo, op. cit.*, p. 41.

⁵⁷ On aura l'occasion d'y revenir incidemment.

⁵⁸ ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo, op. cit.*, p. 32 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 8 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n° 162 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°18.

Act, que dans le premier *Export Control Act* de 1949 et les *Export Administration Act* de 1969 et 1979 ou encore dans les diverses *Foreign Assets Control Regulations* visant certains pays communistes et l'Iran⁵⁹. C'est d'ailleurs dans ce contexte que les États-Unis, coutumiers du fait, ont tenté d'empêcher la livraison des matériels pour la construction du gazoduc euro sibérien de 1982 par les sociétés européennes sous contrôle américain. En effet, en réaction à l'instauration de la « loi martiale » en Pologne le 13 décembre 1981, le gouvernement de Washington avait tenté d'empêcher, pendant des mois, la livraison à l'URSS des équipements déjà commandés en adoptant un embargo technologique les plus étendus⁶⁰.

Ces mesures d'embargo dites « primaires étendues » caractérisent toutefois l'exercice d'une compétence extraterritoriale d'un État qui pose cependant des problèmes de licéité à partir du moment où l'effet extraterritorial de la norme étrangère sera interprété comme une forme d'ingérence dans les affaires intérieures de l'État sur le territoire duquel la filiale déploie ses activités⁶¹.

17. Enfin, pour renforcer davantage encore l'efficacité de sa pression économique, un État peut être tenté de mettre en place un embargo que l'on qualifiera de secondaire en ce qu'il s'agira d'interdire les exportations à destination ou les importations en provenance, non plus vers le seul pays cible, mais aussi vers tout pays ou entreprise qui maintiendrait des relations commerciales avec celui-ci. Schématiquement, l'embargo secondaire vise à empêcher les États ou les entreprises, sans lien avec l'autorité prenant la mesure d'embargo, d'entrer en relation avec l'État visé⁶². On peut citer à titre d'exemple l'embargo sur le thon mexicain à nageoire jaune mis en place par les États-Unis et destiné à faire pression sur le Mexique afin qu'il modifie ses techniques de pêche dans la zone tropicale orientale du Pacifique. En effet, l'embargo décrété par les États-Unis, conformément à la loi sur la protection des mammifères marins, frappait non seulement les importations de thon en provenance du Mexique, mais également celles en provenance des États tiers, une série de pays identifiés comme exportateurs de thon à

⁵⁹ Voir en ce sens, LEBEN Charles, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *op. cit.*, p. 54.

⁶⁰ Sur cette affaire, voir ERGEC Rusen, « Les pressions économiques sous l'angle du conflit du Gazoduc euro-sibérien », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, *RBDI*, 1984-1985, n°1, p. 166 ; AUDIT Bernard, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit., DIP*, 1983, pp. 401 et s. ; LEBEN Charles, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *op. cit.*, p. 55.

⁶¹ Cette question sera discutée dans le chapitre 1 de la première partie de la thèse.

⁶² Ces mesures d'embargo secondaires caractérisent également l'exercice d'une compétence extraterritoriale de l'État au détriment des États tiers et posent bien évidemment à nouveau des problèmes de licéité dans la mesure où l'État décidant de l'embargo vise à forcer d'autres États à se conformer à sa politique, ce type d'embargo peut difficilement être légitimé en droit international. En effet, il met directement en cause le principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un État.

nageoire jaune ou des produits dérivés faisant l'objet des restrictions américaines. C'est aussi le cas, plus récemment, du projet de gazoduc entre la Russie et l'Europe Nord Stream 2 pour lequel les États-Unis ont établi des embargos secondaires visant spécifiquement les navires de pose de canalisations nécessaires à la construction du projet. Entrée en vigueur le 20 décembre 2019 par la signature de la loi sur le budget de la défense américain *National Defense Authority Act* de 2020 par le Président Trump qui intègre presque entièrement un projet de la loi sénatoriale présenté en mai 2019 sous le titre *Protecting Europe's Energy Security Act* de 2019⁶³, ces mesures secondaires visent les navires de pose de canalisations nécessaires à la construction des projets de pipelines. Cependant, elles visent également les entreprises étrangères aux États-Unis qui ont sciemment (i) vendu, loué ou fourni ces navires ; ou (ii) facilité des transactions trompeuses ou structurées afin de fournir ces navires pour la construction du projet.

18. Par ailleurs, dans certains cas, les mesures d'embargo peuvent viser des individus ou des entités non étatiques⁶⁴ comme des responsables politiques, des entreprises, des groupes rebelles, des groupes terroristes, des mouvements armés. En témoignent, les résolutions contre les Serbes de Bosnie en 1994⁶⁵ ou contre l'Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola (UNITA), un parti politique angolais, en 1997⁶⁶ ou contre les talibans. Ainsi, concernant les talibans, ces derniers firent l'objet de mesures de contrainte non armées depuis leur prise de pouvoirs en Afghanistan en 1996⁶⁷. Ensuite, des restrictions de vol pour la compagnie aérienne afghane « Ariana », et financières par le gel des actifs des talibans à l'étranger, ainsi qu'un embargo sur les armes, furent prononcés par le Conseil de sécurité des Nations Unies bien avant le déroulement des attentats terroristes du 11 septembre 2001⁶⁸. Comme le déclara à cet égard l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport du 18 décembre 2001, « *les mesures imposées par le Conseil de sécurité dans ses résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) visent les talibans, les liens et les entreprises qui leur appartiennent ou sont contrôlés par eux et les individus et entités qui leur sont associés* »⁶⁹.

⁶³ Voir sur ce point, le site U.S. Department of State : [Protecting Europe's Energy Security Act \(PEESA\), as Amended - United States Department of State](#)

⁶⁴ Voir Security Council Report, UN Sanctions, Special research report, novembre 2013, p.9.

⁶⁵ Voir la résolution 942/1994.

⁶⁶ Voir les résolutions 1127 et 1130/1997.

⁶⁷ Voir la résolution 1267/1999.

⁶⁸ Voir la résolution 1333/2000.

⁶⁹ Voir en ce sens, le Rapport du secrétaire général sur les répercussions humanitaires des mesures imposées par le Conseil de sécurité en vertu des résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) sur le territoire afghan se trouvant sous le contrôle des talibans, § 3.

C- L'embargo selon les motifs visés

19. Les motifs d'embargo sont extrêmement variables⁷⁰. En effet, comme le souligne M. Carreau, « les mesures de contrainte économique n'interviennent pas au hasard, mais s'inscrivent dans une logique propre à leur auteur »⁷¹. Ainsi, l'embargo, en tant que mesure inamicale destinée à faire pression sur un ou plusieurs États, est le plus souvent utilisé en réponse à une action, ou à une série d'actions (de nature politique, juridique, environnementale, morale ou même parfois sanitaire) soit illicite ou répréhensible soit jugée telle par l'auteur prenant la mesure d'embargo⁷². Le but affiché par l'embargo est de contraindre la cible à cesser son action illicite, ou à mettre un terme à son comportement répréhensible. Les mesures d'embargo ont ainsi été utilisées dans le dessein par exemple d'amener un État à effectuer des changements dans sa conduite ou à renoncer, ou à infléchir, telle ou telle politique. Tel a été notamment le cas de l'embargo pétrolier sélectif intervenu en 1973-1974, décidé par les pays arabes à l'encontre de certains États occidentaux dans le but d'obtenir de ces derniers une attitude plus favorable dans le conflit les opposant à Israël⁷³. Ce fut aussi le cas des mesures restrictives votées par le Conseil de sécurité à l'encontre de la Rhodésie (1966) et de l'Afrique du Sud (1977), pour condamner la violation des droits de l'Homme et de l'abus de pouvoir dans la politique interne. Concernant l'Afrique du Sud, l'embargo mis en place avait pour but de mettre un terme à la répression et au régime d'apartheid.

20. Ces mesures ont également été utilisées pour sanctionner un État qui s'est rendu responsable d'une acquisition illicite de territoire par l'emploi de la force. Ainsi, les mesures d'embargo ayant été décidées à l'encontre de l'U.R.S.S. à la suite de l'invasion de l'Afghanistan ont suscité ce type de réactions de la communauté internationale⁷⁴. C'est également le cas des

⁷⁰ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 75.

⁷¹ CARREAU Dominique, « Les moyens de pression économique au regard du F.M.I., du G.A.T.T. et de l'O.C.D.E. », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, RBDI, 1984-1985, n°1, p. 22.

⁷² ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, *op. cit.*, pp. 26-27 ; DUPONT Pierre-Emmanuel, « Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *JCP E*, novembre 2018, n°45, p. 1566. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°152.

⁷³ Voir sur ce point LEBEN Charles, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *op. cit.*, p. 38 et les références citées.

⁷⁴ PELES-BODSON Slavenka, « Les sanctions économiques prises par les États membres et la CEE contre l'URSS en raison de son intervention en Afghanistan », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, RBDI, 1984-1985, n°1, p. 202.

mesures d'embargo adoptées à l'encontre de la Russie par l'Union européenne en février 2022 à la suite de l'invasion de l'Ukraine⁷⁵.

21. Parfois, les mesures d'embargo sont justifiées par des raisons environnementales. C'est le cas par exemple de l'embargo commercial mis en place par le gouvernement américain contre le Mexique pour protéger les dauphins contre certaines méthodes de pêche au thon⁷⁶. Les raisons sanitaires poussent également les gouvernements à l'adoption des mesures d'embargo. La prohibition des exportations de viande bovine et de produits dérivés du Royaume-Uni adoptée par la Commission européenne, le 27 mars 1996, était motivée par des raisons de santé publique liées au développement de l'encéphalite spongiforme et à son implication supposée dans la nouvelle forme de la maladie de Creutzfeldt-Jacob⁷⁷. Enfin, il importe de noter que les mesures d'embargo peuvent aussi être prises par un État qui estime ses intérêts légitimes lésés par un autre État⁷⁸. Elles trouvent ainsi une illustration parfaite à travers l'embargo commercial et financier décrété par les États-Unis d'Amérique à l'encontre de Cuba le 3 février 1962 à la suite de nationalisations expropriant des compagnies américaines.

D- L'embargo selon les activités visées

22. L'embargo, en tant que mesure restrictive, frappant les échanges, peut revêtir des modalités très diverses. Les mesures d'embargo sont, en principe, graduées de manière que la pression économique exercée sur l'État cible corresponde à l'ampleur des objectifs poursuivis par l'auteur de la décision d'embargo. Ainsi, selon les circonstances, l'embargo couvre un domaine extrêmement large ou, à l'inverse, se limite à un secteur d'activité.

23. Les mesures d'embargo présentent un caractère général, lorsque le Conseil de sécurité ou un État décide de ne laisser entrer ou sortir aucun bien et service de l'État ciblé. L'objectif est l'isolement complet de l'économie de l'État à l'origine de la menace de la paix et de la

⁷⁵ Pour étude, voir KLEINER Caroline, « Sanctions économiques – L'application des « sanctions économiques adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé », *Journal du droit international (Clunet)*, juillet 2022, n°3, doct. 5.

⁷⁶ Sur cette affaire, voir LE BAIL Joël, « Les relations halieutiques internationales du Mexique », *Études internationales*, 1987, vol. 18, n°1, pp. 71-82 ; BUSSEUIL Guillaume, GARINOT Jean-Marie, JOURDAIN-FORTIER Clotilde, MOINE-DUPUIS Isabelle et PIRONON Valérie, « Chronique de jurisprudence – Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends (novembre 2011- août 2013) », *RIDE*, 2013, n°3, pp. 366 et s.

⁷⁷ Voir sur ce point, l'arrêt du T. 1^{re} inst., 13 décembre 2006, *Julia Abad Pérez et autres c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. T-304/01, Rec., II-04857. Voir aussi, l'embargo sur les exportations de bœuf britanniques vers la France, CE, 28 mai 2001, *Société National Farmers' Union*, n°221747, *Rec. Leb.*

⁷⁸ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit de l'économie, Université de Bourgogne, 1991, p. 41.

sécurité internationale. La République fédérative de Yougoslavie (Serbie-Monténégro)⁷⁹, Haïti⁸⁰, L'Irak font partie de la minorité des États ayant subi un embargo généralisé, couvrant tous les produits, à l'exception de fournitures à caractère humanitaire⁸¹. S'agissant de l'Irak, le Conseil de sécurité avait décrété un embargo total sur la base du chapitre 7 de la Charte des Nations Unies, dans le but de l'isoler entièrement de son environnement international, à la suite de son invasion du Koweït le 2 août 1990. Les mesures concernant l'embargo total sur l'Irak étaient surtout présentes dans la résolution 661 du 6 août 1990⁸². La résolution était destinée à empêcher d'une part, « *la vente ou la fourniture, par les nationaux ou depuis leurs territoires (...) de tous les produits de base ou de marchandises (...) à toute personne physique ou morale se trouvant en Irak ou au Koweït ou à toute personne physique ou morale aux fins de toute activité commerciale menée sur ou depuis le territoire de l'Irak ou du Koweït ainsi que toutes activités menées par leurs nationaux ou sur leur territoire qui auraient pour effet ou sont conçues pour favoriser la vente ou la fourniture dans les conditions sus-indiquées de tels produits de base ou de telles marchandises* ». D'autre part, « *de mettre à la disposition du gouvernement irakien ou de toute entreprise commerciale, industrielle ou de services publics sise en Irak ou au Koweït des fonds ou toutes autres ressources financières ou économiques et d'empêcher leurs nationaux et toutes personnes présentes sur leur territoire de transférer de leur territoire ou de mettre par quelque moyen que ce soit à la disposition du gouvernement irakien ou des entreprises susvisées de tels fonds ou de ressources et de verser tous autres fonds aux personnes physiques ou morales se trouvant en Irak ou au Koweït (...)* »⁸³.

⁷⁹ Voir en ce sens, la résolution précitée 752 (1992), précitée, qui imposa non seulement un embargo sur tous les produits à destination ou en provenance de la République fédérative de la Yougoslavie, mais supprima également le trafic aérien, et interdit les transactions financières et, enfin, prévint la rupture des relations sportives. Voir également, la résolution 787 (1992) qui renforça les sanctions en les étendant au transit vers la Yougoslavie d'un certain nombre des produits stratégiques et celle de 820 (1993) qui décida le gel de tous les fonds appartenant à des ressortissants de ce pays, là où ils se trouvent. Pour une étude sur la question, MARTIN-BIDOU Pascale, « Les mesures d'embargo prises à l'encontre de la Yougoslavie », *AFDI*, 1993, vol. 39, pp. 262-285.

⁸⁰ Voir sur ce point la résolution 752 (1992) précitée. Sur la question, DAUDET Yves, « L'ONU et l'O.E.A. en Haïti et le droit international », *AFDI*, 1992, vol. 38, pp. 89-111.

⁸¹ CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°174 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 9 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 49.

⁸² D'autres résolutions l'ont complété, spécialement la résolution 670 du 25 septembre 1990 relative au transport aérien.

⁸³ Cette résolution fut introduite par le règlement (CE) 2340/90 du Conseil du 8 août 1990 dans l'ordre juridique communautaire, reprenant pour l'essentiel les termes de la résolution 661. Son article 2 interdit ainsi : « 1) toute activité ou transaction commerciale liée à l'importation ou à l'exportation de produits originaires ou à destination de l'Irak et du Koweït ; 2) la vente de tout produit, quelles que soient l'origine et la provenance à toute personne physique ou morale se trouvant en Irak ou du Koweït, à toute autre personne physique ou morale aux fins de toute activité commerciale menée sur ou depuis le territoire de l'Irak ou du Koweït ; 3) toute activité ayant pour objet ou pour effet de favoriser les ventes ou ces fournitures ». Le règlement du 29 octobre 1990 (article 1^{er}, alinéa 2) étend toutefois l'embargo aux « prestations de services non-financiers ayant pour objet ou pour effet de favoriser l'économie de l'Irak ou du Koweït ».

24. Ainsi, outre l'interruption de toute relation commerciale et financière, l'embargo se doubla d'une rupture de toute communication terrestre, maritime et aérienne⁸⁴. Cela témoignait sans conteste de la volonté du Conseil de sécurité de procéder à un arrêt quasi total des relations avec l'Irak, mais également avec le Koweït. Par conséquent, tous les contrats relatifs à la vente ou à la fourniture de marchandises étaient interrompus et leur conclusion empêchée à la date d'entrée en vigueur de la résolution. De même, les contrats relatifs à la mise à disposition des fonds ou à toutes autres ressources financières ou économiques étaient interrompus, et leurs conclusions empêchées. Étaient ainsi visés, notamment, les services financiers accessoires à une opération d'importation des marchandises irakiennes ou koweïtiennes, tels que l'émission d'un crédit documentaire lié à l'importation, ou à l'exécution d'un crédit documentaire émis ou confirmé avant l'embargo⁸⁵. De plus étaient visées les exécutions de tous les contrats de service qui ont pour objet de permettre, de favoriser ou de dénouer les opérations de vente ou de fourniture de marchandises : contrat de transport maritime, terrestre et aérien, contrat de commission, contrat d'assurance, contrat de courtage, etc. Étaient également visées l'ensemble des prestations de services non financiers, même non liés aux produits : assistance technique, ingénierie, conseil, transport de personne, etc.

25. Toutefois, les embargos à caractère global firent rapidement l'objet de critiques. Tout d'abord, en raison de leur impact humanitaire sur la population de l'État ciblé⁸⁶. En effet, l'application de telles mesures restrictives notamment à l'encontre de l'Irak a engendré des effets nocifs sur la population alors que le seul système étatique devrait être visé. Selon un rapport du Conseil économique et social des Nations Unies du 12 décembre 1997, les mesures généralisées perturbaient considérablement la distribution des produits de première nécessité (vivres, médicaments), elles compromettaient la qualité des produits alimentaires et l'approvisionnement en eau potable ; elles entravaient sérieusement le fonctionnement des systèmes de santé et d'éducation de base et elles portaient atteinte au droit au travail, sans

⁸⁴ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 15 et s. ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 641 et s.

⁸⁵ SYNDET Hervé, « L'embargo : aspects de droit bancaire », *in L'embargo*, *op. cit.*, pp. 217-220.

⁸⁶ RAPOPORT Cécile, « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », *in Les sanctions ciblées au carrefour des droits international et européen*, Table ronde franco-russe avec l'Université d'État Lobatchevski de Nijni-Novgorod, Collection Les conférences Publiques du Centre d'Excellence Jean Monnet, Université Pierre-Mendès-France, Grenoble, 10 mai 2011, p. 4 ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.*, p. 32 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 7 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*

compter d'autres effets indésirables comme le développement du marché noir⁸⁷. Ensuite, en raison de leur efficacité incertaine⁸⁸. En effet, l'efficacité des mesures restrictives des échanges restait par ailleurs conditionnée à leur pleine application par les États membres de l'ONU. Ainsi que l'affirma à plusieurs reprises l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, M. Kofi Annan, « c'est aux États qu'incombe l'entière responsabilité de l'application des sanctions obligatoires »⁸⁹. Or, il est apparu qu'il pouvait être difficile pour un État d'interrompre totalement ses relations commerciales et financières avec l'État cible dans la mesure où cela pouvait créer un manque à gagner susceptible de fragiliser son économie⁹⁰. Ce fut le cas avec l'embargo céréalier de 1980 décrété par le président Jimmy Carter contre l'URSS, qui affecta grandement les fermiers américains en raison de la disparition de leurs débouchés⁹¹.

Ainsi, les incidences tant humanitaires qu'économiques des embargos à caractère général ont conduit à l'adoption par le Conseil de sécurité des mesures d'embargo de plus en plus sélectives et ciblées⁹².

26. L'utilisation de ce que l'on dénomme aujourd'hui sous le vocable de sanction ciblée ou de « smart sanctions » portent sur des catégories de produit dont la privation est jugée préjudiciable à l'État affecté ou aux individus ou entités cibles comme des groupes terroristes, des mouvements des armées, des trafiquants⁹³. En effet, pour qu'une mesure d'embargo ait des chances d'être efficace, elle doit porter sur un secteur d'activité jugée sensible pour l'État cible⁹⁴.

27. L'interdiction des importations et exportations d'armes ainsi que toutes les activités relatives aux livraisons d'armes et des matériels militaires sont une des mesures d'embargo

⁸⁷ Sur ce point, le rapport du Conseil économique et social des Nations Unies. Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels : E/C. 12/1997/8, CESCR OBSERVATION GÉNÉRALE 8, 12 décembre 1997.

⁸⁸ MEHDI Rostane, « Les Nations Unies et les sanctions, le temps des incertitudes », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?* Aix-en-Provence, les 10 et 11 décembre 1999, Rostane Mehdi (ss dir.), Paris, Pedone, 2000, p. 36 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*

⁸⁹ Par exemple, cf. S/1996/700, § 78 et 112 à propos des mesures imposées à l'Irak.

⁹⁰ RAPOPORT Cécile, « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », in *Les sanctions ciblées au carrefour des droits international et européen*, *op. cit.*

⁹¹ Affaire citée par HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*

⁹² FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 8.

⁹³ ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, *op. cit.*, pp. 34 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°21 et 151 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°25.

⁹⁴ RAPOPORT Cécile, « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », in *Les sanctions ciblées au carrefour des droits international et européen*, *op. cit.*, n°7 et s.

ciblées les plus répandues. En effet, au cours de ces dernières années, nombreux sont les embargos sur les armes décidés unilatéralement par les États ou par les Nations Unies. À titre d'exemple, on citera l'embargo sur les armes décrété par le Conseil de sécurité par la résolution 1591 (2005)⁹⁵ contre le Soudan dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies a adopté le 26 février 2011 la résolution 1970 (2011)⁹⁶ à l'encontre de la Libye dans laquelle il priait les États membres de s'abstenir d'exporter et d'importer des armes et de l'équipement et du matériel militaire à la Libye⁹⁷. Enfin, l'embargo sélectif constitue généralement la première étape d'une stratégie visant à faire cesser progressivement les combats dans le cadre d'une situation de guerre civile. Ce fut le cas de l'embargo sur les livraisons d'armes et de matériel militaire décidé par le Conseil de sécurité à l'encontre de la Somalie par la résolution 733 (1992) du 23 janvier 1992⁹⁸ et réaffirmé par la résolution 1844 du 20 novembre 2008⁹⁹. De même, c'était ainsi le cas de l'embargo sur les armes imposé par le Conseil de sécurité par sa résolution 864 (1993) à l'encontre de l'Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola (UNITA)¹⁰⁰.

28. L'embargo sur les matières premières fait également partie des mesures d'embargo ciblées privilégiées. Ainsi, on retiendra l'embargo pétrolier de 1973 décidé par des pays arabes à la suite de la guerre du Kippour visant à faire pression sur les États soutenant l'Israël¹⁰¹. Il en va de même de l'embargo sur les produits pétroliers décrété par le Conseil de sécurité à l'encontre de la Sierra Leone en 1997¹⁰². Plus récemment, le Conseil de sécurité a imposé également plusieurs restrictions interdisant les exportations des matières premières comme le charbon, le cuivre, nickel, argent, zinc, le fer et de minerai de fer à l'encontre de la Corée du Nord et l'importation des articles de luxe en provenance de la Corée du Nord à la suite de ses essais nucléaires et balistiques¹⁰³. Dans le même temps, l'Union européenne a adopté l'embargo

⁹⁵ Résolution 1591 (2005), S/RES/1591.

⁹⁶ Résolution 1970 (2011), S/RES/1970.

⁹⁷ Pour d'autres embargos sur les armes et des matériels connexes, voir la résolution 1572(2004) à l'encontre de la Côte d'Ivoire, la résolution 1737 (2006) sur les exportations d'armes et des matériels connexes destinés à l'Iran, la résolution 2508 (2020) à l'encontre du Soudan, la résolution 2648 (2022) à l'encontre de la République centrafricaine. Voir aussi le règlement (UE) n°883/2014 du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine qui impose une interdiction du commerce des armes, munitions, de véhicules militaires et d'équipement paramilitaires.

⁹⁸ Résolution 733 (1992), S/RES/733.

⁹⁹ Résolution 1844 (2008), S/RES/1844.

¹⁰⁰ Résolution précitée.

¹⁰¹ Voir sur cet embargo, ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo, op. cit.*, p. 35.

¹⁰² Résolution 1132 (1997), S/RES/1132.

¹⁰³ Voir en ce sens, les résolutions 2321 (2016), S/RES/2321 et 2371 (2017), S/RES/2371.

sur les importations de produits pétroliers en provenance de la Corée du Nord¹⁰⁴. De même, les États membres de l'Union européenne ont décidé d'interdire les importations par voies maritimes de pétrole brut et de produits pétroliers en provenance de la Russie (soit la quasi-totalité du pétrole exporté par la Russie vers les pays de l'Union européenne). Ensuite, les États membres se sont également entendus pour interdire de vendre, fournir, transférer ou exporter des biens et technologies propices à une utilisation dans le raffinage et la liquéfaction de gaz naturel ainsi que l'importation et le transfert de charbon et autres combustibles fossiles¹⁰⁵.

29. L'embargo sélectif peut viser des technologies sensibles. On peut à cet égard évoquer l'embargo sur les activités nucléaires posant un risque de prolifération voté par la résolution 1737 (2006)¹⁰⁶ du Conseil de Sécurité des Nations Unies à l'encontre de l'Iran, à la suite de son refus d'arrêter l'enrichissement de l'uranium. Cette résolution fut introduite par l'Union européenne qui a décidé à son tour en février 2007 un embargo sur les exportations vers l'Iran d'équipements pouvant être utilisés pour ses programmes nucléaire et balistique¹⁰⁷. On peut également citer les résolutions 1718(2006) et 1874(2009)¹⁰⁸ du Conseil de sécurité à l'encontre de la Corée du Nord qui ont instauré un embargo sur les programmes nucléaires et les programmes ayant trait aux missiles balistiques et aux armes de destruction massive.

30. Enfin, on peut observer que certains embargos ciblés peuvent concerner la prestation de certains services financiers. En effet, vu l'importante croissance des échanges économiques internationaux dans le domaine des services, les décisions d'embargo se limitent de moins en moins aux seules restrictions apportées aux flux de biens et marchandises. Les différents services sont donc susceptibles d'être également frappés par l'embargo¹⁰⁹, notamment les services financiers. Tel fut ainsi le cas de la résolution 1929 de 2010 du Conseil de sécurité qui

¹⁰⁴ Sur ce point, voir le règlement (UE) 2017/1509 du Conseil du 30 août 2017 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Corée du Nord.

¹⁰⁵ Voir en ce sens le règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux sanctions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine (plus précisément l'article 3 bis du règlement). Voir également sur la question, KLEINER Caroline, « Sanctions économiques – L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : élément du droit international privé », *op. cit.*, n°10.

¹⁰⁶ Résolution 1737 (2006) S/RES/1737.

¹⁰⁷ Règlement (CE) n°423/2007 du Conseil du 19 avril 2007 concernant l'adoption des mesures restrictives à l'encontre de l'Iran. Sur cette question, COVILLE Thierry, « Les sanctions contre l'Iran, le choix d'une punition collective contre la société iranienne ? », *op. cit.*

¹⁰⁸ Résolutions 1718 (2006) S/RES/1718 et 1874(2009) S/RES/1874.

¹⁰⁹ Par exemple dans le cas de l'embargo contre la Libye, les dispositions de la résolution 748 (1992) du 31 mars 1992 relatives à la fourniture de services dans le domaine de la navigation aérienne disposaient que « *Tous les États membres interdiront (...) à leurs nationaux ou à partir de leur territoire la fourniture de tout avion ou composant d'avion à la Libye, l'apport de tout service d'ingénierie et de maintenance d'avions ou composants d'avions libyens (...) et la fourniture de nouvelles assurances directes pour les avions libyens* ».

interdit la fourniture de services financiers (incluant l'assurance et la réassurance) à des organisations iraniennes suspectées d'être impliquées dans le programme nucléaire. Toujours, concernant la République islamique d'Iran, à la suite de la reprise de ses activités d'enrichissement d'uranium, les États-Unis ont voté en 2012 l'*Iran Threat Reduction Act* (ITRA)¹¹⁰, qui interdit la fourniture de services de messagerie à l'Iran lui permettant d'effectuer des transactions financières liées à des questions d'assurance de transport, mais également le rapatriement des avoirs iraniens liés aux ventes de pétrole. Enfin, en 2010, l'Union européenne a également décidé de mettre en place un embargo financier sur le secteur énergétique iranien, d'interdire les transactions financières avec une liste de personnes et organisations et de durcir les conditions de transfert d'argent avec l'Iran et le renouvellement des contrats d'assurance et de réassurance conclus avant cette législation¹¹¹. Puis en 2012, l'Union européenne a décidé d'exclure l'Iran du plus important système mondial de messagerie financière, SWIFT, basé en Belgique. Dans le même temps, elle a également interdit les transactions entre banques européennes et iraniennes¹¹².

Plus récemment, en 2015, le Conseil de sécurité a par la résolution 2253(2015)¹¹³ renforcé les sanctions contre Daech, Al-Qaïda et les personnes et entités qui leur sont associées en prévoyant non seulement le gel des avoirs, mais également des saisies financières.

C'est aussi le cas des mesures restrictives prises récemment par l'Union européenne afin de tarir la capacité de financement russe à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie. En effet, le règlement (UE) n°883/2014¹¹⁴ interdit tout financement en rapport avec les secteurs dont le commerce est restreint, tels que celui des biens et technologies propices à une utilisation dans le raffinage de pétrole et de la liquéfaction de gaz naturel¹¹⁵, des biens et technologies propices à une utilisation dans le secteur de l'aviation ou de l'industrie spatiale¹¹⁶, des biens et les technologies de navigation maritime¹¹⁷, des produits sidérurgiques¹¹⁸, des équipements

¹¹⁰ Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012 H.R. 1905 (Public Law 112-158).

¹¹¹ Voir en ce sens, COVILLE Thierry, « Les sanctions contre l'Iran, le choix d'une punition collective contre la société iranienne ? », *op. cit.*

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ Résolution 2253 (2015), S/RES/2253.

¹¹⁴ Il est à noter que les mesures restrictives en matière financière prises par l'Union européenne à l'encontre de la Russie depuis son invasion de l'Ukraine qui a commencé depuis le 24 février 2022 reposent sur le règlement (UE) n°883/2014 du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine. Ce règlement a été modifié à plusieurs reprises.

¹¹⁵ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 3 ter.

¹¹⁶ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 3 quater.

¹¹⁷ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 3 septies.

¹¹⁸ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 3 octies.

militaires et des biens à double usage¹¹⁹, et, en dernier lieu, du charbon¹²⁰. L'article 5 nonies du règlement (UE) n°833/2014¹²¹ interdit également « *de fournir des services spécialisés de messagerie financière, utilisés pour échanger des données financières, avec des personnes morales, entités ou organismes (...) ou à toute personne morale, toute entité ou tout organisme établis en Russie et dont plus de 50% des droits de propriété sont détenus, directement ou indirectement par l'une des entités listées à l'annexe* ». Enfin, l'article 5 du règlement (UE) n°883/2014¹²² pose une longue série d'interdiction d'opérations relatives aux investissements financiers et aux instruments du marché monétaire dont l'échéance est supérieure à 90 jours, émis après le 12 avril 2022¹²³.

III- Délimitation du sujet et annonce du plan retenu

31. La mise en œuvre de l'embargo conduisant à l'interruption de tout ou partie des relations avec l'État que l'on entend sanctionner a ainsi pour objet d'interdire l'exécution de certaines obligations contractuelles internationales¹²⁴. En effet, force est de constater que même, si les mesures d'embargo sont adressées aux États, elles constituent des entraves, plus ou moins importantes, aux relations contractuelles internationales (incarnant un échange commercial, un investissement, un transfert de fonds ...)¹²⁵. Comme le constate le professeur Cissé à cet effet, « cette stratégie de coercition n'épargne pas les relations privées et influe particulièrement sur les contrats en ce sens qu'elle requiert leur instrumentalisation à des fins politiques et économiques ». Plus précisément, en édictant un embargo à l'endroit de l'État ayant commis un fait internationalement illicite, l'État émetteur cherche à atteindre un résultat politique en créant en ce sens une obligation d'abstention à la charge de ses ressortissants dans le but d'entraver l'exécution des contrats conclus avec des ressortissants de l'État cible. Toute

¹¹⁹ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 2.

¹²⁰ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 3 undecies.

¹²¹ Cons. UE Règl. (UE) n°833/2014, 31 juillet 2014, art. 5.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Pour un exposé détaillé des mesures restrictives en matière bancaire et financière prises par l'Union européenne à l'encontre de la Russie, voir KLEINER Caroline, « Les sanctions financières sectorielles prises par l'UE contre la Russie et leur mise en œuvre par les banques européennes », *RD bancaire et fin.*, mai 2022, n°3, étude 4.

¹²⁴ AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux - Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *Revue Droit & Affaires*, novembre 2019, n°16 p. 6. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°182.

¹²⁵ VAN HECKE Georges, « The effect of economic coercion on private relationships », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, *RBDI*, 1984-1985, n°1, p. 113 ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 633 et s. ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », in *Les sanctions économiques en droit international*, Picchio Forlati Laura et Sicilianos Linos-Alexander (ss dir.), Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2004 p. 683 ; RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, n°3.

opération de nature contractuelle frappée par des mesures d'embargo ne peut que difficilement être exécutée pendant un conflit¹²⁶.

32. C'est dans ce type de circonstances que se pose alors la question de savoir quels sont les effets juridiques des mesures d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux. Les conséquences de décisions juridiques de l'embargo sur l'exécution d'obligations contractuelles en période de conflit sont multiples et souvent considérables. « Élément perturbateur, conjoncturel ou prolongé »¹²⁷, les mesures d'embargo forment un obstacle à l'exécution des contrats régulièrement conclus avant leur entrée en vigueur. En effet, les conditions d'exécution du contrat deviennent totalement impossibles ou plus onéreuses. Livraison des marchandises suspendues, créances impayées, interruption des flux d'investissement et de transport, gel des crédits, sont autant des conséquences découlant directement de l'adoption des mesures d'embargo. De même, les mesures d'embargo ne sont pas non plus sans conséquences sur les contrats qui forment un « ensemble contractuel »¹²⁸. En effet, l'atteinte à l'un d'eux se répercute sur les autres, en raison de leur indivisibilité juridique ou économique.

33. L'équilibre contractuel étant rompu, l'inexécution du contrat affecté par l'embargo est alors susceptible de faire naître des préjudices importants pour le créancier¹²⁹. À ce titre, nous pourrions concevoir une action contentieuse engagée à l'encontre du débiteur empêché par le créancier du fait de l'inexécution par le premier de ses obligations. La réparation des préjudices causés par l'embargo peut être recherchée auprès du créancier devant les juridictions étatiques ou arbitrales lorsqu'aucune solution commerciale n'a été trouvée entre les parties. De la même manière, la partie empêchée d'exécuter ses obligations contractuelles sera amenée à se prévaloir de l'embargo pour justifier son inexécution devant le juge ou l'arbitre international. Le juge étatique et l'arbitre seront alors confrontés à plusieurs litiges portant sur des mesures adoptées par un État voire un groupe d'États ou résultant des résolutions du Conseil de sécurité.

34. La question des effets juridiques des mesures d'embargo sur les opérateurs économiques du commerce international sera ainsi examinée dans une première partie à la lumière des litiges contractuels entre personnes privées. Il s'agira à ce titre de démontrer que les mesures d'embargo, en tant que règles impératives, s'imposent à tous les opérateurs économiques du

¹²⁶ FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 9, n°21.

¹²⁷ SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, préf. Filali Osman, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 13.

¹²⁸ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 646 et s.

¹²⁹ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 41.

commerce international, ainsi qu'aux juges et arbitres internationaux qui sont dans l'obligation de les appliquer dès lors qu'ils seront saisis d'un litige relatif à un contrat international ayant pour objet une matière soumise à embargo. En effet, les mesures d'embargo n'affectent pas que les États et les opérateurs du commerce international, mais aussi ceux qui s'attachent à résoudre les contentieux générés par les échanges internationaux. Pour cela, il importe de déterminer la nature juridique des mesures d'embargo afin d'apprécier ses applications directes par le juge et arbitre dans les litiges contractuels. À cette occasion, nous consacrerons un développement spécifique sur la compétence de l'arbitre international à statuer sur un litige portant sur les mesures d'embargo. En effet, les rapports entre l'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo reviennent très largement à s'interroger sur la manière dont ces mesures sont susceptibles d'affecter l'arbitrabilité du litige.

35. Dans une deuxième partie, la question des effets des mesures d'embargo sur les contrats internationaux en cours d'exécution sera analysée. Il s'agira dans cette partie de déterminer plus en détail le sort réservé aux contrats régulièrement conclus avant l'entrée en vigueur des mesures d'embargo et sur leurs accessoires, tels que sous-contrats et sûretés. En effet, la mise en œuvre des mesures d'embargo entraîne également pour les opérateurs économiques concernés le risque de voir leur contrat, soit suspendu ou soit, passé un délai, résilié ou résolu.

36. Enfin, quel que soit le sort des contrats en cours d'exécution (suspension, résiliation, résolution), la question qui se pose est alors de savoir, sur le plan de la responsabilité civile, si l'inexécution du vendeur, par exemple, peut être excusée au motif que cette exécution est interdite par une mesure d'embargo. Il est généralement admis que les guerres et les embargos constituent des cas de force majeure dans le commerce international dans la mesure où ils réunissent ses conditions. La survenance d'une impossibilité totale d'exécution en cours de contrat, consécutive à la mise en place de l'embargo, pourrait se définir comme un cas de force majeure pour le débiteur empêché¹³⁰. L'inexécution du contrat serait alors justifiée. Toutefois, cette qualification de l'embargo en tant que force majeure dépend de la loi régissant le contrat. En effet, l'appréciation de l'embargo comme force majeure se fera, en absence de clause contractuelle faisant référence à l'embargo en tant que cause exonératoire, par le recours aux

¹³⁰ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 655 ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *CCC*, février 1994, n°2, pp. 1 et s. ; VAN HECKE Georges, « The effect of economic coercion on private relationships », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, *op. cit.*, pp. 115 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°313.

dispositions spécifiques de la *lex contractus*¹³¹. Il appartiendra au juge étatique ou à l'arbitre de déterminer si au regard de la loi applicable au contrat, l'embargo représente les caractères de la force majeure. Dans le cadre de cette thèse, par hypothèse, la loi applicable sera le droit français. Toutefois, nous n'excluons pas certaines incursions ponctuelles dans d'autres ordres juridiques pour rendre compte des questions nous traitons.

37. Par ailleurs, en plus des risques économiques que la mise en œuvre des mesures d'embargo entraîne pour les opérateurs économiques internationaux ayant des relations commerciales avec une entreprise soumise à embargo, elle est également susceptible d'entraîner des risques juridiques pour violation de ces mesures. En effet, l'adoption des mesures d'embargo impose aux opérateurs économiques internationaux, qu'il s'agisse de ceux du secteur financier ou du monde industriel, une obligation de conformité, sous peine de sanctions en cas de violation¹³². Dès lors, beaucoup d'entreprises sont concernées par ces risques. En premier lieu, les grandes entreprises sont obligées de revoir leur business plan et leur chaîne d'approvisionnement¹³³. Également de manière indirecte, les fournisseurs de ces grandes entreprises sont touchés. Le risque que représentent les embargos ne concerne donc pas seulement les entreprises exportatrices, il est à prendre en compte par un nombre véritablement important d'entreprises. Ainsi, les opérateurs sont non seulement confrontés au respect des lois d'embargo des pays dont ils dépendent juridiquement, mais aussi celles des pays dans lesquels ils opèrent notamment les lois d'embargo américaines dont les pénalités qu'elles peuvent émettre réprimant les manquements à leur respect sont particulièrement lourdes.

38. Cependant, nous verrons que les moyens dont disposent les opérateurs économiques du commerce international sont limités après la mise en œuvre d'un embargo. Ainsi, la gravité des préjudices subis a conduit les opérateurs du commerce international à renforcer en amont leur protection en contractualisant les risques des mesures d'embargo par l'insertion des clauses de sanction dans leur champ contractuel. Si nous estimons que la situation des opérateurs

¹³¹ VAN HECKE Georges, « The effect of economic coercion on private relationships », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, *op. cit.*, pp. 116 et s. ; KLEINER Caroline, « Les sanctions financières sectorielles prises par l'UE contre la Russie et leur mise en œuvre par les banques européennes », *op. cit.*, n°30 ; KLEINER Caroline, « Sanctions économiques – L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine », *op. cit.*, n°30 et s. ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », *op. cit.*, pp. 703-704.

¹³² GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infraction économique – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *JCP E*, 9 juillet 2020, n°28, p. 1276 ; DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1569.

¹³³ LE MEUR Claire, « L'embargo, quels risques pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*

économiques peut être meilleure si ceux-ci intègrent dans leur sphère contractuelle les conséquences juridiques d'un embargo, toutefois, nous verrons dans cette étude que l'utilisation de ces clauses de sanction n'est pas sans risque. En effet, des risques significatifs peuvent en découler, en particulier, les risques de conflit avec la législation européenne de blocage des extraterritorialités étrangères. Toutefois, nous avons vu que les embargos ne sont pas des mesures purement économiques dans la mesure où elles sont basées sur un rapport de force géoéconomique. Ainsi, nous estimons que l'analyse des risques liés aux mesures d'embargo doit prendre plus largement en compte le contexte le plus global et tous les intérêts en jeu. De ce fait, des stratégies de conformité avec une diligence et des mesures de protection appropriées pourraient permettre de gérer les risques d'embargo, notamment les risques en cas de violation de ces mesures.

La considération de la diversité des effets juridiques des mesures d'embargo sur les contrats en cours d'exécution nous invite ainsi à examiner successivement :

Partie 1 : Les effets juridiques des mesures d'embargo sur les opérateurs économiques du commerce international

Partie 2 : Les effets juridiques des mesures d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux

PARTIE 1 : LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES D'EMBARGO SUR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES DU COMMERCE INTERNATIONAL

39. Le commerce est normalement régi par le principe de liberté : les opérateurs économiques du commerce international sont libres de contracter ou de ne pas contracter avec d'autres. Exceptionnellement, des mesures d'embargo vont être adoptées interdisant de commercer avec un certain pays perturbant ainsi les échanges. Ces mesures s'imposent donc aux parties à un contrat afin que leur objectif puisse être atteint. Les parties ne peuvent y déroger, car la volonté de l'auteur de ces mesures est de les voir appliquées par les juges étatiques et les arbitres du commerce international aux contrats concernés¹³⁴.

Cela étant, nous étudierons successivement, le caractère impératif des mesures d'embargo (**Titre 1**) et l'application de ces mesures par le juge étatique et l'arbitre du commerce international (**Titre 2**).

¹³⁴ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 37.

Titre 1 : Le caractère impératif des mesures d'embargo

40. Le fondement de l'impérativité de l'embargo découle de l'origine même des mesures d'embargo¹³⁵ (**Chapitre 1**). En effet, toutes les mesures de contraintes économiques adoptées par les États et certaines organisations internationales sont des normes obligatoires¹³⁶. Elles s'imposent aux opérateurs du commerce international qui ne peuvent y déroger.

Cette origine internationale va toutefois irrémédiablement influencer sur la qualification juridique de ces mesures d'embargo¹³⁷. En effet, dans la mesure où elles constituent des normes impératives de droit international public auxquelles on ne peut déroger, elles composent d'une part les éléments d'ordre public réellement international et d'autre part elles appartiennent à la catégorie des normes dites d'application immédiate¹³⁸, auxquels les juges étatiques et les arbitres du commerce international ne peuvent se soustraire lorsqu'ils sont saisis d'un litige mettant en cause l'application d'une mesure d'embargo (**Chapitre 2**).

¹³⁵ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 67.

¹³⁶ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 32.

¹³⁷ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 68.

¹³⁸ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit., p. 41.

Chapitre 1 : Les sources des mesures d'embargo

41. Comme nous l'avons vu précédemment, les mesures d'embargo peuvent être décidées unilatéralement par un État à l'encontre de l'un de ses congénères (**section 2**). Elles peuvent également être prises dans un cadre multilatéral, c'est-à-dire par le truchement d'un acte d'une organisation mondiale ou régionale¹³⁹ (**section 1**).

Section 1 : L'embargo décidé par des organisations internationales

42. D'ordinaire, les mesures d'embargo sont adoptées par une organisation internationale. Il s'agit essentiellement des mesures décidées par l'Organisation des Nations Unies (ONU) (**paragraphe 1**) et de celles décidées par une organisation internationale régionale, largement dominée par l'Union européenne (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'embargo décidé par l'Organisation des Nations Unies

43. L'embargo est l'une des formes de pression économique privilégiées de l'Organisation des Nations Unies (ONU)¹⁴⁰. En effet, depuis la fin de la guerre froide, les mesures d'embargo sont devenues des instruments d'usage courant à disposition du Conseil de sécurité de l'ONU dans le cadre de la mise en œuvre du chapitre VII de la Charte de l'ONU au titre des actions envisageables « en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression ». Ce pouvoir de sanction non militaire trouve sa source dans l'article 41 de la charte de l'Organisation des Nations Unies. Cet article donne au Conseil de sécurité les pouvoirs permettant de décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être adoptées pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. (A). Toutefois, les résolutions du Conseil de sécurité décidant de la mise en place de ces moyens de pression économique sont des décisions qui s'imposent aux États membres qui doivent les mettre en œuvre dans leur droit interne conformément à l'article 25 de la Charte (B).

¹³⁹ Vue chez AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Loquin Éric et de Manciaux Sébastien (ss dir.), Dijon, Université de Bourgogne-CNRS, LexisNexis, 2014, p. 143.

¹⁴⁰ DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, pp. 121 et s. ; ANGELET Nicolas, « L'embargo et l'ONU », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 47 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°174.

A- Pratique collective de l'embargo

44. La pratique des moyens de pression économique débuta tout d'abord avec la Société des Nations (SDN) créée par la Conférence de la paix de Versailles, le 28 avril 1919. Ayant comme objectif essentiel le maintien de la paix, la SDN comprenait de manière embryonnaire l'idée de sécurité collective et intègre l'idée de sanction sans toutefois recourir à la force armée¹⁴¹. L'article 16 du Pacte de la SDN prévoyait ainsi que si un membre de la SDN a recours à la guerre contrairement à ses engagements sociétaires, il était « *ipso facto considéré comme ayant commis un acte de guerre contre tous les autres membres de la Société* », et que « *ceux-ci s'engageaient à rompre avec lui toutes relations commerciales ou financières, à interdire tous rapports entre leurs nationaux et ceux de l'État en rupture de Pacte et à faire cesser toutes communications financières, commerciales ou personnelles entre les nationaux de cet État et ceux de tout autre État, membre ou non de la Société* ». Cependant, la rédaction de cet article soulevait des problèmes d'application, car comme le souligna le professeur Eisemann, « ce système se caractérisait par l'automatisme de sa mise en œuvre ainsi que sa nature décentralisée qui laissait l'initiative aux États membres »¹⁴². En effet, la première expérience d'application de sanctions fut faite lors de l'invasion de l'Éthiopie par l'Italie, le 3 octobre 1935¹⁴³, mais ne s'était pas révélée convaincante. Dans cette affaire, le Conseil de la SDN ne fut intervenu que pour proposer des sanctions graduées, telles que notamment un embargo sur les exportations d'armes destinées à l'Italie, un embargo sur les produits pétroliers, et l'interdiction de tous prêts directs ou indirects au gouvernement italien, mais tout en laissant l'initiative de l'action non coercitive aux États membres de la SDN¹⁴⁴.

45. La création de l'Organisation des Nations Unies constitue un élément fondamental dans l'évolution des moyens de pression économique en droit international¹⁴⁵. En effet, la Charte des Nations Unies, adoptée au sortir de la Seconde Guerre mondiale, prévoit un système plus efficace de mesures de contrainte non militaire, tel que des embargos, de nature obligatoire par le jeu de l'application des articles 25 et 41. Selon ce dernier, « *Le conseil de sécurité peut*

¹⁴¹ DAILLIER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7^e éd., LGDJ, 2002, p. 998 ; COULOMB Fanny et MATELLY Sylvie, « Bien-fondé et opportunité des sanctions économiques à l'heure de la mondialisation », *op. cit.*, pp. 101-102 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, n°6.

¹⁴² EISEMANN Pierre-Michel, « Commentaire de l'article 41 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, (dir.), 3^e éd., Paris, *Economica*, 2005, p. 692.

¹⁴³ ROUSSEAU Charles, *Le conflit italo-éthiopien devant le droit international*, préface de Georges Scelle, Pedone, Paris, 1938, p. 120.

¹⁴⁴ DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 122 et les références citées.

¹⁴⁵ FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, n°7 ; DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*

décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

46. Les décisions d'embargo mises en place par le Conseil de sécurité des Nations Unies ont un caractère essentiellement préventif que répressif. En effet, comme l'indique, le professeur Combacau, « il ne s'agit pas d'une punition, car ne poursuivant pas un but répressif, mais cherchant à limiter dans le temps les conséquences d'un acte, par l'emploi de moyens souples, qui consistent à faire pression sur l'État coupable jusqu'à ce qu'il cède »¹⁴⁶. Ainsi, les mesures d'embargo prises par le Conseil de sécurité n'ont pas d'autres ambitions que de faire cesser l'acte illicite, de rétablir l'efficacité de la règle de droit bafoué sans l'idée de pénitence.

47. Les premières mesures d'embargo imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ont été celles à l'encontre de la Rhodésie du Sud en 1966 dans le cadre de la condamnation de la déclaration unilatérale de l'indépendance de ce pays par la minorité blanche alors en place¹⁴⁷. En effet, dans le contexte de la décolonisation de l'Afrique, les tensions entre le Royaume-Uni et le gouvernement de Rhodésie du Sud se sont soldées par l'adoption par Londres d'un embargo total sur les biens d'origine rhodésienne. Le 16 décembre 1966, les mesures britanniques ont été complétées par des sanctions du Conseil de sécurité : résolution 232¹⁴⁸ dans laquelle était décidé un embargo sur les importations de certains produits en provenance de Rhodésie du Sud, puis généralisé à tous les produits ou marchandises par la résolution 253 en 1968. Le régime de sanction a cependant perduré jusqu'en 1979 malgré la création du Zimbabwe. En effet, jusqu'à l'accession à l'indépendance, sous le nom du Zimbabwe, dans des conditions compatibles avec le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la pression des sanctions économiques a été maintenue et accentuée : les

¹⁴⁶ COMBACAU Jean, *Le pouvoir de sanction de l'ONU : étude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris, 1974, p. 63.

¹⁴⁷ FOLSCHÉ Céline et OLARTE Diana Carolina, « L'efficacité des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », *Revue colombienne de droit international*, 2004, n°3, pp. 15-16 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁸ Résolution précitée.

résolutions 388 (1976) et 409 (1977) interdisaient désormais tout emploi et transfert des fonds en provenance ou à destination de ce territoire¹⁴⁹.

48. Par la suite, le Conseil de sécurité de l'ONU imposa au titre de l'article 41 un embargo sur les armes à destination de l'Afrique du Sud en novembre 1977 pour manifester la désapprobation de la Communauté internationale vis-à-vis de la politique d'apartheid imposée aux populations noires de cet État. Le Conseil a mis fin au régime de sanctions à l'encontre de l'Afrique du Sud en 1994.

49. Toutefois, les recours aux mesures d'embargo par le Conseil de sécurité des Nations Unies ne se sont multipliés qu'à partir des années 1990, après la fin de la guerre froide¹⁵⁰. En effet, cette recrudescence de l'utilisation des mesures coercitives de l'article 41 a débuté avec le régime d'embargo prévu par la résolution 661 du 6 août 1990 avec pour objectif la libération du Koweït. Cette interdiction de commercer à l'encontre de l'Irak a cependant été levée en 2003. En parallèle de cette intervention en Irak, le Conseil de sécurité a décidé la mise en place d'environ une vingtaine de régimes d'embargo, dont la plupart en Afrique : Yougoslavie (1991), Liberia et Somalie (1992), Rwanda (1994), Haïti, Angola et Libye (1993), Rwanda (1994), Iran (1995), Soudan (1996), Sierra Leone (1997), Afghanistan (1999, lutte contre le terrorisme), Érythrée et Éthiopie (2000)¹⁵¹, République démocratique du Congo (2003), Côte d'Ivoire (2004)¹⁵², Liban et Syrie (2005), Corée du Nord (2006), Guinée-Bissau (2012)¹⁵³, Yémen (2015), République centrafricaine (2017).

50. L'adoption des résolutions du Conseil de sécurité suppose un vote affirmatif de neuf des 15 membres permanents en vertu de l'article 27 de la Charte des Nations Unies et d'aucun vote négatif des cinq membres permanents. Par ailleurs, afin de veiller à la bonne application des résolutions qu'il édicte en matière d'embargo, le Conseil de sécurité met en place des Comités, temporaires ou permanents chargés de l'assister dans la mise en œuvre de ses mesures

¹⁴⁹ Voir sur cette affaire, EISEMANN Pierre-Michel, *Les sanctions contre la Rhodésie*, Pedone, 1972 ; KAPUNGU Leonard T., *The United Nations and Economic Sanctions against Rhodesia*, Lexington Books, 1973, p. xiv-155 ; GOWLLAND-DEBBAS Vera, *Collective Responses to Illegal Actions in International Law – UN Action in the Question of Southern Rhodesia*, Nijhoff, 1990, p. 753.

¹⁵⁰ FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2022, p. 1368 ; FOLSCHÉ Céline et OLARTE Diana Carolina, « L'efficacité des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.*, p. 16 ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.* p. 26 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, n°8, CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°174 ; Security Council Report, UN Sanctions, Spécial research report, novembre 2013, p. 11.

¹⁵¹ Voir la résolution 1320, S/RES/1320 (2000).

¹⁵² Voir la résolution 1572, S/RES/1572 (2004).

¹⁵³ Voir la résolution 2048, S/RES/2048 (2012).

coercitives. Ces comités sont connus sous le nom de « comités des sanctions »¹⁵⁴. Il s'agit d'organes subsidiaires du Conseil de sécurité composés de tous ses membres. Leur existence repose sur les articles 7 et 29 de la Charte des Nations Unies¹⁵⁵. Les comités de sanctions sont des dispositifs clés de la mise en œuvre des sanctions. Le Conseil de sécurité s'appuie presque systématiquement sur ces organes pour assurer le suivi. En effet, ces Comités reçoivent mandat de veiller à la bonne mise en œuvre des mesures décidées par le Conseil de sécurité par les États membres de l'ONU. Ainsi, un Comité des sanctions collecte et contrôle les informations que doivent lui communiquer les États membres sur les initiatives prises pour appliquer ces mesures. Il peut aussi clarifier les modalités d'application des dispositifs d'embargo en répondant aux questions posées par les États membres sur la mise en œuvre pratique de ces mesures¹⁵⁶. Cet organe fut utilisé pour la première fois dans le cadre des mesures d'embargo imposées à l'encontre de la Rhodésie, puis pour l'Irak¹⁵⁷, ou encore pour l'Afghanistan alors encore sous l'emprise des talibans en 1999. Depuis le début des années 2000, la pratique de la création de Comités chargés de veiller à l'application et au respect des régimes de sanctions adoptés par le Conseil de sécurité s'est généralisée¹⁵⁸.

51. Le Conseil de sécurité, comme les Comités des sanctions peuvent, si le régime de sanctions le prévoit, s'appuyer sur le travail d'un groupe d'experts indépendants¹⁵⁹. Les membres du groupe sont désignés par le Secrétariat des Nations Unies et ont la charge de

¹⁵⁴ Sur les Comités des sanctions, KOLLIPOULOS Alexandros, « Les Comités des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », in *Les sanctions économiques en droit international*, Laura Picchio Forlati et Linos-Alexandre Sicilianos (dir.), Leiden, Brill/Nijhoff, Boston, Centre for Studies and Reserach, International law and International Relation, 2004, p. 567 ; CHARPENTIER Jean, « L'organisation du régime des sanctions au niveau universel : les Comités des sanctions de sécurité », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?* : Aix-en-Provence, les 10 et 11 décembre 1999, Rostane Mehdi (dir.), Pedone, 2000, p. 49 ; ANGELET Nicolas, « L'embargo et l'ONU », in *L'embargo, op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁵⁵ Article 7 de la Charte des Nations Unies : « 1. *Il est créé comme organes principaux de l'Organisation des Nations Unies : une Assemblée générale, un Conseil de sécurité, un Conseil économique et social, un Conseil de tutelle, une Cour internationale de justice et un Secrétariat.* 2. *Les organes subsidiaires qui se révéleraient nécessaires pourront être créés conformément à la présente Charte.* »

Article 29 de la Charte des Nations Unies : « Le Conseil de sécurité peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires à l'exercice de ses fonctions. »

¹⁵⁶ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁷ En effet, dans l'affaire Irak-Koweït, le Conseil de sécurité avait créé un Comité des sanctions chargé de déterminer quels États devaient bénéficier d'une assistance financière ou économique en contrepartie du préjudice subi du fait de l'embargo. Voir en ce sens, KOSKIENNIEMI Martti, « Le Comité des sanctions créé par la Résolution 661 du Conseil de sécurité », *AFDI*, 1991, pp.119-138.

¹⁵⁸ Voir en ce sens, FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public, op. cit.*, n° 942.

¹⁵⁹ FOLSCHÉ Céline et OLARTE Diana Carolina, « L'efficacité des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.* ; MATELLY Sylvie, GOMEZ Carole, CARCANAGUE Samuel, BARBET Philippe et VAUDAY Julien, « Performance des sanctions internationales : Typologie – études de cas », PERSAN, *Institut de Relations Internationales et Stratégiques, Conseil Supérieur de la Formation et de la Recherche Stratégiques*, mars 2017, pp. 44 et s.

surveiller l'application des résolutions du Conseil de sécurité en matière de sanctions. Le groupe d'experts indépendants peut également formuler des recommandations pour améliorer l'efficacité du régime au travers de rapports. C'est le cas de la République démocratique du Congo (RDC), le Conseil de sécurité a adopté la résolution 2478 visant à prolonger jusqu'au 1^{er} juillet 2020 le régime des sanctions à l'encontre de la RDC. La même résolution a créé un groupe d'experts qui va apporter son aide au Comité des sanctions. Le groupe d'experts est convié à soumettre un rapport à mi-mandat, au plus tard le 30 décembre 2019, et un rapport final, au plus tard le 15 juin 2020, ainsi que des mises à jour mensuelles, au Comité des sanctions qui va évaluer l'efficacité du régime de sanction mis en place.

52. D'une manière générale, des mesures d'embargo sont prononcées par le Conseil de sécurité dans une résolution contraignante¹⁶⁰. Si l'embargo édicté par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies paralyse le contrat international, c'est bien pour rétablir la paix et la sécurité internationales. Cependant, l'effectivité des mesures de pression économique édictées par le Conseil de sécurité dépend des États membres qui jouent un rôle majeur dans la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité par le canal de leurs organes législatifs et exécutifs, et ce, conformément à la Charte des Nations Unies¹⁶¹.

B- La mise en œuvre dans les ordres juridiques internes des décisions d'embargo du Conseil de sécurité

53. Le fondement de l'impérativité des mesures d'embargo prises par le Conseil de sécurité des Nations Unies découle de son objectif, celui du maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁶². Conformément à l'article 41 de la Charte des Nations Unies, lorsqu'un embargo est décidé par le Conseil de sécurité des Nations Unies, cela n'oblige pas les États membres. Le Conseil de sécurité ne peut qu'inviter les États membres à appliquer ses décisions. Or, il ressort clairement des débats et de la volonté des rédacteurs que « cette invitation » est incluse dans une décision et est à ce titre obligatoire¹⁶³. En témoignent les dispositions

¹⁶⁰ FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, *op. cit.*, 1365 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, n°14.

¹⁶¹ ANGELET Nicolas, « L'embargo et l'ONU », *in L'embargo*, *op. cit.*, p. 55. Voir aussi LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *AFDI*, 1997, p. 33 et les références citées.

¹⁶² L'article 24 §1 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 dispose en effet que : « Les membres de l'Organisation des Nations Unies confèrent au Conseil de sécurité des Nations Unies la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

¹⁶³ EISEMANN Pierre-Michel, « Commentaire de l'article 41 », *in La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 1195-1242 ; SUY Éric et ANGELET Nicolas, « Commentaire de l'article 25 », *in*

impératives des nombreuses résolutions imposant un embargo sur ce fondement énoncées dans des termes qui conformément au sens usuel relèvent du commandement. Ces résolutions du Conseil de sécurité s'apparentent donc bien à une « décision » visée par l'article 25 de la Charte des Nations Unies¹⁶⁴. En ce sens, l'article 25 est parfaitement explicite : « *Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte* ». S'agissant plus spécifiquement des mesures adoptées sur le fondement du Chapitre VII, l'article 48 paragraphe 2 de la Charte des Nations Unies confirme ce dispositif. En effet, cet article dispose que les décisions du Conseil de sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales « *sont exécutées par les membres des Nations Unies directement et grâce à leur action dans les organismes internationaux dont ils font partie* ».

54. La question de l'obligation d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité en vertu de l'article 25 de la Charte par les États membres s'était posée dès l'affaire rhodésienne. La résolution 232 (1966) du Conseil de sécurité exigeait des États membres sa mise en œuvre, en rappelant « *que le fait pour l'un quelconque d'entre eux de ne pas appliquer la présente résolution constituera une violation de l'article 25* ». Ainsi, les principaux États concernés (le Royaume-Uni, les États-Unis, et la France) ont alors pris les mesures nécessaires dans leur ordre juridique national¹⁶⁵. La Cour internationale de justice a eu également l'occasion de se prononcer sur la portée de l'article 25, dans son avis consultatif sur la Namibie du 21 juin 1971. La Cour a, à cet effet, affirmé que « *la Charte a défini la position des membres par rapport à l'Organisation en leur prescrivant d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité. Admettre une solution inverse, ce serait de priver cet organe principal des fonctions et pouvoirs essentiels qu'il tient de la Charte. Ainsi, lorsque le Conseil de sécurité adopte une décision aux termes de l'article 25 (...) il incombe aux États membres de se conformer à cette décision, notamment aux membres du Conseil de sécurité qui ont voté contre elle et aux membres des Nations Unies qui ne siègent pas au Conseil* »¹⁶⁶.

La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, (dir.), 3^e éd., Paris, Economica, 2005, pp. 909 – 918.

¹⁶⁴ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 73.

¹⁶⁵ FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, op. cit., p. 1366.

¹⁶⁶ En ce sens, voir BOLLECKER Brigitte, « L'Avis consultatif du 21 juin 1971 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux conséquences juridiques pour les États membres de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) », *AFDI*, 1971, n°17, pp. 314 et s. Voir aussi, EISEMANN Pierre-Michel, « Commentaire de l'article 41 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 691-704.

55. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité deviennent des instruments de droit international public qui s'imposent aux États membres en tant que sujets souverains du droit international. Cela implique que les États membres de l'Organisation des Nations Unies sont chargés de mettre en œuvre les sanctions du conseil de sécurité dans leur ordre juridique interne¹⁶⁷. Dès lors, chaque État membre, afin de répondre à ses obligations internationales, doit utiliser tous les moyens appropriés pour accueillir les actes du Conseil de sécurité dans son droit interne¹⁶⁸.

1- L'introduction des résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre juridique interne des États membres

56. Lorsqu'une mesure d'embargo est édictée par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 41 de la Charte des Nations Unies, les États membres ont la charge de la mettre en œuvre¹⁶⁹. La question de l'introduction de ces normes internationales au sein des ordres juridiques des États membres mérite que l'on s'y attarde. Il est certain que conformément à l'article 25 de la Charte, tous les États membres sont dans l'obligation « *d'accepter et d'appliquer* » les résolutions du Conseil de sécurité. Ces résolutions ne s'imposent qu'aux États membres qui en signant la Charte ont assumé l'obligation de s'y conformer, elles ne s'imposent ni aux juges, ni aux citoyens ou aux ressortissantes personnes morales des États¹⁷⁰. Toutefois, sanctions politiques à objet économique, ces normes sont susceptibles de fonder la décision du juge ou de l'administration et de créer des droits et des obligations au profit des individus dont ils peuvent se prévaloir en justice ; mais pour cela, la règle du droit international public doit être incorporée dans les systèmes juridiques nationaux¹⁷¹.

¹⁶⁷ AUDIT Mathias, « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies », *Rev. crit. DIP*, 2002, n°9 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*

¹⁶⁸ GUILLAUME Gilbert, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu du chapitre VII de la Charte », *RDIC*, 1998, n°2, p. 545.

¹⁶⁹ MARCHI Jean-François, *Accord de l'État et droit des Nations Unies. Étude du système juridique d'une organisation internationale*, coll. « Monde européen et international », La Documentation française, CERIC, 2002, p. 275 ; ROUCOUNAS Emmanuel, « L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne », in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, Pierre-Michel Eisemann (sous dir.), The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 270-273

¹⁷⁰ GUILLAUME Gilbert, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu du chapitre VII de la Charte », *op. cit.*

¹⁷¹ LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *op. cit.*, p. 32.

57. La Charte des Nations Unies est silencieuse sur la manière dont les décisions du Conseil de sécurité doivent être incorporées dans le droit interne des États membres¹⁷². Ces derniers sont ainsi libres d'organiser en toute indépendance la réception du droit international dérivé des Nations Unies dans leur ordre juridique pour se conformer à leurs obligations internationales¹⁷³.

58. La pratique de la mise en œuvre des mesures d'embargo décidées par le Conseil de sécurité confirme le pouvoir discrétionnaire accordé aux États membres. Il ressort par exemple des communications faites au Comité des sanctions de l'ONU par les États, concernant l'embargo décrété à l'encontre de l'Irak¹⁷⁴, que certains États membres ont édicté une législation générale d'habilitation¹⁷⁵ pour la mise en œuvre de l'embargo. D'autres ont, au contraire, procédé par l'adoption de mesures internes *ad hoc* pour l'application de la résolution 661 portant interdiction de commercer avec l'Irak. Il en va notamment ainsi de la France. Comme le relevait le professeur Eisemann, après l'édition de diverses mesures par la France, en application de la résolution 661 lors de la guerre du Golfe, « la protection des opérateurs économiques contre les conséquences de l'inexécution de leurs obligations contractuelles à l'encontre de l'Irak fut réalisée par l'addition d'un « cavalier » à la loi n°91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier »¹⁷⁶.

¹⁷² VERHOEVEN Joe, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, p. 252 ; ROUCOUNAS Emmanuel, « L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne », in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, *op. cit.*, p. 40 ; CARREAU Dominique, *Droit international*, 10^e éd., Paris, Pédone, 2001, p. 446.

¹⁷³ VERHOEVEN Joe, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, p. 249.

¹⁷⁴ KOSKIENNIEMI Martti, « Le Comité des sanctions créé par la Résolution 661 du Conseil de sécurité », *op. cit.*

¹⁷⁵ Il s'agit d'un acte législatif intermédiaire général et permanent qui habilite les autorités compétentes à prendre des actes internes appropriés afin d'appliquer les résolutions obligatoires du Conseil de sécurité. Sur la base de cet acte général, l'État membre concerné peut prendre des actes internes particuliers afin de mettre en œuvre certaines décisions du Conseil de sécurité dans son ordre juridique interne. Voir en ce sens : KALALA Tshibangu, *Les résolutions de l'ONU et les destinataires non étatiques*, *Droit international*, Larcier, 2009, n° 348, pp. 224 et s. C'est notamment le cas de la Belgique (voir la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU, commentée par D'ARGENT Pierre, « La loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU », *Journal des Tribunaux*, 1996, pp. 357-361), du Royaume-Uni (voir « The United Nation Act » de 1946), des États-Unis (voir « The United Nations Participation Act » de 1946 qui permet au gouvernement américain de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'exécuter les décisions obligatoires du Conseil de sécurité), de la Suisse (voir « Loi fédérale sur l'application des sanctions internationales »).

¹⁷⁶ EISEMANN Pierre-Michel, « La contribution des États à la mise en œuvre des sanctions : Le cas de la France », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?* Colloque des 10 et 11 décembre 1999, Rostane Mehdi (ss dir.), Paris, Pedone, 2000, pp. 72-73. Voir également le décret n°90-681 du 2 août 1990 (JO du 3 août, p. 9411) modifié par décret n°91-241 du 2 mars 1991 (JO du 3 mars, p. 3071) organisa les relations financières avec l'Irak et le Koweït.

2- L'effet direct des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies

59. La question qui nous intéresse est celle de savoir si les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité, prises en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, peuvent être considérées comme directement applicables dans l'ordre juridique interne des États membres en l'absence de mesures d'exécution internes ou communautaires de transposition. Autrement dit, la question est de savoir si les résolutions du Conseil de sécurité instaurant des restrictions des échanges internationaux sont « self-exécuting ». On entend traditionnellement, par-là l'aptitude de la règle internationale à conférer à elle-même sans mesures d'exécution internes des droits aux particuliers, ou à leur imposer des obligations¹⁷⁷. Cette question est centrale dans la mesure où les résolutions du Conseil de sécurité portant sur les restrictions des échanges internationaux ne sont pas limitées aux stricts rapports interétatiques. En effet, en réglementant notamment les relations financières, commerciales, elles intéressent aussi les particuliers dans leurs relations avec l'État ainsi que dans leurs relations *inter se*¹⁷⁸.

60. Cependant, pour ce qui est des décisions internationales émanant du Conseil de sécurité de l'ONU, la pratique jurisprudentielle va plutôt dans le sens du refus de reconnaître le caractère auto-exécutoire aux résolutions du Conseil de sécurité¹⁷⁹. En effet, les juges exigent de façon constante que les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité soient systématiquement incorporées dans l'ordre juridique interne par des actes législatifs ou réglementaires pour

¹⁷⁷ Pour des études sur les effets en droit interne des résolutions du Conseil de sécurité : GUILLAUME Gilbert, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu du chapitre VII de la Charte », *op. cit.*, pp. 539-549 ; LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *op. cit.*, pp. 31-57 ; CATALDI Giuseppe « L'application des décisions du conseil de sécurité en droit interne », in *Droit international et droits internes, développements récents*, Rafaâ Ben Achour et Slim Laghmani, (ss dir.), Pedone, 1998, pp. 205-226 ; POIRAT Florence, « Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'État et la Cour de cassation : variation sur un même thème », *RGDIP*, 2000, n°2, pp. 541 et s.

¹⁷⁸ Cass, soc., 4 juin 1996, *JAT contre Dupond*, pourvoi n°94-43. 716, *RGDIP*, Tome CII, 1998, note Michel Sastre, p. 499 ; DEFFIGIER Clotilde, « L'application directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 51 ; LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁹ ERGEC Rusen, « L'embargo et les droits nationaux », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Brruyant, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 130 ; GUILLAUME Gilbert, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu du chapitre VII de la Charte », *op. cit.* p. 546 ; AUDIT Mathias, « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies », *op. cit.*, n°10 ; SYNDET Hervé, « L'embargo : aspect de droit bancaire », *l'embargo*, *op. cit.*, p. 215. La question est d'ailleurs controversée en doctrine, voir pour ce débat : ROUCOUNAS Emmanuel, « L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne », in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, *op. cit.*, pp. 39-49 ; DEFFIGIER Clotilde, « L'application directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *op. cit.*, pp. 43-84.

pouvoir produire des effets juridiques¹⁸⁰. Ce fut le cas, en France, de la Cour de cassation s'agissant de la résolution 687 (1991) adoptée à l'encontre de l'Irak à la suite de l'invasion du Koweït. En effet, se fondant sur l'article 55 de la Constitution, la Cour de cassation estima que : « *Si les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies s'imposent aux États membres, elles n'ont pas, en France, d'effet direct tant que les prescriptions qu'elles édictent n'ont pas, en droit interne, été rendues obligatoires ou transposées (...)* »¹⁸¹.

61. Ce fut également le cas du Conseil d'État à propos de la résolution 748 portant interdiction de commercer avec la Libye dans l'affaire société Héli-Union. En espèce, la société Héli-Union exploitait en Libye des hélicoptères servant aux installations pétrolières. Elle demandait l'annulation du décret 92-387 du 14 avril 1992 relatif à l'application de la résolution 748 du Conseil de sécurité, dans laquelle il était précisé que tous les États devaient interdire à leurs nationaux ou à partir de leur territoire, la fourniture de tout avion ou tout composant d'avion à la Libye, ainsi que tout service d'ingénierie. Le Commissaire au gouvernement Piveteau observa dans ses conclusions que les « dispositions essentielles du décret sont un décalque de la résolution du Conseil de sécurité, il est donc parfaitement impossible de porter sur elles une appréciation de fond sans porter *ipso facto* un jugement sur le bien-fondé de la résolution du Conseil de sécurité »¹⁸². Il ajouta en outre : « parce que les résolutions du Conseil de sécurité ont force obligatoire pour les États, en vertu de l'article 25 de la Charte (...) vous êtes ainsi face à un acte qui tire (...) les conséquences directes, inéluctables et automatiques d'un accord international. Nous vous proposons donc de dire que le décret litigieux est un acte de gouvernement ». Le juge administratif suivit les conclusions du Commissaire du gouvernement en décidant que, par le décret attaqué, « le gouvernement français a appliqué la résolution 748 (...) ; que dans les circonstances où elle a été prise, la décision (...) n'est pas

¹⁸⁰ Voir également pour les États-Unis, la décision du US District Court, District of Columbia du 13 mai 1975, *Charles Coles Diggs Jr et al. v. Frederic B. Dent et al.*, *International Legal Matériel*, vol. XIV, 1975, p. 804. Jurisprudence citée par SASTRE Michel, note observation sous Cass. soc., 4 juin 1996, *op. cit.*, p. 498.

¹⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, *État irakien c/ Sté Dumez GTM et a.* n°02-17. 344, *JurisData* n°2006-033198; Bull. I, n°202, p. 17; *RGDIP* 2006, p. 950, note F. Poirat ; *JCP G*, 2006. II. 10179, obs. J.-G. Mahinga ; *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, p. 432. Voir a contrario : Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1999, *Dumetz GTM c/ État irakien et autres*, *JDI*, 2000, pp. 45-48, note M. Casnard, dans lequel le juge consacre l'applicabilité directe de la résolution 687, adoptée le 3 avril 1991. Voir également l'arrêt de la CA Paris, 20 février 2002, *Dumetz GTM c/ État irakien et autres* ; *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, p. 31, note G. De La Pradelle ; *RGDI* 2003, p. 1008, note F. Poirat ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 746, note M. Audit ; *AFDI* 2003, p. 716 note N. Maziau, statuant après renvoi dans la même affaire dans lequel le juge a admis l'applicabilité directe des résolutions du Conseil de sécurité. Mais cet arrêt de la cour d'appel de Paris fut cassé par la Cour de cassation, décision précédemment citée.

¹⁸² CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, Conclusions du commissaire au gouvernement Piveteau, *Recueil Lebon*, p. 501.

détachable de la conduite des relations internationales de la France et échappe par la suite à tout contrôle juridictionnel »¹⁸³.

62. Pour autant, ces jurisprudences ne signifient pas que les résolutions du Conseil de sécurité prises en application du chapitre VII de la Charte, en l'absence d'aucune mesure de transposition, sont sans effet devant le juge judiciaire. Celui-ci peut en effet tenir compte des situations factuelles qu'elles appréhendent ou modifient¹⁸⁴. En témoigne l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 4 juin 1996 à propos de la résolution 757 instituant un embargo aérien à l'encontre de la Yougoslavie. En l'espèce, la résolution 757, adoptée le 30 mai 1992, décidant de l'embargo aérien contre la République fédérale de Yougoslavie en 1992, a contraint une compagnie aérienne yougoslave, la JAT, à mettre un terme à ses liaisons avec ce pays, comme le décollage et l'atterrissage de ses avions en provenance ou à destination de la Yougoslavie. Ses activités diminuant, la compagnie aérienne décida de licencier Mme Dupond. Celle-ci s'était alors retournée contre son ancien employeur qui refusait de l'indemniser au motif que la rupture du contrat de travail était due à un cas de force majeure provoqué par la résolution qui imposa l'embargo aérien sur la Yougoslavie. La chambre sociale de la Cour de cassation a suivi la cour d'appel en accueillant de façon défavorable le moyen de la JAT. Elle a relevé que le licenciement de Madame Dupond n'était pas uniquement lié à la résolution, la compagnie n'ayant pas cessé toute activité. Elle en déduit ainsi que le licenciement n'était pas imputable à un cas de force majeure empêchant le débiteur d'exécuter son obligation. Il convient toutefois de noter que les juges sociaux se sont tenus à l'écart de toute prise de position sur le sujet, cherchant avant tout à apporter une solution au litige. De fait, la résolution 757 n'a pas à proprement parler été appliquée par les juges. Elle a simplement

¹⁸³ CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union, Dr. ad.*, mars 1998, p. 24, n°100 (inédit). Voir également dans le même sens, CE, 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP, Recueil Lebon*, p. 346. A contrario : CE, 11 juin 2015, n°367922, X c/ min. l'intérieur : JurisData n°2015-014468 ; *Dalloz* 2016, p. 336, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot ; *RFDA* 2015, p. 827, note C. Santulli, à propos de la résolution 955 (1994) instituant le Tribunal pénal international pour le Rwanda dans lequel le Conseil d'État admis l'applicabilité directe de la résolution 994 comme règle juridique non préalablement introduite dans l'ordre juridique interne français. Cependant, cette décision du Conseil d'État a été considérée par certains auteurs comme rendue par inadvertance et qu'elle est appelée à être sans lendemain. Voir en sens C. Santulli, note sous CE, 11 juin 2015, *op. cit.*, pp. 827 et 828.

¹⁸⁴ DEFFIGIER Clotilde, « L'application directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 53 ; DEHAUSSY Jacques, ASCENSION Hervé et LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JCl. dr. int.*, Fasc. 80, 11 avril 2017, n° 58. LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *op. cit.*, p. 56 et références, spéc. 116. Voir également en ce sens la décision rendue par la Cour de cassation du 25 avril 2005, *État irakien c/SA Dumez GTM* (arrêt précité), qui affirme que les résolutions du Conseil de sécurité, à défaut d'avoir fait l'objet d'une mesure de transposition en droit interne, « (...) peuvent être prises en considération par le juge en tant fait juridique ».

fait l'objet d'une prise en considération par les juges pour apprécier la force majeure¹⁸⁵. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité sont appréciées comme un fait extérieur. Le juge prend acte de leur application en droit interne en les intégrant à son raisonnement traditionnel en matière contractuelle ; il prend en compte une modification de la situation contractuelle qui résulte directement de l'intervention de la résolution. L'existence de la résolution produit des effets directs sur la situation contractuelle des particuliers, elle crée à leur encontre des droits et des obligations¹⁸⁶.

63. Il ressort de ces différents développements que le chapitre VII de la Charte des Nations Unies donne au Conseil de sécurité les pouvoirs permettant de décider, de manière contraignante pour tous les États membres des Nations Unies, des restrictions aux échanges internationaux pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. Ainsi, lorsque ces mesures de restriction sont adoptées par le Conseil de sécurité, les États membres, dans la mesure où ils se sont engagés à accepter et à appliquer les décisions du Conseil de sécurité, doivent les mettre en œuvre en introduisant les mesures préconisées dans leur droit interne. Aucun des systèmes juridiques internes ne manque de moyens appropriés pour réceptionner les décisions du Conseil de sécurité. Pour autant, des mesures de transposition sont le plus souvent nécessaires. Toutefois, la question de savoir si les décisions d'embargo du Conseil de sécurité présentent un caractère « self executing (auto-exécutoire) », c'est-à-dire la capacité à pouvoir être invoquée en tant que telles, en absence de mesures de transposition, par les particuliers devant le juge interne, la pratique va plutôt dans le sens du refus de reconnaître des effets directs aux résolutions du Conseil de sécurité en droit interne. Cependant, elles pourront faire l'objet d'une prise en considération par le juge et l'arbitre international dans la mesure où elles constituent indéniablement un fait qui perturbe l'environnement contractuel.

Paragraphe 2 : L'embargo décidé par un organisme régional : exemple de l'Union européenne

64. En tant qu'acteur international, l'Union européenne peut à la fois décider d'imposer des mesures d'embargo contre une entité non étatique ou un État tiers ayant préalablement violé

¹⁸⁵ Voir aussi, Cass. soc., 29 octobre 1997, pourvoi n°95-42.614 et Cass. soc., 21 janvier 1998, pourvoi n°95-44.647 dans lesquels les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ont également fait l'objet d'une prise en considération par le juge social pour déterminer le caractère légitime ou non du licenciement. Arrêts cités par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°71 et les références.

¹⁸⁶ DEFFIGIER Clotilde, « L'application directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *op. cit.* ; AUDIT Mathis, « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies », note observation sous CA Paris, 20 février 2002, *op. cit.*, n°13.

ses engagements internationaux, mais elle transpose aussi les mesures restrictives adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies au titre du chapitre VII de la Charte de San Francisco.

A- L'adoption des mesures restrictives du Conseil de sécurité par l'Union européenne

65. Rappelons, ici, que le principe des actes unilatéraux des organisations internationales est par nature décentralisé. En effet, lorsque le Conseil de sécurité adopte ses résolutions, c'est aux États membres des Nations Unies que reviennent la charge, en tant qu'agent d'exécution, de prendre tous les moyens d'action tant juridiques que matériels pour leur réalisation. Les décisions d'embargo prises par le Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII de la Charte s'imposent aux membres de l'organisation conformément à l'article 25 de ladite Charte. Mais à la différence de ses États membres, l'Union européenne en tant que telle n'est pas directement liée par la Charte des Nations Unies et n'étant pas membre des Nations Unies ni le successeur aux droits et obligations de ses États membres au sens du droit international public, elle n'est dès lors pas tenue de mettre en œuvre les principes de la Charte ni les décisions des organes de l'ONU¹⁸⁷. Toutefois, selon l'article 53 de la Charte des Nations Unies, l'Union européenne peut être considérée comme liée par les obligations découlant de la Charte des Nations Unies, de la même façon que le sont ses États membres. En effet, l'article 53 de la Charte dispose que « *le Conseil de Sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité* ». De même, selon l'article 3 paragraphes 5 et 21 du Traité de l'Union européenne¹⁸⁸, la Communauté s'est strictement engagée au respect des principes de la Charte des Nations Unies en définissant et menant des politiques communes et des actions conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et du droit international. De plus, depuis le Traité de Lisbonne, l'Union européenne se trouve directement liée par sa déclaration n°13 des déclarations annexes à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, qui dispose que « *l'Union européenne et ses États membres demeureront liés par les dispositions de la Charte des Nations Unies, et en particulier, par la responsabilité principale incombant au*

¹⁸⁷ DEFALQUE Lucette et LUFF David, « L'embargo et l'Union européenne », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 94 et les références, spec. 16 ; PELLET Alain, « les sanctions de l'Union européenne » in *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Myriam Benlolo-Carobot, Ulas Candas, et Eglantine Cujo (dir.), Pedone, 2012, pp. 433 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°175.

¹⁸⁸ Voir l'article 3, paragraphes 5 et l'article 21 du Traité sur l'Union européenne (TUE) (version consolidée).

Conseil de sécurité et à ses États membres du maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁸⁹.

66. L'Union européenne est, alors, inévitablement, concernée au premier chef par les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies et peut être amenée à les appliquer¹⁹⁰. Ainsi, l'Union européenne peut décider d'adopter dans le cadre de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune (PESC), des règlements communautaires¹⁹¹, lui permettant de transposer dans son ordre juridique les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁹². Ces règlements, transposant les décisions du Conseil de sécurité, sont immédiatement applicables en droit interne des États membres de l'Union européenne¹⁹³. De ce fait, ceci facilite l'application des décisions de mesures d'embargo par ces États membres qui ne sont pas obligés de prendre des mesures législatives sur le plan interne¹⁹⁴. À titre d'exemple, il est possible de mentionner le cas de la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) relative à la lutte contre le terrorisme adoptée le 28 septembre 2001 par le Conseil de sécurité des Nations Unies après les attentats terroristes du 11 novembre 2001. Dans le cadre de ses compétences, l'Union a adopté deux positions communes¹⁹⁵ en vue de mettre en œuvre la résolution 1373 du Conseil de sécurité. Puis elle a adopté le règlement CE n°2580/2001 pour les introduire dans l'ordre juridique communautaire¹⁹⁶. Tel a été aussi le cas par exemple des mesures d'embargo édictées contre le Liberia : énoncées notamment dans les résolutions n°1521 (2003) et 1532 (2004) du Conseil de sécurité des Nations Unies, elles ont été intégrées en droit communautaire par le biais des règlements n°872/2004 et 234/2004, directement applicables en France. Toutefois, si des mesures restrictives sont prises sur le fondement d'une résolution du Conseil de sécurité,

¹⁸⁹ JO C 115/335 du 9 mai 2008. Sur la question, voir PELLET Alain, « les sanctions de l'Union européenne » *in* *Union européenne et droit international*, en l'honneur de Patrick Daillier, *op. cit.*

¹⁹⁰ DEFALQUE Lucette et LUFF David, « L'embargo et l'Union européenne », *in* *L'embargo*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹¹ Ces règlements sont pris sur le fondement de l'article 215 du TFUE. Voir *infra*.

¹⁹² « Lignes directrices conjointes de la Direction générale du Trésor et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution sur la mise en œuvre des mesures de gel des avoirs », Document de nature explicative, Juin 2016, p.7.

¹⁹³ ARROYO Pauline et TAÏ PAMART Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance », *RGDA*, mars 2015, n°03, p. 123. DEHAUSSY Jacques, ASCENSION Hervé et LE FLOCH Guillaume, « Fasc. 80 : Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *op. cit.*, n° 58 et n°64.

¹⁹⁴ À cet égard, certains auteurs relèvent que l'Union européenne joue le rôle de « régionale interface » entre le Conseil de sécurité des Nations Unies et les pays de l'Union européenne qui sont également membres de l'Organisation des Nations Unies. Voir en ce sens, BENNOUNA Mohamed, « Les sanctions économiques des Nations Unies », *RCADI*, 2002, p. 49 ; BETHLEHEM, Daniel « Regional Interface Between Security Council Decision and Member States Implementation : The Example of the European Union », *in* *United Nations sanctions and international law*, Growland Debba, The Hague Kluwer Law International, 2001, pp. 291-305.

¹⁹⁵ Position commune n°2001/930/PESC du 27 décembre 2001, JOCE, n° L 344 du 28 décembre 2001, pp. 90-92 et la position commune n°2001/931/PESC du 27 décembre 2001, JOCE, n° L 344 du 28 décembre 2001, pp. 93-94.

¹⁹⁶ Règlement CE n°2580/2001, JOCE, n° L 344 du 28 décembre 2001, pp. 70-75.

les règlements qui seront adoptés devront se conformer rigoureusement aux décisions onusiennes¹⁹⁷.

67. Par ailleurs, le Conseil de l'Union peut adopter des mesures restrictives complémentaires aux sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies prises dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Ces mesures sont toutefois plus ciblées. Ce fut le cas des sanctions à l'encontre de l'Iran en 2010 où les mesures restrictives européennes prises par le Conseil ont une application plus large que celles prises par le Conseil de sécurité. Le Conseil avait adopté à l'encontre de ce pays en plus des mesures du Conseil de sécurité, des mesures complémentaires telles qu'un embargo pétrolier et un panel des sanctions financières¹⁹⁸. Cette politique s'était poursuivie en Syrie en 2005¹⁹⁹, puis en 2011-2012 en Côte d'Ivoire où elle a conduit à imposer un embargo sur les importations de cacao ivoirien²⁰⁰ (première source de revenus de ce pays).

Néanmoins, quand les circonstances l'imposent, l'Union européenne peut également vouloir prendre des mesures d'embargo sans intervention préalable du Conseil de sécurité des Nations Unies.

B- L'adoption des mesures restrictives par l'Union européenne en dehors du cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies

68. L'Union européenne peut décider d'édicter des mesures d'embargo sans qu'une résolution du Conseil de sécurité n'ait été préalablement adoptée²⁰¹. En effet, c'est sur la base juridique de l'article 215 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ancien article 301 CE) que l'Union européenne peut prendre toutes les mesures portant sanction économique et financière dans le cadre de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune (PESC). L'article 215 du TFUE dispose que « 1. *Lorsqu'une décision, adoptée*

¹⁹⁷ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.*, p. 52.

¹⁹⁸ Voir en ce sens le règlement (UE) n° 961/2010 du 25 octobre 2010 concernant l'adoption des mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant.

¹⁹⁹ Voir en ce sens la Position commune 2005/888/PESC du Conseil du 12 décembre 2005 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes soupçonnées d'être impliquées dans l'assassinat de l'ancien Premier ministre libanais M. Rafic Hariri.

²⁰⁰ Voir en ce sens, VINES Alex, « The effectiveness of UN and EU sanctions : lessons for the twenty-first century », *international Affairs*, juillet 2012, n°4, vol. 88, pp. 874-875.

²⁰¹ DEFALQUE Lucette et LUFF David, « L'embargo et l'Union européenne », in *L'embargo*, *op. cit.*, pp. 95 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.* n°56 et s. ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.*, p. 43. CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.* ; ARROYO Pauline et TAÏ PAMART Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance », *op. cit.*

conformément au chapitre 2 du traité sur l'Union européenne, prévoit l'interruption ou la réduction, en tout ou en partie, des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers, le Conseil statuant à la majorité qualifiée, sur proposition conjointe du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et de la Commission, adopte les mesures nécessaires. Il en informe le Parlement européen.

2. Lorsqu'une décision, adoptée conformément au chapitre 2 du titre V du traité sur l'Union européenne, le prévoit, le Conseil peut adopter, selon la procédure visée au paragraphe 1, des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques ».

69. Comme, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies portant sur les restrictions des échanges internationaux, les mesures restrictives européennes imposées par l'Union européenne visent également à conduire un changement de politique ou d'activité de la part des personnes ou entités et peuvent par conséquent viser des gouvernements de pays tiers en raison de leurs politiques, d'entités, de groupes ou organisations ayant un comportement contraire aux valeurs de l'Union européenne²⁰². Elles constituent également un instrument préventif, non punitif.

70. Le Conseil de l'Union est l'institution dont dépend l'adoption de mesures restrictives européennes. En effet, l'article 29 du Traité sur l'Union européenne (TUE) dispose que le « *Conseil de l'Union adopte des décisions qui définissent la position de l'Union sur une question particulière de nature géographique ou thématique* ». Ainsi, dans l'hypothèse de l'adoption d'une mesure restrictive, la présidence du Conseil ou l'un des États membres ou la Commission élabore une proposition PESC. Celle-ci est examinée et discutée par les groupes compétents du Conseil de l'Union : il s'agit généralement du groupe responsable des relations avec le pays tiers concerné et systématiquement du groupe des conseillers pour les relations extérieures (RELEX) ainsi que du Comité des Représentants permanents (COREPER)²⁰³. Ces groupes, après examen, renvoient la proposition de décision au Conseil de l'Union pour adoption. Une fois adopté à l'unanimité par le Conseil de l'Union en vertu de l'article 29 du TUE, le texte de la décision PESC est théoriquement publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

²⁰² NIVET Bastien, « Les sanctions internationales de l'Union européenne : soft power, hard power ou puissance symbolique ? », *Revue internationale et stratégique*, 2015, n°95, p. 130.

²⁰³ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, op. cit., p. 53.

71. Les mesures restrictives prévues dans cette décision commune du Conseil de l'Union sont mises en œuvre, soit au niveau de l'Union européenne, soit au niveau national. En effet, certaines mesures doivent être directement mises en œuvre par les États membres eux-mêmes qui sont juridiquement tenus d'agir en conformité avec les décisions PESC du Conseil²⁰⁴. Il s'agit des mesures d'embargo sur les armes ou les restrictions en matière d'admission sur le territoire de l'Union, par exemple les interdictions de voyager. D'autres mesures visant à interrompre ou à limiter, partiellement ou en totalité, les relations économiques avec un pays tiers, notamment les mesures de gel de fonds et les interdictions d'exportation sont mises en œuvre au moyen d'un règlement adopté par le Conseil de l'Union européenne statuant à la majorité qualifiée, sur proposition conjointe du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et de la Commission, conformément à l'article 215 du TFUE²⁰⁵. Ce règlement est contraignant et d'application directe sur le territoire des États membres²⁰⁶. Il s'intègre dans l'ordre juridique des États membres et bénéficie d'une primauté dans leur hiérarchie des normes²⁰⁷. Il peut être invoqué par tout justiciable de l'Union. Il crée ainsi des droits et des obligations qui s'imposent directement aux États membres, à leurs organes et à des personnes morales et physiques placées sous leurs juridictions²⁰⁸. Il fait par conséquent l'objet d'un contrôle juridictionnel par la Cour de justice et le Tribunal du Luxembourg.

72. La possibilité d'utiliser des moyens de coercition a été envisagée par l'Union européenne à partir du début des années 1980²⁰⁹. Pourtant, c'est à partir de 1992 avec la mise en place de la Politique Étrangère et de sécurité commune (PESC) que l'instrument se structure et se développe. Ainsi, historiquement, le premier instrument juridique employé par la Communauté européenne concernant l'application de mesures restrictives à l'égard du Soudan

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ À cet égard, il convient de noter que la plupart des mesures d'embargo appliquées par la France sont généralement décidées au niveau européen et que ces mesures s'appuient sur les résolutions du Conseil de sécurité ou des mesures autonomes européennes. De nos jours, la France est actuellement tenue par des mesures restrictives européennes concernant 25 pays. Ces mesures sont pour la plupart des embargos sur la vente de matériels militaires, des interdictions d'entrée sur le territoire ou des mesures de gels des avoirs appartenant à des personnes ou à des entreprises. Voir en ce sens le site du ministère de l'Économie, des Finances et de la souveraineté industrielle et numérique (Direction générale du Trésor) : www.tresor.economie.gouv.fr/services-aux-entreprises/sanctions-economiques. Sur l'application des mesures restrictives européennes en France, voir HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, pp. 91 et s.

²⁰⁶ ERGEC Rusen, « L'embargo et les droits nationaux », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 131.

²⁰⁷ Sur ce point, PETROVIĆ Dražen, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne : À la recherche d'un concept*, Graduate Institute Publications, Genève, 2000, pp. 7-41.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ DE WILDE D'ESTMAEL Tanguy, « L'élaboration du droit des sanctions économiques communautaires : enjeux et normativité politique du processus », *Revue droit et société*, 2001, n°49, pp. 729-769.

fut la décision 94/165/PESC du Conseil de l'Union mettant en place un embargo sur les armes. En raison de la guerre civile et des combats se déroulant dans la région du Darfour, la Communauté a adopté la position commune 2004/31/PESC maintenant ces mesures d'embargo et les renforçant. Le règlement du Conseil de l'Union (CE) n°131/2004 du 26 janvier 2004 a mis en œuvre cette position commune et ne concerne que des mesures d'embargo²¹⁰. Par la suite, les mesures restrictives imposées par l'Union européenne se sont multipliées et se sont également diversifiées au fil du temps²¹¹. Parmi les mesures imposées par l'Union, on peut citer les sanctions à l'encontre du Zimbabwe en 2004²¹², de la Birmanie en 2008²¹³, du Burundi en 2015²¹⁴, d'Al-Qaida et de Daech en 2016²¹⁵, du Mali en 2017²¹⁶, ou encore à l'encontre de la Russie en 2014²¹⁷ et plus récemment en 2022²¹⁸.

73. Si le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'Union européenne ont le pouvoir d'imposer des mesures particulièrement contraignantes pour interrompre les échanges avec

²¹⁰ Une nouvelle position commune a été adoptée (position commune 2005/411/PESC du Conseil du 30 mai 2005 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre du Soudan et abrogeant la position commune 2004/31/PESC). Pour mettre en œuvre cette nouvelle position commune, un nouveau règlement (CE) n°1184/2005 a été adopté. Voir en ce sens, HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, op. cit., p. 55.

²¹¹ En effet, c'est à partir de 2010 face au constat de la faible performance de ses sanctions que l'Union européenne décide de dépasser le cadre des sanctions onusiennes en prévoyant à l'instar des États-Unis des sanctions ciblées, telles que l'embargo sur les armes, sur le pétrole ou des sanctions financières. NIVET Bastien, « Les sanctions internationales de l'Union européenne : soft power, hard power ou puissance symbolique ? », *Revue internationale et stratégique*, 2015, n°95, 1, pp. 131 et s.

²¹² Voir en ce sens le règlement (CE) n°314/2004 du Conseil du 19 février 2004 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Zimbabwe. Ce règlement renouvela les mesures restrictives adoptées en 2002 à l'encontre du Zimbabwe. Ces mesures consistaient dans un embargo sur les armes et les équipements susceptibles de servir à la pression interne, l'interdiction de voyager sur le territoire des États membres pour plus d'une centaine de personnes liées au pouvoir en place ainsi que le gel des avoirs financiers des mêmes personnes.

²¹³ Voir en ce sens le règlement (UE) 401/2013 du Conseil du 2 mai 2013 concernant des mesures restrictives instituées en raison à l'encontre du Myanmar/de la Birmanie et abrogeant le règlement (CE) 194/2008.

²¹⁴ Voir en ce sens la décision 2015/1763/PESC du Conseil du 1^{er} octobre 2015 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Burundi et le règlement (UE) 2015/1755 du Conseil du 1^{er} octobre mettant en œuvre la décision commune.

²¹⁵ Voir en ce sens le règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques ou morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés.

²¹⁶ Voir le règlement (UE) 2017/1770 du Conseil du 28 septembre 2017 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Mali.

²¹⁷ Voir en ce sens le règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet concernant des mesures restrictives en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol.

²¹⁸ Voir en ce sens le règlement (UE) n°328/2022 du Conseil du 25 février 2022 modifiant le règlement (UE) n°833/2014 et le règlement (UE) 2022/330 du Conseil du 25 février 2022 modifiant le règlement (UE) n°269/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et de l'indépendance de l'Ukraine. Voir sur ces mesures restrictives européennes imposées à l'encontre de la Russie, KROUTI Manon et ATTIAS Olivier, « État des lieux des sanctions européennes en réaction à la guerre en Ukraine au 17 mars 2022 – Focus : Conséquences des mesures visant les oligarques sur les activités commerciales des entreprises », *AD article, Droit européen*, 17 mars 2022.

l'État visé, ils n'en ont pas le monopole. Des États peuvent également appliquer des mesures d'embargo de manière unilatérale.

Section 2 : L'embargo décidé à titre individuel par un État : l'exemple américain

74. Il est généralement admis qu'un sujet premier de droit international dispose du pouvoir de prendre des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée à titre de rétorsion ou de représailles contre un État ayant préalablement violé ses engagements internationaux²¹⁹. En effet, aucune règle du droit international général ne permet d'interdire purement et simplement la pratique individuelle de l'embargo dans la mesure où « un État n'est pas tenu de poursuivre des relations commerciales particulières plus longtemps qu'il ne juge utile, si un traité ou une autre obligation coutumière ne l'y oblige pas »²²⁰. Ainsi, en dehors de tout engagement particulier, un État peut souverainement décider de limiter ses exportations et celles de ses ressortissants vers un pays donné²²¹.

75. Bien qu'assez rare, l'embargo prononcé à titre individuel par un État n'est pas exceptionnel. Cela peut être d'une part une façon pour le pays qui intervienne de la sorte sur la scène internationale de satisfaire des objectifs politiques d'ordre interne et de prendre position sur une question internationale qu'il juge essentielle²²². D'autre part, l'embargo individuel peut être le prélude à un embargo collectif²²³. Le pays qui adopte de telles mesures économiques peut espérer par ce biais indiquer la voie à suivre à ses partenaires, engager une action politique pour que d'autres pays prennent des mesures identiques et que l'impact de l'embargo soit ainsi renforcé. À titre d'exemple, à la suite de l'intervention irakienne au Koweït le 2 août 1990, les États-Unis comme le Japon ont par exemple mis en œuvre un embargo avant qu'une telle sanction économique ne soit préconisée par le Conseil de sécurité des Nations Unies²²⁴.

76. La pratique américaine dans le cadre de l'adoption de l'embargo de manière unilatérale est la plus significative compte tenu de la « fermeté » dont font fréquemment preuve les États-

²¹⁹ LUCCHINI Laurent, « Le boycottage », in *Aspect du droit international économique. Élaboration, contrôle, sanction*, Actes du colloque d'Orléans, 25, 26, et 27 mai 1971, Paris, Pedone, 1972, p. 87 ; LEBEN Charles, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *op. cit.*, n°25 et s. ; DEFALQUE Lucette et LUFF David, « L'embargo et l'Union européenne », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 95 ; ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 41.

²²⁰ Voir en ce sens, CIJ, 27 juin 1986, Aff. des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, *Nicaragua c/États-Unis*, *Recueil CIJ*, p. 138, § 276.

²²¹ CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°165.

²²² DUBOIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *op. cit.*, pp. 160-161.

²²³ ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, *op. cit.* ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°161.

²²⁴ Voir en ce sens, ROBERT Éric, « La licéité des sanctions des Nations Unies contre l'Irak », in *Entre les lignes. La guerre du Golfe et le droit international*, Bruxelles, CREADIF, 1991, pp. 47 et s.

Unis dans la manière de mener leur politique extérieure. C'est la raison pour laquelle notre étude se portera sur le cas américain.

Paragraphe 1 : Les fondements du droit américain en matière d'embargo

77. Un programme d'embargo américain tire sa base légale, soit d'une loi fédérale, adoptée par le Congrès américain, soit d'un *executive order* du président des États-Unis. Qu'il soit issu d'un acte législatif ou d'un acte provenant du chef de l'exécutif fédéral, le programme de sanctions américaines aura la même force juridique et sera tout aussi contraignant (A). La complexité du régime américain des mesures d'embargo provient aussi des multiples canaux permettant leur mise en œuvre. Sont ainsi directement concernés *Le Department of State* (DoS) et *le Treasury Department's Office of Foreign Asset Control* (OFAC) (B).

A- L'adoption des mesures d'embargo

1- Les actes adoptés par le Congrès américain

78. La section 8 paragraphe 3 de la Constitution des États-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787 donne le pouvoir au Congrès américain de réglementer le commerce avec les nations étrangères. En effet, selon cette disposition, le Congrès aura le pouvoir « 3) de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes »²²⁵. C'est à ce titre que le Congrès des États-Unis adopte différents Acts (lois) permettant la mise en œuvre de mesures d'embargo américaines à l'encontre de pays tiers. Ainsi, l'*International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA) encadre la plupart des programmes de sanctions aux États-Unis²²⁶. L'IEEPA est une loi fédérale américaine promulguée par le Congrès américain le 28 octobre 1977 qui autorise le président des États-Unis à réglementer les relations commerciales du pays après avoir décrété une urgence nationale en raison d'une menace inhabituelle et extraordinaire d'origine étrangère. Les menaces qui peuvent conduire à déclencher cet état d'urgence doivent remettre en question la politique étrangère, la sécurité nationale ou l'économie américaine. Après une telle déclaration, le Président des États-Unis est autorisé par voie d'*executive order*²²⁷ à imposer toutes les mesures qu'il juge nécessaires pour préserver les intérêts des États-Unis, notamment des

²²⁵ Il est à noter que la version officielle de la constitution américaine n'existe qu'en anglais. Voir en ce sens sur la traduction française, RIALS Stéphane et BOUDON Julien, *Textes constitutionnels étrangers*, 15^e éd., Paris, Presses Universitaires, 2015, pp. 25-43.

²²⁶ Cette loi constitue un amendement au National Emergencies Act (NEA) de 1976. Cette loi, ainsi, que l'IEEPA constitue la base légale principale permettant au Président des États-Unis d'ordonner des mesures d'embargo. Le NEA traite principalement des compétences du Président américain en cas d'état d'urgence.

²²⁷ *Infra*.

mesures de restriction des échanges de marchandises et de services ainsi que des mouvements financiers transfrontières.

79. Parmi les Acts du Congrès américain adoptés en matière de sanctions américaines, plusieurs régimes d'embargos sont issus de lois spécifiques adoptées par le Congrès en fonction des circonstances et de l'orientation de la politique étrangère ou de sécurité américaine à un moment donné. Ces lois sont spécifiques à certains États et comportent, le plus souvent, le nom de l'État visé dans leur titre. Un exemple pertinent est le *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Libertad (LIBERTAD) Act*, dit loi Helms-Burton du 12 mars 1996. Le Congrès des États-Unis adopte également des lois spécifiques qui renforcent les mesures d'embargo imposées par le Président en vertu de l'IEEPA. Tel a été par exemple le cas de l'Iran *Threat Reduction and Syrian Human Rights Act (ITRA)* de 2012 qui, entre autres, impose au Président des États-Unis d'élargir le périmètre des sanctions en vigueur contre l'Iran aux filiales étrangères des entreprises américaines. De même, c'était le cas en juillet 2010 lorsque le *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act (CISADA)*, promulgué par le Président Barack Obama, est venu amender le *Iran and Libyan Sanction Act (ISA)* de 1996 qui prévoyait le régime de sanctions applicables à l'encontre d'entreprises ayant effectué certains investissements dans le secteur énergétique iranien.

2- Les actes adoptés par le Président des États-Unis

80. Un programme d'embargo américain tire également sa base légale d'un *executive order* du président des États-Unis. Les *executive orders* sont généralement les actes pris par le Président américain, sur la base des dispositions du IEEPA, du NEA ou du United Nations Participation Act de 1945, pour instaurer un programme de sanctions et désigner l'autorité ou l'agence chargée de la mise en œuvre de ce programme²²⁸. En effet, le Président des États-Unis peut décider, sans l'intervention préalable du Congrès américain, la mise en œuvre des sanctions américaines. C'est par exemple, le cas du *Executive Order 13382, Blocking Property of weapons of Mass Destruction Proliferators and Their Supporters* décidé en l'encontre de la Russie.

²²⁸HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, sous la direction de Philippe Baumard, *op. cit.*, p. 77.

B- La mise en œuvre des mesures d’embargo

1- Le Department of State (DoS)

81. Le Department of State (DoS), en français « Département d’État des États-Unis » est chargé de la mise en œuvre des embargos sur les armes adoptés par un *executive order* issu d’un act du Congrès américain ou du président des États-Unis²²⁹.

2- Le Treasury Department’s Office of Foreign Asset Control (OFAC)

82. Le Treasury Department’s Office of Foreign Asset Control, en français, « Bureau de contrôle des avoirs étrangers du Département du Trésor » a également la charge de l’administration et de la mise en œuvre des différents programmes de sanctions économiques et commerciales découlant de la politique étrangère et de sécurité nationales américaines imposées par les États-Unis, à l’encontre de certains pays étrangers, des entités et des individus²³⁰. L’implication du Département du Trésor américain dans la mise en œuvre des sanctions américaines remonte à la guerre anglo-américaine de 1812, lorsque le secrétaire du Trésor Albert Gallatin mit en œuvre des sanctions adoptées contre la Grande-Bretagne en guise de rétorsion aux mesures de harcèlements que subissaient les marins américains²³¹. Toutefois, la Division de contrôle des avoirs étrangers (Office of Foreign Funds Control), l’ancêtre de l’OFAC n’a été fondée qu’en 1950 suite à l’entrée de la République Populaire de Chine dans le conflit coréen. Elle est devenue l’Office of Foreign Asset Control (OFAC) le 15 octobre 1962.

83. L’OFAC est une agence d’exécution du Département du Trésor et opère sous l’égide du Bureau du terrorisme et du renseignement financier. L’OFAC est souvent considérée comme l’une des agences gouvernementales ayant le plus de pouvoirs dans l’administration américaine²³².

Les pouvoirs conférés à l’OFAC sont principalement issus du Trading with the Enemy Act de 1917 et de différentes lois fédérales relatives aux mesures de sanctions économiques. La principale mission de l’OFAC est d’empêcher les transactions dites « interdites », c’est-à-dire

²²⁹ Voir sur le site de l’U.S. Department of State, Sanctions: [Sanctions - United States Department of State](#)

²³⁰ Voir sur le site de l’U.S. Department of Treasury, Policy Issues, Financial Sanctions : [Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information | U.S. Department of the Treasury](#)

²³¹ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, p. 78.

²³² C’est en tous les cas le constat que dressait Mark Dubowitz, directeur exécutif de la Foundation for Defense of Democracies, devant la Commission des affaires étrangères du Sénat : « OFAC is probably one of most powerful government agencies no one’s ever heard of ». *The Iran Nuclear Agreement : One Year Later*, Testimony for Senate Committee on Foreign Relations, Thursday, July 14th, 2016.

les transactions financières ou commerciales dans lesquelles toute « United States (US) person »²³³ ne peut prendre part à moins d'y être explicitement autorisée par l'OFAC²³⁴. Par conséquent, elle ordonne le gel de fonds et ressources économiques, restreint les relations économiques en interdisant les relations d'affaires entre les entités économiques. Pour ce faire, l'OFAC tient à jour la liste des pays sous embargo et la « Specially Designated National List » (SDN List) dans laquelle sont inscrites les personnes physiques et morales visées par des mesures de sanctions américaines²³⁵.

En outre, elle dispose de la compétence de délivrer des autorisations ou des dérogations aux mesures restrictives frappant ces transactions. Ceci peut être formalisé par la délivrance de licence générale pour certaines catégories d'opérations ou par des dérogations au cas par cas. Toutefois, en cas de non-respect des sanctions imposées, l'OFAC dispose également du droit d'imposer des amendes aux opérateurs économiques (Établissements du secteur financier et non financier (importateurs et exportateurs)), qu'ils soient américains ou étrangers²³⁶. En 2014, par exemple, l'OFAC a prononcé une amende record de près de neuf milliards de dollars à l'encontre de la BNP Paribas en raison de multiples violations des embargos américains, notamment ceux visant le Soudan, l'Iran et Cuba. En effet, elle était poursuivie pour avoir facilité des milliards de dollars de transactions aux entreprises basées dans ces différents pays.²³⁷ Ce contexte nous amène cependant à analyser la question de la portée extraterritoriale de certaines mesures d'embargo américaines appliquées par l'OFAC.

Paragraphe 2 : L'extraterritorialité des lois d'embargo américaines

84. L'État, auteur d'un embargo, dispose d'une autre voie pour tenter d'accentuer la pression économique qu'il exerce à l'encontre d'un pays tiers. Une voie souvent contestée,

²³³ *Infra*, chapitre 1 titre 2 partie 2

²³⁴ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales, op. cit.*, p. 79.

²³⁵ Disponible à l'adresse : [Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information | U.S. Department of the Treasury](https://www.ofac.treas.gov/Sanctions-Programs-and-Information)

²³⁶ On aura l'occasion d'y revenir incidemment sur ce point.

²³⁷ Sur cette affaire : Department of Treasury, Settlement Agreement – BNP Paribas SA, COMPL-2013-193659, 30 juin 2014 ; LEE Paul L., « Compliance Lessons from OFAC Case Studies- Part I », *Banking Law Journal*, 2014, vol. 131, pp. 657 et s. ; GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013 ; AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G*, 12 janvier 2015, n°1-2, p. 37 ; QUINTIN Yves, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RD bancaire et fin.*, 2014, n°5, étude 21, pp. 17-20 ; D'AVOUT Louis, « L'entreprise face aux effets extraterritoriaux du droit » in *Assises du droit et de la compétitivité, Le club des juristes*, 2015, pp. 89 et s. ; LAUER Stéphane, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux États-Unis », *Le monde*, 30 juin 2014 ; District Court, S.D. New York, *US v. BNP Paribas SA, Statement of Facts*, § 42-47.

puisqu'elle consiste à essayer de donner un effet extraterritorial aux mesures en question. Certaines lois d'embargo américaines sont particulièrement visées par ces critiques. Toutefois, face à cette portée extraterritoriale des sanctions américaines, des solutions ont été proposées, notamment le recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

A- La portée extraterritoriale des sanctions américaines

85. Les sanctions économiques américaines se distinguent par leur forte extraterritorialité qui se manifeste par le prolongement des effets des législations sur lesquelles elles se reposent au-delà de leurs frontières. Or, cette dimension extraterritoriale est contestable en droit international public. Cependant, avant d'analyser le caractère contestable des lois extraterritoriales américaines, sans doute, n'est-il pas inutile de se pencher sur la question de la licéité de l'extraterritorialité des lois.

1- La licéité de l'extraterritorialité des lois

86. La notion d'extraterritorialité provient du droit interétatique, c'est-à-dire du droit international public²³⁸. L'extraterritorialité est ainsi définie comme « une situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports en droit situés en dehors du territoire dudit État »²³⁹. Autrement dit, il y a extraterritorialité lorsque l'intention spécifique de l'auteur du commandement est d'appréhender des personnes, des biens, des relations localisées hors de son pays d'origine²⁴⁰. Mais au-delà de sa définition, c'est plus substantiellement la question de la licéité au regard du droit international public de l'exercice extraterritorial par un État de sa compétence qui se pose. Rappelons que dès 1927, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans la très célèbre affaire du *Lotus* a considéré que « *loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur*

²³⁸ AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Revue de l'arbitrage*, 2015, n°4, p. 1002.

²³⁹ Voir, Extraterritorialité, in *Dictionnaire de droit international public*, Jean SALMON (dir.), Bruylant/AUF, 2001, p. 491 ; COMBACAU Jean et SERGE SUR, *Droit international public*, 10^e éd., coll. Domat-Montchrestien, LGDJ-Lextenson, 2012, p. 352 ; JACQUET Jean-Michel, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Journal du droit international* (Clunet), 1985, n°2, p. 327 ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, coll. Domat-Montchrestien, LGDJ-Lextenson, 2014, n°105-108. Voir également, STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, vol. 32, pp. 7-52, spéc. 9, qui définit l'extraterritorialité comme une situation dans laquelle « tout ou partie du processus d'application d'une norme ou d'une décision – de l'édiction à la réalisation matérielle – se déroule en dehors du territoire de l'État auteur de cette norme ou de cette décision ».

²⁴⁰ D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, 12 octobre 2015, n°42, p. 1112.

laisse à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'ils jugent les meilleurs et les plus convenables »²⁴¹.

Ainsi, selon l'arrêt *Lotus*, il n'y a pas en soi « interdiction générale »²⁴² à ce qu'un État exerce sa compétence normative de manière extraterritoriale. Toutefois, selon le Professeur Brigitte Stern, l'exercice extraterritorial d'un État de sa compétence normative²⁴³ doit se rattacher à l'un des trois éléments constitutifs de l'État, à savoir le territoire, la population et la souveraineté²⁴⁴. Il est alors nécessaire pour qu'une norme extraterritoriale soit conforme au droit international coutumier, qu'il y ait un lien de rattachement (territorial, personnel ou résulter d'une atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État) entre la situation appréhendée et l'État auteur de la norme²⁴⁵. Ceci s'explique par le constat que ce n'est pas en soi l'extraterritorialité d'une loi qui pourrait être considérée comme illicite ou à tout le moins contestable, mais éventuellement le titre sur le fondement duquel elle entend ainsi s'appliquer à des personnes ou à des situations reliées au territoire d'un État tiers²⁴⁶. Autrement dit, c'est le critère d'application que retiennent les autorités de l'État pour fonder l'application extraterritoriale de l'une de ses normes qui fait débat²⁴⁷. Tels sont les cas de certaines législations relatives aux embargos américains dont les critères de rattachement sont jugés, à

²⁴¹ Voir CPJI, *Lotus, France c/ Turquie*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, p. 19.

²⁴² *Ibidem*. En effet, la Cour affirme, en substance, que chaque État peut exercer sa compétence normative en vue de réglementer ses situations extérieures à son territoire.

²⁴³ Pour rappel, la compétence normative est le pouvoir qu'a un État d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels. Voir sur ce point STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 11. Voir également en ce sens, LAUREOTE Xavier, « À propos de l'illicéité internationale de la loi Helms-Burton », *Revue CRPLC, Pouvoirs dans la Caraïbe*, 11, 1999, § 36 et s.

²⁴⁴ STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 9. Voir également en ce sens, BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2015, p. 790. STERN Brigitte, « Licéité et illicéité de la mesure compte-tenu de ses modalités d'utilisation », in *Sanctions unilatérales, mondialisations du commerce et ordre juridique international, À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek (sous dir.), Paris – Nanterre, Montchrestien, 1998, pp. 196 et s. Le professeur Mezghani, rajoute également à ce sujet, que « l'extension de compétence doit être raisonnable, elle doit se justifier par un rattachement sérieux avec l'ordre juridique de l'État auteur de la norme », MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003, vol. 303, p. 269.

²⁴⁵ DEMARET Paul, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ? », *RTD eur.*, 1985, pp. 24-36 ; DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet 2018, n°4, dossier 25, p. 1.

²⁴⁶ AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*, p. 1004.

²⁴⁷ MAZIAU Nicolas, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, n°28, 9 juillet 2015, n°28, §8 ; MARTIN Didier, « 3 Questions Extraterritorialité : anticiper et gérer », *JCP E*, 17 mars 2016, n°11, 223 ; JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, janvier 2017, n°1, étude 5, p. 2.

tort ou à raison, comme ne justifiant pas d'un lien de suffisamment étroit entre le territoire américain et la situation juridique que celles-ci appréhendent ou prétendent appréhender.

2- Le caractère contestable de l'extraterritorialité des lois d'embargo américain en droit international public

87. L'application extraterritoriale de certaines mesures d'embargo des États-Unis américaines semble particulièrement contestable en droit international public²⁴⁸. En effet, elle repose sur des liens de rattachement jugés excessivement ténus, au point qu'il est possible de s'interroger sur l'existence de tels liens²⁴⁹. Les États-Unis ont historiquement fait preuve d'une certaine créativité afin de déterminer le critère d'application spatiale de leurs mesures d'embargo²⁵⁰. La portée extraterritoriale de ces mesures est, en effet, fréquemment fondée sur des liens capitalistiques entre sociétés²⁵¹. Autrement dit, les filiales étrangères de sociétés enregistrées aux États-Unis peuvent se voir assujetties à l'obligation de respecter les mesures d'embargo. Dans cette hypothèse, il n'existe aucun lien de rattachement territorial ou personnel. À titre d'exemple, on rappellera l'affaire du gazoduc euro-sibérien dans les années 1980 dans laquelle l'embargo imposé par les États-Unis à l'Union soviétique et faisant suite à l'intervention de cet État en Afghanistan entendait s'appliquer aux filiales européennes de sociétés américaines²⁵². De même, dans le cadre des sanctions américaines contre Cuba, le *Cuban democratic act* adoptée en 1992 prévoyait des sanctions à l'égard de toutes les filiales

²⁴⁸ BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 795. AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, pp. 39-40 ; JACQUET Jean-Michel, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *op. cit.* ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°185.

²⁴⁹ DEHGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 1 ; JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, p. 2 ; STERN Brigitte, « Licéité et illicéité de la mesure comptetenu de ses modalités d'utilisation », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, *op. cit.*, p. 199 ; ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *RGDA*, mars 2015, n°03, p. 126 ; WINKLER Matteo et LACOMBE Arnaud, « Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police : un revers à l'hégémonie juridique outre-Atlantique ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1264.

²⁵⁰ Il convient toutefois de noter que si certaines lois d'embargo américaines sont particulièrement pertinentes lorsque l'on analyse les dispositions extraterritoriales du droit américain, force est de constater qu'il existe une multitude de dispositions ayant des effets extraterritoriaux. Il en est ainsi du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) qui vise à lutter contre les faits de corruption et tout comme les lois d'embargo américaines, permet de sanctionner une entreprise non américaine. Sur sa portée extraterritoriale voir BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*

²⁵¹ AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, p. 38 ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*, p. 1004.

²⁵² Voir sur cette affaire AUDIT Bernard, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 401.

de sociétés américaines ne respectant pas l'interdiction de commercer avec Cuba. En 1996 avec le *Cuban liberty and democratic act*, connues plus sous les noms de Libertad act ou Loi Helms-Burton, les États-Unis ont également eu l'occasion d'exiger des sociétés américaines qu'elles fassent en sorte que leurs filiales localisées à l'étranger mettent en œuvre cette mesure d'embargo à l'encontre de Cuba²⁵³.

88. À côté de ces liens de rattachement traditionnels figurent aujourd'hui d'autres liens qui sont moins attendus pourtant, ils aboutissent tout autant à l'application effective de la loi d'embargo américaine à des situations localisées à l'étranger, c'est notamment le cas de la compensation des paiements (clearing) en dollars²⁵⁴. Plus précisément, une transaction intervenue entre deux entités non américaines pourra être considérée comme soumise à une mesure d'embargo adoptée par le Gouvernement américain à l'encontre d'un État étranger dès lors que la monnaie employée au bénéfice de celle-ci était le dollar. L'utilisation de cette devise crée en effet un lien de rattachement, jugé suffisant, avec le territoire américain en ce que toute transaction en dollars doit nécessairement faire l'objet d'une compensation dans un Établissement qui y est situé²⁵⁵. Un lien territorial virtuel avec l'ordre juridique américain est dès lors créé²⁵⁶. À l'exemple des éléments rapportés dans le cadre de l'affaire BNP Paribas, l'utilisation du dollar avait pour conséquence de caractériser deux liens de rattachement avec les États-Unis : la seule utilisation de la devise américaine et l'opération de compensation en dollars par le biais d'une chambre de compensation située sur le sol américain²⁵⁷.

89. Toutefois, le professeur BISMUTH a relevé, à cet égard, que si la souveraineté monétaire implique pour l'État d'exercer une palette de compétences reconnues par le droit international (déterminer sa monnaie et sa politique monétaire, imposer un contrôle de changes, autoriser ou interdire une monnaie sur son territoire, déterminer la monnaie qui a cours légal,

²⁵³ Sur ce point voir *infra*, chapitre 2 titre 1 partie 1.

²⁵⁴ BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 796 ; AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, p. 38 ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*, p. 1006 ; AFFAKI Georges, « L'extraterritorialité en droit bancaire », *RD bancaire et fin.*, novembre 2015, n°6, dossier 50, p. 7.

²⁵⁵ D'AVOUT Louis, « Droit du commerce international », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1967 ; QUINTIN Yves, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *op. cit.* ; DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 2. JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁵⁶ BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 797.

²⁵⁷ Pour une étude plus générale sur le dollar comme facteur de rattachement : KATZENSTEIN Suzanne, « Dollar Unilateralism : The New Frontline of National Security », *Indiana Law Journal*, 2015, vol. 90, pp. 293-352.

pénaliser le faux monnayage, etc.), elle n'autorise cependant pas à l'État d'exercer une forme de compétence personnelle sur la monnaie en tant qu'objet de propriété dès lors que celle-ci ne se situe plus sur le territoire de l'État émetteur²⁵⁸. Ainsi, l'État peut réglementer l'usage de sa monnaie sur son territoire, interdire ou autoriser des monnaies étrangères, mais il ne peut réglementer l'usage de sa devise à l'étranger selon M. Proctor, car « *monetary sovereignty does not entitle a State to exercise any degree of direct control over transactions which involve its currency but which occur abroad and are governed by a foreign system of law. Even though any payment made in respect of that transaction would ultimately have to be reflected by account movements on the clearing system which is operated within that State* »²⁵⁹

90. Ces lois extraterritoriales américaines, fondées sur ces types de critères de rattachement, engendrent une perturbation du commerce international et affectent potentiellement la souveraineté des États envers lesquels les effets se font sentir²⁶⁰. Il s'agit en outre d'une manifestation d'impérialisme de la part des États-Unis²⁶¹. Confrontée à la portée extraterritoriale des mesures d'embargo américain, la communauté internationale, notamment, l'Union européenne tente tant bien que mal de s'opposer ou tout du moins de contester ces dispositions devant des instances internationales, en particulier devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

B- La contestation des lois d'embargo extraterritoriales américaines devant l'OMC

91. Si des lois de blocage ont été adoptées dans le cadre de l'Union européenne afin de neutraliser les effets extraterritoriaux des lois relatives aux mesures d'embargo mises en œuvre par les États-Unis²⁶², seul le mécanisme de règlement des différends de l'OMC permettrait de les contester au fond²⁶³. En effet, ces lois extraterritoriales américaines sont susceptibles de

²⁵⁸ BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, pp. 796-797 ; voir également en ce sens, AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁹ PROCTOR Charles, *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7^e éd., n°19.03.

²⁶⁰ BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle, « Guerre commerciale et mondialisation : le cas des lois extraterritoriales », *Dr. et patr.*, mai 2000, p. 38 ; JACQUET Jean-Michel, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *op. cit.*

²⁶¹ Voir en ce sens, STULÈSE Bruno, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy : quelles réponses juridiques possibles à une nouvelle manifestation de l'impérialisme américain ? », *Gaz. Pal.*, vol. 117, mars 1997, pp. 517-525. Voir également, D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *op. cit.*, n°1.

²⁶² Sur les lois de blocage, voir *infra*, chapitre 1 titre 2 partie 2.

²⁶³ AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, p. 40. DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 6.

violer certains accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)²⁶⁴. Ainsi, il a pu être avancé que ces lois impliquant des restrictions des échanges commerciaux avec les États-Unis sont contraires à l'article V relatif à la liberté de transit et à l'article XI relatif aux interdictions des restrictions quantitatives du GATT²⁶⁵, puisque des navires qui ne font que transporter des biens peuvent être bloqués à l'entrée du territoire américain et de même les importations aux États-Unis des produits des entreprises sanctionnées pourraient être prohibées. L'application extraterritoriale de ces lois ne pourra pas se justifier sur le fondement de l'article XX du GATT qui permet de déroger, à titre d'exception, aux dispositions de cette convention en permettant aux États de poursuivre des intérêts non commerciaux²⁶⁶. De la même manière, les mesures d'embargo concernant des paiements en dollars réalisés à l'étranger par des prestataires étrangers constituent une violation de l'article XI du GATS²⁶⁷ aux termes duquel « *un Membre de l'OMC n'appliquera pas de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes ayant un rapport avec ses engagements spécifiques* ». Ces restrictions aux paiements ne pourront pas également être couvertes par l'exception prudentielle qui figure au sein de l'Annexe sur les services financiers du GATS dans la mesure où cette exception n'inclut aucunement les mesures se rapportant à la politique étrangère de l'État membre. Enfin, ces lois extraterritoriales américaines pourront heurter l'Accord sur les marchés publics de l'OMC. En effet, l'article VIII de cet Accord indique qu'un État membre « *limitera les conditions de participation à un marché à celles qui sont indispensables pour s'assurer qu'un fournisseur a les capacités juridiques et financières et les compétences commerciales et techniques pour se charger du marché* ».

92. C'est d'ailleurs sur la base de ces possibles violations du droit de l'OMC que l'Union européenne (alors « Communautés européennes ») avait eu recours aux procédures de règlement des différends de l'OMC en 1996 en réponse à la Helms-Burton qui sanctionnait les entités entretenant des relations commerciales avec Cuba. Les Communautés européennes faisaient valoir devant l'OMC que les dispositions de cette loi étaient contraires tant aux

²⁶⁴ BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, pp. 803 et s. ; JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, p. 4. MATSUSHITA Mitsuo, SCHOENBAUM Thomas J., MAVROIDIS Petros. et HAHN Michael, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Third éd., Oxford International Law Library, Oxford University Press, 2015, spéc., pp. 88 et 548 et s. ; DUPONT Pierre-Emmanuel et BISMUTH Régis, « The Doubtful Legality of US Extraterritorial Sanctions Applied to European Financial Institutions », *International Review of Financial Services*, 2015, n°1, pp. 104-108.

²⁶⁵ General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce).

²⁶⁶ Voir en ce sens, LUFF David, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. Analyse critique*, coll. de la Faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2004, spéc., p. 156.

²⁶⁷ General Agreement on Trade in Services (Accord général sur le commerce des services).

dispositions du GATT relatives à la liberté du commerce qu'aux dispositions de l'Accord sur les services²⁶⁸. Après avoir engagé des consultations infructueuses avec les États-Unis et avoir subséquemment demandé l'établissement d'un groupe spécial afin de contester « l'application extraterritoriale de l'embargo commercial des États-Unis à l'égard de Cuba », les communautés européennes ont choisi de ne pas poursuivre la procédure après la conclusion avec les États-Unis d'un accord par le biais duquel ces derniers consentent à suspendre, au profit des entreprises européennes, l'application des dispositifs extraterritoriaux américains²⁶⁹. Cette initiative de contestation devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC avait permis ainsi d'assouplir la position américaine vis-à-vis des entreprises européennes.

93. Ainsi, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC constitue une option efficace de contestation des mesures extraterritoriales américaines dans le domaine des sanctions économiques unilatérales. Toutefois, ce moyen d'action n'a pas été réutilisé depuis la Helms-Buton. En effet, comme le relèvent certains auteurs²⁷⁰, les États européens et l'Union européenne font preuve d'un manque de réactivité déconcertant face aux dimensions extraterritoriales des plus récentes sanctions américaines, alors qu'ils s'étaient montrés bien plus offensifs au moment de loi Helms-Burton. L'action des autorités européennes s'est limitée par exemple dans le cadre de l'affaire BNP Paribas à la rédaction de rapports d'analyse dénonçant l'extraterritorialité des lois frappant des institutions financières européennes²⁷¹, sans qu'aucune mesure concrète n'ait été prise à ce jour.

94. En conclusion, si l'unilatéralisme dans l'adoption de programme de sanctions peut être une des caractéristiques de la politique des États-Unis, un autre trait se dégage, beaucoup plus problématique. Il s'agit de la propension à édicter des lois extraterritoriales, affectant des personnes physiques ou morales non soumises au droit américain qui entretiennent des relations commerciales ou financières avec des pays sous embargo. Or, une telle extraterritorialité

²⁶⁸ Pour une analyse plus approfondie, voir BASTID-BURDEAU Geneviève, « Licéité ou illicéité intrinsèque de la mesure au regard du droit international public », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, pp. 171 et s. ; SOREL Jean Marc, « Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente », *Revue juridique d'Ouest*, 1996, n°4, spéc., pp. 430 et s.

²⁶⁹ Voir en ce sens, BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 804.

²⁷⁰ DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.* BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 807.

²⁷¹ Voir en ce sens, Commission des affaires étrangères, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, 5 octobre 2016.

soulève des contestations du point de vue des principes de droit international public. En effet, il n'existe aucun lien de rattachement territorial ou personnel entre les États-Unis et les situations appréhendées. La question qui se posera alors est de savoir si le juge étatique ou l'arbitre doivent recevoir application d'une telle norme affectant un litige dont ils sont saisis en dehors du territoire américain²⁷².

²⁷² *Infra*, chapitre 3 titre 2 partie.

Chapitre 2 : La nature juridique des mesures d’embargo

95. Lorsque les mesures d’embargo sont décidées par un État, ces mesures de sanction économique constituent à ce titre des normes impératives, dont les parties au contrat ne peuvent déroger. L’embargo est par conséquent considéré comme un obstacle au principe de l’autonomie de la volonté des parties au contrat. Ainsi, en tant que normes impératives du for, les normes d’embargo ont vocation à régler les données litigieuses préalablement à toute application de règles de conflit, quel que soit le droit applicable au contrat. Elles appartiennent de ce fait, selon l’expression de Franceskakis, à la catégorie des normes dites d’application immédiate ²⁷³(**section 1**). Mais il en va autrement des mesures d’embargo adoptées par les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, car elles sont considérées comme des éléments d’un ordre public réellement (**Section 2**).

Section 1 : Mesures d’embargo unilatérales : Lois d’application immédiate

96. L’application de l’embargo unilatéral en tant que lois de police suppose au préalable que son appartenance à la catégorie des lois soit reconnue (**paragraphe 1**). Cette identification est, en effet, nécessaire pour reconnaître un titre spécifique de compétence et, ainsi, justifier l’appartenance de l’embargo à cette catégorie (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Identification de la mesure d’embargo unilatérale en tant que norme d’application immédiate

97. En droit français, plus précisément selon la méthode dite « savignienne », si le juge admet qu’une règle substantielle doit être appliquée à une question de droit, la première façon de la choisir parmi les lois en présence consiste à s’interroger sur la nature de la question de droit et puis d’en déduire quel ordre juridique avec lequel elle présente objectivement les liens les plus significatifs²⁷⁴. L’élément qui permet de choisir la loi est appelé « élément de rattachement », parce qu’il rattache les questions de droit à un ordre juridique²⁷⁵. Ainsi, peu importe, par exemple si la question posée est celle de la validité d’un mariage, que l’une des lois annule tandis que l’autre le valide, le choix est effectué entre elles par le critère de rattachement, sur la seule constatation de l’appartenance du problème de droit privé posé à la catégorie « mariage »²⁷⁶.

²⁷³ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2009, p.18.

²⁷⁴ MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent et REMY Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, p. 100.

²⁷⁵ NUYTS Arnaud, « L’application des lois de police dans l’espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 31 et s.

²⁷⁶ MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent et REMY Benjamin, *Droit international privé*, *op. cit.*

98. Cette façon de procéder s'explique lorsqu'un aucun État en présence n'est censé avoir un intérêt particulier à ce que prévale en l'espèce la solution donnée. Toutefois, ce procédé ne peut être retenu lorsque l'application d'une règle de loi précise est applicable de façon immédiate indépendamment de l'élément de rattachement²⁷⁷. De telles dispositions s'imposent quelle que soit la loi choisie, plus largement quelle que soit la loi normalement compétente au litige²⁷⁸. Ce procédé constitue un procédé de règlement de conflit des lois qui déroge au raisonnement traditionnel de la règle de conflit dite « savignienne »²⁷⁹. De telles lois ont été désignées sous le nom de « lois d'application immédiate » (Francescakis) ou « loi d'application nécessaire » (Sperduti). Mais la doctrine française utilise les termes de « loi d'application immédiate » ou de « loi de police ».

99. Il s'agit de règles de droit international privé qui définissent le champ d'application international de certaines règles matérielles internes, sans recourir à la méthode conflictuelle²⁸⁰. Ces règles étendent à certaines situations internationales des règles matérielles prévues pour les relations internes, parce que leur application y paraît absolument indispensable, au regard du but qu'elles poursuivent. C'est ainsi le contenu de ces normes matérielles qui décide de leur applicabilité aux situations privées internationales, c'est-à-dire au litige international. La méthode des lois d'application immédiate adopte une démarche unilatéraliste. En effet, elle procède à une délimitation du domaine d'application des lois en fonction de leur objet qui sont la sauvegarde des intérêts sociaux et économiques jugés cruciaux par un pays.

100. La question des lois de police n'est pas nouvelle. « Lois de police » ou « lois d'application nouvelle » selon la terminologie inséparable de M. Francescakis, s'identifie comme « des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique et qui excluent l'application des lois étrangères »²⁸¹. L'article 9 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles s'inspire de la définition formulée par le professeur Francescakis²⁸², en définissant à son tour qu'une loi de

²⁷⁷ NUYTS Arnaud, « L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *op. cit.*

²⁷⁸ Voir en ce sens, AUDIT Bernard, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2008, p. 102, n°117, et s.

²⁷⁹ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois – Loi de police – Contrats internationaux – Nullité du contrat – Embargo étranger », *Journal du droit international (Clunet)*, janvier 2011, n°1, p. 3.

²⁸⁰ Pour une étude générale sur les Lois de police, LATIL Cédric, « Lois de Police », *JCl. dr. int.*, Fasc. 552-100, 2 septembre 2019 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, n°2, pp. 207-290.

²⁸¹ FRANCESCAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p.1.

²⁸² MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 10^e éd., coll. Domat-Montchrestien, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 540.

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 »²⁸³.

101. À cet égard, il y a lieu de relever que cette définition fait ressortir les deux éléments constitutifs des lois de police, à savoir leur nature particulièrement **impérative** et **leur mode d'application dans l'espace**. S'agissant d'abord de la nature particulièrement impérative des règles de lois de police, cela s'explique dans le constant que leur respect est essentiel dans la sauvegarde des « intérêts publics²⁸⁴ » de l'État dont elles sont originaires. C'est au nom des intérêts étatique que les lois de police justifient leur application²⁸⁵.

102. Précision sur la notion des intérêts étatiques : avant tout, il est important de savoir que toute règle issue d'un ordre juridique étatique déterminé est le reflet des intérêts dont cet ordre juridique a la garde. L'originalité des lois de police serait donc de ce qu'elles mettent en œuvre des intérêts étatiques²⁸⁶. En effet, comme le souligne Savigny, « ces lois d'une nature positive, rigoureusement obligatoire » seraient « dictées par un motif d'intérêt général. Il s'agira plus précisément des lois qui revêtent un caractère politique, de police ou d'économie

²⁸³ Cette définition, proposée par le règlement Rome I, est également inspirée de celle formulée par le juge communautaire dans son arrêt *Arblade* : « La loi de police est une disposition normale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci. » : CJCE, *Arblade et Leloup*, 23 novembre 1996, aff. C-369/96 : Rec. CJCE 1999, I, p. 84553 ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. Fallon.

Pour une analyse sur la définition des lois de police adoptée par l'article 9 du Règlement, voir en ce sens, CALLIESS Graf-Peter, *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolter Kluwer Law & Business, 2011, p. 195 et pp.197 et s.

Il convient de noter que cette définition proposée par le règlement Rome I dans son article 9 soulève toutefois de nombreuses questions d'interprétation, voir en ce sens, KENFACK Hugues, « Le règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? » : *Journal du droit international*, 2009, dctr. 1, spéc. pp. 37-38, qui estime que par cette définition le règlement Rome adopte une conception restrictive qui pourrait remettre en cause les pratiques nationales ayant recours aux lois de police pour protéger les parties faibles non expressément reconnues comme telles par le règlement. Voir également, FRANCO Stéphanie et JAULT-SESEKE Fabienne, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Sabine Corneloup et Natalie Joubert (dir.), Litec, 2011, pp. 357 et s., p. 361 ; voir également DICKINSON Andrew, « Third-Country Mandatory Rules in the law Applicable to Contractual Obligations : So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu ? », *Journal of Private International Law*, April 2007, pp. 53 et 56.

²⁸⁴ Intérêt public est défini comme : « *Ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* », selon la définition prise dans le dictionnaire, *Vocabulaire juridique* de CORNU Gérard, PUF, édition mise à jour, 2018. Pour une étude plus poussée, voir la thèse de Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préface Ghestin Jacques, Paris, LGDJ, 2004. Voir également, SIMARD Noël « Pour un élargissement de la notion d'intérêt public », *Centre d'éthique de l'Université Saint-Paul, Table ronde de l'APEC*, 29 janvier 2003.

²⁸⁵ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois – Loi de police – Contrats internationaux – Nullité du contrat – Embargo étranger », *op. cit.*, p. 4.

²⁸⁶ Voir également en ce sens, LATIL Cédric, « Lois de Police », *op. cit.*, n°16 et s.

politique »²⁸⁷. D'ailleurs, M. Francescakis a avancé l'idée selon laquelle « les lois reflétant l'organisation ont donc besoin d'un domaine d'application qui en assure l'efficacité »²⁸⁸. Ces intérêts reposent sur l'idée d'organisation d'un État. Ainsi l'État auteur de la règle est trop profondément « intéressé » pour ne pas imprimer à celle-ci un traitement spécifique, auquel ne se rallient pas forcément les autres États. Selon Mme Marchand, c'est à travers ces lois internationalement impératives que « l'État manifeste son intérêt pour le rapport juridique en cause »²⁸⁹. Également, comme le relèvent MM. Mayer et Heuzé « les lois de police sont impératives dans l'absolu parce qu'elles expriment des impératifs impérieux de l'État »²⁹⁰.

103. Les intérêts étatiques qui seraient de nature à justifier la qualification des lois de police à l'égard des lois qui réglementent l'existence et la validité du rapport contractuel sont généralement absents. En effet, ceci s'explique par le fait qu'en matière internationale la réglementation du rapport contractuel est le domaine de prédilection de la règle de conflit des lois et du principe d'autonomie. Cependant, les lois de police tendent à s'imposer aux contrats internationaux²⁹¹. Notamment dans la protection de la partie faible où certaines catégories de contrat donnent lieu à l'édiction de lois de protection dont la méconnaissance serait susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs, dont l'État à la charge²⁹². Tel est notamment le cas des contrats conclus avec des consommateurs (vente, crédit-bail, prêt, assurance...) et aussi le cas de contrat de travail.

104. Dans le cas du contrôle de la norme contractuelle, le domaine d'élection des lois qui incorporent les intérêts étatiques les plus essentiels dans un contrat est l'objet des prestations contractuelles ou les conséquences des contrats. En effet, le contrat est envisagé ou examiné à partir de l'extérieur. C'est le comportement que le contrat induit et les conséquences auxquelles il conduit qui exigent l'application de la loi de police. L'équilibre contractuel ou la répartition des pouvoirs à l'intérieur du contrat importe peu, seule compte la norme contractuelle dont les effets sont pris en compte²⁹³.

²⁸⁷ Citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, préface Olivier Cachard, Larcier, 2012, p. 148.

²⁸⁸ FRANCESCAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *op. cit.*

²⁸⁹ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 147.

²⁹⁰ MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, *op. cit.*

²⁹¹ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et SABINE CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2015, p. 241 ; LATIL Cédric, « Lois de Police », *op. cit.*, n°21 et s.

²⁹² AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 8^e éd., Lextenso, LGDJ, 2018, n°187, p. 170 ; BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, tome II, 4^e éd., PUF, 2017, n°916, p. 412.

²⁹³ Voir en ce sens, LATIL Cédric, « Lois de Police », *op. cit.*, n°6.

105. Et enfin, s'agissant du **domaine d'application spatial** ou de leur mode d'application dans l'espace, selon MM. Mayer et Heuzé, de telles lois « doivent être appliquées par le juge dès que la réalisation du but qu'elles poursuivent le postule »²⁹⁴. Ces dispositions s'appliquent lorsque le but qu'elles poursuivent les revendique. Ainsi, comme l'a formulé la Convention de La Haye sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises, les lois de police sont « des dispositions dont l'application s'impose à une relation internationale, quelle que soit la règle des conflits de loi applicable »²⁹⁵. Par ailleurs, la majorité des auteurs²⁹⁶ constatent que si l'application de ces dispositions s'impose, c'est en raison de sa teneur ou de leur but et que leur domaine d'application dans l'espace se déduit aussi de cette teneur ou de ce but.

Ces lois sont applicables directement sans que le juge ait à s'interroger sur la compétence éventuelle d'une loi étrangère par l'application de la règle de conflit des lois²⁹⁷. Pour ce faire, ces lois déterminent elles-mêmes leur propre champ d'application dans l'espace²⁹⁸. En effet, toutes ont pour effet et pour originalité de supprimer tout recours à la méthode du conflit de lois et de s'appliquer immédiatement, comme un préliminaire au raisonnement conflictuel²⁹⁹. Exprimant des impératifs étatiques impérieux, ces lois se veulent applicables même si elles ne relèvent pas du droit choisi par les parties ou plus généralement de celui désigné par la méthode traditionnelle de conflit des lois³⁰⁰. En effet, dans la méthode de conflits de lois, le juge part de l'analyse de la situation juridique concrète pour y attacher la loi qui présente avec elle les liens les plus étroits. Or, en matière de loi d'application immédiate, le raisonnement par le juge est inverse. Le juge part du domaine d'application de la loi d'application immédiate ; si la situation juridique entre dans ce champ d'application, il faut l'appliquer. Ainsi, elle permet une économie de raisonnement, car il n'est plus nécessaire de passer par l'application préalable de la règle de

²⁹⁴ MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé, op. cit.*

²⁹⁵ Voir en ce sens, MAYER Pierre, « Les lois de police », *Travaux du Comité fr. DIP*, 1989, p. 107.

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 107 et s. Voir également, AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Economica, 2010, n° 117 et s. En effet, selon cet auteur, « on parle de loi de police pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit ».

²⁹⁷ ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Dalloz, 2001, arrêt n°53, n°4, p. 506.

²⁹⁸ MAYER Pierre, « Les lois de police étrangère », *Journal du droit international*, 1981, p. 284. Selon cet auteur de telles lois ont un domaine spatial impératif « en ce sens qu'il force la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent ».

²⁹⁹ FRANCESKAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *op. cit.*

³⁰⁰ Voir en ce sens FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, 1994, n°75, p. 385.

conflit pour trouver la loi applicable³⁰¹. La loi de police a son champ d'application, si la situation juridique entre dans son champ d'application, elle s'applique immédiatement.

106. Ainsi, chaque loi de police voit son application conditionnée à l'existence d'un lien de rattachement territorial spécifique avec l'État qui l'a émise³⁰². Ce critère d'application *ratione territoria* est beaucoup plus généralement identifié par la jurisprudence : il peut s'agir de la résidence de l'une des parties contractantes ou du lieu d'exécution du contrat³⁰³. À titre d'exemple, une loi de police qui sanctionne de nullité des contrats restreignant indûment la concurrence a pour finalité d'assurer le bon fonctionnement du marché de l'État qui l'a édictée.

107. Nombre de lois de police relèvent de ce que l'on appelle classiquement l'ordre public de direction³⁰⁴. Il s'agit de règles impératives qui visent à protéger les intérêts généraux d'une collectivité nationale, sous des aspects qui peuvent être extrêmement divers : la lutte contre la corruption, la santé publique, l'environnement. Ces règles simplement impératives ne sont impératives que dans l'ordre dont elles relèvent : « Le législateur en les édictant cherche, d'une part, à protéger les parties, notamment la plus faible, contre l'expression de leur volonté, d'autre part, à fournir à l'ossature intangible du mécanisme contractuel tel qu'il le conçoit. Leur impérativité traduit donc les limites du pouvoir créateur conféré par le législateur à l'accord de volonté, et l'ensemble, pouvoir créateur et limites, forme un tout indissociable : qui sont consacrés par une telle législation en matière contractuelle ; aucun des éléments n'a de prétention à une application autonome en dehors du système lui-même. Or celui-ci, s'il est imposé aux contrats purement internes, n'est que proposé comme modèle global aux contrats internationaux »³⁰⁵. Ainsi, ces règles ont vocation à protéger les parties au contrat, même si elles vont au détriment de l'expression de leur volonté et non pour servir les intérêts de la société. Ces règles peuvent étendre à certaines situations internationales des règles matérielles prévues pour les relations internes, parce que leur application y paraît absolument indispensable, au regard du but qu'elles poursuivent³⁰⁶.

³⁰¹ HENRY Laurence-Caroline, *L'essentiel du droit international privé*, 5^e éd., Gualino, 2015-2016, p. 19.

³⁰² LATIL Cédric, « Lois de Police », *op. cit.*, n°56 et s.

³⁰³ NUYTS Arnaud, « L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *op. cit.*, n°12 et s.

³⁰⁴ MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003, vol. 303, pp. 324 et s.

³⁰⁵ Voir en ce sens, MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°699.

³⁰⁶ Voir en ce sens KASSIS Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, n°152, p. 177.

108. D'autres lois de police peuvent être d'origine internationale, même si aux termes de l'article 9, paragraphe 1 du Règlement Rome I, les lois de police sont avant tout celles dont un « pays » en particulier se dote. Pourtant, une tendance contemporaine voit se développer l'apparition de lois de police dont l'origine n'est pas proprement nationale. Ce sont généralement des dispositions dont l'origine se trouve directement dans le droit international public. Ces lois dites internationalement impératives sont impératives dans l'absolu et non en raison de leur appartenance à l'ordre juridique compétent. Expriment des impératifs impérieux de l'État, elles se veulent applicables et forcent ainsi la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Autrement dit, selon MM. Mayer et Heuzé, ces lois de police d'origine internationale « sont impératives dans l'absolu et non en raison de leur appartenance à l'ordre juridique compétent. Parce qu'elles expriment des impératifs impérieux de l'État, elles se veulent applicables et forcent ainsi la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent : une loi d'application immédiate ou nécessaire est toute règle qui doit être appliquée selon l'État qui l'a édictée, à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle appartient, lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de lois³⁰⁷ ». En pratique, il peut s'agir des dispositions européennes ou des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies prévoyant une mesure d'embargo ou un gel d'avoirs. Ce type de texte devant les juridictions françaises est dépourvu d'effet direct. Cela signifie qu'elles ne pourront en tant que telles être appliquées comme norme impérative que lorsqu'elles sont transposées par les textes nationaux ou européens dans les ordres juridiques concernés. C'est alors ainsi que ces dispositions peuvent se voir doter d'un champ d'application impératif dans l'espace et être susceptibles, à ce titre, de recevoir la qualification de lois de police³⁰⁸. Ainsi, le juge du *for* pourrait mettre en œuvre ces lois internationalement impératives de police pour protéger ses valeurs, et également d'obtenir l'annulation d'un contrat international pour l'illicéité de son objet ou de sa cause alors que celui-ci est valable par application de la loi du contrat³⁰⁹. De ce fait, leur volonté et leur champ d'application impératif se déduisent de leur but et des intérêts qu'elles entendent protéger. Définie dans les paragraphes précédents, cette définition ne décrit que les lois de police du *for* c'est-à-dire qu'elle n'est applicable qu'au seul lieu où le juge a été saisi. Or, on

³⁰⁷ MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé, op. cit.* ; voir également, MAYER Pierre, « Les lois de police étrangère », *op. cit.*

³⁰⁸ *Supra*, chapitre 1 titre 1 partie 2.

³⁰⁹ *Infra*, chapitre 2 titre 2 partie 2.

distingue des lois de police émanant du for, et celles d'un pays étranger. Ces dernières ne sont applicables que sous certaines conditions³¹⁰.

Paragraphe 2 : L'appartenance des mesures d'embargo unilatérales à la catégorie protéiforme des lois de police

109. Les mesures d'embargo adoptées unilatéralement par un État peuvent sans nul doute recevoir la qualification des lois de police³¹¹. En effet, cette qualification a été confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 16 mars 2010³¹², dans l'affaire qui opposait la société *ApMollerMaersk A/S* et la société *Viol frères*³¹³.

En l'espèce, un contrat de transport maritime avait été conclu avec un vendeur français, la société *Viol frères* et un commissionnaire, la société *AP Moller Maersk*, pour l'acheminement depuis la France de viande bovine congelée vers le Ghana. Ainsi, le commissionnaire confie la marchandise à un transporteur danois pour qu'il l'achemine chez l'acheteur par la voie maritime. Toutefois, la marchandise n'avait pu être livrée au destinataire en raison d'un embargo décrété unilatéralement par l'État du Ghana sur les viandes bovines d'origine française. Elle a alors été rapatriée par le transporteur en France et remise à la société *Viol frères* qui a procédé à « une vente en sauvetage » de la marchandise. Pour obtenir l'indemnisation de son préjudice, le producteur a alors assigné en responsabilité le commissionnaire de transport et le transporteur. Pour se défendre de la demande d'indemnisation, le commissionnaire et le transporteur invoquaient la nullité du contrat de transport pour cause illicite : l'embargo aurait rendu sa cause illicite au sens de la loi française (loi applicable d'un commun accord des parties C. civ., art. 1131 et 1133). La cour d'appel d'Angers, sur renvoi après cassation, refuse de suivre

³¹⁰ *Infra*, chapitre 3 titre 2 partie 2.

³¹¹ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°145 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°184 ; AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux – Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *Revue droit & Affaires*, novembre 2019, n°16, p. 5.

³¹² Cet arrêt, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, a retenu l'attention de bon nombre d'auteurs du fait qu'il aborde de manière précise la question de l'impérativité de ces mesures d'ordre public pour les opérateurs du commerce international. Voir pour commentaire, DELEBECQUE Philippe, « L'accueil des lois de police étrangères », *Rev. dr. tran.*, juin 2010, n°6, comm.,131 ; NOURISSAT Cyril, « Lois de police étrangères devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la Convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement « Rome I », *RLDA*, 2010, pp. 63-66 ; MARCHAND Aurore, « Conflit de lois – Loi de police – Contrats internationaux – Nullité du contrat – Embargo étranger », *op. cit.* ; DELPECH Xavier, « Contrat de transport maritime international : prise en compte par les juges du fond d'une loi d'embargo », *Dalloz actu.*, 25 mars 2010 ; DEUMIER Pascale, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », *Revue des contrats*, 2010, n°4, p. 1385

³¹³ Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, pourvoi n°08/21/511, JurisData n°2010-002032 ; *JDI* 2011, comm. 2, p. 98 ; *Rev. dr. transp.*, juin 2010 comm. 131, note P. Delebecque ; *JDI* 2011, p. 2, note A. Marchand ; *RLDA* 2010/51, p. 63 ; *RDC* 2010, p. 1385, P. Deumier ; *Dr. & Patr.* 2010, n°195, p. 109, note J.P. Mattout et A. Prüm.

cette argumentation et condamne le commissionnaire et le transporteur à des dommages-intérêts, et ne leur reconnaissant aucune cause d'exonération, au motif que « *l'embargo décrété unilatéralement par l'État du Ghana sur la viande bovine française n'avait pas force obligatoire à l'égard des parties au contrat de vente, de sorte que la cause du contrat de transport ne pouvait pas être illicite en raison de cet embargo sur le fondement de l'article 1133 du Code civil français* ». Cependant, c'est en rappelant les dispositions de l'article 7, paragraphe 1^{er} de la Convention de Rome que la chambre commerciale de la Cour de cassation casse et annule la décision de la cour d'appel d'Angers et reproche aux juges du fond de n'avoir pas pris en considération la loi de police ghanéenne alors que la relation contractuelle présentait « *un lien étroit* » avec l'État qui l'a édictée, selon l'article 7 paragraphe 1^{er}, de la Convention de Rome³¹⁴ » et a décidé qu'il y a eu violation des lois de police du lieu d'exécution du contrat, ce qui a justifié la nullité du contrat. En effet, l'article 7, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, relative aux lois de police dans son paragraphe premier dispose que « *lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* ». En se prononçant ainsi, la Cour de cassation reconnaît implicitement que la mesure d'embargo ghanéenne méritait à l'évidence la qualification des lois de police. En effet, la Cour de cassation rappelle que la mesure d'embargo ghanéenne est avant tout une loi impérative, c'est-à-dire une disposition légale ou réglementaire qui échappe à tout aménagement contractuel et qui s'impose nécessairement aux parties³¹⁵. Une mesure d'embargo unilatérale est certainement en elle-même une disposition impérative, peu important qu'elle soit d'origine législative ou réglementaire³¹⁶. Ce faisant, elle met un terme aux incertitudes de la doctrine quant à la force obligatoire de ces mesures hors du commun³¹⁷.

110. De même, la cour d'appel de Poitiers, sur renvoi de la décision de la Cour de cassation sur l'affaire *Sté AP Moller Maersk c/Sté Viol frères*, a réaffirmé les décisions prises par la Cour de cassation, mais en mettant plus l'accent sur l'importance de la prise en compte d'une loi de

³¹⁴ Article 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention de Rome : « *Lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, peut-être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* ».

³¹⁵ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois – Loi de police – Contrats internationaux – Nullité du contrat – Embargo étranger », *op. cit.*, p. 3.

³¹⁶ DELEBECQUE Philippe, « L'accueil des lois de police étrangères », *op. cit.*, n°5.

³¹⁷ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois. - Loi de police. - Contrats internationaux. - Nullité du contrat. - Embargo étranger. », *op. cit.*

police même si le manque de légitimité interdirait l'application de la loi d'application immédiate, dans le cas de l'espèce, il s'agit d'une loi de police étrangère. La cour d'appel n'a pas fait une simple exécution de l'interprétation retenue par la Cour de cassation, mais a vérifié les critères indiqués par l'article 7 paragraphe 1 de la Convention de Rome pour reconnaître aussi implicitement que les lois de police ghanéennes sont des dispositions impératives qui doivent être prises en considération³¹⁸. En effet, la deuxième chambre de la cour d'appel de Poitiers disposait qu'« *Attendu qu'en regard aux éléments qui précèdent, il convient de prendre en considération les dispositions impératives de la loi ghanéenne sur l'embargo et en conséquence de déclarer nul pour le contrat.* »³¹⁹

111. En outre, dans le litige qui opposait une société iranienne à une société française, la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 03 juin 2020 a confirmé que les mesures d'embargo peuvent être assimilées à des lois de police « *Sur les sanctions contre l'Iran émanant de l'Union européenne, de telles sanctions internationales ainsi transposées au sein de l'Union européenne, et donc dans l'ordre juridique interne en France, peuvent être assimilées à des lois de police françaises et, en ce qu'elles visent à contribuer au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales* »³²⁰

112. Cette qualification avait également été retenue par le tribunal d'arrondissement de La Haye, dans une décision en date du 17 septembre 1982, à propos de l'exécution d'un contrat entre une société française, acheteur de matériel destiné au *gazoduc sibérien*, et son vendeur, la société néerlandaise *Sensor*, filiale au second degré d'une société américaine et, à ce titre, visée par les mesures américaines³²¹. La haute juridiction avait également affirmé que « *même si le droit néerlandais était applicable au contrat international (...), le juge néerlandais devait néanmoins dans certaines circonstances donner la priorité à certaines dispositions impératives du droit étranger par rapport au droit néerlandais* ». Au cœur de cette théorie se trouve effectivement l'idée que la défense de certains intérêts au sein d'un ordre juridique ne saurait être compromise par une loi normalement chargée d'en assurer la protection. Ainsi, l'application de l'embargo en tant que loi de police, est tout à fait légitime, comme le relevaient

³¹⁸ DEUMIER Pascal, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *Revue de contrats*, 2012, n°4, p. 1335.

³¹⁹ CA Poitiers, 2^e ch. civ., 29 novembre 2011, n° 10/03500 ; *RTD com.* 2012, p. 217, obs. P. Delebecque ; *DMF* 2012, p. 718, note O. Cachard.

³²⁰ CA Paris, ch. com., 03 juin 2020, *SA TCM FR S.A (anciennement dénommée SOFREGAZ) et la Société NATURAL GAS STORAGE COMPANY – NGSC*, n° 19/07261.

³²¹ Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 473.

les professeurs Battifol et Lagarde, le juge a droit de les utiliser chaque fois qu'il constate que « les intérêts sociaux en cause sont si importants (...) »³²².

113. Ces lois d'embargo, mais aussi plus généralement les interdictions d'importation ou d'exportation tendent à préserver et à protéger des intérêts publics considérés comme essentiels par la société émettrice, par exemple, lorsqu'il s'agit de protéger des dauphins contre certaines méthodes de pêche de thon mis en place par le gouvernement américain, conformément à la loi sur la protection des mammifères marins³²³. C'est aussi le cas en l'espèce de la loi d'embargo ghanéenne qui avait pour but de préserver la santé publique en interdisant l'entrée sur son territoire à une marchandise particulière, la viande bovine française en raison de la maladie dite « de la vache folle »³²⁴.

114. Ces lois de police sont spéciales. Elles sont une catégorie des lois hétérogènes et protéiformes. En effet, les lois d'embargo sont des « mesures mixtes mi privé, mi public »³²⁵. Ce sont des mesures de droit international public, mais aux conséquences de droit privé. Selon le professeur Francescakis, ces législations « ont également des incidences directes sur les relations de droit privé. Elles se situent dans la frange intermédiaire entre (...) le droit public et privé, c'est-à-dire dans cette zone grise (...) où le public et le privé se combinent dans des instables et d'un État à l'autre, dissemblables »³²⁶.

115. À partir de tous ces éléments, on peut observer que les lois d'embargo n'ont ainsi pas de caractère uniforme et que leur nature de droit public ne saurait être un obstacle à leur applicabilité en tant que sous-catégorie des lois de police. M. Sperdutti voit même dans ces lois de droit public une variété de lois d'application nécessaire³²⁷. Cela est aussi affirmé par le

³²² BATIFFOL Henry et LAGARDE Paul, *Traité de Droit international privé*, t.1, 8^e éd., LGDJ, 1995, n° 254 et s. Voir également, MAYER Pierre, « Loi applicable et respect des lois de police », in *Les Commissions illicites, ICC Publishing SA*, 1992, p. 56. L'auteur souligne qu'« au lieu d'appliquer, selon la méthode de conflit de lois, le critère de rattachement, le juge lorsqu'il applique les lois de police considère la loi elle-même et agit dans l'intérêt de la société, en se demandant quel est l'intérêt objectif de l'État qui est auteur à la voir appliquée à une situation internationale. Donc si cet intérêt existe et est suffisamment important, le juge applique la loi de police, même si elle n'appartient pas à la législation désignée par la règle ordinaire de conflit de lois ».

³²³ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 151.

³²⁴ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois – Loi de police – Contrats internationaux – Nullité du contrat – Embargo étranger », *op. cit.*, p. 4.

³²⁵ Expression citée par PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 181.

³²⁶ FRANCESKAKIS Phocion, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux comité fr. DIP*, 1970, pp. 165 et s.

³²⁷ SPERDUTTI Giuseppe, « Les lois d'application nécessaire en tant que loi d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 263.

professeur Kinsch qui considère qu'un tel raisonnement « n'exclut pas l'intégration de l'embargo dans la catégorie des lois de police. Ces normes prohibitives (embargo, interdiction d'exportation...) font partie de la catégorie dite des lois de police ou d'application immédiate (...). »³²⁸

116. Toutefois, on ne peut nier la controverse relative à la distinction des lois de police qui sont de droit privé et les lois de droit public³²⁹. Si on revient sur la définition proposée par le règlement « Rome I » dans son article 9 des lois de police, inspirée par celle formulée par Francescakis : « Les lois de police sont : celles dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale, ou économique d'un pays ». Il ressort de cette définition que les lois de police sont de fait des lois « organisatrices de la société dont l'État a la charge »³³⁰. Ainsi, ces textes renvoient aux règles de droit privé. D'ailleurs, le professeur Mayer avait suggéré de réserver l'expression de lois de police à ces règles de droit privé³³¹.

117. En revanche, les lois de droit public sont des lois organisatrices de l'État lui-même relativement à son auto-organisation. En effet, comme le relève le professeur Jacquet, ces lois, qui se rapportent à l'organisation étatique, sont de « droit public »³³². Partant de là, le caractère des lois de droit public ne rentre pas dans la catégorie des lois de police au sens strict. Mais comme le reconnaît le professeur Mayer, au regard de l'ordre du for, cette distinction ne s'impose pas³³³. En effet, même si les lois de droit public ont pour objet des rapports où l'État est impliqué en tant que sujet, mais selon Mezghani, « la notion d'implication ne permet pas de dénier aux lois de police le caractère de droit public. En plus, l'État n'est pas toujours parti au rapport de droit. C'est à travers les normes qu'il exprime qu'il s'adresse aux opérateurs du commerce international, publics ou privés à la fois. C'est le cas des lois réglementant ou interdisant l'importation ou l'exportation »³³⁴. De plus, dans la définition retenue des lois de police, M. Francescakis ne fait aucune distinction entre les règles de droit public et celles de droit privé³³⁵.

³²⁸ KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, préface Jean-Marc Bischoff, tome 240, Thèses, LGDJ, 1994, n° 3, p. 3.

³²⁹ MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 255 et s.

³³⁰ JACQUET Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *Economica*, 1983, n°428, p. 281.

³³¹ MAYER Pierre, « Les lois de police étrangère », *op. cit.*, p. 301.

³³² Voir en ce sens, MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 256.

³³³ MAYER Pierre, « Les lois de police étrangère », *op. cit.*, p. 280.

³³⁴ MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*

³³⁵ *Ibidem.*, p. 255.

118. Exclusion de certaines lois d'embargo : il convient d'exclure des lois de police des lois d'embargo purement politiques ou d'inspiration nécessairement politique³³⁶. Ces lois sont dans une catégorie des lois à part. En effet, comme le constate Mme Landy-Osman, « toutes les lois d'application immédiate ne sont pas des lois de police dans la mesure où elles ne participent pas toutes de cette finalité : dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique d'un pays déterminé »³³⁷. En réalité, ces lois politiques n'ont pas pour finalité de régler les rapports de droit privé des personnes privées. Leur fin est de combattre d'autres États, et de servir le seul intérêt de l'État qui les édicte. Ces lois sont strictement des lois discriminatoires et factuelles dans la mesure où elles tendent à combattre un État ou des États en particulier³³⁸. Ces lois impériales et punitives sont le plus souvent édictées de façon unilatérale³³⁹. Elles n'ont pas pour objectif de lutter contre un mal international. Toutefois, ces lois sont distinctes des normes adoptées pour des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que celles qui prohibent des exportations ou des importations. Elles sont aussi distinctes des mesures de protection qu'un État est amené à prendre, comme cela fut le cas en l'espèce du Ghana à propos de la viande bovine, qui a adopté ces mesures pour des raisons impérieuses de santé publique. Font exception aussi les lois qui sont prises par les États dans le cadre multilatéral en exécution de décisions de la collectivité internationale agissant au sein des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies. Enfin, il faut exclure les mesures qui frappent un État pour forcer à s'aligner sur un standard minimum de démocratie et de respect des droits de l'homme³⁴⁰.

119. Il convient de relever cependant que ces lois de police purement politique ne rentrent pas dans la catégorie des lois de police du fait aussi qu'elles ont la prétention à avoir des effets extraterritoriaux. De plus, ces lois extraterritoriales ne correspondent pas à la définition retenue des lois de police. Car leur légitimité est douteuse. Les considérations purement idéologiques et politiques y sont dominantes et parfois clairement exprimées. Comme nous l'avons pu observer dans le chapitre précédent, ces lois en particulier s'appliquent non pas seulement sur

³³⁶ MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 263 et s. ; MAYER Pierre, « Les lois de police », *op. cit.*, pp. 110 et s. ; NIBOYET Marie-Laure et GEOUFFRE de la PRADELLE de Geouffre, *Droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 200.

³³⁷ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit de l'économie, Université de Bourgogne, 1991, p. 19.

³³⁸ DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 9^e éd., Précis, Dalloz, 2008, p. 530.

³³⁹ Comme l'affirme M. Mezghani « c'est la personne du sujet qui justifie l'interdiction et non un objectif sociétal (...), elles profitent au seul État qui les édicte » : MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 264.

³⁴⁰ Ces mesures ont pour but de rechercher la responsabilité personnelle en cas de violation de ces standards. *Supra*, chapitre 1 titre 1 partie 1.

le territoire de l'État émetteur, mais s'imposent aussi à des personnes ou à des actes localisés à l'étranger³⁴¹. Ce faisant, ces lois extraterritoriales visent tant par leur contenu que par leur application à affecter les intérêts d'un État paria, selon l'expression du professeur Moreau-Desfarges³⁴². Le meilleur exemple en est donné par la loi Helms-Burton³⁴³ (officiellement appelée, *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996*). C'est au nom de la sécurité nationale que la loi Helms-Buton prétend à annihiler les effets néfastes qu'aurait à subir l'État auteur si elles n'étaient pas appliquées. Toutefois, leur objet n'est pas de réglementer intrinsèquement la relation juridique prohibée³⁴⁴. En effet, la Helms-Burton (ainsi nommée du nom de ses auteurs, le sénateur républicain Jesse Helms et le représentant démocrate Dan Burton) n'a pas été adoptée pour des raisons de sécurité nationale, mais bien pour des raisons de politique étrangère dont l'objectif explicitement formulé est de punir le régime de Fidel Castro et à terme de mettre fin à la tyrannie qui opprime le peuple cubain, depuis plusieurs décennies. Le moyen utilisé est l'étranglement ou plutôt l'asphyxie de l'économie de cet État. La loi Helms-Buton prohibe à n'importe quelle personne ou entreprise dans le monde de « trafiquer » (« trafficking » en anglais) avec des biens ayant appartenu à des ressortissants américains (ou à des exilés cubains ayant acquis depuis la nationalité américaine) qui ont été nationalisés par Fidel Castro après la révolution de 1959 dans l'île des Caraïbes.

120. Certaines juridictions ont d'ailleurs décidé de leur dénier le caractère de lois de police. Il en va notamment ainsi d'une récente décision rendue par la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris sur les sanctions contre l'Iran émanant des autorités américaines. Pour la cour d'appel, « il convient de relever que les sanctions unilatérales prises par les autorités américaines contre l'Iran ne peuvent être regardées comme l'expression d'un consensus international. (...) Il résulte de ces éléments du haut représentant de la République

³⁴¹ Ces interdictions imposent des comportements aux opérateurs du commerce international qui se trouvent contraints de les respecter pour éviter d'engager leur responsabilité comme dans l'affaire de la BNP Paribas où la banque est poursuivie pour avoir facilité des milliards de dollars de transactions avec le Soudan, mais aussi l'Iran et Cuba, enfreignant ainsi « *l'International Emergency Economic Powers Act* », qui se trouvent être une loi d'embargo décrétée par le gouvernement américain en vue de restreindre les relations commerciales avec certains pays. Voir en ce sens, LAUER Stéphane, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux États-Unis », *op. cit.*

³⁴² DEFARGES Philippe Moreau, « L'État-paria », *Relations internationales et stratégiques*, hiver 1996, n°24, p. 150.

³⁴³ Pour une étude de ces lois, voir en ce sens, GHERARI Habib et SZUREK Sandra, *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Buton et D'Amato-Kennedy*, Paris-Nanterre, Montchrestien, 1998 ; STERN Brigitte, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *RGDIP*, 1996, pp. 979-1003 ; ANDERSON Kathryn J., « US Economic Sanctions On Cuba, Iran, Libya : Helms-Burton and the Iran and Libya Sanctions Act », *International Business Law Journal*, 1996, p. 1007.

³⁴⁴ MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 268.

française que les sanctions émanant des autorités américaines contre l'Iran, quand bien même elles auraient vocation à s'appliquer hors territoire des États-Unis, ne peuvent être rattachées en tant que telles à des régimes et valeurs dont la France ne peut souffrir la méconnaissance et ce, faisant ne peuvent être intégrées dans la conception française de l'ordre public international »³⁴⁵. D'ailleurs, le haut représentant de la République française rappelle dans une publication au Journal officiel de la République française le 13 août et 15 octobre 2019 que « le recours croissant, par les États-Unis, à des dispositions extraterritoriales en matière de sanctions financières internationales et de lutte contre la corruption, est injustifié, injustifiable et contraire au droit international »³⁴⁶.

121. Une autre décision rendue par le Tribunal de première instance de Tunis, à propos de la loi américaine de blocage des avoirs libyens, était plus catégorique. En effet, le tribunal de première instance de Tunis avait dénié à la loi américaine de blocage des avoirs libyens, après la levée de l'embargo par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, le caractère de droit public ou de loi de police. Ainsi, pour le tribunal, il s'agit d'une loi politique dont ni l'application ni la prise en considération en tant que force majeure ne s'impose à lui. De fait, la banque de droit tunisien qui avait reçu l'ordre de virer une somme d'argent libellée en dollars, au compte de son client tenu au Liban, ne pouvait s'en prévaloir pour justifier du blocage de cette somme par son correspondant, une banque américaine³⁴⁷.

122. Il convient également d'exclure de la catégorie des lois de police les mesures d'embargo multilatérales, c'est-à-dire les mesures adoptées par le Conseil de sécurité sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En effet, du fait de l'origine internationale de la mesure et des objectifs universels poursuivis qui se révèlent être, en tout état de cause, des valeurs fondamentales reconnues par la société internationale, l'embargo multilatéral appartient à l'ordre public réellement international³⁴⁸.

³⁴⁵ CA Paris, cham. com., 03 juin 2020, *SA TCM FR S.A (anciennement dénommée SOFREGAZ) et la Société NATURAL GAS STORAGE COMPANY – NGSC*, arrêt précité. À cet égard, le professeur Affaki relève que « c'est la première fois qu'un tribunal, en France, fait un lien entre loi de police et ordre public international » : AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux – Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *op. cit.*

³⁴⁶ JORF n°0187 du 13 août 2019, à consulter sur le site Légifrance : [JORF n° 0187 du 13 août 2019 - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/jorf/2019/08/13/19187)

³⁴⁷ Tribunal de première instance de Tunis, chambre commerciale, du 17 décembre 2002, n°10649, (inédit). Affaire citée par MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 272-273.

³⁴⁸ Voir en ce sens la décision rendue par la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, arrêt du 03 juin 2020, *op. cit.*, para. 54 : « À cet égard, des sanctions internationales résultant de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, (...) peuvent être assimilées à des lois de police réellement internationales, dont un tribunal arbitral ne peut faire abstraction si la situation litigieuse qu'il est amené à juger entre dans le périmètre de ces sanctions. »

Section 2 : Mesures d'embargo multilatérales : élément de l'ordre public réellement international

123. La doctrine et la jurisprudence semblent admettre que les résolutions du Conseil de Sécurité adoptées sur le fondement du chapitre VII de la Charte sont considérées comme l'expression d'un ordre public réellement international. Il est alors nécessaire de procéder à la définition de l'ordre public réellement international, autrement dit de préciser ses contours avant d'étudier l'appartenance de l'embargo multilatéral à cet ordre public.

Paragraphe 1 : La notion d'ordre public réellement international

124. Nous verrons que la notion existe en dépit des critiques qui lui ont été faites (A) et elle tire ses sources aussi bien dans le droit public que privé (B).

A- L'existence de l'ordre public réellement international

125. La notion de l'ordre public transnational³⁴⁹ est difficile à discerner. Comme, le constatent la plupart des auteurs, il est difficile de donner une certaine et exacte définition de l'ordre public transnational³⁵⁰. Mais certains auteurs tentent de le définir. Parmi les définitions adhérees, on a celle donnée par le professeur Lalive qui considère que l'ordre public transnational « est constitué des principes essentiels appuyés par un consensus très large sinon universel, comme jouissant, vu leur importance, d'une force et d'une impérativité particulières »³⁵¹. De même, Mme Gourdet considère que l'ordre public transnational « a une

³⁴⁹ On associe généralement l'acte de naissance de l'ordre public transnational à la célèbre sentence CCI n° 1110 rendue par le président Lagergen en 1963. En effet, l'arbitre avait décidé que « *la corruption est un mal international, elle est contraire aux bonnes mœurs et à un ordre public international commun à la communauté des nations* ». Sur ce point, voir Sentence C.C.I, affaire no 1110/1963, *Arb. Int.*, v. 10, n°3, 1994, pp. 277-281, obs. G. Wetter.

³⁵⁰ LALIVE Pierre, « L'ordre public transnational (ou Réellement international) et l'arbitre international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 329 et s. ; KESSEDJIAN Catherine, « Transnational Public Policy », in *International Arbitration 2006 : Back to the Basics ?* Albert Jan Van den Berg (éd.), ICCA Congress Series 2006 Montreal, n°13, Kluwer Law International, 2007, p. 857 ; FORTEAU Mathias, « L'ordre public transnational ou réellement international. L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *Journal du droit international (Clunet)*, 2011, doct. 1, n°1, pp. 3-49 ; ARFAZADEH Homayoon, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant, Schultess, LGDJ, 2005 ; RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. Fouchard Philippe, LGDJ, 1999 ; KAHN Philippe, « À propos de l'ordre public transnational : quelques observations », in *Mélanges Fritz Sturm*, vol.2, Édition Juridique de l'Université de Liège, 1999, pp. 1539 -1545 ; JOHANNA Guillaumé, « Ordre public international.- Notion d'ordre public international », *JCI civ. Code*, Fasc. 40, 2 mai 2018. Voir aussi, KENFACK DOUAJINI Gaston « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *Revue camerounaise de l'Arbitrage*, Avril-Mai-Juin, 2005, n°29, p. 3. Le concept d'ordre public transnational est également discuté dans beaucoup d'ouvrages, tels que KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international*, Thémis droit, PUF, 2013 ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

³⁵¹ LALIVE Pierre, « L'ordre public transnational (ou Réellement international) et l'arbitre international », *op. cit.* p. 334

fonction régulatrice des rapports des acteurs du commerce international (aussi bien privés et publics). Il trace des limites à la liberté des acteurs en fixant des règles du jeu permettant au système de perdurer (...) »³⁵². Selon le professeur Racine, l'ordre public transnational, « est la traduction juridique des préoccupations éthiques »³⁵³. En effet, dans le commerce international, l'éthique économique a pour fonction de poser des valeurs qui sont en même temps des limites à la liberté des opérateurs économiques.

126. On peut également citer la définition donnée par le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Westland* où le tribunal considère que « l'ordre public transnational inclut des principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé »³⁵⁴. De même, le professeur Forteau dans son article conclut que « l'ordre public réellement international rassemble en effet les normes d'ordre public international qui, parce qu'elles feraient l'objet d'un consensus universel, auraient vocation à prévaloir devant n'importe quel forum ayant juridiction à l'égard de personnes privées »³⁵⁵.

127. L'ordre public transnational pourrait ainsi se définir comme un mécanisme incarnant des valeurs fondamentales pour la communauté internationale³⁵⁶. D'ailleurs, le professeur Loquin le qualifie comme « un réceptacle des valeurs communes qui sont fondamentales pour la communauté internationale, plus particulièrement dans les relations commerciales internationales »³⁵⁷. Il n'est rattaché juridiquement à aucun for étatique en particulier et constitue des valeurs propres au commerce international³⁵⁸.

³⁵² GOURDET Geneviève, « Revue des revues, L'évolution récente du droit économique français », *RIDE*, 1994, n°85, p. 100.

³⁵³ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 354.

³⁵⁴ Voir en ce sens, Tribunal fédéral suisse, *Emirats Arabes unis et consorts v. Westland Helicopters Ltd.*, 19 avril 1994, ATF, 120, II. 155. Pour un commentaire, DOMINICE Christian, « Le tribunal fédéral face à la personnalité juridique d'un organisme international », *Revue de droit suisse*, 1989-I, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 517-538.

³⁵⁵ FORTEAU Mathias, « L'ordre public « transnational » ou réellement international » L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *op. cit.*, p. 3.

³⁵⁶ DOSSIOS Loïs et RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateurs ? », *RIDE*, t. XXXIII, 2019, n°1, p. 113.

³⁵⁷ LOQUIN Éric, « Arbitrage international – Ordre public international – Convention de Mérida contre la corruption du 9 décembre 2003 – Consensus international – Exequatur – Violation manifeste effective et concrète – Contrôle en fait et en droit – Faisceau d'indices », *Journal du droit international*, avril 2020, n°2 p. 20.

³⁵⁸ JACQUET Jean-Michel, « L'ordre public transnational » in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux de CREDEMI, vol. 42, LOQUIN Éric et MANCIAUX Sébastien (sous dir.), LexisNexis, 2014, p. 101 ; RACINE Jean-Baptiste, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial, in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux de CREDEMI, vol. 42, LOQUIN Éric et MANCIAUX Sébastien (sous dir.), LexisNexis, 2014, p. 7.

128. Cependant, bien que la notion existe, son existence est beaucoup contestée. En effet, comme le relève le professeur Kahn, « la controverse sur l'existence ou l'autonomie relative de cet ordre juridique est bien connue ; elle a déchaîné les passions et a donné lieu à des travaux considérables sous forme d'ouvrages, d'articles, de décisions de tribunaux arbitraux, et même judiciaires »³⁵⁹.

129. Notion contestée : l'ordre public transnational est-il un mythe ou un fantôme ?³⁶⁰
En effet, cette notion ne fait pas l'unanimité en doctrine. Les thèses négatrices de l'ordre public transnational sont posées à cause de son inutilité, du problème de la trop large marge d'appréciation laissée aux arbitres et enfin de sa prétention à l'universalité. D'ailleurs, pour le dernier point, certains ne peuvent concevoir un ordre public qui n'émanerait pas d'un État en particulier voire d'une communauté d'État³⁶¹.

130. En outre, l'existence de l'ordre public transnational est contestée dans la mesure où selon certains auteurs le recours aux ordres publics étatiques suffirait dans tous les cas à remplir le rôle que l'on prétend attribuer à l'ordre public transnational. En effet, leur argument est que la notion n'aurait rien changé aux méthodes classiques du droit international privé. En d'autres termes, elle serait inutile chaque fois qu'un ou des ordres publics étatiques apportent une solution identique au litige. Effectivement, en raisonnant ainsi, pourquoi l'arbitre s'embarrasserait-il avec une notion imprécise et controversée d'ordre public transnational dès lors qu'il a la possibilité de fonder sa décision sur une norme étatique bien établie ? Comme le souligne M. Lalive, « il n'est pas certain que l'arbitre international aurait le courage, certains diront l'imprudence, de s'exprimer en formules novatrices (...) là où il peut motiver sa décision selon des schémas plus traditionnels, et plus aptes à assurer la reconnaissance et l'exécution judiciaire de la sentence dans les divers États intéressés »³⁶².

131. De plus, certains auteurs contestent l'existence d'un ordre public transnational au motif que l'arbitre qui n'a pas de force se reposera plutôt sur sa conscience individuelle et non sur un

³⁵⁹ KAHN Philippe, « À propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *op. cit.*, p. 1539.

³⁶⁰ Cette question a été posée par professeur LALIVE Pierre, qui a essayé de répondre tant bien que mal dans son article : « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *op. cit.*, spéc., n°83, p. 361.

³⁶¹ Voir en ce sens, FORTEAU Mathias, « L'ordre public « transnational » ou réellement international » L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *op. cit.*, n°25.

³⁶² LALIVE Pierre, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *op. cit.*, spéc., p. 330

prétendu ordre public transnational pour rendre sa sentence³⁶³. En effet, le principe de l'autonomie de l'arbitrage international part du postulat que lorsqu'un arbitre est amené à rendre sa sentence, celui-ci se référerait avant tout à ses propres valeurs morales. D'après le professeur Mayer, « faute de *lex fori* extérieure à lui, c'est en lui-même que l'arbitre trouve son équivalent »³⁶⁴. Le professeur Heuzé aboutit aussi à la même conclusion que le professeur Mayer, selon cet auteur « l'arbitre doit se référer à ses propres valeurs morales et non à un prétendu ordre public transnational sous seule réserve que les valeurs qu'il entend ainsi défendre soient au moins partagées par l'un des États dans lesquels il peut raisonnablement prévoir que sa sentence sera invoquée »³⁶⁵.

132. Pourtant, plusieurs arguments ont été avancés, en dépit des critiques dans le but de contrecarrer les thèses négatrices et de montrer que l'émergence d'un tel ordre public transnational ne peut être niée³⁶⁶. D'une part, même lorsque l'ordre public étatique et l'ordre public transnational aboutissent à la même solution, l'emploi ou le recours à ce dernier présente un intérêt. En effet, il se peut que les parties désignent une loi qui ne prohibe pas un comportement inacceptable tel que la corruption. Seule l'application de l'ordre public transnational permet de sanctionner la pratique, car l'application de l'ordre public étatique n'est pas automatique dans la mesure où il est laissé aux aléas des méthodes de désignation du droit applicable au litige³⁶⁷. D'autre part, la référence à la conscience individuelle de l'arbitre n'est pas un obstacle à l'existence de l'ordre public transnational, car dans tous les cas, l'arbitre fera prévaloir sa propre valeur morale même si la règle juridique la contenant n'est pas universellement partagée. En plus, pour assurer l'efficacité de la sentence, l'arbitre se réfère certes à ses propres valeurs morales, car toute question morale implique un jugement de valeur. Mais l'appréciation morale doit nécessairement être accompagnée d'une norme posant une valeur. Ainsi, si la conscience individuelle de l'arbitre doit s'appliquer, ce ne sera qu'avec l'appui et la reconnaissance de l'ordre public transnational et non de manière individuelle. Enfin, concernant la prétention à l'universalité de l'ordre public transnational, selon les partisans « anti-ordre public transnational », la nécessité de recueillir un véritable consensus

³⁶³ Voir sur ce point, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 357 et s.

³⁶⁴ MAYER Pierre, « La règle morale dans l'arbitrage international privé français », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, n°23 p. 393.

³⁶⁵ HEUZÉ Vincent, « La morale, l'arbitre et le juge », *Revue de l'arbitrage*, 1993, 179, spéc., n°14, p. 189.

³⁶⁶ Voir en particulier RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 357 et s.

³⁶⁷ DOSSIOS Loïs et RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateurs ? », *op. cit.*

autour d'une règle serait un obstacle à la conception de l'ordre public transnational³⁶⁸. Cependant, en réalité, très peu de règles sont communes à tous les ordres juridiques. Comme le soulève M. Gaillard « l'exception d'ordre public n'aurait plus aucune application si l'on exigeait qu'une règle soit, en droit positif comparé, absolument universelle pour être considérée comme appartenant à l'ordre public transnational. Le fait que la condamnation de l'apartheid, du trafic de drogue ou de la corruption corresponde à des valeurs très largement reconnues par la communauté internationale devrait suffire à justifier une réaction de l'ordre public international »³⁶⁹.

133. Par conséquent, l'ordre public transnational n'est pas un ordre public proprement universel³⁷⁰. En effet, il suffit que la règle soit largement partagée sans qu'il soit besoin de constater une unanimité. C'est le cas par exemple des principes généraux du droit. En effet, il suffit que la règle constituant principes généraux du droit soit largement partagée pour devenir principe général sans qu'elle soit consentie par tous les ordres juridiques. De ce fait, l'ordre public transnational n'est pas une norme consacrée dans tous les systèmes juridiques, mais seulement répandu dans différents ordres juridiques³⁷¹.

134. D'un autre côté, si l'ordre public transnational devait être commun à l'ensemble des États, il ne pourrait remplir sa fonction d'éviction de la loi étrangère puisque par hypothèse, tous les États auront consenti la même règle³⁷². En d'autres termes, se contenter de l'unanimité, c'est rejeter les conceptions de certains États. De plus, selon le professeur Racine, le fait « qu'une valeur ne soit pas partagée par tous les États n'altère pas sa légitimité »³⁷³. Par exemple, certains droits fondamentaux tels que les droits de l'homme sont boycottés par des États autoritaires. Mais on ne peut nier que les droits fondamentaux doivent être défendus.

135. Dans tous les cas, l'existence de l'ordre public transnational fait débat. Pourtant, à l'heure où la mondialisation de l'économie et des échanges est sans précédent, l'ordre public transnational pourrait être un outil précieux apte à protéger une forme d'intérêt général mondial

³⁶⁸ MAYER Pierre, « La règle morale dans l'arbitrage international privé français », *op. cit.*

³⁶⁹ GAILLARD Emmanuel, « Arbitrage commercial international, sentence arbitrale droit applicable au fond du litige », *JCI. dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991, n°106, p. 26. ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n°1535, p. 877.

³⁷⁰ Voir en ce sens, CHAPELLE André, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1979, p. 512.

³⁷¹ LOQUIN Éric, « Arbitrage international – Ordre public international – Convention de Mérida contre la corruption du 9 décembre 2003 – Consensus international – Exequatur – Violation manifeste effective et concrète – Contrôle en fait et en droit – Faisceau d'indices », *op. cit.*, p. 19.

³⁷² Voir en ce sens, RACINE Jean-Baptiste Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 360.

³⁷³ *Ibidem* p. 361.

et pourrait également être un guide pour le juge du commerce international³⁷⁴, mais aussi et plus particulièrement pour l'arbitre du commerce international pour réguler les relations économiques.

136. L'utilité de l'ordre public transnational peut se trouver dans l'arbitrage : la notion d'ordre public transnational est intéressante pour l'arbitre international³⁷⁵. À cet égard, Mme Ankaoua a pu observer qu'on ne peut pas parler de l'ordre public transnational sans aborder son lien ou son rapport avec l'arbitrage du commercial international³⁷⁶. En effet, la dimension universelle de l'ordre public transnational et l'autonomie de l'arbitre du commercial international sont peut-être les deux raisons pour lesquelles l'arbitre entretient un lien particulier avec cet ordre public. L'ordre public transnational est particulièrement adapté à l'arbitrage international en raison d'une part de l'indépendance de celui-ci par rapport à tout for étatique et le fait d'autre part que l'ordre public transnational n'est rattaché juridiquement à aucun for étatique en particulier. À ce propos, les professeurs Battifol et Lagarde constatent que la « notion d'ordre public véritablement international, bien que passablement floue, reste cependant utile pour les arbitres du commerce international qui n'ayant pas de for et ne tenant leurs pouvoirs que de la volonté des parties ont besoin d'un ordre juridique de référence anational pour écarter si nécessaire les règles de droit applicables aux litiges dont ils sont saisis »³⁷⁷. De plus, comme le soutiennent Mme Dossios et M. Racine « l'arbitre gardien des intérêts du commerce international, eux-mêmes défendus par le vecteur d'un ordre public réellement international, pourra alors être guidé par cet ordre public »³⁷⁸.

137. L'accroissement des pouvoirs de l'arbitre, du fait de l'élargissement de l'arbitrabilité des litiges, confère à l'arbitre des responsabilités nouvelles³⁷⁹. À cet égard, il revient à l'arbitre de garantir le respect des valeurs fondamentales qui s'imposent dans le commerce international. De fait, les arbitres s'appuient sur les normes d'ordre public transnational pour écarter la loi choisie par les parties ou d'annuler un contrat, car contraire aux valeurs développées par la

³⁷⁴ Sur ce point, FORTEAU Mathias, « L'ordre public « transnational » ou réellement international » L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *op. cit.*, n°80 et s.

³⁷⁵ DOSSIOS Loïs et RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateurs ? », *op. cit.* Voir également, RACINE Jean-Baptiste, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial », in *L'ordre public et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 7. ; JACQUET Jean-Michel, « L'ordre public transnational », in *L'ordre public et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 101.

³⁷⁶ ANKAOUA Charlotte, *L'ordre public transnational*, thèse, Université Paris-Saclay (ComUE), 2019.

³⁷⁷ BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, p. 588.

³⁷⁸ DOSSIOS Loïs et RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateurs ? », *op. cit.*, p. 113.

³⁷⁹ Voir *infra*, chapitre 1 titre 2 partie 1

communauté internationale des États³⁸⁰. L'ordre public transnational a une vocation universelle qui permet d'appréhender des situations juridiques constituées dans n'importe quel endroit de la planète. Ainsi, nombreuses sont par exemple les sentences qui ont annulé des contrats de trafic d'influence au nom d'un « ordre public transnational » exprimant « les valeurs partagées par la plupart des législations »³⁸¹. Cette démarche permet également à l'arbitre commercial d'assurer que sa sentence sera dans la majorité des cas reconnue par les juridictions étatiques³⁸². D'ailleurs, la cour d'appel de Paris se réfère parfois à l'ordre public transnational pour contrôler les sentences arbitrales³⁸³.

138. Cependant, certains auteurs, notamment le professeur Kahn reprochent aux arbitres d'être peu audacieux dans la recherche ou dans l'application de l'ordre public transnational³⁸⁴. En effet, les professeurs Siiriainen et Racine pensent que la jurisprudence arbitrale est encore relativement pauvre sur la question³⁸⁵, sauf sur celles portant sur de grands principes de l'ordre public véritablement international, bien connus de tous, qui peuvent être qualifiés de fondamentaux dans l'ensemble des systèmes juridiques étatiques et difficilement contestables tels que la prohibition de l'esclavage, la protection du patrimoine commun de l'humanité, l'interdiction de la corruption ou du trafic de drogue³⁸⁶. Elles correspondent toutes à la volonté de l'arbitre de se fonder sur une règle largement partagée. En effet, l'ordre public transnational est une occasion privilégiée pour les arbitres de défendre une éthique du commerce international³⁸⁷.

B- Les sources de l'ordre public réellement international

139. La spécificité de cet ordre public universel a pris davantage de consistance à partir du moment où ses sources ont commencé à devenir internationales³⁸⁸. Selon le professeur Loquin,

³⁸⁰ JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *JCl. dr. int.*, Fasc. 552-15 et 552-40, 30 mai 2020, n°40 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 10.

³⁸¹ LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *RJ. com.*, juillet/août 2018, n°4, p. 9.

³⁸² DOSSIOS Loïs et RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateurs ? », *op. cit.* p. 114. JOHANNA Guillaumé, « Ordre public international. - Notion d'ordre public international », *op. cit.*, n°78.

³⁸³ LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, p. 8. Voir également, FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *op. cit.*, pp. 369 et s.

³⁸⁴ KAHN Philippe, « À propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *op. cit.*

³⁸⁵ RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2012, p. 83.

³⁸⁶ LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, p.8.

³⁸⁷ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 421.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 367.

« L'arbitre puise à toutes les sources du droit les règles de comportement aptes à satisfaire un sentiment de justice qui dans les relations internationales doit tendre à l'universalité »³⁸⁹.

140. Les sources de l'ordre public transnational sont multiples, certaines sont d'origine publique et d'autres privée³⁹⁰. En effet, parmi les sources du droit public, les conventions internationales sont une source d'inspiration fondamentale pour l'arbitre³⁹¹. À cet effet, le professeur Loquin souligne que « le noyau dur de l'ordre public transnational est formé par les Conventions internationales ratifiées par un nombre suffisant d'États pour exprimer un consensus international »³⁹². Ainsi, la cour d'appel de Paris a fait appel à la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Mérida le 31 octobre 2003, signée par 140 États ou encore la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption faite du 17 décembre 1997³⁹³. L'ordre public transnational peut également avoir pour sources les résolutions d'organisations internationales. En effet, la cour d'appel fait référence également à la résolution de l'ONU sur le droit permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles qui « exprime un consensus international »³⁹⁴. Il en est de même des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Ces textes sans effet direct contribuent à l'édification de normes d'ordre public transnational, mais à la condition que ceux-ci réalisent un consensus autour de valeurs communes au plus grand nombre. D'ailleurs, à propos des mesures d'embargo adoptées par l'ONU, la question a été posée en doctrine de savoir si ces mesures donnaient naissance à des normes d'ordre public transnational. MM. Grelon et Gudin³⁹⁵, suivis par MM. Fouchard, Gaillard et Goldman ³⁹⁶ont soutenu qu'en raison de son caractère universel du fait qu'elles

³⁸⁹ LOQUIN Éric « Les manifestations de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international, sous la direction de Philippe Kahn et de Catherine Kessedjian*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du CREDIMI, Litec, 1996, p. 247.

³⁹⁰ Voir en ce sens RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit.*, pp. 367-376. Voir également, FORTEAU Mathias, « L'ordre public « transnational » ou réellement international » *L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public* », *op. cit.*, n°17 et s.

³⁹¹ Voir à ce sujet MAYER Pierre, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 275, spéc., n° 7, p. 285.

³⁹² LOQUIN Éric, « Arbitrage international – Ordre public international – Convention de Mérida contre la corruption du 9 décembre 2003 – Consensus international – Exequatur – Violation manifeste effective et concrète – Contrôle en fait et en droit – Faisceau d'indices », *op. cit.*, p. 21.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*. L'auteur soutient aussi qu'« il importe peu que ce consensus se manifeste par des normes formelles, para-juridiques ou infra-juridiques secrétées tantôt par la Communauté internationale des États, ou par la société des opérateurs du commerce international comme les recommandations d'organisations internationales interétatiques ou les avis ou recommandations d'organismes privés regroupant les opérateurs du commerce international ».

³⁹⁵ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 639 et p. 669.

³⁹⁶ FOUCARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, n°1522, p. 866.

émanent de la communauté des États, que l'embargo à l'encontre de l'Irak adopté par les Nations Unies par exemple faisait partie de l'ordre public transnational s'imposant à l'arbitre.

Paragraphe 2 : L'appartenance de l'embargo multilatéral à l'ordre public réellement international

141. La doctrine et la jurisprudence affirment très nettement la possibilité que les mesures d'embargo fassent partie des éléments de l'ordre public transnational. En effet, l'accord des auteurs semble se faire sur la qualification des résolutions du Conseil de sécurité comme éléments constitutifs d'un ordre public réellement international. Cette approche a été précisée par Visscher en 1971 qui constate que « cet ordre public est complexe par ses sources. Il comprend d'abord, et sans doute à titre principal, les différentes résolutions des Nations Unies qui ont progressivement organisé des sanctions ³⁹⁷ ».

142. La thèse a été également confirmée par la doctrine dès 1990 et n'a pas été démentie depuis³⁹⁸. Elle a notamment été réaffirmée par les professeurs Grelon et Gudin qui soutiennent que « les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies relatives à la mise en place d'embargos constituent sans doute, l'armature d'un ordre public réellement international qui s'impose à tous et notamment aux juges et aux arbitres du commerce international »³⁹⁹. De même, comme le remarque le professeur Chemain, une place particulière doit être accordée aux sanctions mises en place dans le cadre d'une résolution du Conseil de sécurité : « adoptées sur le fondement de l'article 41 de la Charte, ces mesures ont un caractère obligatoire et elles devraient être considérées non pas comme des mesures d'ordre public qui n'auraient d'internationales que le nom, mais bien davantage comme des éléments d'un ordre public transnational auquel les arbitres devraient donner le plein effet »⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Voir en ce sens, RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour de Québec du 31 mars 2003 », *Journal du droit international (Clunet)*, janvier 2004, n°1, p. 7.

³⁹⁸ CHEMAIN Régis, « Arbitre et embargo », in *Rôle de l'arbitre dans l'économie moderne, La lettre de la chambre arbitrale internationale de Paris*, septembre 2016, n°11 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 98-122 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 10 -12 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, pp. 775-776 ; VIROLE Jean, « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », *DPCI*, 1981, n°3, p. 311 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 18-23 ; RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.* ; MARCHAND Aurore, « Conflit de lois – Loi de police – Contrats internationaux – Nullité du contrat – Embargo étranger », *op. cit.*, p. 4 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°186-187 ; AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux – Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *op. cit.*

³⁹⁹ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 639.

⁴⁰⁰ CHEMAIN Régis, « Arbitre et embargo », in *Rôle de l'arbitre dans l'économie moderne*, *op. cit.*

143. Cette affirmation a été également reprise par la jurisprudence, notamment par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 03 juin 2020, dans une affaire qui opposait deux sociétés, une siégeant en France et l'autre en Iran. Le juge a jugé dans cette affaire que les résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies constituant des mesures d'embargo contre l'Iran, notamment les résolutions du 23 décembre 2006, du 24 mars 2007 et du 3 mars 2008 « peuvent être assimilées à des lois de police réellement internationales, dont un tribunal arbitral ne peut faire abstraction si la situation litigieuse qu'il est amené à juger entre dans le périmètre de ces sanctions »⁴⁰¹. De même, la cour d'appel de Québec, dans un arrêt rendu le 31 mars 2003 dans l'affaire *Air France vs Libyan Arab Airlines*⁴⁰², a considéré que la résolution 883 du Conseil de sécurité interdisant aux États d'admettre les réclamations de parties libyennes appartenait à « l'ordre public transnational ». Telle a été la position de la chambre des Lords en date du 16 mai 2002, concernant une autre résolution adoptée par le Conseil de sécurité de l'ONU sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak. En l'espèce, la Haute Juridiction devait se prononcer dans une affaire qui opposait deux compagnies aériennes le *Kuwait Airways Corporation vs. Iraqi Airways Company* sur une réclamation tendant à une indemnisation en raison de la confiscation fautive d'aéronefs par la compagnie irakienne. Pour sa défense, la partie irakienne alléguait une résolution prise par le conseil révolutionnaire de commandement irakien, lors de l'invasion du Koweït, qui avait décidé la dissolution du *Kuwait Airways Corporation* et le transfert de ses actifs à la compagnie irakienne. Selon la partie irakienne, cette résolution était partie intégrante à l'ordre public irakien. Toutefois, la chambre des Lords estima que cette résolution était contraire à l'ordre public anglais, car si elle reconnaissait la résolution 369, elle violerait un certain nombre de résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU condamnant l'invasion du Koweït par l'Irak qui avaient été transposées dans l'ordre juridique anglais et adopterait de ce fait une position contraire aux obligations de la Grande-Bretagne selon la Charte des Nations Unies. Le juge poursuivit en ajoutant que du fait de l'origine internationale de la mesure et des objectifs universels poursuivis qui se révèlent être, en tout état de cause, des valeurs fondamentales reconnues par la société internationale, les mesures d'embargo adoptées par le

⁴⁰¹ Pour avoir une vue d'ensemble de l'affaire, voir en ce sens, l'arrêt de la CA Paris, ch. com. int., pôle 5 – Chambre 16, 03 juin 2020, Recours en annulation, n°21 /2020, p. 18, N° RG 19/07261- N° Portalis 35L7-B7D-B7VDG.

⁴⁰² Voir pour un rappel des faits et commentaires, RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.* ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 762 et s.

Conseil de sécurité appartiennent à l'ordre public réellement international et qu'en espèce l'ordre public anglais ne faisait que refléter un ordre public transnational⁴⁰³.

144. Cette qualification ne pose aucun problème dans la mesure où, si l'on retient la définition de la notion de l'ordre public réellement international, il ne fait aucun doute que les mesures d'embargo décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies constituent un ensemble de normes impératives partie intégrante de l'ordre public véritablement international. En effet, les mesures d'embargo multilatérales apparaissent comme une expression de ces règles transnationales, en raison, d'une part qu'elles émanent d'un organe international qui agit au nom des États parties de l'organisation et du fait qu'elles reçoivent l'adhésion quasi unanime d'une large partie de la communauté internationale⁴⁰⁴. Et d'autre part de son contenu qui est commun dans la mesure où il répond à la vocation première de la Charte des Nations Unies qui se révèle être, au demeurant, la préservation des valeurs fondamentales reconnues par la société internationale, telle que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine, la condamnation de l'apartheid, du trafic de drogue ou de la corruption, la lutte contre le terrorisme international qui représentent le noyau dur des valeurs fondamentales non marchandes faisant partie de l'ordre public réellement international dans la mesure où elles sont partagées par la Communauté internationale dans son ensemble⁴⁰⁵.

145. Toutefois, les mesures d'embargo décidées par le Conseil de sécurité sur le fondement du chapitre VII de la Charte présentent une réelle particularité. Tout d'abord, ce système de sanction mis en place par l'Organisation des Nations Unies est un moyen de pression économique qui a pour finalité d'atteindre un résultat politique⁴⁰⁶. Ainsi, les mesures d'embargo

⁴⁰³ Comme l'atteste ce paragraphe « *This conclusion on English public does not reflect an insular approach. Our domestic English policy on the status of Resolution 369 does stand alone. In recent years particularly as a result of French scholarship, principles of international public policy (l'ordre public véritablement international) have been developed in relation to a subjects such as traffic in drugs, traffic in weapons, terrorism, and so forth... Similarly, there may be an international public policy requiring States to respect human rights... The public policy condemning Iraq's flagrant breaches of public international law is yet another illustration of such a "truly international public policy in action. This international dimension reinforces the view of Court of the Appeal* ». Voir en ce sens House of Lords 16 mai 2002, *Kuwait Airways Corporation v. Irak Airways Compagny* (2002) 2 AC 882. Voir également l'arrêt du 28 mars 2001, aff. *Beverly Overseas SA c/ Privedna Banka Zagreb*, 4c. 172/2000, Bull. ASA 2001. 807, dans lequel le tribunal fédéral suisse a considéré les mesures d'embargo décidé par le Conseil de sécurité comme un élément d'un ordre public international.

⁴⁰⁴ C'est le cas des mesures d'embargo décrétées par le Conseil de sécurité des Nations Unies et de très nombreux États à l'encontre de l'État irakien pour le non-respect des règles internationales tenant à la violation de l'intégrité territoriale de l'État du Koweït. Ces sanctions avaient reçu l'adhésion d'une large partie de la communauté internationale et furent appliquées par de nombreux pays. Voir en ce sens, LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit., p. 22.

⁴⁰⁵ QUENEUDEC Jean-Pierre, « Conclusion : Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationale », in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp. 287-293.

⁴⁰⁶ Voir *supra*, chapitre 1 titre 1 partie 1.

sont fondées sur un principe rigide d'interdiction de commercer avec un État. Il s'agit en effet d'utiliser une arme économique pour nuire aux intérêts d'un autre État. Ensuite, les mesures d'embargo multilatérales en raison de leur but, pour reprendre la terminologie du professeur Racine, sont empreintes d'un « ordre public marqué », c'est-à-dire d'un ordre public « dur »⁴⁰⁷ et non pas d'un ordre public qui, à l'heure actuelle, progresse dans le domaine économique, à savoir ce que M. Salah a appelé un « ordre public régulateur » caractérisé par la souplesse et la flexibilité⁴⁰⁸.

146. Nous avons également pu observer que les résolutions du Conseil de sécurité sont généralement reprises dans la législation des pays membres de l'ONU⁴⁰⁹. De ce fait, selon M. Landy Osman, de telles résolutions (résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies), régulièrement introduites dans les ordres juridiques internes devraient être considérées davantage comme des lois d'application immédiate. Car l'auteur estime que la régulière introduction des résolutions dans les ordres juridiques nationaux des pays membres de l'ONU, constitue à ce titre des normes impératives qui ont pour vocation à régir la relation litigieuse préalablement à toute éventuelle mise en cause d'une règle de conflit, et ce, quel que soit le droit propre à régir le fond du contrat international⁴¹⁰. Il en a été ainsi des résolutions portant embargo contre la Libye qui ont été relayées par des règlements communautaires ou bien des textes de droit interne comme en France ou au Canada⁴¹¹. En effet, l'application des résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre interne des États membres se réalise normalement au travers des mesures de mise en œuvre que les États membres ont l'obligation de prendre. Ces mesures s'appliqueront ainsi normalement comme élément de la *lex contractus* puisque tous les États sont tenus de mettre en œuvre les résolutions⁴¹². En revanche, nous rappelons qu'aucune disposition de la Charte des Nations Unies ne confère aux résolutions du Conseil de sécurité un effet juridique direct dans l'ordre interne des États membres, comme c'est le cas pour le droit communautaire dérivé.

⁴⁰⁷ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁸ SALAH Mohammed Mahmoud, « Les transformations de l'Ordre Public économique. Vers un Ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999.

⁴⁰⁹ Voir *supra*, chapitre 1 titre 1 partie 1.

⁴¹⁰ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*

⁴¹¹ Note RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p.7.

⁴¹² BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.* p. 774.

147. Par ailleurs, considérer que les résolutions doivent être appliquées par les juges internes et devant un arbitre international comme des normes d'application immédiate alors que celles-ci ne font l'objet d'aucune publication au Journal officiel dans certains ordres juridiques nationaux revient à méconnaître un des principes fondamentaux de l'État de droit⁴¹³. Il peut arriver néanmoins qu'en l'absence d'une régulière introduction des résolutions portant embargo dans certains ordres juridiques internes, des textes onusiens pourraient toujours régir le fond du contrat soit au titre d'une simple prise en considération⁴¹⁴, c'est-à-dire en tant que des situations de fait qui peuvent influencer sur l'exécution de certains contrats en tant que loi de police appartenant à la *lex contractus*⁴¹⁵. D'ailleurs, comme on va le constater dans les chapitres à venir, en matière d'embargo, l'arbitre est susceptible d'être confronté à un principe d'ordre public transnational et à des lois de police s'il est saisi d'un litige portant sur les résolutions du Conseil de sécurité concernant les mesures d'embargo. La position de l'arbitre ne devrait pas être différente de celle du juge national⁴¹⁶. En effet, l'arbitre ne devrait appliquer directement les résolutions du Conseil de sécurité que lorsqu'elles ont été mises en œuvre par le droit national applicable au litige. Ainsi, l'arbitre international est amené à qualifier ces textes. Mais il aura le plus souvent tendance à privilégier un raisonnement en termes d'ordre public transnational, qui répond le mieux à la nature délocalisée de l'arbitrage international et qui assure le plus largement l'efficacité de la sentence arbitrale⁴¹⁷.

148. Il ressort de ces différents développements que les mesures d'embargo multilatérales, lorsqu'elles viennent du Conseil de sécurité des Nations Unies font partie intégrante de l'ordre public réellement international dans la mesure où elles peuvent se prévaloir d'un large soutien de la communauté internationale. En conséquence, en tant que mécanisme d'éviction du droit international applicable, le jeu de l'ordre public transnational est de nature à imposer aux juges et aux arbitres du commerce international l'application de mesures d'embargo aux relations commerciales d'embargo⁴¹⁸. Toutefois, les mesures d'embargo unilatérales se rapportent à une catégorie normative différente. En effet, ces mesures sont considérées par la doctrine et par la jurisprudence comme des normes des lois de police dans la mesure où elles tendent à préserver

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Pour une définition de la notion, voir chapitre 2, titre 2, partie 1.

⁴¹⁵ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 23.

⁴¹⁶ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.* p. 775. Voir également, en ce sens, AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », in *L'ordre public et l'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 152 et s.

⁴¹⁷ LOQUIN Éric, « Les effets des lois d'embargo sur la mise en œuvre des clauses compromissoires », *RTD com.*, 2001, n°1, p. 66.

⁴¹⁸ MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 12

les valeurs essentielles du *for* émetteur. Une telle mesure de contrainte économique s'impose sans aucun doute au juge siégeant dans ce pays. Cependant, il nous faut observer que l'arbitre du commerce international n'est pas tenu d'appliquer les règles impératives du *for* dans la mesure où il est classique d'affirmer qu'il n'a pas de *for*. Il tient, en effet, ses pouvoirs de la seule volonté des parties⁴¹⁹. Des lois de police pourront néanmoins être appliquées par l'arbitre, soit en tant que normes impératives de la *lex contractus*, soit en tant que normes impératives étrangères à la *lex contractus*.

⁴¹⁹ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit., p. 20.

Titre 2 : Application des mesures d'embargo par le juge étatique et l'arbitre international

149. L'application d'une mesure d'embargo appelle des réponses différentes selon que la mesure d'embargo est visée par la *lex contractus* et la loi du *for* ou leur est extérieure.

L'arbitre à l'instar du juge est tenu d'appliquer sans conteste toute loi impérative ou d'embargo appartenant à la *lex fori* et à la *lex contractus*. En effet, dans cette hypothèse, la démarche suivie par le juge est similaire à celle suivie par l'arbitre. En premier lieu, l'office du juge s'exerce sous le contrôle de l'État à la souveraineté duquel il est soumis. Il est par conséquent dans l'obligation d'appliquer les règles impératives du *for*, voire sous certaines conditions celles de la *lex contractus*. En revanche, l'arbitre n'est pas tenu dans les mêmes conditions d'appliquer des normes obligatoires d'origine étatique, puisqu'il n'est le juge d'aucun État particulier. Toutefois, nous verrons que la majorité des auteurs estiment que les arbitres doivent tenir compte des lois de police du lieu où ils siègent ou de celui où la sentence risque d'être exécutée. Concernant, l'embargo résultant de la *lex contractus*, l'arbitre est tenu d'en faire application dans la mesure où ce dernier tire sa légitimité de la convention d'arbitrage.

Toutefois, dans l'hypothèse où la situation contractuelle est appréhendée par une mesure d'embargo étrangère à la *lex fori* et à *lex contractus*, son application se révèle être délicate tant pour le juge que l'arbitre. A priori, rien n'impose à l'arbitre et au juge étatique d'assurer le respect d'un autre ordre public extérieur à la *lex fori* et à la *lex contractus*. Mais nous verrons que la doctrine et la jurisprudence admettent de donner effet aux décisions d'embargo imposées par une autorité étatique en qualité de règles étrangères à la *lex fori* et à la *lex contractus*.

Les différences qui existent entre les deux situations justifient cependant que les conditions d'intervention de la décision d'embargo appartenant d'une part à la *lex fori* et à la *lex contractus* (**Chapitre 2**) et d'autre part étrangère à la *lex fori* et à la *lex contractus* (**Chapitre 3**) soient examinées séparément.

150. Par ailleurs, concernant les mesures d'embargo adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU, comme nous l'avons remarqué, constituent un ensemble de normes impératives, partie intégrante de l'ordre public réellement international. Cependant, leur application par le juge comme par l'arbitre sur les relations litigieuses ne peut se faire que dans la condition que ces mesures sont mises en œuvre par les États dans leur ordre interne. Ainsi, régulièrement introduites dans l'ordre juridique du *for*, elles pourront être appliquées en tant que lois de police appartenant à la *lex contractus*. En outre, nous pourrions constater l'absence d'une transposition

dans la législation de certains États membres de l'ONU des résolutions du Conseil de Sécurité. Nous verrons que dans ce cas-là qu'elles pourront être prises en considération en tant qu'elles créent des situations de fait qui peuvent influencer sur le sort de l'exécution de certains contrats.

151. Cependant, avant d'examiner l'application des mesures d'embargo par le juge étatique et l'arbitre international, il nous importe de nous attarder sur l'incidence des mesures d'embargo sur l'arbitrabilité du litige. En effet, les relations contractuelles visées par les mesures d'embargo sont susceptibles d'être soumises à l'arbitrage international. C'est dans ce type de circonstance que se pose alors la question de savoir si la teneur en ordre public des mesures d'embargo est si marquée que l'arbitre international est incompetent pour en connaître. Autrement dit, si la neutralité de la justice arbitrale n'est pas un obstacle à l'application de telles mesures hautement politiques. Une place particulière sera accordée aux sanctions mises en place dans le cadre d'une résolution du Conseil de sécurité (**Chapitre 1**).

Chapitre 1 : L'arbitrabilité objective d'un litige impliquant une mesure d'embargo

152. L'arbitrage est une justice d'exception à laquelle il n'est possible de recourir que lorsque le droit l'autorise⁴²⁰. Pour qu'un échange de consentements exempt de vices puisse former valablement une convention internationale d'arbitrage, encore faut-il que les droits litigieux soient disponibles, c'est-à-dire, d'une part que les personnes souhaitant soustraire leur litige aux juridictions étatiques y soient autorisées (arbitrabilité subjective) et, d'autre part, que l'objet du litige soit arbitral (arbitrabilité objective). La thématique de l'arbitrabilité regroupe ces questions afférentes à la possibilité de recourir à l'arbitrage, qu'il s'agisse de l'arbitrabilité dite objective ou de l'arbitrabilité subjective. Quant à ce dernier, ce sont essentiellement des personnes morales de droit public, françaises ou étrangères, qui peuvent être frappées au sein de leur droit national par des restrictions voire une interdiction totale de recourir à l'arbitrage⁴²¹. En outre, elles peuvent voir le recours à l'arbitrage entravé en raison du caractère administratif du contrat litigieux. Le traitement des problématiques de non-arbitrabilité *rationae personae* ne sera pas abordé dans notre étude. L'on examine ici, l'arbitrabilité dans son sens strict, à savoir l'aptitude d'un litige à devenir l'objet d'une convention d'arbitrage.

153. L'arbitrabilité objective est la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage⁴²². En effet, pour qu'un litige soit arbitral, il faut que l'objet même de cette convention soit licite, car le législateur interdit parfois de compromettre sur certains droits. Les arbitres, en tant que juges privés, ne peuvent raisonnablement juger tous les litiges. Certains litiges échappent à leurs compétences, c'est-à-dire sont « inarbitrables ». En effet, un litige ne peut être soumis à l'arbitrage que si sa connaissance n'est pas réservée aux tribunaux étatiques. En d'autres termes, le caractère arbitral du litige, c'est-à-dire son arbitrabilité peut être limitée afin que certaines questions n'échappent pas à la connaissance des juges investis par l'État⁴²³.

⁴²⁰ LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 195.

⁴²¹ ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Dalloz, Sirey, 2020, pp. 313-314.

⁴²² RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. Fouchard Philippe, LGDJ, 1999, p. 25.

⁴²³ L'évolution du droit français et étranger de l'arbitrage international conduit à constater le caractère de principes de l'arbitrabilité. En effet, l'inarbitrabilité peut se reposer sur des considérations très variables. Certaines sont d'ordre public substantiel et dépendent de la matière litigieuse ou de la nature des droits en cause. D'autres sont justifiées, par le souci de ne pas priver certains justiciables de l'accès à la justice étatique, considérée selon les cas comme plus accessible, moins coûteuse ou plus proche. Enfin, l'existence d'une compétence exclusive reconnue à une juridiction ou à une autorité étatique peut parfois expliquer le refus de l'arbitrage. ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 314. Voir également en

L'inarbitrabilité est fréquemment rattachée à des considérations d'ordre public⁴²⁴. En effet, l'inarbitrabilité a longtemps été fondée sur l'idée qu'il n'appartient pas à l'arbitre de mettre en œuvre les règles d'ordre public. L'arbitre, confronté à de telles règles, devait déclarer le litige inarbitrable et décliner sa compétence au profit des tribunaux étatiques. Toutefois, tel n'est plus actuellement la position de la jurisprudence française et étrangère. En effet, le mouvement général de la *favor arbitrandum* qui domine le droit de l'arbitrage international a pour conséquence l'admission assez générale de l'arbitrabilité des litiges touchant l'ordre public⁴²⁵.

154. Par ailleurs, la doctrine s'était posé la question de savoir si la règle posée par la jurisprudence selon laquelle le caractère d'ordre public n'interdit pas à l'arbitre de connaître de la licéité des conventions qui y portent atteinte afin de les sanctionner s'étend au rapport entre l'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. En effet, la question présente une certaine forme de spécificité en raison de la nature hautement politique de telles mesures. Ainsi, l'on se posait la question de savoir si la teneur en ordre public des mesures d'embargo n'est-elle pas à ce point marquée que l'arbitre international soit incompétent pour en connaître ? Autrement dit, l'arbitre peut-il arbitrer un litige portant sur les mesures d'embargo élément d'ordre public réellement international ? La conclusion, au demeurant unanimement admise en doctrine et en jurisprudence, est que le caractère d'ordre public de l'embargo ne fait pas en principe obstacle à l'arbitrabilité des litiges.

155. La question de l'application de l'embargo en matière d'arbitrage international a été posée dans le litige entre *Air France* et la *Libyan Arab Airlines (LAA)*. Cet arrêt rendu dans cette affaire par la cour d'appel de Québec le **31 mars 2003** est un enjeu capital sur le rapport entre l'arbitrage international et les mesures d'embargo. De ce fait, l'affaire présente à ce jour un intérêt immense permettant d'analyser la possibilité offerte aux arbitres de statuer lorsque les mesures d'embargo sont concernées par le litige (**section 2**). Mais avant, nous allons étudier

ce sens, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 52-88. ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1999, pp. 355 et s. ; LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, *op. cit.*, pp. 214 et s. Pour étude sur la notion de la compétence exclusive, voir LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, Lextenso éditions, Joly, 2015. pp. 76 -78. Voir sur la question, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 91-113 ; VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, thèse, Université de Montréal, UMI Dissertation Services, 2002, pp. 429 et s., et 434 et s.

⁴²⁴ ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 315. Voir également en ce sens, RAVILLON Laurence, « Que reste-t-il de l'inarbitrabilité ? », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Éric Loquin et Sébastien Manciaux (sous dir.), LexisNexis, 2014, pp. 60 et s.

⁴²⁵ Sur ce point, RAVILLON Laurence, *op. cit.*, pp. 62 et s.

l'évolution du caractère de principe de l'arbitrabilité des litiges touchant l'ordre public en droit français et étranger (**section 1**).

Section 1 : L'évolution de l'arbitrabilité des litiges en présence d'une règle d'ordre public

156. L'histoire de l'évolution de la jurisprudence française en matière d'arbitrabilité objective des litiges internationaux est celle d'un passage successif de trois conceptions. En effet, l'arbitrage était initialement exclu de tout litige qui touchait à l'ordre public. Puis la jurisprudence a progressivement assoupli cette règle, en limitant la prohibition aux contrats illicites, avant d'autoriser finalement l'arbitre à appliquer les règles d'ordre public.

Ainsi, nous retracerons par étape l'évolution prétorienne en examinant en premier lieu le refus autrefois pur et simple de la compétence de l'arbitre chaque fois que la résolution du différend imposait l'application d'une norme impérative (**paragraphe 1**), puis une tendance plus libérale dans laquelle la compétence arbitrale n'était plus automatiquement exclue en raison de la présence d'une norme, mais où l'inarbitrabilité découlait de la violation par le contrat d'une règle impérative (**paragraphe 2**), et en dernier lieu, nous finirons par la reconnaissance pleine et entière de l'arbitrabilité des litiges appelant des règles d'ordre public (**paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : L'incompétence de l'arbitre dans l'application des règles impératives

157. La conception selon laquelle devrait être exclu de l'arbitrage tout litige qui touchait à l'ordre public qui prédominait dans la jurisprudence du XIXe siècle s'est maintenue jusqu'à la moitié du XXe siècle. Ainsi, par un arrêt datant de 1954, la cour d'appel de Paris estimait « *qu'une juridiction arbitrale ne pouvait valablement connaître de contestations relatives à l'exécution directe ou indirecte d'un contrat portant sur des marchandises taxées au motif que les dispositions légales ou réglementaires relatives à la taxation de marchandises intéressent l'ordre public, si bien qu'aucune contestation ne concernât l'interdiction ou l'application de ces dispositions ne peut être réglée par voie d'arbitrage sous peine de violation de l'article 1004 du code de procédure civile* »⁴²⁶. De même en matière internationale, c'est également celle

⁴²⁶ CA Paris, 9 février 1954, *SA Agricole c/ Torris*, JCP G 1955, II, 8483, note H. Motulsky. Arrêt cité FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 349 ; COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, préf. Gaudemet-Tallon Hélène, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2004, p. 245 ; LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 203 ; ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, Mémoire de magister, option Droit privé, Université d'Oran 2 Mohamed Ben Ahmed, 2010, p. 21. Voir également dans le même sens les arrêts de la Cass. civ., 9 janvier 1854, *William c/ Laporte*, D.

qui a été retenue par la cour d'appel d'Orléans dans un litige opposant un exportateur français de blé à des acheteurs danois, litige soumis à l'arbitrage de la *London Corn Trade Association*, l'exportateur ayant dû suspendre les approvisionnements de blé en raison de la réglementation impérative française. La cour a décidé dans cette affaire que « *le litige concerne l'ordre public et le compromis est nul chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public* » et en déduit, dans l'une des espèces, « *que la question de la responsabilité d'un exportateur français de grains ne pouvait trouver solution que par l'interprétation et l'application des règles d'ordre public de l'organisme économique français qui commandait l'exécution du contrat* »⁴²⁷. Par ailleurs, au XVIII^e siècle, le domaine de l'arbitrabilité était défini par la doctrine de la façon suivante : « Les parties n'ont la liberté de compromettre que sur les choses qui concernent leur intérêt particulier, et qui ne tiennent ni à la religion, ni au Roi, ni au public »⁴²⁸.

158. Afin de comprendre ce que signifie le principe général de prohibition du recours à l'arbitrage dans les matières intéressant l'ordre public, il convient de lire les articles 2059 et 2060 alinéa 1^{er} tels qu'issus de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 du Code civil français. Ces articles ont repris en substance celles des articles 83, 1003 et 1004 du Code de procédure civile de 1806 qui ont pendant longtemps réglé la question de l'arbitrabilité des litiges. Les critères de l'inarbitrabilité trouvent leur fondement dans ces articles. En effet, l'article 2059 du Code civil dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* », tandis que l'alinéa 1^{er} de l'article 2060 du même Code précise qu' « *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 établissements publics et plus généralement dans toutes matières qui intéressent l'ordre public* ».

159. Cependant, on constate que si la loi de 1972 a ainsi modifié la présentation formelle de la matière, elle n'a pas changé substantiellement le contenu des règles⁴²⁹. En effet, l'article 2059

1854, 1, p. 69 ; Cass. des requêtes, 7 novembre 1865, *Desmaze c/ Authiè-Bellerose*, D. 1866, 1, p. 204 et s., note B. Le Bars, *Arbitrage commercial international : les grands arrêts du droit français*, op. cit., pp. 201-202.

⁴²⁷ CA Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. DIP*, 1961, p. 778, note MEZGER. Arrêt cité par COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit. ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 351.

⁴²⁸ LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 200.

⁴²⁹ Pour une étude sur la question, LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, op. cit., pp. 75-76. Voir également, LEVEL Patrice, « Une première retouche du droit de l'arbitrage », *JCP*, 1972, I, 2494.

du Code civil reprend textuellement les termes de l'ancien article 1003 du nouveau Code de procédure en affirmant que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* »⁴³⁰. L'article 2060 quant à lui règle beaucoup plus directement la question de l'arbitrabilité des litiges, puisqu'il écarte, entre autres⁴³¹, l'arbitrage « des matières qui intéressent l'ordre public ». Ici aussi, il s'agit d'une reprise sur le fond de l'ancien article 1004 de l'ancien Code de procédure civile.⁴³² En effet, l'interdiction de compromettre dans les matières qui intéressent l'ordre public constitue le cœur de l'article 2060. Notamment, comme l'indique l'expression : « et plus généralement » utilisée à la fin de l'article 2060 du Code civil présente le trait commun d'intéresser l'ordre public plus précisément l'ordre public de direction. Comme le souligne M. Ancel « Les matières d'ordre public au sens de l'article 2060 seraient toutes les matières dans lesquelles il existe des lois (ou plus généralement des règles) d'ordre public. (...). Un litige ne pourrait pas être soumis à l'arbitrage dès lors qu'il toucherait l'ordre public »⁴³³. Ainsi, était considéré interdit pour l'arbitre tout litige dont la résolution impliquait d'interpréter ou d'appliquer des règles d'ordre public, quelle que soit la matière concernée⁴³⁴. Toutefois, il semblait que n'était pas sanctionnée la violation effective de l'ordre public par les arbitres, mais l'implication par la cause, directe ou non de l'ordre public. Dès lors, lorsque l'arbitre statue sur un litige touchant à l'ordre public, il devrait déclarer le litige inarbitrable et décliner sa compétence au profit de la juridiction étatique. Autrement dit, le législateur français considère que l'inarbitrabilité est désormais limitée aux cas qui « intéressent au plus près l'ordre public international », c'est à des matières qui ne doivent en aucun cas échapper à la juridiction étatique.⁴³⁵

⁴³⁰ D'après le professeur LOQUIN, « Ce texte a d'ailleurs une double signification. Il règle à titre principal la question de la capacité et du pouvoir de compromettre, mais il peut aussi être entendu comme limitant l'objet de la convention d'arbitrage aux seuls droits disponibles ». Pour une étude sur la notion de libre disposition de droit, voir RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., pp. 40- 46 ; COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitrage, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit., pp. 248- 252.

⁴³¹ Au nombre desquelles le texte fait figurer notamment : les questions d'état et de capacité des personnes, celles relatives au divorce et à la séparation du corps.

⁴³² L'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile interdisait de compromettre sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état ni sur aucune contestation qui ne serait sujette à communication au ministère public. Il faut noter que cet article en excluant de l'arbitrage les causes communicables au ministère public renvoyait implicitement à l'ancien article 83 du même Code de procédure civile qui définissait les causes communicables. Et parmi elles, on trouvait précisément, les causes qui concernent l'ordre public.

⁴³³ ANCEL Pascal, « Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *JCl Proc. civ.*, Fasc. 1024, avril 2016, p.18.

⁴³⁴ Toutefois, il semblait que n'était pas sanctionnée la violation de l'ordre public par les arbitres, mais l'implication par la cause directe ou non de l'ordre public. Note, LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 202.

⁴³⁵ Cette précision sur le critère de l'ordre public international a été apportée par M. Jean-Pierre ANCEL, ancien président de la première chambre supplémentaire de la cour d'appel de Paris après la publication de l'arrêt *Ganz*.

160. Cette vision procède cependant d'une méfiance extraordinaire à l'égard de l'arbitrage⁴³⁶. Comme le note M. Dorais, « l'exclusion de l'arbitrage de toute matière relative à l'ordre public était une arme formidable pour des autorités judiciaires réfractaires à la notion et à la pratique de l'arbitrage »⁴³⁷. L'exclusion de l'arbitrage est justifiée par la volonté de l'État « d'empêcher l'arbitre d'appliquer les règles d'ordre public, car l'on craint que l'arbitre ne respecte pas les politiques impératives de l'État »⁴³⁸. En d'autres termes, « l'on craint que le recours à l'arbitrage ne constitue un moyen de violation de l'ordre public »⁴³⁹. Ainsi, d'une part, à travers cette exclusion l'État s'assure qu'un tribunal arbitral ne donnerait pas d'effet à un contrat illicite. D'ailleurs, les juridictions françaises ont jugé préférable qu'un contrat leur soit à tort renvoyé en raison de son illicéité supposée, plutôt que de laisser un arbitre donner à tort effet à un contrat illicite⁴⁴⁰. Et d'autre part, la soustraction de certains litiges à la justice arbitrale était assurément la méthode la plus efficace à la disposition des États pour assurer le respect de certains intérêts y compris lorsqu'ils sont protégés par des réglementations impératives, le contrôle a posteriori des sentences ne constituant pas toujours une garantie suffisante⁴⁴¹.

161. Au Québec, à l'instar du droit français, l'arbitrage était aussi exclu par rapport aux questions qui intéressent l'ordre public. L'interdiction de soumettre à l'arbitrage les matières qui intéressent l'ordre public est posée de façon assez claire par le premier alinéa de l'article 2639 du Code civil québécois⁴⁴² interdisant l'arbitrage sur les questions qui intéressent l'ordre

Note GOLOUBTCHIKOVA-ERNST Tatiana, *L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international*, Mémoire de master, Université Panthéon-Assas, 2001. Arrêt *Ganz* rendu par la cour d'appel de Paris le 29 mars 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 478, note L. Idot. Voir *infra*, paragraphe 2 de la section 1 du chapitre. Il faut noter aussi que les articles 2059 et 2060 du Code civil français ne s'appliquent désormais qu'à l'arbitrage interne. En effet, suite à l'évolution jurisprudentielle qui après avoir constaté le caractère inapproprié des critères de disponibilité et d'ordre public aux affaires du commerce international est passée au critère plus général d'ordre public international. Cf. FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 345, § 560 ss.,

⁴³⁶ LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, *op. cit.*, p. 81.

⁴³⁷ DORAIS André, « L'arbitrage commercial-Développements législatifs », 47 *Revue du Barreau du Québec*, 1987, pp. 273- 304.

⁴³⁸ BOLLÉE Sylvain, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *Economica*, 2004, n° 445, p. 318.

⁴³⁹ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et USUNIER Laurence, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Précis, Dalloz, 2021, p. 843.

⁴⁴⁰ ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 316 et s.

⁴⁴¹ LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, *op. cit.* p. 196.

⁴⁴² Au Québec, les limites de l'arbitrabilité découlent du premier alinéa de l'article 2639 du Code civil. L'article 2639 du Code civil québécois de 1986 lors de la réforme du droit de l'arbitrage, a repris textuellement l'ancien article 1926.2 du Code civil du Bas-Canada. Il prévoit que « ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les questions qui intéressent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public ». Par ailleurs, à la lecture de cet article, on constate une similarité avec l'article 2060 du Code civil français. Toutefois, à la différence de ce dernier, le Code civil

public. Ainsi, la compétence de l'arbitre semble se limiter chaque fois qu'une question est soumise à une réglementation impérative. De même, le concept prévalait aussi dans les juridictions de *Common law*⁴⁴³ même si dans les pays comme les États-Unis, la jurisprudence de la Cour Suprême a largement étendu le domaine de l'arbitrabilité et a adopté une attitude claire en faveur de l'arbitrage⁴⁴⁴. Les arbitres ne pouvaient pas trancher les litiges touchant à l'ordre public. En effet, la jurisprudence des tribunaux des États-Unis d'Amérique rejette la compétence des arbitres chaque fois qu'ils étaient saisis pour des questions d'ordre public. D'ailleurs, dans un arrêt, la cour d'appel fédérale du premier circuit considère que « *les arbitres issus de la communauté des affaires ne devraient pas être autorisés à trancher des litiges qui impliquent entre autres des intérêts publics surtout des intérêts vitaux comme ceux qui s'attachent au respect de la législation antitrust* »⁴⁴⁵. Mais nous verrons que l'introduction du *Federal Arbitration Act* constitua le premier pas vers la reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives aux États-Unis.

162. Cette conception qui a caractérisé la jurisprudence du XIXe siècle et celle de la première moitié du XXe siècle fut fortement critiquée par la doctrine⁴⁴⁶. En effet, selon certains auteurs, il est clair que cette conception qui exclut l'arbitrage chaque fois que le litige touche à l'ordre public restreint démesurément le domaine de l'arbitrage, et même, pour reprendre une expression doctrinale, elle aboutit à « tuer l'arbitrage sinon de le paralyser⁴⁴⁷ ». Ainsi, en raison de la multiplication des dispositions d'ordre public, cette conception laissait la porte ouverte aux manœuvres dilatoires d'une partie de mauvaise foi. En effet, il suffirait à l'une des parties

québécois n'a pas repris la formule de l'article 2059 du Code civil français, d'après lequel on peut compromettre uniquement par rapport aux droits dont on a la libre disposition.

⁴⁴³ VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op. cit.*, pp. 303 et s., pp. 434 et s.

⁴⁴⁴ C'est d'ailleurs dans le droit américain que l'inarbitrabilité est fondée uniquement s'il existe un intérêt substantiel exprimé dans une loi fédérale. GOLOUBTCHIKOVA-ERNST Tatiana, *L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.* p.4.

⁴⁴⁵ Supreme Court Unites States, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corporation. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 105. S Ct. 3346 (1985), note ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrage des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁴⁶ ANCEL Pascal, « Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *op. cit.* Voir également, MOTULSKY Henry, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, tome II, Paris, Dalloz, 1974, p. 69. L'auteur reproche à cette conception de vouloir faire coïncider à tout prix « ordre public et dispositions impératives ». En effet, comme, il l'a justement noté, « Il ne suffit pas qu'une question d'ordre public soit posée aux arbitres pour exclure l'arbitrage ». L'auteur constate toujours pour établir si une question concerne l'ordre public de manière à interdire l'arbitrage, il faut alors distinguer les cas dans lesquels l'intérêt social exclut que la question soit abordée par un juge privé. Dans ce cas, l'arbitrage est clairement interdit. Mais il peut aussi s'avérer que l'intérêt social exige uniquement que le litige soit tranché dans le respect de norme impérative. Dans ce cas, ce qui est interdit n'est pas d'après l'auteur l'utilisation de l'arbitrage comme telle, mais uniquement « une utilisation contraire à l'intérêt général », *Id.*, pp. 65 et 66. Voir aussi dans le même sens, LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *RJ. com.*, juillet/ août 2018, n°4.

⁴⁴⁷ Expression utilisée par MEZGER Ernst, « L'arbitrage et l'ordre public », *RTD com.*, 1948, p. 611. Note LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, *op. cit.*, p. 81.

d'invoquer une règle d'ordre public pendant l'instance arbitrale pour obliger l'arbitre à se dessaisir. Ce qui constituait un moyen habile et facile de prolonger le contentieux pour une partie de mauvaise foi⁴⁴⁸.

163. Mais cette interprétation, porteuse de nombreux inconvénients, avait été abandonnée par la jurisprudence dès 1950⁴⁴⁹. En effet, cette méfiance injustifiée à l'égard de l'arbitrage s'accordait mal avec l'affirmation courante selon laquelle l'arbitre statue sous le contrôle de la justice étatique qui pourra toujours vérifier que l'arbitre a bien respecté l'ordre public, soit dans le cadre de l'exequatur, soit surtout dans le cadre des voies de recours⁴⁵⁰. Et de plus, d'après, M. Cohen, « la sentence rendue par un arbitre est susceptible d'annulation en cas de violation de l'ordre public, ce qui pourrait lui reconnaître implicitement, la possibilité d'appliquer l'ordre public »⁴⁵¹. Ainsi, face aux critiques, la jurisprudence étrangère et française a assoupli son interprétation de cette règle en apportant une infime nuance aux pouvoirs des arbitres lorsque les litiges mettent en jeu des règles d'ordre public. En effet, la jurisprudence, dans une deuxième tendance, a décidé que l'inarbitrabilité n'est admise que lorsque le contrat auquel le compromis ou la clause compromissoire se rattachait violait l'ordre public. Ainsi, ce n'était plus l'application ou l'interprétation d'une règle d'ordre public qui rendait le litige inarbitrable, mais la violation par le contrat desdites règles.

Paragraphe 2 : L'inarbitrabilité d'un contrat violant une règle impérative

164. Depuis plus de soixante ans, la jurisprudence française interdisait tout arbitrage dès que la solution des litiges soulève l'examen d'un problème d'ordre public. Cette conception a été abandonnée après l'intervention d'un arrêt important de la Cour de cassation du 29 novembre 1950 rendu dans l'affaire *Tissot*⁴⁵² qui a affirmé qu'un litige n'était pas inarbitrable du seul fait qu'une réglementation d'ordre public lui était applicable. L'affaire concernait un contrat de

⁴⁴⁸ COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit., p. 246 ; LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 202 ; ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrage des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, op. cit., p. 21 ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », op. cit., p. 3.

⁴⁴⁹ LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 203.

⁴⁵⁰ LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, op. cit.

⁴⁵¹ COHEN Daniel, *L'arbitrage et sociétés*, LGDJ, 1993, p. 230.

⁴⁵² Cass, civ. 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, JCP 1951, IV, p. 5 ; Sirey, 1951, I, p. 120, note J. Robert ; RTD civ., 1951. 106, obs. P. Hebraud et P. Raynaud ; RTD com., 1951. 275, obs. M. Boitard. Arrêt cité par RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, p. 167 ; ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrage des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, op. cit., p. 21 ; LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 203 ; LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, op. cit., p. 82 ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 349-350 ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », op. cit., p. 3.

vente d'orge, marchandise taxée à l'époque du contentieux. L'opération litigieuse était ainsi soumise à une réglementation ou des dispositions d'ordre public encadrant son prix. L'acheteur prétendait que la vente avait été conclue à un prix supérieur ; or la sentence avait déclaré la vente valable. Cependant, la cour d'appel a rejeté l'opposition à l'ordonnance d'exequatur au motif que la preuve n'était pas rapportée que le litige intéressait l'ordre public et que l'acheteur n'avait pas poursuivi la nullité du contrat devant la juridiction compétente. Toutefois, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif, qu'il appartenait au tribunal arbitral « *de rechercher si le prix de l'orge vendu excédait le cours du 1^{er} septembre 1939, ce qui, rendant la vente contraire à l'ordre public, eut interdit qu'elle fût l'objet d'un compromis* ». Ainsi, pour la haute juridiction, en s'abstenant de rechercher si le prix fixé excédait en l'espèce le cours fixé, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision. De ce fait, la Cour de cassation ne déclara pas le litige arbitral et invita la cour d'appel à contrôler l'existence d'une violation de ladite réglementation.

165. Ainsi, cet arrêt a mis fin à la malheureuse équivalence entre inarbitrabilité et implication de l'ordre public. En effet, en reconnaissant qu'une réglementation d'ordre public était applicable au litige et en ne considérant pas le litige inarbitral, la Cour de cassation pose clairement le principe que l'existence d'une réglementation d'ordre public applicable au litige soumis à l'arbitrage ne suffit pas à entraîner la nullité du compromis⁴⁵³. Cette position de la Cour de cassation a été reprise et renforcée par deux arrêts rendus par la cour d'appel de Paris dans des affaires relatives à des marchandises taxées. La cour d'appel de Paris a exprimé la règle de la manière la plus claire possible en déclarant que « *s'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas et n'a jamais signifié que tout litige relatif à une convention ou une opération à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage ; qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou la convention à laquelle il a trait se trouve illicite et frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à l'ordre public ; (...qu') en un mot (...) la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé* »⁴⁵⁴. Toutefois, même si cette position

⁴⁵³ Voir également, Cass. com., 27 juin 1956, Le GANT Nicolet, Revue de l'arbitrage 1957, p. 14 ; Cass. com. 21 octobre 1981, RA 1982, p. 264, note J.-B. Blaise. Voir également, LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, op. cit., p. 81.

⁴⁵⁴ Voir en ce sens : CA Paris, 15 juin 1956, *Totalement c/ Le Comptoir Agricole*, JCP 1956, II, 9419, note H. Motulsky ; D. 1957, p. 587, note J. Robert et CA Paris, 24 novembre 1955, *Comptoir André c/ Dame Regard*, RA 1956. D'autres décisions un peu plus récentes, peuvent être invoquées dans le même sens : notamment celle de la

de la jurisprudence était considérée comme une évolution libérale de la reconnaissance de la compétence arbitrale malgré la présence d'une norme impérative, elle maintenait une réserve de taille : l'inarbitrabilité des matières intéressant l'ordre public se trouvait limitée aux litiges impliquant la violation effective d'une règle d'ordre public. En effet, à la suite de l'arrêt *Tissot* ce qui interdit le recours à l'arbitrage n'est pas le lien du litige avec l'ordre public, mais l'existence d'une violation de l'ordre public par les parties et sur laquelle le tribunal arbitral est appelé, soit à titre principal, soit à titre incident, à trancher⁴⁵⁵. De ce fait, selon cette tendance, ce n'est que si le litige soumis aux arbitres comporte, dans ses présupposés, une violation de l'ordre public qu'il en résulterait que l'arbitre doit se dessaisir ou demeurerait incompetent et la convention d'arbitrage serait nulle.

166. En matière internationale, la non-arbitrabilité de la violation de l'ordre public dans le contrat principal a été appliquée à plusieurs reprises par la cour d'appel de Paris. Ce fut le cas dans l'affaire *Meulemans*, la cour a clairement déclaré que « *si le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas que tout litige relatif à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouve de ce fait soustrait à l'arbitrage* »⁴⁵⁶. Cette solution fut également maintenue par la Cour de cassation dans ses trois arrêts *Impex* du 18 mai 1971. En effet, en l'espèce, la cour d'appel de Colmar estimant que « *la thèse défendue par Impex, selon laquelle, sur la simple prétention de l'une des parties que le contrat est nul, peut être émise dans un but dilatoire, l'arbitrage devrait être précédé d'une instance judiciaire pour déterminer au préalable si les arbitres ont pouvoir ou non (...)* »⁴⁵⁷. Cependant la cour d'appel de Paris, déclara que « *la prohibition des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile (...) est d'ordre public interne et ne met pas obstacle au recours au compromis dès lors que le contrat revêt le caractère international* »⁴⁵⁸. La Cour de

2e chambre civile de la Cour de cassation du 2 décembre 1964, *Douillet c/ Four*, Bull. civ., 1964, II, n° 772 ; CA Rennes, 26 septembre 1984, *Auvinet c/ Sacomi et Poirier*, RA 1986, p. 441, note P. Ancel. Voir également, CA Paris, 20 décembre 1989, *Sté Phocéenne de Dépôt (SPD) c/ Sté Dépôts pétroliers de Fos (D.P.E.)*, RA, 1989, p. 220, 2^e esp., obs. L. Idot, dans laquelle la cour confirma cette position en déclarant que « *l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation d'ordre public* ».

⁴⁵⁵ LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, op. cit., p. 82 ; RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, op. cit.

⁴⁵⁶ CA Paris, 21 février 1964, *Meulemans c/ Robert*, JDI 1965, pp. 113 et s., note B. Goldman. Voir également, Cass., 15 juin 1967, *Robert c/ Meulemans*, JDI 1968, pp. 929 et s., note B. Goldman. Voir également, CA Paris, 22 janvier 1954, *Rafidex c/de Vriès*, JCP 1955, II, 8566, note H. Motulsky. CA Paris, 9 janvier 1962, *Varimex c/ Pathè-Marconi*, JCP 1962, II, 12478, concl. Desangles ; *Revue de l'arbitrage*, 1962, pp. 12 et s.

⁴⁵⁷ CA Colmar, 29 novembre 1968, *Sté Impex c/ Sté P.A.Z. et autres.*, JDI 1972, 62, 1^{er} esp., note B. Oppetit.

⁴⁵⁸ CA Paris, 20 juin 1969, *Impex c/Maltéria Adriatica*, RA 1969, p. 95 ; *Rev. crit. DIP*, 1969, p. 738, note E. Mezger ; *D.* 1970, somm. p. 33 ; *RTD com.*, 1969, p. 959 ; *JDI* 1971, p. 118, note B. Oppetit.

cassation saisie de cette affaire a approuvé la cour d'appel de Paris de s'être déclarée incompétente et d'avoir renvoyé la connaissance de cette éventuelle nullité aux arbitres, en soulignant le caractère international du contrat, l'autonomie de la clause compromissoire et la compétence exclusive des arbitres sous réserve du contrôle ultérieur de leur sentence si une atteinte à l'ordre public était invoquée contre elle⁴⁵⁹.

167. La doctrine de son côté a eu également l'occasion de s'exprimer clairement à ce sujet. À cet égard, le professeur Motulsky énonçait « (...) que la jurisprudence et la doctrine sont d'accord qu'il est pratiquement impossible d'interdire l'arbitrage du seul fait qu'une question d'ordre public est posée aux arbitres. De ce fait, la nullité du compromis est donc attachée, non à l'existence d'un problème d'ordre public, mais uniquement à la violation de l'ordre public »⁴⁶⁰. L'auteur ajoutait que « ne peut être frappée de nullité que le compromis qui est contraire à l'ordre public, soit parce qu'il soumet à l'arbitrage un litige dont la nature le soustrait à l'emprise de la justice privée (divorce, faillite), soit parce qu'il porte sur un différend dont la nature le rend en principe accessible à l'arbitrage, mais dont l'objet est de par ses modalités en contradiction avec l'ordre public (exécution d'une vente à prix illicite) »⁴⁶¹.

168. Le tribunal arbitral peut en conséquence juger des litiges mettant en cause des règles d'ordre public. Plus encore, si une partie soulève l'exception de la violation de l'ordre public dans le contrat principal pour nier la compétence de l'arbitre, ce dernier peut examiner la validité du contrat au fond pour établir s'il est effectivement nul, mais seulement afin de statuer sur sa compétence. En revanche, s'il constate une violation de l'ordre public, il doit se déclarer incompétent.

169. Cette tendance, bien qu'elle fût considérée comme un passage utile pour la libéralisation de l'arbitrage, fut également critiqué en raison de son absence de logique. En effet, c'est particulièrement la méthode de raisonnement qui a prêté le flanc à la critique⁴⁶². Certes, cette tendance a permis à l'arbitre de statuer même dans les cas où l'ordre public avait été enfreint, mais l'arbitre devrait se déclarer incompétent, s'il constate une violation des règles d'ordre public en prononçant la nullité du contrat, sans la possibilité pour lui de la sanctionner. Autrement dit, l'arbitre doit apprécier la licéité du contrat pour statuer non sur les conséquences

⁴⁵⁹ Cass. 1^{er} civ., 18 mai 1971, *Impex c/ P.A.Z.*, n° 69-10.489, *JDI* 1972, p. 62, note B. Oppetit ; *RA* 1972, p. 2, note P. Kahn ; *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 124, note E. Mezger ; *D.* 1972, p. 37, note D. Alexandre.

⁴⁶⁰ Voir en ce sens, CA Paris, 9 février 1954, *SA agricole c/Torris*, précité.

⁴⁶¹ MOTULSKY Henry, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note. 848, p. 66.

⁴⁶² Alexandre COURT DE FONTMICHEL, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, p. 246.

de cette illicéité sur le fond du litige, mais sur sa propre compétence⁴⁶³. Cette démarche, comme le constate M. Mayer, paraît « surprenante voire d'une bizarrerie »⁴⁶⁴. L'auteur écrit qu'« il est franchement curieux qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité »⁴⁶⁵. À quoi bon, en effet, se donner la peine de s'interroger sur la licéité ou l'illicéité d'un contrat ou d'une opération, si cela conduit les arbitres à se déclarer incompetents et non à statuer sur la validité du lien contractuel ? Le professeur Mayer, en considérant cette approche « paradoxale », note que l'arrêt *Tissot* rendu par la cour d'appel de Paris qui est à l'origine de cette doctrine concernait une demande d'exécution d'un contrat illicite, mais dont l'illicéité n'avait été invoquée par aucune des parties⁴⁶⁶. Dès lors, l'arbitre sera incompetent en raison de l'illicéité de l'objet de la convention. En effet, dans cette hypothèse, la cause de la convention d'arbitrage est alors d'une part, la volonté des parties de se soustraire à la justice étatique et d'autre part, elle obligerait l'arbitre à devenir partie prenante à l'illégalité. Comme le souligne M. Mayer, le risque véritable « n'est pas que l'arbitre se mêle de question d'ordre public, mais au contraire, qu'il ne s'en mêle pas et qu'il ordonne l'exécution, la question de l'illicéité n'étant pas soulevée ». Dans cette perspective, l'inarbitrabilité découle alors du fait que la compétence de l'arbitre est limitée par le compromis et qu'il n'a pas le pouvoir de sanctionner une nullité non soulevée⁴⁶⁷. Ainsi, selon le professeur Mayer, la formule générale utilisée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Tissot* et reprise par la jurisprudence subséquente ne serait juste que dans cette hypothèse précise⁴⁶⁸. Mais à partir du moment où une partie soulève la question de l'illicéité du fond du contrat, celle-ci ne touche plus au compromis⁴⁶⁹. L'arbitre n'est plus alors, entraîné à devenir partie à l'illicéité, il pourra ainsi décider au fond.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ MAYER Pierre, « Le contrat illicite », *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 205.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

⁴⁶⁶ Pour une étude plus approfondie sur la question de l'illicéité du contrat au fond non soulevée par les parties voir : VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial au Canada*, *op. cit.*, pp. 386 et s. Voir aussi sur le sujet, RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 169- 170 ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, p. 4.

⁴⁶⁷ Voir en ce sens un arrêt de la CA Paris, 18 novembre 2005, *affaire Thales c/ Euromissiles*, RA 2005, p. 751. Pour un Commentaire, RADICATI DI BROZOLO Luca G., « L'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences de l'ordre public international », *Revue de l'arbitrage*, 2005, pp. 529 et s

⁴⁶⁸ MAYER Pierre, « Le contrat illicite », *op. cit.*, p. 213, n°1107 ; RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 124.

⁴⁶⁹ C'est à cause du principe de l'autonomie de la convention arbitrale, autrement dit principe de la séparabilité. En effet, la consécration en 1963 par l'arrêt *Gosset* du principe d'autonomie de la clause compromissoire à l'égard du contrat principal en matière d'arbitrage international a eu pour conséquence que la clause compromissoire n'étant plus affectée par les vices du contrat principal, l'arbitrage se trouvait considérablement renforcé, notamment lorsque le contrat principal viole l'ordre public. De ce fait, la nullité du contrat principal n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention d'arbitrage. Celle-ci demeure donc valable malgré cette nullité. De plus, la constatation de la nullité du contrat principal ne suffit plus à rendre l'arbitre incompetent. Voir, LE BARS

170. Cette conception participe encore d'une logique de défiance à l'égard de l'arbitrage dans la mesure où ce système souhaite éviter le risque que des arbitres ne s'attachent pas suffisamment à faire respecter les règles d'ordre public et contribuent à la violation de l'ordre public⁴⁷⁰ alors que rien ne devrait empêcher l'arbitre de sanctionner l'illicéité⁴⁷¹.

171. Il est alors évident que cette situation pouvait ainsi apparaître comme insatisfaisante pour les partisans de l'arbitrage favorables à l'application par l'arbitre des règles d'ordre public. C'est la raison pour laquelle un deuxième mouvement plus libéral pour la reconnaissance de la compétence de l'arbitre de pouvoir constater et sanctionner la violation de l'ordre public a été lancé par la jurisprudence française et étrangère.

Paragraphe 3 : La reconnaissance de la compétence de l'arbitre à appliquer les règles impératives

172. Après avoir admis le pouvoir de l'arbitre de résoudre des questions soumises à une réglementation impérative, la jurisprudence a reconnu finalement dans l'affaire *Almira Films c/ Pierrel* datant de 1989, la possibilité pour l'arbitre de sanctionner la violation de l'ordre public dans le contrat principal. En effet, la cour d'appel de Paris dans cette affaire où était en cause la réglementation du Conseil national de la cinématographie décida qu'en matière d'arbitrage international « *l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public* »⁴⁷². Par cette décision, la cour d'appel reconnaissait le pouvoir de l'arbitre de sanctionner une violation de l'ordre public international français en appliquant des dispositions impératives sans avoir à se dessaisir.

Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 205 ; RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, pp. 121 et s. ; MAYER Pierre, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 197, spéc., n°2, note 108 ; voir aussi, Cass. 2^e civ. 20 décembre 1965, *JCP* 1966. II. 14558 note P.L.

⁴⁷⁰ FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 348 ; LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., p. 208.

⁴⁷¹ Voir dans la même lignée, COHEN Daniel, *Arbitrage et société*, op. cit., p. 20. L'auteur estime qu'il est illogique qu'on reconnaisse à l'arbitre la possibilité de vérifier si une violation de l'ordre public existe et de continuer sa mission en cas de réponse négative, mais de s'estimer incompétent en cas de réponse positive. Le meilleur moyen, poursuit M. Cohen, de faire respecter l'ordre public reste encore de pouvoir sanctionner sa violation. Interdire un tel pouvoir à l'arbitre est alors dangereux, car l'arbitre sera plus tenté de continuer sa mission en estimant que la violation de l'ordre public n'existe pas que de déclarer que le contrat viole l'ordre public et de se déclarer par la suite incompétent.

⁴⁷² CA Paris, 16 février 1989, *Almira Films c/ Pierrel*, RA 1989, 711, note L. Idot.

173. Ainsi, une telle reconnaissance qui a historiquement inspiré la jurisprudence française et étrangère s'est d'abord produite en matière d'arbitrage international. En effet, en droit français de l'arbitrage international, le recul de l'ordre public a été pour la première fois clairement exprimé par la cour d'appel de Paris dans un célèbre arrêt *Ganz* du 29 mars 1991⁴⁷³. La cour a nettement affirmé qu'il appartient à l'arbitre d'apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international. Surtout, selon la cour « *en matière internationale, l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles relevant de cet ordre public, ainsi de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation, dès lors, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage. L'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi (...)* ». Cette solution a été confirmée et appliquée par la même cour, d'abord, le 12 janvier 1993 dans l'affaire *Beyrard*⁴⁷⁴, puis le 19 mai 1993 dans l'affaire *Labinal*⁴⁷⁵ qui concernait l'application du droit communautaire de la concurrence. Dans cette dernière affaire, la cour d'appel de Paris a réitéré dans les mêmes termes, mais encore plus nets dans sa position. En effet, tout en reconnaissant l'arbitrabilité des litiges impliquant ces dispositions, « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport litigieux ». En outre, la cour a admis en jugeant que « *si le caractère de la loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci n'ont pas toutes ensemble attiré à la procédure arbitrale* ».

⁴⁷³ CA Paris, 29 mars 1991, arrêt *Ganz*, arrêt précité. Pour une analyse sur les faits, voir ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrabilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, op. cit., p. 25. Voir également pour les faits, FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 352.

⁴⁷⁴ CA Paris, 12 janvier 1993, *République de la Côte d'Ivoire c/ Norbert Beyrard*, RA 1994, 685, spéc. 615, comm. P. Mayer.

⁴⁷⁵ CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal c/Mors et westland Aerospace*, RA 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1993, p. 957 et s. note L. Idot ; *RTD com.*, 1993, p. 494, note E. Loquin et J-C. Dubarry. Voir également dans le même sens, CA Paris, 14 octobre 1993, *Velcro*, RA 1994, 165, note Ch. Jarrosson ; CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette c/ Reteitalia*, RA 1996, p. 82, note D. Cohen ; CA Paris, 10 septembre 1997, RA 1999, p. 121, obs. D. Bureau et A. Hory ; CA Paris, 1^{er} mars 2001, RA 2001, p. 584, obs. J-B. Racine. Voir également, LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », op. cit., p. 3.

174. Cette solution de mise à l'écart de règle de l'ordre public comme facteur d'inarbitrabilité a été reprise également dans un arrêt du 8 juillet 2010 par la Cour de cassation⁴⁷⁶. L'arrêt *Doga*, s'inscrit dans la lignée de l'arrêt *Monster Cable*⁴⁷⁷, rendu en matière de droit international privé, dans lequel la mise en application d'une clause attributive de juridiction en présence de lois de police a été admise. En effet, en l'espèce, la cour était saisie de la demande d'une partie d'écarter la clause compromissaire contenue dans un contrat de distribution exclusive à durée indéterminée sur le territoire français conclu le 19 novembre 1999 entre les sociétés HTC et Doga portant sur des machines-outils pièces détachées. Cette demande portait sur le caractère de loi de police d'une règle française applicable à la rupture litigieuse des relations contractuelles établies (article L. 442-6-I-5° du Code de commerce). La Cour de cassation rejette le pourvoi du demandeur, en jugeant qu'il importe peu « (...) *que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, furent-elles constitutives d'une loi de police sont applicables. La cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa compétence* ».

175. Cette décision constitue une étape décisive du mouvement jurisprudentiel entamé avec l'affaire *Tissot*⁴⁷⁸. Ainsi, si auparavant, l'arbitre était incompétent par le seul fait qu'une question était soumise à une réglementation impérative, la jurisprudence reconnaît désormais que le caractère d'ordre public d'une règle ne constitue plus en principe un obstacle à l'arbitrage international et admet surtout la compétence de l'arbitre à le sanctionner après avoir constaté sa violation⁴⁷⁹. Ainsi, bien que la formulation de l'article 2060 du Code civil français demeure

⁴⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga c/ Sté HTC Sweden AB*, n° 09-67.013, RA 2010, p. 513 et s., note R. Dupeyre ; D. 2010, n° 28, p. 1797, note X. Delpech ; D. 2010, n°44, p. 2933, pan., obs. T. Clay ; D. 2010, n° 43, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD com.* 2011, p. 667, note P. Delebecque ; RA 2016, p. 859, note M. Boucaron-Nardetto ; *Gaz. Pal.* 2016, n°40, p. 36, obs. D. Bensaude ; *RTD com.* 2017, p. 847, obs. E. Loquin. Voir également, LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op. cit., pp. 198 -199.

⁴⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2008, *Monster Cable Products Inc c/ Audio Marketing Service*, n° 07-15.823, D. 2008, n°40, act. Jurispr. p. 2790, obs. I. Gallmeister ; *JCP G* 2008, II, 10187, note L. D'Avout ; D. 2009, n°35, pan. p.2384, obs. S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1 et s., obs. D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD com.* 2009, p. 646, obs. P. Delebecque.

⁴⁷⁸ Voir *supra*, p. 8.

⁴⁷⁹ Cette tendance jurisprudentielle a été saluée par la doctrine. Ce fut le cas de Mme IDOT qui déclarait à ce propos, « la solution appelée de ses vœux par la doctrine ne peut qu'être approuvée. L'arbitre n'a pas de pouvoir comme le juge étatique de droit commun et doit comme lui avoir la possibilité d'annuler un contrat, ou certaines de ses clauses, qui violeraient des règles d'ordre public, ou encore attribuer des dommages et intérêts à la partie lésée ». L'auteur ajouta également que « l'arbitre est dans la même situation qu'un juge de droit commun, rien ne lui interdit de prononcer une nullité, dès lors que le prononcer ne remet pas en cause la convention dont il tire précisément ses pouvoirs » : IDOT Laurence, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *RJ. Com.*, 1996, n°3, p. 9. Voir également, RAVILLON Laurence, « Que reste-t-il de l'inarbitrabilité ? », in *L'ordre public et l'arbitrage*, op. cit., p. 57 ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », op. cit., p. 3.

inchangée⁴⁸⁰, les règles d'ordre public ne sont plus, sauf exception, un obstacle à l'arbitrage. Ainsi, les dispositions impératives interviennent plus pour interdire l'arbitrage à l'exception de certaines règles d'ordre public qui peuvent toujours interdire le recours à l'arbitrage. En effet, l'inarbitrabilité en droit français serait essentiellement réservée aux causes indisponibles de nature extrapatrimoniale pour lesquelles l'éviction du recours à l'arbitrage est impérative (droit pénal, l'état et la capacité des personnes). Ces exceptions sont prévues en droit interne par l'article 2060 du Code civil français. Toutefois, le pouvoir d'appliquer et de sanctionner les règles d'ordre public par l'arbitre s'exerce naturellement sous le contrôle a posteriori du juge d'annulation⁴⁸¹.

176. Si l'effort jurisprudentiel a été déployé en matière internationale de l'arbitrage pour admettre la reconnaissance de l'arbitre afin de résoudre des questions touchant à l'ordre public, cet effort semble néanmoins s'arrêter à mi-chemin. En effet, bien que la doctrine considérât la solution comme applicable en matière d'arbitrage interne⁴⁸², la solution ne sera finalement

⁴⁸⁰ Comme nous l'avons vu, les articles 2059 et 2060 du Code civil français continuent à exclure de l'arbitrage « toutes les matières qui intéressent l'ordre public » et n'établissent pas clairement que la compétence de l'arbitre ne soit pas automatiquement exclue du seul fait que les règles applicables pour trancher les différends présentent un caractère d'ordre public. L'ancienneté de ces règles explique que la matière a considérablement évolué sous l'impulsion de la jurisprudence et de la doctrine de telle sorte que, le plus souvent, le droit positif s'est éloigné des solutions affirmées pourtant clairement par les textes applicables. En effet, selon le professeur LOQUIN, « en réalité les textes précités énoncent un droit du XIXe siècle, qui n'a plus rien à voir avec le droit français du XXIe siècle. Le malheur est qu'ils n'ont pas été modifiés et qu'ils ne se rendent compte en aucune manière des rapports qu'entretient l'arbitrage moderne avec l'ordre public » : LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, p. 2. Mais cette absence de reconnaissance formelle des principes plus favorables à l'arbitrage, selon le professeur FOUCHARD, s'explique cependant par le fait que la réforme du Code civil a été établie par décret. L'auteur ajoute que c'est le principe de la répartition constitutionnelle de compétence qui aurait empêché, d'après l'avis du Conseil d'État, l'introduction par voie de décret de règles touchant « aux principes fondamentaux du droit des obligations ». Pourtant, le Rapport au Premier ministre français admet en principe la compétence de l'arbitre à trancher un différend même si la matière est régie par des règles impératives. : FOUCHARD Philippe, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *Journal de droit international (Clunet)*, 1982, pp. 374-420.

⁴⁸¹ Ce contrôle a posteriori opéré par le juge ne concerne plus l'arbitrabilité, mais portera sur la conformité de la sentence à l'ordre public international. Voir sur ce point, ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 317 ; RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 168 ; LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, *op. cit.*, p. 210 ; LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, *op. cit.*, p. 83. Voir également, MAYER Pierre, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Revue de l'arbitrage*, 1994, n°4, pp. 615 et s. ; VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op. cit.*, pp. 396 et s. ; ZERRIFI Mohammed, *L'arbitrabilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, *op. cit.*, pp. 56 et s. ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 6 et s.

⁴⁸² En effet, bien que la situation de l'arbitrage interne ne fût pas claire (voir sur en ce sens, VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op. cit.*, p. 384 ; RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.* note 88, p. 148.), certains auteurs étaient favorables pour la transposition de la solution internationale en droit interne de l'arbitrage. En effet, Mme IDOT, favorable à cette transposition s'était interrogé de savoir : « Pourquoi l'arbitre interne aurait-il moins de pouvoir que l'arbitre international, dès lors bien évidemment que la convention d'arbitrage dont il tire précisément ses pouvoirs est valable ? » : IDOT Laurence, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *op. cit.*, p. 18. Voir également M. Jarrosson qui estime que la

d'abord consacrée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 septembre 2002⁴⁸³ qui a jugé en matière interne, « *qu'après avoir rappelé que l'arbitrabilité du litige n'était pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable, les arbitres ont pu tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause* ». Puis, par la Cour de cassation, dans un arrêt *Toulouzy* du 9 avril 2002⁴⁸⁴. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décida tant pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage international qu'« (...) *il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation* »⁴⁸⁵.

177. Par ailleurs, cette conception libérale pour la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges soumis à des règles d'ordre public n'est pas propre au droit français, mais correspond à un vaste mouvement en droit comparé⁴⁸⁶. En effet, sous l'impulsion de la jurisprudence américaine, les cours américaines ont admis la compétence des arbitres d'appliquer n'importe quelle règle d'ordre public. Parmi les décisions les plus importantes dans la reconnaissance de la compétence des arbitres, citons le célèbre arrêt *Mitsubishi*⁴⁸⁷ qui a été considéré par certains

solution adoptée par la cour d'appel de Paris en matière internationale trouve son application en matière interne sans attendre un arrêt spécifique qui la consacre : JARROSSON Charles, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ com.*, 1996, n°96, p. 6.

⁴⁸³ CA Paris, 12 septembre 2002, RA 2003. 173, note M. E. Boursier. Voir également, LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, p. 4.

⁴⁸⁴ Cass., 9 avril 2002, *Toulouzy c/ SNC Philam*, n°98-16.829, RA 2003, pp. 105 et s. Note P. Didier ; *D.* 2003, p. 1117, note L. Degos ; *D.* 2003, somm. p. 2470, note T. Clay ; *JCP G* 2003, n°2, note C. Seraglini ; *RTD com.* 2003, pp. 62 et s., note E. Loquin. Voir également pour les faits de l'affaire, LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, *op. cit.*, pp. 196-198 ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*

⁴⁸⁵ La solution fut auparavant confirmée en droit interne de l'arbitrage par la CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette c/ Reteitalia*, *op. cit.*, pp. 87 et s. Voir aussi sur le sujet, LEVEL Patrice, « L'arbitrabilité », *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 213 et s.

⁴⁸⁶ En effet, de nombreux droits étrangers ont suivi la même évolution et ont déconnecté l'inarbitrabilité de l'ordre public. Il en est de même du droit belge, du droit allemand et du droit suisse qui va jusqu'à l'admission de toute cause de « nature patrimoniale » (Art. 177, al. 1, LDIP), mais également dans la plupart des juridictions de *Common law* : (VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op. cit.*, pp. 432- 434 ; LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *op. cit.*, p. 4 ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 353-354). Ce fut également le cas du Québec, où le pouvoir de l'arbitre de trancher des litiges soumis à une réglementation impérative a été reconnu implicitement par le second alinéa de l'article 2639 du Code civil du Québec : « (...) *Il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public* ». VERA Arcangeli, *op. cit.*, pp. 427- 432.

⁴⁸⁷ Supreme Court of the United States, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp.v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614 (1985), cité in McLAUGHLIN Joseph, « Arbitrability : Current Trends in the United States », *Arbitration Law Review*, 1996, pp. 906 et s. Voir pour les faits : VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op. cit.*, pp. 308-312 ; GOLOUBTCHIKOVA-ERNST Tatiana, *L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 7 et s. ; ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrabilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, *op. cit.*, pp. 35-37.

comme le véritable détonateur d'un courant jurisprudentiel favorable à l'extension de l'arbitrabilité en matière du droit de la concurrence. Par sa décision dans l'affaire *Mitsubishi vs Soler*, la Cour suprême a souligné sa pleine confiance en la capacité des arbitres de résoudre toute question que le législateur n'a pas expressément réservée à la juridiction étatique, notamment celles relatives aux lois américaines et renverse ainsi la doctrine posée par l'arrêt *American Safety*⁴⁸⁸ qui avait exclu l'arbitrabilité en raison précisément, de l'intérêt public concerné.

178. Cette tendance reconnaît, ainsi, une pleine *jurisdictio* aux arbitres. L'arbitre devient alors un juge à part entière en ce qu'il a le pouvoir d'appliquer tout type de règles, y compris celles qui sont qualifiées d'ordre public réellement international.

Section 2 : La faculté de l'arbitre de statuer sur un litige impliquant une mesure d'embargo

179. Comme nous avons vu auparavant, les mesures d'embargo appartiennent sans aucun doute de l'ordre public réellement international⁴⁸⁹. On pourrait ainsi, tout simplement se contenter de renvoyer les analyses déjà faites sur le rapport entre ordre public et compétence de l'arbitre et transposer les solutions acquises⁴⁹⁰. En effet, il semble aujourd'hui résulter de la jurisprudence française et étrangère et de la doctrine dominante que le caractère d'ordre public des règles applicables à un litige ne conduit pas en soi à considérer celui-ci comme inarbitrable.

180. Toutefois, ces mesures d'embargo présentent de réelles spécificités en raison de leur nature de norme de droit international public et de leur but « politique ». Mais il est admis devant la juridiction étatique et en arbitrage que les mesures d'embargo sont traitées comme n'importe quelle autre règle d'ordre public dans leur relation avec l'arbitrage international. De ce fait, les différends relatifs aux lois d'embargo pas plus que d'autres mesures de restrictions des échanges sont arbitrables. Pourtant, sur le fondement de la conception ancienne de la non-arbitrabilité des matières touchant l'ordre public, il est arrivé dans la période récente, que des parties soutiennent que des arbitres du commerce international ne pourraient connaître du contentieux de l'embargo décidé à l'encontre d'un État par la communauté internationale.

⁴⁸⁸ US Court of Appeals for the second Circuit, *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F. 2d 821, March 20, 1968.

⁴⁸⁹ *Supra*, paragraphe 2 section 1 chapitre 1 de ce titre.

⁴⁹⁰ Voir en ce sens, *supra* paragraphe 1 de la section 1 de ce Chapitre. Voir également les thèses suivantes, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.* ; SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. Pierre Mayer, Paris, Nouvelle Bibliothèque des Thèses Dalloz, 2001.

181. L'arrêt *LAA/ Air France* de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 apporte, selon le professeur RACINE, une pierre supplémentaire à cette construction jurisprudentielle. En effet, la décision de la cour d'appel du Québec révèle très nettement la *favor arbitradum* qui domine le droit de l'arbitrage international, en matière d'embargo (**Paragraphe 1**). Toutefois, nous verrons que l'affaire *LAA/ Air France* ne concernait pas exactement l'inarbitrabilité d'un litige, mais posait un problème plus complexe, celui de la question de l'irrecevabilité des demandes au regard de l'embargo contre la Libye prononcée par le Conseil de sécurité des Nations Unies (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La possibilité d'arbitrer des litiges portant sur des mesures d'embargo

182. Le litige entre *Air France* et la *Libyan Arab Airlines (LAA)*⁴⁹¹ a posé la question de l'application de l'embargo décidé par l'ONU à l'encontre de la Libye en matière d'arbitrage international. La Cour suprême du Canada, saisie de cette affaire, jugea que « *Les mesures d'embargo, en tant que disposition relevant de l'ordre public international, sont arbitrables* ». Cette décision de la Cour suprême consolide une tendance de fond du droit de l'arbitrage international solidement acquis en droit français et étranger et dans la pratique arbitrale.

183. L'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003⁴⁹² concernait un contrat conclu en 1972 entre *Air France* et la *Libyan Arab Airlines (LAA)*, par lequel *Air France* s'engageait à entretenir la flotte aérienne de *LAA* ainsi qu'à fournir le personnel navigant et les services spécialisés en matière de transport aérien. Ce contrat contenait une clause compromissoire renvoyant au règlement d'arbitrage de l'association du transport aérien international (IATA) à la suite de deux attentats qui, pour l'un causa l'explosion en vol d'un avion au-dessus de Lockerbie en Écosse le 21 décembre 1988 et l'autre en territoire nigérian, le 19 septembre 1989. Après plusieurs enquêtes, l'implication de la Libye dans ces deux attentats fut retenue. Le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU) adopta dans un premier temps, le 31 mars 1992, une résolution 748 prévoyant, notamment que les États « *interdiront à leurs nationaux, ou à partir de leur territoire, la fourniture de tout avion ou de tout composant*

⁴⁹¹ CA Montréal, 31 mars 2003, *Libyan Arab Airlines c/ Air France*, Bull., ASA, 2003. 630.

⁴⁹² Sur cette affaire, voir RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *Journal du droit international (Clunet)* n°1, janvier 2004, var. 100004, pp. 2 et s. ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 762-769 ; LOQUIN Éric, « Les effets des lois d'embargo sur la mise en œuvre des clauses compromissoires », *RTD Com.*, 2001, n°1, 66. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 113- 122 ; AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Éric Loquin et Sébastien Manciaux (ss dir.), Dijon, Université de Bourgogne- CNRS, LexisNexis, 2014, pp. 149 et s.

d'avion à la Libye, l'apport de tout service d'ingénierie ou de maintenance aux avions libyens ». Le 14 avril 1992, le Conseil de l'Union européenne adopta un règlement 945/92 transposant dans l'ordre juridique communautaire l'embargo de l'ONU. Le 15 avril 1992, le Canada intégra à son tour l'embargo dans son ordre juridique. Le 16 avril, *Air France* informa la *LAA* qu'elle devait mettre fin à l'exécution du contrat qui liait les deux parties en raison de l'embargo frappant la Libye. Puis, la résolution 883 du 11 novembre 1993 étendit les mesures d'embargo à l'ensemble des relations financières et commerciales de la Libye. Son article 8, prévoyant notamment que « *les gouvernements de tous les États (...) prendront les mesures nécessaires pour s'assurer qu'aucune réclamation ne soit instruite à l'initiative du Gouvernement libyen, ou des administrations publiques libyennes, ou de tout national libyen, ou de toute entreprise libyenne (...) en liaison avec tout contrat ou toute autre transaction ou opération commerciale dont la réalisation a été affectée en raison des mesures imposées par la présente résolution ou par suite de son application ou de l'application de résolutions connexes* ». L'embargo a été suspendu le 5 avril 1999 et levé le 12 septembre 2003.

Le litige naquit lorsque *LAA* introduisit contre *Air France* le 23 octobre 1995, une demande d'arbitrage auprès de l'IATA en vertu de la clause compromissoire insérée au contrat. La *LAA* reprochait à *Air France* une rupture partielle du contrat le 1^{er} novembre 1985 et une rupture définitive le 16 avril 1992. *Air France* refusa de désigner un arbitre en raison des mesures d'embargo prononcées par l'ONU qui, selon elle, l'empêchaient de participer à l'arbitrage. Le tribunal arbitral fut finalement constitué à la suite de la nomination d'un arbitre par le Directeur général de l'IATA. Le siège de l'arbitrage fut fixé à Montréal et le droit français fut choisi comme droit applicable au fond. À l'occasion de la rédaction de l'acte de mission, *Air France* souleva une exception d'inarbitrabilité en raison des mêmes résolutions de l'ONU (notamment l'article 8 de la résolution), car selon elle, les résolutions de l'ONU et les règlements de l'Union européenne feraient obstacle « *à ce qu'*Air France* participe à toute procédure relative à une demande formulée par une entreprise libyenne en liaison avec un contrat dont la réalisation a été affectée, directement ou indirectement, par lesdites règles internationales* ». En d'autres termes, *Air France* considérait que le litige ne pouvait être soumis à l'arbitrage du fait des mesures d'embargo prises par l'ONU et l'Union européenne à l'encontre de la Libye.

L'exception d'inarbitrabilité fut rejetée par le tribunal arbitral au motif « *qu'il ne résulte pas de l'ordre public transnational, pas plus des droits français (droit du fond) et canadien (droit du siège) une quelconque inarbitrabilité et en conséquence rejette l'exception d'inarbitrabilité d'*Air France* (...)* ». *Air France*, défenderesse, formula un recours en annulation contre cette

sentence en date du 10 juillet 1998 devant la Cour supérieure de Montréal. Ce recours fut rejeté par la juge de première instance canadienne qui a estimé que le litige était arbitral. Cette décision fut confirmée sur appel par la cour d'appel du Québec, qui après avoir affirmé le principe de la compétence-compétence, jugea « *qu'il n'était pas établi que les faits en présence permettent de conclure que l'instance arbitrale a violé l'ordre public transnational en se déclarant compétente pour entendre le litige* » ; en conséquence, « *l'argument voulant que le tribunal arbitral n'ait pas respecté l'ordre public compétent n'est infondé et la Cour supérieure ne pouvait ainsi pas annuler la sentence arbitrale en se fondant sur ce moyen* ».

184. Selon le professeur Racine, la solution rendue dans cette affaire par la cour d'appel du Québec n'est pas étonnante⁴⁹³. En effet d'une part, la solution est en tout point conforme à l'article 1926.2 in fine du Code civil québécois qui dispose qu'« *il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public* ». Et d'autre part, cette solution se range très clairement à la conception la plus moderne de l'arbitrabilité.

185. S'agissant de la question de l'arbitrabilité des litiges impliquant une mesure d'embargo, la solution n'est pas nouvelle⁴⁹⁴. En effet, il a déjà été jugé de manière plus spécifique que des litiges portant l'application de mesures d'embargo étaient arbitrales⁴⁹⁵. Tel était le cas par exemple dans une affaire CCI n°6719 *Fincantieri*, qui a donné lieu à une sentence partielle rendue à Genève en 1994⁴⁹⁶ à propos de l'embargo contre l'Irak décidé par le Conseil de sécurité en août 1990. Deux sociétés italiennes spécialisées dans la fabrication de matériel de guerre avaient chacune conclu avec un agent syrien un contrat d'agence en 1979 et 1980, en vue d'obtenir de l'Irak divers marchés portant sur la fourniture de matériel militaire. Jusqu'en 1987, les contrats conclus avec cet État, de même que le contrat d'agence ont été exécutés

⁴⁹³ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, pp. 4 et s.

⁴⁹⁴ Pour une étude sur l'incidence des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international, AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », *in L'ordre public et l'arbitrage, op. cit.*, pp. 146 et s.

⁴⁹⁵ Voir également, *Belship Navigation, Inc. v. Sealift, Inc.*, 95 Civ. 2748 (RPP), 1995 WL 447656, at 4-5 (1995 U. S. Dist. LEXIS 10541) (S.D.N.Y. July 28, 1995), dans lequel une juridiction américaine a également affirmé qu'un différend mettant en jeu l'embargo de Cuba par les États-Unis pouvait être soumis à l'arbitrage.

⁴⁹⁶ Sentence CCI n°6719, *JDI* 1994, p. 1071, obs. J.-J. Arnaldez. Sentence citée par FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, pp. 372-373 ; ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrabilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien, op. cit.*, p. 23 ; RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 5 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 760-762 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, pp. 108-110. AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », *in L'ordre public et l'arbitrage, op. cit.*, p. 148.

régulièrement. Par la suite, des difficultés ont surgi, l'autorité irakienne compétente ayant suspendu les paiements. Le demandeur syrien a alors saisi un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI) pour obtenir les paiements des commissions dues sur les ventes de matériels militaires effectuées à l'Irak. Devant le tribunal arbitral, les défenderesses italiennes soulevèrent l'inarbitrabilité du litige en raison des résolutions des Nations Unies (notamment sur la résolution 661) relatives aux mesures d'embargo sur la vente et la fourniture de tous les produits de base à l'Irak. Le tribunal arbitral rejeta cette argumentation, et après avoir dégagé les principes qui régissent l'arbitrabilité dans les arbitrages internationaux, déclara le litige arbitral en ces termes : « (...) *Le Tribunal est aussi convaincu avec la doctrine et la jurisprudence récentes, qu'il faut se garder de confondre l'application par l'arbitre international de dispositions d'ordre public d'une part et l'inarbitrabilité du litige d'autre part. Le seul fait que la nature du litige puisse amener l'arbitre à appliquer certaines règles juridiques d'ordre public ne signifie pas que le litige devient, par là même, inarbitrable. L'arbitre doit respecter les règles d'ordre public international, mais il n'a pas à se déclarer incompétent* ».

Le tribunal fédéral suisse saisi d'une demande en annulation de la sentence par les deux sociétés italiennes sur un raisonnement un peu différent a également affirmé dans un arrêt du 23 juin 1992 l'arbitrabilité du litige⁴⁹⁷. Le tribunal déclara également, en répondant à l'argument des sociétés demanderesses à propos de la violation alléguée de l'ordre public international : « *Dans le contexte de la présente affaire, l'ordre public ne pourrait avoir de l'importance que s'il exigeait impérativement que la prétention litigieuse soit soumise à une autorité étatique. En revanche, le fait que ladite prétention touche l'ordre public ne suffirait pas en soi d'exclure l'arbitrabilité de la cause : il appartenait, dans ce cas au tribunal de tenir compte de cette circonstance (...)* ».

186. La décision du tribunal arbitral rendue dans l'affaire *Fincantieri* et confirmée par le Tribunal fédéral suisse, selon Mme Bastid-Burdeau est intéressante parce qu'en affirmant très clairement la possibilité pour l'arbitre de distinguer entre l'arbitrabilité du litige, qui en principe n'est pas affectée par l'intervention d'un embargo et l'application des règles d'ordre public, elle ouvre la possibilité pour les arbitres de donner effet aux embargos considérés comme se

⁴⁹⁷ Tribunal fédéral suisse, *Fincantieri-Canterieri Navali c/ M.*, RA 1993, p. 691, note F. Knoepfler ; *Rev. suisse dr. int. et dr. eur.*, 1994, p. 111, obs. F. Knoepfler. Affaire citée par RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 4. AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », *in L'ordre public et l'arbitrage, op. cit.*

rattachant à l'ordre public international, c'est-à-dire ceux décidés par le Conseil de Sécurité et relayés par les législations des États membres de l'ONU⁴⁹⁸. D'ailleurs, la décision de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 s'inscrit dans la lignée de cette sentence en allant dans le sens de la reconnaissance de l'arbitrabilité du litige portant sur l'embargo de la Libye⁴⁹⁹.

187. Par ailleurs, en droit français, il va sans dire que la juridiction française n'avait jusqu'alors réellement affirmé d'une manière explicite qu'un litige portant sur un embargo international était arbitral⁵⁰⁰, même si un arrêt de la Cour de cassation peut être éventuellement être interprété comme ayant implicitement admis une telle solution⁵⁰¹. Mais le libéralisme français en matière d'arbitrage international s'est exprimé de manière explicite dans un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 15 juin 2006 opposant le *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak*, agissant pour le compte du gouvernement irakien et les sociétés italiennes *Fincantieri Cantieri Navali Italiana, Finmeccanica et Armamenti E Aerospazio*⁵⁰². Cet arrêt de la cour d'appel de Paris peut être versé au dossier, peu fourni, des décisions judiciaires françaises relatives aux effets des embargos issus du Conseil de Sécurité des Nations Unies. En effet, l'affaire en question concernait une demande d'exequatur de la décision rendue par la cour d'appel de Gênes dans l'arrêt *Fincantieri* du 7 mai 1994⁵⁰³. En l'espèce, la cour d'appel de Gênes s'est prononcée sur la validité des trois conventions d'arbitrage des contrats conclus entre les parties au regard de l'article II de la Convention de New York du 10 juin 1959 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Après s'être prononcée sur la compétence de l'arbitre en considérant que la clause d'arbitrage était devenue inopérante en raison de l'embargo, la cour d'appel a retenu la compétence du juge civil de Gênes, en ordonnant la reprise de l'instance au fond devant le juge étatique. Le *Legal Department* du ministère de la Justice de la République d'Irak a fait appel

⁴⁹⁸ Geneviève Bastid-BURDEAU, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 761.

⁴⁹⁹ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁰¹ Cass., 16 mai 1995, *RGDIP* 1996, p. 1094.

⁵⁰² CA Paris, 1^{re} ch. civ, 15 juin 2006, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c/ Fincantieri Cantieri Navali Italiana, Finmeccanica et Armamenti E Aerospazio*, CT0051, RA 2006, p. 866 ; RA 2007, 87 note S. Bollée. Voir pour rappel des faits et commentaire, MOURRE Alexis et PEDONE Priscille, « Arbitrage international, Convention de Bruxelles de 1968, Champ d'application, Exequatur, Convention de New York de 1958, Clause compromissoire, Validité, principe de compétence-compétence : cour d'appel de Paris (1^{re} C), 15 juin 2006, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c. Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani et a* », *Gaz. Pal.*, 17 octobre 2006, n°290, p. 43. Arrêt cité également par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 110-111. Voir également, D'AVOUT Louis, « Embargo international et déni de justice arbitrale », *Rev. crit. DIP*, 2020, n°3, pp. 526 et s.

⁵⁰³ CA Gênes, 7 mai 1994, *Rivista dell'arbitrato* 1994, pp. 505 et s., note S. La China.

le 25 février 2005⁵⁰⁴ d'une ordonnance rendue le 19 octobre 2004 par le président du Tribunal de grande instance de Paris qui a exequaturé au visa de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 la décision rendue par la cour d'appel de Gênes. La cour d'appel de Paris saisie de cette affaire à son tour refusa de reconnaître la décision rendue par la cour d'appel de Gênes, « *Considérant qu'en présence d'une convention d'arbitrage et alors même que le tribunal n'est pas saisi, le juge étatique doit se déclarer incompétent, à moins qu'un examen sommaire ne lui permette de constater la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, priorité étant réservée à l'arbitre auquel il appartient de statuer sur sa propre compétence pour juger de la validité et de l'efficacité de la clause de l'arbitrage. La décision concluant après un examen substituant à l'inefficacité des clauses compromissoires des contrats passés entre les parties en raison des règles de l'embargo décrété par les Nations Unies a été rendue par une juridiction incompétente, l'arrêt ne peut par conséquent être accueilli en France* ».

188. Par conséquent, le caractère politique, voire hostile, de l'embargo ne fait pas obstacle à l'arbitrabilité des litiges et n'interdit pas à un arbitre, juge privé, d'apprécier le fond du litige. Comme le relève le professeur Mayer, les mesures d'embargo en tant que relevant de l'ordre public international peuvent ainsi être soumises à l'arbitrage. En outre, le professeur Racine souligne qu'on peut déduire « qu'il existerait un principe général du droit international de l'arbitrage selon lequel la nature d'ordre public des normes applicables à un litige ne rend pas elle seule cette dernière insusceptible d'arbitrage. Et il serait possible d'étendre cette remarque à l'ensemble des matières publiques »⁵⁰⁵. Toutefois, l'auteur ajoute que cette suggestion doit être avancée de manière prudente. En effet, il existe encore des résistances à la reconnaissance de l'arbitrabilité des mesures d'embargo. On citera par exemple l'affaire *Fincantieri* qui avait été tout d'abord portée, puis traitée en partie par des juridictions italiennes qui ont donné une solution différente de celle des juridictions suisses. Toutefois, cette fois-ci, l'affaire sera citée pour une illustration au sens contraire, car la solution donnée est différente de celle des juridictions suisses. De même, les faits ne sont pas identiques à ceux portés devant le tribunal

⁵⁰⁴ Le gouvernement de la République d'Irak conclut à l'infirmité de cette ordonnance au motif principal que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 est inapplicable en raison de l'exclusion de l'arbitrage de son champ d'application. Il ajoute que l'arrêt de la cour d'appel de Gênes ne peut pas plus recevoir un exequatur au titre de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, la décision ayant été prise par une juridiction incompétente au sens de cette Convention, qu'elle est au surplus contraire à l'ordre public en refusant au gouvernement de la République d'Irak accès à la justice arbitrale et enfin qu'elle est entachée de fraude à la loi. Si même, la Convention de Bruxelles devait s'appliquer, le gouvernement de la République d'Irak dit que l'exequatur devrait être refusé pour méconnaissance d'une règle de droit international privé française et contrariété à l'ordre public international (article 27 al. 4 et 1 de la Convention). Voir en ce sens, CA Paris, 1^{er} ch. civ., 15 juin 2006, *op. cit.*, p. 866.

⁵⁰⁵ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 5.

fédéral de Suisse. En effet, dans cette affaire, le litige opposait les deux mêmes sociétés italiennes au ministère de la Défense irakienne⁵⁰⁶. La cour d'appel de Gênes saisie de cette affaire a estimé que le litige impliquant la connaissance d'une mesure d'embargo contre l'Irak n'était pas arbitrable en raison du caractère non disponible des droits litigieux.

189. Cependant, cette solution des juridictions italiennes résulte que l'arbitrabilité des litiges portant sur des mesures d'embargo n'est pas universellement reconnue. M. Racine écrit à cet égard que cette solution peut paraître toutefois très contestable. Ainsi, on ne doit pas s'étonner de voir des divergences, voire des contradictions pour reprendre l'expression d'un auteur⁵⁰⁷ dans un cadre international. En revanche, cette décision italienne ne remet pas, en cause, selon le professeur Racine, la tendance générale favorable à l'admission de l'arbitrabilité des différends relatifs à un embargo. L'arrêt de la cour d'appel du Québec est précisément représentatif de cette dernière tendance la plus libérale et correspondant au mieux à ce qu'il est convenu d'appeler les « *besoins du commerce international* »⁵⁰⁸.

Paragraphe 2 : La question de l'irrecevabilité des demandes formulées par la partie libyenne portant sur les contrats affectés par les mesures d'embargo

190. En effet, l'affaire de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 opposant *Air France* à la compagnie aérienne *Libyan Arab Airlines* ne concernait pas exactement la question de l'arbitrabilité des litiges, mais en réalité l'intérêt de cette affaire résidait dans le problème de la recevabilité des demandes au regard de l'article 8 de la résolution 883 et du règlement communautaire de transposition n°3275 du 29 novembre 1993 prévoyant que : « *Les*

⁵⁰⁶ Cette affaire concerne l'arrêt de la cour d'appel de Gênes du 7 mai 1994, déjà citée un peu plus haut dans le développement. En l'espèce, par des contrats conclus au début des années 1980, la société *Fincantieri* et d'autres entreprises s'étaient engagées à livrer à l'Irak plusieurs navires de guerre, ainsi qu'à fournir diverses prestations de services connexes et des missiles ou munitions. Entre 1984 et 1986, trois navires seulement purent être livrés sur les onze qui étaient dus. En 1990 intervint l'embargo des Nations Unies sur le commerce avec l'Irak. Du fait de ces sanctions internationales, complétées par des règles européennes et étatiques de mise en œuvre, les sociétés italiennes engagèrent des poursuites judiciaires au titre de divers contrats conclus qui devenaient impossibles à exécuter en raison de l'embargo. Le tribunal de Gênes saisi en juillet 1991, se déclara incompétent en décembre 1992 en raison de la clause compromissoire insérée dans le contrat et par conséquent, il renvoya les parties à se pourvoir en arbitrage. Toutefois, la cour d'appel de Gênes invalida cette conclusion par un arrêt de 1994. Elle considéra que la clause d'arbitrage était devenue inopérante à raison de la mesure d'embargo et ordonna la reprise de l'instance au fond devant le juge civil de Gênes. Par décision rendue le 15 janvier 1996, la haute juridiction italienne a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, mais pour purs motifs de forme. Affaire citée par RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 5. Voir également, MARCHAND Aurèle, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 111 ; D'AVOUT Louis, « Embargo international et déni de justice arbitrale », *op. cit.*

⁵⁰⁷ SALAH Mohamed Mahmoud, *Les contradictions du droit mondialisé*, coll. Droit éthique société, PUF, 2002.

⁵⁰⁸ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.* Voir également FOUCHARD Philippe, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd., Frison-Roche, 1999, p. 381.

gouvernements de tous les États (...) prendront les mesures nécessaires pour s'assurer qu'aucune réclamation ne soit instruite à l'initiative du Gouvernement libyen, ou des administrations publiques libyennes, ou de tout national libyen, ou de toute entreprise libyenne (...) en liaison avec tout contrat ou toute autre transaction ou opération commerciale dont la réalisation a été affectée en raison des mesures imposées par la présente résolution ou par suite de son application ou de l'application de résolutions connexes »⁵⁰⁹.

191. En effet, en l'espèce, devant le tribunal arbitral, la société *Air France* invoqua une exception d'inarbitrabilité fondée sur les termes de l'article 8 de la résolution 883 et particulièrement sur la formule tendant à ce « qu'aucune réclamation ne soit instruite » relative à l'inexécution d'un contrat frappé par l'embargo. Mais, le tribunal arbitral par une sentence partielle n°1 rejeta cette exception d'inarbitrabilité soulevée par la défenderesse et se déclara compétent pour statuer sur le litige. Saisie par *Air France* d'une requête en annulation contre cette sentence partielle n°1 du tribunal arbitral, la Cour supérieure de Montréal rejeta la requête et estima « *que seul le tribunal arbitral avait compétence pour se prononcer sur la question de sa propre compétence et de la recevabilité des demandes* ». Sur appel interjeté contre cette décision, la cour d'appel du Québec, après avoir affirmé le principe de la compétence-compétence et refusé de juger la composition du tribunal arbitral comme irrégulière, considéra que l'argument d'*Air France* voulant que le tribunal n'ait pas respecté l'ordre public international est infondé et que la Cour supérieure ne pouvait donc pas annuler la sentence arbitrale en se fondant sur ce moyen. Par ailleurs, la cour d'appel du Québec s'est également prononcée sur la procédure quant aux conséquences sur les demandes de la LAA de l'article 8 de la résolution 883 et le règlement n°3235. La cour d'appel du Québec déclara que selon elle, « *seules seraient irrecevables les demandes d'indemnisations pour tous les dommages directs et indirects causés par l'embargo ou reliés à celui-ci* ». Il revenait, cependant au tribunal lui-même, de trancher cette question. En effet, le tribunal arbitral avait admis dans sa sentence partielle n°1 l'arbitrabilité du litige, mais sans statuer sur la recevabilité de la demande. C'est dans une autre sentence partielle n°3 rendue ultérieurement que le tribunal arbitral a considéré la demande de la LAA comme recevable dans la mesure où elle concerne les contrats à terme et exécuté avant le 1^{er} mars. Cependant, il déclara « *irrecevable toute demande de la LAA*

⁵⁰⁹ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 762-769 ; RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, pp. 5-7. Voir également, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 116-122 ; LOQUIN Éric, « Les effets des lois d'embargo sur la mise en œuvre des clauses compromissoires », *op. cit.*

concernant le contrat entré en vigueur le 1^{er} mars » en application de l'article 8 de la résolution 883 et du règlement communautaire n° 3175.

192. En cela, la cour d'appel du Québec estime que la question de la portée de l'article 8 de la résolution 883 a été tranchée par le tribunal arbitral dans le sens où ce texte n'établit pas le caractère inarbitrable du litige, donc le tribunal a par conséquent respecté l'ordre public transnational contenu dans ce texte. Et de plus, la cour d'appel considère que l'impact de ces dispositions sur les relations contractuelles entre les parties doit être apprécié par le tribunal arbitral. D'ailleurs, selon le professeur Loquin, la décision donnée par la cour d'appel du Québec paraît fondée. En effet, l'appréciation de la recevabilité ou l'irrecevabilité de la résolution 883 est une question arbitrable qui relève de la seule compétence du tribunal arbitral. Le litige est non arbitrable lorsque seule une juridiction étatique peut en connaître. Aucune disposition du droit de l'arbitrage n'interdit à un tribunal arbitral de décider si la demande qu'il doit juger est ou est irrecevable ou, pour reprendre la terminologie employée par la société *Air France*, susceptible ou non d'être instruite. Si les arbitres sont compétents et ils le sont, si la question est arbitrable, c'est à eux seuls, de décider s'ils peuvent exercer leur compétence et instruire ou ne pas instruire la demande d'arbitrage. En effet, il appartient au tribunal arbitral de dire si le contrat litigieux est bien un contrat concerné par la mesure d'embargo prononcée par le Conseil de sécurité et si celle-ci doit être appliquée. Dans l'affirmative, il devra juger que les demandes ne peuvent pas lui être reçues⁵¹⁰.

193. La question que l'on se pose toutefois est de savoir à quoi est dû cet amalgame entre l'inarbitrabilité et irrecevabilité du litige devant le tribunal arbitral. Pour bien apprécier les termes du problème, il convient de se reporter aux textes concernés : l'article 8 de la résolution 883 et le règlement communautaire n° 3275 pris pour application de cette résolution. L'article 8 de la résolution en prévoyant « *qu'aucune réclamation ne soit instruite* » interdisait par conséquent qu'une réclamation formulée par une partie libyenne relative à un contrat soumis à l'embargo ne soit portée à la connaissance d'une juridiction. Ainsi, c'est la notion d'« *ininstruisabilité* » mentionnée dans la formule « *qu'aucune réclamation ne soit instruite* », notion jusqu'alors « inconnue » selon Mme Bastid-Burdeau qu'*Air France* a invoquée pour tenter de faire valoir l'exception d'inarbitrabilité du litige devant le tribunal arbitral.

⁵¹⁰ LOQUIN Éric, « Les effets des lois d'embargo sur la mise en œuvre des clauses compromissaires », *op. cit.* ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, p. 118. Voir également en ce sens la Sentence CCI inédite rendue dans l'affaire n°7698, le 24 mai 2006, qui a confirmé la position rendue par la cour d'appel du Québec.

194. Il apparaît utile afin d'éclairer la question de rappeler le contexte de cette pratique du Conseil de sécurité de l'ONU qui semble ne pas être nouvelle. Elle trouve son origine dans la résolution 687 du 3 avril 1991 (S/RES/687) adoptée lors de la crise du Golfe en 1991. En effet, pendant la crise du Golfe, de nombreux contrats régis par la loi irakienne se sont trouvés affectés par les mesures d'interdiction des échanges commerciaux édictées par le Conseil de sécurité dans la résolution 661. Le droit civil irakien n° 41 de 1951 admettait la force majeure et les circonstances imprévues comme cause d'exonération des obligations contractuelles. Ainsi, les parties irakiennes pouvaient invoquer ces dispositions pour se libérer de leurs obligations en raison des impossibilités d'exécution découlant de l'embargo. Seulement, l'article 4 de la loi irakienne n°57 adopté le 13 septembre 1990, tendait à exclure le caractère libératoire de la force majeure dans l'hypothèse où celle-ci serait invoquée par une partie non irakienne. Ainsi, c'est pour répondre aux risques découlant pour les opérateurs commerciaux de ce dernier texte et en particulier des risques d'appel des garanties à première demande que furent insérées dans la résolution 687 les dispositions du paragraphe 29⁵¹¹.

195. Par la suite, le Conseil de sécurité reproduit les dispositions du paragraphe 29 de la résolution 687 dans la plupart des résolutions adoptées sur le fondement de l'article 41 de la Charte⁵¹². À cet égard, Mme Bastid-Burdeau observe que la version anglaise du texte a sans cesse été reproduite pratiquement dans les mêmes termes d'une résolution à l'autre, y compris dans la résolution 883 à l'encontre de la Libye⁵¹³. En revanche, selon l'auteur, la version française a varié. Mme Bastid-Burdeau constate que dans toutes les résolutions où on trouve cette disposition, ainsi que dans l'article 29 de la résolution 687 était : « décide que tous les États, y compris l'Irak, prendront les mesures nécessaires pour qu'il ne puisse être fait droit à aucune réclamation présentée (...) », alors que dans l'article 8 de la résolution 883 à l'encontre de la Libye, on trouve la formule ambiguë « *qu'aucune réclamation ne soit instruite* ». Ainsi, la notion d'« *ininstruisabilité du litige* » invoquée par le défendeur, au demeurant confuse n'est-elle pas tout simplement peut-être née comme le souligne Mme Bastid-Burdeau, d'« une négligence dans l'établissement du texte français de la résolution 883 » ? Ce qui a, sans doute,

⁵¹¹ Selon le paragraphe 29 de la résolution 687 adoptée contre l'Irak, le Conseil de sécurité « *décide que tous les États, y compris l'Irak, prendront les mesures nécessaires pour qu'il ne puisse être fait droit à aucune réclamation présentée par les pouvoirs publics irakiens ou par toute personne physique ou morale établie en Irak, qu'elle agisse pour son compte ou pour le compte d'autrui ou par l'intermédiaire d'une autre, au motif que l'exécution d'un contrat ou d'une opération aurait été entravée du fait des mesures décidées par le Conseil de Sécurité dans sa résolution 661 (1990) et ses résolutions connexes* ».

⁵¹² C'est aussi le cas à l'égard de la Yougoslavie (Résolution 757(1992) du 30 mai 1992, de la Libye (Résolution 687 (1991) et d'Haïti (Résolution 917 (1994) du 6 mai 1994 (art.11).

⁵¹³ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 767.

donné lieu à tant de controverses de la part d'*Air France*. Car en l'espèce, en invoquant la notion d'« *ininstruisabilité* » des litiges, *Air France*, la défenderesse entendait faire juger par le tribunal arbitral que la demande d'arbitrage était impossible et devait être rejetée sans autre examen. Cependant, l'*ininstruisabilité* du litige formulé par l'article 8 de la résolution concernait une manière simple d'un cas d'irrecevabilité de la demande⁵¹⁴. D'ailleurs, elle paraissait nettement indiquer compte tenu des textes similaires notamment dans la version anglaise que le Conseil de sécurité avait bien envisagé la question en termes de « *recevabilité*⁵¹⁵ » et n'avait pas entendu interdire a priori qu'un tribunal ou un arbitre puisse être saisi, mais seulement, il ne puisse faire droit à une réclamation par la partie libyenne. Ainsi, c'est dans le sens d'une « *irrecevabilité* » ou pour reprendre la terminologie d'*Air France* « *ininstruisabilité* » des demandes concernant les perturbations causées par l'embargo qu'il faut entendre l'article 8 de la résolution 883 et non dans le sens de l'« *inarbitrabilité* » du litige. Ce qui impliquait à cet effet, pour la cour d'appel du Québec, le droit pour le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Air France c/ LAA* d'examiner si la réclamation était bien liée à l'application de l'embargo.

196. Dans le cas de la Libye, la résolution de l'ONU et le règlement communautaire interdisent ainsi la formulation de demandes contentieuses⁵¹⁶. La sanction sur le terrain procédural en cas de manquement à ces dispositions est par conséquent l'irrecevabilité de la demande, il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une exception à l'inarbitrabilité du litige, bien que la confusion ait été entretenue devant le tribunal arbitral⁵¹⁷. Autrement dit, l'article 8 de la résolution de l'ONU et le règlement communautaire n°3275 édictent un cas d'une fin de

⁵¹⁴ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 6.

⁵¹⁵ La recevabilité est définie en doctrine comme le « caractère d'un recours ou d'une proposition qui remplit les conditions préalables pour que l'organe saisi puisse passer à l'examen du fond en vue de discuter, amender, adopter ou rejeter » : CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 856.

⁵¹⁶ On observe également que l'objectif de telles dispositions était également de protéger d'une façon permanente les opérateurs économiques contre les demandes libyennes et d'empêcher la Libye d'obtenir une compensation pour les effets négatifs de l'embargo qui seraient recherchés par le biais d'une action en justice comme tel fut le cas de la résolution 687 adoptée lors de la crise du Golfe en 1991. Le but était d'empêcher les parties libyennes d'obtenir une indemnité en justice pour compenser le préjudice éventuellement subi à la suite de la mise en œuvre des mesures d'embargo. Comme le souligne le professeur Racine, « ces mesures d'embargo causent délibérément un préjudice à un État et à ses ressortissants. Il est nécessaire d'empêcher la compensation de ce préjudice qui serait recherchée par le biais d'une action en justice ». RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 6.

⁵¹⁷ Voir à ce sujet, BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « L'absence de pouvoir de représentation à l'arbitrage : incompétence ou irrecevabilité ? », *Revue des contrats*, 1er septembre 2015, n°03, pp. 555 et s.

non-recevoir spécial⁵¹⁸. L'« irrecevabilité », ou pour emprunter le terme de l'article 8 de la résolution 883 l'« *ininstruisabilité* » du litige fait grief non pas à la procédure engagée par le demandeur, mais à la demande elle-même, qu'elle vise généralement à éteindre de manière définitive avant tout examen au fond indépendamment du juge saisi ou de la procédure engagée. En d'autres termes, l'exception de recevabilité entrave l'exercice du droit d'être ou d'agir en justice⁵¹⁹. C'est ainsi un cas spécifique où le droit d'agir fait défaut pour reprendre la terminologie de l'article 122 du nouveau Code de procédure civile français⁵²⁰. Il ne s'agit donc pas d'un cas d'inarbitrabilité du litige ni même, dans un sens large, d'une hypothèse d'incompétence du tribunal.

197. La question de l'irrecevabilité d'une demande d'indemnisation liée à l'inexécution des contrats affectés par l'embargo s'est également posée quelques années plus tard à la cour d'appel de Paris qui a rejeté un recours critiquant la décision d'un tribunal arbitral ayant déclaré les demandes irrecevables en raison de mesures d'embargo imposées par le Conseil de sécurité⁵²¹. En effet, en l'espèce, la cour d'appel de Paris a été saisie d'un recours en annulation d'une sentence préliminaire rendue à Paris le 18 juin 2006. L'affaire portait d'un différend contractuel entre le ministère irakien de la Défense et la société italienne *Fincantieri* à la suite des mesures d'embargo consécutives décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 1^{er} août 1990 contre l'Irak à la suite de l'invasion par celui-ci du Koweït⁵²². Conformément aux clauses d'arbitrage insérées dans les conventions, la République d'Irak avait déposé en octobre 1992 une requête d'arbitrage auprès de la Chambre de commerce internationale. Le demandeur entendait faire valoir que certains contrats étaient résiliés par la faute des entrepreneurs italiens, en retard d'exécution au milieu des années 1980, soit antérieurement à l'adoption des mesures d'embargo. Saisi du litige qu'à la fin de l'année 2002, le tribunal arbitral avait à trancher :

⁵¹⁸ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 6.

⁵¹⁹ BANIFATEMI Yas et JACOMY Emmanuel, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 773.

⁵²⁰ Selon l'article 122 du Code de procédure civile, l'exception de recevabilité : « *Constitue une exception, une fin de non-recevoir, tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».

⁵²¹ Il faut noter à ce propos que cette affaire *Fincantieri c/ ministère de la Justice de la République d'Irak* a fait l'objet de plusieurs procédures (procès). En effet, comme nous l'avons vu, elle a été au préalable intentée devant les juridictions italiennes (voir, cour d'appel de Gênes, 7 mai 1994). Par ailleurs, l'affaire *Fincantieri* a déjà été aussi traitée par le Tribunal arbitral siégeant en suisse pour un fait différent, car le litige opposait les mêmes sociétés, mais avec un agent irakien. (Sentence CCI n°6719, *JDI* 1994, p. 1071, obs. J.-J. Arnaldez, précitée)

⁵²² L'entrée des troupes irakiennes sur le territoire du Koweït le 2 août 1990 a conduit le Conseil de Sécurité des Nations Unies à prendre des mesures d'embargo contre l'Irak par la résolution 661 (1990) et également la résolution 687 précitée un peu plus haut.

l'autorité de la chose jugée en Italie⁵²³, subsidiairement l'inarbitrabilité du litige en raison de l'embargo⁵²⁴ et plus subsidiairement encore l'irrecevabilité des demandes pour la même raison. Quant à cette dernière affaire, ayant fondé leur compétence pour traiter la question de l'incidence de l'embargo sur le contrat, les arbitres prononcèrent néanmoins l'irrecevabilité des demandes de la République d'Irak après avoir estimé à la majorité que ces demandes entraient dans le champ d'application du Conseil de sécurité interdisant de faire droit aux réclamations des pouvoirs publics irakiens⁵²⁵, et ainsi que les règlements européens CEE n° 3541/92⁵²⁶ pris pour leur application de ces mesures de sanction. Les arbitres, à cet égard, s'étaient refusés à suivre la thèse du ministère irakien qui soutenait que ses demandes n'entraient pas dans le champ d'application de la règle d'irrecevabilité en cause, car sa réclamation avait trait à une inexécution contractuelle antérieure à 1990. Un recours en annulation a alors été formé par le ministère auprès de la cour d'appel de Paris, qui a fait valoir que la décision du tribunal avait pour conséquence de le priver indûment de son droit au juge et heurtait, à ce titre l'ordre public international. Dans un arrêt du 16 janvier 2018, la cour d'appel a rejeté le recours en annulation de la sentence et a déclaré que « *les prétentions irrecevables comme comprises dans le champ d'application de dispositions interdisant d'accueillir les demandes liées à un contrat dont l'exécution avait été affectée directement ou indirectement, en totalité ou en partie, par les mesures d'embargo, n'est pas entachée de déni de justice et ne comporte aucune violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public international* »⁵²⁷. Un pourvoi en cassation a été formé. Par son arrêt de rejet inédit en date du 20 janvier 2020⁵²⁸, la Cour de cassation, comme la cour d'appel déclara à propos de la sentence du tribunal arbitral proclamant

⁵²³ En effet, le tribunal arbitral était saisi pour statuer en second lieu l'autorité de la chose jugée. Et c'est à travers cette même sentence que le tribunal arbitral refusa également de considérer la décision de la cour d'appel de Gênes en affirmant le caractère inapplicable de la clause compromissoire et se prononça, au contraire, pour sa validité et son application.

⁵²⁴ Suivant les précédentes jurisprudences étrangères et certains écrits doctrinaux, le tribunal arbitral, contrairement à ce qui avait été jugé en Italie, affirma l'arbitrabilité du litige.

⁵²⁵ L'entrée des troupes irakiennes sur le territoire du Koweït le 2 août 1990 a conduit le Conseil de Sécurité des Nations Unies à prendre des mesures d'embargo contre l'Irak par la résolution 661 (1990) et également la résolution 687 précitée un peu plus haut. La résolution 687 a prescrit en son article 29 : « *Que tous les États, y compris l'Irak, prendront les mesures nécessaires pour qu'il ne puisse être fait droit à aucune réclamation présentée par les pouvoirs publics irakiens (...) dont l'exécution aurait été affectée du fait des mesures décidées par le Conseil de Sécurité dans sa résolution 661* ».

⁵²⁶ L'article 2.1 de ce règlement « *interdit de faire droit ou de prendre toute disposition tendant à faire droit à une demande présentée par : a) toute personne physique ou morale en Irak (...)* ».

⁵²⁷ CA Paris, 1^{re} ch. civ., Pôle 1, 16 janvier 2018, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c. Fincantieri Cantieri Navali Italiani*, n°16-05996 ; D. 2018. 2448, obs. T. Clay ; D. 2020. 1970, obs. L. D'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *Rev. crit. DIP*, 2020. 526, obs. L. D'Avout.

⁵²⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 janvier 2020, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c. Fincantieri Cantieri Navali Italiani*, pourvoi n°18-18. 088 ; D. *actu.*, 27 février 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. crit. DIP*, 2020. 526, obs. L. D'Avout ; D. 2020. 1970, obs. L. D'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; D. 2020. 2484, obs. T. Clay.

l'irrecevabilité des demandes d'un État en raison d'embargo, « *qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public international ni entachée de déni de justice* ».

198. Toutefois, cet arrêt inédit met en relief au-delà du cadre étroit de l'affaire *Fincantieri*, la problématique du déni de justice formulée par la République d'Irak contre la solution d'irrecevabilité retenue par les arbitres devant les juridictions étatiques saisies du recours. En effet, le débat animé lors du procès était également de savoir si l'irrecevabilité de la demande était constitutive d'un déni de justice, autrement dit d'un « *déni d'accès au for arbitral* ». En d'autres termes, l'irrecevabilité de la demande ayant trait à une inexécution contractuelle antérieure à l'embargo de la République d'Irak par l'effet des mesures d'embargo décidées par le Conseil de sécurité, ainsi que par le règlement CEE 3541/92 n'a-t-elle pas transgressé le principe du droit d'accès au juge ? Même si la Cour de cassation avait déduit en se référant aux analyses faites par le tribunal arbitral « *que la sentence ne renferme en particulier aucun déni de justice* », cette décision de la haute juridiction paraît très contestable en doctrine⁵²⁹.

199. En effet, en l'espèce, la République d'Irak soutenait que la recevabilité en arbitrage de ses demandes pour inexécution du contrat antérieur à 1990 se fondait sur une règle circonstanciée du règlement européen n°3541/92. Cette disposition autorisait le ministère à réclamer devant les tribunaux des États membres le paiement des créances contractuelles nées

⁵²⁹ Toutefois, nous sommes amenés à observer qu'au-delà de la décision qui paraît ambiguë pour certains auteurs, voire décevante, le contrôle de la sentence du tribunal arbitral par la Cour de cassation au titre de l'ordre public international est également sujet à des critiques. En effet, les auteurs reprochent au juge étatique une certaine ambiguïté quant à l'intensité du contrôle effectué. En effet, la Cour de cassation limite le contrôle de compatibilité de la sentence à l'ordre public international aux raisonnements des arbitres et de la cour d'appel de Paris sans mobiliser ce faisant aucun élément extérieur à celle-ci. Ainsi, comme le souligne M. Jourdan-Marques, « on ne sait pas s'il s'agit de savoir si le juge de l'annulation valide le raisonnement du tribunal arbitral ou s'il se limite à s'assurer de l'existence d'un débat sur cette question ». De plus, d'après le professeur D'AVOUT, il est « évident que le contrôle de compatibilité des sentences aux embargos multilatéraux doit être aussi intensif ». À ce propos, les auteurs s'accordent à dire qu'avec un contrôle dit maximal, la Cour de cassation aurait procédé à une nouvelle instruction du dossier, en droit et en fait. Il aurait examiné tous les éléments de preuve, qu'ils aient été préalablement soumis à l'arbitre ou non, et remettre en cause l'interprétation faite par le tribunal des preuves qu'il a examinées, mais pas les faits directement constatés par le tribunal arbitral lui-même qui toutefois, font foi jusqu'à inscription de faux, la sentence étant un acte authentique. Voir à ce sujet D'AVOUT Louis, BOLLÉE Sylvain et Etienne FARNOUX, « Droit du commerce international », *Recueil Dalloz*, 2020. 1970 ; D'AVOUT Louis, « Embargo international et déni de justice arbitrale », *op. cit.* ; CLAY Thomas, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Recueil Dalloz*, 2018, 2448 ; JOURDAN-MARQUES Jérémy, « Chroniques d'arbitrage : l'assemblée plénière fait de l'arbitrage sans le savoir », *Dalloz actu.*, 27 février 2020. Voir pour une étude approfondie sur la question du contrôle des sentences arbitrales : JOURDAN-MARQUES Jérémy, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, préface Clay Thomas, Thèses, Tome 575, LGDJ, 2017 ; CLAY Thomas, « Jusqu'où ira le contrôle des sentences arbitrales par le juge ? », *Journal Spécial des Sociétés*, 18 juin 2018 ; MOURALIS Denis, « Conformité des sentences internationales à l'ordre public : la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limité », *JCP G*, n°16, 21 avril 2014, n°16, pp. 782-784 ; BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « L'intensité et la nature du contrôle de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international », *Revue des contrats*, 1er juin 2017, n°02 pp. 304 et s. ; SERAGLINI Christophe et ORTSCHIEDT Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Précis DOMAT, LGDJ, 2019, pp. 917 et s.

et acceptées avant l'entrée en vigueur de l'embargo. Les arbitres estimèrent toutefois que ces réclamations ne tombaient pas dans le champ de l'autorisation exceptionnelle d'agir en justice et étaient ainsi affectées par l'interdiction issue du règlement n°3541/92. Après qu'un recours en annulation ayant été rejeté par la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation saisie à son tour s'est contentée de reprendre les énonciations de la cour d'appel de Paris et celles du tribunal arbitral, qui ont estimé que « *L'irrecevabilité avait été contradictoirement débattue en fait et en droit eu regard à la portée des règles constituant l'embargo. C'est pourquoi la République d'Irak n'avait pas été privée du droit d'accès au juge en violation des principes inhérents au procès équitable* » et à ce propos la Cour de cassation rejeta le pourvoi et déduit qu'à ses yeux la sentence ne renferme aucun déni de justice.

200. Cependant, en se limitant à reprendre les analyses faites par le tribunal arbitral, comme le relèvent les auteurs Louis d'Avout, Sylvain Bollée et Etienne Farnoux⁵³⁰, la haute juridiction n'a-t-elle pas manqué l'occasion de poser quelques jalons utiles à la résolution d'un problème qui, dans son principe, mérite sans doute d'être pris au sérieux ? Toutefois, on nuancera ce regret, cela dit, en observant l'analyse extrêmement claire et bien documentée du professeur Louis d'Avout qui souligne « qu'il existait de toute façon des raisons de douter de la réalité du déni de justice allégué au demeurant non invoqué durant la procédure arbitrale »⁵³¹.

201. Le statut de la loi de police d'embargo, attribuable à une impulsion supranationale ou à une autre décision politique multilatérale, est ainsi assez clair en arbitrage, et il est possible de tirer des conclusions à la lumière de la jurisprudence étatique et arbitrale :

- Le caractère d'ordre public international des mesures d'embargo est sans effet sur l'arbitrabilité des litiges et la mesure donne également lieu à un différend.
- Il ressort que les sorts de demandes fondées sur l'inexécution des contrats visés par les textes relatifs à l'embargo concernent une question de recevabilité et non d'arbitrabilité. Par conséquent, le juge ou l'arbitre du commerce international peut être saisi, mais il ne pourra faire aucune réclamation⁵³².

⁵³⁰ D'AVOUT Louis, BOLLÉE Sylvain et ETIENNE FARNOUX, « Droit du commerce international », *op. cit.* Voir également, JOURDAN-MARQUES Jérémy, « Chroniques d'arbitrage : l'assemblée plénière fait de l'arbitrage sans le savoir », *op. cit.*

⁵³¹ Voir sur ce point, la Chronique de l'éminent professeur D'AVOUT Louis, « Embargo international et déni de justice arbitrale », *op. cit.*, pp. 526 – 538.

⁵³² Il importe cependant d'observer que les demandes contentieuses prohibées par les mesures d'embargo demeurent irrecevables même après la levée de l'embargo. Voir à ce sujet, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 120-121 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 769.

- En revanche, une contestation qui, une fois formulée et discutée devant l'arbitre, peut aboutir à une paralysie de la loi d'embargo, in *casu* sur motivation juridique spéciale⁵³³.

⁵³³ Voir en ce sens, D'AVOUT Louis, « Embargo international et déni de justice arbitrale », *op. cit.*, p. 536.

Chapitre 2 : L'application de l'embargo en tant que norme appartenant à la *lex contractus* et à la loi du *for*

202. L'application d'une mesure nationale d'embargo de la *lex contractus* et de la loi du *for* apporte des réponses similaires. Toutefois, il est intéressant d'étudier séparément la mise en œuvre de la technique de ces lois d'application immédiate selon que la mesure d'embargo est adoptée par la loi nationale du *for* (**section 1**) ou par la *lex contractus* (**section 2**).

Section 1 : L'interdiction de commercer édictée par la loi du *for*

203. Il est établi que les interdictions commerciales énoncées par la loi du *for*, à l'instar d'autres mesures adoptées lors d'une crise internationale, s'imposent aux opérateurs du commerce international et peuvent affecter l'exécution ou la validité de leur contrat. Nous verrons que l'appartenance de la loi d'embargo à la *lex fori* peut être suffisante pour justifier son application par le juge étatique. Cependant, la mise en œuvre de son application peut parfois s'avérer particulièrement délicate en raison du contenu même de la mesure d'embargo.

Paragraphe 1 : Application immédiate de l'embargo édicté par la *lex fori*

204. Application immédiate de l'embargo de la *lex fori* : il est clair que les tribunaux du *for* appliquent directement et immédiatement les mesures d'embargo issues de leur propre système juridique⁵³⁴. En effet, les conséquences pour le juge du *for* de l'appartenance de l'impérativité d'une règle issue de son propre système juridique supposent l'application immédiate de cette règle dans les conditions précisées par celle-ci. En effet, lorsque le *for* a identifié dans son système juridique une loi impérative et qu'il a établi qu'elle est applicable à la situation juridique dont il est saisi, il est tenu de procéder à son application. Cela peut s'expliquer par le fait que contrairement à un arbitre privé qui tire sa légitimité des parties au contrat⁵³⁵, le juge étatique tire sa légitimité de l'État⁵³⁶, créant ainsi un lien organique⁵³⁷ avec ce dernier. Ce lien organique implique que le juge du *for* est tenu de donner effet aux impératifs de l'État duquel il tire son pouvoir juridictionnel et au nom duquel il rend la justice. Ainsi, dès lors qu'une règle impérative du *for* se veut applicable à un litige, les juges du *for* sont tenus

⁵³⁴ VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *RDAI*, 1988, n°2, p. 149.

⁵³⁵ En effet, à la différence du juge, l'arbitre international n'est pas désigné compétent en vertu d'une loi, mais c'est aux parties au litige qu'il appartient de déterminer la compétence et l'étendue du pouvoir de leur arbitre, par voie de stipulation d'une convention d'arbitrage. Voir en ce sens, THARA Rathvisal, *Ordre public et Arbitrage international en Droit du commerce international*, Université Lumière Lyon 2, *Mémoire online*, 2005.

⁵³⁶ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 164.

⁵³⁷ Pour une étude sur la notion « *lien organique* », voir l'article du professeur OPPETIT Bruno, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 415-426.

d'appliquer⁵³⁸. Il doit procéder à l'application immédiate de la loi de police même si l'ordre juridique de ce dernier n'est pas désigné par la règle de conflit.

205. L'application immédiate des lois de police du *for* est généralement consacrée par les conventions internationales⁵³⁹ posant des règles de conflits de lois en matière contractuelle. Parmi elles, la prééminence de ces lois sur la loi du contrat est illustrée par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui prévoit dans son article 9, alinéa 2 que « *les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* ». Ce qui signifie qu'en présence d'une règle impérative de l'État constitutive d'une loi de police au sens de l'article 9, alinéa 1 du règlement Rome I, le juge du *for* doit appliquer la norme en question même si c'est une loi étrangère qui est compétente en vertu de la règle de conflit. Autrement dit, dès lors que l'État qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquer à toute situation même internationale présentant certains liens avec son territoire, la juridiction saisie doit l'appliquer et par conséquent écarter la *lex contractus*. À cet effet, l'application des lois de police du *for* est une limite à la liberté accordée aux parties par la règle de conflit de lois en matière contractuelle. Leur application vient mettre en échec au préalable le jeu de la règle de conflit, donc le choix de la loi applicable au contrat et la tentative d'échapper à une loi qui les gêne⁵⁴⁰.

206. Toutefois, ce n'est pas parce qu'une disposition est qualifiée de loi de police du *for* qu'elle fait automatiquement l'objet d'une application immédiate⁵⁴¹. En effet, cela ne suffit pas, il faut que la norme impérative soit applicable à la situation litigieuse pour laquelle la juridiction compétente a été saisie. Autrement dit, si l'on veut raisonner en termes de rattachement, une loi

⁵³⁸ HANS VAN Houtte, « les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 194. Selon cet auteur, les juges du *for* appliqueront d'office les sanctions économiques édictées par l'État du *for* à condition que le contrat transnational tombe sous l'application de ces sanctions.

⁵³⁹ Voir en ce sens, la Convention de Rome du 19 juin 1989, article 7 al. 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* ». Voir également, la Convention – intermédiaire du 14 mars 1978, art. 16 et la Convention – vente de 1986, art. 17. De même, voir la Résolution de l'institut de droit international sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées en date du 31 août 1991, art. 9, al. 1^{er}, *Rev. crit. DIP* 1992. 198 : « *La loi choisie s'applique sans préjudice des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

⁵⁴⁰ LATIL Cédric, « Lois de police », *JCl. dr. int.*, Fasc. 552-100, 2 septembre 2019, p. 07. La prééminence de la loi de police du *for* sur la loi applicable au contrat est aussi étudiée par COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, préf. Gaudemet-Tallon Hélène, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2004, pp. 158 et s. Voir également, MAYER Pierre, « Les lois de police », *Travaux comités fr. DIP*, 1989, p. 108.

⁵⁴¹ LATIL Cédric, « Lois de police », *op. cit.*, p. 35.

de police ne sera appliquée directement et immédiatement qu'aux seules situations présentant avec le *for* un lien de rattachement pertinent et suffisant pour que son application puisse permettre d'assurer l'efficacité de l'objectif qu'elle poursuit⁵⁴². Ainsi, le juge du *for* devra d'abord préciser si sa propre loi requiert impérativement d'être appliquée aux faits de la cause ou aux relations litigieuses par l'existence de lien de rattachement⁵⁴³. En effet, une loi de police ne saurait s'appliquer aux situations sans lien avec le *for* et pas obligatoirement à toutes les situations ayant un lien avec le *for*. À cet égard, Mme Joubert a réaffirmé que « pour s'appliquer la loi de police suppose un rattachement suffisant avec la situation litigieuse et l'État duquel émane cette loi. En effet, la loi de police du *for* ne s'applique pas à tous les litiges soumis au juge, mais seulement à ceux qui présentent un certain rattachement avec son ordre juridique »⁵⁴⁴. La chambre commerciale de la Cour de cassation a également eu l'occasion de le rappeler. Dans un arrêt *Urmet*⁵⁴⁵ en date du 27 avril 2011, la chambre commerciale a reproché aux juges du fond de n'avoir pas caractérisé « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif poursuivi par le texte précité bien que les dispositions protectrices ⁵⁴⁶du sous-traitant soient une loi de police ». La Cour de cassation, jugeant une nouvelle fois cette affaire dans un arrêt inédit⁵⁴⁷ du 20 avril 2017 est venue confirmer sa décision au terme duquel la haute juridiction rappelle que « l'application de la loi française du 31 décembre 1975 à la situation litigieuse suppose de caractériser l'existence d'un

⁵⁴² Voir en ce sens : AUDIT Bernard, « Du bon usage des lois de police », in *mélange en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 25-53 ; LATIL cédric, *Intérêt public et mécanisme des lois de police en droit international*, Thèse, Aix Marseille, 2015 ; AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, LGDJ-Lextenso, 2018, n°188, p. 171 ; MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ-Lextenso, 2014, n°127, pp. 100 et 101 ; DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, n°2, p. 207.

⁵⁴³ Pour une étude plus approfondie sur la question de la subordination de l'application des lois de police du *for* à l'existence d'un « lien de rattachement » avec le pays dont elles relèvent et la situation litigieuse voir NUYTS Arnaud, « L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 31. Par ailleurs, l'auteur confirme que l'application des lois de police en matière contractuelle est subordonnée par l'identification d'un lien de rattachement entre l'ordre juridique auquel appartiennent la loi de police et la relation litigieuse. Néanmoins, l'étude relève que les lois de police du *for* ne s'appliquent pas uniquement aux faits qui se déploient sur le territoire de l'État auquel elles appartiennent, mais aux faits localisés à l'étranger.

⁵⁴⁴ JOUBERT Natalie, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Université de Bourgogne – CNRS- Travaux du CREDIMI, Litec, 2007, p. 281.

⁵⁴⁵ Cass. com., 27 avril 2011, *Urmet*, n°09-13.524 ; Bull. civ. IV, n°60 ; *JDI* 2012, p. 148, note P. de Vareilles-Sommières ; *D.* 2011, p. 1654, note Y.-E. Le Bos ; *LPA* 22 juill. 2011, p. 17, note V. Lagrand ; *RDC* 2011, p. 1294, note J.-B. Racine ; *D.* 2011, p. 2438, obs. L. d'Avout.

⁵⁴⁶ L'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance interdit à l'entrepreneur principal la cession des « créances résultant du marché ».

⁵⁴⁷ Cass. com., 20 avril 2017, *Urmet*, n° 15-16.9227203 ; JurisData n°2017-00 ; Bull. civ. IV n°51 ; *JDI* 2018, p. 125, note C. Brière ; *D.* 2017, p. 2054, obs. L. D'Avout ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel ; *RDI* 2018, p. 221, obs. H. Périnet-Marquet. Voir également en ce sens l'article de BUREAU Dominique, « Application immédiate de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 (acte III) : le test du lien de rattachement sérieux de l'opération avec la France », *Rev. crit. DIP*, 2017 n°4, pp. 542-549.

lien de rattachement de l'opération avec la France et considère que la localisation en France du siège social du maître d'œuvre ne constitue pas un lien de rattachement suffisant à la France pour permettre l'application de la loi française de 1975 et qu'en l'absence de tout critère de rattachement à la France qui soit en lien avec l'objectif poursuivi tel que le lieu d'établissement du sous-traitant, le lieu d'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous-traités, la condition de rattachement à la France exigée pour faire une application immédiate de la loi de 1975, conformément à l'article 7 de la Convention de Rome, n'est pas remplie ».

207. Ainsi, comme nous le constatons, ce lien de rattachement ne doit pas être négligé en ce que celui-ci conditionne l'application de la loi de police du *for*⁵⁴⁸. En effet, l'examen de la jurisprudence révèle que les juridictions ont le plus souvent tendance à établir un lien de rattachement territorial avec le territoire qui correspond au lien entre le contrat et l'État auteur de la loi de police. Mais le facteur de rattachement peut être aussi de nature personnelle telle que la nationalité, c'est-à-dire que les lois de police ne s'appliquent qu'aux destinataires ayant la nationalité de l'État auteur de la norme⁵⁴⁹.

208. Le rattachement personnel se rencontre également en matière d'embargo. En effet, les lois d'embargo ne seront applicables à la situation internationale entrant dans son champ d'application qu'à la condition que cette situation présente par ses éléments d'extranéité un certain rattachement personnel ou territorial avec le territoire du *for*⁵⁵⁰. C'est notamment le cas des mesures d'embargo à portée extraterritoriale. Comme nous l'avons vu un peu plus haut, la compétence normative extraterritoriale s'explique lorsqu'un État décide unilatéralement d'étendre son ordre juridique, c'est-à-dire ses lois et règlements au-delà de ses frontières. Ainsi, il prétend alors régir des situations totalement localisées en dehors de son territoire. Dès lors, lorsque ces types des lois d'embargo du *for* se veulent applicables, le juge du *for* devra en amont vérifier s'il existe un lien de rattachement personnel ou territorial entre l'État et les situations ou les personnes visées⁵⁵¹.

209. Par ailleurs, supposons que les parties conviennent de déférer leurs différends devant un tribunal arbitral siégeant dans un État qui a décrété une mesure d'embargo, l'arbitre peut-il ignorer la loi d'embargo de la *lex fori* du lieu de son siège ? Même si pour l'arbitre la

⁵⁴⁸ LATIL cédric, « Lois de police », *JCl. dr. int.*, Fasc. 552-100, 2 septembre 2019, p. 39.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ *Ibidem.*, p. 36. Voir également en ce sens, LAUREOTE Xavier, « À propos de l'illicéité internationale de la loi Helms-Burton » *Revue CRPLC, Pouvoirs dans la Caraïbe*, 1999, n°11, pp. 105- 132, spéc. § 33.

⁵⁵¹ Sur ce point, voir *supra*, chapitre 1 titre 1 partie 1, section 2. Voir également, MAUREL Raphaël, « L'extraterritorialité des sanctions américaines et ses impacts sur les entreprises », *Les Surligneurs*, 16 mai 2018 (dernière modification 15 juin 2022).

détermination des lois de police applicables⁵⁵² selon les critères de la localisation des effets est identique à celle du juge du *for*⁵⁵³, la particularité de l'arbitre est qu'il n'a pas de *for*, si bien que pour lui, toutes les lois de police sont des lois de police étrangères⁵⁵⁴. Toutefois, la plupart des auteurs, notamment le professeur M. Derains ont tendance à admettre « l'obligation pour l'arbitre de prendre en compte les règles d'ordre public international du lieu où il siège ou des États dans lesquels leur sentence aura vocation à être exécutée »⁵⁵⁵. C'est le raisonnement également maintenu par M. Court de Fontmichel : « L'arbitre doit respecter les lois de police de l'État du siège et les lois de police de l'État du lieu d'exécution qui se veulent applicables à la situation. En cas contraire, il risquerait de voir sa sentence annulée et/ou rendre impossible son exécution »⁵⁵⁶. Cette solution est bien établie par la jurisprudence, notamment en droit communautaire de la concurrence. La cour d'appel de Paris, saisi d'un recours en annulation a estimé qu'« (...) en matière d'arbitrage international, la méconnaissance par l'arbitre d'une règle de droit communautaire porte atteinte à la conception française de l'ordre public international dès lors que la règle méconnue est impérative et effectivement applicable »⁵⁵⁷.

210. De même, pour les sanctions prises par une organisation internationale, comme l'ONU ou l'Union européenne, les arbitres garants de l'ordre public transnational, doivent assurer leur respect en les prenant en considération. Cependant, il y a une grande diversité de situations théoriques possibles et la réponse des arbitres devra être adaptée à chaque situation particulière⁵⁵⁸. En revanche, les conditions dans lesquelles un arbitre appréhendera les lois de police qui relèvent de l'ordre juridique de la *lex contractus* ne seront pas identiques à celle du *for*. En effet, l'arbitre aura l'obligation de respecter et d'appliquer l'embargo résultant de la *lex contractus*⁵⁵⁹.

⁵⁵² Cela suppose que les parties n'ont pas désigné le droit applicable à leur contrat ou au fond du litige.

⁵⁵³ Voir article 28 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf>

⁵⁵⁴ PERUZZETTO Sylvaine, « Distribution – Contentieux contractuel », *Rép. Internat. Dalloz*, actualisation 2010. Voir également, FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, et GOLMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°1516 et s.

⁵⁵⁵ DERAIS Yves, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, pp. 29 et s.

⁵⁵⁶ COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, p. 205.

⁵⁵⁷ CA Paris, 16 avril 1996, décision inédite, citée par COURT de FONTMICHEL Alexandre, *op. cit.*

⁵⁵⁸ DELANOY Louis-Christophe, « Rôle de l'arbitre dans l'économie moderne », Entretien, *La lettre de la chambre arbitrale internationale de Paris*, septembre 2016, n°11.

⁵⁵⁹ Voir *supra*.

Paragraphe 2 : Problème inhérent à l'application des lois d'embargo de la *lex fori*

211. Comme nous l'avons constaté, lorsque le juge a identifié dans son système juridique une loi de police et qu'il a établi qu'elle est applicable à la situation litigieuse dont il est saisi, il est dans l'obligation de procéder à son application. Toutefois, comme Mme Marchand l'a justement fait remarquer, l'application d'office ou immédiate des lois d'embargo de la *lex fori* peut s'avérer particulièrement difficile en raison du fait que ces mesures ne prévoient généralement pas de sanctions en cas de méconnaissance de leur prescription. Il convient d'envisager distinctement l'hypothèse où la mesure d'embargo prévoit ses propres sanctions privées (A) de celles où elle ne les prévoit pas (B).

A- Application des mesures d'embargo de la *lex fori* envisageant ses propres sanctions

212. Dans l'hypothèse où la mesure d'embargo fournirait au juge et à l'arbitre une solution matérielle directe au litige, c'est-à-dire qui régit véritablement la situation litigieuse, il devient inutile de recourir à la méthode du conflit des lois⁵⁶⁰. M. Court de Fontmichel, parle à ce moment des « règles impératives de décision », alors que M. Kinsch propose de retenir l'expression « lois de police contractuelles » pour désigner des règles « qui par leur nature sont des règles de droit qui contiennent des dispositions de droit privé matériel »⁵⁶¹. À cet effet, les mesures d'embargo de la *lex fori* deviennent pour le juge une véritable règle impérative du *for* et sont susceptibles de recevoir application. Ainsi, dans l'hypothèse où le juge étatique devrait se prononcer sur la validité d'un contrat réalisant l'opération prohibée sur le territoire du *for*, il n'a pas besoin de recourir à la méthode du conflit des lois, la règle impérative de décision est autosuffisante. En effet, non seulement, elle édicte un illicite et oblige à un comportement déterminé, mais elle se charge également elle-même de la sanction de cet illicite dans les relations contractuelles. Par conséquent, le juge du *for* tranchera ce litige en application de cette règle impérative qui comporte ses propres sanctions de droit privé⁵⁶². Dans ce contexte, ce sont les conceptions de la loi de police du *for* qui emportent la solution et déterminent directement le sort du contrat. Comme le relève M. Mayer, la question de l'application de la loi du *for* ne résulte pas alors de la résolution d'un conflit de lois, même si le contrat est soumis à une loi

⁵⁶⁰ Voir en ce sens MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 168.

⁵⁶¹ Voir en ce sens COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit., p. 141 ; KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, préface Jean-Marc Bischoff, tome 240, Thèses, LGDJ, 1995, pp. 332-337 et pp. 429 et s.

⁵⁶² COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit., p. 145.

étrangère, mais traduit « l'inexistence d'un conflit », ⁵⁶³ en raison de l'absence de concurrence avec d'autres normes étrangères pour régir la situation.

213. Toutefois, nous constatons en pratique que les mesures d'embargo réglementent les rapports entre les États et les opérateurs du commerce international et non les relations entre contractants ⁵⁶⁴ dès lors, les sanctions généralement prévues à leur éventuelle violation par le contrat sont généralement de nature répressive ou d'ordre administratif ⁵⁶⁵. Car nous sommes ici en présence des lois qui réglementent non pas un acte, mais une action à savoir l'importation ou l'exportation de certaines marchandises. C'est le cas des sanctions américaines, notamment, les lois Helms–Burton et d'Amato Kennedy ⁵⁶⁶. La loi d'Amato Kennedy prévoyait des sanctions purement administratives (interdiction de toute aide financière pour l'exportation ou l'importation bancaire, mais également l'acquisition de certains biens ou technologies d'origine américaine, interdiction pour toute société américaine de participer au système bancaire américain ou de recevoir des fonds gouvernementaux, limitation des possibilités d'exportation vers les États-Unis, etc.). La Helms-Burton contrairement à la loi d'Amato-Kennedy comportait des sanctions à la fois administratives (Titre IV : interdiction d'entrée sur le territoire américain, cette sanction a été prononcée contre le groupe Sheritt international pour l'exploitation d'une mine) et privées (interdiction de toute création d'un rapport entre les personnes impliquées dans les opérations de trafficking et les ressortissants américains dont les biens ont été jadis confisqués par le gouvernement cubain). Cependant, ces règles n'apportent aucune sanction civile aux conséquences de leur violation sur les relations du droit privé. En effet, les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, comme d'autres mesures de contraintes économiques ⁵⁶⁷ ne se prononcent pas expressément sur la validité des contrats conclus en violation de l'embargo qu'elles

⁵⁶³ Voir sur ce point MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 168.

⁵⁶⁴ En effet, il est nécessaire de distinguer la sphère du droit répressif qui régit le comportement de l'opérateur dans ses relations avec les États de la sphère du droit privé qui règle le comportement du créancier avec son débiteur : MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., pp. 123 et s. Voir également, KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, op. cit., p. 430.

⁵⁶⁵ Les sanctions administratives n'appellent pas de développements particuliers dans le cadre de l'étude engagée. Toutefois, il convient de noter qu'elles sont diversifiées et varient en fonction des systèmes juridiques des États émetteurs. Elles se traduisent par l'exigence d'une autorisation administrative, notamment dans les activités du commerce international (import, export, transport...), ou la soumission de certaines activités à l'obtention d'un agrément. D'ailleurs, en matière d'exportation d'armements, la France dispose d'un régime juridique complet d'autorisation et de contrôle, codifié dans le code de la défense. Le régime précise qu'une autorisation en cours peut être suspendue, modifiée, abrogée ou retirée, si une personne ou une entité de l'État émetteur ne se conforme pas aux règlements prescrits en application des sanctions économiques.

⁵⁶⁶ Sur ces lois, *supra*.

⁵⁶⁷ C'est le cas des mesures de contraintes économiques adoptées par la France qui ne contiennent le plus souvent aucune disposition relative aux sanctions privées. Voir en ce sens, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 167.

instaurent où les effets des contrats conclus avant l'entrée en vigueur dudit embargo⁵⁶⁸. Le plus souvent, c'est à travers l'intervention d'une règle matérielle d'un autre système juridique, généralement le droit applicable au contrat que le législateur prononce la nullité du contrat, s'il estime que l'acte par lequel le comportement s'est matérialisé devrait être détruit. C'est en quelque sorte une sanction accessoire à la sanction principale de nature pénale ou administrative⁵⁶⁹.

B- Prise en considération des mesures d'embargo de la *lex fori* n'envisageant pas ses propres sanctions

214. L'application des mesures d'embargo qui ne prévoient pas de sanctions en cas de violation de leurs prescriptions diffère des règles impératives de décision⁵⁷⁰ qui, elles, intègrent dans leur pré-supposé l'obligation contractuelle. En effet, lorsqu'un État adopte une mesure d'embargo, il édicte des règles impératives de conduite⁵⁷¹. Il s'agit d'une règle juridique qui ne vise qu'à réglementer la conduite d'un individu vis-à-vis de l'État en attachant ainsi au comportement de l'opérateur, trouvant sa source dans un contrat, des sanctions pénales ou administratives. En revanche, elle ne réglemente pas le contrat ou la conduite contractuelle des parties. Ainsi, si elles s'appliquent aux contractants, ce n'est pas pour réglementer leurs droits et obligations de caractère civils, mais pour réglementer leur comportement en tant qu'agents économiques. À cet effet, les sanctions prévues par elles ne peuvent être applicables au contrat, car elles ne donnent pas à l'organe juridictionnel une réponse pour trancher les conséquences civiles d'un litige à l'égard du contrat.

⁵⁶⁸ HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek (ss dir.), Paris-Nanterre, Montchrestien, 1998, p. 105.

⁵⁶⁹ COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit., p. 147.

⁵⁷⁰ Voir l'opposition entre « règle de décision » et règle de conduite » : KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, op. cit., p. 337, spéc. pp. 429- 431. L'auteur s'est inspiré de la distinction terminologique introduite par deux auteurs américains le Pr. Currie et du Pr Ehrenzweig.

⁵⁷¹ En ce sens, MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003, vol. 303, pp. 299 et s. ; KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, op. cit., pp. 424 et s. ; COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, op. cit., pp. 209 et s. ; FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Audit Bernard, t. 501, coll. Bibliothèque droit privé, LGDJ, 2008, pp. 43 et s. ; FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome.- Loi de police étrangère.- Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, janvier 2017, p. 5 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., pp. 168-169 ; MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2007, vol. 327, pp. 9 et s. ; REMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse Paris I, 2006, n° 675 – 682.

215. Ainsi, dans l'hypothèse où la loi d'embargo du *for* pose seulement la norme à ne pas transgresser sans prévoir des sanctions de droit privé, le contrat sera illicite au regard de la mesure d'embargo du *for*, car il ne respecte pas ses prescriptions, mais la sanction attachée à cette illicéité découlera de la loi applicable au contrat⁵⁷². En effet, l'interdiction d'exportation ou d'importation du *for* ne peut être vue comme une règle d'application immédiate du *for*, en ce sens que son application ne donne aucune solution au juge pour ce qui est de la validité du contrat. Cependant, c'est une règle à laquelle le juge du *for* doit donner effet puisqu'elle fait partie de son ordre public. Par conséquent, l'interdiction d'importation et d'exportation fera simplement l'objet d'une prise en considération⁵⁷³ par le droit matériel applicable⁵⁷⁴. Plus exactement, la prohibition édictée par l'État du *for* sera prise en considération par le droit applicable au contrat et permettra au juge du *for* soit de justifier l'inexécution d'une obligation contractuelle par le débiteur soit d'annuler le contrat sur le fondement dudit embargo.

216. Le juge étatique n'appliquera donc pas à proprement parler la mesure d'embargo, mais constatera simplement son effet sur le contrat. Autrement dit, c'est la loi applicable au litige qui fournira au juge une fenêtre par laquelle les faits, c'est-à-dire l'interférence d'une règle impérative de conduite sera prise en considération dans l'application du droit applicable et qui permettra d'en tirer les conséquences juridiques. En quelque sorte, la mesure d'embargo tendra alors à produire des effets indirects, qui constituent l'objectif même qu'elle se donne, parce qu'elle cherche à faire obstacle aux opérations commerciales⁵⁷⁵.

217. La théorie de *data* ou la prise en considération a été mise en avant par deux auteurs anglo-saxons afin de permettre l'application correcte de la loi du *for* à des situations localisées à l'étranger grâce à une prise en considération de ce « *local datum* », pour en tirer les conséquences d'une nullité ou d'apporter des preuves au sens du droit applicable⁵⁷⁶. Ainsi, si

⁵⁷² MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁵⁷³ La notion de la « prise en considération » selon Mme Fohrer-Dedeurwaerder, « est une technique juridique inhérente au droit international privé, qui y contribue à y introduire de la justice matérielle » : FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.* Voir également en ce sens KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, pp. 328 et s. ; COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, pp. 209 et s.

⁵⁷⁴ COURT de FONTMICHEL Alexandre, *op. cit.* p. 141.

⁵⁷⁵ HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek (ss dir.), *op. cit.* Voir également en ce sens MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁷⁶ En effet, M. Currie et M. Ehrenzweig ont contribué à l'élaboration de la théorie de *data*. Ils ont clarifié dans une certaine mesure la terminologie, l'opposition entre « règle de conduite » et règle de décision » et la notion de « *local datum* » (qui pourrait être traduite par « donnée locale »). Voir la notion de la théorie de *data*, KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, pp. 332 et s. ; COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, p. 216.

une demande de nullité d'un contrat est introduite devant un tribunal du *for* qui prévoit une interdiction d'importation ou d'exportation de certaines marchandises, l'illicéité du contrat ne sera appréciée qu'au regard de la règle impérative de conduite. Car la règle impérative de conduite fournit ainsi selon la terminologie employée par M. Currie un « *datum* »⁵⁷⁷ au juge saisi dont des conséquences sont tirées à l'aide du droit applicable au contrat. Ainsi, dans notre hypothèse, le mécanisme de la prise en considération permet au juge de donner effet à une règle de conduite par le biais d'une fenêtre du droit applicable au litige, toutefois, c'est le droit applicable qui va fournir au juge les règles de décision permettant de déduire les conséquences juridiques adéquates aux faits⁵⁷⁸. Ainsi, la technique de la prise en considération permettra que les normes de conduite impératives du *for* deviennent des autorités des faits juridiques, c'est-à-dire des éléments d'appréciations pour le juge.

218. Relevons cependant qu'en pratique, il convient de distinguer selon que la loi d'embargo de la *lex fori* est identique à la loi applicable au contrat où elle ne l'est pas. En effet, si la loi d'embargo du *for* est identique à la *lex contractus*, il n'y a aucun doute que le juge appliquera son propre ordre juridique, et que ce dernier prévoira que la mesure d'embargo constitue pour le débiteur un cas de force majeure justifiant la cessation des livraisons. Toutefois, il se peut très bien que le juge applique également un autre ordre juridique, si la loi applicable à la situation contractuelle est étrangère à la loi du *for*. S'agissant de cette dernière hypothèse, la *lex contractus* pourra très bien admettre que l'interdiction de commercer prévue par la loi d'embargo du *for* constitue un cas de force majeure justifiant l'inexécution des obligations du débiteur. Cependant, nous verrons par la suite que le mécanisme de la prise en considération se révèle particulièrement adapté à ces normes étatiques étrangères⁵⁷⁹.

Section 2 : la mesure d'embargo appartenant à la *lex contractus*

219. Dès l'instant qu'une loi est normalement compétente⁵⁸⁰, l'arbitre, à l'instar du juge étatique, est tenu d'en faire application dans toutes ses dispositions supplétives et impératives.

⁵⁷⁷ Pour une étude approfondie sur la notion de « *datum* », voir en particulier KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, pp. 334 et s. Voir également, MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 300 et s.

⁵⁷⁸ Par exemple, c'est la loi applicable au contrat qui va déterminer si les faits de l'espèce sont constitutifs, ou non, d'un cas de force majeure et de permettre ainsi la libération du débiteur. Voir *infra* notre deuxième partie de la thèse.

⁵⁷⁹ La même observation a été faite par Mme Fohrer-Dedeurwaerder qui constate que « (...) dans l'immense majorité des cas, la prise en considération porte sur des normes d'ordres juridiques étatiques étrangers » : FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁸⁰ La *lex contractus* est synonyme du droit applicable au fond du litige. Selon la définition de M. Cornu, la *lex contractus* est la « loi compétente pour régir la situation litigieuse ». Voir en ce sens, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 237.

Ainsi, les dispositions de police de droit privé trouvent application dès qu'elles appartiennent au droit déclaré applicable au fond du litige. Selon, M. Jacquet, « la notion même de la *lex contractus* serait vidée d'une bonne partie de sa signification si l'on excluait de son application les règles spécifiques qu'elle peut comporter »⁵⁸¹. Toutefois, en matière d'arbitrage international, l'arbitre n'applique pas une règle d'ordre public comme le ferait le juge étatique chargé d'en assurer le respect. En effet, les arbitres n'ayant pas de *for*, pour eux, tout système juridique est un droit étranger. Mais cela ne les empêche pas d'appliquer des normes d'application immédiate qui s'imposent. Par ailleurs, nous verrons que l'application des normes impératives de la loi applicable au fond du litige se heurte à la seule limite de l'ordre public international.

Paragraphe 1 : Application immédiate de l'embargo édicté par la *lex contractus*

220. La question de l'application de l'embargo résultant de la *lex contractus* présente davantage d'intérêt en matière d'arbitrage puisque dans ce domaine du droit, la démarche suivie par le juge est différente de celle suivie par l'arbitre international. En effet, l'arbitre est confronté à la différence du juge étatique à un conflit, entre d'une part la volonté de l'État auteur de la loi de police et, d'autre part, la volonté des parties, volonté dont précisément, il tire ses pouvoirs. Toutefois, l'arbitre comme le juge est tenu d'appliquer les normes obligatoires résultant de la *lex contractus* selon que les parties l'ont désignée (**A**) ou celle où elles ne l'ont pas fait (**B**).

A- Les parties désignent la *lex contractus* pour régir leur relation contractuelle

1- L'arbitre international

221. Lorsque les parties au contrat choisissent le droit applicable à leur relation contractuelle selon la Convention de Rome du 19 juin 1980⁵⁸² et qu'il renferme une mesure d'embargo susceptible d'avoir des effets sur la validité ou l'exécution de la convention devant l'arbitre, ce dernier est tout naturellement conduit à appliquer les interdictions résultant de la *lex contractus* et à faire prévaloir l'ordre public de celle-ci sur les stipulations contractuelles.

⁵⁸¹ JACQUET Jean-Michel, « Contrats Internat. — Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », *Rép. Internat. Dalloz*, décembre 1998 (actualisation : octobre 2015), n°194.

⁵⁸² La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles précise dans son article 3-1 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Cela signifie que les parties à un contrat peuvent par conséquent librement choisir une loi étatique ou un droit international qu'elles souhaitent rendre applicable à leur relation contractuelle. Ainsi, au moment du conflit, le juge étatique ne pourra contester ce choix et l'arbitre est tenu d'appliquer la loi choisie par les parties pour régir le fond du litige.

222. Pour le professeur Racine, « c'est la fonction juridictionnelle de l'arbitre qui lui impose le respect de telles dispositions »⁵⁸³. En effet, selon l'auteur, la fonction juridictionnelle de l'arbitre passe naturellement par la mise en œuvre des règles d'ordre public de la loi applicable. Ainsi, dès lors que les parties au contrat ont défini le droit applicable à leur rapport contractuel, l'arbitre est normalement tenu d'appliquer le droit régissant le fond du litige dans toutes ses dispositions, y compris celles d'ordre public. Le respect de l'ordre public de la loi choisie est un élément de la mission de l'arbitre. Une sentence rendue par la chambre d'arbitrage national et international de Milan du 20 juillet 1992 témoigne de cette réalité. En l'espèce, le litige opposait un entrepreneur italien à un sous-traitant, également italien, à propos de l'exécution d'un contrat en Irak, qui selon l'entrepreneur avait été rendu impossible en raison de l'embargo décrété à l'encontre de l'Irak par le règlement communautaire du 8 août 1990 et repris par l'Italie le 23 août 1993. La loi applicable au contrat avait été définie par les parties. Il s'agissait du droit italien. Le tribunal arbitral décida que les mesures d'embargo prises à l'encontre de l'Irak s'imposaient nécessairement et rendaient l'exécution du contrat impossible: « *These provisions not only cannot be derogated from : they must be necessarily applied ; that is, they are provisions which must be necessarily applied in the EC, whichever law applies to the contract, as it appears from their purpose and public law character* ». Certes, il s'agissait ici des mesures nationales et communautaires prises en application d'une résolution du Conseil de sécurité, mais l'arbitre a pris en considération essentiellement le caractère national et communautaire des mesures⁵⁸⁴.

223. De même, comme l'écrit le professeur Derains, dans l'hypothèse où la volonté d'un choix est exprimée « il existe une tendance des arbitres à appliquer le droit choisi par les parties dans son ensemble, quelles que soient ses conséquences sur la validité des dispositions contractuelles »⁵⁸⁵. Tel a été le cas par exemple de la solution adoptée dans une affaire rendue par la CCI n° 3380 de 1980. Le tribunal arbitral avait décidé qu'une clause de droit applicable désignant le droit syrien pour régir le contrat signifiait que le contrat était soumis au droit syrien dans son intégralité et sans restriction, ce qui incluait l'ensemble des règles d'impérativité ou

⁵⁸³ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 245. C'est également la position défendue par l'ensemble de la doctrine, notamment, BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitre commercial international », op. cit., p. 770.

⁵⁸⁴ *Ibidem.*, p. 771. Voir également en ce sens MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., pp. 178-179.

⁵⁸⁵ DERAIS Yves, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *Journal de Droit international (Clunet)*, 1993, p. 845.

d'ordre public du droit syrien⁵⁸⁶. Les lois de police de la *lex contractus* s'imposent ainsi à l'arbitre international.

224. Par ailleurs, l'arbitre n'a pas la faculté d'écarter de son propre chef, sauf circonstances exceptionnelles, l'ordre public de la loi applicable⁵⁸⁷. Pas plus que l'arbitre, les parties ne jouissent pas de la liberté d'écarter l'ordre public de la loi qu'elles choisissent. En effet, comme a pu l'observer M. Audit, « la découverte dans le choix choisi par les parties d'une loi impérative dont les parties n'ont pas eu connaissance peut fausser dans une large mesure, leurs prévisions initiales et en particulier conférer à l'une d'elles un avantage indu »⁵⁸⁸. Ce qui amène les parties à écarter dans leur clause de choix de droit la loi de police en cause dans le but d'éliminer celle-ci en partie ou en totalité, et ce, pour s'assurer que le droit choisi n'entraîne pas l'annulation ou l'extinction de leur contrat. Toutefois, dans l'hypothèse où les parties ont entendu se soumettre à un droit, celles-ci ne peuvent écarter par une manifestation de volonté expresse ou tacite les règles d'ordre public du droit choisi pour régir le fond du litige. L'incorporation d'une loi étatique dans le contrat ne lui fait pas perdre son élément impératif, et ce même devant l'arbitre du commerce international⁵⁸⁹. Cependant, il convient toutefois d'observer que même si certains auteurs admettent que les parties auraient la faculté d'écarter les dispositions impératives de la loi choisie relevant de l'ordre public interne à condition de manifester expressément une telle volonté⁵⁹⁰, telle n'est pas la position défendue par l'ensemble de la doctrine. En effet, le professeur Racine considère qu'une telle approche est contestable et il n'existe aucune raison de dissocier l'ordre public interne des lois de police. L'ordre public de la loi choisie s'impose en son entier aux parties⁵⁹¹. De même, M. Derains a pu remarquer que

⁵⁸⁶ Sentence CCI n°3380, J.D.I., 1981, p. 929, obs. DERAIS Yves. Citée par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 243. Sentence citée également par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 177. Voir sur ce point DERAIS Yves, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », op. cit.

⁵⁸⁷ Voir paragraphe 2 de ladite section.

⁵⁸⁸ AUDIT Bernard, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, n°3, p. 433.

⁵⁸⁹ Sur la théorie de l'incorporation, JACQUET Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Travaux du comité fr. DIP*, 1996, pp. 23-47.

⁵⁹⁰ Voir sur ce point DERAIS Yves, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, n°25, pp. 388 et s. ; *Id.*, « Détermination de la *lex contractus* », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI n°440/1, 1986, p. 7, spéc., pp.18 et s. Cité par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., n°411, p. 241. Voir également, JACQUET Jean-Michel, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Journal de droit international (Clunet)*, 1985, n°2, p. 404 ; ROBERT Jean, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1993, n°357, p. 310. Pour cet auteur, dans l'hypothèse où les parties au contrat auraient inséré dans leur contrat des clauses qui semblent contraires à des dispositions de la loi choisie par elles, « le respect de leur volonté conduira à l'arbitre à appliquer la stipulation contractuelle, en négligeant la disposition contraire d'ordre public de la loi de choix ». En effet, selon l'auteur, l'ordre public de la loi choisie par les parties « n'est qu'une disposition supplétive ».

⁵⁹¹ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit.

« l'attente légitime des parties ne se confond pas avec la volonté des parties. Aussi le choix exprès ou implicite du droit applicable au fond du litige par les parties n'exclut pas dans certains cas qu'il soit légitime de s'attendre à ce que l'arbitre tienne compte de l'intervention d'une norme impérative dont l'application n'avait pas été prévue par les parties, voire avait été délibérément écartée »⁵⁹². On citera ainsi une sentence de la chambre de commerce internationale (CCI) datant de 1978 qui avait décidé dans un litige soumis au droit brésilien de refuser de faire application du taux d'intérêts moratoires fixé à 4% par les parties au motif que « *les limites maxima prévues par les dispositions de la loi brésilienne (loi applicable au contrat) avaient été dépassées* ».

225. De ce fait, la pratique arbitrale démontre sans conteste que la décision d'embargo appartenant à la loi du contrat s'impose à tout arbitre dès lors qu'elle a vocation à régir le fond du contrat. De plus, la non-conformité de la norme impérative à l'attente légitime des parties⁵⁹³ ne saurait en aucune manière faire obstacle à son effectivité.

2- Le juge étatique

226. Comme nous l'avons dit plus haut, l'application des interdictions de commercer en tant que normes impératives du for ne pose aucune difficulté pour le juge étatique. En effet, elles interviennent dans les rapports litigieux au titre de lois d'application immédiate. Toutefois, la difficulté peut se poser, lorsque la *lex fori* ne coïncide pas avec la *lex contractus*. De ce fait, la question que l'on se pose ici est celle de savoir si les mécanismes d'intervention d'une mesure appartenant à la *lex fori* seraient les mêmes pour le juge étatique, si l'acte émanait d'une loi étrangère à *lex fori*, mais compétent au titre de la loi applicable au contrat. A priori, il est communément admis selon une tendance générale que le juge étatique donne en principe effet aux normes impératives résultant de la *lex contractus*⁵⁹⁴, sous réserve d'une intervention

⁵⁹² DERAIS Yves, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 383, § 34.

⁵⁹³ Voir sur ce point, DERAIS Yves, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Travaux du comité fr. DIP*, 1986, pp. 81-103. Voir également, *Id.*, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales*, *op. cit.*

⁵⁹⁴ On remarque, néanmoins, quelques résistances à l'égard des règles de droit public étranger. En effet, certains États veulent bien admettre l'application des lois du for, mais n'admettent pas l'application des lois de police étrangères, partant du principe que l'on peut déroger à la liberté contractuelle au nom d'intérêts, mais non au nom d'intérêts étrangers. Voir par exemple, MAYER Pierre, « Loi applicable et respect des lois de police », in *les Commissions illicites*, ICC publishing SA, 1992, pp. 56 et s. ; MARCHAND Aurèle, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 172. Voir également sur ce point, KASSIS Antoine, *Théories générales des usages du commerce : droit comparé, contrats, et arbitrages internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, 1984 ; *Id.*, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 457 et s.

éventuelle de l'ordre public du *for*⁵⁹⁵. Ainsi, une fois que les parties ont choisi la loi applicable et s'il s'avère que la loi choisie constitue une loi d'embargo, celle-ci s'impose non seulement au juge étatique et de plus, le contrat sera subordonné à cette loi même si le contrat doit à cause de cela être considéré comme nul. À l'instar de la juridiction arbitrale, les parties ne peuvent donc pas écarter une règle impérative de la loi qu'elles choisissent⁵⁹⁶ lorsque le juge étatique est saisi du contrat litigieux. À cet égard, MM. Mayer et Heuzé ont pu écrire « qu'il est impossible d'écarter une règle impérative de la loi choisie, même en lui substituant une règle empruntée à une autre loi : obligées de se référer à une législation de "confection", les parties ne sauraient se tailler un statut « sur mesure » »⁵⁹⁷.

B- Les parties n'ont pas désigné la *lex contractus* pour régir leur relation contractuelle

227. Dans l'hypothèse où les parties au contrat n'auraient pas choisi le droit applicable à leur convention, le législateur européen vient à leur secours. En effet, le règlement Rome I contient un éventail de règles permettant de déterminer le droit applicable⁵⁹⁸ lorsque les parties ne se sont pas exprimées sur cette question⁵⁹⁹. En revanche, en matière d'arbitrage commercial international, la détermination de la loi applicable aux contrats à défaut de choix des parties diffère de celle du juge étatique. En effet, l'arbitre international, qui n'est pas lié par une quelconque *lex fori* à laquelle il pourrait emprunter les règles de conflit des lois pertinentes, jouit d'une grande liberté en matière de détermination du droit applicable au fond du litige⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ En effet, même si l'application du droit public étranger constitué par la décision d'embargo partie intégrante des normes impératives de la *lex contractus* est possible par le juge. Cependant, la contrariété de cette règle à l'ordre public peut constituer l'obstacle essentiel à son application. Voir *infra*, paragraphe 2 de cette section.

⁵⁹⁶ Voir pour une étude de la jurisprudence étatique, JACQUET Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, thèse, Paris, Economica, 1983, pp. 200 et s., n° 289 et s.

⁵⁹⁷ MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 10^e éd., *op. cit.*

⁵⁹⁸ Les institutions européennes avaient déjà traité la question de la détermination du droit applicable dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980. Elles ont procédé à une adaptation et à un réajustement des règles de cette convention et à leur transformation en instrument communautaire sous la forme d'un règlement européen, le règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I).

⁵⁹⁹ En effet, si la loi du contrat n'est pas choisie par les parties, celle-ci peut être déterminée par le juge en fonction des liens les plus étroits. Voir sur ce point : JACQUET Jean-Michel, « Contrats Internat. — Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », *op. cit.*, n°118-179. Voir également pour la notion des « liens les plus étroits » : l'article 4 § 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et article 4 § 1 du Règlement Rome I sur la question de la loi applicable au contrat en l'absence de choix de loi.

⁶⁰⁰ Les principaux procédés utilisés par l'arbitre pour la détermination de la loi applicable au fond du litige sont au nombre de trois : le recours à un système étatique de droit international privé, le recours aux principes généraux du droit, enfin la méthode dite de « voie directe », laquelle exclut tout recours à la méthode de conflit de lois. Pour une étude sur les méthodes de désignation du droit applicable par l'arbitre : DERAINS Yves, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit des lois intéressées au litige, *Revue de l'arbitrage*, 1972, p. 118. *Id.*, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial international », *op. cit.* Voir également FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial*, *op. cit.*, n°1538 et s., pp. 880 et s. Sur la question de la méthode de la « voie

Ainsi, l'arbitre dans son appréciation souveraine quant à la localisation du contrat pourra décider que les règles propres à le régir sont celles d'un État donné du fait que cet ordre juridique entretient objectivement avec la convention des liens les plus significatifs⁶⁰¹.

228. En toute hypothèse, cependant, si la démarche de l'arbitre le conduit à désigner un droit national renfermant des dispositions impératives d'embargo susceptibles d'affecter la validité ou l'exécution du contrat, l'arbitre doit-il prendre en compte de telles mesures de sanctions économiques ? La réponse à cette question se trouve dans l'écrit de M. Mayer. En effet, cet auteur explique que lorsque l'arbitre est concerné par l'ordre public, même si sa mission première est de trancher un litige contractuel entre deux parties, dès lors que cette relation met en cause l'intérêt général, celui-ci a vocation à être pris en compte⁶⁰². Ainsi, l'arbitre devra appliquer cette mesure d'embargo, probablement au titre de loi de police. En d'autres termes, lorsqu'un droit étatique présente des liens exclusifs avec le litige, plus précisément lorsqu'une loi de police revendique un titre sérieux de compétence, l'arbitre devrait déclarer que le droit dont est issue cette loi de police est la loi applicable, même si, à terme, elle entraîne l'annulation du contrat.

229. Selon le professeur Racine, le respect de l'ordre public, sauf circonstances exceptionnelles, s'impose même s'il conduit à l'annulation du contrat en son entier⁶⁰³. Ce qui mènera les arbitres, dans un certain nombre d'hypothèses à rendre une décision qui va à l'encontre de l'attente légitime des parties⁶⁰⁴.

230. Pourtant, certains auteurs prétendent que l'arbitre devrait toujours privilégier l'application d'une loi qui préserve l'accord de volonté des contractants, même dans l'hypothèse où l'accord se révélera objectivement illicite au regard d'une loi de police qui a vocation à s'appliquer au rapport litigieux⁶⁰⁵. De plus, certaines doctrines admettent que si les arbitres internationaux demeurent libres de déterminer le droit applicable, leur liberté est

directe » utilisée par l'arbitre, voir pour une explication de la notion : MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *RDIC*, 1997, n°1, p. 30.

⁶⁰¹ LANDY-OSMAN Laurence, L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux, *op. cit.* p. 24.

⁶⁰² VAYR Jonathan et ANCEL Jean-Pierre, « Le respect par l'arbitre de l'ordre public », *LPA*, 15 décembre 2017, p. 4, n°250.

⁶⁰³ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 249.

⁶⁰⁴ Voir la définition et le rôle de cette notion : DERAIS Yves, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial », *op. cit.*, pp. 86 et s.

⁶⁰⁵ En effet, selon M. Derains, l'arbitre doit procéder à la recherche du droit applicable « par rapport à l'entente légitime des parties » : DERAIS Yves, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *op. cit.*, p. 36. Voir également en ce sens, COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge, les pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, n°318, p. 183.

conditionnée par l'attente légitime des parties. Ainsi, selon M. Claude Ferry, l'arbitre devrait toujours privilégier l'application de la *lex validitatis* : « Libre de déterminer la loi applicable comme il l'entend, l'arbitre international ne saurait porter atteinte aux prétentions des parties en désignant une loi annulant leur contrat⁶⁰⁶ ».

231. C'est ainsi que la *Favor validitatis*⁶⁰⁷ guidait parfois le raisonnement de certains arbitres. Par exemple, ce fut le cas dans une sentence CCI n°8113 de 1995⁶⁰⁸ où le tribunal arbitral a tout mis en œuvre pour désigner une loi validant le contrat litigieux. Cette affaire portait sur l'exécution d'un contrat de commission. Les parties n'avaient pas choisi le droit applicable. Le tribunal arbitral décida de faire application du droit de l'État qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat. Ce droit était celui de l'État sur le territoire duquel le contrat s'était exécuté. Or, ce droit prohibait le versement de commissions lors de l'attribution de marchés publics. Pour faire échapper le contrat à la nullité, le tribunal décida que la désignation du droit de l'État qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat n'emportait pas la désignation de ses règles substantielles, mais de ses règles de conflit. En effet, en matière contractuelle, la règle de conflit de cet État désignait la loi de conclusion du contrat, loi qui, en l'espèce, a permis de considérer le contrat comme valable.

232. De même, dans une sentence CCI n°4145 de 1984⁶⁰⁹, les arbitres ont décidé qu'« il est raisonnable de penser que de deux droits possibles, les parties auraient choisi celui qui assure la validité au contrat. C'est également un principe général reconnu qu'entre deux solutions juridiques, le juge choisit celle en faveur de la validité (*favor negoti*) ».

233. Cependant, une telle solution serait de faire selon le professeur Racine de la validité du contrat un critère de rattachement. Toutefois, cette approche peut surprendre, puisque, en principe, en l'absence de choix des parties, l'arbitre procède à une localisation objective du contrat, en désignant le droit de l'État avec lequel la relation contractuelle présente des liens les

⁶⁰⁶ FERRY Claude, *La validité des contrats en droit international privé, France – USA*, LGDJ, 1989, pp. 221 et s. Voir également en ce sens, OSMAN Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préf. Éric Loquin, LGDJ, 1992, pp. 221 et s.

⁶⁰⁷ « *Favor validitatis* » (ou la validation des relations contractuelles), expression utilisée par l'auteur Claude Ferry pour expliquer que « l'ensemble des systèmes de droit international privé est orienté dans le domaine des contrats internationaux vers la satisfaction d'un besoin essentiel, la validation des relations contractuelles » : FERRY Claude, *La validité des contrats en droit international privé, France – USA*, *op. cit.*, p. 354.

⁶⁰⁸ Sentence CCI n°8113 (1995), inédite. Citée par FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, 1994, n°75, vol. 249, pp. 418-419. Citée également par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁰⁹ Sentence citée par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 248.

plus étroits⁶¹⁰. Ainsi, lorsqu'une loi de police revendique son application parce que la situation litigieuse entretient selon les conditions prévues par la loi elle-même des liens étroits avec l'ordre juridique dont elle émane, l'arbitre désigne rarement un autre droit que celui qui contient la loi de police revendiquant son application⁶¹¹. Ainsi, dans une sentence CCI n°6500 de 1992,⁶¹² le tribunal devait statuer dans un litige qui opposait une entreprise libanaise en sa qualité d'agent commercial et une société suisse. Le droit applicable n'avait pas été désigné par les parties. La partie libanaise réclamait l'application de son droit national qui relevait d'une règle d'ordre public impérative alors que la partie suisse demandait que le tribunal applique la *lex mercatoria* ou à défaut, le droit suisse. Le tribunal arbitral décida d'appliquer le droit libanais en tant que droit du pays où le centre de gravité du contrat était situé. Mais les arbitres soulignèrent que : « *Dans la mesure où la loi libanaise est impérative et a pour but de protéger le représentant, cette loi est d'ordre public. De ce fait, même si le tribunal décidait d'appliquer la lex mercatoria, il ne devrait pas ignorer de telles dispositions* ».

Ainsi, le critère de lien le plus étroit est parvenu à choisir la loi, qui de toute façon aurait été applicable au titre de loi de police.

Paragraphe 2 : Éviction de la mesure d'embargo au titre de l'ordre public international

234. Comme l'on a pu observer, l'application du droit public étranger constitué par la décision d'embargo partie intégrante des normes impératives de la *lex contractus* est tout à fait possible. Mais cela suppose sa conformité à l'ordre public du *for*. En effet, en cas de contrariété à cette règle publique du *for*, l'arbitre, tout comme au demeurant, le juge étatique, pourra refuser de donner effet à une loi de police du droit choisi par les parties au nom de l'ordre public international. L'ordre public international est un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement compétente. Autrement dit, c'est un mécanisme qui fait exception, non pas au jeu de la règle de conflit, mais à l'application de la loi étrangère du fait de sa teneur. Ainsi, une telle éviction intervient lorsque l'application du droit étranger heurte les valeurs fondamentales du *for*.

⁶¹⁰ Voir article 4.2 du Règlement (CE) n°593/2008, dite Rome I relatif à la Loi applicable à défaut de choix.

⁶¹¹ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit. n°423, p. 250.

⁶¹² *JDI*. 1992, 1015, obs., J-J. Arnaldez.

A- L'éviction par le juge des mesures d'embargo de la *lex contractus* au titre de l'ordre public international

235. Le juge étatique peut en effet évincer la loi d'embargo étrangère normalement compétente, en raison de sa contrariété avec l'ordre public du *for*. En effet, l'exception d'ordre public international relevée par le juge a pour fonction d'empêcher la perturbation que risque de produire l'application ou la reconnaissance de normes étrangères dont le contenu heurterait les conceptions dominantes de l'ordre juridique du *for*⁶¹³. Ainsi, l'application des mesures d'embargo de la *lex contractus* pourrait de ce fait être rejetée tant qu'elles formeraient un corps de règles heurtant l'ordre public du *for*. Dans ces conditions, le mécanisme d'ordre public international permet au juge d'une part, d'évincer la loi étrangère d'embargo normalement compétente de sorte que ces normes étrangères impératives ne sauraient avoir d'efficacité dans l'État du *for*⁶¹⁴. Et d'autre part, elle permet à ce que le juge procède à une substitution de la loi du *for*. Selon les professeurs Mayer et Heuzé, cette exception d'ordre public a une triple fonction : 1) Elle permet d'éliminer de lois étrangères du *for* qui commanderaient une solution injuste ; 2) Elle assure la défense des fondements politiques législatives ; 3) Et enfin, elle contribue à la sauvegarde de certaines politiques étrangères⁶¹⁵.

236. En pratique, il n'est pas rare que les tribunaux refusent de donner effet à des interdictions énoncées par des États étrangers lorsqu'elles sont contraires aux valeurs essentielles du *for* dans la mesure où l'embargo se présente parfois essentiellement comme un acte inamical par lequel un État ou un groupe d'États tente de faire pression sur un autre État. Ainsi, les motivations à l'origine d'une telle décision peuvent être de natures diverses et sont toujours illégitimes au regard notamment du droit international public du *for*⁶¹⁶. Par exemple, un tribunal peut refuser au nom de l'ordre public de ne pas donner effet à une interdiction énoncée par un État étranger lorsque celle-ci a été prise selon le tribunal en considération de motifs non acceptables. Ce fut le cas du tribunal hollandais qui considéra le boycott arabe contre Israël comme contraire à l'ordre public hollandais et exigea à l'administration hollandaise de ne pas coopérer à ce boycott⁶¹⁷.

⁶¹³ AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 6^e éd., Economica, 2010, n°317.

⁶¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 1979, pourvoi n°77-12.825, Bull. 1979, I, n°27.

⁶¹⁵ MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°382.

⁶¹⁶ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 184.

⁶¹⁷ *E.g Hoge Raad*, 26 juin 1984, Nederlandse jurisprudence 1985, n. 531. Arrêt cité par VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, 150.

237. De même, les tribunaux n'accepteront en aucun cas d'appliquer les interdictions directement énoncées contre leur État⁶¹⁸. De plus, l'ordre public du *for* fera également barrage à la loi étrangère lorsque celle-ci est animée par des motifs purement politiques. C'est notamment le cas de certaines lois d'embargo américaines, qu'on qualifie d'« extraterritoriales »⁶¹⁹. Ces lois à effet extraterritorial engendrent une perturbation du commerce international et affectent potentiellement la souveraineté des États envers lesquels les effets se font sentir. Face à de telles lois, le juge du *for*, refusera de les tenir en compte au motif qu'il les estime contradictoires à la souveraineté économique de l'État du *for*.

238. Cependant, cette attitude du juge de refuser de donner application aux mesures d'embargo de la *lex contractus* étrangère à la loi du *for* pour contrariété à l'ordre public du *for* constituerait indéniablement un obstacle à l'efficacité internationale des jugements au cas où ils feraient l'objet d'une demande d'exequatur dans des pays appliquant les résolutions du Conseil de sécurité ou dans les pays à l'origine de la prohibition.

B- L'éviction par l'arbitre des mesures d'embargo de la *lex contractus* au nom de l'ordre public international

239. Comme nous l'avons vu, l'arbitre est tenu au respect de l'embargo de la *lex contractus* en vertu de l'ordre public international. Toutefois, dans certains cas, il peut à l'inverse être tenté d'écarter à l'instar du juge étatique l'ordre public de la loi applicable s'il est contraire à l'ordre public international, c'est-à-dire à l'ordre public transnational ou à des lois de police. En effet, en matière d'embargo, l'arbitre est susceptible d'être confronté à un principe d'ordre public transnational et à des lois de police. Mais il est généralement admis que l'arbitre international aura le plus souvent tendance à privilégier un raisonnement en termes d'ordre public transnational qui répond le mieux à la nature délocalisée de l'arbitrage international et assure le plus largement l'efficacité de la sentence⁶²⁰. À ce propos, le professeur Racine constate qu'un arbitre est généralement soucieux d'assurer cumulativement le respect de l'ordre public transnational et des lois de police toutes les fois où ce cas de figure est susceptible de se présenter. Ainsi, l'éviction des mesures d'embargo appartenant à la *lex contractus* par l'arbitre au nom de l'ordre public international présente deux cas de figure, selon que l'embargo

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ Voir *supra*.

⁶²⁰ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 7.

prononcé est décidé par un État d'une manière unilatérale ou lorsqu'il émane du Conseil de sécurité des Nations Unies.

1- Éviction de l'embargo multilatéral au titre de l'ordre public transnational

240. À supposer que les mesures de contraintes économiques adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ne s'identifient pas à la *lex mercatoria*, l'arbitre international en tant qu'autorité juridictionnelle de l'ordre mercatique pourrait-il écarter de telles mesures, au motif qu'elles seraient contraires à l'ordre public réellement international ? A priori, lorsque l'embargo est décidé collectivement, il est difficile d'envisager son éviction au moyen de l'ordre public transnational. Toutefois, il serait éventuellement possible d'imaginer un tel phénomène si le groupe d'États ayant décidé l'embargo incarnait des valeurs particulières, isolées sur la scène internationale. Dans ce cas, selon le professeur Chemain, « il semble que l'arbitre ait le pouvoir au moins pour ce qui concerne les violations les plus manifestes »⁶²¹. Mais, le plus souvent, l'embargo multilatéral réunit une pluralité d'États incarnant des valeurs largement partagées. L'ordre public transnational ne saurait intervenir pour écarter une telle mesure. Selon la doctrine, le doute n'est plus permis lorsque l'embargo multilatéral émane d'une organisation internationale comme l'ONU.

241. Le problème est plus complexe lorsque l'on réfléchit à l'intervention non plus de l'ordre public transnational à l'encontre d'un embargo multilatéral, mais d'une loi de police, plus précisément d'une loi anti-embargo. L'État victime de l'embargo adopte parfois une loi pour contrer les effets de la mesure comme l'Irak ayant voté une loi dite n° 57 en septembre 1990 imputant au cocontractant étranger la responsabilité dans l'inexécution des contrats affectés par l'embargo édicté par le Conseil de sécurité de l'ONU. Il y a alors conflit entre deux ordres publics : l'ordre public transnational incarné par l'embargo multilatéral et l'ordre public contenu dans la loi anti-embargo. Il va sans dire que la question se résout facilement : l'arbitre placé dans cette situation doit faire prévaloir l'ordre public transnational sur l'ordre public local⁶²², le seul risque étant d'amoinrir l'efficacité de la sentence dans le pays qui a édicté la loi anti-embargo. Mais c'est le prix à payer des « contradictions d'un droit mondialisé »⁶²³.

⁶²¹ CHEMAIN Régis, « Arbitre et embargo », in *Le Rôle de l'arbitre dans l'économie moderne, La lettre de la chambre arbitrale internationale de Paris*, septembre 2016, n°11.

⁶²² FOUCARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., n°1522, p. 866.

⁶²³ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Québec du 31 mars 2003 », op. cit.

2- Éviction de l'embargo unilatéral au titre de l'ordre public transnational

242. Dans ce contexte, l'arbitre dispose de la faculté de ne pas appliquer l'embargo de *la lex contractus* s'il se révèle contraire non pas à l'ordre public étatique, mais à l'ordre public transnational. En d'autres termes, l'arbitre est libre d'écarter des mesures d'embargo adoptées sur une base unilatérale ou par des groupes d'États plus réduits, s'il estime qu'elles ne sont pas adaptées aux besoins du commerce international.

En effet, cette marge de manœuvre de l'arbitre saisi d'un litige portant sur une matière soumise à embargo unilatéral s'explique par le fait qu'un tel embargo par sa définition reflète les valeurs ou les intérêts d'un seul État. L'arbitre serait alors plus à l'aise, ce même, s'il avait une conception plus étroite de son rôle, il devrait moins hésiter à écarter de telles mesures de sanctions économiques, si elles sont contraires à l'ordre public transnational⁶²⁴, quand bien même celles-ci appartiendraient à la loi applicable au litige.

243. En pratique, les arbitres ont plusieurs fois décidé d'écarter l'application de certaines dispositions d'ordre public de la *lex contractus*⁶²⁵. Ce fut notamment le cas d'une sentence CCI datant de 1995⁶²⁶. Le droit choisi par les parties était le droit de l'État de New York. La loi américaine dite loi RICO invoquée par la partie américaine faisait donc partie du droit applicable au fond du litige. Toutefois, l'arbitre unique déclara que la loi RICO était inapplicable. L'arbitre décida en effet d'écarter l'application de la loi RICO, au motif « *qu'il serait inapproprié d'attribuer aux parties l'intention d'appliquer à leur relation contractuelle une telle loi que RICO. (...), car RICO est une législation étrangère à la tradition civile et qui prévoit des dommages triples, une forme de dommages punitifs qui est également inconnue des pays de droit civil* ». C'est l'inadaptation de la loi RICO aux besoins du commerce international qui justifie la solution de l'arbitre.

⁶²⁴ Cette supériorité de l'ordre public transnational sur les ordres internationaux étatiques trouve un écho largement favorable en doctrine. Certains auteurs expliquent cette éviction possible devant l'arbitre par une sorte de hiérarchie entre ordres publics. Voir pour une étude approfondie, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial et international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 426 et s. ; LALIVE Pierre, « Ordre public transnational ou réellement international », *Revue de l'arbitrage*, pp. 365-366. Voir également en ce sens GOLDMAN Berthold, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalités et perspectives », *Travaux du Comité fr. DIP*, 1980, pp. 221-270.

⁶²⁵ Voir également en ce sens, sentence CCI n°5514 (1990), *JDI* 1992. 1022, obs., Yves Derains. Sentence CCI n°7528 (1994), citée par FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *op. cit.*, pp. 421-422. Voir également la sentence CCI n° 5953 (1989) rendue dans l'affaire *Valenciana*, *Rec.*, CCI, II, p. 437.

⁶²⁶ Sentence CCI n°8385, *JDI* 1997. 1061, obs., Y. Derains. Citée par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial et international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 268, n°457.

244. Par ailleurs, la question peut néanmoins se poser de savoir si l'arbitre du commerce international a le pouvoir d'apprécier la conformité d'une mesure d'embargo unilatéral en droit international public. Autrement formulé, est-ce que l'arbitre pourra évincer une mesure d'embargo qui apparaît comme une composante de la pratique raciste ou religieuse, au titre du droit international public ?

245. Selon le professeur Racine, « rien ne s'y oppose si l'on considère que le droit international public, en ce qu'il exprime des valeurs reflétées dans la légalité internationale, est une composante de l'ordre public transnational dont l'arbitre est le garant ». ⁶²⁷ En effet, pour l'auteur, le droit international public alimente l'ordre public transnational même au-delà des contours du *jus cogens*, ce qui revient à dire qu'il n'y a pas de césure nette entre l'ordre juridique international et l'ordre public transnational. L'auteur y ajoute également qu'« il n'y a rien de choquant à imaginer un arbitre écarter une mesure d'embargo unilatéral en considérant que le droit international public transgressé fait partie de l'ordre public transnational » ⁶²⁸.

246. À l'heure actuelle, l'émergence d'un ordre public véritablement international est généralement reconnue ⁶²⁹. Les principes contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les conventions internationales, etc., peuvent raisonnablement être considérés comme relevant de cet ordre public transnational ⁶³⁰. Or, sous certains aspects, la loi d'embargo peut effectivement s'avérer être un catalyseur de substantielles violations du droit international. Car l'embargo peut, notamment, être considéré comme contraire : à la charte des Nations Unies et au principe de non-ingérence dans les affaires internes d'un État souverain, aux accords de l'OMC qui visent à libéraliser le commerce mondial, à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prohibe dans son article 14 toute forme de discrimination fondée sur l'origine, la race, la religion ou la nationalité ⁶³¹.

247. Dès lors si, aux yeux de l'arbitre, une mesure d'embargo devait apparaître comme une composante de la politique raciste ou religieuse pratiquée par un autre État, l'arbitre peut invoquer les conventions internationales, soit directement afin de mettre en échec telle prétention contraire, soit dans le cadre de l'exception d'ordre public opposée à la règle étatique

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 32. Voir également en ce sens, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°194, p. 189.

⁶³⁰ *Ibidem*.

⁶³¹ Ce fut le cas du boycott d'Israël par les États arabes. Ce boycott par le fait qu'il imposait directement certains comportements à d'autres États ou à leurs ressortissants était considéré contraire aux conventions internationales. Voir en ce sens, MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 33 et s.

normalement applicable⁶³². D'ailleurs, selon la doctrine, « de quelque façon que l'on analyse la notion d'ordre public réellement international (*jus cogen* de la *lex mercatoria*), il est préférable d'en justifier le contenu en se référant à des textes qui l'ont consacré de façon solennelle »⁶³³. En effet, il n'existe pas d'instrument international qui puisse révéler l'existence d'un consensus des États plus que les conventions internationales, surtout lorsqu'elles sont universelles et qu'elles ont recueilli le consentement d'un nombre important d'États. Ainsi, l'existence d'un tel consensus de la part d'un nombre important permet à l'arbitre international de supposer un consensus des opérateurs du commerce international.

Les conventions internationales se révèlent donc être un instrument précieux à la disposition des arbitres internationaux pour opposer l'exception d'ordre public transnational à des comportements ou des législations étatiques méconnaissant les principes reconnus dans ces textes internationaux⁶³⁴.

248. Toutefois, la faculté qu'a l'arbitre d'évincer une disposition impérative de la *lex contractus* pour contrariété à l'ordre public transnational doit cependant demeurer exceptionnelle. En effet, l'efficacité de la sentence peut en être affectée, si l'arbitre, en ne respectant pas une disposition d'ordre public du pays dans lequel sa sentence est susceptible d'exécution, l'arbitre risque d'exposer la sentence qu'il rend à un risque de refus d'exequatur. C'est pourquoi, selon le professeur Racine, « si un risque de refus d'exequatur existe, l'arbitre doit respecter la disposition d'ordre public concernée en dépit de son inadaptation aux besoins du commerce international⁶³⁵ ».

⁶³² MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 188.

⁶³³ MAYER Pierre, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 275-285.

⁶³⁴ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 187.

⁶³⁵ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial et international et l'ordre public*, op. cit., p. 265.

Chapitre 3 : L'application de l'embargo en tant que norme étrangère à la *lex contractus* et à la loi du *for*

249. Après s'être interrogé sur l'application des mesures d'embargo du droit du *for* et du droit applicable au fond du contrat par le juge et l'arbitre, il s'agira dans le cadre de cette étude d'examiner le sort réservé aux lois d'application immédiate issues d'autres ordres juridiques étrangers, en matière d'embargo.

Ainsi, un juge étatique ou un arbitre peut-il ou doit-il appliquer des mesures d'embargo d'origine étrangère qui entendent s'imposer indépendamment de la loi désignée par la règle de conflit ? Nous ne parlons pas ici des dispositions impératives du droit étranger déclaré applicable en vertu de la règle de conflit des lois. En effet, la question consiste à se demander si le juge de l'État B peut ou doit appliquer une loi d'embargo étrangère affectant un contrat soumis au droit de l'État A. L'hypothèse paraît simple. Toutefois, il se trouve que la situation peut s'avérer embarrassante tant pour le juge que pour l'arbitre surtout dans le domaine spécifique des mesures d'embargo. En effet, la difficulté ou la réticence pourrait provenir du caractère hautement politique de la mesure d'embargo qui n'a pas pour finalité de réglementer les rapports de droit privé, mais qui constitue davantage une arme dans la lutte d'un État contre un autre⁶³⁶. Or, à cet égard, la mesure d'embargo est déjà suspecte : son application est peu opportune en raison de sa nature politique.

250. Cependant, si pendant longtemps, la question des lois de police étrangère a pu être considérée comme tombant sous le coup du principe d'inapplicabilité⁶³⁷, elles sont aujourd'hui

⁶³⁶ Voir supra, paragraphe 2, section 1, chapitre 1, du titre 1 de la présente partie. MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.* ; MAYER Pierre « Les lois de police », *in Droit international privé, Travaux comité fr. DIP*, 1988, pp. 105- 120. ; NIBOYET Marie-Laure et de GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, 7^e éd., LGDJ, 2020, p. 221.

⁶³⁷ En effet, pendant longtemps, en raison du rapprochement que présentent les lois de police avec le droit public, a été proclamé sans réserve le principe de l'inapplicabilité du droit public étranger, mais pour la doctrine cette proposition était excessive et ne rend au demeurant pas compte du droit positif. En effet, ce principe est largement répudié en doctrine plutôt persuadée de la nécessité de coopération entre États. Ces lois de police, même lorsqu'elles apparaissent formellement de droit public, visent fréquemment la protection d'intérêts. Ainsi, tous les États modernes poursuivant les mêmes objectifs généraux d'ordre économique, social, culturel, environnemental, sanitaire (Embargo sur la viande bovine, voir *infra*) ou moral (lutte contre la corruption) ont été amenés à encadrer ces activités par des mesures impératives. Cependant, les États qui adoptent de telles mesures souhaitent les voir respecter nonobstant les rattachements étrangers de la situation. Par conséquent, l'intérêt de chaque État est de ne pas s'en tenir à une attitude de rejet systématique à l'égard des lois des États étrangers. Voir sur cette question MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *Journal de droit international*, 1981, p. 277 ; spéc. n° 72, p. 344 : « Aucune raison sérieuse ne conduit à déclarer inapplicables en soi les lois de police étrangères » ; *Id.*, « Les lois de police », *op. cit.*, pp. 105-120 ; éd. CNRS, 1989, p. 105 ; LATIL cédric, « Lois de police », *JCl. dr. int.*, Fasc. 552-100, septembre 2019, p. 38 ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 250 et s. ; DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « Lois de police et politiques législatives »,

considérées comme dignes de considération. Sur ce point, certaines conventions internationales applicables sans condition de réciprocité l'ont consacré sous forme de faculté⁶³⁸, au premier rang desquelles figure la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En effet, la convention se distinguait par une très grande ouverture vis-à-vis de ces normes, en permettant dans son article 7, § 1, la possibilité pour le juge du *for* de « donner effet » à des lois de police étrangères sans limitations particulières. Aujourd'hui, le Règlement Rome I qui succède à la Convention de Rome a refondu le texte (devenu article 9), dans un sens plus restrictif en posant des exigences qui concernent tout à la fois l'origine et l'objet des lois de police en cause. Désormais, aux termes de l'article 9 § 3 du Règlement Rome I, il ne peut être « donné effet », parmi les lois de police étrangères, qu'à celles « du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées », et seulement dans la mesure où elles « rendent l'exécution du contrat illégale ».

251. Par ailleurs, par comparaison au juge étatique, l'arbitre semble propice à l'application de ce type de normes. En effet, gardien d'aucun intérêt d'un ordre juridique, la notion de la loi étrangère pour un arbitre n'a pas de signification, seule est prise en considération l'appartenance ou non de la norme impérative à l'ordre juridique compétent. Ainsi, il n'est pas en principe interdit à l'arbitre d'assurer l'application de principes qui s'imposent, y compris dans le commerce international, à la volonté des parties.

Section 1 : L'impérativité des lois d'embargo étrangères dans le cadre de la Convention de Rome

252. Dès la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la faculté pour le juge de tenir compte de lois de police étrangères était posée dans le premier alinéa de l'article 7 § 1 : « *Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans*

Rev. crit. DIP, 2011, n°2, pp. 252 et s. ; AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international Privé*, 8^e éd., Lextenso, LGDJ, 2018, pp. 174 et s., n°189 et s. et pp. 316 et s. ; DEUMIER Pascale, « la loi de police étrangère : une possibilité que le juge à l'obligation d'envisager », *Revue des contrats*, 2010, n°4, p. 1385.

⁶³⁸ AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé, op. cit.* Il convient de relever cependant que la Convention de Rome avait été précédée sur ce point par la Convention de Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (art. 16 : « *Il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout État (...), si et dans la mesure où selon le droit (de ce dernier), ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.* ») et puis, elle a été suivie par la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, sur la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance (art. 16, al. 2). En dehors du cadre européen, aux États-Unis, le paragraphe 187 du *second restatement* sur les conflits de 1971 dispose que : « *A partie's choice-of-law will not be effective of it should be « contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which...would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties ».*

la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. (...) ». Avec cette disposition, le juge du *for* et l'arbitre étaient invités à donner effet à une loi de police émanant d'un État étranger qui revendique sa compétence selon ses propres critères et qui n'était pas applicable en vertu des règles de conflit du *for*. La jurisprudence française n'en avait pas encore fourni la moindre illustration, mais c'est désormais chose faite. En effet, sous l'empire de la Convention, elle a admis de donner effet sur le fondement de l'article 7, §1 à une loi d'embargo étrangère adoptée unilatéralement par un État⁶³⁹ (**paragraphe 1**).

253. Le texte conventionnel soulevait toutefois des interrogations. La principale tenait au sens de l'expression « donner effet ». En effet, l'article 7 paragraphe 1^{er} de la Convention de Rome fait l'objet d'une divergence d'interprétation s'agissant de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression « donner effet »⁶⁴⁰ à une loi de police étrangère. Celle-ci pouvait revêtir deux significations différentes : s'agit-il de procéder à l'application pure et simple de la loi de police étrangère en tant que règle de droit à l'instar de leurs congénères du *for* ou d'une simple prise en considération en tant qu'élément de fait dans le cadre de l'application de la *lex causae*⁶⁴¹. Le débat est cependant difficile à trancher, car il n'y a aucun exemple d'application en droit comparé d'une loi de police étrangère⁶⁴². De fait, on constate en pratique que chaque fois que

⁶³⁹ Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, précité. Pour d'autres commentaires : JACQUET Jean-Michel, « Synthèse - Contrats internationaux », *JCl. dr. int.*, 30 mai 2020, p. 11 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *Rép. Internat. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : juin 2021) ; BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Conflits de lois – Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *JCP G*, 10 mai 2010, n°19-20, p. 530.

⁶⁴⁰ L'expression « donner effet » aux lois de police étrangères est également utilisée par la Convention de Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire (art. 16) et aussi par le Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux relations contractuelles qui succède la Convention de Rome.

⁶⁴¹ DEUMIER Pascale, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », *op. cit.* ; MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 245 et s. ; BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *op. cit.* ; LATIL cédric, « Lois de police », *op. cit.* ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., Précis DOMAT, LGDJ, 2019, p. 180 ; BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, partie spéciale, tome II, 3^e éd., Thémis droit, PUF, 2014, pp. 451 et s. ; MARCHAND Aurore, « Conflit de lois. – Loi de police. — Contrats internationaux. — Nullité du contrat. — Embargo étranger », *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, janvier 2011, 2, p. 4.

⁶⁴² Certes quelques arrêts suisses et hollandais ont été cités classiquement par la doctrine comme exemple de l'application d'une loi de police étrangère, notamment l'arrêt « *Alnati* » rendu par la Cour de cassation des Pays-Bas (13 mai 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 522, note A. V. M. Struycken) et l'arrêt de la Cour fédérale suisse du 7 mai 2004 (Cité par A. Von Overbeck, *Yearbook of PIL*. Vol. VI, 2004, p. 247). Mais en réalité, ces arrêts ne faisaient qu'envisager l'application de la loi de police étrangère. En effet, dans l'arrêt *Alnati*, la Cour affirma seulement « qu'il peut arriver que pour un État étranger l'observation de certaines de ces règles, en dehors de son territoire, revête une importance telle même que le juge néerlandais doive en tenir compte, et, dès lors, de s'appliquer de préférence au droit d'un autre État qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat ». De ce fait, pour différentes raisons tenant en compte aux circonstances de l'espèce, il n'y eut pas dans sa décision d'application effective de la loi de police étrangère. Voir en ce sens, BUREAU Dominique et Horatia MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, Tome 1, 2^e éd., PUF, 2010, p. 432 ; FOHRER-DEDEURWAERDER

la question des « effets à donner » à une loi de police étrangère s'est posée, le juge ne l'a jamais appliquée en tant que règle de droit. De même, en France, aucun arrêt à ce jour ne peut être cité comme une illustration de l'application d'une loi de police étrangère. Même l'arrêt *Viol frères* du 16 mars 2010, précédemment mentionné cité, n'en est pas une. Car, les circonstances en l'espèce, celles d'une loi d'embargo sur des marchandises françaises sont largement plus compatibles avec une prise en considération qu'avec une reconnaissance comme loi applicable⁶⁴³. Ainsi, nous constatons que lorsque le juge du *for* ou l'arbitre est amené à envisager le type d'effet pouvant être conféré aux lois de police étrangère, celui-ci élude l'application pure et simple de la loi de police étrangère au profit de la prise en considération (**paragraphe 2**). Toutefois, nous verrons par la suite que malgré une différence subtile entre les deux méthodes d'intervention des lois de police étrangère, le Bundesarbeitsgericht dans son arrêt inédit *Nikiforidis* a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation à donner. Il a ainsi opéré une distinction entre les deux thèses afin de permettre d'y voir plus clair.

Paragraphe 1 : La faculté du juge ou de l'arbitre à appliquer les mesures d'embargo étrangères

254. La possibilité de donner effet par le juge du *for* aux interdictions de commercer édictées par un État étranger a été reconnue par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (art. 7 alinéa1). Toutefois, en pratique, ce texte n'a pas trouvé à s'appliquer de manière fréquente⁶⁴⁴. Ainsi, dans la jurisprudence française, les cas dans lesquels une loi de police étrangère était prise en compte étaient rares, voire inexistantes⁶⁴⁵, jusqu'à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 mars 2010. En effet, dans cette affaire inédite, la Cour de cassation a manifesté sa totale adhésion aux critères des lois de police étrangères énoncées par la Convention de Rome elle-même. Ainsi, selon la Cour, la coopération

Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome. - Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, janvier 2017, p. 15 ; JACQUET Jean-Michel, « Contrats Internat. - Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », *Rép. Internat. Dalloz*, décembre 1998 (actualisation : octobre 2015), n° 205. Toutefois, on observe qu'en dehors du cadre de la Convention de Rome, un arrêt favorable à l'application d'une loi de police étrangère considérée en tant que telle a été rendu par la cour d'appel de Paris le 15 mai 1975, *Rev. crit. DIP*, 1976, 690, note H. Batiffol. Dans cette affaire, la cour de Paris a prononcé la nullité de la vente d'un immeuble situé au Vietnam, pour défaut d'une autorisation administrative vietnamienne considérée comme « une loi d'ordre public s'imposant aux contractants comme loi de police du contrat et à laquelle ne pouvait être opposée la loi d'autonomie des parties ».

⁶⁴³ Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, précité.

⁶⁴⁴ KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁴⁵ En réalité, ce sont des décisions ayant refusé la prise en compte qui étaient connues, notamment la célèbre affaire du Gazoduc euro-sibérien : Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 473.

encouragée par l'article 7 § 1 demeure une possibilité pour le juge, mais elle devient une possibilité que le juge à l'obligation d'envisager (A). Toutefois, aux termes de la deuxième phrase de l'article 7§1, une telle faculté était très encadrée. De ce fait, une fois que la possibilité de prise en compte est admise, il reste pour le juge comme pour l'arbitre à examiner les conditions d'application des lois de police étrangères à *la lex contractus* (B).

A- Loi de police étrangère : une possibilité que le juge ou l'arbitre a l'obligation d'envisager

1- Le juge étatique

255. « *Quelle que soit la loi applicable au contrat international, le juge doit déterminer l'effet pouvant être donné à une loi d'embargo étrangère, en vertu de l'article 7 paragraphe 1^{er} de la Convention de Rome* ». C'est cette règle que la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle dans son arrêt du 16 mars 2010 concernant la loi ghanéenne d'embargo. Sans s'attarder sur les faits⁶⁴⁶, rappelons qu'en l'espèce la cour d'appel d'Angers a refusé de tenir en compte de la loi d'embargo étrangère décrétée unilatéralement par l'État du Ghana sur la viande bovine française au motif que cette dernière « *n'a pas force obligatoire à l'égard des parties au contrat de transport et qu'au regard de la loi applicable, la cause du contrat ne remplit aucune des conditions énoncées par l'article 1133 du Code civil français*», alors que selon la Cour de cassation, il lui appartenait « *de déterminer, par application de la Convention de Rome, l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle* ».

256. La censure était inévitable. En effet, en exigeant la nécessité pour les juges de s'interroger sur la possibilité de donner effet à une loi de police étrangère, la haute juridiction met fin à cette tendance molle des juges qui s'inscrivait à accepter de discuter des règles impératives étrangères, mais sans vouloir permettre de leur donner effet ou non. Ainsi, la position adoptée par la Cour de cassation vient alimenter le constat fait par la doctrine persuadée que respecter ces dispositions impératives étrangères (lorsque les intérêts qu'elles défendent sont légitimes et effectivement impliqués dans le cas d'espèce)⁶⁴⁷ permet de favoriser une meilleure coopération entre les États.

⁶⁴⁶ En effet, pour une analyse des faits, voir en ce sens le paragraphe 1 de la section 1 du chapitre 1 de la partie 1 ; mais également les différents commentaires : Cass.com., 16 mars 2010, n° 08-21511, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, précité : *RDC* 2010, p. 1385 ; *JCP G* 2010, 530, note L. D' avout et B. Bureau ; *DMF* 2010, n° 714, note S. Sana-Chaille de Neré ; *Dr et Patr.*, 2010, n°198, p. 177, chron. M.-E. Ancel ; *RLDA* 2010/51, p. 63, note C. Nourissat ; *LPA* 27 juill. 2010, p. 7, note C. Legros ; *Rev. dr. transp.*, juin 2010, comm. 131, note P. Delebecque. Voir également pour un commentaire, KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international*, *op. cit.*

⁶⁴⁷ AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 176.

257. À vrai dire, le droit positif ou la jurisprudence étrangère s'était progressivement orienté vers la prise en compte des lois de police étrangères. On citera à titre d'illustration le célèbre arrêt du Tribunal d'arrondissement de La Haye du 17 septembre 1982, l'affaire du *gazoduc sibérien*⁶⁴⁸, qui est aussi sur ce point extrêmement instructif. En effet, à l'occasion de la construction du gazoduc eurosibérien au début des années 1980, la société *Sensor*, société de droit hollandais filiale de la société américaine avait convenu de livrer à une société française un équipement sismographique destiné à la construction du gazoduc eurosibérien. À la suite des mesures d'embargo adoptées par le gouvernement américain pour empêcher la construction du gazoduc reliant la Sibérie à l'Europe occidentale, *Sensor* fit savoir à son acheteur qu'elle était tenue de respecter ces mesures en tant que « filiale d'une société américaine » et qu'elle se trouvait dès lors dans l'impossibilité d'exécuter le contrat pour cause de force majeure. En réponse, l'acheteur saisit les tribunaux hollandais en vue d'obtenir l'exécution du contrat. À défaut de choix des parties, le juge néerlandais s'est inspiré de l'article 4 de la Convention de Rome, consacrant le critère des liens étroits pour constater que le droit applicable au contrat était le droit néerlandais. Toutefois, *Sensor* invoqua pour sa défense la loi d'embargo américain. Le président du tribunal s'est expressément demandé dans quelle mesure il fallait tenir compte de la décision d'embargo des États-Unis qui visait à restreindre les échanges commerciaux. Il a finalement estimé que l'application directe de la mesure d'embargo américain devrait être envisagée bien que la loi du contrat soit hollandaise, en s'exprimant comme suit : « *Selon les règles du droit international privé néerlandais, même dans les cas où le droit néerlandais est applicable à un contrat international comme dans le cas d'espèce, le juge néerlandais est dans certaines circonstances obligé de faire prévaloir l'application de certaines dispositions impératives d'une loi étrangère* ». Si en fin de compte, le tribunal refusa d'appliquer l'embargo américain en raison des liens insuffisants entre les États-Unis et la situation litigieuse⁶⁴⁹, il n'en demeure pas moins qu'en dépit de la recherche de la loi régissant le contrat, le juge néerlandais

⁶⁴⁸ Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, précité. Sur cette affaire, BENCHENEB Ali, « Pétrole contre nourriture : l'ONU et les contrats internationaux d'assouplissement de l'embargo consécutif à la guerre du Golfe », *Journal de droit international*, 1997, p. 945. Cette affaire a également été citée dans les thèses suivantes : MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, Larcier, 2012, p. 196 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit de l'économie, Université de Bourgogne 1991, p. 33 ; VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *RDAl*, 1988, n°2, p. 148 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 35 et s. Pour une analyse d'ensemble de la question : AUDIT Bernard, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, pp. 399 et s.

⁶⁴⁹ Sur ce point, on aura l'occasion d'y revenir dans la suite de la rédaction.

s'est considéré dans l'obligation de s'interroger sur la possibilité de donner effet à la loi d'embargo américain bien que la *lex contractus* soit en l'espèce le droit néerlandais.

258. Dans la même lignée, le Bundesgerichtshof allemand s'était prononcé de la même manière. En effet, la Cour Suprême fédérale allemande avait pris en compte la loi d'embargo américain sur le borax destiné à l'Allemagne de l'Est (Rostock) alors même que la loi régissant le contrat était la loi allemande. En l'espèce, un contrat avait été conclu entre deux entreprises allemandes ayant pour objet la livraison de 100 tonnes de borax. Celui-ci devait être produit en Allemagne avec des matières premières importées des États-Unis. Ce dernier avait accordé des licences d'exploitation à condition qu'aucune quantité de borax ne soit expédiée en Allemagne de l'Est. Mais les parties savaient que la destination finale du borax était Rostock. Le vendeur refusa alors de livrer le borax et a été par conséquent poursuivi en justice pour l'obtention de dommages et intérêts. La juridiction allemande, saisie de l'affaire, déclara nul le contrat pour cause immorale, car il avait tenté de contourner la loi d'embargo étrangère⁶⁵⁰. De même, en 1962, La Cour Suprême fédérale allemande avait rendu une décision comparable dans un cas similaire⁶⁵¹.

259. Ainsi, dans le cas des arrêts que nous avons étudiés, l'accueil conféré par les juges aux lois de police étrangères conformément à l'article 7 §1 de la Convention de Rome semble indiscutable. Pourtant, cette conviction était loin d'être partagée.

2- L'arbitre international

260. Par ailleurs, qu'en est-il du sort réservé à ces lois d'embargo étrangères devant l'arbitre international ? Un arbitre international, pourrait-il donner effet, à l'occasion d'un transport de marchandises soumis à la loi française, à la loi d'embargo de l'État du Ghana ? Nous avons pu observer que lorsque ces dispositions impératives appartiennent à la loi choisie (ou à la loi déclarée applicable par l'arbitre en absence de ce choix des parties), elles s'imposent naturellement⁶⁵². À moins d'une circonstance exceptionnelle, les lois de police de la *lex*

⁶⁵⁰ Bundesgerichtshof, 21 décembre 1960, *BGHZ* 34, 169 : arrêt cité par les éminents professeurs, VAN HOUTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 144 et LALIVE Pierre, « Transnational (or truly international) Public Policy and International Arbitration », in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, n°77, p. 280. Décision également citée par LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 33 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 197-198 ;

⁶⁵¹ Bundesgerichtshof, 24 mai 1962, *N.J.W.* (1962), p. 1436, note WARN ; *MDR* 1962, 719, 888, note SIEG (on insurance contract to cover the carriage of borax from New York to Hamburg where transshipment was planned for Poland).

⁶⁵² *Supra*, paragraphe 1, section 2, chapitre 1 du présent titre, Partie 1.

contractus doivent en effet être appliquées par l'arbitre. Les difficultés paraissent plus grandes en présence d'une décision d'embargo, en tant que loi de police étrangère à la *lex contractus*⁶⁵³. Des débats se sont soulevés en doctrine sur le point de savoir si l'arbitre devrait prendre en compte les lois de police étrangères. En effet, un courant doctrinal hostile à la prise en compte de ce type de normes par les arbitres internationaux, a fait valoir que l'arbitre international, n'ayant pas de *for*, donc pas de loi du *for* et, étant dépendant de la volonté des parties qui l'instituent, n'aurait ni qualité ni pouvoir d'appliquer une loi de police n'appartenant pas à la *lex contractus*⁶⁵⁴. Celui-ci doit, avant tout, respecter la volonté des parties et n'appliquer la loi que celles-ci ont choisie. Le respect de telles lois est susceptible de remettre en cause les attentes des parties dès lors que leur choix se serait porté sur une loi déterminée. Par ailleurs, certaines considérations plaident plutôt en faveur d'une application des lois de police étrangères par l'arbitre dans la mesure, il n'est investi d'aucune mission de défense des intérêts généraux. Cela étant dit, par comparaison au juge étatique, comme le souligne M. Mayer, la position de l'arbitre est plus propice à l'application des lois de police étrangères. En effet, si aucune loi de police n'est pour celle du *for*, aucune n'est non plus étrangère ; aucune méfiance envers une souveraineté envahissante n'est donc éveillée en lui⁶⁵⁵. De plus, rappelons-le, de telles normes protègent les intérêts les plus essentiels d'une collectivité nationale. Dès lors, l'arbitre international ne peut raisonnablement en faire abstraction et considère la volonté des parties comme « un horizon indépassable »⁶⁵⁶. D'ailleurs, comme le souligne M. Mezghani,

⁶⁵³ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3 pp. 753 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 200 et s., RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, p. 507 ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Revue de l'arbitrage*, 2015, n°4, p. 1001 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *Rép. Internat. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : juin 2021), n°187.

⁶⁵⁴ À ce titre, le professeur GAILLARD relève que « par définition, la théorie des lois de police est particulariste et amoral. Une loi de police traduit simplement une politique particulièrement affirmée d'un État et ne prétend nullement correspondre à des valeurs universelles ». Et le même auteur a pu avancer : « N'étant pas l'organe d'un ordre juridique déterminé, l'arbitre n'a pas l'obligation de faire respecter les lois de police du *for* – il n'en a aucun – et moins encore de faire respecter les politiques d'État dont, par hypothèse, la loi n'a pas été choisie par les parties (...) » (GAILLARD Emmanuel, « Arbitrage commercial international, sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige », *JCl. dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991, n° 104, p. 25). De manière identique, M. GOLMAND estimait que reconnaître à l'arbitre international la faculté d'appliquer des lois de police étrangères au droit choisi « serait nier la transnationalité du contrat en cause » : GOLDMAN Berthold, « Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhan, 1993, p. 241.

⁶⁵⁵ MAYER Pierre, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 113.

⁶⁵⁶ Voir sur ce point : LATIL cédric, « Loi de police », *op. cit.*, p. 41, n°67 ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^e éd., coll. Domat Droit Privé, LGDJ, 2016, n°937, p. 723 ; SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. Pierre Mayer, Paris, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2001, n°452 et s. Voir également l'article 9 de la résolution de l'institut de droit international sur l'autonomie de la volonté des contrats internationaux entre personnes privées, 26 août – 3 septembre 1991, session de Bale : Ann. IDI, vol, 64, t. II, 1992 admet l'application des lois de police par l'arbitre « si elles poursuivent des fins largement acceptées par la communauté internationale ».

« L'arbitrage répond à un besoin spécifique qui est celui d'une justice adaptée au commerce international. Ce caractère ne peut signifier que l'arbitrage doit faire prévaloir et satisfaire les intérêts des parties, fussent-ils contraires, sur ceux des États et de la communauté internationale »⁶⁵⁷. L'arbitre accomplit une mission juridictionnelle, et, à ce titre, il ne peut ignorer la présence des États et leurs exigences. Le professeur poursuit ensuite à ces termes que « La satisfaction des intérêts des parties n'a, d'ailleurs, pas de sens s'il s'agit d'éluder, dans tous les cas, les lois contraignantes »⁶⁵⁸. À cet égard, M. Racine a pu soutenir que l'efficacité de la sentence arbitrale est le fondement même du « devoir » de l'arbitre de donner effet, non seulement aux lois de police de la *lex contractus*, mais aussi aux lois de police étrangères à celle-ci⁶⁵⁹.

261. De plus, l'absence de *for* met à la charge de l'arbitre des obligations supplémentaires contrairement au juge étatique qui ne se soucie pas de l'efficacité de sa décision, car celle-ci est naturellement revêtue de la force exécutoire. L'arbitre, lui, doit avoir pour souci constant le contrôle potentiel de sa sentence arbitrale par les États. Ainsi, partant de ce principe, la prise en compte des dispositions de police, plus particulièrement celles étrangères au droit applicable au fond du contrat, dévient une véritable obligation⁶⁶⁰. Cela ne signifie pas pour autant que l'arbitre doit considérer toutes les lois de police étrangères auxquelles il serait confronté. Il est généralement admis que l'arbitre exerce un contrôle sur la légitimité de l'application de ces normes en examinant l'objectif qu'elles poursuivent et que les moyens utilisés pour l'atteindre sont raisonnables⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵⁸ *Ibidem*. Voir en ce sens la thèse de M. FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *op. cit.*, p. 385.

⁶⁵⁹ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et ordre public*, *op. cit.*, n°396, n°463 et s.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, n°551 et s. ; RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 508 ; SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n°449 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 200 et s.

⁶⁶¹ Voir sur la question des rapports entre arbitrage et les lois de police étrangères : MEZGHANI Ali, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 283 et s. VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre organisée par l'association européenne pour le droit Bancaire et Financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 198 et s. ; DERAÏNS Yves, « les normes d'applications immédiates dans la jurisprudence arbitrale internationale », *op. cit.*, pp. 29 et s. ; *Id.*, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *Journal de droit international*, 1993, p. 829, spéc. pp. 845 et s. ; *Id.*, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 375, spéc. pp. 394 et s. ; MAYER Pierre, « La règle morale dans l'arbitrage international privé français », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, n°14 et s. ; *Id.*, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 615, spéc. pp. 640 et s. ; *Id.*, « Mandatory rules of law in international arbitration », *Arb. Int.*, 1986, vol. 2, n°4, pp. 274-293 ; *Id.*, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI, n°440/1, 1986, pp. 31 et s. ; *Id.*, « Lois de police », *op. cit.*, pp. 105 et s. ; KNOEPFLER François, « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », in *Études en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 531 et s. - L'application des lois de police par l'arbitre semble désormais bien accueillie également chez les praticiens de l'arbitrage international : voir en ce sens, HOCHSTRASSER Daniel, « Choice of Law end »

262. En pratique, certaines sentences ont affirmé, de manière générale, qu'elles se reconnaissent le droit de considérer les lois de police n'appartenant pas à la loi choisie par les parties, sans pour autant leur faire produire d'effet concret. On citera, par exemple, une sentence de la CCI n°6320⁶⁶², où les arbitres ont admis le principe de l'application extraterritoriale d'une loi de police anticorruption des États-Unis alors que le contrat était soumis à la loi brésilienne, à la double condition d'un « intérêt important et légitime de cet État » et d'un « lien de connexité » non rempli en l'espèce. Il en va de même de la sentence rendue dans l'affaire CCI n°6773⁶⁶³, bien que le tribunal arbitral n'ait pas appliqué les lois antitrust américaines à un contrat soumis au droit français, les arbitres ont tenu à prendre en compte ces dispositions américaines pour enfin conclure la non-application. Toutefois, de manière extrême, il existe des arbitres rétifs à la prise en compte de ces types des normes. Ceux-ci considérant, sans doute, que seule la volonté des parties exprimées dans le contrat doit leur servir de guide. D'ailleurs à ce sujet, une sentence rendue dans l'affaire n° 10671 témoigne de cette réalité. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a refusé de sanctionner le contournement de lois fiscales grecques, le droit suisse étant applicable au fond⁶⁶⁴. Mais dans l'interprétation majoritairement retenue, les arbitres doivent se conformer aux lois de police, même s'il ne s'agit pas de la loi choisie par les parties.

263. Ainsi, dans l'affaire de la loi ghanéenne, la solution serait la même si l'arbitre international était amené à se prononcer sur le sujet. En revanche, doctrine et jurisprudence admettent qu'un tel respect de l'ordre public étranger au droit applicable au fond du contrat est subordonné à la condition qu'il existe entre cette loi et le rapport contractuel en cause, une relation suffisamment significative.

foreign » Mandatory Rules in International Arbitration » : *J. Int. Arb.*, march 1994, vol. 11, pp. 57 et s. ; LAZAREFF Serge, « Mandatory Extraterritorial Application of National Law Rules », *Arb. Int'l*, 1995, vol. 11, pp. 137-150 ; RADICATI DI BROZOLO Lucas G., « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur le conflit de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, t. 315, p. 265.

⁶⁶² Sentence CCI n°6320 (1992), *Bull. CCI*, mai 1995, p. 59 ; *JDI*, 1995, p. 986, obs. D. Hascher. Citée par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 338.

⁶⁶³ Sentence CCI n°6773, *Bull. CCI*, 1995, vol. 6, n°1. Voir également, la sentence CCI n°6294 de 1991, *JDI* 1991, p. 1050, obs. J.J. Arnadez, qui témoigne de cette réalité.

⁶⁶⁴ En effet, les arbitres se sont prononcés à ces termes : « *La vie des affaires montre que le versement à une société (off-shore) d'une rémunération correspondant à des services rendus par une société ayant son siège dans un pays à fiscalité élevée peut être un moyen d'éviter le paiement des impôts normalement dus dans ce pays. Mais l'utilisation de telles structures est trop répandue, et parfois pour de bonnes raisons commerciales, pour que l'on puisse a priori et sans aucune preuve admettre une intention frauduleuse de la part des parties* ». Sentence CCI n°10671, *JDI* 2006, p. 1417, obs. E. Silva Romero. Voir également en ce sens : la sentence CCI rendue dans l'affaire n°1512, *JDI* 1974, p. 904 et la sentence CCI rendue dans l'affaire n°2977/2978/3033, *Gotaverken, Yearbook on commercial arbitration*, 1981, pp. 133 et s.

B- Conditions posées par la Convention de Rome

264. Aux termes de l'article 7 § 1 de la Convention de Rome, la faculté de prise en compte des lois de police étrangères par le juge n'est pas automatique. En effet, une telle faculté était encadrée. L'article 7 § 1 de la Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles exigeait pour que le juge du *for* puisse déterminer s'il faut donner effet à ces règles obligatoires, il fallait préalablement qu'il existât un lien étroit entre les dispositions étrangères et la situation qu'elles visent (1) et il était ensuite nécessaire que rien dans leur « nature », dans leur « objet » ou dans les « conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application » ne s'oppose aux yeux du *for* à leur prise en compte en son sein. Ce dernier critère confère un pouvoir d'appréciation au juge saisi⁶⁶⁵ (2). Ces conditions s'imposent aussi bien devant le juge étatique que devant l'arbitre international. Mais l'arbitre doit y apporter quelques aménagements en raison de son appartenance à un ordre non étatique⁶⁶⁶.

1- L'exigence d'un « lien étroit » entre la loi d'embargo et le litige

265. Pour cibler les lois de police étrangères dont il peut être tenu compte, les juges devront s'en remettre aux indications de l'article 7§1 : la loi de police concernée doit être celle d'un pays présentant un « lien étroit » avec la situation en cause⁶⁶⁷. La condition spatiale à la prise en compte des lois de police étrangères est capitale⁶⁶⁸. Il faut que les règles impératives qui prétendent appréhender le litige commandent d'une manière ou d'une autre celui-ci. Toutefois, l'article 7-1 de la Convention de Rome ne donne à cet égard que des indications floues. En effet, le paragraphe 1^{er} de cette disposition se borne à exiger l'existence d'un « lien étroit » entre la situation et le pays en cause sans énoncer le critère d'applicabilité des lois de police dont il prévoit l'intervention. Toutefois, le rapport Giuliano-Lagarde permettait d'y voir plus clair. En effet, les rapporteurs insistent sur la circonstance qu'il « ne devait pas s'agir d'un lien quelconque, mais d'un lien réel avec cet autre pays. Il y aurait un lien réel, par exemple, lorsque le contrat doit être exécuté dans cet autre pays ou lorsqu'une partie à sa résidence ou son centre

⁶⁶⁵ Il importe cependant d'observer à cet égard qu'il en va de même dans le Règlement Rome I (art. 9 § 3), où ce pouvoir d'appréciation du juge saisi est maintenu dans les mêmes conditions.

⁶⁶⁶ MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 352.

⁶⁶⁷ On observera à cet égard que le règlement Rome I apporte en la matière des indications aux effets divergents. En effet, d'une part, le « lien étroit » ne fait plus figure de critère de désignation de principe et d'autre part, le règlement est plus exigeant que la convention elle-même. Voir en ce sens, LAAZOUZI Malik, « Loi applicable au cautionnement : liens les plus étroits, oui ; loi de police non ! », *Revue des contrats*, 2016, n°1, p. 80.

⁶⁶⁸ NUYTS Arnaud, « L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et droit communautaire », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 3, § 7 ; DEUMIER Pascale, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », *op. cit.* ; DELEBECQUE Philippe, « L'accueil des lois de police étrangères », *Rev. dr. tran.*, juin 2010, n°6, comm. 131. ; JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, pp.11 et s.

d'affaire dans cet autre pays ». Les rapporteurs MM. Giuliano et Lagarde ajoutent que le « lien dont il est question doit exister entre l'ensemble du contrat et la loi du pays autre que celui auquel le contrat est soumis »⁶⁶⁹. Le lien étroit est alors réductible à la notion de proximité.

266. Cette exigence ou l'exigence du « lien étroit » fut consacrée par la jurisprudence. En effet, cette exigence avait été dégagée dans la célèbre affaire du *gazoduc sibérien*, le tribunal avait refusé de donner effet aux sanctions américaines. Pour les autorités américaines, une interdiction de transmettre de la technologie à l'URSS ne frappait pas seulement les sociétés américaines, mais aussi toute société étrangère contrôlée par une société américaine. Pour le juge néerlandais, toutefois, il n'y avait pas un lien suffisamment étroit entre les États-Unis et la situation. Par conséquent, le tribunal refusa de tenir compte des règles américaines⁶⁷⁰. De même, dans une célèbre affaire *Fruehauf*⁶⁷¹, la cour d'appel de Paris a contraint la filiale d'une société américaine à exécuter un contrat de fourniture à destination de la Chine refusant de mettre en œuvre un texte américain annulant ledit contrat en raison d'absence d'un lien suffisant entre l'État auteur de la norme et la situation en cause.

267. Aussi, dans une sentence du 19 mars 1987, rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage de l'association allemande de café, le tribunal arbitral refusa de donner effet au droit colombien interdisant l'exportation de café semi-torréfié. Le tribunal considéra en effet que: « *This columbian export prohibition is irrelevant in this dispute in the context of Art. 134 of the German Civil Code, since the trade in semi-roasted coffee does not violate a legal prohibition existing in Germany. The (conclusion) the art. 134 of German Civil Code does not apply to a foreign legal prohibition, because this legal prohibition is not directly connected with German territory, is in line with (German) case law* »⁶⁷². L'absence du critère d'un lien étroit dans cette

⁶⁶⁹ *Le Lamy contrats internationaux*, Paris, éd. Techniques, division 2, § 183. Voir également, GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JO C* 282. 27, 31 octobre 1980, p. 13.

⁶⁷⁰ Voir la célèbre affaire du *gazoduc sibérien*, Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, précitée. Sur cette affaire voir également, AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*, p. 179 ; JACQUET Jean-Michel, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Journal de droit international (Clunet)*, 1985, n°2, p. 327 ; VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 98.

⁶⁷¹ CA Paris, 22 mai 1965, *JCP* 1965. II. 14274 bis ; *D.* 1968. 147. Voir également le refus par la Cour de cassation tunisienne de mettre en œuvre les mesures d'embargo adoptées par les États-Unis à l'encontre de la Lybie, compte tenu de l'insuffisance de liens entre le contrat et les États-Unis : BOSTANJI Sami, « La Cour de cassation tunisienne à l'épreuve des lois de politiques. Réflexions à propos de l'arrêt 7146 du 26 avril 2005 », *RDAI*, 2007, p. 513.

⁶⁷² Sentence CCI rendue le 19 mars 1987, *Yearbook*, 1994, p. 44. Voir en ce sens, RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n°537, pp. 307-308.

hypothèse conduit l'arbitre à écarter l'application d'une loi de police, alors que ses propres conditions d'applications dans l'espace étaient réunies.

268. Il n'est pas surprenant d'observer l'arbitre international rechercher l'existence d'un lien étroit entre une règle impérative étrangère à la *lex contractus* et la situation qu'elle vise et de conclure de l'écarter s'il constate une absence de lien suffisant. En effet, afin d'assurer l'efficacité de sa sentence, il incombe à l'arbitre de vérifier en premier lieu si la mesure d'embargo étrangère présente, avec le rapport en cause, des liens suffisamment étroits⁶⁷³. L'arbitre peut en toute hypothèse utiliser ou s'inspirer des instruments du droit international privé (Convention de Rome du 19 juin 1980 remplacée par le Règlement Rome I du 17 juin 2008) mis à la disposition du juge étatique pour prendre en compte des lois de police étrangères à *lex contractus*. D'ailleurs, selon M. Knoepfler « l'idée exprimée par l'article 7.1 de la Convention de Rome à savoir, la directive donnée au juge peut être suivie par un juge-arbitre que celui-ci siège en Suisse ou ailleurs. Le principe contenu dans ces dispositions légales n'est pas en lui-même, étranger à l'arbitrage ». Ainsi, sur le plan méthodologique, les conditions d'application spatiale d'une loi de police étrangère à la *lex contractus* paraissent transposables avec les adaptations nécessaires à l'arbitrage international⁶⁷⁴.

269. Mais on observe avec M. Derains⁶⁷⁵ que les arbitres ont tendance à prendre en compte les lois de police du lieu d'exécution probable du contrat, quel que soit le droit qui régit celui-ci, car ce critère correspond plus à l'attente légitime des parties. Ainsi, dans une intéressante sentence CCI de 1973⁶⁷⁶, le tribunal arbitral considéra que les lois de police du lieu d'exécution avaient vocation à appréhender le litige, et ce, indépendamment du droit régissant le fond du contrat. Les arbitres ont de ce fait décidé que « le contrat devant être exécuté au Liban, en Syrie et en Jordanie, il est certain que l'importateur libanais était obligé de respecter les lois de police des pays d'importation et que la partie japonaise ne saurait venir prétendre que ces lois ne lui sont pas opposables (...) Tout commerçant d'un pays, qui cherche à vendre ses produits dans un autre pays, est tenu de respecter les lois de police du pays d'accueil de sa marchandise et ne

⁶⁷³ Voir pour une analyse générale des conditions d'application des lois de police devant l'arbitre : AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*, pp. 506 et s. ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 351 et s. ; RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.* pp. 311 et s. ; MARCHAND Aurèle, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 204 et s. ; D'AVOUT Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome 1 », *Recueil Dalloz*, 2008, 2165.

⁶⁷⁴ MARCHAND Aurèle, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 208.

⁶⁷⁵ Voir en ce sens, DERAIS Yves, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *op. cit.*, p. 846.

⁶⁷⁶ Sentence CCI de 1973 rendue dans l'affaire n° 1859. Voir un extrait de cette sentence citée in DERAIS Yves, « Les statuts des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1973, p. 122.

saurait prétendre ignorer ou ne pas se soumettre aux lois de police ou la réglementation relative à l'importation de ses marchandises (...) ».

270. Cependant, même si une mesure d'embargo étrangère franchit avec succès le contrôle du « lien étroit », le juge du *for* comme l'arbitre conserve du moins la faculté de refuser son application si celle-ci paraît inopportune puisqu'il sera tenu compte de la nature et de l'objet de la loi de police ainsi des conséquences de son application ou de sa non-application.

2- Pouvoirs d'appréciation du juge et de l'arbitre

271. Pour aider le juge du *for* à décider si effet doit être donné à ces lois de police étrangère, la Convention de Rome lui a donné certaines directives dans la seconde phase du paragraphe 1 de l'article 7 : « *Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application* », qui lui laissent volontairement un pouvoir discrétionnaire. Il appartient ainsi au juge compétent de porter un jugement sur le droit étranger et de dire d'une part s'il est opportun que ce droit règle le cas qui lui est soumis⁶⁷⁷ et d'autre part si le résultat qu'elle consacre est compatible avec l'ordre public du *for*⁶⁷⁸. Cela dit, les juges et les arbitres sont invités à apprécier l'opportunité de la prise en compte de la loi de police étrangère, en tenant compte de deux paramètres, d'abord « leur nature et leur objet » et puis les « conséquences de leur application ou de leur non-application ». Le caractère très vague de ces critères conduit vraisemblablement les juges à vérifier la légitimité de la loi de police étrangère⁶⁷⁹. Il s'agit de la légitimité des intérêts que la loi cherche à protéger et qui ont motivé son adoption⁶⁸⁰. Il peut aussi s'agir de la légitimité des moyens mis en œuvre pour la réalisation de ces mêmes objectifs.

272. S'agissant de la légitimité des intérêts protégés, ceux-ci peuvent se caractériser par des intérêts communs aux États⁶⁸¹ ou des intérêts largement reconnus⁶⁸². Les arbitres semblent

⁶⁷⁷ DELEBECQUE Philippe, « L'accueil des lois de police étrangères », *op. cit.*, p. 135.

⁶⁷⁸ AUDIT Bernard et Louis d'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 178. Sur ce point, l'arbitre n'ayant pas de loi du *for*, ne pourra se référer qu'aux conceptions de la loi choisie par les parties ou bien à l'ordre public transnational pour apprécier la légitimité de la loi étrangère à la *lex contractus*. Voir RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 328 et s.

⁶⁷⁹ Pour une approche générale du problème, voir MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n°47 et s. ; SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n°676 et s. ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 358 et s.

⁶⁸⁰ KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, préf. Jean-Marc Bischoff, tome 240, Thèses, LGDJ, 1994, p. 427.

⁶⁸¹ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°563

⁶⁸² Ces intérêts ont été envisagés lors de rédaction de la Convention, mais finalement, ils n'ont pas été retenus dans le texte, mais sans « vouloir condamner l'idée », voir en ce sens, Rapport Giuliano-Lagarde. Voir également,

plutôt favorables à ces critères. En effet, c'est sur cette base qu'un contrat d'intermédiaire fut annulé par une sentence rendue dans l'affaire *Hilmarton/OTV* datant du 19 août 1988 pour violation de la loi algérienne du 11 février 1978 qui prohibait les contrats intermédiaires pour lutter à titre préventif contre la corruption⁶⁸³. En l'espèce, la société française *OTV* s'était portée candidate à un appel d'offres lancé par la ville d'Alger. *OTV* décida de conclure un contrat avec la société anglaise *Hilmarton* un contrat par lequel cette dernière devait servir d'intermédiaire entre la société française et l'administration algérienne. *OTV* fut choisie par la ville d'Alger. La société *Hilmarton* reprocha par la suite à son cocontractant de ne lui avoir versé que la moitié des honoraires dus. Un tribunal arbitral siégeant en Suisse, en application du droit suisse, a été constitué sous l'égide de la CCI. En défense, la société *OTV* invoqua la nullité du contrat pour violation de la loi algérienne de 1978 prohibant les contrats intermédiaires. Le tribunal constata en effet que la loi a bien été violée, car *Hilmarton* avait une « activité visant à exercer une influence auprès des autorités algériennes ». Pour conclure de l'illicéité du contrat au regard du droit suisse, l'arbitre releva que les objectifs de la loi algérienne n'ont pas pour but de servir le seul intérêt de l'État algérien, mais de garantir des pratiques commerciales saines et loyales et de lutter contre la corruption en général.

273. C'est par une analyse du but poursuivi par la loi de police que le juge ou l'arbitre va décider de la légitimité ou non de l'intérêt pris en compte. En d'autres termes, le juge ou l'arbitre se demandera si les intérêts que la règle étrangère se propose de protéger sont légitimes, c'est-à-dire si le résultat qu'elle consacre est compatible avec l'ordre public du *for*⁶⁸⁴. Dès lors, le juge ou l'arbitre ne saurait donner leur aval aux dispositions qui revêtent un caractère particulièrement agressif comme les lois organisant un boycott⁶⁸⁵. Ainsi, un tribunal hollandais considéra le boycott arabe contre Israël comme contraire à l'ordre public hollandais et refusa par conséquent d'appliquer les interdictions directement énoncées contre son État⁶⁸⁶. De ce fait, une loi d'embargo ne sera prise en compte que si elle poursuit un but digne de considération au

DEUMIER Pascale, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge à l'obligation d'envisager », *op. cit.*, p. 1386.

⁶⁸³ Sentence CCI n°5622 (1988), *Hilmarton/OTV*, Bull. ASA, 1993, p. 247 ; RA 1993, p. 327 ; *Yb. Comm. Arb.*, 1994, p. 105. Sentence citée par RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 333 et s.

⁶⁸⁴ AUDIT Bernard et Louis d'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*

⁶⁸⁵ LAGARDE Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 323, n°45 ; DELPECH Xavier, « Contrat de transport maritime international : prise en compte pour les juges du fond d'une loi d'embargo », *Dalloz actu.*, 25 mars 2010.

⁶⁸⁶ Voir en ce sens, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 211 ; VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 150.

regard de la *lex fori*. Dans l'affaire *Viol frères*⁶⁸⁷, il appartenait à la cour d'appel de renvoi de déterminer la légitimité de la finalité des mesures d'embargo décrétées par le Ghana sur la viande bovine française. La cour de renvoi estima que les intérêts protégés par l'État du Ghana étaient légitimes dans la mesure où « l'embargo ghanéen a pour objet compte tenu des conséquences de la maladie dite de 'la vache folle' de protéger la population ghanéenne des risques encourus sur un plan sanitaire et qu'ainsi les dispositions impératives se justifient à la fois par leur nature (interdiction des importations), leur objet (protection sanitaire de la population locale) et les conséquences de son application en l'espèce (« la seule impossibilité d'exporter de la viande bovine en provenance de France »). Les juges de renvoi jugèrent de ce fait qu'il peut être donné effet aux lois d'embargo ghanéen, et précisèrent, par ailleurs, que « l'État français n'était pas le seul visé par la mesure d'embargo »⁶⁸⁸. Cependant, selon l'un des annotateurs de la décision, la légitimité de la loi ghanéenne peut être discutée⁶⁸⁹. En effet, Mme Deumier observa qu'en l'espèce l'application de l'embargo ghanéen est peu opportune du point de vue des intérêts de l'État concerné dans la mesure où d'une part, l'embargo ghanéen visait l'État français, un pays ami du Ghana et d'autre part, l'embargo visait directement les marchandises françaises. Ainsi, cela pouvait conduire à nourrir quelques doutes sur la possibilité du juge d'œuvrer sur son efficacité. De plus, il est possible de se demander s'il appartenait à l'ordre juridique français de coopérer à une mesure d'embargo en son encontre⁶⁹⁰.

274. Cependant, les juges sont restés silencieux sur cette donnée du litige. Selon Mme Deumier, cela tient peut-être à une réticence des juges à mêler leur raisonnement juridique de considérations politiques, qui sont plus diplomatiques. Par ailleurs, comme l'a justement noté M. Delebecque, « en n'exprimant à cet égard aucune réserve sur la loi ghanéenne, les juges relèvent ainsi un grand esprit d'ouverture »⁶⁹¹. Dès lors, la prise en compte de la loi ghanéenne par la cour d'appel de Poitiers en passant sous silence ce point ne remet-elle pas en espèce la question de la légitimité de l'embargo ? Sous cet angle, Mme Deumier souligne que la question de la légitimité ne pourrait être essentiellement indispensable que dans une logique

⁶⁸⁷ Affaire *Viol frères et Moller Mearsk*, précitée. Voir également en ce sens LE GALLOU Cécile, « Le juge du for et la loi d'embargo étrangère », *Lamy Droit du contrat*, 2010, n°150, pp. 79 et s.

⁶⁸⁸ CA Paris, 2e ch. civ., 29 avril 2011, n°10-03500, *RTD com.*, 2012, p. 217, obs. P. Delebecque ; *DMF* 2012, p. 738, note O. Cachard.

⁶⁸⁹ DEUMIER Pascale, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *Revue des contrats*, 2012, n°4, p. 1335 ; *Id.*, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », *op. cit.*

⁶⁹⁰ Voir en ce sens, ANCEL Marie-Elodie, *Chron.*, Cass. com., 16 mars 2010, n°08-21511, *Sté Ap Moller Maersk c/ Sté Viol frères, Dr. et Patr.*, 2010, n°198, p. 177.

⁶⁹¹ DELEBECQUE Philippe, « L'accueil des lois de police étrangères », *op. cit.*, p. 135.

d'application de la loi de police étrangère⁶⁹². Or, la norme d'embargo étrangère peut intervenir autrement que par son application au litige, en effet elle peut également être prise en considération comme élément factuel caractérisant la situation litigieuse⁶⁹³. Ainsi, le manque de légitimité ferait obstacle à l'application de la loi de police étrangère, mais non à sa prise en considération comme « une donnée de l'environnement contractuel ». Or en l'espèce, c'est par une prise en considération de la loi d'embargo ghanéen que les juges de renvoi ont déclaré le contrat de transport de viande française à destination du Ghana nul et non pour cause illicite, comme demandé par le transporteur, mais pour « objet impossible »⁶⁹⁴.

275. C'est aussi au regard des moyens utilisés ou employés par la loi d'embargo étrangère pour atteindre les intérêts qu'elle protège que sa légitimité doit être vérifiée. En effet, l'intérêt sauvegardé par une loi de police étrangère peut paraître digne de considération sans pour autant que le moyen mis en œuvre aux fins de le protéger soit légitime⁶⁹⁵. En d'autres termes, les effets de l'application de la loi de police étrangère doivent être proportionnés au but poursuivi. Dans la sentence CCI n°6320 de 1992⁶⁹⁶, les arbitres refusèrent d'appliquer la loi américaine dite de la loi RICO. En effet, en l'espèce, le tribunal arbitral avait opéré une distinction entre les méthodes et les objectifs de la loi de police. Les arbitres décidèrent que « *même si la loi RICO devait être interprétée par les tribunaux des États-Unis comme commandant l'application extraterritoriale impérative de la règle des triples dommages-intérêts qu'elle contient, l'intérêt acceptable à mettre un terme également en dehors des États-Unis, à des activités relevant de la loi RICO n'est pas en soi suffisant pour entraîner son application extraterritoriale impérative dans l'arbitrage international* ». De plus, le tribunal arbitral estima que « *le fait que d'autres lois nationales ou traités internationaux n'utilisent pas cette méthode (dommages triples) semble indiquer que les autres États de la communauté internationale, tout en partageant l'objectif de la loi, ne considèrent pas l'intérêt des États-Unis à réclamer l'application extraterritoriale de cette méthode comme un intérêt impératif dans leur juridiction* ». Ainsi, l'intérêt protégé par la loi RICO, à savoir la lutte contre le racket et la corruption était considéré légitime par les arbitres, en revanche, la méthode utilisée pour préserver cet intérêt ne l'était

⁶⁹² Voir en ce sens, JACQUET Jean-Michel, « Contrats Internat. - Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », *op. cit.*, n° 208.

⁶⁹³ Sur cette technique, FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Audit Bernard, t. 501, coll. Bibliothèque droit privé, LGDJ, 2008 ; KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*

⁶⁹⁴ DEUMIER Pascale, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *op. cit.* ; *Id.*, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », *op. cit.*

⁶⁹⁵ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 338 ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 358 et s.

⁶⁹⁶ Sentence CCI n° 6320 (1992), précitée.

pas. En effet, le triplement des dommages-intérêts a été considéré spécifique aux États-Unis et n'est pas partagé par les autres États de la communauté internationale. Autrement dit, la technique des dommages punitifs que la loi RICO instituait était illégitime aux yeux de tous les autres États. Pourtant, il peut arriver que les lois impératives ne répondent pas nécessairement à des préoccupations communes aux États⁶⁹⁷. En effet, certaines lois expriment des particularismes étatiques⁶⁹⁸. Mais la difficulté de ces catégories de lois est qu'elles créent parfois des effets extraterritoriaux. Ainsi, il n'est donc pas surprenant de lire dans l'affaire CCI n°6320 que les États-Unis revendiquent à travers la loi RICO l'application extraterritoriale impérative de la règle des triples dommages.

276. Les tentatives américaines de donner un effet extraterritorial à leurs mesures de coercitions économiques suscitent toujours un vif débat et de nombreuses critiques dans la doctrine contemporaine⁶⁹⁹. Les effets extraterritoriaux qu'elles produisent créent régulièrement des tensions politiques entre États dans la mesure où ces lois ont pour objectif de produire des effets à des situations en dehors d'un lien de rattachement direct avec l'État qui les a promulguées⁷⁰⁰. Ce faisant, elles sont de nature à affecter négativement les intérêts de personnes physiques ou morales qui sont rattachées à des États tiers⁷⁰¹. De plus, ces lois sont utilisées d'une certaine façon qu'elles remettent en cause la répartition des compétences entre les États et leur égale souveraineté. De ce fait, les juridictions privées comme étatiques ne les envisagent généralement pas favorablement⁷⁰². En effet, si une loi de police étrangère prétend s'appliquer extra-territorialement, les juges ont toute la latitude de rejeter sa prise en compte au nom du caractère illégitime de son champ d'application. Leur champ d'application est tel qu'il déborde

⁶⁹⁷ MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 360.

⁶⁹⁸ Par exemple, après les attentats du 11 septembre, les États-Unis ont adopté le *Patriot Act*, qui octroie des pouvoirs sans précédent y compris en matière de lutte contre le terrorisme et le blanchiment, au gouvernement américain à l'encontre des banques étrangères qui auraient un compte correspondant aux États-Unis. Voir sur ce point : AFFAKI Georges, « L'extraterritorialité en droit bancaire », *RD bancaire et fin.*, novembre 2015, n°6, dossier 50, p. 7. Voir également sur la notion du particularisme étatique, MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 360 et s.

⁶⁹⁹ *Supra*, chapitre 1 section 1 titre 1 partie 1

⁷⁰⁰ C'est le cas par exemple du renforcement des sanctions américaines contre Cuba en 1992 qui a ajouté à l'embargo une dimension extraterritoriale en interdisant aux filiales étrangères de sociétés américaines de traiter désormais avec Cuba (le *Cuban Democratic Act de 1982*). Il va également ainsi lorsqu'elles tendent à soumettre, à l'instar de la Helms-Burton, des personnes n'ayant aucun rattachement raisonnable, ni territorial, ni personnel avec l'État à des règles leur demandant d'adopter une certaine attitude sous peine de sanctions. C'est enfin le cas du renforcement des sanctions américaines contre l'Iran en 2011 par le *National Defense Authorization Act*, qui a interdit à toute banque d'une quelconque nationalité de financer en une quelconque monnaie une entreprise du secteur du pétrole ou du gaz iranien. Sans oublier les sanctions secondaires et tertiaires qui punissent ceux à l'étranger qui contournent des lois d'embargo en traitant avec les personnes listées dans les lois d'embargo, et ceux, également à l'étranger, qui traitent avec les premiers étrangers qui enfreignent l'embargo secondaire. Sur ce point, voir *supra*, chapitre 1 section 2 titre 1 partie 1.

⁷⁰¹ AFFAKI Georges, « L'extraterritorialité en droit bancaire », *op. cit.*, p.8.

⁷⁰² CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°185.

des limites de la souveraineté de l'État qui adopte ces mesures, ce qui fait naître incontestablement un conflit de souveraineté.

277. En revanche, lorsqu'une loi impérative produit un effet extraterritorial, l'objectif poursuivi par la loi impérative n'est pas en soi illégitime⁷⁰³. En effet, dans l'affaire CCI n°6320 de 1992, la loi RICO en prohibant la corruption et le racket défend un intérêt légitime. Mais comme l'a relevé M. Mezghani à cet égard, c'est la méthode mise en œuvre par ces lois pour atteindre leur but, c'est-à-dire l'effet extraterritorial, qui peut, à certains égards, être considéré comme illégitime⁷⁰⁴. En effet, elles sont généralement illicites lorsque la situation régie par la mesure n'a aucun lien de rattachement raisonnable avec l'État dont émane ce pouvoir⁷⁰⁵. L'affaire du *gazoduc sibérien* est, à ce propos, restée célèbre⁷⁰⁶. Le tribunal de La Haye, amené à se prononcer sur l'effet extraterritorial qu'il entendait reconnaître aux mesures américaines issues de l'*Export Control Administration Act* de 1979, s'est refusé, à prendre en compte la loi impérative étrangère parce que le contrat en cause ne présentait pas des liens de rattachement suffisant avec les États-Unis. En effet, ce dernier n'ayant pas de compétence normative à l'égard des sociétés hollandaises, l'application extraterritoriale de la loi d'embargo américain porterait atteinte à l'État national de la société en cause.

278. En présence de telles lois, il apparaît clairement selon la doctrine majoritaire que l'exercice d'une compétence législative pour régler une relation juridique qui se noue entièrement en dehors du territoire de l'État qui l'a légiféré aboutit à l'adoption d'une législation extraterritoriale entachée d'illicéité⁷⁰⁷. Ainsi dans ces circonstances, le juge du territoire duquel

⁷⁰³ Il convient en effet de rappeler que toutes les applications extraterritoriales du droit ne sont pas interdites par le droit international. D'ailleurs, depuis l'affaire Lotus de 1927 citée précédemment, il est reconnu aux États toute liberté pour étendre leur compétence normative à des faits se réalisant ou à des personnes se trouvant en dehors. Mais le principe de la liberté ainsi reconnu n'est cependant pas sans limite. L'extension de compétence doit être raisonnable. L'application de la loi à effet extraterritorial doit se justifier par un rattachement suffisant entre la situation appréhendée et l'État auteur de la norme.

⁷⁰⁴ MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 354-355.

⁷⁰⁵ *Supra*

⁷⁰⁶ Affaire du *gazoduc sibérien*, précitée.

⁷⁰⁷ STERN Brigitte, « Licéité et illicéité de la mesure compte-tenu de ses modalités d'utilisation », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, *op. cit. Id.*, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, vol. 32, p. 40 ; AUDIT Bernard, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *op. cit.*, pp. 401 et s. ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 263 et s. ; LAUREOTE Xavier, « À propos de l'illicéité internationale de la loi Helms-Burton », *Revue CRPLC, Pouvoirs dans la Caraïbe*, 1999, n° 11, pp. 105-132 ; AFFAKI Georges, « L'extraterritorialité en droit bancaire », *op. cit.*, pp. 6 et s. ; MAUREL Raphaël, « L'extraterritorialité des sanctions américaines et ses impacts sur les entreprises françaises », *op. cit.* MATTOUT Jean-Pierre et PRÜM André, « Application extraterritoriale des lois d'embargo américaines », *Dr. et patr.*, 2015, 90 ; BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2015, 785 ; GAUVAIN Raphaël, D'URSO Claire, DAMAIS Alain et JEMAI Samira, « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe

se produisent les effets extraterritoriaux d'une loi impérative étrangère, en absence des lois de blocage⁷⁰⁸, pourra refuser de donner effet à celle-ci et de conclure à son caractère illégitime de son champ d'application⁷⁰⁹. Comme l'a écrit M. Mayer, « la volonté du législateur étrangère n'est pas déterminante : c'est le for qui décide, en constatant l'existence d'un intérêt objectif et légitime à l'application de la règle étrangère, de déroger à son profit à la règle de conflit »⁷¹⁰. Une décision un peu plus récente a été encore plus catégorique à l'égard de ces lois. Le tribunal de première instance de Tunis a dénié à une loi américaine de blocage des avoirs libyens, après la levée de l'embargo par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, le caractère de droit public ou de loi de police⁷¹¹. Le tribunal estima que la loi américaine de blocage est une loi politique dont ni l'application ni la prise en considération en tant que force majeure ne s'impose à lui. De fait, en l'espèce, la banque de droit tunisien qui avait reçu l'ordre de virer une somme d'argent libellée en dollars, au compte de son client tenu au Liban, ne pouvait s'en prévaloir pour justifier du blocage de cette somme par son correspondant, une banque américaine. Ces lois « exagérément » extraterritoriales par leur application, mais aussi parfois par leur contenu semblent faire exception à toute prise en compte quand les moyens utilisés sont jugés inadmissibles.

279. Ainsi, les possibilités d'une application extraterritoriale des sanctions économiques adoptées par un État demeurent en tout état de cause limitées. Il demeure toutefois une hypothèse où la prise en compte de la loi de police étrangère produisant un effet extraterritorial s'impose notamment à l'arbitre international. En effet, l'arbitre est tenu de donner effet aux lois de police du lieu d'exécution de la sentence qui prétendent s'appliquer extraterritorialement⁷¹².

et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », *Doc. AN*, 26 juin 2019 ; JANUEL Pierre, « Rapport Gauvain sur la protection des entreprises contre les sanctions américaines », *Dalloz actu.*, 26 juin 2019.
⁷⁰⁸ Ces lois dites de blocage ou contre-mesures sont des législations miroir adoptées par des États, dont l'objectif est d'empêcher les normes juridiques extraterritoriales de produire des effets sur leurs propres territoires. Elles sont ainsi d'application rigoureusement obligatoire dans les ordres juridiques les ayant édictées. Elles sont, elles aussi, de nature extraterritoriale et d'effet symétriquement inversé, c'est-à-dire qu'elles constituent en quelque sorte une extraterritorialité de réaction à la prétention extraterritoriale, jugée induue. On peut citer à titre d'exemple le Règlement européen de 1996 adopté à la suite des débats des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy imposant un embargo à Cuba, la Libye et l'Iran. On aura l'occasion d'y revenir incidemment.

⁷⁰⁹ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 38 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 217 et s.

⁷¹⁰ MAYER Pierre, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence », *Rev. crit. DIP*, 1979, n°1, 345, p. 109.

⁷¹¹ Tribunal de première instance de Tunis, chambre commerciale, 17 décembre 2002, n° 10649, inédit. Affaire citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 218 ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 273.

⁷¹² RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 341. Pour une analyse d'ensemble sur l'impact des lois d'extraterritorialité sur la pratique arbitrale, voir : AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*; *Id.*, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international » in *L'ordre public et arbitrage*, Actes du colloque

Ainsi, l'obligation pour l'arbitre de les respecter découle directement de la recherche de l'efficacité de la sentence. Seulement, selon la doctrine, il semble souhaitable que l'arbitre refuse de donner effet aux lois d'embargos extérieures à la *lex contractus*, si elles portent en elles des effets extraterritoriaux contraires à l'ordre public transnational. Dans le cas contraire, sa prise en compte par l'arbitre prêterait son concours à la réalisation d'une politique d'hostilité d'un État envers un autre État alors que la loi, étant extérieure à la *lex causae*, est incompétente et, de plus, revendique son application sur la base d'un critère exorbitant⁷¹³. De même, M. Mayer, note que « l'arbitre ne saurait fonder l'application de la mesure sur son caractère hostile à un État déterminé sans paraître prendre fait et cause pour l'agresseur »⁷¹⁴. Ainsi, dans ce cas très précis des lois d'embargo, la règle de la neutralité de l'arbitrage semble l'emporter sur l'efficacité de la sentence. En effet, selon M. Racine, « l'efficacité de la sentence est certes une directive importante pour apprécier le respect de l'ordre public par l'arbitre, mais elle n'est pas une norme indérogable »⁷¹⁵.

280. En définitive, il paraît admissible au juge étatique et à l'arbitre de donner effet aux lois d'embargo étrangères à la *lex contractus*, si toutes les conditions de leur prise en compte aux termes de l'art. 7 § 1 de la Convention de Rome sont remplies. Il reste dès lors à examiner le type d'effet pouvant leur être conféré.

Paragraphe 2 : La prise en considération comme substitut à l'application des lois d'embargo étrangères

281. Ayant évalué des circonstances concrètes à la portée de ces différents paramètres et estimé qu'ils ne s'opposent pas à la mise en œuvre de la loi de police étrangère, le juge du *for* et l'arbitre peuvent alors décider de leur « donner effet ». Cela étant, la signification exacte de cette expression « donner effet »⁷¹⁶, telle que visée à l'article 7. 1 de la Convention de Rome suscite débat. Cette expression aux contours mal déterminés pourrait englober deux manières d'attacher des conséquences juridiques aux lois de police étrangères. En effet, on peut hésiter

organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Éric Loquin et Sébastien Manciaux (sous dir.), LexisNexis, 2014, pp. 143 et s. ; BOCKSTIEGEL Karl Heinz, « Applicable Law in Disputes Concerning Economic Sanctions : A Procedural Framework for Arbitral Tribunals », *Arb. Int'l*, vol. 30, 2014, p. 605 ; VAN HOUTTE Hans, « Trade Sanctions and Arbitration », *Int. Bus. Lawyer*, April 1997, 166 ; voir également : BLESSING Marc, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999 ; LAZAREFF Serge, « Mandatory Extraterritorial Application of National Law », *op. cit.*

⁷¹³ RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *op. cit.*, p. 9.

⁷¹⁴ MAYER Pierre, « L'interférence des lois de police », *op. cit.*, p. 59.

⁷¹⁵ RACINE Jean-Baptiste, *op. cit.*, p. 9.

⁷¹⁶ À noter que cette expression est aussi maintenue dans le nouvel article 9. 3 du règlement Rome I, donc, les controverses au tour de cette expression sont toujours d'actualité.

ici entre une réelle application des lois de police étrangères et une simple prise en considération desdites lois (A). Il demeure sans doute, en pratique, que le juge étatique comme l'arbitre international sont plus favorables au régime de la prise en considération, qui aurait l'avantage de satisfaire les lois d'embargo étrangères sans remettre en cause le caractère exclusif de la loi choisie (B).

A- « Donner effet » aux lois de police étrangères : une double appréciation

282. L'expression « Donner effet » aux lois de police étrangères utilisée par l'article 7.1 de la Convention de Rome (reconduite dans l'article 9.3 Règlement Rome I) n'est pas sans susciter de réelles difficultés d'interprétation pour les juges et les auteurs⁷¹⁷. Les contours de la sphère d'intervention demeurent incertains. S'agit-il en effet de procéder à une application stricto sensu de la loi de police étrangère et lui faire produire tous ses effets, ou faut-il seulement la prendre en considération comme un élément de fait ?

283. D'ailleurs, les décisions rendues en domaine ne permettent pas généralement de savoir nettement quel mode de raisonnement à la faveur des juges. Dans la jurisprudence anglaise, on a pu faire observer à ce propos que les termes de la solution consacrés dans l'affaire *Ralli Bros*⁷¹⁸, dont la formulation de l'article 9.3 du Règlement Rome I (ancien article 7.1 de la Convention de Rome) est très proche, faisaient l'objet de lectures divergentes. En effet, chacun pouvant y voir une règle de droit international privé conférant un authentique titre d'application à la loi du pays d'exécution, tout comme une règle relevant du droit matériel anglais, selon laquelle un contrat est invalide dès lors que son exécution est illégale au regard de la loi du pays où elle est supposée intervenir.

⁷¹⁷ Voir sur ce point la discussion concernant la Convention de Rome, ancien article 7.1, mais également sur le nouvel article 9.3 du Règlement Rome I : FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I - Convention de Rome. - Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *op. cit.*, p. 16 ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*, p. 180 ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ-Lextenso, Iprolex, 2018, pp. 203-205 ; D'AVOUT Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, pp. 2165 et s. ; LAGARDE Paul et TENENBAUM Aline, « De la Convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 727 et s., spéc. n°47 et s. ; DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « Lois de police et politique législatives », *op. cit.*, n°58 et s. ; MAYER Pierre, « Loi de police », *op. cit.* ; FRANCK Stéphanie, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *Rép. Internat. Dalloz*, 2013, spéc. n°203 et s.

⁷¹⁸ Voir Court of Appeal, *Ralli Bros v. Compania Niviera Sota y Aznar* (1920), 2 K.B. 287, cité dans DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 1596, n°32-100 et s. Voir également, BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 210.

284. En France, l'arrêt *AP Moller Maersk* du 16 mars 2010⁷¹⁹, ne permet pas de consacrer une thèse plus franchement qu'une autre. Il a été finement suggéré dans l'arrêt qu'il pouvait être lu comme le moyen permettant cette application, alors que le pourvoi était sur le terrain de la prise en considération. Dans la jurisprudence arbitrale internationale, il peut arriver également que la distinction entre la prise en considération et l'application de la norme étrangère ne soit pas appréhendée de manière très claire. Ainsi, la sentence CCI rendue dans l'affaire n°6294⁷²⁰ illustre ce type d'ambivalence. En espèce, l'arbitre était appelé à statuer sur la nullité d'un contrat soumis au droit suisse, mais contre lequel était invoquée une loi impérative du droit public allemand. L'arbitre international, siégeant en Suisse, fit application de la *lex contractus*, précisant notamment qu'il convenait d'apprécier si les intérêts manifestement prépondérants d'une partie au contrat étaient dignes de protection, dans ce cas seulement, il s'imposait d'appliquer la loi de police d'un État tiers. Or, selon l'arbitre, cet élément n'était pas rempli en l'espèce et il décida « *en conséquence, l'application des normes impératives en cause du droit public allemand doit être écartée, les conditions de la règle de conflit applicable de l'article 9 de la loi fédérale de droit international privé n'étant pas remplies* ». Or, en l'espèce, il était davantage justifié de parler de prise en considération, et non d'application de la loi impérative de droit public allemand.

285. Le débat est difficile à trancher, car non seulement la pratique n'offre aucun exemple d'application des lois de police étrangères⁷²¹, mais également l'apparente application des lois de police étrangères ne serait jamais en réalité autre chose que la prise en considération de dispositions territoriales impératives⁷²² au titre d'obstacle à l'inexécution ou à l'exonération selon la loi du contrat⁷²³. En effet, pour la plupart des auteurs, c'est une manière de contourner, via la prise en considération en tant qu'élément de fait, la formulation de l'article 7.1 (article 9.3) alors que la prise en considération n'est pas cependant la panacée⁷²⁴.

286. On sait par ailleurs que pour qu'une loi de police étrangère soit appliquée en tant que règle de droit, encore faut-il qu'elle soit jugée légitime⁷²⁵ par le juge puisque c'est une simple

⁷¹⁹ Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21. 511, *Viol frères*, affaire précédemment citée.

⁷²⁰ Sentence CCI, n° 6294, précitée. Voir également un extrait de cette sentence, in l'article de MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 36 et s.

⁷²¹ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, partie spéciale, *op. cit.*, p. 432. Voir également, REITHMANN Christoph et MARTINY Dieter, « Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge », *Compte-rendu Lagarde Paul, Rev. crit. DIP*, 1999, p. 205, spéc. p. 207.

⁷²² L'arrêt *Alnati* du 13 mai 1966, cité un peu plus haut, en est un exemple.

⁷²³ On aura l'occasion de revenir sur ce point.

⁷²⁴ RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2018, p. 200.

⁷²⁵ DEUMIER Pascale, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *op. cit.*, p. 1335 ; MARCHAND Aurore, note sous Cass. com., 16 mars 2010, *JDI* 2011, comm. 2, p. 98. Pour une analyse d'ensemble sur la

faculté qui lui est offerte, selon sa nature, son objet et les conséquences de son application et de sa non –application. À défaut, on peut attacher les conséquences juridiques des lois de police étrangères autrement que par son application. En effet, elles peuvent être prises en considération comme élément factuel caractérisant la situation litigieuse⁷²⁶. Ainsi, dans l’affaire société *Viol frères & AP Moller Maersk*, l’un des enjeux était de savoir si la loi d’embargo étrangère serait en l’espèce appliquée par les juges du fond avec ses sanctions propres quant au sort du contrat, ou prise en considération afin d’enclencher la nullité de ce dernier pour illicéité de la cause selon la *lex contractus*. La configuration procédurale de l’affaire a finalement conduit la juridiction de renvoi à se prononcer en faveur du système de la prise en considération, qui était largement compatible avec les circonstances de l’espèce⁷²⁷. C’est pourquoi il a été relevé en l’espèce qu’à la date de la conclusion du contrat de transport, le risque sanitaire était devenu moindre. La légitimité de l’embargo ghanéen était donc douteuse⁷²⁸.

287. De plus, selon une certaine approche, si la pratique ne propose aucun exemple d’application directe des lois de police étrangères, c’est que l’application d’une disposition impérative d’un droit étranger « ne correspond guère aux besoins les plus impérieux »⁷²⁹. Elle est même jugée pour certains, comme « portant atteinte à la souveraineté de l’État du *for* »⁷³⁰. En effet, cette réticence à l’application des lois de police étrangère ne date pas d’aujourd’hui. Ainsi, lors de la négociation de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de

question, ZWEIGERT Konrad, dans le cadre de la méthode de rattachement spécial des lois de police étrangères – Sonderanknupfung – qui a influencé l’article 7, § 1 de la Convention de Rome : « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht », in *50 Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Hambourg, 1965, p. 124 ; SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n° 676 et s. ; MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n° 47 et s.

⁷²⁶ Voir pour une analyse d’ensemble sur la question de la prise en considération d’une norme étrangère : KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.* n° 242 et s. ; MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, spéc., p. 308. Voir également, HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques et DE LA PRADELLE Géraud de Geouffre, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 315 et s. Voir notamment pour les plus récentes : FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, spéc. n° 52 et s., p. 43 et s. ; BODEN Didier, *L’ordre public : limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, Paris 1, 2002, pp. 182 et s. ; DEUMIER Pascale, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *op. cit.* ; IDOT Laurence, « Prise en considération des lois de police étrangères », *Europe*, 2016, comm. 492

⁷²⁷ CA Poitiers, 2^e ch. Civ., 29 novembre 2011, *S.A. Viol Freres / S. AP Moller Maersk A/S*, n° 10/03500 ; *RDC*, 2012. 1335, obs. P. Deumier ; *RTD com.*, 2012. 217, obs. Ph. Delebecque ; *DMF*, 2012. 738, note O. Cachard. Arrêt cité par FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome. - Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *op. cit.*, p. 15.

⁷²⁸ Voir sur ce point, DELEBECQUE Philippe, obs. sous l’arrêt : *RTD com.*, 2010, p. 457 ; DEUMIER Pascale, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *op. cit.*

⁷²⁹ Sur cette position, KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, n° 318, p. 455.

⁷³⁰ VAN HOUTTE Hans, « The Impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 144 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L’embargo des Nations Unies contre l’Irak et l’exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 35.

vente internationale de marchandises du 22 décembre 1986⁷³¹, l'adoption d'une disposition permettant au juge d'appliquer une loi de police étrangère avait été jugée source de complications en raison des « difficultés d'ordre à la fois pratique et politique » pour qualifier une règle de loi de police et du risque qu'elle nuise à la mise en œuvre « harmonieuse » de la règle de conflit⁷³².

288. En outre, une fois que le juge du *for* a décidé de donner effet à la loi de police étrangère, une seconde distinction apparaît qui concerne la source de la normativité de celle-ci⁷³³. En effet, pour qu'une loi de police étrangère soit effectivement appliquée par le juge telle qu'elle existe dans son système d'origine, encore faut-il qu'elle prévoie la sanction de son non-respect, donc ses propres sanctions civiles. Or, les lois d'embargo sont généralement des règles de conduite qui s'adressent aux personnes et qui ne contiennent pas de règles de décision adressées aux juges pour fixer la sanction⁷³⁴. En d'autres termes, les règles impératives de conduite n'apportent pas une solution matérielle directe au litige dans l'hypothèse où l'organe juridictionnel devrait se prononcer sur l'exécution ou la validité de l'obligation contractuelle. Ainsi, si un contrat est conclu en violation d'une loi d'embargo dépourvue de normativité propre, la question de sa nullité ou sa résolution (résiliation) ne peut être recherchée que dans le droit des contrats de la *lex contractus*. C'est bien d'ailleurs ce qui fit la cour d'appel de renvoi qui a prononcé la nullité du contrat pour objet impossible par le biais de la loi du contrat, mais a constaté cette illicéité au regard de la mesure d'embargo ghanéen⁷³⁵.

C'est pourquoi lorsque le juge étatique et l'arbitre international sont amenés à donner effet aux lois de police étrangères, ils ont tendance à se placer sur le terrain de la prise en considération.

289. Comme nous l'avons précédemment évoqué⁷³⁶, c'est au titre de *data* que la loi étrangère est prise en considération. En effet, cette dernière consiste à intégrer la règle étrangère dans le présumé de la loi du contrat, en tant qu'élément de fait. De la sorte, la loi de police étrangère se substitue simplement à l'élément de fait abstraitement visé par la *lex contractus* dont

⁷³¹ Sur cette Convention de La Haye, LOUSSOUARN Yvon, « Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, du 22 décembre 1989 », *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 271. Cette Convention n'a pas été ratifiée par la France.

⁷³² Voir Rapport Travaux préliminaires de PÉLICHET Michel : Actes et documents, 12^e éd., 2 au 21 octobre 1971, Conférence de La Haye de droit international privé, pp. 16 et 138.

⁷³³ BUREAU Dominique et WATT MUIR Horatia, *Droit international privé*, partie spéciale, *op. cit.*, p. 452.

⁷³⁴ Voir *supra*, Paragraphe 2, section 1 chapitre 2, titre 2, partie 1, p. 69.

⁷³⁵ CA Poitiers, 2^e ch. civ., 29 novembre 2011, *S.A. Viol Freres / S. AP Moller Maersk A/S*, arrêt précité.

⁷³⁶ Voir *supra*, p. 70.

l'application reste exclusive⁷³⁷. Or, une norme étrangère est prise en considération lorsque cette règle peut par le biais d'une opération de qualification se fondre dans une notion à contenu variable telle que la force majeure, fait du prince, frustration, faute, l'intérêt légitime des parties, etc. Ce qui permettra de tenir compte d'une telle interdiction au lieu d'exécution.

B- Prise en considération d'une loi d'embargo étrangère par le juge et l'arbitre

290. La technique de la prise en considération peut intervenir dans deux cas de figure. Le premier cas de figure est dans lequel la contrainte induite par une loi d'embargo fait obstacle à l'exécution de nature à justifier l'exonération de la partie défaillante. La prise en considération peut intervenir également dans le cas où la violation d'une loi de police serait réputée rendre un contrat contraire à l'ordre public de la *lex contractus* et à ce titre, illicite. La norme étrangère est dans les deux cas extérieurs au rapport de droit considéré. Elle est à son égard un fait. Toutefois, la dernière hypothèse de prise en considération a suscité de vives critiques d'une partie de la doctrine.

1- Prise en considération d'une loi étrangère comme événement de force majeure

291. L'incidence de la loi étrangère à la *lex contractus* sur les obligations contractuelles prend deux formes. Elle peut faire obstacle à l'exécution du contrat sans entacher sa validité. Elle peut aussi l'invalider⁷³⁸. Dans la première hypothèse, la norme étrangère peut constituer une force majeure conférant à cette dernière un effet libératoire pour le débiteur défaillant.

292. Ainsi, si une loi d'embargo qui tient pour illicite la fourniture de marchandises ou prestations à destination d'un pays donné, en prévoyant des sanctions en cas de transgression, le juge peut estimer dans cette hypothèse que l'exécution du contrat exposerait le débiteur à un péril excessif. À ce titre, la prise en considération de la loi d'embargo par le juge ou l'arbitre est susceptible de représenter au regard de la *lex contractus*, une cause d'exonération pour le débiteur étant dans l'incapacité d'exécuter le contrat conclu avant l'entrée en vigueur de ladite mesure⁷³⁹. Dans cette hypothèse, la technique de la prise en considération permet de considérer

⁷³⁷ Voir sur la prise en considération d'une norme étrangère lorsqu'elle rentre dans le présupposé de la règle substantielle applicable : MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n°34 ; MAYER Pierre, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RDIC*, 1986, p. 484 ; FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, spéc. n°52 et s., pp. 43 et s. ; BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 432- 433.

⁷³⁸ MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 308.

⁷³⁹ La force majeure ou fait du prince étranger a fait l'objet de plusieurs études. La plus citée est celle de M. Kinsch qui a consacré une thèse à ce sujet. Il a notamment démontré que l'effet libératoire du débiteur obligé à la suite d'un fait du prince étranger était l'illustration parfaite de la prise en considération d'une norme étrangère au moment où le juge met en œuvre les « clauses générales » du droit matériel applicable. BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*

la loi d'embargo comme un élément de fait, qui dans ce cas de figure peut correspondre au regard de la *lex contractus* à une cause justifiant l'inexécution du contrat par le débiteur. En effet, la loi du contrat contiendra toujours un concept du droit matériel qui permettra de tenir compte d'une telle interdiction⁷⁴⁰. Ainsi, tout en appliquant la loi normalement applicable au contrat, le juge tiendra compte de l'empêchement à l'exécution qui résulte de la loi d'embargo étrangère au titre de la force majeure pour exonérer la responsabilité du débiteur de l'inexécution de ses prestations contractuelles⁷⁴¹.

293. La technique de la prise en considération trouve de nombreuses applications en jurisprudence étatique. Les tribunaux hollandais, anglais, et allemands ont toujours admis que les interdictions de commercer édictées par un État étranger pouvaient être prises en considération pour justifier la non-exécution⁷⁴². La jurisprudence anglaise avait d'ailleurs déclaré qu'une loi de police étrangère du lieu d'exécution du contrat empêchant cette exécution représentait un cas de *supervening illegality* pouvant être pris en considération au titre de la loi du contrat⁷⁴³. De même, les tribunaux américains reconnaissaient que les interdictions édictées par un État étranger peuvent avoir le même effet que celui accordé à la force majeure dans le cadre d'une interdiction nationale⁷⁴⁴. En Allemagne, des analyses très fouillées du droit positif comparé sont souvent invoquées pour démontrer que chaque fois qu'une loi impérative étrangère n'appartenant pas à la loi du contrat a été appliquée, c'est à travers la prise en considération de la force majeure ou de notions voisines⁷⁴⁵. À cet égard, le blocage des valeurs mobilières par les autorités allemandes, pendant la période d'occupation, a été considéré comme constitutif d'un fait du prince étranger par la cour d'appel de Poitiers⁷⁴⁶.

⁷⁴⁰ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 432.

⁷⁴¹ LATIL cédric, « Lois de police », *op. cit.*, p. 39 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁴² E.G. German Reichsgericht, 13 november 1917, *R.G.Z.* 91, 260 and 28 june 1918, *R.G.Z.* 93, 182 ; Dutch Hof's Hertogenbosch, 8 january 1924, *Nederlandse Jurisprudence* 1924, 617 ; England : *C. Czarnikow Ltd v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex*, (1978), Q.B 176 ; 1 All E.R. 81 (C.A.). Voir sur ce point, VAN HOUTTE Hans, « The Impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 145.

⁷⁴³ Voir l'affaire *Ralli Bros v. Compania Niviera Sota Aznar*, précitée.

⁷⁴⁴ Le Uniform Commercial Code est très précis sur ce point : « *non delivery... is not a breach of... a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by... compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation* » (U.C.C. §2 – 615 (a))

⁷⁴⁵ Voir l'état de la *Schuldstatuttheorie*, REITHMANN Christoph et MARTINY Dieter, « Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge », *op. cit.*

⁷⁴⁶ CA Poitiers, 10 février 1942, DC, 1942. J. 146. Affaire citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 227–228.

294. La pratique arbitrale semble également s'orienter vers la prise en considération d'une loi de police étrangère qui paraît particulièrement bien adaptée au titre de force majeure⁷⁴⁷. D'ailleurs, les exemples qui admettent la prise en considération des lois de police étrangères dans le cadre de la *lex contractus* sont pléthoriques⁷⁴⁸. En effet, il est possible de citer à titre d'illustration pertinente la sentence du 20 juillet 1992⁷⁴⁹, rendue sous l'égide de la chambre d'arbitrage national et international de Milan. Dans cette affaire, le tribunal arbitral n'a pas hésité de prendre en considération les mesures d'embargo à l'encontre de l'Irak dans la mesure où l'exécution du contrat litigieux aurait violé les mesures tant communautaires qu'italiennes portant l'interdiction de commercer. En effet, pour l'arbitre, ces mesures d'embargo étaient constitutives d'un cas de force majeure et par conséquent, libérait le débiteur. De même, dans la sentence de l'affaire *Society of Maritime Arbitrators* de New York n°2972⁷⁵⁰, les arbitres ont examiné les répercussions sur le contrat, au titre de la force majeure, des mesures d'embargo prises par les États-Unis contre l'Irak.

295. À présent, il n'y a guère de doute, que les arbitres et les tribunaux étatiques aient tendance à prendre en considération des lois d'embargo étrangères en tant qu'événement de force majeure dans la mesure où la mesure d'embargo qui ne fait pas partie de la loi applicable au contrat crée pour le débiteur une impossibilité juridique d'exécuter ses obligations contractuelles. Toutefois, il convient de fournir certaines précisions quant à une telle prise en considération.

D'une part, la prise en considération d'une loi d'embargo étrangère au titre de la force majeure devrait être indépendante de la légitimité aux yeux du juge du *for* ou de l'arbitre du commerce international⁷⁵¹. En effet, comme on a eu l'occasion d'observer, l'irrégularité de la norme

⁷⁴⁷ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.* DA SILVEIRA Mercedes Azeredo, *Trade Sanctions and International Sales*, Pays-Bas, Kluwer Law International BV, 2014, p. 112.

⁷⁴⁸ Voir par exemple : Sentence CCI n°2216 (1974), *Rec.*, 1974-1985, p. 224 ; *JDI* 1975, pp. 917-922, spéc. 918, obs. Y. Derains ; Sentence CCI n°2478 (1974), *JDI* 1975, pp. 925-939 ; *Rec.*, 1974-1985, p. 233, obs. Y. Derains. Les sentences sont citées par LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 35-36. Voir également, Sentence CCI n°4462, (1985/1987), *National Oil Corporation (Libye) et Libyan Sun Oil (US)*, *Yb. Comm. Arb.*, 1991,16, p. 54 ; *Rec. sent. arb.* CCI 1991-1995, obs. J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hasher ; Sentence CCI n°5864 (1989), *JDI* 1997, pp. 1073-1077, obs. Y. Derains.

⁷⁴⁹ Chambre d'arbitrage national et international de Milan, sentence n°1491 du 20 juillet 1992, *Yb. Comm. Arb.*, 1993, p. 80. Affaire citée par COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, pp. 317 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*

⁷⁵⁰ Sentence n°2972 du 26 avril 1993, *Yearbook*, 1995, p. 126.

⁷⁵¹ JACQUET Jean-Michel, « Contrats Internat. — Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », *op. cit.* ; KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, n°242 et s., pp. 327 et s. ; MEZGHANI Ali,

étrangère n'est pas une condition nécessaire de la mise en œuvre de la méthode de la prise en considération. Ainsi, seul compte son impact réel sur la situation du débiteur. La norme, elle-même, ne compte pas. Son effet seul importe. Comme l'a justement noté M. Kinsch, « la prise en considération au titre de la force majeure n'exige pas de contrôle du contenu de la norme étrangère au regard de l'ordre public puisqu'elle n'est pas prise en compte comme phénomène de droit matériel, mais comme un cas de force majeure »⁷⁵². Ainsi, le caractère illégitime n'est donc pas pris en compte par les juridictions étatiques ou arbitrales pour l'application de la notion de force majeure⁷⁵³. Le professeur Kinsch a parfaitement mis en lumière que « si les conditions normales en sont réunies (extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité), le cas de force majeure existe légalement. Une norme étrangère contraire à l'ordre public ne devient pas pour autant résistible, prévisible, imputable au débiteur (...) »⁷⁵⁴. Seule une mesure d'embargo étrangère à la *lex contractus*, traitée en tant qu'élément de droit peut être contraire à l'ordre public⁷⁵⁵. Par conséquent, une loi purement politique, voire ayant une portée extraterritoriale, apparaissant au juge étatique ou à l'arbitre international comme illégitime en raison de son objectif purement idéologique et politique, doit néanmoins pouvoir être prise en considération si elle rentre dans le présupposé de la règle de la *lex contractus* relative à la force majeure. En effet, comme le relève Mme Deumier, « Ce n'est pas tant pour réaliser l'efficacité d'une politique législative de l'État auteur de la norme étrangère que le juge la prend en considération, mais pour tenir compte d'une situation de fait qui découle de cette loi »⁷⁵⁶.

D'autre part, la mise en œuvre de la prise en considération d'une loi d'embargo au titre de la force majeure trouve son fondement dans l'effectivité⁷⁵⁷ de la loi qui en est l'objet. Car c'est

« Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, pp. 305 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 230 et s.

⁷⁵² KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, n°182, p. 220.

⁷⁵³ Toutefois, il est nécessaire de fournir une certaine précision quant à la notion de la force majeure. En effet, pour être constitutive d'un cas de force majeure, la loi d'embargo étrangère doit remplir les conditions exigées par le droit applicable. Il s'agit de conditions classiques d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Ces conditions sont requises en tenant compte de la situation concrète du débiteur. Ainsi, la loi de police étrangère n'étant que prise en considération, les conditions et les effets de la force majeure seront quant à eux appréciés en vertu de la *lex contractus*. On aura l'occasion de revenir sur les conditions de la force majeure. *Infra*, partie 2 de la présente thèse.

⁷⁵⁴ KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*

⁷⁵⁵ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 303.

⁷⁵⁶ DEUMIER Pascale, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *op. cit.*, p. 1336.

⁷⁵⁷ L'effectivité : « Caractère d'une situation qui existe en fait », in CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 388. La doctrine internationale définit également le concept d'effectivité comme « la nature de ce qui existe en fait, de ce qui existe concrètement, réellement » : TOUSCOZ Jean, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, LGDJ, 1964, p. 2. Selon le même auteur, « le concept d'effectivité n'est qu'un principe « informateur du droit international » qui permet de démontrer que l'existence d'une règle de droit ou d'une situation juridique peut être basée sur la constatation du fait ». *Id.*, pp. 255-256.

l'influence que la norme étrangère a pu exercer sur le comportement des intéressés au moment où ils ont contracté, ou qu'elle exerce encore sur le différend, qui conduit le juge à ne pas la tenir pour indifférente⁷⁵⁸. En effet, le concept d'effectivité est essentiel pour faire produire la norme étrangère son effet libérateur⁷⁵⁹. L'effectivité de la loi d'embargo doit s'apprécier en tant que fait et non en tant que telle (c'est-à-dire en tant que norme juridique), et donc le caractère insurmontable de la contrainte. Cependant, encore faut-il que la loi d'embargo étrangère rende réellement impossible l'exécution du contrat. Or, la force majeure ne peut pas être retenue, lorsque l'exécution est toujours possible malgré l'interdiction de commercer. Comme l'explique M. Mezghani, « il n'y a pas de libération du débiteur si moyennant la commission d'une infraction, il pouvait exécuter ses obligations »⁷⁶⁰. Ainsi, dans une sentence rendue par la Chambre de commerce internationale⁷⁶¹, les arbitres ont décidé à juste titre qu'une entreprise allemande ne pouvait pas invoquer le boycott des pays arabes à l'encontre d'Israël comme un cas de force majeure, aussi longtemps qu'une exécution du contrat était envisageable. En effet, selon les arbitres, le débiteur avait la possibilité d'exécuter son obligation par exemple en se procurant des marchandises dans un autre pays, ou en choisissant un employé d'une autre nationalité.

296. Ainsi, l'effectivité de la loi d'embargo étrangère prise en considération suffit à libérer le débiteur. Ni sa légitimité ni son contenu matériel n'ont besoin d'être vérifiés pour être éligibles à la prise en considération au titre de la force majeure. De plus, il a été soutenu que ce n'est pas parce qu'une norme étrangère est illégitime qu'elle ne sera pas effective et, à fortiori, qu'elle ne pourra pas être prise en considération en tant que *data* afin de permettre la libération du débiteur. Cependant, il n'est pas sûr que la prise en considération de la loi étrangère instaurant l'embargo prise au titre de la nullité du contrat ait reçu le même succès.

2- Prise en considération d'une loi étrangère comme cause illicite affectant la validité du contrat

297. Le régime de la norme étrangère est différent selon son effet sur le rapport de droit. En effet, l'incidence de la loi étrangère à la *lex contractus* instaurant l'embargo sur les obligations contractuelles peut également invalider le contrat si celui-ci est conclu en violation d'une telle

⁷⁵⁸ MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 309.

⁷⁵⁹ *Ibidem* ; MARCAHND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 228 et s.

⁷⁶⁰ Voir sur ce point, FOHRER-DEDEURWAEDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, n°146, p. 106 ; MEZGHANI Ali, *op. cit.*

⁷⁶¹ I.C.C. Award n. 1782, 102 *JDI* (1975), 923. Affaire citée par VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 146 ; RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n°524, p. 302.

norme. Dans cette hypothèse, la technique de la prise en considération par le juge ou l'arbitre consistera à prendre en compte la violation de la norme étrangère à la *lex contractus* pour déduire l'illicéité du contrat et prononcer sa nullité en application de la loi du contrat. La loi étrangère prise en considération constituera ainsi une cause illicite ou immorale conduisant la nullité du contrat pour contrariété à l'ordre de la *lex contractus*.

298. On recense un nombre significatif de décisions illustrant cette forme particulière de prise en considération dans la jurisprudence française, mais aussi, et plus précisément dans celle d'autres pays étrangers. Ainsi, en France, le tribunal de Seine, à propos d'un contrat visant la contrebande d'or, contrat illicite selon le droit espagnol, a estimé « *que si les juges français n'ont pas à réprimer les atteintes portées en pays étranger à l'ordre public national propre à ce pays, du moins doivent-ils considérer comme illicites et dépourvues d'effet de ce chef les opérations de contrebande, qui faites en fraude des lois étrangères, portent, comme c'est le cas en l'espèce, atteinte à la conscience juridique et à l'ordre public international* »⁷⁶². Les juridictions étrangères ont également, à plusieurs reprises, annulé un contrat qui violait une législation étrangère, en application de la *lex contractus*. Tel a été le cas par exemple, dans la célèbre affaire *Regazzoni v. Serthia* rendue en 1958 par la chambre des Lords⁷⁶³. En l'espèce, le défendeur (vendeur anglais) était d'accord pour vendre et livrer des sacs en toile de jute au demandeur (acheteur suisse). Les sacs devaient être expédiés d'Inde jusqu'à Gênes afin d'être revendus en Afrique du Sud. Or, le gouvernement indien avait interdit d'exporter de jute en Afrique du Sud, par mesure de représailles contre la discrimination raciale envers la population indienne de ce pays. À cet égard, le vendeur anglais refusa d'honorer le contrat et l'acheteur suisse réclama des dommages-intérêts. Après, avoir relevé que la loi du contrat (*lex contractus*) était la loi anglaise, la chambre de Lords refusa l'exécution du contrat au motif que celui-ci tendait à la violation de l'embargo indien sur toutes les marchandises à destination de l'Afrique du Sud⁷⁶⁴. C'est, par conséquent, la prise en compte de la loi d'embargo étrangère qui a justifié

⁷⁶² Trib. civ. Seine, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956.679, H. BATIFFOL. Voir également la même décision similaire : CA Paris, 9 février 1966, *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 264, note Louis-Lucas.

⁷⁶³ Court of Appeal, 26 avril 1956, *Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd*, (1956) 2 All. ER 487 ; House of Lords, 21 octobre 1957, *Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd*, (1957) 3 All. ER 286, *JDI* 1961, p. 1140. Arrêt cité par VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, pp. 143-144. Voir également, SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n°206, p. 98 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁶⁴ La chambre de Lords avait en effet estimé que « *It is, on the other hand, nothing else than comity which has influenced our courts to refuse as a matter of public policy to enforce, or to award damages for the breach of a contract which involves a violation of foreign law on foreign soil, and it is the limits of this principle that we have to examine (...)* ». Voir également dans la même position, l'arrêt *Foster v. Driscoll* dans lequel les juges anglais ont déclaré nul des contrats portant sur des marchandises litigieuses, alors que l'interdiction d'importer n'était pas la loi du contrat. En effet, les juges anglais n'ont pas procédé à l'application de la norme prohibitive espagnole, mais se sont contentés de la prendre en considération comme obstacle irrésistible à l'exécution. Autrement dit,

la nullité du contrat en application de la *lex contractus*. En effet, la loi indienne qui prohibait l'exploitation n'était alors qu'un fait (*data*) à prendre en considération afin de déterminer si le contrat avait une cause immorale.

299. De même, le Bundesgerichtshof allemand s'est prononcé de la même manière dans l'affaire relative à la livraison de borax⁷⁶⁵. En l'espèce, le juge allemand avait déclaré nul un contrat passé entre deux entreprises allemandes et régi par le droit allemand pour cause immorale, car il avait tenté de contourner l'interdiction américaine de commercer. Ainsi, c'est au titre de *data* qu'est prise la loi d'embargo américaine, puisque la nullité du contrat est prévue par la *lex contractus* applicable aux conséquences du *datum*. La jurisprudence arbitrale s'est orientée également à plusieurs reprises vers la prise en considération des lois de police étrangères pour apprécier la licéité ou l'immoralité du contrat au regard de l'ordre public de la *lex contractus*⁷⁶⁶.

300. Toutefois, l'usage qu'est fait de ce type de prise en considération n'est pas partagé par la plupart des auteurs. En effet, selon certains auteurs, la prise en considération des règles prohibitives étrangères dans l'hypothèse d'une nullité du contrat comporte un angle mort, en ce qu'elle se distingue très mal d'une application proprement dite de la loi de police étrangère⁷⁶⁷.

301. La critique adressée à ce type de prise en considération est essentiellement faite par M. Mayer. En effet, l'auteur relève que « dans la plupart des arrêts où une loi de police étrangère a été prise en considération, le même résultat aurait été obtenu plus logiquement en appliquant

l'interdiction de commercer dépourvue de sanction civile n'a joué qu'un simple rôle de *data* ainsi, c'est la *lex contractus* qui a fourni la règle de décision, ce qui s'est traduit en l'espèce par l'extinction du contrat par *frustration* : Court of Appeal, (1928) All ER 130. Voir à ce propos : KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, n°292.

⁷⁶⁵ Cour fédérale suisse, 21 décembre 1960, affaire précitée. Voir à propos de cette décision, VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 144.

⁷⁶⁶ Voir à ce propos la sentence CCI n°5622 du 19 août 1988 rendue dans la célèbre affaire *Hilmarton/OTV*, précitée. Citée également par HEUZÉ Vincent, « La morale, l'arbitre et le juge », *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 179. Voir également la même position analogue à propos des contrats de contrebande de marchandises : Sentence CCI rendue le 19 mars 1987, précitée. Voir aussi, la sentence rendue dans l'affaire n°1399 (1966), citée par J.D M. Lew, *Applicable Law in international commercial arbitration*, New York, 1978, n°422 et s., pp. 550 et s.

⁷⁶⁷ Nous observons que les choses se présentent de manière très différente dans l'hypothèse de la prise en considération au titre de la force majeure. En effet, celle-ci, contrairement à son homologue, ne pose aucune difficulté. Comme le relève M. Mezghani, « la prise en considération au titre de la force majeure tend en effet à privilégier les intérêts des parties contractantes et non ceux de l'État dont la loi est en cause. Ainsi, la force majeure est soumise à un régime plus libéral parce qu'il s'agit de favoriser le débiteur. La nullité fait au contraire l'objet d'un régime plus contraignant, car elle répond à un souci de sauvegarde du contrat. Ce ne sont pas alors les objectifs de la loi prise en considération qui sont réalisés, mais ceux de la loi compétente ». MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 314. Voir également à ce propos, SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n°226, p. 107.

tout simplement la loi de police étrangère »⁷⁶⁸. Autrement dit, la prise en considération d'une loi d'embargo au titre de la nullité aboutira au même résultat que celui qui résulterait de l'application directe de la loi prohibitive, dans la mesure où, quelles que soient les hypothèses, c'est-à-dire que « le contrat est illicite parce qu'il viole telle loi de police » ou que « le contrat est illicite parce qu'il viole telle règle de la *lex contractus* qui interdit de violer telle loi de police », reviennent en pratique au même. M. Bollée parle en cela d'« " identité de résultat " »⁷⁶⁹ entre application et prise en considération des lois de police étrangères : du fait que l'effet juridique qui se trouve attaché à la constatation de l'applicabilité de la loi de police étrangère recouvre celui dont elle est assortie dans son propre ordre juridique »⁷⁷⁰. Ainsi, si un contrat viole une loi de police étrangère, pourquoi passer par le détour de la *lex contractus* pour l'annuler ? N'est-il pas plus simple d'appliquer directement la loi transgressée ? Bien souvent, selon M. Mayer, une application pure et simple est préférable. La méthode est plus franche et conduit à un meilleur respect de la loi de police étrangère⁷⁷¹.

302. Ainsi, partant du raisonnement de M. Mayer, d'autres auteurs estiment également qu'il revient à la loi violée de se prononcer elle-même sur la validité de l'acte et d'en prescrire éventuellement la nullité. En effet, ils considèrent qu'il n'est pas possible d'apprécier la validité d'un contrat au regard d'une loi qui n'a pas été déclarée compétente par une règle de droit international privé.⁷⁷² Même si certains semblent injustifier de tels arguments⁷⁷³, en affirmant qu'il s'agit seulement de reconnaître que la loi étrangère s'impose, mais sans lui attribuer aucun titre de compétence, M. Mayer dénonce l'illogisme d'un tel raisonnement, car selon lui, « si le juge n'est pas tenu d'appliquer la loi étrangère, on ne voit pas pourquoi il est tenu d'en tenir

⁷⁶⁸ MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n° 35. Voir aussi HAFTEL Bernard, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – Études dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris II, 2008, n°786 et s.

⁷⁶⁹ Voir à ce propos : BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, pp. 208 et s.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, pp. 216-217.

⁷⁷¹ RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, *op. cit.*

⁷⁷² Voir à ce sujet, COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, p. 226 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 238 et s. ; Estelle FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, n°408, p. 287.

⁷⁷³ Voir par exemple à ce propos, KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, p. 444. En effet, l'auteur, pour contrer la critique, revient à son présupposé selon lequel une règle de conduite ne comporte pas de solution substantielle pour prononcer la nullité du contrat. La nullité ne peut que, par conséquent, être prévue par une règle de décision applicable aux conséquences du *datum*. La règle de conduite intervient de la sorte comme un *datum* (donnée) nécessaire à l'application de la règle de décision.

compte »⁷⁷⁴. Dès lors, il estime « qu'il n'y a rien d'immoral ou d'illicite à ne pas respecter une loi qui n'est pas compétente »⁷⁷⁵.

303. Un autre argument est aussi essentiellement avancé par M. Mayer. Il consiste à dire que la prise en considération d'une loi étrangère au titre de la nullité d'un contrat aboutit, en ce cas, à annuler un contrat alors que d'une part, la loi violée n'édicte pas cette sanction et que d'autre part, la *lex contractus* n'a pas été violée. L'illogisme tendrait à annuler un contrat sur le fondement d'une loi inapplicable »⁷⁷⁶. Ainsi, M. Racine, rejoignant la théorie de M. Mayer, propose dans ces conditions d'avoir recours « (...), aux règles de rattachement spéciales permettant d'appliquer au fond les lois de police revendiquant leur compétence sans apprécier la licéité ou l'immoralité du contrat au regard de l'ordre public de la *lex contractus* »⁷⁷⁷.

304. Pour contourner les critiques adressées à ce type de prise en considération, des arguments ont été avancés, notamment par M. Court de Fontmichel. Tout d'abord, l'auteur considère que la proposition de M. Racine ne convainc pas, car elle suppose que la loi de police étrangère violée soit une règle impérative de décision c'est-à-dire une règle prévoyant une sanction civile sur laquelle le juge ou l'arbitre pourraient fonder leur décision⁷⁷⁸. Alors que, les lois étrangères qualifiées des règles de conduite, seule la technique de la prise en considération via le droit applicable, est opérante. Or, pour cette catégorie de règles, la théorie du rattachement spécial n'est d'aucune utilité puisqu'elle ne fournit aucune sanction civile⁷⁷⁹.

De plus, M. Court de Fontmichel ajoute que les critiques à l'égard de ce type de prise en considération ne sont pas justifiées dans la mesure où elles procèdent d'une confusion entre détermination du droit applicable et application correcte du droit matériel, alors que la technique de la prise en considération se situe temporellement dans la phase d'application du droit, en conséquence, la question du droit applicable aux prétentions des parties est déjà résolue⁷⁸⁰. C'est pourquoi, selon M. Heuzé, la notion d'immoralité permet de prononcer la nullité du contrat « (...), non pas pour contravention à une loi qui ne le régit pas, mais pour sanctionner la turpitude des parties »⁷⁸¹. En effet, le concept d'immoralité, étant une notion subjective, il

⁷⁷⁴ MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, pp. 307-309

⁷⁷⁵ Id., « L'interférence des lois de police étrangère », *op. cit.*, p. 44 ; MAYER Pierre, « La règle morale dans l'arbitrage international privé français », *op. cit.*, n°10

⁷⁷⁶ MAYER Pierre, « L'interférence des lois de police étrangère », *op. cit.*

⁷⁷⁷ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 312.

⁷⁷⁸ Voir *supra*, chapitre 1 de ce titre.

⁷⁷⁹ COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, *op. cit.*, p. 226.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p.123.

⁷⁸¹ HEUZÉ Vincent, « La morale, l'arbitre et le juge », *op. cit.*, pp. 185-186.

importe peu que la loi violée soit ou non-compétente. Le juge ou l'arbitre est juste invité à scruter la conscience des cocontractants et, en particulier, de déterminer s'ils avaient la volonté de transgresser une norme à laquelle ils étaient soumis, non en tant que cocontractants, mais en tant qu'individus dans leurs relations avec les États⁷⁸².

305. Aussi la critique formulée par M. Mayer sur le critère d'identité de résultat entre application et prise en considération via l'application de la règle de *lex contractus* est également rejetée. En effet, Mme Fohrer-Dedeurwaerder objecte un argument de poids qui fut approuvé par certains auteurs⁷⁸³. Selon l'auteur, ces arrêts mentionnés⁷⁸⁴ par M. Mayer pour arguer que le même résultat aurait pu être obtenu de manière plus cohérente en procédant à l'application de la loi étrangère au lieu de la prendre en considération, « ne concernait qu'en espèce les relations de la société Royal Dutch avec l'État néerlandais, et qu'en conséquence, il aurait été curieux de puiser dans ces normes, la règle de décision pour trancher un litige opposant la société aux détenteurs français de titres »⁷⁸⁵. Elle s'interroge également, si l'on peut vraiment parler d'illogisme alors que la loi choisie par les parties est maintenue : « Serait-il plus logique d'appliquer une loi qui force sa compétence, et qui n'existait peut-être pas au moment où le contrat a été conclu ? »⁷⁸⁶.

306. Par ailleurs, la jurisprudence ne fournit pas de réponse définitive sur ce point de droit, car les positions restent partagées⁷⁸⁷. En somme, la prise en considération au titre de la nullité du contrat connaît de fervents partisans⁷⁸⁸ qui ont su démontrer tout en admettant que certes les arguments fussent de poids, mais ils ne les considèrent pas pour autant comme déterminants. La prise en considération est ainsi un procédé parfaitement convenable pour les règles

⁷⁸² FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 227.

⁷⁸³ Voir à ce propos MARCHAND Aurore, *L'embarco en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 240-241.

⁷⁸⁴ En effet, M. MAYER, s'est argué des affaires Royal Dutch pour justifier son raisonnement. Voir les faits des arrêts : Cass. civ., 17 octobre 1972, *Epx Audouze c/ Royal Dutch*, *Rev. crit. DIP*, 1973, p. 520, note Battifol ; Cass. civ., 17 octobre 1972, *Cassan c/ Royal Dutch*, *JDI* 1973, p. 716, note Oppetit. Voir également sur ce sujet, MARCHAND Aurore, *op. cit.*

⁷⁸⁵ FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, n°409, p. 288.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, n°411, p. 289.

⁷⁸⁷ En effet, certaines juridictions ont estimé dans leur décision qu'il n'est pas possible d'annuler un contrat pour cause illicite ou immorale en application de la *lex contractus* qui n'a pas été violée. Il en va en particulier de la sentence rendue par la Chambre de commerce internationale dans l'affaire n°1399. Le tribunal arbitral a jugé dans cette affaire que « la violation d'une loi douanière mexicaine ne rendait pas la cause du contrat immorale au sens du droit français, dans la mesure où l'ordre public français n'avait pas été violé » (Sentence n°1399 précitée, voir également, MARCHAND Aurore, *L'embarco en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 237). La même position a été retenue par la Cour de cassation française qui a jugé dans une affaire des ventes de marché noir que « la norme prohibitive violée en l'espèce n'étant ni la loi du *for* ni celle devant régir le contrat, mais seulement rien d'autre qu'un fait, dès lors il n'y a rien d'immoral à ne pas se conformer à ses prescriptions » : Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1958, *Bull. civ. I*, n°492.

⁷⁸⁸ Voir également KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, pp. 444 et s.

impératives de conduite et, en aucun cas, la loi du contrat ne les prive de leur sphère de compétence légitime.

Section 2 : L'impérativité des lois d'embargo étrangères dans le cadre du Règlement Rome I

307. Depuis, l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit règlement « Rome I », le sort des lois de police étrangères a sensiblement évolué. On sait en effet que si la Convention de Rome se distinguait par une très grande ouverture vis-à-vis des lois de police étrangères, en permettant au juge de leur « donner effet » sans limitation particulière, le Règlement se montre pour sa part beaucoup plus restrictif : il a en effet introduit des exigences particulières tenant tout à la fois à l'origine et à l'objet des lois de police en cause (**paragraphe 1**). Par ailleurs, si la Cour de justice de l'Union européenne, sous l'empire de l'ancien texte, la Convention de Rome et du nouveau texte, le Règlement Rome I avait été amenée à prendre parti sur l'identification des lois de police dans des contentieux⁷⁸⁹, elle n'avait jamais été interrogée sur l'interprétation des dispositions relatives aux lois de police étrangères insérées dans les instruments de droit international privé. C'est désormais chose faite. En effet, à l'initiative du Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail), la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation qu'il convenait de retenir de l'article 9.3 du Règlement Rome I. dans l'important arrêt en date du 18 octobre 2016 (arrêt *Nikiforidis*), la CJUE a procédé à une interprétation stricte des dispositions de l'article 9.3 du Règlement Rome I (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Approche restrictive de l'article 9.3 du Règlement « Rome I »

308. Successeur de la Convention de Rome, l'article 9. 3 du Règlement « Rome I » n'est pas pour autant la reprise de l'ancien article 7.1 de la Convention de Rome, le nouveau texte européen restreint quant à lui, le domaine d'intervention des lois de police étrangères. Désormais, aux termes de l'article 9.3 du Règlement Rome I⁷⁹⁰, il ne peut plus être donné effet parmi les lois de police étrangères qu'à celles « du pays dans lequel les obligations découlant

⁷⁸⁹ Voir plus particulièrement : CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Europe*, 2001, comm. 23 ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 728, note M. Fallon ; *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 248, obs. L. Idot – CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Europe*, 2001, comm. 24 ; *JDI* 2001, p. 512, note J.-M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 112, note L. Idot – CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, *Europe*, 2013, comm. 560 ; *D.* 2014, p. 60, note L. D'Avout.

⁷⁹⁰ Article 9. 3 du règlement n°593/2008 (Rome I) dispose 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 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 ».

du contrat doivent être ou ont été exécutées et seulement dans la mesure où elles rendent l'exécution du contrat illégal ».

Nous allons d'abord étudier la genèse de l'article 9.3 du règlement Rome I (A) et les critiques soulevées par ce dernier en raison des critères restrictifs qui ont conduit à l'exclusion de l'application de certaines lois de police étrangères, avant d'examiner le champ d'application donné aux seules lois d'embargo étrangères du lieu d'exécution du contrat (B).

A- Genèse de l'article 9.3 du Règlement Rome I

309. Conceptualisées pour la première fois par la doctrine française⁷⁹¹, les lois de police ont depuis longtemps bénéficié d'une reconnaissance judiciaire internationale⁷⁹². Puis, comme chacun le sait, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles conclues entre les États membres de la Communauté européenne les a élevées au rang de normes et les a consacrées dans son article 7. 1 dans une formule très prudente.

310. Cependant, l'ancien texte européen était controversé et avait fait l'objet d'une réserve par certains États européens, en particulier de la part de deux grandes traditions juridiques, le Royaume-Uni et l'Allemagne qui avaient insisté pour bénéficier d'une faculté d' « *op-out* »⁷⁹³ en raison de facteur de perturbation et d'imprévisibilité que la loi de police étrangère pourrait engendrer⁷⁹⁴. En effet, il était reproché à l'ex-article 7.1 de peser sur les instances chargées d'appliquer le droit un trop grand pouvoir susceptible de remettre en cause la sécurité des échanges économiques⁷⁹⁵. C'est d'ailleurs conscient de cette difficulté que le législateur européen avait par l'article 22 § 1-a du règlement offert la possibilité aux États membres de faire des réserves aux dispositions de la Convention en vue de ne pas appliquer⁷⁹⁶. Toutefois,

⁷⁹¹ FRANCESKAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *op. cit.*

⁷⁹² Voir notamment en ce sens l'arrêt « *Alnati* » rendu par la Cour de cassation des Pays-Bas. Affaire précitée.

⁷⁹³ Voir à ce propos, BELOHLAVEK Alexander J., *Rome I Regulation Commentary*, Juris, 2010, p. 1480.

⁷⁹⁴ Rapport de GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, 31 octobre 1980, *JO C* 282.27 ; WINKLER Matteo et LACOMBE Arnaud, « Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police : un revers à l'hégémonie juridique outre-Atlantique ? », *op. cit.*, p. 1261 ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, pp. 203–204 ; FRANCO Stéphanie, « Loi applicable aux obligations contractuelles : matières civile et commerciale », *Rép. eur. Dalloz*, mars 2013, n° 204 ; MARCHAND Aurore, « Conflit de lois. - Loi de police. - Contrats internationaux. - Nullité du contrat. - Embargo étranger. », *Journal de droit international (Clunet)*, janvier 2011, n°1, p. 8 ; AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé, op. cit.* pp. 176-177, n°190.

⁷⁹⁵ Plus particulièrement le Royaume-Uni considérant l'ancien article 7. 1, comme une grave source d'insécurité juridique, une limitation disproportionnée de l'autonomie de la volonté, et même comme une menace potentielle pour le marché financier et juridique londonien. Voir à ce propos, le document de consultation émis par le ministère de la Justice sur la question de l'acceptation de l'acte : *Consultation Paper : Rome I – Should the UK opt in ?* disponible depuis juillet 2012 sur le site des archives du ministère de la Justice.

⁷⁹⁶ D'autres États refusant d'admettre la catégorie des lois de police étrangères ont aussi pour cette raison souscrit à la réserve autorisée à l'article 7.1 de la Convention, tels que : l'Irlande, le Luxembourg, le Portugal, la Lituanie

les controverses suscitées par l'article 7.1 se sont manifestées pendant le passage de l'art. 7. 1 de la Convention de Rome à l'article 9.3 du Règlement Rome I⁷⁹⁷. En effet, durant les travaux préparatoires du Règlement Rome I, la référence aux lois de police d'un État qui « présente des liens étroits avec le contrat concerné » retenue par la Convention n'a finalement pas au terme d'un compromis politique été adoptée par le législateur européen qui a souhaité adopter une solution moins flexible en imposant au juge une réduction de son pouvoir discrétionnaire⁷⁹⁸. Ainsi, le législateur européen a décidé de limiter drastiquement les critères d'application des lois de police dans le règlement Rome I⁷⁹⁹. Alors que la Convention visait toute loi de police à condition qu'il y ait un lien étroit entre cet autre pays et la situation à régir, le troisième paragraphe de l'article 9 du Règlement Rome I ne permet de donner effet qu'aux lois de police du lieu d'exécution et seulement dans la mesure où elles portent atteinte à la licéité de l'exécution du contrat. La prise en compte des lois de police étrangères par ce nouvel instrument n'est donc désormais possible que par dans des hypothèses strictement circonscrites.

311. En outre, la Commission européenne dans son projet initial de règlement avait prévu par mimétisme avec le texte existant de l'article 7 § 1 de la Convention de Rome de « *donner effet aux lois de police d'un autre pays que celui du for avec lequel la situation présente un lien étroit* »⁸⁰⁰. Mais cette proposition a toutefois été substantiellement modifiée pendant le processus législatif pour retenir uniquement les lois de police du lieu d'exécution du contrat⁸⁰¹.

et la Slovénie. Ce qui signifiait que ces Etats ne disposaient pas de la possibilité prévue par l'article 7.1 de faire primer une loi de police étrangère sur la loi du contrat. Voir à ce sujet, WINKLER Matteo et LACOMBE Arnaud, « Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police : un revers à l'hégémonie juridique outre-Atlantique ? », *op. cit.*, p. 1262 ; BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé, op. cit.*, p. 431 et s. Il convient de relever cependant qu'aucune réserve n'est possible à l'égard de l'article 9.3 du Règlement Rome I. PE et Cons. UE, règl. (CE) n°593/2008, art. 9.

⁷⁹⁷ En effet, durant les travaux préparatoires du Règlement Rome I, la référence aux lois de police d'un État qui « présente des liens étroits avec le contrat concerné » retenue par la proposition finale de la Commission n'a finalement pas au terme d'un compromis politique été adoptée par le législateur européen qui a souhaité restreindre les perturbations du système de conflit de lois engendrées par l'application de cette méthode concurrente. ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire Nikiforidis », *Réseau universitaire européen droit de l'E.L.S.J.*, 25 avril 2017.

⁷⁹⁸ Voir en ce sens, DE CESARI di Patrizia, « Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente » e « norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I », in *Nouveaux instruments du droit international privé*, Gabriella Venturini et Setefania Bariatti (dir.), Liber Fausto Pocar, Giuffrè, 2009, p. 257, et pp. 265 - 267.

⁷⁹⁹ KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international, op. cit.*, p. 53.

⁸⁰⁰ COM (2005) 0650 final, art. 8, § 3.

⁸⁰¹ HARRIS Jonathan, « Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation », in *Rome I Regulation : The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Franco Ferrari et StefanLeible (dir.) Sellier, 2009, pp. 269 et s.

Ainsi, aucune mention n'est faite des lois de police étrangères autres que celles du lieu d'exécution du contrat.

312. L'article 9.3 du Règlement Rome I cependant, attire de nombreuses critiques qui tiennent principalement à ce que la place laissée à l'application des lois de police étrangères est certainement trop réduite⁸⁰². D'ailleurs, à ce propos, MM. Audit et d'Avout estiment que « le seul critère de la considération à accorder à une loi étrangère revendiquant son application devrait être de savoir si des intérêts légitimes de l'État qui l'édicte sont ou non engagés au regard des rattachements »⁸⁰³. En effet, selon ces auteurs, une analyse telle que celle qui se dégageait de l'ancien article 7.1 de la Convention permet inversement de s'opposer à l'application d'une loi d'embargo étrangère au motif qu'elle ne justifie pas d'un titre raisonnable à s'appliquer. M. Mankowski observe quant à lui que la mise hors-jeu des lois de police d'État tiers « accentue l'impact de l'aléa de la compétence judiciaire sur l'application des lois de police »⁸⁰⁴.

313. Ainsi, il y a aucun doute que le dispositif européen n'est pas sans susciter de vives réserves. Selon M. Bollée, pratiquement tout dans l'article 9.3 peut soulever des discussions⁸⁰⁵. En effet, comme le souligne l'auteur, on peut hésiter d'une part sur le sens de la référence « aux obligations découlant du contrat ». S'agit-il de la prestation caractéristique de l'obligation litigieuse, ou de n'importe quelle obligation résultant du contrat quand bien même elle n'est pas concernée par le litige⁸⁰⁶? Cependant, la jurisprudence anglaise dont s'inspire la

⁸⁰² Voir sur cette délicate question : BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Conflit de lois – Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *op. cit.*, p. 535 ; MARCHAND Aurore, « Conflit de lois.- Loi de police.- Contrats internationaux.- Nullité du contrat.- Embargo étranger. », *op. cit.*, pp. 7 et s. ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, pp. 204 et s. ; D'AVOUT Louis, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits des lois ?* Tristan Azzi et Olivera Boskovic (sous dir.), Bruylant, 2015, pp. 106 et s. ; KUIPERS Jan-Jaap et MIGLIORINI Sara, « Une querelle franco-allemande après la communication de la Convention de Rome », *Eur. Rev. PIL*, 2011, p. 188 ; D'AVOUT Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, p. 2165, n°9 et s., p. 2168.

⁸⁰³ AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 882.

⁸⁰⁴ Voir en ce sens, LAGARDE Paul et TENENBAUM Aline, « De la Convention de Rome au règlement « Rome I » », *op. cit.*, p. 779.

⁸⁰⁵ BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, pp. 204-205. Voir aussi sur l'ensemble de la question : FRANCQ Stéphanie, « Loi applicable aux obligations contractuelles : matières civile et commerciale », *op. cit.*, n° 203 et s. ; DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, pp. 207-290. Voir également sur les implications méthodologiques, généralement jugées minimales en pratique, de la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire : DICKINSON Andrew, « Third Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations : So long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu ? », *op. cit.* ; HELLNER Michael, « Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation : Old Wine in New Bottles ? », *Journ. PIL*, 2009, 447.

⁸⁰⁶ En effet, dans une conception étroite, l'expression pourrait viser uniquement la prestation caractéristique du contrat, tandis que dans une conception large, l'expression pourrait viser toutes les obligations contractuelles des parties, voire des obligations liées au contrat, mais non explicitement inscrites dans le contrat. Selon la doctrine

formulation de l'article 9.3 vise les lois de police du pays d'exécution de diverses obligations découlant du contrat et pas uniquement du lieu d'exécution de la prestation caractéristique⁸⁰⁷. Et enfin, d'autre part, sur ce qu'il convient d'entendre par des dispositions qui « rendent l'exécution du contrat illégale », car à cet égard, on peut hésiter sur ce que recouvre exactement la notion d'exécution comme celle de l'illégalité⁸⁰⁸.

L'auteur s'interroge également sur le fait de savoir s'il est permis de se demander si l'approche qui avait prévalu dans la Convention de Rome charriait vraiment de plus graves incertitudes. En effet, l'ex-article 7.1 permettait davantage au juge saisi d'apprécier l'opportunité d'une application exceptionnelle des normes internationalement impératives d'origine étrangère en faisant état de la nécessité d'un « lien étroit » entre la situation litigieuse et les règles impératives qui prétendent l'appréhender⁸⁰⁹. Selon les rédacteurs de la Convention, cette exigence permettait d'éviter le cumul des lois de police étrangères⁸¹⁰. Or, il n'en demeure pas moins que l'article 9.3 pour des raisons de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions de conflits des lois dans l'espace de justice européenne, « constitue un retour en arrière par rapport à l'article 7.1 de la Convention de Rome qui pouvait plus facilement conduire à l'application des lois de police étrangères⁸¹¹.

314. Quelles que soient les difficultés d'interprétation que soulève l'article 9 paragraphe 3 du Règlement Rome I, on remarquera que la limitation des lois de police étrangères, en raison de leur origine géographique et de leur rôle punitif dans l'exécution du contrat, pourrait bien se relever paradoxalement favorable à leur meilleure application juridictionnelle⁸¹². En effet, la circonscription rassurante de leur domaine faciliterait en quelque sorte l'attention que le juge

favorable à une interprétation large, il aurait suffi d'évoquer la prestation caractéristique. Voir en sens, CARAVACA Calvo, *EL Reglamento Roma I sobre de ley aplicable a las obligaciones contractuales : cuestiones escogidas*, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2009, pp. 52 et s., spéc. 129 ; HELLNER, « Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation : Old Wine in New Bottles ? » *op. cit.*

⁸⁰⁷ Voir, Court of Appeal, *Ralli Bros v. Compania Niviera Sota Aznar*, affaire précitée. Voir également l'autre célèbre affaire, House of Lords, 21 octobre 1957, *Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd*, (1958) AC 301, ILR, vol. 24, p. 15, dans LAGARDE Paul et TENENBAUM Aline, « De la Convention de Rome au règlement Rome I », *op. cit.* Voir également l'étude faite par M. HARRIS Jonathan, sur la restriction apportée par l'article 9.3 du règlement Rome I à la pratique antérieure des tribunaux anglais : « Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation », *op. cit.*, p. 319.

⁸⁰⁸ Sur cette question, voir FRANCQ Stéphanie et JAULT-SESEKE Fabienne, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de lois dans les contrats internationaux*, Corneloup Sabine et Joubert Natalie (dir.), Litec, 2011, p. 357, spéc. pp. 373 et s.

⁸⁰⁹ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois. - Loi de police. - Contrats internationaux. - Nullité du contrat. - Embargo étranger. », *op. cit.*, p. 8.

⁸¹⁰ *Le Lamy contrats internationaux*, Paris, éd. Techniques, division 2, § 183.

⁸¹¹ *Ibidem*.

⁸¹² BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Conflits de lois – Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *op. cit.*, p. 535.

du *for* accepterait de leur porter. Ainsi, en termes d'office du juge saisi, l'affaire de la loi d'embargo ghanéenne imposait déjà de respecter certaines contraintes procédurales qui ont été reprises par l'article 9.3 du Règlement Rome I. En effet, d'après MM. D'Avout et Bureau, l'arrêt *Viol frères* impose d'ailleurs déjà pour le compte des juges français que soit tranchée la question de l'efficacité des lois de police étrangères lorsque leur applicabilité est soulevée par l'une des parties au litige⁸¹³.

B- Effet donné aux seules lois d'embargo étrangères du lieu d'exécution du contrat

315. Le règlement « Rome I » a réaménagé les modalités d'application des lois de police étrangères. En effet, le législateur a procédé à un important rétrécissement de leur champ d'application en fonction de leurs origines. L'article 9.3 du Règlement « Rome I » énonce qu'il pourra seulement être donné effet aux lois de police du lieu d'exécution du contrat dans les cas où l'exécution dudit contrat serait illégale. De fait, les seules lois d'embargo auxquelles le juge ou l'arbitre pourra désormais donner effet seront, outre celles de la loi applicable au contrat, celles du pays d'exécution du contrat si ces dernières rendent cette exécution illégale⁸¹⁴.

316. L'article 9.3 du règlement Rome I a fait l'objet d'une première application par la cour d'appel de Paris dans un arrêt *Bio-Rad* du 25 février 2015⁸¹⁵. Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris en application de l'article 9.3 du règlement a refusé d'appliquer une loi d'embargo américaine à un contrat de distribution impliquant une filiale française d'une société américaine

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 453-454 ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*, pp. 178 et s. ; RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 198 et s. ; KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 52-53 ; NIBOYET Marie-Laure et de GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 221 et s. ; RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°507-508 ; BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Conflits de lois – Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *op. cit.* ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 203 ; WINKLER Matteo et LACOMBE Arnaud, « Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police : un revers à l'hégémonie juridique outre-Atlantique », *op. cit.*, pp. 1262-1263 ; MARCHAND Aurore, « Conflit de lois.- Loi de police.- Contrats internationaux.- Nullité du contrat.- Embargo étranger. », *op. cit.*, pp. 7-8 ; LATIL cédric, « Lois de police », *op. cit.*, p. 39, n° 65 ; JACQUET Jean-Michel, « Synthèse - Contrats internationaux », *op. cit.*, p. 11, n°48 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°184 ; FRANCO Stéphanie, « Loi applicable aux obligations contractuelles – matières civile et commerciale », *op. cit.*, n° 203 et s. ; AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 882, n° 1056.

⁸¹⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 25 février 2015, *Giti c. Biorad*, n°12/23757, *D.* 2015. 1260, note M. Winkler et A. Lacombe ; *D.* 2015, n°35, p. 2031, obs. L. D'Avout ; *Actes prat. ing. sociétaire*, 2015, n°141, pp. 1-2, obs. Y. Beckers et N. Demigneux ; *Dr. et Patr.*, 2015, n°250, pp. 90-91, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *D.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke. – Voir plus généralement, D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, 12 octobre 2015, n°42, p. 1112 ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*, pp. 1030-1031.

et une société iranienne au motif que le lieu d'exécution du contrat seul pertinent au regard du nouveau texte était situé en Iran et non aux États-Unis.

En l'espèce, un contrat de distribution, soumis au droit français, avait été signé en 2009 entre une société française *Bio-Rad SNC*, filiale de la société américaine *Bio-Rad Laboratoires Inc* et une société iranienne *Giti Tajhiz Teb Co Ltd*. Après avoir soumissionné plusieurs appels d'offres lancés par le gouvernement iranien en qualité de distributeur de produits Bio-Rad, la société iranienne s'est vu notifier par la société française l'impossibilité de livrer les matériels médicaux commandés au motif que l'Iran fait l'objet de mesures d'embargo imposées par les États-Unis. En substance, la société française soutenait qu'elle devait se conformer aux règles d'embargo édictées par les États-Unis. À la suite de cette notification, la société iranienne ne l'entendit pas de cette oreille et poursuivit la société française pour « rupture du contrat » et « rupture brutale des relations commerciales établies ». En première instance le juge condamna la société française à payer à la société iranienne des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. Puis les deux parties interjetèrent appel sur le fond. En confirmant sur le fond du droit la décision rendue en première instance, la cour d'appel de Paris a examiné tout particulièrement si la résiliation unilatérale du contrat par la société française pouvait trouver un fondement valable en prenant en compte, en qualité de loi de police étrangère, les lois d'embargo américaines. La position de la cour fut de considérer que ces règles relatives aux embargos en l'espèce contre l'Iran⁸¹⁶ ne sont pas susceptibles d'application en France à un contrat international soumis au droit français et à une société iranienne, au motif que ces règles ne constituent pas des lois de police au sens de l'article 9.3 du règlement « Rome I » du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En effet, la cour rappela que l'article 9 dudit règlement qui définit et régit les lois de police (§ 1) reconnaît uniquement les lois de police du for (*lex fori*) (§ 2) et du lieu d'exécution du contrat (*lex contractus*) (§ 3). Il ne fait, en revanche, pas mention des lois de police propres à un pays tiers. À cet égard, puisque les règles américaines n'appartiennent à aucune des deux catégories visées par l'article 9, la cour, par une interprétation littérale, a jugé « *qu'en l'espèce sans avoir à se prononcer sur la qualification de loi de police des dispositions du code des réglementations fédérales (CFR) instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran, la cour ne peut donner effet à la loi américaine, qui n'est ni une loi de police française ni une loi de police iranienne* ». Ainsi, pour que la loi américaine d'embargo puisse être appliquée en espèce, elle devait être la

⁸¹⁶ 31 CFR Part 560, *Iranian Transactions Regulations : Implementation of Executive Order 13059*, 64 Fed. Reg., n° 79 du 26 avr. 1999.

loi du *for* ou la loi du lieu d'exécution du contrat, alors qu'en espèce, c'est la loi de police française qui est la loi du *for* et la loi de police iranienne qui est la loi du lieu d'exécution du contrat.

317. Cette référence au lieu d'exécution du contrat aux fins de déterminer les lois de police applicables a été initialement validée par les célèbres arrêts anglais *Ralli Brother* et *Regazzoni*⁸¹⁷ et confirmée plus récemment par la Cour de cassation, sous l'empire de la Convention de Rome, dans son arrêt *Viol frères*⁸¹⁸. En effet, dans cet arrêt, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'il appartenait au juge saisi de déterminer l'effet pouvant être donné à une loi de police étrangère présentant un lien étroit avec l'affaire concernée. En l'occurrence, la loi d'embargo ghanéenne, qui était aussi la loi du lieu d'exécution, avait en l'espèce un lien étroit avec la situation : « *C'est au port de déchargement, au lieu d'exécution du contrat que le transporteur avait éprouvé ses difficultés* ». Les conditions étaient donc réunies pour que le juge français fasse respecter les impératifs de la politique sanitaire d'un État étranger, en l'espèce le Ghana.

318. Il ressort de ce qui précède que la solution adoptée par le législateur européen dans l'article 9 du règlement Rome I reflète une volonté affirmée de favoriser la sécurité juridique dans les contrats internationaux en diminuant le pouvoir d'interprétation du juge étatique, même si le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à leur mise en application au regard du critère de comptabilité des lois de police étrangères avec les valeurs essentielles internes du *for*. Ainsi, le juge n'appliquera pas une loi d'embargo étrangère étant en incompatibilité totale avec les valeurs du *for*⁸¹⁹.

319. Toutefois, l'impact de ce caractère strict sur l'application des lois d'embargo étrangères présente un inconvénient. En effet, ce traitement préférentiel des lois du lieu d'exécution de l'obligation introduit par l'article 9.3 du règlement Rome I signifie l'exclusion de toutes les lois d'embargo de portées extraterritoriales qui ont pour critère de rattachement la nationalité des personnes physiques ou des personnes morales⁸²⁰. Dès lors, les dispositions extraterritoriales américaines telles que celles provenant de l'affaire *sensor* relative au *gazoduc sibérien*⁸²¹ ou

⁸¹⁷ Court of Appeal, *Ralli Bros v. Compania Niviera Sota y Aznar* (1920), 2 K.B. 287, affaire précitée.

⁸¹⁸ Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21. 511, *Viol frères*, affaire précédemment citée.

⁸¹⁹ MARCHAND Aurore, « Conflit de lois. – Loi de police. — Contrats internationaux. — Nullité du contrat. — Embargo étranger », *op. cit.*, p. 7.

⁸²⁰ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 433-434 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, p. 207, n°218 ; BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Conflits de lois – Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *op. cit.*, p. 534 ; LATIL cédric, « Loi de police », *op. cit.*, p. 39 n°65.

⁸²¹ Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, affaire précitée.

celles du blocage des avoirs iraniens par le président Carter en 1979 ne pourront pas recevoir application⁸²².

320. Il y a donc probablement une volonté du législateur, que certains auteurs saluent et approuvent⁸²³, de limiter la portée extraterritoriale de mesures politiques d'embargo des États-Unis dont plusieurs grandes sociétés européennes ont eu à souffrir lourdement. En effet, plusieurs importantes sociétés européennes, notamment la première banque française, ont été lourdement sanctionnées par l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) et par le *département of Justice* (DOJ) pour violation des règles d'embargo dirigées contre l'Iran⁸²⁴. Par ailleurs, certains commentateurs se sont cependant interrogés sur l'efficacité du texte européen face à la lourdeur des sanctions prononcées par les autorités américaines en cas de violation des mesures d'embargo décrétées par les États-Unis⁸²⁵. En effet, la force de frappe de l'arsenal juridique américain relatif aux embargos représente un risque réel et tangible qu'encourt toute entreprise opérant à l'international. Ainsi, certains annotateurs estiment que la cour d'appel en se cantonnant à une interprétation littérale des modalités d'application des lois de police étrangères de l'article 9.3 du règlement Rome I ne semble pas prendre la mesure réelle du risque inhérent à l'application extensive que font les États-Unis de leurs sanctions. En effet, ces derniers pourraient se considérer en droit de sanctionner en application de leur loi, les opérateurs européens à qui la justice a refusé de pouvoir prendre en compte les mesures d'embargo américaines pour justifier la résolution de leurs contrats⁸²⁶. D'ailleurs, à ce propos, M. Lardeux considère que le nouveau texte européen paraît insignifiant dans la logique des rapports de force internationaux.

321. Par ailleurs, les critères restrictifs introduits par l'article 9.3 du règlement Rome I feront inévitablement barrage à des lois de tout autre État avec lequel le contrat présenterait pourtant un rattachement significatif, sans être celui du lieu d'exécution⁸²⁷. Autrement dit, les lois

⁸²² Voir cette affaire dans LAGARDE Paul et TENENBAUM Aline, « De la Convention de Rome au règlement Rome I », *op. cit.*, p. 779.

⁸²³ MATTOUT Jean-Pierre et PRÜM André, « Application extraterritoriale des lois d'embargo américaines », *op. cit.*, p. 91.

⁸²⁴ Il s'agit de la BNP Paribas. Voir *supra*.

⁸²⁵ LARDEUX Gwendoline, *Droit international privé des obligations contractuelles*, Larcier, 2016, n°208, p. 117 ; MATTOUT Jean-Pierre et PRÜM André, « Application extraterritoriale des lois d'embargo américaines », *op. cit.* ; WINKLER Matteo et LACOMBE Arnaud, « Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police : un revers à l'hégémonie juridique outre-Atlantique », *op. cit.*

⁸²⁶ MATTOUT Jean-Pierre et PRÜM André, « Application extraterritoriale des lois d'embargo américaines », *op. cit.*

⁸²⁷ AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, *op. cit.* ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, n°13, p. 212 et n°30, p. 225.

d'embargo étrangères ayant, dans l'absolu, un titre très légitime à s'appliquer seront exclues⁸²⁸. Pourtant, nous verrons que cette nouvelle disposition article 9.3 du règlement Rome I ne contraint pas absolument le juge désireux d'appliquer une loi de police extraterritoriale. En effet, le juge pourra, s'il le désire, tenir indirectement compte de la règle étrangère par tout moyen offert par le droit compétent et notamment à travers ses standards et notions-cadres (force majeure, fait du prince, imprévision, etc.) au sein desquels la loi d'embargo peut intervenir comme donnée de fait⁸²⁹.

Paragraphe 2 : Interprétation restrictive de l'article 9.3 du Règlement Rome I

322. La décision rendue par la cour d'appel de Paris en référence à l'article 9.3 du règlement Rome I qui permet de tenir compte seulement des lois de police « du lieu d'exécution des obligations du contrat » et de celles du for a reçu un écho positif dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁸³⁰. En effet, dans un arrêt récent, la Cour de justice a rendu une décision similaire. Elle a à cet effet déclaré⁸³¹ que les exceptions de l'article 9.3 de ce Règlement étaient strictement limitées aux lois du *for* et d'exécution du contrat, et qu'il n'était pas possible de tenir compte d'une autre loi⁸³². Mais, la Cour de justice apporte une précision importante en indiquant que, toutefois, les lois de police d'un pays tiers autre que celui du lieu d'exécution du contrat peuvent être prises en considération en tant qu'élément de fait, dans la mesure où une règle matérielle du droit national applicable au contrat la prévoit⁸³³ (B). Cependant, cette interprétation stricte de la Cour de justice emporte des conséquences importantes sur les modalités possibles de mise en œuvre des lois de police étrangères, puisque

⁸²⁸ On peut toujours donner l'exemple des lois américaines dites Helms-Burton Act américain et d'Amato-Kennedy, instaurant des embargos à l'encontre d'une part du Cuba, d'autre part de l'Iran et de la Lybie. Par exemple, le cas de l'embargo de loi Helms-Burton (*Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act*) de 1996 interdit tout trafic (vendre, transférer, distribuer, repartir, faire des opérations financières, gérer, disposer de toute autre manière) à l'égard de biens appartenus à des ressortissants américains et confisqués par le régime de Fidel Castro au Cuba entre 1959 et 1962. Cette interdiction, qui affecte des opérations visées, se veut applicable sans condition de lieu. Sur ces lois extraterritoriales ou plus largement sur les normes extraterritoriales, voir également, AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements*, *op. cit.*, n°105 ; D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *op. cit.* ; JALICOT Camille, « VIABLR - L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.* ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*

⁸²⁹ D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *op. cit.*, p. 1119, n°14 ; *Id.*, « L'extraterritorialité contrariée par la théorie des lois de police ? », *Recueil Dalloz*, 2015, n°35, pp. 2034 – 2035.

⁸³⁰ Voir antérieurement, le juge refusant toute prise en compte et implicitement prise en compte d'une loi étrangère d'embargo sur le fondement de l'article 9.3 : CA Paris, 25 février 2015, *Giti c. Biorad*, n°12/23757, affaire précitée.

⁸³¹ RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 199-200.

⁸³² JALICOT Camille, « VIABLR - L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, p. 5.

⁸³³ JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, p. 12, n°48.

pour la première fois, la Cour de justice indique que l'article 9.3 du Règlement Rome I ne saurait embrasser la question de la prise en considération des lois de police étrangères (A).

A- Exclusion de la prise en considération du champ d'application de l'article 9.3 : l'affaire *Nikiforidis*

323. La Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 9.3 du règlement Rome I⁸³⁴ dans un arrêt *Nikiforidis* du 18 octobre 2016⁸³⁵. Dans cette affaire, un enseignant grec, M. Nikiforidis avait été employé dans une école élémentaire située à Nuremberg en Allemagne, mais gérée par la République hellénique. En raison de la crise financière en Grèce, le législateur de ce pays adopta en 2010 deux lois visant à la réduction des dépenses publiques, réduisant notamment pour ce faire les rémunérations des professeurs employés dans les écoles publiques. Il s'agissait en réalité de la mise en œuvre des accords conclus entre la République hellénique, d'une part, la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international (FMI), d'autre part, mais aussi de la décision 2010/320/UE du 8 juin 2010, adoptée le 10 mai 2010 par le Conseil en vue de renfoncer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugé nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif⁸³⁶. En vertu de ces lois grecques, M. Nikiforidis a vu sa rémunération sensiblement diminuée pour la période allant du mois d'octobre 2010 au mois de décembre 2012. En application de l'article 19 du règlement Bruxelles I, M. Nikiforidis a alors introduit devant les juridictions allemandes une action en justice en vue de réclamer un supplément de rémunération pour ces deux dernières années de travail ainsi que l'obtention de fiches de paie. Le Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail), ayant estimé que les deux lois grecques (3833/2010 et 3845/2010) en cause pouvaient

⁸³⁴ La demande de décision préjudicielle, en l'espèce, portait également sur l'interprétation de l'article 4 paragraphe 3 TUE, ainsi que de l'article 28 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen.

⁸³⁵ CJUE, 18 octobre 2016, *Republik Griechenland c. Grigorios Nikiforidis*, aff. C-135/15, JurisData n°2016-021191 ; *D.* 2016, 2122 ; *JCP G* 2016, note 1150, obs. D. Berlin ; *JDI* 2017, comm. 5, p. 197, note E. Fohrer-Dedeurwaerder ; *Dr. soc.*, 2017. 196, étude L. Pailler ; *RJC* 2017 n°2, pp. 202-205, note A. Reclus ; *JCP* 2017, n°5, p. 211 et *JDI G* 2017, 124, note S. Lemaire et L. Perreau-Saussine ; *JCP G* 2017, doct. 226, obs. C. Nourissat ; *D.* 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; *D.* 2017. 2062, obs. L. D'Avout ; *JDI* 2017. 1483, note P. Kinsch ; *Rev. crit. DIP*, 2017. 238, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *Europe*, 2016, comm. 492, note L. Idot. Pour une analyse d'ensemble de la question : JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 11-12, n°48 ; LATIL cédrick, « Lois de police », *op. cit.*, p. 40, n°66 ; ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire *Nikiforidis* », *op. cit.* Pour plus de précision sur la prise en considération des lois de police étrangères sous l'empire du règlement Rome I, voir : BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.* ; FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome . — Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *op. cit.*

⁸³⁶ Voir à ce sujet, JOUE n° L 145, 11 juin 2010, p. 6.

être considérées comme des lois de police, il restait à déterminer si elles pouvaient s'appliquer directement ou indirectement à une relation de travail exécutée en Allemagne et soumise au droit allemand. La Cour fédérale du travail allemande a relevé dans ce contexte que, si le règlement Rome I ne s'appliquait pas à l'affaire au principal, l'article 34 de l'EGBGB l'autorisait à prendre en compte les lois de police d'un autre État. Dans ces conditions, le Bundesarbeitsgericht décida alors de surseoir à statuer et de devoir interroger la Cour de justice sur le point de savoir, en raison du cadre restrictif du règlement Rome I posé à l'égard des lois de police étrangères, si « L'article 9, paragraphe 3 du règlement Rome I exclut-il uniquement l'application directe des lois de police d'un État tiers dans lequel les obligations reposant sur le contrat ne doivent pas être exécutées ou n'ont pas été exécutées, ou exclut-il aussi une prise en considération indirecte dans le droit de l'État dont le droit est applicable au contrat ? ». En d'autres termes, le Bundesarbeitsgericht demandait à la Cour si l'article 9.3 du règlement Rome I qui vise les lois de police étrangères doit être interprété dans le sens qu'il exclut uniquement « l'application directe des lois de police d'un État tiers » dans lequel les obligations contractuelles ne doivent pas être exécutées, ou aussi leur « prise en considération indirecte » dans le droit matériel de l'État dont la loi a été déclarée applicable au contrat⁸³⁷. Dissipant les doutes que la formulation prudente de l'article 9.3 du règlement Rome I avait pu faire naître⁸³⁸, la Cour de justice conclut, en premier lieu, que celui-ci « doit être interprété comme excluant que le juge du for 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 ». Par conséquent, dans la mesure où selon la juridiction allemande, le contrat de travail de M. Nikiforidis a été exécuté en Allemagne et soumis au droit allemand, celle-ci ne peut, conformément à la restriction posée par l'article 9.3, appliquer les lois de police d'un État tiers, telles que les lois de police grecques, dont elle fait état dans la demande de décision préjudicielle. Or, en l'espèce, la Cour de justice avait admis que les lois de police grecques à l'origine de la réduction de la rémunération de monsieur Nikiforidis répondaient à la définition des lois de police au sens du droit international privé compte tenu de l'objectif qu'elles poursuivent de remédier au déficit budgétaire de la Grèce⁸³⁹. Cependant, la lettre de

⁸³⁷ FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome. — Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *op. cit.*, pp. 9-10.

⁸³⁸ Mais également l'ancien article 7.1 de la Convention de Rome.

⁸³⁹ FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *op. cit.*, p. 12 ; IDOT Laurence, « Prise en considération des lois de police étrangère », *op. cit.* ; AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé, op. cit.*

l'article 9.3 ne permettait pas à la juridiction allemande de les appliquer, faute d'appartenir à l'ordre juridique du lieu d'exécution du contrat.

324. La Cour, en effet, est loin de prendre l'article 9 du Règlement à la légère. Pour la CJUE, une interprétation stricte de l'article 9.3 dudit règlement s'impose, compte tenu de son caractère dérogatoire au principe général de l'autonomie de la volonté puisqu'il offre au juge la faculté d'appliquer une loi de police en lieu et place de la *lex contractus*⁸⁴⁰. En effet, la Cour de justice considère à ce titre que les lois de police constituent une mesure dérogatoire, en vue de la satisfaction des intérêts étatiques, au principe du libre choix de la loi applicable par les parties au contrat qui participe lui, à la protection des intérêts privés. Dès lors, en tant que technique « perturbant » les règles communes de conflit de lois, les juges européens estiment que le recours aux lois de police doit être utilisé avec parcimonie et l'article 9 autorisant leur application doit, de ce fait, faire l'objet d'une interprétation stricte. Ainsi, seules les hypothèses exhaustivement énoncées d'application des lois de police étrangères (art. 9.3) peuvent être mises en œuvre⁸⁴¹. La Cour souligne aussi que « *permettre au juge du for de faire application de lois de police autres que celles qui sont expressément visées à l'article 9 (...) serait susceptible de nuire à la pleine réalisation de l'objectif de celui-ci qu'est, aux termes de l'article 9 de ce règlement, la sécurité juridique dans l'espace de justice européenne, ainsi que de nature à affecter la prévisibilité des règles matérielles au contrat* »⁸⁴².

325. En revanche, la Cour de justice estime que si cette interprétation stricte interdit à la juridiction allemande d'appliquer les lois de police grecques aux différents opposant M. Nikiforidis à l'État grec, la Cour précise que cette impossibilité d'application doit être compensée par leur possible « *prise en considération en tant qu'élément de fait dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat en vertu des dispositions du même règlement la prévoit* »⁸⁴³.

⁸⁴⁰ FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *op. cit.*, pp. 11-12 ; ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire Nikiforidis », *op. cit.* IDOT Laurence, « Prise en considération des lois de police étrangère », *op. cit.* ; JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, p. 12, n°48 ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, pp. 213-214.

⁸⁴¹ Voir dans le même sens par analogie l'arrêt du 17 octobre 2013, *Unamar*, C-184/12, EU : C : 2010 : 663, point 49. Arrêt cité par FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁴² Voir le point 51 de l'arrêt *Nikiforidis*.

⁸⁴³ FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome. — Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *op. cit.*, p. 13 ; LATIL cédrick, « Lois de police », *op. cit.*, p. 40, n°66 ; JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, p. 12, n°4 ; BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, « L'article 9.3 du règlement Rome I ne s'oppose pas à la prise en compte par le droit national applicable au contrat de la loi de police d'un État tiers », *Rev. crit. DIP*, 2017, n°2, pp. 238-244 ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du*

326. Cependant, la réponse de la Cour de justice à la question préjudicielle posée par le Bundesarbeitsgericht doit retenir notre attention. En effet, la Cour a donné à cette question une réponse nuancée reposant sur une distinction entre « application » d'une loi de police « en tant que règle de droit » et « prise en considération en tant qu'élément de fait »⁸⁴⁴. Nous observons, en l'espèce, que la réponse donnée par la Cour vise « l'application » alors que l'article 9.3 du règlement Rome I utilise l'expression « donner effet »⁸⁴⁵. Il faut aussi dire que dans la formulation de la question préjudicielle, le Bundesarbeitsgericht a introduit la distinction développée par la doctrine allemande de droit international privé entre « application » de la loi de police étrangère et la « prise en considération, en tant qu'élément de fait »⁸⁴⁶. Ainsi, en ce qui concerne l'application, la Cour de justice par sa réponse vient donc préciser que l'article 9 paragraphe 3, du règlement Rome I ne concerne que l'hypothèse où le juge entend appliquer en tant que règle juridique les lois de police de celle de l'État du *for* ou de l'État dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées. Par conséquent, cela implique que l'État qui donne effet aux lois de police du lieu d'exécution des obligations contractuelles ne tient pas simplement compte de celles-ci dans le cadre de l'application de la *lex contractus*, mais les applique, en tant que règles juridiques, en lieu et place de la *lex contractus*⁸⁴⁷. Ce qui exclut d'emblée, en l'espèce, l'application des lois de police grecques, qui n'émanaient pas du lieu d'exécution du contrat.

327. S'agissant de la prise en considération des lois de police d'un pays tiers, autre que celui du lieu d'exécution du contrat en tant qu'élément de fait, la Cour considère qu'une telle prise en considération échappait au champ d'application de l'article 9.3 du Règlement. Autrement dit, si les circonstances d'application de la loi de police étrangère correspondent à des hypothèses prévues par la *lex contractus*, alors la loi de police étrangère peut « indirectement » produire effet⁸⁴⁸. C'est pourquoi, en l'espèce, la Cour reconnaît que le juge allemand peut, dans

commerce international et des investissements étrangers, *op. cit.*, p. 180 ; RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 200.

⁸⁴⁴ BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 207.

⁸⁴⁴ FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *op. cit.*, p. 13 ; IDOT Laurence, « Prise en considération des lois de police étrangères », *op. cit.* ; JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, p. 12, n°48 ; LATIL cédric, « Lois de police », *op. cit.*

⁸⁴⁵ Voir l'article 9.3 du règlement précité.

⁸⁴⁶ IDOT Laurence, *op. cit.* Il convient de noter que cette distinction développée par la doctrine allemande, on la reconnaît avant même l'arrêt Nikiforidis, sous la plume de certains auteurs, voir par exemple, CALLIESS Graf-Peter, *Rome Regulations – Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, 2nd ed, Wolter Kluwer Law & Business, 2015, p. 261 ; D'AVOUT Louis, obs. sous Paris, 25 février 2015, *D.* 2015. 2031.

⁸⁴⁷ ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire Nikiforidis », *op. cit.*

⁸⁴⁸ JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *op. cit.*, p. 12, n°48.

le cadre de l'application de la *lex contractus* (droit allemand), prendre en considération les lois grecques si celle-ci le prévoit⁸⁴⁹. Ainsi, il appartiendra au Bundesarbeitsgericht de dire, lors de l'appréciation des faits de l'espèce, si la loi allemande prévoit une hypothèse à laquelle correspondent les lois helléniques en cause, permettant à un employeur de réduire la rémunération qu'il verse à ses salariés. Or, en l'espèce, une telle prise en considération est effectivement admise par le droit allemand. Le Bundesarbetgericht faisait observer à cet effet qu'il pourrait prendre en considération la législation grecque litigieuse en se fondant sur l'article 241 paragraphe 2 du BGB, selon lequel « *le rapport d'obligation peut, en fonction de sa teneur, obliger chaque partie à avoir aux droits, biens juridiques et intérêts de l'autre partie* ».

328. Par la suite, la Cour fédérale du travail allemande a refusé de tenir compte des lois grecques en cause en ce que la loi allemande applicable ne le permettait pas pour la raison et sur le fondement qui viennent d'être indiqués⁸⁵⁰. Les auteurs, Mme Lemaire et M. Perreau-Saussine estiment néanmoins que cette décision admettant la prise en considération « a le mérite de desserrer l'étau dans lequel les rédacteurs de l'article 9.3 ont enfermé les lois de police étrangères et trouve un point utile d'application en cas de loi de police extraterritoriale et spécialement d'embargo »⁸⁵¹. M. D'Avout, quant à lui, note que la décision de la Cour de justice admettant la prise en considération des lois de police autres que celles du lieu d'exécution du contrat « compensera sans doute les différences injustifiées de statut entre les lois de police extraterritoriales du for, applicables sans restriction, et les lois de police extraterritoriales étrangères formellement inapplicables »⁸⁵².

329. Il reste cependant à examiner, pourquoi la Cour de justice a estimé que l'article 9.3 du règlement Rome I ne s'oppose pas à la prise en considération des lois de police originaires d'un autre État autre que celui du lieu d'exécution.

⁸⁴⁹ Voir également, dans le cadre particulier du contrôle des sentences arbitrales : la prise en considération d'une loi de police étrangère par le truchement de la contrariété à l'ordre public international pour prononcer l'annulation d'une sentence où la décision de l'arbitre fut au point similaire : CA Paris, 16 janvier 2018, *MK Group, D.*, 2018, p. 1635, note M. Audit ; *D.*, 2018, 966, obs. Clavel ; *JDI* 2018. 883 note S. Bollée ; *JDI* 2018. 898, note E. Gaillard ; *RA* 2018. 401, note S. Lemaire.

⁸⁵⁰ LATIL cédric, « Lois de police », *op. cit.*

⁸⁵¹ Voir à ce sujet, LEMAIRE Sophie et PERREAU-SAUSSINE Louis, note sous CJUE, 18 oct. 2016, aff. C6135/15, Nikiforidis, *JCP G* 2017, 124 ; BONOMI Andrea, « Les lois de police des États tiers : méthode conflictuelle et méthode matérielle à l'aune de l'arrêt Nikiforidis », in *L'impérativité en droit international des affaires : Questions d'actualité*, Actes du colloque du 1^{er} février 2018, Lemaire Sophie et Perreau-Saussine Louis (sous dir.), vol. 42, Société de législation comparée, 2020, pp. 83 et s. ; LEMAIRE Sophie, « Impérativité internationales d'origine étrangère : Propos introductifs », in *L'impérativité en droit international des affaires : Questions d'actualité*, Actes du colloque du 1^{er} février 2018, *op. cit.*, pp. 17 et s.

⁸⁵² D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *op. cit.*

B- Possibilité d'une prise en considération des lois de police autres que celles du lieu d'exécution du contrat

330. Cette décision de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne admettant la prise en considération des lois de police étrangères autres que celles du lieu d'exécution du contrat a le mérite de clore un débat doctrinal⁸⁵³. En effet, jusqu'à cet arrêt (*Nikiforidis*), l'expression « donner effet » utilisée par l'article 9.3 du règlement Rome I (ancien article 7.1 de la Convention de Rome), comme nous avons pu observer, a suscité de nombreuses controverses consistant en substance à savoir s'il s'agit d'une désignation permettant l'application des lois de police étrangères en lieu et place de la loi désignée par la règle de conflit de lois, ou s'il s'agit plutôt d'une prise en considération, en tant qu'élément factuel extérieur au for des lois de police étrangères dans le cadre de l'application de la *lex contractus*. C'est à ce débat d'envergure que la Cour de justice est venue, entre autres, apporter une réponse encadrant ainsi l'application du règlement Rome I. En effet, sur invitation de la juridiction allemande de donner une interprétation à l'article 9.3 du règlement Rome, la Cour de justice a ainsi considéré que celui-ci doit être interprété comme excluant que le juge du *for* puisse appliquer, en tant que règle juridique, les 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 leur prise en considération en tant qu'élément de fait dans la mesure où le droit national applicable au contrat le prévoit. Il en ressort que ce que semble avoir en vue l'article 9.3 est bien une application proprement dite des lois de police étrangères. Cela ne veut pas dire toutefois, et pour autant qu'il n'y a pas de place pour la prise en considération de telles normes. Mais selon la Cour de justice, cette prise en considération semble devoir se faire en dehors du cadre de l'article 9.3 du règlement et ne pas être soumise aux conditions restrictives qu'il pose. L'explication donnée par la Cour à cette dernière analyse est conforme à l'esprit que véhicule le règlement Rome I. En effet, la Cour rappelle tout d'abord que le règlement Rome a pour unique fonction de désigner le droit applicable au litige et non de dicter les modalités d'application de celui-ci aux juridictions nationales. Pour reprendre, ainsi les termes de l'arrêt : « *Le règlement Rome I harmonise les règles de conflit des lois en ce qui concerne les obligations contractuelles et non les règles matérielles de droit de contrats* »⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Voir *supra*, paragraphe 2, A, section 1 du présent chapitre.

⁸⁵⁴ Voir le point 52 de l'arrêt. L'uniformisation du droit des contrats était un grand projet de la Commission, mais elle se heurta à de fortes résistances. Voir à ce propos : Communication de la Commission du 11 juillet 2001 (COM (2011) 635 final : JOUE n° C255, 13 sept. 2001) « concernant le droit européen des contrats » - Projet de Cadre commun de référence – Draft Common Frame of Reference, 2008. – Proposition de règlement (COM (2011) 635 final) relatif au droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011.

331. D'un autre côté, cette technique de la prise en considération de la norme juridique étrangère comme élément des faits, contrairement à l'application de la norme juridique dans le cadre de l'application du droit désigné ne constitue pas une dérogation à l'application de la *lex contractus*⁸⁵⁵. En effet, l'avocat général considéra, de manière assez convaincante pour être suivi par la Cour, que le règlement Rome I a pour objet de résoudre le conflit des lois alors que la prise en considération intervient à un stade ultérieur du raisonnement, c'est-à-dire qu'elle est toujours mise en œuvre après la désignation de la loi applicable au contrat, plus précisément au moment de l'application du droit matériel aux faits, sans la remettre en cause⁸⁵⁶. La prise en considération est ainsi une phase subséquente à la détermination du droit applicable. Dès lors le règlement Rome I ne peut s'opposer à ce qu'une règle matérielle désignée selon ses propres dispositions prenne en considération une loi de police d'un autre État, en tant qu'élément de fait, dans la mesure où cette dernière la prévoit. Ces dispositions pourraient alors être prises en considération par la loi du contrat à travers les effets prévus par cette dernière. Autrement dit, la loi de police étrangère sera insérée dans la mineure du syllogisme judiciaire⁸⁵⁷ et analysée comme *local-datum*⁸⁵⁸, c'est-à-dire comme une donnée permettant l'interprétation d'une notion-cadre prévue par la *lex contractus*. L'hypothèse la plus connue, dite du fait du prince⁸⁵⁹, se retrouve précisément en matière contractuelle, lorsque la survenance d'une loi extérieure à la *lex contractus* empêche concrètement l'exécution du contrat, de sorte que cette loi étrangère constitue du point de vue de la *lex contractus* un cas de force majeure. Or, dans bien des cas, les dispositions précitées sont susceptibles de faire obstacle à la bonne exécution du contrat au point de constituer une force majeure ou d'imprévision selon la *lex contractus*⁸⁶⁰. En l'espèce, la juridiction allemande pourrait donc bien considérer la loi de police grecque comme un

⁸⁵⁵ ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire Nikiforidis », *op. cit.*

⁸⁵⁶ Voir sur ce point, BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 208, n°8 ; MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *op. cit.*, p. 315 ; FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁸⁵⁷ Selon Mme Fohrer-Dedeurwaerder, la loi de police, lorsqu'elle est « appliquée » en tant que règle juridique, constitue la majeure du syllogisme judiciaire, en conséquence, elle conserve sa normativité. En revanche, si elle est « prise en considération », elle constitue un élément de la mineure, se novant en simple donnée de fait. Voir, FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I. – Convention de Rome. — Loi de police étrangère. — Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. – Contrat de travail », *op. cit.*, p. 13.

⁸⁵⁸ Voir sur ce point, *supra*, paragraphe 2, B, section 1 du chapitre 1 du présent titre.

⁸⁵⁹ Voir KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*

⁸⁶⁰ D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit des affaires dans les relations d'affaires », *op. cit.*, p. 1119 ; *Id.*, « L'extraterritorialité contrariée par la théorie des lois de police », *op. cit.* ; FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I. – Convention de Rome. — Loi de police étrangère. — Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. – Contrat de travail », *op. cit.*, p. 13 ; AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*, p. 179. Sur ce point, voir aussi *Infra*, chapitre 1 titre 1 partie 2.

élément de fait justifiant une révision de la rémunération prévue par le contrat de travail pour imprévision résultant du bouleversement des circonstances économiques et de la nécessité de combler le déficit de la dette grecque⁸⁶¹. Contrairement à la solution prévue par le droit français jusqu'à la réforme du droit des contrats introduite par l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁶², la révision du contrat pour imprévision est, en effet, admise en droit allemand depuis fort longtemps sur la base de l'ancien article 242 de l'EGBG.

332. Consciente de l'impossibilité de rendre un État totalement imperméable aux normes d'un autre ordre juridique, ainsi, à travers l'arrêt *Nikiforidis*, la Cour de justice reconnaît une certaine efficacité indirecte aux lois de police provenant d'un autre État que celui du lieu d'exécution du contrat.

333. Cette décision a été retenue également par d'autres juridictions européennes. Une décision de la cour d'appel pour l'ouest de la Suède est spécialement intéressante à ce sujet⁸⁶³. Bien qu'en espèce les juges suédois aient refusé de prendre en compte la loi américaine en tant que loi, ces derniers ont néanmoins pris en considération la gravité des sanctions américaines en tant qu'élément de fait pour accorder la résolution du contrat où l'extraterritorialité du droit américain était en jeu⁸⁶⁴. En effet, l'ordre juridique suédois, sans y être contraint, a subordonné son droit à l'ordre juridique américain par la prise en compte des effets potentiels qu'auraient eus les législations américaines⁸⁶⁵. Nous pouvons déceler une résonance de cette idée dans l'arrêt *Giti c. Biorad* de la cour d'appel de Paris⁸⁶⁶. En effet, dans cette affaire la cour d'appel de Paris avait refusé de donner application à la loi américaine d'embargo prohibant l'exportation de marchandise dans la mesure où elle n'appartenait ni à la loi du *for* et ni à la loi du lieu d'exécution du contrat selon l'article 9.3 du règlement Rome I. Toutefois, on peut observer que la cour d'appel n'a pas pour autant exclu que les lois américaines pussent être prises en considération en tant qu'élément de fait par le droit applicable au contrat, en l'espèce le droit français, si ce dernier le prévoit. Ainsi, même si la cour d'appel n'y paraît pas en l'espèce disposée, une règle extraterritoriale étrangère pourrait avoir en France une forme indirecte

⁸⁶¹ ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire *Nikiforidis* », *op. cit.*

⁸⁶² Voir *infra*, section 1 du chapitre 2 titre 1 de la partie de la présente thèse.

⁸⁶³ Cour d'appel pour l'ouest de la Suède, 2 novembre 2001, *Nordiske domme i sjofartsanliggander* 2001, p. 36 ; *JDI* 2006, 2, obs. M. Bogdan et K. Hobér. Affaire citée également par JALICOT Camille, « VIABLR - L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, p. 5.

⁸⁶⁴ BOGDAN Michael et HOBÉR Kaj, « Chronique de jurisprudence (1996-2004) », *Journal de droit international*, 2006, 2.

⁸⁶⁵ Selon M. CAMILLE, cette affaire suédoise est un cas de « relevance » unilatéral. Voir l'explication de cette notion de « relevance », par ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, spéc. § 35.

⁸⁶⁶ CA Paris, 25 février 2015, *Giti c. Biorad*, affaire précitée.

d'efficacité, si le juge l'estimait opportune. Cette hypothèse pouvait être possible étant donné que l'article 9.3 du règlement Rome I ne s'y oppose pas. De plus, la prise en considération de la loi d'embargo américaine aurait donné le même résultat qu'en espèce⁸⁶⁷.

334. La portée exacte de la jurisprudence *Nikiforidis* a toutefois fait l'objet de critiques par certains auteurs⁸⁶⁸. En effet, selon certains praticiens, la position très tranchée de la Cour de justice sur la distinction entre une application et une prise en considération suscite quelques réserves, notamment celle qui tient sur la nature de l'opération de prise en considération, et ce, sur quoi elle se distingue.

335. M. Bollée conteste l'idée que la technique de la prise en considération échappe à l'article 9.3 du règlement Rome I. En effet, selon l'auteur, la décision de la Cour de justice repose sur une surestimation de l'étanchéité de la distinction entre une application et une prise en considération : « L'analyse comporte un angle mort en ce qu'elle ne prête pas attention à ce que peut aboutir réellement la prise en considération des lois de police étrangère »⁸⁶⁹. À vrai dire, l'usage fait de la technique de la prise en considération se distingue extrêmement mal d'une application proprement dite de la loi de police étrangère puisque certaines prises en considération sont équivalentes à une application⁸⁷⁰. Dès lors, elles ne devraient intervenir que dans le respect de l'article 9.3 du règlement Rome I.

M. Bollée fait remarquer que toutes les prises en considération ne résultent pas de l'analyse donnée par la Cour de justice. En effet, selon l'auteur, il faut opérer une distinction entre différents types de prise en considération. Or, la Cour de justice semble appréhender en bloc toutes les hypothèses de la prise en considération, et les placer en dehors du champ d'application de l'article 9.3 du règlement. Ce faisant, si cette interprétation de la Cour s'avérait exacte, selon Mme Foher-Dedeurwaerder « il faudrait admettre que l'article 9.3 du règlement risque de rester

⁸⁶⁷ D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité contrariée par la théorie des lois de police », *op. cit.*

⁸⁶⁸ Voir en ce sens, AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*, p. 179 ; BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 208, n°8.

⁸⁶⁹ BOLLÉE Sylvain, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁷⁰ Un cas classique de prise en considération équivalente à une application de la loi de police étrangère : est l'hypothèse dans laquelle la conclusion d'un contrat viole une loi d'embargo étrangère. La prise en considération de la loi d'embargo violée ou son application sur le fondement de l'article 9.3 du règlement aboutit au même résultat, celui de rendre le contraire à l'ordre public de la *lex contractus* et à ce titre illicite. *Supra*, paragraphe 2, B., section 1 du présent chapitre.

lettre morte »⁸⁷¹. Autrement dit, l'arrêt *Nikiforidis* risque de priver d'une bonne part de leur effet utile les critères limitatifs de l'article 9.3.

Toutefois, il semble en effet que la question des conséquences à attacher à la distinction entre une application et une prise en considération des lois de police étrangères était posée à la Cour européenne à un niveau général sans qu'elle laisse entrevoir ce qu'aurait pu recouvrir, concrètement, une prise en considération des lois de police grecques. La Cour de justice a ainsi formulé un jugement qui dans son principe se comprend nettement, car elle reflète la différence entre les niveaux auxquels interviennent la méthode de conflit de lois et les règles de droit matériel⁸⁷². M. Bollée admet cependant qu'il ne faut pas renoncer par principe à l'opposition entre application et prise en considération : celle-ci repose sur des bases justes, et elle doit simplement être complétée pour tenir compte du fait que certaines hypothèses particulières de prise en considération sont équivalentes à une application de la loi de police étrangère, et ne peuvent en conséquence être opérées sans que les conditions de l'article 9.3 du Règlement Rome I se trouvent satisfaites. Lorsqu'une telle équivalence n'est pas caractérisée, il n'existe aucune raison de s'écarter de l'idée de départ de la Cour de justice à savoir que la prise en considération est fondamentalement une opération incidente qui participe de l'application de la *lex contractus* et qui, en conséquence, se situe a priori à un autre niveau que celui couvert par l'article 9.3⁸⁷³.

Ainsi, pour délimiter le champ d'application de l'article 9.3 du règlement Rome, c'est-à-dire de préciser les critères qui rationnellement devraient conduire à placer la prise en considération tantôt à l'intérieur, tantôt à l'extérieur du champ de l'article 9.3, M. Bollée estime qu'il faut identifier un critère permettant d'identifier les prises en considération équivalentes à une application des lois de police étrangères. La démarche la plus simple est assurément celle qui consiste à centrer l'attention sur le résultat de l'opération⁸⁷⁴.

336. La prise en considération ne devrait pas être tenue pour équivalente à une application lorsque l'on constate que l'effet juridique de la loi de police étrangère diffère avec celui de la règle de la *lex contractus* directement appliquée. Dans les cas contraires, la prise en

⁸⁷¹ Voir sur ce point, Estelle FOHER-DEDEURWEARDER, « Règlement Rome I. – Convention de Rome. — Loi de police étrangère. – Application directe. – Prise en considération comme élément de fait. – Contrat de travail », *op. cit.*, pp. 16-17.

⁸⁷² Voir *supra*.

⁸⁷³ BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 215, n°18.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 215, n°18. En plus de ce critère d'identité d'effet juridique, M. Bollée propose pour circonscrire la portée du champ d'application de l'article 9.3 de s'appuyer sur le critère qui peut être tiré du caractère actif ou réactif de la prise en considération. Voir sur ce point, *ibidem*, pp. 218 et s., n°22 et s.

considération supposerait de vérifier les conditions de l'article 9.3 du Règlement Rome I. Cette analyse rejoint l'observation déjà développée par M. D'Avout. Selon, l'auteur : « Si une norme produit en réalité, fût-ce par le détour formel d'une autre norme, ses effets propres à raison de la réalisation des conditions qui lui sont propres, il n'y a pas lieu de parler de prise en considération, puisqu'il lui est alors donné effet plein et direct, et qu'elle est ainsi en quelque sorte appliquée, quoiqu'inconsciemment. Si en revanche, sur le constat de la réalisation de ses conditions propres, il lui est attaché un effet extrinsèque, prolongeant ou élargissant l'effet propre qu'elle avait vocation à produire, il peut être alors parlé de prise en considération véritable. Le mécanisme devient alors un procédé de reconnaissance indirecte ou partielle d'efficacité de la norme considérée ; celle-ci se trouve emboîtée dans une norme tierce pour produire un effet qui n'est pas directement ou pas pleinement le sien »⁸⁷⁵.

337. Un exemple fourni par M. Bollée peut aider à la démonstration. Une loi d'embargo qui tient pour illicite la fourniture de marchandises ou prestations à destination d'un pays donné en prévoyant en cas de transgression diverses sanctions civiles et pénales. Bollée fait remarquer que si le juge estime que l'exécution du contrat exposerait le débiteur à un péril excessif et qu'en conséquence, l'existence de la loi de police doit être assimilée à un cas de force majeure, il y a bien plus qu'une simple différence formelle entre la règle de la *lex contractus* dont il fait application et la norme prohibitive qu'il intègre dans son raisonnement. Le juge, en effet, ne consacre à aucun moment l'effet juridique de la loi de police étrangère : il ne prononce pas les sanctions que la loi de police attache à sa violation et l'ordre juridique du *for*, comme celui de la *lex contractus* reste imperméable à celle-ci. L'effet juridique que produit le droit applicable au contrat, en considération de l'empêchement de l'exécution qui résulte de la norme étrangère, se situe sur un autre plan et est, en un sens, beaucoup plus limité : il tient à ce que la responsabilité du débiteur ne soit pas engagée. Cette hypothèse de la prise en considération aboutit ainsi, à ce point de vue à un résultat contraire de celui qui résulterait de l'application de la loi de police⁸⁷⁶.

338. À présent, si nous devons confronter cette analyse au cas de figure de l'affaire *Nikiforidis*, on voit bien qu'une prise en considération, si elle est effectuée, se ferait au profit d'une norme dont l'effet juridique ne coïnciderait pas avec celui prévu par la loi appliquée. En effet, la loi grecque n'aborde nullement le problème sous l'angle de la sanction d'une faute, l'effet juridique qu'elle prévoit, si elle est appliquée sous le fondement de l'article 9.1,

⁸⁷⁵ D'AVOUT Louis, note sous Cass. soc., 24 février 2004, *Rev.crit. DIP*, 2005. 62.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 217, n°21.

conduirait à une réduction automatique du montant de droit de la rémunération dans les conditions prévues par les lois de 2010, alors que la prise en considération par le droit allemand laisse une grande marge d'appréciation au juge et pourrait notamment conduire à une réduction partielle de la rémunération⁸⁷⁷. Dès lors, cette hypothèse de prise en considération aboutit à un résultat contraire au regard du Règlement Rome I. Par conséquent, elle se situe en dehors du champ d'application de l'article 9 du règlement et son intervention n'a pas à susciter le respect des exigences dudit règlement. On trouve bien ici un enjeu de la distinction entre différents types de prise en considération qui permet de donner à cette technique sa juste place, sans lui permettre de dégénérer en un contournement des solutions du règlement.

339. En conclusion, il ressort de ces différents développements que le juge étatique et l'arbitre international peuvent « donner effet » aux lois d'embargo étrangères qui entendent s'imposer. En effet, la Convention de Rome et le Règlement Rome I permettent, notamment au juge du *for*, sans l'y contraindre, de leur « donner effet ». La Convention avait admis largement la possibilité pour le juge de donner effet à des lois d'embargo étrangères (art. 7.1). En effet, auparavant, les dispositions innovantes de l'ancien art. 7.1 permettaient au juge saisi d'apprécier l'opportunité d'une application exceptionnelle des normes internationales impératives. Cet article faisait état de la nécessité d'un « lien étroit » entre la situation litigieuse et les règles impératives qui prétendent l'appréhender. Toutefois, avec le Règlement Rome I, ce lien s'est resserré : il doit s'agir désormais de la loi impérative du « pays d'exécution des obligations découlant du contrat dans la mesure où elle rend l'exécution du contrat illégal » (art. 9.3). S'agissant de l'arbitre, il est également admis par la doctrine et par la jurisprudence que chaque fois qu'il y a un lien suffisant entre le rapport contractuel en cause et un ordre public étranger au droit applicable au fond du litige, les arbitres doivent lui « donner effet ». Cependant, l'expression « donner effet » aux lois d'embargo étrangères utilisée par l'ex-art. 7.1 puis reconduite dans l'art. 9.3 a suscité de nombreuses controverses consistant à savoir s'il s'agit d'une désignation permettant l'application des lois d'embargo étrangères ou d'une prise en considération en tant qu'élément de fait. La CJUE dans son arrêt *Nikiforidis* semble voir l'article 9.3 comme une application proprement dite des lois de police étrangères. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de place pour la prise en considération de telles normes.

⁸⁷⁷*Ibidem*, p. 224, n°29 ; IDOT Laurence, « Prise en considération des lois de police étrangères », *op. cit.*

Mais selon la Cour de justice, cette prise en considération semble devoir se faire en dehors du cadre de l'art. 9.3 et ne pas être soumise aux conditions restrictives qu'il pose⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op. cit.*

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

340. Nous avons étudié dans ce développement les effets juridiques des mesures d'embargo sur les opérateurs économiques du commerce international. L'étude a mis en lumière que le fondement impératif des mesures d'embargo dépend de leur origine. En effet, lorsqu'elles sont adoptées unilatéralement par un État ou prises en application des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, elles deviennent des normes internationalement impératives auxquelles les opérateurs économiques du commerce international ne peuvent déroger. Ainsi, lorsque le juge étatique et l'arbitre international sont saisis des litiges mettant en cause une mesure d'embargo, ils sont tenus d'appliquer ces normes dites d'application immédiate ou des normes des lois de police du *for* ou en tant qu'élément d'un ordre public réellement international, lorsqu'elles ne sont pas incorporées dans le droit interne des États membres de l'ONU. En effet, l'application des résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre interne des États membres se réalise normalement au travers des mesures de mise en œuvre que les États membres ont l'obligation de prendre. Ces mesures s'appliqueront ainsi normalement comme élément de la *lex contractus* puisque tous les États sont tenus de mettre en œuvre ces résolutions.

341. De fait, lorsque l'embargo résulte de la *lex fori*, le juge est dans l'obligation de lui donner effet en raison du lien très étroit qui l'unit au législateur dans la mesure où il tire son pouvoir juridictionnel de l'État et au nom duquel il rend la justice. De la même manière, lorsque les mesures d'embargo appartiennent à la *lex contractus*, le juge et l'arbitre sont tenus de les appliquer dès lors qu'elles sont conformes à l'ordre public international dont ils sont les gardiens. Quant aux lois d'embargo d'un État étranger, tant à la *lex fori* qu'à la *lex contractus*, elles devraient également en toute hypothèse être appliquées par le juge et l'arbitre. S'agissant du juge étatique, l'article 9.3 du Règlement Rome I (il en allait déjà ainsi de la Convention de Rome) admet la possibilité au juge de donner effet aux lois de police étrangères à condition qu'elles appartiennent aux lois d'embargo du pays d'exécution du contrat et si ces dernières rendent cette exécution illégale. Les lois d'embargo étrangères à prétention extraterritoriale se trouvent ainsi exclues. Toutefois, la CJUE apporte une précision importante quant à l'interprétation qu'il convient de retenir de l'article 9.3 du Règlement Rome I. En effet, la Cour de justice estime que seules les lois de police étrangères du lieu d'exécution du contrat, outre celles de la loi applicable au contrat, doivent être mises en application. Cependant, elle indique que les lois de police d'un pays tiers autre que celui du lieu d'exécution du contrat peuvent être « prises en compte en tant qu'élément de fait » dans la mesure où la *lex contractus* le prévoit. Autrement dit, si les circonstances d'application de la loi de police étrangère correspondent à

des hypothèses prévues par la *lex contractus*, alors la loi de police étrangère peut « indirectement » produire effet. En ce qui concerne l'arbitre, il est également admis par la doctrine et par la jurisprudence que chaque fois qu'il y a un lien suffisant entre le rapport contractuel en cause et un ordre public étranger au droit applicable au fond du litige, l'arbitre doit lui donner application, s'il souhaite que ses sentences reçoivent exequatur.

342. Il ressort toutefois de cette étude qu'en matière d'embargo, l'application des lois d'embargo par le juge ou l'arbitre suppose que ces dernières apportent la solution substantielle au fond du litige, c'est-à-dire déterminent le sort du rapport de droit. Or, en pratique, la majorité des mesures d'embargo réglementent les rapports entre les États et les opérateurs du commerce international et non les relations entre contractants. Dès lors, les sanctions généralement prévues à leur éventuelle violation par le contrat sont généralement de nature répressive ou d'ordre administratif. Par conséquent, elles ne peuvent pas à proprement parler être appliquées par le juge étatique ou l'arbitre du commerce international. Dans ce contexte, elles seront prises en considération par le juge et l'arbitre. Il s'agira ainsi pour le juge et l'arbitre de prendre en considération les lois d'embargo en tant qu'élément de fait pouvant par exemple justifier une inexécution contractuelle. Ainsi, tout en appliquant le droit applicable au contrat, le juge et l'arbitre peuvent considérer que l'inexécution du contrat est revêtue des attributs de la force majeure du fait de l'existence de la loi d'embargo qui a empêché le débiteur d'exécuter son contrat⁸⁷⁹. En conséquence, les effets civils de la contrainte étatique sur le contrat seront déterminés par la *lex contractus*.

⁸⁷⁹ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°273.

PARTIE 2 : LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES D'EMBARGO SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX

343. La décision d'embargo prononcée soit collectivement par le Conseil de sécurité des Nations Unies, soit de manière unilatérale par un État engendre un effet perturbateur sur l'exécution des contrats internationaux de toute nature⁸⁸⁰. En effet, les relations juridiques qui sont pour l'essentiel de nature contractuelle s'en trouvent perturbées.

En écho à ces faits des princes, les opérateurs du commerce international tentent d'anticiper au mieux les risques que font peser les mesures d'embargo en les contractualisant.

Ainsi, l'étude de l'effet perturbateur des mesures d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux (**Titre 1**) sera suivie de celle de l'aménagement des risques associés à l'existence des lois d'embargo étrangères (**Titre 2**).

⁸⁸⁰ FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *Journal du droit international (Clunet)*, juillet 2010, n°3, doctr. 10, p. 8.

Titre 1 : L'effet perturbateur des mesures d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux

344. Il est clair que les mesures d'embargo ont pour objectif d'empêcher immédiatement les échanges entre le (les) pays auteur de la mesure et le (les) pays cible. Les mesures d'embargo peuvent à cet égard entraîner de lourdes conséquences pour les entreprises qui exportent ou importent à destination du pays visé par les mesures de blocage : pertes de marchés, stocks dépréciés, retard de paiement, impossibilité de livraison, etc. Les entreprises se voient ainsi en principe interdire de poursuivre l'exécution des contrats qui rentrent dans le champ d'application de l'embargo. Ces contractants se trouvent dès lors dans l'impossibilité matérielle d'exécuter leur prestation conclue antérieurement à l'adoption de la mesure. Dans ce contexte, on peut concevoir une demande en réparation du créancier contre son cocontractant défaillant pour les dommages subis du fait de l'inexécution du contrat. La question que l'on se pose est celle de savoir si l'entreprise exportatrice (débitrice) pourrait à cet effet se retrancher derrière la contrainte étatique exercée sur elle pour se soustraire à ses obligations contractuelles et éviter d'engager sa responsabilité, en faisant valoir que les lois d'embargo tout en n'affectant pas la validité du contrat font néanmoins obstacle à l'exécution des obligations qui en résultent. Autrement dit, cette difficulté d'exécution soulève la question de savoir si la mesure d'embargo peut tenir lieu de fait justificatif à l'inexécution de l'obligation contractuelle du débiteur défaillant.

En principe, une partie qui a conclu un contrat ne peut plus revenir sur son engagement et doit l'exécuter. L'inexécution du contrat engage sa responsabilité contractuelle en l'obligeant à payer des dommages-intérêts. C'est un principe connu de tous les systèmes juridiques⁸⁸¹. Mais cette responsabilité peut être exonérée, lorsqu'elle est justifiée par l'existence d'un événement, tel que l'embargo, l'empêchant d'exécuter le contrat. (**Chapitre 1**)

345. Les conséquences juridiques recensées sur les contrats en cours du fait de l'adoption d'une mesure d'embargo sont multiples et souvent considérables. En effet, la mise en place d'un embargo entraîne également pour les entreprises concernées le risque de voir leur contrat suspendu ou résolu (ou résilié). Le sort des contrats litigieux dépendra pour une large part des clauses contractuelles qui ont pu être insérées dans le contrat. Mais, dans la situation où les parties n'ont pas inséré dans leur contrat une clause spécifique, c'est au regard du droit

⁸⁸¹ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 163.

applicable que seront recherchées les conséquences possibles de l'embargo sur le sort du contrat
(Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'embargo : fait justificatif de l'inexécution du contrat

346. Rien d'étonnant à ce que les contrats internationaux soient mis en mal par les mesures d'embargo. En interdisant d'exporter, d'importer, de transférer, les interdictions de commercer paralysent l'exécution des contrats conclus antérieurement à son adoption⁸⁸². Or, dans le cas d'une livraison des marchandises, voici que l'État où cette livraison doit s'opérer se trouve mis sous embargo. Dans ces conditions, le fournisseur serait alors fondé à exciper de la menace que les mesures d'embargo font planer sur lui pour se refuser à exécuter ses engagements. Ainsi, la question sera de savoir si la décision d'embargo édictée par le Conseil de sécurité ou unilatéralement par certains États peut être constitutive pour le débiteur défaillant d'un fait justificatif l'exonérant de toute responsabilité pendant la période d'efficacité de la mesure. A priori, la réponse à cette question ne peut dépendre que de la loi régissant le contrat, en absence de dispositions légales. C'est en effet à la *lex contractus* qu'il revient par principe de définir les conditions de la libération du débiteur⁸⁸³. De ce fait, si l'on se retourne vers le droit commun des contrats, les mesures d'embargo peuvent être assimilables à deux mécanismes permettant ainsi au débiteur défaillant d'être libéré de sa responsabilité contractuelle et d'être exonéré du devoir de réparation. En effet, les mesures d'embargo n'entravent pas l'exécution des contrats de la même manière⁸⁸⁴. Si certaines mesures d'embargo dressent un obstacle à l'exécution du

⁸⁸² Il convient toutefois de noter que les contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'embargo s'en trouvent également compromise. En effet, la décision d'embargo qu'elle soit adoptée par les Nations Unies ou unilatéralement par un État est susceptible d'affecter la validité de l'opération contractuelle conclue postérieurement à son entrée en vigueur puisque les opérateurs vont se trouver dans l'impossibilité de conclure toute transaction relative aux activités prohibées. Sur ce point, voir VIROLE Jean, « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 317 et s. ; DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *RBDI*, 1987, pp. 190 et s. ; PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.*, pp. 172 et s. ; VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 202 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les conséquences juridiques de la crise du Golfe sur les relations économiques privées », in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Actes du colloque des 7 et 8 août 1991, p. 456 ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 651 ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *CCC*, février 1994, n°2, pp. 3 et s. ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 22-23 et pp. 47-50 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.* ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les effets juridiques des résolutions du Conseil de sécurité sur les contrats privés », in *United Nations Sanctions and International Law*, Vera Gowlland-Debbas (ed.), The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2001, pp. 272 et s. ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », *op. cit.*, pp. 708 et s. ; THIEULENT Anne, *Mesures de contraintes économiques et relations contractuelles internationales*, Université de Bourgogne, Faculté de droit et de science politique, 2000, pp. 249 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 246 et s.

⁸⁸³ HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁸⁴ GUERIF Irina, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle : l'apport de la forme du droit des contrats de 2016 et la pratique arbitrale », in *Réforme du droit de contrats et arbitrage, La lettre de la Chambre arbitrale internationale de Paris*, décembre 2016, n°12, p. 2/22.

contrat, d'autres rendent seulement l'exécution plus onéreuse sans la rendre impossible. Ainsi, par sa soudaineté et sa violence, l'embargo se dirige tout naturellement vers la force majeure (**section 1**). Mais l'embargo peut également être assimilable à une hypothèse d'imprévision, l'une des innovations « phares » de la réforme du droit des contrats en France (**section 2**).

Section 1 : Embargo : événement constitutif de la force majeure

347. Il est généralement admis dans la plupart des systèmes juridiques que les guerres et les embargos constituent un cas de force majeure dans le commerce international⁸⁸⁵. Par conséquent, l'entreprise qui n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations contractuelles en raison de l'embargo trouve souvent dans la force majeure une forme d'excuse la dédouanant de toute forme de responsabilité. L'incidence de la force majeure sur un contrat international est réglée soit par une clause de force majeure insérée dans le contrat, soit par la loi régissant le contrat (la *lex contractus*)⁸⁸⁶. Ainsi, afin d'apprécier la portée de cet événement, le juge ou l'arbitre saisi d'une demande en réparation du préjudice souffert par le créancier en raison de la mesure d'embargo procédera de manière différente selon la présence ou l'absence de clause de force majeure.

En absence de clause, le changement de circonstance doit être pris en considération par le juge ou l'arbitre et être interprété au regard de la *lex contractus* (**paragraphe 1**). En revanche, en présence d'une clause de force majeure relative à la situation d'embargo, le juge ou l'arbitre procédera à son application en tant que partie intégrante du contrat (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Absence de clause de force majeure exonérant le débiteur de sa responsabilité

348. Lorsqu'un litige survient du fait d'une mesure d'embargo adoptée par un État ou par les Nations Unies, empêchant l'exécution du contrat, la partie défaillante tentera de qualifier la situation de fait du prince qui l'exonéra de son obligation contractuelle. Il s'agit en matière civile d'un cas de force majeure. Le principe de l'effet libératoire des obligations contractuelles de l'embargo constituant un fait du prince, assimilé, en matière civile d'un cas de force majeure,

⁸⁸⁵ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 655 ; VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats internationaux », *in L'embargo, op. cit.*, p. 203 ; *Id.*, « The impact of Trade Prohibitions on transnational Contracts », *op. cit.*, p. 144 ; Anne THIEULENT, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales, op. cit.*, p. 163 ; SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *RDAI/IBLJ*, 2003, n°8, p. 888.

⁸⁸⁶ *Mémento pratique. Droit commercial*, Éditions Francis Lefebvre, 2018, p. 443, n° 15129.

est largement admis dans la jurisprudence étatique et arbitrale⁸⁸⁷ (A). Toutefois, dans cette hypothèse, où les parties n'ont pas inséré dans leur contrat une clause de force majeure, le juge ou l'arbitre dans l'exercice de leur contrôle sur la qualification de l'embargo de fait du prince doit pour retenir l'existence de la force majeure, déterminer si l'embargo présente les critères de la force majeure au regard du droit applicable⁸⁸⁸, et si ce droit représente le droit français, au regard de la lumière du nouvel article 1218 alinéa 1^{er} issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n°2006- 131 du 10 février 2006 (B).

A- L'embargo : fait du prince

349. L'embargo étant une mesure autoritaire susceptible de constituer un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations contractuelles peut être analysé juridiquement comme un fait du prince et par conséquent constituer pour le débiteur défaillant un fait justificatif l'exonérant de sa responsabilité contractuelle⁸⁸⁹.

350. Notion héritée du droit français, le fait du prince est défini comme « une décision de l'autorité publique qui a pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles et qui, en matière civile, peut constituer un cas de force majeure ⁸⁹⁰». Ainsi, le fait du prince, en ce qu'il désigne un acte de l'autorité publique qui empêche juridiquement les

⁸⁸⁷ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p.269.

⁸⁸⁸ *Mémento pratique. Droit commercial*, op. cit., p. 448, n° 15090.

⁸⁸⁹ CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », op. cit., p. 707 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit., p. 42.

⁸⁹⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., Paris, PUF,2018, p. 448 ; LUXEMBOURG Fanny, « Le fait du prince : convergence du droit privé et droit public », *JCP G 2008*, n°8, doct. 119, p. 121. Il importe toutefois de noter que le fait du prince est une notion connue aussi bien en droit privé qu'en droit public. Dans sa conception publiciste, le fait du prince désigne : « Toute intervention des pouvoirs publics ayant pour résultat d'affecter d'une manière quelconque les conditions juridiques ou même seulement les conditions de fait dans lesquelles un cocontractant de l'Administration exécute son contrat ». Le fait du prince constitue donc en une décision ou un comportement de l'Administration qui ne peut être prévu lors de la conclusion du contrat et qui a des répercussions sur celui-ci. Par ailleurs, son incidence sur l'exécution du contrat diffère de la conception privatiste. En effet, comme on a pu observer, le fait du prince constitutif en matière civile d'un cas de force majeure est une cause d'exonération de responsabilité, alors qu'il est source de responsabilité contractuelle sans faute en droit public. Autrement dit, en tant que cause d'exonération de responsabilité, le fait du prince s'oppose, en droit privé, à toute indemnisation de celui dont les intérêts sont lésés par l'intervention de l'autorité publique, alors que lorsque le juge administratif constate que l'équilibre du contrat est bouleversé par la mesure administrative, le cocontractant de l'Administration a droit au contraire à l'indemnisation intégrale de son préjudice. Pour une étude sur la question, voir LUXEMBOURG Fanny, « Le fait du prince : convergence du droit privé et droit public », op. cit. ; LOMBARD Martine, DUMONT Gilles et SIRINELLI Jean, *Droit administratif, Cours et Travaux dirigés*, HyperCours, 13^e éd., Dalloz, 2019, pp. 291 et s.

contractants d'effectuer les prestations auxquelles ils sont tenus contractuellement constitue simplement, en droit interne, une variété de la force majeure⁸⁹¹.

351. D'origine coutumière, la force majeure⁸⁹² en droit français est un fait correctif de régime juridique qui apparaît comme la plus évidente des causes d'exonération de la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution d'une obligation en droit civil. Contrairement à l'ancien article 1148 du Code civil qui ne définissait pas la force majeure laissant à la jurisprudence le soin de le faire⁸⁹³, le nouvel article 1218 du Code civil donne une définition précise de la force majeure en matière contractuelle. Ainsi, le nouvel article introduit par la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 dispose qu'en matière contractuelle, « *il y a force majeure lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Par conséquent, en présence d'un événement de la force majeure deux conséquences s'enchaînent. D'abord, le débiteur est libéré de ses obligations contractuelles ; nulle responsabilité, nulle pénalité. Puis, le contrat est suspendu ou résolu de plein droit, suivant que l'empêchement est ou non définitif⁸⁹⁴. Ainsi, le débiteur frappé par la force majeure perd définitivement ou temporairement le bénéfice du contrat ; ce qu'exprime la théorie des risques dans l'adage : *res perit debitor*⁸⁹⁵. Il est donc applicable que la force majeure soit invoquée pour justifier l'inexécution du contrat ou l'exonération de la responsabilité contractuelle du

⁸⁹¹ Cissé Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.* ; Landy-Osman Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁹² Sur une définition de la force majeure, voir Kahn Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *Journal de droit international*, 1975, pp. 467-485 ; Van Ommeslaghe Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *RDIC*, 1980, n°1, pp. 27-32 ; Bourdelois Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *Livre V, CERI, Édition et Gestion, CREDIMI*, décembre 1995, n°2, pp. 18 et s.

⁸⁹³ En effet, avant la réforme du droit des contrats français, la force était souvent difficile à appréhender. La recherche d'une qualification de plus en plus précise de la notion de la force majeure était liée à une savante alchimie, juridique, mais parfois sociétale ou historique qui tend à en définir les contours. Cette volonté d'en dégager une définition était particulièrement l'œuvre de la Cour de cassation, guidée par le souhait d'appréhender, dans le silence des textes, la notion de la force majeure. Ainsi, dans un arrêt d'assemblée plénière dont elle était saisie, la Cour de cassation déterminait la force majeure comme un événement imprévisible et irrésistible et extérieur au débiteur, qui l'a empêché d'exécuter correctement son obligation. Voir Cass. ass. plén., 14 avril 2006, n°04-18.902 et 02-11.168, *Juris-Data*, n°2006-033180 et *Juris-Data*, n°2006-033181 ; Bull. ass. plén., n°5 et 6 ; *JCP G* 2006, II, 10087, note P. Grosser ; *JCP G*, n°25, 2021, p. 3, R. Laffly ; *D.* 2006, 1577, note P. Jourdain ; *D.* 2006, Somm., 1933, obs. Brun ; *D.* 2006, Somm., 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2006, 775, obs. Jourdain ; *Deffrénois*, 2006, 1212, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006, 1207, obs. G. Viney ; *Gaz. Pal.*, 9 juillet 2006, II, concl. De Gouttes ; *RLDC* 2006 / 29, p. 17 obs. M. Mekki.

⁸⁹⁴ Voir *infra* chapitre 2 de ce présent titre.

⁸⁹⁵ Aynès Laurent et Bénabent Alain, « Force majeure et révision pour imprévision », *Revue des contrats*, mars 2021, n°01, p. 157 ; Kahn Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 478. Voir également sur ce point le chapitre 2 de ce présent titre.

débiteur⁸⁹⁶. Dès lors, l'inexécution par une partie de ses obligations n'entraîne pas paiement de dommages et intérêts si elle a été empêchée par le fait du prince (la force majeure)⁸⁹⁷. Toutefois, le concept de la force majeure en tant qu'elle rejaillit sur l'exécution du contrat international, peut revêtir des aspects différents selon l'ordre juridique dans lequel il s'insère⁸⁹⁸.

352. La plupart des pays occidentaux, à l'instar de la France, connaissent la notion de la force majeure⁸⁹⁹. Le droit belge connaît la force majeure telle qu'elle était anciennement caractérisée par la jurisprudence française : imprévisibilité, irrésistibilité quant à sa survenance et ses conséquences et extériorité de l'événement (ne pas être imputable au débiteur de l'obligation)⁹⁰⁰. En droit belge, un débiteur est libéré de sa responsabilité contractuelle s'il peut prouver que la non-exécution de ses obligations est la conséquence d'une cause étrangère ou d'une force majeure⁹⁰¹. On trouve également la force majeure, cause d'exonération de la responsabilité, en droit italien⁹⁰², similaire à celle du droit belge et du droit français (ex-article 1148). En Allemagne, contrairement au droit français où la notion de force majeure est définie dans le nouvel article 1218 du Code civil, le Code civil allemand (BGB) ne contient aucune disposition légale explicite sur la force majeure. Dans le droit allemand, la force majeure (*höhere Gewalt*) est d'origine jurisprudentielle⁹⁰³. Ainsi, selon la Cour fédérale de justice, le

⁸⁹⁶ *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.*, p. 444, n° 15090 ; DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux - Un point de vue belge », *op. cit.*, p. 187.

⁸⁹⁷ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales, op. cit.*, p. 164 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°194 ; LUXEMBOURG Fanny, « Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public », *op. cit.*, n°46.

⁸⁹⁸ MATRAY Lambert, « l'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 19.

⁸⁹⁹ VAN HOUTTE Hans, « The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts », *op. cit.*, p. 144 ; Id., « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 203.

⁹⁰⁰ VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 32-33 ; PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo, op. cit.*, p. 176 ; MATRAY Lambert, « l'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 20 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales, op. cit.*, p. 165.

⁹⁰¹ Voir en ce sens les articles 1147 et 1148 du Code civil belge. En outre, la Belgique avait ratifié la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels. Huit autres États l'ont ratifié notamment : Gambie, Israël, Luxembourg, Pays-Bas, RFA (Allemagne), Royaume-Uni, Saint-Marin, Italie. Elle est entrée en vigueur le 18 août 1972. Selon l'article 74 de cette convention, l'inexécution des obligations d'une partie doit être due à des circonstances que la partie qui les invoque n'était pas tenue d'envisager ni de surmonter au moment de la conclusion du contrat pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la responsabilité.

⁹⁰² Sur le droit italien, BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°54. Pour une application de la notion de la force majeure du droit italien dans une espèce relative à l'embargo pris contre l'Irak, voir la sentence CNIA de Milan, 20 juillet 1992, affaire 1491, YCA, 1993, pp. 80-90.

⁹⁰³ En effet, les tribunaux allemands se réfèrent aux dispositions légales générales lorsqu'ils apprécient les obstacles liés à l'exécution de la prestation. En cas de force majeure, les articles 275 et 373 du BGB sont particulièrement pertinents. Voir sur la question de la force majeure en droit allemand : HUJO Philipp, *Force majeure et imprévision : une analyse comparatiste entre le droit français, le droit anglais et le droit allemand*,

Bundesgerichtshof, il y'a force majeure en cas d'événement extérieur, indépendamment du contexte de l'entreprise et qui ne peut être évité même avec la plus grande prudence raisonnablement attendue⁹⁰⁴. Quant au droit anglais, la *Common law* a adopté une approche très différente des autres systèmes juridiques des droits de tradition civiliste. En effet, le Royaume-Uni, comme tous les pays issus de la *Common law*, ne connaissent pas de doctrine générale de force majeure et ne peut donc pas évoquer les circonstances de cas fortuits ou de force majeure pour échapper aux obligations nées d'un contrat⁹⁰⁵. Toutefois, face aux difficultés causées par des changements de circonstances exceptionnelles sur l'exécution des obligations contractuelles, le droit anglais a adopté la théorie de *la frustration*⁹⁰⁶ qui est dans son principe similaire à la force majeure⁹⁰⁷. C'est le célèbre arrêt *Taylor v Caldwell* de 1863⁹⁰⁸ qui a marqué

Mémoire de fin d'études, GRIN, 2007 ; pour une étude sur la force majeure (höhere Gewalt), voir BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°52 ; ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Lexis Nexis, 2018, pp. 25-40. De plus, le droit allemand applique la théorie de l'Unmöglichkeit : l'inexécution des obligations d'une partie doit résulter d'un événement objectivement impossible et extérieur à la partie qui l'invoque. Sur ce point, PUELINCKX Alfons H., « Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances », *JIA* 1986, vol. 3, n°2 ; FERRAND Frédérique, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 335-341 ; VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 21-23.

⁹⁰⁴ Voir en sens BGH, 16 mai 2017, n°X ZR 142/15.

⁹⁰⁵ DUNCAN Fairgrieve, « 3 questions – L'impact de la force majeure dans le common law ? », *JCP E* 2020, n°30, p. 519.

⁹⁰⁶ Sur la théorie de la frustration : LE GALLOU Cécile et WESLEY Simon, *Droit anglais des affaires*, Lextenso, LGDJ, 2018, n°526 et s. ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°41 et s. ; VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 16- 21. ; DUNCAN Fairgrieve, « 3 questions – L'impact de la force majeure dans le common law ? », *op. cit.* ; KINSCH Patrick, Le fait du prince étranger, *op. cit.*, pp. 32-43 ; VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts » *op. cit.*, p. 145 ; SMIT Hans, « Frustration of Contract : a Comparative Attempt at Consolidation », *CLR* 1958, vol 58, n°3, pp. 287-315 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 166 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p.12.

⁹⁰⁷ LE GALLOU Cécile et WESLEY Simon, *Droit anglais des affaires*, *op. cit.*, n°528.

⁹⁰⁸ Dans cet arrêt, la partie demanderesse avait loué une salle de concert. Après, la conclusion dudit contrat, mais avant l'exécution des obligations, le bâtiment en question a été détruit par un incendie. Les juges, saisis de l'affaire, ont décidé qu'il fallait interpréter le contrat comme soumis à une condition implicite mettant fin au contrat en cas d'impossibilité lorsque l'objet du contrat est détruit. L'élément justificatif de cette application fut la théorie des *implied terms* (termes implicites). Cette construction légale permettait en effet d'affirmer qu'il existait dans le contrat l'idée qu'en cas de survenance d'un événement changeant la nature même de ce qui avait été souhaité par les cocontractants, il devrait être mis fin au contrat. La théorie des *implied terms*, constituait pour le juge un fondement à l'application de la doctrine de la frustration. Néanmoins, dans une autre affaire *Davis Contractors v. Fareham Urban District Council*, la chambre de Lords a reconnu que cette théorie des *implied terms* était inadaptée en ce qu'elle ne permettait pas d'appliquer la doctrine de *frustration*. En effet, les juges ont laissé entendre que dans la plupart des cas il ne change absolument rien d'avoir comme fondement juridique la théorie des *implied terms*, dans la mesure où dans de nombreux cas, il était clairement admis que la doctrine de la frustration aurait dû s'appliquer si les seuls faits de l'espèce étaient pris en considération. *Davis Contractors v. Fareham Urban Council*, (1956) A.C.696 ; 3 W.L.R.37. Affaire citée par PUELINCKX Alfons. H., « Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances », *op. cit.*, pp. 49-53.

le début de la doctrine de *frustration* en droit anglais permettant aux parties contractantes de mettre fin au contrat lorsque celui-ci est *frustrated* (frustré), c'est-à-dire impossible à exécuter. Cependant, le champ d'application de cette notion est plus large que la force majeure, car elle renferme également des hypothèses où le contrat est exécutable, mais dont les modifications des circonstances ont rendu l'exécution du contrat fondamentalement différente de ce que les parties avaient envisagé lors de la conclusion du contrat⁹⁰⁹. Mis à part les droits nationaux, le concept de force majeure, cause d'exonération de responsabilité, est également présent dans les règles matérielles du commerce international⁹¹⁰. Parmi celles-ci, citons la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) qui prévoit une cause d'exonération similaire à la force majeure. En particulier, l'article 79 de la CVIM prévoit expressément l'hypothèse de la force majeure en disposant qu'« *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences* ». Ainsi, en présence d'un événement qui répond aux conditions posées, le débiteur est exonéré de sa responsabilité et ne peut se voir réclamer des dommages et intérêts⁹¹¹. Dans le même esprit, les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international⁹¹² de 2004 donnent de la force majeure une définition équivalente à celle de l'article 79 de la Convention de Vienne. Ainsi, il est prévu dans l'article 7. 1. 7 des principes Unidroit : « 1) *est exonéré des conséquences de son inexécution par le débiteur qui établit que*

⁹⁰⁹ Cette hypothèse de la *frustration* semble comparable à la théorie de l'imprévision, mais en réalité lui est opposée. En effet, la différence se situe dans le fait que le droit anglais admet seulement la possibilité de résilier le contrat, lorsqu'un événement postérieur à la conclusion du contrat rend l'exécution radicalement différente de ce qui avait été initialement prévu par les parties (ce qui est davantage proche du concept de la force majeure), alors que la théorie de l'imprévision conduit à la révision du contrat. Voir *infra*, la section 2 du présent chapitre.

⁹¹⁰ Pour approfondir sur le rôle des règles matérielles du commerce international : LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010, pp. 81-101 ; *Id.*, « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, vol. 322, pp. 13-241 ; *Id.*, *L'arbitrage du commerce international : Pratique des affaires*, Lextenso éditions, Joly, 2015, pp. 133 et s.

⁹¹¹ Cependant, il est à noter que l'article 79 de la CVIM ne règle que l'absence de faute du débiteur et non la question de savoir si, et comment le contrat doit être exécuté. SHLECHTRIEM Peter et WITZ Claude, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008, p. 349 ; ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascal et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017, n°606, pp.436 et s. ; RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international, op. cit.*, pp. 227-228, n°294 ; HILLERSTRÖM Hubertus, « Embargos, Blacklist and others international sanctions : news risks and stakes for the local actors », *RDAL/IBLJ*, 2016, n°5, p. 542.

⁹¹² Les principes d'Unidroit peuvent se définir comme un droit matériel général des contrats du commerce international, formés de principes généraux créés par les tribunaux, rassemblés dans des compilations ou codifications à caractère non obligatoire. Vue chez LOQUIN Éric, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *op. cit.*, p. 84.

celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences. 2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences sur l'exécution du contrat »⁹¹³.

353. L'analyse du droit comparé permet de constater que chaque système juridique et les usages du commerce international disposent des règles propres plus ou moins strictes relatives aux faits justificatifs de l'inexécution de l'obligation contractuelle pour la partie débitrice. Ainsi, en droit interne, une prescription de la puissance publique, telle qu'une mesure d'embargo peut constituer a priori pour les cocontractants de l'État sanctionné et pour les cocontractants étrangers à l'État sanctionné, un événement de force majeure, *frustration, höhere Gewalt*,⁹¹⁴ etc. Autrement dit, un débiteur de l'inexécution de l'obligation en raison d'une mesure d'embargo pourra invoquer l'embargo en tant que cause de force majeure au sens de la loi applicable au contrat (c'est-à-dire invoquer l'embargo en tant que circonstance de fait qui rend l'exécution des obligations contractuelles impossible) et demander à être exonéré de sa responsabilité contractuelle⁹¹⁵. À cette fin, il n'est pas nécessaire que les mesures d'embargo

⁹¹³ Cette définition de la force majeure se distingue dans son contenu de celles données par la plupart des lois étatiques. Comme l'écrit le professeur Philippe KAHN, « Cette définition a acquis, en raison de sa généralité, la valeur d'usage du commerce international ». En effet, le besoin de flexibilité a conduit les opérateurs du commerce international à élargir le concept de la force majeure, tel qu'il est connu des droits continentaux. Ainsi, les conditions classiques de la force majeure ont laissé place pour l'irrésistibilité de l'événement à « l'absence de contrôle des parties sur sa survenance ou son maintien » et l'imprévisibilité au constat que « l'on ne peut attendre raisonnablement de celles-ci qu'elles le préviennent, le surmontent ou qu'elles en préviennent ou surmontent les conséquences ». KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de durée », *op. cit.*, p. 467 ; LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *op. cit.*, p. 94 et s. En outre, cette définition est relativement proche de celle prévue par le nouvel article 1218 du Code civil français.

⁹¹⁴ CHEMAIN Régis, « embargo », *op. cit.*, n° 194 ; VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 206 ; *Id.*, « The Impact of trade prohibitions on transnational contracts », *op. cit.*, p. 144. ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, p. 1 ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 655 ; LAMBERT Matray, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 19 ; PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 177 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 269 et s. ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 11 ; BRUNNER Christoph, « Force majeure and Hardship under General Contracts Principles : Exemption for Non-Performance in International Arbitration », *Alphen aan den Rijn*, 2009, p. 273 et p. 281.

⁹¹⁵ Il convient de noter à cet égard que les effets ne sont pas les mêmes selon que le débiteur de l'inexécution de l'obligation saisit un juge étranger à l'État cible ou qu'il saisit un juge relevant de l'État cible. Dans la première hypothèse, le débiteur est exonéré de sa responsabilité ; dans la seconde, il ne l'est pas. En effet, sur ce dernier point, lorsqu'un juge étatique est en présence d'une mesure d'embargo adoptée contre son pays, il ne tiendra pas compte et n'appliquera pas par conséquent la théorie exonérant le débiteur de sa responsabilité contractuelle. Le juge écartera plutôt la norme impérative étrangère pour contrariété à l'ordre public du *for* peu importe que le débiteur qui invoque la norme pour justifier l'inexécution de son obligation est étranger à l'État cible ou ressortissant. Par ailleurs, lorsqu'un État cible adopte pour la circonstance une contre-mesure rendant

résultent de la *lex fori* ou de la *lex contractus*. Même, les mesures d'embargo résultant d'une autre loi que celle du contrat peuvent être considérées comme un cas de force majeure⁹¹⁶. À ce titre, il est vrai qu'une mesure d'embargo prise par un État étranger ou par les Nations Unies n'appartenant pas à la *lex contractus*, ne peut en principe produire aucun effet sur le territoire d'un État⁹¹⁷. Mais comme nous avons pu l'observer, le juge ou l'arbitre saisi d'une demande d'exonération sur leur fondement ne saurait les écarter au motif qu'elles sont étrangères à la *lex contractus* alors qu'elle produit des effets sur le contrat international⁹¹⁸. Ainsi, lorsque ces décisions d'embargo peuvent par le biais d'une opération de qualification, se fondre dans une notion de droit civil telle que la force majeure, conférant un effet libératoire au débiteur, le juge ou l'arbitre doit les prendre en considération⁹¹⁹.

354. De nombreuses décisions témoignent que c'est en termes de force majeure que les décisions d'embargo résultant de la loi applicable au contrat ou des droits étrangers sont reçues dans l'ordre juridique de la *lex contractus*. Il est possible de citer à titre d'illustration, une sentence arbitrale rendue en 1950 sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (ICC). Le tribunal arbitral a ainsi posé que l'interdiction d'exporter prise par les États-Unis du fait de la guerre de Corée était constitutive d'un cas de force majeure et par conséquent exonérait une société américaine de l'obligation de livrer une usine de soie synthétique à une entreprise tchécoslovaque, alors qu'apparemment, le contrat semblait être régi par la loi tchèque⁹²⁰. De même, dans la sentence du 20 juillet 1992 rendue sous l'égide de la Chambre d'arbitrage national et international de Milan, le tribunal arbitral avait décidé que les mesures d'embargo à l'encontre de l'Irak étaient constitutives d'une impossibilité d'exécuter le contrat

automatiquement responsables les sociétés étrangères de l'inexécution de leur obligation vis-à-vis de ses ressortissants (le cas de loi irakienne du 13 septembre 1990, dite loi 57), le juge de l'État cible compte tenu de l'existence de cette disposition refusera également de prendre en considération la mesure d'embargo étrangère pour impossibilité d'exécution de l'obligation contractuelle et ne fera pas droit à la demande d'exonération à l'obligation de responsabilité du débiteur sur le fondement de la force majeure. Pour une étude plus en profondeur, voir THIEULENT Anne, *Mesure de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 171 et s. ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, p. 2 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 54 et s.

⁹¹⁶ VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 203 ; *Id.*, « The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts », *op. cit.*, p. 206 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 163 et s.

⁹¹⁷ CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », *op. cit.* ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 270.

⁹¹⁸ Voir *supra*, chapitre 2 titre 1 partie 2.

⁹¹⁹ Une telle prise en considération des lois d'embargo d'origine étrangère en tant qu'événement de force majeure ne pose guère de difficulté dans le cas où la mesure d'embargo étrangère à la *lex contractus* créerait pour l'une des parties une impossibilité juridique d'exécuter ses obligations. Voir *supra* sur ce point, chapitre 2, section 1 titre 2 de la première partie de cette thèse.

⁹²⁰ Décision citée par LAMBERT Matray, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 44.

qui libérait le débiteur. Tel fut également le cas dans la sentence rendue dans l'affaire *Society of Maritime Arbitrators de New York* de 1993⁹²¹. Les arbitres avaient examiné les répercussions des mesures d'embargo américaines contre l'Irak sur le contrat au titre de la force majeure. La Cour de cassation française a également admis que les mesures de blocage des avoirs étrangers en Algérie pouvaient être assimilées à un cas de force majeure, dès lors qu'elles étaient extérieures, imprévisibles et irrésistibles⁹²².

355. Il est ainsi admis que les mesures d'embargo peuvent être constitutives en droit civil d'un cas de force majeure dans la mesure où son existence rend l'exécution du contrat matériellement impossible pour le débiteur défaillant. Cependant, aucun événement n'est constitutif par lui-même d'un cas de force majeure. En effet, le fait du prince devra répondre à la définition de la force majeure retenue par le droit applicable pour en être assimilé. Ainsi, dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas inséré une clause de force majeure dans leur contrat, l'appréciation de l'embargo dépendra du droit applicable. Il appartiendra au juge ou à l'arbitre de déterminer si au regard des dispositions spécifiques de la *lex contractus* l'embargo présente les caractéristiques de la force majeure.

B- Les conditions de la mise en œuvre de la force majeure : à la lumière de l'ordonnance du 10 février 2016

356. Participant au concept de la force majeure, en absence de disposition sur la force majeure, le fait du prince ne sera reçu que s'il obéit aux conditions posées par le droit applicable⁹²³. Si celles-ci sont remplies, le cas de force majeure permet au débiteur qui l'invoque de justifier son inexécution contractuelle et l'exonère de sa responsabilité. En droit français, depuis le 1^{er} octobre 2016⁹²⁴, le nouvel article 1218 du Code civil a doté le droit français, d'une définition légale et unitaire de la force majeure pour la seule matière contractuelle⁹²⁵. À « l'irrésistible, l'imprévisibilité et l'extérieur » succèdent désormais « l'incontrôlable, l'imprévisibilité et l'inévitable ». Nulle trace explicite de l'exteriorité. Toutefois, bien que la nouvelle définition ne reprenne pas exactement les critères jurisprudentiels antérieurs de

⁹²¹ Sentence CCI n°2972 du 26 avril 1993, *Yearbook*, 1995, p. 126.

⁹²² Affaire citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 270.

⁹²³ PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », *op. cit.*, p. 176.

⁹²⁴ Cette date correspond à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de preuve des obligations. Sur cette date, voir *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n° 10000.

⁹²⁵ Pour une interprétation du texte, voir CHÉNEDÉ François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidation, innovations, perspectives*, Dalloz, 2017, n°28-22, p. 177 ; CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°617 et s.

l'ancien article 1148 du Code civil, elle y correspond au fond⁹²⁶. En effet en prévoyant qu'il y a force majeure lorsque l'événement échappe au contrôle du débiteur, elle confirme que l'événement ne doit pas tenir à la faute du débiteur, celle-ci relevant par essence de son contrôle, et qu'il doit à la fois être inévitable et extérieur au débiteur, si l'événement ne présente pas ces caractères, c'est que le débiteur peut le contrôler ; l'événement ne pouvait pas être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du contrat, elle confirme qu'elle doit être imprévisible ; l'événement doit produire des effets qui ne peuvent être évités par des mesures appropriées, elle confirme qu'il doit être irrésistible. Ainsi, en appliquant cette notion de fait du prince à la matière d'embargo, le juge ou l'arbitre saisi d'un différend d'ordre contractuel soumis au droit français devra vérifier dans les hypothèses que la décision d'embargo présente l'ensemble des caractères principaux de la force majeure⁹²⁷.

1- Un événement incontrôlable par le débiteur (extériorité)

357. Au regard des conditions de l'article 1218 du Code civil, la seule existence d'une mesure d'embargo ne suffit pas pour la qualifier d'un cas de force majeure. L'événement doit tout d'abord être « incontrôlable par le débiteur ». Cela signifie que pour constituer un cas de force majeure l'événement invoqué doit avoir échappé au contrôle du débiteur. Ce dernier ne doit pas en être de près ou de loin la cause dans la survenance de la situation derrière laquelle il se retranche⁹²⁸. Autrement dit, l'événement ne doit pas découler du comportement du débiteur ; il doit s'agir des circonstances qu'il ne peut maîtriser. La question qui immédiatement se pose est alors de savoir à quelles hypothèses correspond un événement qui échappe au contrôle du débiteur. En première analyse, on pourrait considérer qu'il s'agit d'un événement qui serait indépendant de sa volonté et étranger à son activité, car ne relevant pas de son contrôle. Or, cette interprétation conduirait néanmoins à réintroduire le critère d'extériorité, cela serait cependant, contraire à la volonté du législateur. En effet, le rapport au président de la

⁹²⁶ Comme en atteste le professeur GRÉAU, sur la nouvelle définition de la force majeure étant d'ailleurs la seule innovation notable « on aurait pu s'attendre à une certaine rupture avec le droit antérieur à raison de l'abandon d'une conception unitaire, le texte poursuit à l'inverse, avec quelques légères précisions, l'analyse devenue classique et ses trois caractères, à tel point que l'on a pu estimer que cette définition « serait aisément transposable hors du contrat ». GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, juin 2017, n° 24 ; voir également sur ce point, BOUCARD Hélène, « La force majeure contractuelle », *Revue des contrats*, 2015, 779.

⁹²⁷ Toutefois, il ressort des sentences arbitrales que les arbitres ne se réfèrent pas aux droits nationaux pour apprécier l'existence de la force majeure. En effet, on observe que les arbitres privilégient la sécurisation de la relation contractuelle et souvent ne retiennent l'existence d'une force majeure que si les parties l'avaient déjà admise d'un commun accord. Voir *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.*, n° 15129, p. 448 ; GUERIF Irina, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle : l'apport de la forme du droit des contrats de 2016 et la pratique arbitrale », *op. cit.*, p. 5/22.

⁹²⁸ FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, Manuel, 11^e éd., Lextenso, LGDJ, 2021-2022, p. 275, n°323.

République précisait que le législateur, lors de l'adoption de l'ordonnance de 2016, reprenait « la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006⁹²⁹ pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité ». « Ce qui n'est pas tout à fait exact », souligne M. Gréau, puisque selon cet auteur et une partie de la doctrine le « critère de l'extériorité, même formulé différemment est bien présent, contrairement à ce qu'affirme pourtant explicitement le rapport au président de la République. Il est vrai que celle-ci n'est pas mentionnée en tant que tel par l'article 1218 alinéa 1^{er} du Code civil, mais l'ordonnance a maintenu indirectement l'extériorité comme critère de la force majeure par la précision suivant laquelle la force majeure est un événement échappant au contrôle du débiteur »⁹³⁰. Ainsi, suivant cette approche, le critère de l'« incontrôlabilité » correspond à l'exigence d'extériorité dégagée antérieurement au texte par la jurisprudence : ce qui est incontrôlable serait nécessairement en dehors de la maîtrise du débiteur et lui serait donc extérieur. Cependant, certains auteurs civilistes estiment que le critère de l'extériorité a réellement disparu⁹³¹. D'autres vont même

⁹²⁹ Afin de mettre un terme à l'incertitude qui régnait en jurisprudence, la Cour de cassation a voulu ainsi entériner l'abandon du critère de l'extériorité dans deux arrêts de l'assemblée plénière du 14 avril 2006. En effet, le critère d'extériorité est toujours demeuré l'épicentre des controverses tant en matière contractuelle que délictuelle. En matière de responsabilité contractuelle, le débat a porté notamment sur la question de savoir si la maladie du débiteur pouvait constituer un cas de force majeure dans la mesure où elle est interne à la personne qui en est atteinte. En théorie, la maladie n'étant pas externe au débiteur ne pourrait par conséquent être un événement de la force majeure. Or, ce n'est pas ce que décide l'assemblée plénière de la Cour de cassation. La Cour a admis sans réserve que la maladie peut constituer un événement de force majeure : il suffit qu'elle ait le caractère d'irrésistibilité et d'imprévisibilité. Dès lors, il est possible d'en déduire que l'absence du critère d'extériorité n'influe pas sur la qualification de la maladie en tant qu'événement de force majeure. Cass., ass. plén., 14 avril 2006, n° 02-11. 168, préc. Voir également, Cass., ass. plén., 14 avril 2006, n° 04-18.902, préc., en matière de responsabilité délictuelle où la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir exonéré la RATP de sa responsabilité, en qualifiant de force majeure la faute volontaire de la victime, qui s'est jetée sous un train dans une gare, considérée comme tout à la fois imprévisible et irrésistible ; tout au moins dans la forme, la condition d'extériorité fut également abandonnée. Sur ces affaires voir également : MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., Lextenso, LGDJ, 2020, p. 545, n°595 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 16^e éd., Dalloz, SIREY, 2018-2019, p. 832, n°2444 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 15^e éd., LexisNexis, 2019, pp. 707-708, n°789.

⁹³⁰ BACCACHE Mireille, « Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *Libres propos, JCP G* 2020, 1007 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°24 ; OUDOT Pascal, « Force majeure : l'opportune extériorité ! », *JCP G* 2020, p. 1035 ; *Id.*, « L'article 1253 : c'est *Teffaine* qu'on assassine ! », *Dalloz blog réforme du droit des obligations*, 2016 ; MIGNOT Marc, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, p. 5 ; CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n°619 ; GENICON Thomas, « Clause résolutoire et force majeure : la réapparition du critère de l'extériorité », *Revue des contrats*, 2010, n°3, p. 818

⁹³¹ ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. Teyssié Bernard, LGDJ, 1992 ; *Id.* « Ouragan sur la force majeure », *JCP* 1996. 3907 ; THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, préface Aynés Laurent, Paris I, Economica, 2011, n°420 ; MOURY Jacques, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD civ.*, 2004, 471 ; VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice et CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n°396 ; JOURDAIN Patrice, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse dactyl., Paris II, 1982 ; *Id.*, « L'extériorité de la force majeure », *RTD civ.*, 1994, pp. 873.

jusqu'à considérer qu'il est remplacé aujourd'hui par celui de l'« incontrôlable », un nouveau critère indépendant du caractère « extérieur » ou « intérieur » de l'événement⁹³². Cette opinion pourrait, certes, être confortée par le fait qu'il est souvent considéré comme le « mal-aimé » du triptyque, parce qu'il demeure en général mal compris. En effet, au regard de la jurisprudence sur la maladie du débiteur en matière contractuelle, l'extériorité a souvent été présentée comme superfétatoire. C'est pourquoi, d'ailleurs, certains auteurs considèrent qu'il n'est pas réellement un critère imposé par une règle juridique, mais plutôt un simple relais de l'objectivation des responsabilités qui en matière contractuelle sert principalement à pallier l'absence de théorie de la responsabilité contractuelle du fait des choses et du fait d'autrui⁹³³.

358. À vrai dire, avant la réforme, la jurisprudence est demeurée relativement incertaine, car les décisions ne prenaient pas la peine de le mentionner, favorisant ainsi les spéculations doctrinales quant à son éventuel abandon⁹³⁴. À tel point que dans ses conclusions, sous les arrêts du 14 avril 2006, l'avocat général considérait qu'il n'était plus une condition de la force majeure⁹³⁵. Cependant, les tribunaux se sont par la suite, à plusieurs reprises de nouveau appuyés sur le critère d'extériorité pour apprécier si un événement pouvait être caractérisé comme un cas de force majeure⁹³⁶. En effet, depuis les arrêts de 2006, la Cour de cassation a

⁹³² MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, n°956 ; HONTEBEYRIE Antoine, « Quelques incidences de la réforme du droit des obligations en matière de responsabilité », *Dr et patr.*, 2016, p. 56 ; BROS Sarah, « La force majeure », *Dr et patr.*, 2016, p. 41 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Précis, Dalloz, 2018, n° 748 et s.

⁹³³ Voir en ce sens, ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°41 ; THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°420. D'autres estiment que l'extériorité est davantage un élément d'appréciation de l'irrésistibilité qu'une condition autonome. MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°956. Voir également sur ce point, GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°26 et s.

⁹³⁴ Voir par ex. Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1998, Dalloz 1998. 539, note D. Mazeaud, JCP 1998. I.185, n°16, obs. G. Viney ; RTD civ. 1998. 689, obs. P. Jourdain. Dans cette affaire, il a été jugé que la maladie d'un élève, bien qu'elle ne fût pas extérieure à la personne, constituait un cas de force majeure dès lors qu'elle était irrésistible ; ou que la grève, bien qu'interne à l'entreprise a pu être considérée comme un cas de force majeure parce qu'inévitable. Sur cette dernière affaire : Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1993, JCP 1993, II, 22154, note P. Waquet ; CCC 1994, comm. 3, obs. L. Leveneur ; JCP 1994, I, 3773, n°7, obs. G. Viney ; RTD civ., 1994, 873, obs. P. Jourdain. ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 831, n°2443.

⁹³⁵ Cette solution a nettement été réaffirmée par la première chambre civile qui, dans un arrêt du 30 octobre 2008, semble également abandonner l'extériorité, en considérant que « seul un événement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure » : Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2008, SA Figeac Aero/Électricité de France, n° 07-17134 ; RCA 2008, comm. n°351 note L. Bloch ; D. 2008. 2935, obs. I. Gallmeister ; JCP 2008. II. 10198, note P. Grosser ; RTD civ., 2009, n°1, 127, obs. P. Jourdain ; CCC 2009, n°1, comm. L. Leveneur.

⁹³⁶ En effet, bien que la Cour de cassation ait voulu entériner l'abandon du critère dans les deux arrêts d'assemblée plénière de 2006. Cela était sans compter sur l'arrêt du 16 mai 2012 de la chambre sociale de la Cour de cassation qui l'a réintroduit en affirmant que « la force majeure permettant en espèce, l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution ». Par la suite, la troisième chambre civile a à son tour, réaffirmé l'exigence des trois conditions, dont l'extériorité pour pouvoir retenir un cas

régulièrement eu recours à l'extériorité notamment dans une décision rendue par l'Assemblée plénière en date du 10 juillet 2020⁹³⁷. Dans cet arrêt, les hauts magistrats ont rappelé la nécessité du critère de l'extériorité en énonçant « *que ne constitue pas un cas de force majeure pour celle qui le subit, faute d'extériorité, le gel des avoirs d'une personne ou d'une entité qui est frappée par cette mesure en raison de ses activités* ». En effet, dans cette affaire, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été amenée à s'interroger sur la question de savoir si le gel des avoirs d'une banque résultant de l'embargo décidé par le conseil de sécurité de l'ONU et pratiqué par la Commission européenne constitue un cas de force majeure l'exonérant de la charge des intérêts de sa dette. Le Conseil de sécurité des Nations Unies avait en effet décidé que la République islamique d'Iran devait suspendre toutes les activités liées à ce programme, et prendre certaines mesures prescrites par le Conseil des Gouverneurs de l'Agence internationale de l'énergie atomique, et ce, afin de s'assurer que ce programme poursuivait des fins exclusivement pacifiques. Dans cette perspective, le Conseil de sécurité avait demandé à l'ensemble des États membres des Nations Unies de mettre en œuvre un certain nombre de mesures restrictives, dont le gel des fonds et des ressources économiques détenues par les personnes, entités ou organismes, participant aux activités exercées en soutien du programme nucléaire iranien. C'est ainsi dans le cadre de cette politique que la société de droit iranien *Bank Sepah* (la banque *Sepah*) identifiée par le Conseil de sécurité pour avoir apporté son soutien au programme nucléaire et de missiles balistiques iranien a fait l'objet d'un gel de ses avoirs en application des règlements (CE) n°423/2007 du Conseil du 19 avril 2007 et (CE) n°441/2007 de la Commission du 20 avril 2007 transposant les résolutions 1737 (2006) du 23 décembre 2006 et 1717 (2007) du 24 mars 2007 du Conseil de sécurité des Nations Unies. C'est dans ce contexte qu'est survenu le présent litige. En l'espèce, par un arrêt du 26 avril 2007 devenu irrévocable, la cour d'appel de Paris condamne la banque *Sepah* à payer aux sociétés de droit américain *Overseas* et *Oaktree* plusieurs millions d'euros avec intérêts au taux légal à compter du prononcé de cette décision. Puis, près de dix ans plus tard, le 17 janvier 2016, le Conseil de sécurité des Nations Unies radie la banque *Sepah* de la liste des personnes et entités faisant

de force majeure. Cass. 3^e civ., 15 octobre 2013, Légifrance, n°12-23126 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 832, n°2443 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°23. Voir également l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre 2010, sur la question de l'extériorité du « fait d'un tiers », qui a aussi présenté la condition d'extériorité comme l'une des composantes essentielles de la force majeure. Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2010, n°09-16967 ; *RDC* 2011, n°2, p. 454 obs. G. Viney.

⁹³⁷ Cass. ass. plén., 10 juillet 2020, n°18-18.542, 18-21.814, P+B+R+T, Juris-Data n°2020-010228, *Daloz actu.*, 20 juillet 2020, note J.D. Pellier ; *Daloz actu.*, 15 septembre 2020, note M. Hervieu ; *LEDB*, octobre 2020, n°09, p. 7, M. Mignot ; *LEDC*, septembre 2020, n°8, p. 4, M. Latina.

l'objet du gel de leurs avoirs, lui permettant ainsi de recouvrer sa libre disposition. En vertu de l'arrêt de la cour d'appel du 26 avril 2007, les sociétés créancières américaines ont réclamé alors les sommes qui leur sont dues et ont pratiqué à cette fin, différentes opérations de saisies à l'encontre de la banque *Sepah* : saisie-vente après commandements de payer délivrés le 17 mai 2016, saisies-attribution et saisies de droits d'associés et valeurs mobilières dénoncées le 8 juillet 2016. Les 13 juin et 15 juillet 2016, la banque *Sepah* assigna alors ces sociétés devant le juge de l'exécution aux fins de contester ces mesures d'exécution forcée, sous prétexte que le gel de ses avoirs constitue, selon elle, un cas de force majeure (fait du prince) l'empêchant de rembourser ses créanciers. La cour d'appel de Paris par un arrêt du 8 mars 2018⁹³⁸ approuve ces mesures et rejette de surcroît la demande de la banque. Les juges du fond avaient notamment répondu négativement en considérant que le gel des avoirs adopté par le Conseil de sécurité, transposé par un règlement « *constitue une sanction prononcée à l'encontre de celle-ci. Dès lors l'appelante est mal fondée à invoquer l'existence d'une cause étrangère qui l'exonérerait de son obligation d'exécuter l'arrêt du 26 avril 2007* ». La banque *Sepah* se pourvut alors en cassation. La Cour de cassation réunie en assemblée plénière refusa également de reconnaître le caractère du fait du prince au gel des avoirs, mais elle ne s'appuya pas sur la même considération. Les hauts magistrats ont en effet jugé que le gel des avoirs est de nature conservatoire et non confiscatoire. Ainsi, constatant que l'inscription en espèce de la banque *Sepah* par le Conseil de sécurité sur la liste des personnes assujetties aux mesures restrictives étant la conséquence directe de son appui apporté au programme de missiles balistiques iranien, la Cour de cassation considéra que la mesure de gel ne remplissait pas à son égard la condition d'extériorité. C'est donc, en définitive, le défaut d'extériorité lié aux activités de la banque qui a disqualifié, en espèce, la force majeure aux yeux de la Cour de cassation.

359. Il ressort de ce qui précède et de la jurisprudence constante que le fait du prince assimilé en droit civil à la force majeure s'il en réunit les caractères et émane d'une autorité légitime n'est pas admis s'il vient en réaction au comportement, souvent qualifié de fautif, de celui qui en est l'objet⁹³⁹.

360. D'ailleurs en matière d'embargo, le caractère d'extériorité de l'embargo à la personne du débiteur prête à discussion lorsque le partenaire au contrat n'est pas l'État lui-même, mais

⁹³⁸ CA Paris, pôle 4, ch. 8, 8 mars 2018, n°17/02093 ; *CDE* 2018, dossier 25, P. Dehghani ; *JCP E* 2020, n°28, p. 2, n°4 obs., T. Guillemin et T. CHANZY.

⁹³⁹ Note, Cass. 1^{re} civ., 12 avril 1995, n°92-20. 747, 92 – 11.950 et 92 – 11.975, JurisData n°1995-000886 ; *JCP G* 1995, II, 22467, note P. Jourdain ; voir également, LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2014, n°1816 et 1846.

une entité publique ou semi-publique dépendant de manière plus ou moins étroite de l'État qui est l'auteur de la contrainte⁹⁴⁰. En effet, la proximité entre l'auteur de l'impossibilité d'exécution et la partie qui l'invoquait à titre d'excuse laisse planer un doute sur la condition d'extériorité requise par le fait du prince. Sans doute, l'existence de personnalités juridiques distinctes peut faire présumer la présence de l'élément d'extériorité requis, comme elle peut ne pas être prise en compte par l'arbitre ou le juge. Ce constat se trouve dans la solution formulée dans une sentence *ad hoc* rendue en Suisse en 1983⁹⁴¹. Il s'agissait d'un litige opposant une entreprise ouest-allemande à une société d'État polonaise née de l'inexécution d'un contrat de construction d'un ensemble industriel à la suite du retrait des autorisations d'importation effectué après l'arrivée au pouvoir du Général Jaruzelski. En effet, le contrat avait fait l'objet de toutes les autorisations nécessaires de la part des autorités polonaises compétentes lors de sa conclusion et il avait même été négocié en collaboration étroite avec des autorités gouvernementales. Cependant, par décret gouvernemental du 21 décembre 1981 consécutif à l'instauration deux jours plus tôt de l'état de guerre en Pologne, l'exécution de plusieurs projets d'investissement, parmi lesquels le contrat ci-dessus évoqué, fut interdite et toutes les autorisations d'importation s'y rapportant rétractées. L'entreprise polonaise invoqua alors cette décision étatique comme un fait du prince afin d'être exonérée de ses obligations à l'encontre de la partie allemande. La qualification de force majeure ne fut cependant pas retenue par le tribunal arbitral au motif que malgré sa personnalité propre, elle ne constituait qu'un moyen pour l'État de réaliser ses objectifs. En effet, il semblerait au regard de cette jurisprudence qu'une entreprise dotée d'une personnalité juridique propre ne puisse invoquer la force majeure du fait qu'elle constitue un instrument de la politique économique de l'État dont elle relève. Cependant, certaines décisions ont adopté une position différente, notamment dans une sentence bien connue de la *Foreign Trade Arbitration Commission* de Moscou dans l'affaire

⁹⁴⁰ DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue Belge », *op. cit.*, p. 203 ; HAUTOT Isabelle, « Les difficultés spécifiques dues à l'intervention d'États ou de personnes publiques dans l'arbitrage international », in *L'intervention de l'État ou d'une firme étatique dans l'arbitrage commercial*, Congrès de Berlin 23-27 août 1992, Bruxelles, Story-scientia, 1993, p. 21 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 45 ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », *op. cit.*, p. 704 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 20 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 291 et s. ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*

⁹⁴¹ Sentence *ad hoc*, 9 septembre 1983, *Yearbook* 1987, vol. III, pp. 63-81. Affaire citée par DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *op. cit.*, pp. 205-206 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 46-47. Voir également dans une position analogue, Cass., 15 avril 1970, *Air France*, D. 1971, p. 107. ; Sentence CCI n°3093/3100 (1979) *JDI Clunet*, 1980, p. 951, obs. Y. Derains ; Sentence CCI n°3996, 30 avril 1982, *Framatome / AEOI*, *JDI Clunet*, 1984, p. 37.

*Jordan Investment Ltd v. All-Union Foreign Trade Corporation*⁹⁴². Dans cette affaire, les arbitres ont considéré qu'une entreprise de commerce extérieur soviétique pouvait se prévaloir d'un retrait de licences à l'exportation par l'autorité publique compétente comme un événement qui lui est extérieur, au motif que « *by virtue of Article 19 of the Civil code of the R.S.F.S.R. and of its own by-laws, the corporation is a self accounting economic organisation, an independent subject of the law, i.e.a legal person conducting transactions on its own behalf and consummating its own will in the form of legal binding relationships. The corporation is not an organ of State administration* »⁹⁴³. De même, dans une sentence rendue par la commission d'arbitrage du commerce extérieur à Moscou le 18 juin 1958, à propos de l'embargo soviétique sur les livraisons de pétrole à Israël, il a été décidé qu'il y avait indépendance entre les fonctions du ministre du Commerce extérieur en tant que chargé de la métropole d'État du commerce extérieur et les fonctions que celui-ci exerce au titre de la surveillance générale des activités économiques. Dans une autre sentence arbitrale rendue le 25 juillet 1985, les arbitres ont confirmé cette position à propos d'une affaire entre le Pakistan *Atomic Energy Commission* et une société française, la Société Générale pour les techniques nouvelles, concernant l'embargo décidé par la France en 1977 sur les ventes de matériel nucléaire à destination du Pakistan⁹⁴⁴.

361. De telles illustrations témoignent, en réalité, que l'extériorité est si bien fortement ancrée dans les esprits que les tribunaux ne l'abandonneront pas de sitôt. Comme le souligne justement M. Gréau : « Sa malléabilité naturelle permet en réalité aux magistrats de l'apprécier soit par rapport à la personne du défendeur - et plus largement sa sphère d'activité - ou à une chose objet du contrat ou utilisée pour l'exécution du contrat (pour écarter la force majeure), soit par rapport à l'origine de l'événement invoqué (pour admettre potentiellement la force majeure) »⁹⁴⁵. En ce sens, un autre auteur soutient que « l'extériorité est la pierre angulaire de tout l'édifice architectural sur lequel repose le droit de la responsabilité civile depuis plus d'un

⁹⁴² Sentence citée par DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue Belge », *op. cit.*, p. 204 ; voir également la sentence rendue dans l'affaire *Rolimpex*, les juges anglais ont également refusé d'imputer les actes de l'État à une entreprise étatique dès lors que celle-ci jouissait de la personnalité morale, signe de son indépendance vis-à-vis de l'État. *C.Czarnikow Ltd v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex*, (1978), Q.B 176, All England law Reports. Affaire citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 294, n°350 ; également par DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *op. cit.*, p. 205.

⁹⁴³ « Le litige en question concerne une action de droit privé contre une entreprise d'État qui, en vertu d'une disposition expresse de la loi, n'engage pas la responsabilité de l'État, L'État n'étant pas non plus responsable de son entreprise ».

⁹⁴⁴ Les deux sentences sont citées dans l'article de GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, p. 2.

⁹⁴⁵ GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°28.

siècle, le seul vrai critère de démarcation entre les responsabilités pour faute et celles qui s'en détachent, appelée encore de pleins droits ou causales. Son importance est la même en matière contractuelle ou, relayée par la cause étrangère, elle donne sens à la distinction des obligations de moyen et de résultat. Ainsi, traditionnellement, l'extériorité permet à celui qui entend profiter de l'effet pleinement libératoire de la force que sa responsabilité de plein droit soit engagée ou qu'il soit tenu d'exécuter une obligation de résultat, d'attribuer la cause du dommage à un fait perturbateur qui lui est totalement étranger »⁹⁴⁶. Dès lors, conclure la disparition de l'extériorité peut paraître quelque peu excessif, car la formule de l'article 1218 alinéa 1^{er} semble pourtant bien faire référence à l'extériorité. D'ailleurs, c'est à la double lecture du droit des contrats, avant et après transformation, que l'avocat général de l'arrêt de l'assemblée plénière du 10 juillet 2020 a mesuré l'extérieur à l'aune de l'incontrôlable : « Les mesures restrictives de gel sont donc bien la conséquence directe de son rôle (celui de la banque), qui n'échappait pas à son contrôle (en reprenant ici les termes du nouvel article 1218 du Code civil), de sorte qu'elles ne sauraient revêtir le caractère de l'extériorité »⁹⁴⁷. Mais on ne peut affirmer avec certitude qu'elle marque une continuité dans l'appréciation de l'extériorité tant la formule demeure ouverte à l'interprétation⁹⁴⁸. Comme le souligne M. Behar-Touchais, « L'incontrôlable induit une dimension psychologique et subjective de l'extériorité jusque-là inédite en droit, sauf à titre accidentel, indubitablement « plus large » - qui offre à l'exonération de nouveaux possibles »⁹⁴⁹. L'évolution ne devrait ainsi normalement pas affecter la jurisprudence relative à l'exonération de la responsabilité contractuelle du débiteur. Dans la mesure où le nouveau critère posé par l'article 1218 du Code civil français ouvre un spectre plus large de situations, lesquelles situations sont susceptibles de correspondre tant à des événements externes qu'internes. Ce qui importe, pour constituer un cas de force majeure, c'est que l'événement ne doit pas tenir à la faute du débiteur⁹⁵⁰. Une mesure d'embargo est également susceptible de constituer des événements « incontrôlables » au sens de l'article 1218 du Code civil français. Le débiteur pourrait l'invoquer comme un événement échappant à son contrôle. Il convient néanmoins de

⁹⁴⁶ OUDOT Pascal, « Force majeure : l'opportune extériorité ! », *op. cit.*, p. 1037.

⁹⁴⁷ Il convient toutefois de noter qu'en espèce l'assemblée plénière de la Cour de cassation a exclu l'extériorité de la force majeure sous le faisceau du droit des contrats applicable avant sa réforme opérée par l'ordonnance n°2006-131 du 10 février 2016 - la radiation de la banque de la liste des personnes ayant ses avoirs gelés étant antérieurs à cette date.

⁹⁴⁸ LARROUMET Christian et BROS Sarah, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, 8^e éd., Economica, 2016, n°723. Ces auteurs opèrent sur ce point une distinction entre l'extériorité et absence de contrôle du débiteur en rapprochant ce dernier de l'irrésistibilité.

⁹⁴⁹ BEHAR-TOUCHAIS Martine, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial – À l'occasion de la pandémie de covid-19 », *JCP E* 2020, 1162.

⁹⁵⁰ BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°49.

réserver l'hypothèse dans laquelle le débiteur est à l'origine du fait du prince qui lui est imposé. On pense notamment aux situations précitées, l'arrêt de l'assemblée plénière du 10 juillet 2020 et la sentence du 9 septembre 1983, où le débiteur se trouve lui-même à l'origine de l'obstacle auquel se heurte l'exécution de ses obligations, ce qui est incompatible avec la notion de force majeure.

2- Un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat

362. La seconde condition requise par l'article 1218 alinéa 1^{er} du Code civil français pour caractériser la force majeure est l'imprévisibilité de l'événement. Le texte prévoit en ce sens qu'un événement constitue une force majeure, lorsqu'il « ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat »⁹⁵¹. On trouve ici la condition d'imprévisibilité, clairement affirmée comme condition autonome de la force majeure par le nouvel article malgré quelques hésitations jurisprudentielles et doctrinales.

363. En effet, ces dernières années, l'interrogation autour de l'utilité de l'imprévisibilité a suscité quelques tumultes en doctrine et en jurisprudence⁹⁵². Plusieurs arrêts de la première chambre civile et de la chambre commerciale le reléguent au rang d'un simple indice de l'irrésistibilité⁹⁵³. Plus encore, le courant jurisprudentiel se fondant sur la seule irrésistibilité

⁹⁵¹ Dans la plupart des systèmes juridiques, l'imprévisibilité est une condition requise pour qu'un événement constitue une force majeure. Pour le droit luxembourgeois, voir RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e éd., Pasirisie Luxembourgeoise, 2006, n° 971 et s., pp. 751 et s. Pour le droit belge voir DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte économique sur les contrats économiques internationaux un point de vue belge », *op. cit.*, pp. 199 et s. Pour le droit chinois voir FANGYU Zhou, *La force majeure en matière contractuelle : étude comparée des droits chinois, français et allemand*, mémoire de master, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2021, pp. 28 et s. Toutefois, en Allemagne, le critère d'imprévisibilité n'est pas invoqué dans l'article 275 du BGB en tant que condition de la force majeure. L'article 275 du BGB met l'accent particulièrement sur la notion d'impossibilité d'exécuter qui est proche du critère d'irrésistibilité de la force majeure en droit français. Sur ce point, LESGUILLONS Henry, « Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage », *DPCI*, 1979, p. 523 ; PÉDAMONT Michel, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2004 ; MARKESINIS Basil, Hannes UNBERATH et Anges JOHNSTON, *The German law of Contract : A Comparative Treatise*, Oxford : Hart Publishing, 2006 ; FROMONT Michelet et KNETSCH Jonas, *Droit privé allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2017, n°256 et s. De même en droit anglais, les juges se contentent du caractère d'irrésistibilité pour savoir si l'événement était en outre prévisible ou non lors de la conclusion du contrat. Mais contrairement au droit allemand, le juge anglais pourrait le retenir comme un élément d'appréciation, mais sans exiger nécessairement qu'il soit rempli comme le fait le droit français. VAN OMMESLAGHE Pierre, « les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 19 ; MORETEAU Olivier, *Droit anglais des affaires*, Précis, Dalloz, 2000, n°644, p. 644 ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon de droit anglais à l'égard des contrats français », in *Le contrat dans tous ses États*, Cécile Le Gallou et Anne Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (ss dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 87 – 100.

⁹⁵² Voir sur la divergence jurisprudentielle autour de la notion : COUTANT-LAPALUS Christelle, « Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *LPA* 2002, n°41, pp. 15 et s.

⁹⁵³ Voir en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966, Bull. civ. I, n°166 *JCP* 1966. II. 14878, note J. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1966. 823, obs. Durry ; Cass. com., 1^{er} octobre 1997, n°95-12. 435, Bull. civ., IV, n°240, *RTD civ.*, 1998. 121, obs. Jourdain ; *Dr. et patr.*, février 1998. 72, obs. F. Chabas ; *JCP* 1998, I, 144, n°13, obs. Viney ; *CCC* 1998, n°4, note Leveneur ; *D.* 1998. Somm. 199, obs. P. Delebecque ; *D.* 1998. Somm. 318, obs. B. Mercadal. Cass. 1^{re}

poussait le raisonnement encore plus loin en écartant toute référence à l'imprévisibilité⁹⁵⁴. Mais ce courant n'avait finalement pas emporté l'adhésion de l'assemblée plénière. Par ses deux arrêts du 14 avril 2006, déjà précitée, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a d'une part, réaffirmé la conception classique et unitaire dans laquelle l'imprévisibilité et l'irrésistibilité sont considérées comme deux conditions distinctes, et d'autre part, a jugé que le critère cumulé d'imprévisibilité et d'irrésistibilité conservent toute leur pertinence pour caractériser la force majeure, en matière contractuelle, comme en matière délictuelle⁹⁵⁵. En formulant en matière contractuelle l'exigence d'un événement « qui ne pouvait être raisonnablement prévu », le nouvel article 1218 alinéa 1^{er} du Code civil, s'inscrit donc dans la continuité⁹⁵⁶.

civ., 7 juillet 1998, n°96-15. 356 ; *RGDA*, 1998. 841, note Vincent ; *Defrénois*, 1999. 544, obs. Périnet-Marquet ; Cass. com., 29 février 2000, n°97-17. 707 Bull. civ.IV, n°45. Ce même constant s'est dessiné en doctrine, voir par exemple : MALAURIE Philippe et AYNÉS Laurent, *Cours de droit civil. Les obligations*, Paris, Cujas, 1999/2000, n°830, p. 486 : « L'imprévisibilité n'est pas une condition autonome de la force majeure : elle est un indice de l'irrésistibilité » ; ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure, op. cit.*, p. 56, n°74 ; PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, RADOUANT Jean, ESMEIN Paul et GABOLBE Gabriel, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1954, n°840 bis.

⁹⁵⁴ Dans de nombreuses décisions, la chambre civile et la chambre commerciale se contentaient du critère de l'irrésistibilité pour caractériser la force majeure lorsque la prévisibilité de l'événement ne permettait pas d'en éviter les effets dommageables. Voir, par exemple, Cass. 2^e civ., 21 janvier 1981, *JCP* 1982, note Dejean de la Bâtie ; *RTD civ.*, 1982, 622, note Durry. Dans cette affaire, la chambre civile admit comme force majeure la présence d'eau souterraine provenant d'autres terrains alors que le phénomène était connu. L'arrêt a appuyé sa décision uniquement sur l'irrésistibilité et l'extériorité. Cette position a été réitérée ultérieurement par la première chambre civile dans un arrêt du 6 novembre 2002. Il s'agissait, en espèce, d'une société organisatrice de voyages qui avait dû annuler un voyage en Égypte, lequel devait être présenté par une éminente égyptologue qui dut au dernier moment subir une intervention chirurgicale. Pour sa défense, la société opposa la force majeure, mais le tribunal répondit que « la maladie d'une personne âgée était prévisible ». C'est cette motivation qui a entraîné la cassation. La chambre civile affirma en effet que « *qu'en statuant ainsi alors que la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure* ». Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2002, pourvoi n° 99-21.203, *Bull.civ I*, n°258. Arrêt cité par BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., Dalloz, SIREY, 2020-2021, p. 828, n°2434 ; MARCHAND Aurore, L'embargo en droit du commerce international, *op. cit.*, p. 275, note 652. Voir également, Cass. com., 29 mai 2001, n°98-17.247, *Bull. civ.*, IV, n°109, *RTD com.*, 2001, 699, obs. Bouloc ; *Dr. et patr.*, décembre 2001, 95, obs. F. Chabas ; *RGDA*, 2001, 1037, note Rémy. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1999, n°97-21. 823, *Bull. civ.*, I, n° 307, *RGDA*, 2000, 194, note Rémy ; *RGDA*, 2000, 436, obs. Bouloc ; *RDC* 2003, p. 59, obs., P. Stoffel-munck. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, n°91-17.464, *Bull. civ.*, I, n°91, *JCP* 1994, I, 3773, n°6, obs. Viney ; *RTD civ.*, 1994, 871, obs. Jourdain. De même, dans la jurisprudence arbitrale, certaines sentences ont exclu explicitement le critère d'imprévisibilité, notamment dans l'affaire n°2216 (1974) où les arbitres ont admis que les éléments constitutifs de la force majeure sont au nombre de deux déclarants qu'un événement de force majeure ne pouvait être invoqué, « que si ledit événement était indépendant de la volonté des parties défaillantes et que cet événement a rendu l'exécution des obligations du contrat impossible ». Sentence CCI rendue dans l'affaire n°8501, *JDI*, 2001, p. 1164, obs. E. Jolivet. Voir également la sentence n°64 du 26 juin 1985, *Sylvania Technical Systems, Inc c/ The Government of the Islamic Republic of Iran*, *YCA*, 1986, v. XI, pp. 290-306, extrait cité par MARCHAND Aurore, *L'embargo endroit du commerce international, op. cit.*, n°330, p. 280.

⁹⁵⁵ Depuis ces décisions, des arrêts postérieurs ont maintenu l'imprévisibilité comme condition autonome en affirmant que le cumul de l'irrésistibilité et de l'imprévisibilité était toujours nécessaire pour caractériser la force majeure. Voir pour les arrêts de la chambre commerciale : Cass. com., 26 novembre 2006, pourvoi n°04-18232 ; Cass. com., 27 février 2007, pourvoi n°05-14304 ; Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n°06-16744. Pour les arrêts de la première chambre civile : Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2008, précité.

⁹⁵⁶ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, p. 833, n°2446 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°46 et s.

364. Ainsi, l'imprévisibilité, en matière contractuelle, suppose que l'événement invoqué par un cocontractant pour se dégager de sa responsabilité n'ait pu entrer dans ses prévisions, ou, plus précisément, qu'il n'ait pu raisonnablement être envisagé par le cocontractant au moment de la conclusion du contrat. Si l'événement était prévisible, il appartenait au débiteur qui doit être particulièrement prévoyant, soit ne pas s'engager, soit de prendre des mesures nécessaires pour éviter la réalisation du dommage. Toutefois, la fermeté de cette règle ne résout pas toutes les difficultés que la condition d'imprévisibilité soulève, tenant au fait que le contrat est fondamentalement un instrument de prévision, qui comporte souvent un écart entre la date de sa conclusion et celle de son exécution⁹⁵⁷. Or, il en résulte, qu'un certain nombre de calamités (grève, phénomènes climatiques, fait du prince...) sont toujours théoriquement prévisibles. Ainsi, cette remarque induit à poser la question s'il faut apprécier cette condition d'imprévisibilité de manière absolue, tel type d'événement était objectivement prévisible pour tel contrat ou de manière relative, tel événement précise était prévisible pour un contrat en particulier. Cette seconde solution est la position défendue par l'ensemble de la doctrine dominante et par la jurisprudence⁹⁵⁸. L'imprévisibilité ne doit pas être entendue de manière absolue comme un événement totalement inconcevable, mais de manière relative et raisonnable⁹⁵⁹. Autrement dit, l'imprévisibilité doit être circonstanciée.

⁹⁵⁷ Pour étude générale de la condition d'imprévisibilité voir en particulier la présentation extrêmement claire et bien documentée de la thèse de doctorat de HEINICH Julia, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. Mestre Jacques, PUAM, 2015.

⁹⁵⁸ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., op. cit., n°594 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, op. cit. VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice et CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n°398. Les jurisprudences relatives aux phénomènes climatiques, au transport de marchandises, à la grève, témoignent également de l'appréciation relative de l'imprévisibilité. Une tempête peut ainsi être ou non une force majeure suivant les circonstances locales ou temporelles : CA Poitiers, 8 février 2000, *JCP* 2002. IV. 1311 ; Cass. 2^e civ., 5 janvier 1994, n°92-13.853, Bull. civ. II, n°13. De même, la survenance d'un orage n'est pas en soi imprévisible, mais le lieu et la violence de la chute peuvent l'être : CA Versailles, 2 juill. 1999, *D.* 1999. IR 226. Il va de même pour les inondations qui sont une force majeure si les troubles atmosphériques à l'origine de la crue revêtent une violence exceptionnelle : Cass. 2^e civ., 6 janvier 1982, n°80-16.120. Également pour un transporteur terrestre de marchandise, par exemple, le vol de matériel informatique à la suite d'un guet-apens n'est pas imprévisible dès lors, que le contrat en cause est un contrat de transport de sécurité : Cass. com., 8 mars 2011, n°10-12.807, *RD transp.* 2011 n°79, note Paulin ; ou lorsque le transporteur connaissait la nature de la marchandise transportée et s'était engagé à prendre les précautions nécessaires pour assurer la sécurité du convoi : Cass. com. 3 octobre 1989, n°87-18.479, Bull. civ. IV, n° 346 ; *JCP* 1990. II. 21423, concl. Jéol ; *RTD civ.*, 1990. 488, obs. Jourdain ; *RTD civ.*, 1990. 658, obs. J. Mestre. La grève est soumise à la même relativité. La grève peut demeurer imprévisible pour le débiteur dans son ampleur et dans sa durée. Tel a été le cas de la grève des cheminots en décembre 1995, « nul ne pouvait prévoir au moment où le préavis de grève a été déposé » que celle-ci durerait plus d'un mois et paralyserait la vie économique du pays entier : Cass. soc., 11 janvier 2000, n°97-18. 215, Bull. civ. V, n°16 ; *Dr. soc.*, 2000. 404, note Cristeau. Plus récemment encore, la Chambre commerciale a reconnu la grève du personnel d'un port comme un cas de force majeure pour un prestataire à l'égard d'un amateur au motif qu'il « n'était pas en mesure de prévoir cette paralysie pendant la période des travaux » : Cass. com., 16 juin 2015, n°13-24.698.

⁹⁵⁹ Sur le critère du « raisonnable » voir, YILDIRIM Cemil Ahmet, « Raisonnable et bonne foi : de nouveaux usages des standards juridiques », *RDAl/IBLJ*, 2017, n°6, pp. 555 et s.

365. En droit français, cette appréciation relativiste de l'imprévisibilité est d'ailleurs confirmée par l'article 1218 alinéa 1^{er} du Code civil par l'emploi de la formule « qui ne pouvait être raisonnablement prévue ». Affirmer que l'imprévisibilité de l'événement ne puisse être que relative signifie qu'un événement est jugé imprévisible en fonction du temps et du lieu où il se produit ou des circonstances qui l'accompagnent⁹⁶⁰. Ainsi, elle permet de donner aux juges une dimension circonstancielle dans l'appréciation des situations qui leur sont soumises.

366. Toutefois, selon M. Gréau, il ne faudrait, pour autant, pas conclure que les magistrats optent pour une pleine appréciation *in concreto* de l'imprévisibilité. Le juge s'assure en effet, non seulement de la correspondance de la situation, objet du litige qui lui est soumis, mais également du modèle d'une personne raisonnable présentant les mêmes compétences que le débiteur et placée dans les mêmes circonstances. Cette dernière approche est qualifiée par certains auteurs, notamment M. Gréau, d'« appréciation *in abstracto* circonstancielle »⁹⁶¹. Ainsi, si l'imprévisibilité est appréciée en fonction du temps et du lieu où l'événement se produit ou des circonstances qui l'accompagnent, elle l'est aussi suivant une « appréciation *in abstracto* circonstancielle » qui permet de comparer le comportement du défendeur en fonction de celui qui aurait été adopté par une personne raisonnable présentant les mêmes compétences et placée dans les mêmes circonstances⁹⁶². Autrement dit, par comparaison avec un type abstrait, c'est-à-dire par référence à une personne ou un contractant prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Un arrêt du 29 juin 1952 témoigne de cette appréciation *in abstracto* circonstancielle de la condition d'imprévisibilité en matière d'embargo. Dans cet arrêt, le Conseil d'État français saisi d'un recours sur une base d'une rupture d'égalité devant les charges

⁹⁶⁰ MARCHAND Aurore, *L'embargo endroit du commerce international*, *op. cit.*, p. 277, n°326 ; GREAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n° 50 et s.

⁹⁶¹ GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°49 et s. ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Exonération de responsabilité contractuelle. — Inexécution imputable à une cause étrangère », *JCI civ. Code*, fasc. 11-30, 2014, n°16 ; DEJEAN DELABATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préface Henri Mazeaud, t. 57, LGDJ, 1965, n°102 et s.

⁹⁶² Tel fut le cas dans une affaire relative à la responsabilité de la SNCF où la première chambre civile de la Cour de cassation a mis en œuvre une telle appréciation. La Cour de cassation a estimé que l'agression subie, en espèce, par un voyageur était imprévisible pour la SNCF, au motif que l'agression en cause échappait à la sphère de l'obligation de résultat de la SNCF, car aucune mesure n'aurait pu la prévenir et par conséquent a admis la force majeure. En effet, contrairement aux autres cas d'agression que les autres arrêts considèrent prévisibles pour la SNCF (Cass. 2^e civ., 3 juillet 2002, n°99-20. 217, Bull. civ., II, n°183, *D.* 2002, 2631, note Gridel ; *Gaz. Pal.*, 2002, 1756, concl. Sainte-Rose et note F. Chabas ; *RTD civ.*, 2002, 821, obs. Jourdain ; *JCP* 2003, I, 152, n°31, obs. Viney), en optant pour une « appréciation *in abstracto* circonstancielle », la Cour jugea que l'agression en cause était ici « soudaine », consécutive à un comportement totalement « irrationnel » et sans au préalable aucune « manifestation d'une agitation anormale ». Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n°10-15.811, Bull.civ., I, n°123, *D.* 2011, 1817, obs. Gallmeister ; *D.* 2011, 2891, obs. Gelbard-Le Dauphin ; *D.* 2012, 47, obs. Gout ; *D.* 2012, 1439, obs. Kenfack ; *RTD civ.*, 2011, 772, obs. Jourdain ; *CCC* 2011, n°230, Leveneur ; *Gaz. Pal.*, 6 octobre 2011, n°279, p. 13, obs. M. Mekki ; *JCP* 2011, Doctr., 1333, n°9, obs. Bloch.

publiques par un exportateur d'armes n'ayant pu exécuter la convention à la suite d'une mesure d'embargo a estimé que la décision française d'interdire l'exportation de matériel nucléaire à destination du Pakistan était prévisible pour l'exportateur d'armes qui ne pouvait ignorer en signant le contrat les aléas que pouvait comporter la livraison de matériels faisant l'objet de ces contrats et a décidé par conséquent que cet opérateur avait assumé son risque en traitant avec un pays où des opérations militaires avaient lieu⁹⁶³.

367. Dans le même sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt qui énonce que le caractère de la force majeure ne peut être reconnu à la mesure d'embargo étrangère en l'espèce dans la mesure où le contractant avait connaissance avant l'exécution du contrat de risques précis qu'il pouvait ainsi éviter⁹⁶⁴. En effet, dans cette affaire, la société *Air Gabon*, (société venderesse), en tant que professionnel aéronautique et averti des usages et des pratiques concernant l'immatriculation des aéronefs dans un pays distinct de celui de leur exportation, s'était préoccupée par une consultation auprès d'un cabinet spécialisé du problème posé par d'éventuelles restrictions de vente de l'appareil litigieux de la part des États-Unis. Toutefois, en toute connaissance de cause, la société venderesse s'était engagée à « déclarer et garantir à l'acheteur qu'il a et aura lors de la réalisation de la vente, la propriété exclusive et illimitée de l'avion libre de tout privilège et qu'il transféra à l'acheteur la propriété exclusive et illimitée de cet avion à l'exclusion de tout privilège ou de toute servitude ». Ainsi, la société venderesse avait implicitement accepté de prendre à sa charge un risque contre lequel le créancier crut garanti. La Cour de cassation considéra, eu égard aux connaissances communes et aux circonstances de l'espèce, que l'événement pouvait assurément être prévu, dès lors, il est prévisible. Le juge appelé à apprécier cette imprévisibilité doit se livrer « à un calcul de probabilité lors de la conclusion du contrat »⁹⁶⁵ pour s'assurer que le débiteur pouvait raisonnablement envisager l'événement. La jurisprudence s'attache « à des critères accessoires d'anormalité, de soudaineté, de rareté de l'événement »⁹⁶⁶. En un mot, il faut un « effet de surprise », au regard du lieu, du moment et des circonstances dans lesquelles l'événement se produit, c'est-à-dire de telle manière qu'il n'ait pu être prévu par un homme prudent et avisé.

⁹⁶³ *Rec. des arrêts du Conseil d'État*, p. 432. Affaire citée par MATRAY Lambert, « l'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 20 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 277, n°326. Pour un commentaire de cette décision, voir DEVOLVÉ, « À propos d'une décision d'embargo, le régime juridique français de l'exportation de matériel militaire », *AJDA*, 1969.

⁹⁶⁴ Cass. com., 9 juin 1998, pourvoi n°97-15303.

⁹⁶⁵ GENICON Thomas, « Caractères de la force majeure : l'imprévisibilité est bien requise », *Revue des contrats*, 2009, p. 62.

⁹⁶⁶ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013 n°582.

Ainsi, en l'espèce, lorsque les circonstances de l'espèce rendent la réalisation de l'événement suffisamment probable, il est ainsi légitime d'envisager que le débiteur en s'engageant, a accepté d'assumer les risques d'inexécution. L'article 1218 alinéa 1^{er} du Code civil français précise, par ailleurs, que l'appréciation *in abstracto* circonstancielle de l'imprévisibilité doit s'opérer au jour de la conclusion du contrat. En effet, selon les termes de l'article, un événement constitue une force majeure lorsqu'il « ne pouvait pas être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ». Si l'événement avait pu être prévu lors de la conclusion du contrat, on supposerait en l'espèce que le débiteur ne saurait s'engager sans autres précautions. C'est donc au moment de la conclusion du contrat qu'il faut se placer pour savoir si l'événement pouvait être prévu.

368. Cette solution avait déjà été admise antérieurement à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2010 par les arrêts de la Cour de cassation⁹⁶⁷, notamment ceux de l'assemblée plénière de 2006⁹⁶⁸. En effet, en confirmant, tout d'abord, l'exigence de l'imprévisibilité, l'assemblée plénière a affirmé également que dans le cadre de rapports contractuels, l'imprévisibilité doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat, contrairement à la matière extra contractuelle, où ce critère doit être apprécié au jour du fait dommageable. Telle était la position de la jurisprudence arbitrale dans deux sentences n°2216 (1974)⁹⁶⁹ et n°3093/3100 (1979)⁹⁷⁰ rendues sous les auspices de la Chambre de commerce internationale. Dans la première sentence, le tribunal arbitral a estimé que l'intervention des autorités de change norvégiennes ne créait pas un cas de force majeure de nature à exonérer le débiteur dans la mesure où la législation des changes, antérieure à la formation du contrat, était connue de ce dernier. La législation des changes ne saurait être constitutive d'un fait du prince. De même, dans l'affaire n°3093/3100 (1979), les arbitres, saisis à la suite des difficultés d'exécution d'un contrat de fourniture de produits pétroliers conclus entre deux entreprises d'États africains, ont rejeté la force majeure au motif que le refus d'autorisation n'était pas imprévisible, puisque que la loi

⁹⁶⁷ Voir en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1962, Bull. civ., I, n°323. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966, *JCP* 1966, II, 14878, note J. Mazeaud ; *Gaz. Pal.*, 1966, 1, p. 409 ; *RTD civ.*, 1966, p. 823, n°27, obs. G. Durry. Cass., ch. mixte, 4 février 1983, n° 80-12.977 et n° 80-14.853, Bull. ch. mixte n°1 et n° 2, *RTD civ.*, 1983.549, obs. Durry ; *Gaz. Pal.*, 1983, I, Pan. 163, note F. Chabas ; *CJEG*, 1983, pp. 247 et s., concl. J. Cochard. Voir également sur ce point, COUTANT-LAPALUS Christelle, « Variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *op. cit.*, p.15, n°4 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°62.

⁹⁶⁸ Cass. ass. plén., 14 avril 2006, n°02 -11.168 et 04 - 18. 902, précité. Cette position a été également réaffirmée par l'arrêt : Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2008, n°07-17. 134, précité. Cette thèse avait aussi depuis longtemps été défendue par la doctrine notamment par MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, 5^e éd., Montchrestien, 1958, n°1576.

⁹⁶⁹ Sentence CCI rendue dans l'affaire n°2216 (1974), *Rec.*, 1974-1985, p. 224, *JDI* 1975, pp. 917- 922, obs. Y. Derains.

⁹⁷⁰ Sentence rendue dans l'affaire n°3093/3100, *JDI Clunet*, précitée, p. 953.

qui l'impose était déjà en vigueur au jour de la signature du contrat⁹⁷¹. Cette solution a été également reprise par le tribunal de commerce de Paris dans une affaire plus récente, opposant la compagnie aérienne *Cameroon Airlines* à la compagnie *Air Littoral* à propos de la résiliation de deux contrats d'affrètement, en raison du retard de paiement de factures résultant de décisions gouvernementales d'États étrangers⁹⁷². Le tribunal jugea que le fait du prince étranger n'était pas imprévisible au motif qu'il était en vigueur avant la date de conclusion des contrats en cause, dès lors les restrictions à la liberté du trafic aérien étaient prévisibles.

369. En matière d'embargo, l'appréciation du critère d'imprévisibilité au jour de la conclusion du contrat peut susciter quelques difficultés lorsque les circonstances politiques laissent entrevoir la probabilité de son intervention. Tel était le cas, par exemple du conflit irako-koweïtien de 1990⁹⁷³. En effet, si l'on considère l'appréciation du critère de l'imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat, il paraît vraisemblable que l'embargo des Nations Unies sur l'Irak à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak n'était imprévisible. Même si certaines tensions existaient dans la région avant l'invasion du Koweït, l'entreprise d'annexion du gouvernement irakien semblait en dehors de toute prévision. Ainsi, comme le relève Mme Landy-Osman, les projets d'annexion du Koweït par M. Saddam Hussein n'étaient sans doute pas de notoriété publique et la majeure partie de la population irakienne était dans l'incapacité de soupçonner l'imminence d'un tel projet⁹⁷⁴. De même, les mesures d'embargo imposées par les États-Unis à la Libye étaient considérées imprévisibles avant leurs mises en place en 1982,⁹⁷⁵ même si les circonstances donnaient fortement à penser qu'une telle mesure n'était pas à exclure. En effet, les citoyens américains résidents en Libye étaient

⁹⁷¹ Il semble en revanche que certains arbitres apprécient le critère d'imprévisibilité au moment de son intervention dans le rapport contractuel. À titre d'illustration, on citera la sentence CCI n°2139 rendue en 1974. Le litige était né à la suite de la nationalisation par un pays en voie de développement de plusieurs sociétés étrangères chargées de l'exploitation de matières premières. Ces entreprises victimes menacèrent de faire saisir les produits exportés par l'État nationalisant. L'entreprise étatique bénéficiaire de la mesure de nationalisation avait conclu des contrats avec des acheteurs, qui tirant prétexte des menaces de saisies, estimèrent qu'ils étaient en droit de dégager de leur obligation de prendre livraison des marchandises au titre de la force majeure. En l'espèce, les arbitres ont considéré que l'événement devait présenter un caractère d'imprévisible au moment où il intervenait dans le contrat litigieux. Sentence CCI n°2139 (1974), *JDI*, 1975, pp. 929 – 930. spéc. 930.

⁹⁷² T. com. Paris, 3^e ch., 9 octobre 2002, *SA Air Littoral c. Cameroon Airlines*, *Gaz. Pal.*, 4 novembre 2003, n°308, p. 24.

⁹⁷³ Pour une étude sur les mesures d'embargo commercial et militaire des Nations-Unies contre l'Irak, voir la thèse de LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.* Pour une étude générale sur le conflit irako-koweïtien de 1990, voir HAGHIGHAT Chapour, *Histoire de la crise du Golfe*. Questions au XXe siècle, Éditions complexes, 1991.

⁹⁷⁴ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁷⁵ Voir la sentence CCI, rendue dans l'affaire n°7197 (1992), *JDI*, 1993, p. 1028, obs., D. Hascher. Sentence citée par SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°305, p. 315.

contraints par les autorités américaines quelque temps avant la mise en place de l'embargo de déserrer le territoire libyen.

370. Apprécier l'imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat, s'explique pour de nombreux auteurs⁹⁷⁶ par la volonté de prendre en considération les prévisions des contractants, en particulier celles du débiteur. Ainsi, cela permet de ne pas aller au-delà des obligations acceptées par ce débiteur, puisqu'elle doit permettre de rechercher ce que les parties ont souhaité intégrer dans l'obligation contractuelle du débiteur qui invoque une force majeure. Par conséquent, rechercher la prévisibilité de l'événement au moment de la conclusion du contrat signifie pour ces partisans que la force majeure doit en matière contractuelle s'apprécier par rapport à ce qu'ont voulu et envisagé les contractants.

371. Pour d'autres au contraire, s'atteler au jour de la formation du contrat permet de sonder « la répartition explicite ou implicite des risques d'inexécution, tel qu'elle est fixée par la convention, la loi ou dans leur silence, les attentes raisonnables des parties »⁹⁷⁷. L'analyse porte ainsi pour ces auteurs sur le « lien de causalité et non le contenu précis des obligations contractuelles »⁹⁷⁸. Car certains risques prévisibles dans l'absolu peuvent ainsi avoir été légitimement pris en compte par le débiteur, peut-être parfois par le simple silence du contrat, alors que d'autres, tout aussi prévisibles, n'auront pas été pris en considération. M. Génicon ajoute à cet égard qu'il ne s'agit pas « d'établir ce à quoi le débiteur est obligé, mais d'identifier parmi les événements qui l'ont empêché de fournir la prestation, ceux qui, en vertu du contrat, de la loi ou des usages, lui permettent de s'exonérer et ceux qui ne le permettent »⁹⁷⁹. Toutefois, selon M. Gréau, une telle interprétation, c'est accorder beaucoup d'importance à la rationalité supposée des parties. Ce qui peut parfaitement se comprendre pour les grands contrats d'affaires ou encore pour certaines prestations particulières, mais sera difficilement transposable à tous les contrats. De plus, cette interprétation irait certainement à l'encontre du critère désormais légal d'un événement raisonnablement prévisible du nouvel article 1218 al. 1^{er} du Code civil français⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit.* ; CARBONNIER Jean, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, 22^e éd., PUF, 2000, n°165 ; VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice et CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n°397. Pour un exemple d'une telle analyse, Cass. com., 18 juin 2013, n°11-26. 975. Cité par BOUCARD Hélène, « la force majeure contractuelle », *op. cit.*

⁹⁷⁷ STOFFEL-MUNCK Philippe, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *Revue des contrats*, 2003, p. 59 ; THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°389.

⁹⁷⁸ GENICON Thomas, « Caractères de la force majeure : l'imprévisibilité est bien requise », *op. cit.*

⁹⁷⁹ *Ibidem*.

⁹⁸⁰ GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°65.

3- Un événement irrésistible

372. L'article 1218 alinéa 1^{er} du Code civil précise désormais que la force majeure est l'événement « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur »⁹⁸¹. Selon le rapport au président de la République, le texte reprend l'idée que la force majeure doit présenter un caractère irrésistible, tant dans sa survenance que dans ses effets. En effet, le nouvel article 1218 du Code civil semble réduire l'irrésistibilité à l'impossibilité d'empêcher les effets de l'événement et à l'impossibilité d'exécuter⁹⁸². Ainsi, l'événement doit d'une part être insurmontable dans ses effets. Si le débiteur, sans toutefois, influencer sur la survenance de l'événement, avait la possibilité d'en éviter les conséquences néfastes, il ne peut invoquer avec succès la force majeure. Concrètement, ce qui revient à apprécier l'attitude du débiteur : a-t-il pris les mesures appropriées qui auraient permis d'éviter la réalisation du dommage ? Et d'autre part, la survenance de l'événement doit être inévitable. La gravité de l'obstacle exigée par le nouvel article 1218 du Code civil est particulièrement élevée. Ainsi, la force majeure ne se conçoit qu'en cas d'empêchement rendant absolument impossible l'exécution par le débiteur de son obligation. Il faut que l'événement invoqué mette le débiteur dans l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat. En d'autres termes, il faut que la personne concernée ait été dans l'impossibilité d'agir autrement qu'elle l'a fait et que l'événement la laisse impuissante⁹⁸³.

⁹⁸¹ Toutefois, M. Gréau estime que sur ce point, le texte est « peu satisfaisant ». Car selon l'auteur, si l'on peut certes considérer que la condition tenant à un « événement échappant au contrôle du débiteur » traduit une survivance de l'extériorité. Force est de reconnaître que la clarté n'est pas de mise dans la formulation de ce qui est pourtant la quintessence de la force majeure ! Le texte semble mêler le projet TERRÉ, la position de la Cour de cassation émanant de ses arrêts du 14 avril 2006 et les idées du professeur ANTONMATTEI qui se concentrait sur l'irrésistibilité en la déclinant en 3 caractères : l'inévitabilité de l'événement (le comportement du débiteur est apprécié avant la réalisation de l'événement), l'irrésistibilité stricto sensu de l'événement (le comportement du débiteur est apprécié pendant la réalisation de l'événement) et l'inopposabilité d'exécuter créée par l'événement (le comportement du débiteur est apprécié après la réalisation de l'événement) : ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°77 et s. ; *Id.*, « Ouragan sur la force majeure », *op. cit.* ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°67 ; BROS Sarah, « La force majeure », *op. cit.*, p. 40, n°259 ; CLEMENT François, « Présentation des articles 1217 à 1218 de la nouvelle section 5 : L'inexécution du contrat » ; La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris, 30/06/2016. Par ailleurs, un autre auteur relève que cette condition d'irrésistibilité proposée par le texte n'est qu'une forme de redondance du critère d'imprévisibilité de l'événement. BOUCARD Hélène, « La force majeure contractuelle », *op. cit.*

⁹⁸² Voir sur ce point, MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 543 et s., n°593 ; FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 277, n°323 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 830 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n°788, et p. 707 ; *Mémento pratique, Droit commercial*, *op. cit.*, p. 448, n° 15123 ;

⁹⁸³ CHABAS François, « Force majeure », *Rep. civ. Dalloz*, 2002, n° 33 et s. ; ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°56 et s. ; JOURDAIN Patrice, « L'extériorité de la force majeure », *op. cit.* ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°50.

373. Aux termes de l'article 1218 du Code civil français, l'irrésistibilité implique donc d'apprécier le comportement du débiteur pendant toute la durée de réalisation de l'événement : de son fait générateur à ses conséquences. L'événement doit contraindre le débiteur à une impossibilité d'exécution même s'il a pris tous les actes nécessaires pour écarter les effets de la force majeure⁹⁸⁴. En revanche, lorsque, l'exécution de l'obligation a été simplement rendue plus difficile ou plus onéreuse, le cas de la force ne peut pas être caractérisé. Le débiteur serait responsable de n'avoir pas exécuté puisque des moyens alternatifs auraient pu être mis en œuvre pour honorer les engagements du débiteur. En effet, en matière contractuelle, la jurisprudence distingue l'exécution d'une obligation impossible, d'une difficulté accrue dans l'exécution ou de l'exécution plus onéreuse. Seule l'impossibilité de résister à la force contraignante peut-être constitutive d'un cas de force majeure. De simples difficultés, même considérables, ne sont pas prises en compte au titre de la force majeure, car les tribunaux exigent que les relations contractuelles soient impossibles à poursuivre⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ Parallèlement, dans les autres ordres juridiques nationaux, pour qu'un événement soit qualifié d'un cas de force majeure, il faudra qu'il satisfasse le critère de l'irrésistibilité. En droit allemand, par exemple, la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof) considère qu'il y a force majeure en cas d'événement qui ne peut être évité même avec la plus grande prudence raisonnablement attendue (BGH, 16 mai 2017, n°X ZR 142/15). Toutefois, en droit allemand, le système d'impossibilité d'exécuter est doté d'un contenu riche, son étendue est plus vaste que la notion d'impossibilité d'exécuter en droit français. En effet, le droit allemand prévoit différentes formes d'impossibilité à l'article §275 du BGB. Dans le cas d'un embargo, le débiteur pourrait ainsi invoquer une impossibilité légale due à une interdiction administrative d'exportation ou d'importation. Il pourrait également justifier d'une « impossibilité de fait en vertu § 275 II BGB, il est possible de refuser l'exécution si celle-ci est devenue manifestement trop disproportionnée, c'est-à-dire si aucune personne raisonnable dans la même situation ne serait prête à faire l'effort nécessaire pour réaliser la prestation contractuellement prévue. VAN OMMESLAGHE Pierre, « les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 21 et s. ; PÉDAMONT Michel, *Le contrat en droit allemand, op. cit.*; MARKESINIS Basil, Hannes UNBERATH et Anges JOHNSTON, *The German law of Contract : A Comparative Treatise, op. cit.* FROMONT Michel et Jonas KNETSCH, *Droit privé allemand, op. cit.* ; FANGYU Zhou, *La force majeure en matière contractuelle : étude comparée des droits chinois français et allemand, op. cit.*, pp. 12 et s. ; ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », *op. cit.*, pp. 25-39.

De même, dans le droit anglo-américain, la « frustration » implique que le débiteur ait accompli tous les actes nécessaires pour éviter les effets des circonstances invoquées et notamment pour les surmonter, à peine de quoi il ne saurait y avoir de « frustration ». Voir à ce sujet l'affaire *Andrew Millars Co Ltd v. Taylor Co Ltd*, 1916, 1, K.B., 403 à propos d'une mesure d'embargo, dans laquelle le juge estime « If the performance of contract becomes impossible by reason of this illegality, then both parties to the contract are discharged. But they only discharged because the performance of the contract has become impossible ». VAN OMMESLAGHE Pierre, « les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 16 et s. ; MORETEAU Olivier, *Droit anglais des affaires, op. cit.* ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon de droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.* ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°344. En droit belge et chinois, les règles demeurent dans l'ensemble les mêmes qu'en droit français. L'événement doit être irrésistible, en ce sens qu'il place le débiteur dans l'impossibilité d'exécuter les obligations découlant du contrat. Une circonstance rendant l'exécution de l'obligation simplement plus onéreuse ne constitue pas un événement libérateur de responsabilité. Pour le droit belge, VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 32 et s. Pour le droit chinois, FANGYU Zhou, *La force majeure en matière contractuelle : étude comparée des droits chinois, français et allemand, op. cit.*

⁹⁸⁵ Par exemple, un transporteur maritime promet de transporter des pèlerins en Terre sainte, cependant, une grève des marins le paralyse. Le juge considère que celle-ci n'est pas insurmontable, car il peut recourir au transport

374. Participant au concept de la force majeure, l'embargo requiert l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat⁹⁸⁶. Ainsi, si l'obligation contractuelle se heurte à une décision d'embargo qui rend l'exécution impossible, la force majeure pourra être établie et le débiteur pourra bénéficier de son effet libératoire. En revanche, si l'on souligne de la sorte ce passage de la théorie à la pratique, c'est que l'embargo ne rime pas toujours et nécessairement avec cause étrangère. À cet égard, la sentence CCI n°4462 de 1985 en témoigne⁹⁸⁷. En l'espèce, un contrat de partage de production et d'exploration a été conclu le 20 novembre 1980 entre une entreprise publique libyenne (la *NOC*) et la *Sun Oil*, filiale d'une société américaine. L'objet du contrat était de découvrir de nouvelles ressources pétrolières en Libye. Le droit applicable comprenait le droit commun libyen et la législation sur le pétrole. Le contrat comportait également une clause de force majeure. *Sun Oil* avait embauché une société américaine *Petty-Ray* afin d'effectuer dans certaines zones d'exploration une enquête sismique du sol à l'aide d'ondes sonores. Le 9 novembre 1981, le gouvernement américain adopta un texte invalidant les passeports pour les voyages en Libye sous réserve d'une autorisation expresse du secrétaire d'État. En outre, celui-ci invita les sociétés américaines à rapatrier leur personnel de Libye. Le 18 décembre 1981, la société *Sun Oil* expédia un télex à la *NOC* pour l'informer que ce texte constituait un cas de force majeure rendant l'exécution de ses obligations impossible. À cette

aérien. Il doit donc avoir une exécution par substitution, même si elle est plus onéreuse. Voir sur ce MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 547, note 52 ; Cass. 1^{er} civ., 12 juillet 2001 n°99-18231, Bull. civ. I, n°216 : Ne constitue pas un cas de force majeure, l'impossibilité invoquée par une société d'honorer son obligation d'approvisionnement, faute pour elle d'expliquer en quoi la défaillance de son propre fournisseur avait présenté un caractère irrésistible ; Cass. soc., 12 février 2003, n°99-42985, 3 arrêts, Bull. civ., V, n°50 ; *RDC* 2003, p. 59, obs. Ph. Stoffel-Munck : Le décès de l'acteur principal d'une série télévisée ne fait pas obstacle à la poursuite de la production avec un autre acteur, et partant, au maintien du contrat avec son partenaire. Voir également, sur l'obligation de sécurité de la SNCF en cas d'agression : Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, n°98-20635 : Bull. civ. I, n°323 ; *D.* 2001, p.1650, note C. Paulin : La SNCF étant tenue d'une obligation de résultat, ne constitue pas un événement de force majeure libérant l'agression d'un voyageur par un autre qui aurait pu être évitée par des contrôles destinés à assurer la sécurité des voyageurs, mais constitue une force majeure libérant la SNCF de sa responsabilité sans qu'il ne puisse être reproché à cette dernière de ne pas avoir installé des façades de quai lorsqu'un tiers, schizophrène, ceinture un autre homme sur le quai et se jette avec lui sur les rails dans un laps de temps très court : Cass. 1^{re} civ., 8 février 2018, n°17-10.516 ; *Dalloz actu.* 2018, obs. Hacene. Voir également dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n°10-15811, Bull. civ. I, n°123 ; *D.* 2011, p. 1817, note I. Gallmeitser ; *JCP G*, 2011, p. 1277, note Chr. Paulin ; *JCP G* 2011, p. 1333, n°9, obs. C. Bloch ; *RTD civ.*, p. 2011, p. 772, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2011, p.1183, obs. O. Deshayes. Par ailleurs, cette distinction permettait surtout avant la réforme du droit des contrats de ne pas admettre indirectement la théorie de l'imprévision. GRÉAU Fabrice, « force majeure », *op. cit.*, n° 70. Voir sur ce point, l'imprévision, *infra* section 2 de ce présent chapitre.

⁹⁸⁶ VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 203 et s. ; PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », *op. cit.*, p. 176 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 20 et s. ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », *op. cit.*, pp. 704 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, pp. 285 et s. ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux, op. cit.*, pp. 44 et s. ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales, op. cit.*, p.179.

⁹⁸⁷ Sentence CCI rendue le 31 mai 1985, *ILM*, 1990, vol 29, n°3, pp. 565-600.

occasion, *Sun Oil* demanda à *Pretty-Ray* de suspendre son travail et de laisser le matériel et le personnel en Libye en attendant de plus amples informations. Par la suite, le 21 mars 1982, de nouvelles mesures furent prises par le gouvernement américain. En vertu de ces dernières mesures, *Sun Oil* devait obtenir une licence pour reprendre son travail en Libye et exécuter à nouveau ses obligations. *Sun Oil* informa la *NOC* que la licence d'exportation des données techniques qu'il demanda avait été refusée et qu'il ne pouvait exécuter ses obligations sans violer le droit américain, par conséquent la situation constituait un nouveau cas de force majeure. La *NOC* contesta la force majeure et estima que le contrat n'obligeait pas *Sun Oil* à utiliser des produits particuliers, mais simplement à supporter les dépenses de certaines activités d'exportation. La *NOC* déposa ainsi une demande d'arbitrage. Les arbitres saisis de l'affaire décidèrent sur ce point qu'aucun des textes américains relatifs aux passeports et à l'exportation des données techniques ne rendait l'exécution impossible, car *Sun Oil* aurait pu embaucher du personnel non américain et acquérir la technologie nécessaire auprès des filiales au Canada, au Royaume-Uni et ailleurs sans contrevenir aux mesures d'embargo américaines. De plus, selon les stipulations contractuelles, *Sun Oil* devait explorer les zones conformément aux pratiques pétrolières modernes. Ce qui n'excluait pas l'utilisation d'autres moyens que ceux de *Sun Oil*. L'utilisation exclusive par *Sun Oil* de sa propre technologie n'était pas une condition essentielle du contrat. Ce faisant, le tribunal rejeta l'exception de force majeure. De plus, dans un litige portant sur les conséquences de l'inexécution par une société allemande d'un contrat en vertu duquel celle-ci s'engageait vis-à-vis d'une société yougoslave à livrer des camions et en assurer l'entretien dans trois chantiers d'un pays arabe, les arbitres ont conclu l'absence d'impossibilité réelle d'exécution au motif que le fait exposé par la partie allemande : « *Les représentants d'origine israélite n'auraient pas pu, pour motif racial, obtenir des visas afin d'aller sur les chantiers* » n'était pas fondé. Le tribunal arbitral considéra, en effet, que la défenderesse aurait pu faire appel à des représentants non israéliens⁹⁸⁸.

375. Dans une autre sentence rendue en novembre 2011⁹⁸⁹, les arbitres ont refusé de reconnaître un cas de force majeure, car la condition d'irrésistibilité n'était pas remplie. Dans

⁹⁸⁸ Sentence CCI rendue dans l'affaire n°1789 en 1973, cité in *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985 par S. Jarvin et Y. Derains, Collections of I.C.C. Arbitral Awards, pp. 230-231. Dans le même sens, la sentence CCI n°2216 (1974), précitée ; la sentence CCI n°7197(1992), précitée.

⁹⁸⁹ Sentence citée par GUERIF Irina, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle : l'apport de la forme du droit des contrats de 2016 et la pratique arbitrale », *op. cit.*, p. 4/22. Voir également, une autre sentence rendue en juillet 2006 par la Chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP), les arbitres ont conclu que l'empêchement de la société algérienne d'obtenir dans les délais contractuels la lettre de crédit documentaire n'était pas indépendant de sa volonté et qu'elle pouvait le surmonter en contactant d'autres banques algériennes. Affaire citée également par GUERIF Irina, *op. cit.*

cette affaire, une société suisse a conclu avec une société française plusieurs contrats de vente de céréales conformes à la législation allemande. La société suisse saisit le tribunal arbitral pour la réparation de son préjudice résultant du défaut de fourniture par la société française d'un certificat de durabilité de la marchandise. La société française oppose qu'il lui avait été impossible de délivrer un certificat de durabilité à la date de livraisons puisque la directive européenne qui l'imposait n'avait pas encore été transposée et qu'aucune instance nationale ne lui permettait d'en fournir. Elle invoqua ainsi un cas de force majeure. Or, après avoir constaté qu'aucun certificat de durabilité ne pouvait être délivré pour une marchandise produite en France par des organismes français, les arbitres soulignent d'une part que d'autres opérateurs français avaient pu obtenir de tels certificats délivrés par des organismes allemands et d'autre part, les deux parties avaient choisi, dans leur contrat, de se référer à la législation allemande qui prévoyait déjà la délivrance d'un tel certificat au moment de la conclusion de leur contrat.

376. S'agissant des tribunaux étatiques, le tribunal de commerce de Paris a pu décider dans son jugement du 9 octobre 2002⁹⁹⁰ que les décisions de certains États étrangers ne rendaient pas impossibles la poursuite jusqu'à leur terme des contrats de location, dans la mesure où les interruptions de trafic ne concernaient pas les contrats de location conclus par certains États et la société *Cameroon Airlines*. Dès lors, celle-ci avait la possibilité d'utiliser les avions affrétés pour des liaisons aériennes avec d'autres pays, tels que la Côte d'Ivoire. La condition d'irrésistibilité faisait ainsi défaut, étant donné que les restrictions édictées ne prohibaient pas tout trafic. Tel était également le cas dans une affaire qui concernait une demande de remboursement d'un voyage en raison de la guerre du Golfe. La Cour de cassation considéra que les circonstances invoquées comme constitutives de la force majeure n'étaient pas insurmontables. En effet, en l'espèce, il s'agissait d'un contrat de voyage conclu entre la société Castorama et l'ICEV *Lid'air voyages*, où ce dernier avait la charge du transport et de l'hébergement des membres du personnel de la société Castorama à Marrakech au prix de 2 848 000 francs. En raison des tensions au Moyen-Orient et dans les pays arabes, la société Castorama a en premier lieu envisagé de renoncer au voyage avant de finalement maintenir sa réalisation. Toutefois, à la veille de la guerre en Irak, elle décida d'annuler le voyage en raison de l'aggravation de la crise du Golfe. En conséquence, elle exigea le remboursement de la totalité des sommes versées à l'organisateur du voyage en invoquant pour justifier la rupture unilatérale du contrat, la force majeure résultant de la guerre du Golfe. La société Castorama fait grief à l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, d'avoir décidé que la circonstance invoquée

⁹⁹⁰ Tribunal de commerce de Paris 3^e ch., 9 octobre 2002, *SA Air Littoral c. Cameroon Airlines*, précité.

n'était ni imprévisible ni inévitable. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que « *n'est pas insurmontable la guerre du Golfe, à l'égard d'un contrat de voyage au Maroc qu'elle ne rend pas impossible, mais incite seulement les touristes à la prudence* »⁹⁹¹.

377. Ces différentes illustrations révèlent que la jurisprudence arbitrale et étatique est assez sévère dans l'appréciation du critère d'irrésistibilité en matière d'embargo puisqu'elles retiennent que la difficulté d'exécuter ou que le fait que l'exécution soit rendue plus onéreuse ne suffit pas à caractériser l'embargo d'un cas de force majeure. Or, il ne peut être exigé d'un contractant qu'il transgresse l'interdit d'une loi de police pour remplir ses obligations contractuelles au motif que le fait du prince ne constitue pas une impossibilité matérielle. En effet, il arrive parfois que le débiteur se trouve sous l'emprise d'une injonction de la puissance publique à laquelle il doit se soumettre. En cas de méconnaissance de l'embargo par le débiteur, celui-ci peut ainsi, se voir imposer des sanctions pénales, administratives ou encore purement civiles non négligeables. L'administration américaine du commerce extérieur a sanctionné, par exemple, des entreprises européennes par une amende d'un million de dollars par l'interdiction de recevoir des exportations en provenance des États-Unis en raison des violations des interdictions américaines à la réexportation⁹⁹². La menace sérieuse d'une punition par un gouvernement étranger peut justifier que ce fait du prince soit regardé comme n'appelant pas un devoir de le surmonter⁹⁹³. De plus, il se peut que les autorités locales demandent aux entreprises d'exécuter le contrat malgré l'existence des mesures d'embargo. Un tel ordre peut être ordonné par les tribunaux du pays auteur de la décision d'embargo. Ainsi, le tribunal néerlandais avait obligé *Sensor* à livrer l'équipement malgré l'embargo américain⁹⁹⁴. Le gouvernement lui-même peut contraindre les entreprises à ne pas se conformer aux sanctions économiques étrangères. Dans le passé, le gouvernement français, par exemple, avait obligé la filiale française d'*American Dresser Industries* à respecter son contrat et à livrer des

⁹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, Bull. civ. I, n°346 ; *JPC G* 1999, II 10106, note Y. Dagonne-Labbé. Dans le même sens, l'arrêt du 5 mai 1980 de la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans lequel la Cour de cassation a jugé que ne constitue pas un fait du prince l'expédition, le transport et la réception de céréales sous couvert de titres de mouvement inadéquats alors même que l'intéressé l'ignorait, car s'il était difficile pour lui de vérifier l'exactitude des titres, cela n'était pas insurmontable. Cass. crim., 5 mai 1980, *JCP CI*, 1980, p. 8944.

⁹⁹² Voir sur ce point, *supra*.

⁹⁹³ GROSSFELD Bernhard et ROGERS C. Paul, « A shared value approach to jurisdictional conflicts in international economic law », *ICLQ*, 1983, pp. 945-946 ; LOWENFELD Andreas F., « Sovereignty, Jurisdiction and Reasonableness, A Reply to A. V. Lowe », *AJIL*, 1981, 629 ; BASEDOW Jurgen, « Private Law Effects of Foreign Export Controls », *German YB Int'l. L.*, 1984, 109, 135 ; KINSCH Patrick, *Le fait du prince*, *op. cit.* ; HOTTE Simon, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, t. 28, Doctorat & notariat, Defrénois p. 352, n°954 ; HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », *op. cit.*, p. 109.

⁹⁹⁴ Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, affaire du *gazoduc sibérien*, affaire précitée.

compresseurs pour le gazoduc soviétique. Mais seuls ceux prêts à être expédiés devaient être livrés⁹⁹⁵.

378. Ainsi, la théorie de la force majeure manifeste les limites de la volonté de l'Homme dans certains cas. Celle-ci est impuissante à surmonter l'obstacle qui se dresse à l'exécution de l'obligation contractuelle. Dès lors, si les modalités prévues d'exécution deviennent impossibles, il y'a force majeure que pour autant qu'il n'existe aucun moyen d'exécuter l'obligation conformément au contenu du contrat. L'impossibilité absolue d'exécution dépend davantage du contenu du contrat que de l'événement lui-même et surtout de la nature des objets du contrat⁹⁹⁶. Nombreuses sont à cet égard des décisions arbitrales et étatiques qui retiennent qu'une inexécution d'une obligation monétaire ne constitue pas un cas de force majeure. En matière d'embargo, une sentence rendue dans l'affaire CCI n°7575 en 2002⁹⁹⁷ à propos des mesures d'embargo décrétées par la communauté internationale à l'encontre de la Yougoslavie a rappelé cette règle. En effet, l'arbitre unique déduit qu'« *il doit être relevé dans un sens que l'embargo empêche, non les intérêts de courir, mais leur versement, car il interdit tout transfert de fond vers le pays cible de l'embargo. En revanche et comme l'a relevé le conseil de la demanderesse durant l'audience, rien n'empêche le ressortissant du pays touché par l'embargo de payer les sommes qu'il doit* ». À première vue, l'affirmation peut se comprendre dans la mesure où il ressort de la sentence de l'arbitre unique l'exigence de ne pas faire peser sur la partie créditrice les conséquences financières de l'embargo et le principe qu'aucune partie ne peut tirer profit de son défaut d'exécution.

379. De même, une juridiction anglaise a rendu en date du 2 septembre 1987⁹⁹⁸ une décision similaire à propos d'une mesure de gel adoptée en 1986 par les États-Unis contre la Libye. En

⁹⁹⁵ BLAIR Ho, « Towards a workable System of Contracts on the Export of Technology – Export Controls on Non-military Goods and Technology : Are We Penalizing the Soviets or Ourselves ? », *Texas, International Law Journal*, 1986, pp. 363-369. Voir également sur ce point, VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 205, n°19.

⁹⁹⁶ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 182 et s. Voir aussi, VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, pp. 203-204.

⁹⁹⁷ Sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI, n°7575 en 2002, *Chronique des sentences arbitrales, J.D.I.*, n°4, octobre 2020, obs. A. Carlevaris, p. 1378. Voir également la sentence 187 du tribunal des différends irano-américains rendue en 1987, *Williams v. Iran*, 17 Iran-U.S.C.T.R., p. 269, dans laquelle le Tribunal considéra que les mesures de blocage des avoirs iraniens imposées par les autorités américaines ne constituaient pas une impossibilité insurmontable pour banque iranienne, dès lors, que cette dernière avait la possibilité de payer au travers des banques non américaines.

⁹⁹⁸ High Court of Justice, 2 septembre 1987, *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company*, *ILM*, 1987, vol. 26, n°6, pp. 1600-1636. Voir sur ce point : CRANSTON Ross, « The Libyan Arab foreign Bank Case », *JBL*, 1987, november, pp. 499-504 ; WEISBURG Henry, « Unilatéral Economic Sanctions and the Risks of extraterritorial Application : the Libyan Example », *NYUJILP*, 1986-87, vol. 19, pp. 993-1011.

l'espèce, une banque libyenne contrôlée par L'État libyen ouvrit un compte en dollar à Londres dans une succursale d'une banque américaine. Toutes les opérations concernant le compte à Londres transitaient par la banque américaine à New York. À l'issue des protestations de la banque libyenne, un autre compte en dollar fut ouvert à New York en dollar par la banque américaine pour la banque libyenne. Il servait aussi à transférer des fonds sur le compte londonien. Entre le 7 et 8 janvier 1986 à 14 heures, des sommes d'argent devaient être transférées du compte new-yorkais au compte londonien. Cependant, le transfert n'a pas été fait. À 16 heures 10 du 8 janvier 1986, le gouvernement américain adopta un *Executive Order* gelant tous les avoirs appartenant au gouvernement libyen et à ses entreprises publiques situées sur le territoire des États-Unis, détenus par des Américains y compris les succursales américaines à l'étranger. Le 28 avril 1986, la banque libyenne envoya un télex à la succursale à Londres lui demandant de payer la somme de 131 millions de dollars inscrit au crédit du compte londonien sous forme d'un billet à ordre ou en espèces. Le 23 décembre 1986, la banque libyenne réitéra sa demande permettant de surcroît à la succursale de se libérer en livres sterling. La succursale américaine refusa d'exécuter au motif que cela constituait une violation du droit américain. La banque libyenne saisit les juridictions anglaises pour le paiement de la somme au crédit du compte londonien et l'une des trois sommes qui devaient être transférées du compte new-yorkais au compte londonien. La Cour supérieure de justice fit droit à la demande de la banque et condamna ainsi la succursale à payer en espèces soit en dollars soit en livre sterling la somme inscrite au crédit du compte à Londres aux motifs que le versement en dollars n'implique pas la commission d'un acte illégal à New York et que celui du sterling n'a pas été exclu par les stipulations contractuelles.

380. Il peut en outre être observé que la chambre commerciale de la Cour de cassation a également récemment réaffirmé ce principe dans une formule péremptoire : « *Le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* ». ⁹⁹⁹ La conclusion qui s'impose est qu'aucun événement n'exonère de sa responsabilité le débiteur d'une obligation portant sur une somme d'argent. Comme le fait justement remarquer M. Bénébent, « il n'existe pas de force majeure financière en raison de la possibilité de remplacement de la monnaie » ¹⁰⁰⁰. D'ailleurs, les obligations portant sur de tels biens sont qualifiées par certains auteurs d'obligations de résultat absolu, car

⁹⁹⁹ Cass. com., 16 septembre 2014, n°13-20.306, Bull. civ. IV, n°218; *RJDA*, 12/14, n°886 ; *JCP* 2014, p. 1117, note V. Mazeaud, *D.* 2014, p. 2217, note François ; *RDC* 2015, p. 21, obs. Laithier. Voir dans la même affaire : Cass. 1^{re} civ., 23 avril 1969, Bull. civ., I, n°138 et n°141, Paris, 19 avril 1991, *D.*, 1992, Somm., 199, obs. Paisant.

¹⁰⁰⁰ BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2021, n°352.

la force majeure ne libère pas le débiteur¹⁰⁰¹. C'est l'insurmontabilité dans l'exécution d'une obligation portant sur une chose de ce genre qui est mise en cause¹⁰⁰².

381. Il est opportun, par ailleurs, de signaler que l'irrésistibilité n'est pas systématique. En effet, comme nous avons pu mentionner, aucun événement n'est en soi une force majeure (ni le fait du prince, ni la maladie, ni la grève...). Chaque phénomène doit être apprécié suivant toutes les circonstances de l'espèce en particulier son intensité causale afin de déterminer quel a été son impact pour le défendeur. À l'heure actuelle, une partie de la doctrine¹⁰⁰³ et la jurisprudence parfois fluctuante¹⁰⁰⁴ estiment que l'impossibilité d'exécution de l'obligation, en matière

¹⁰⁰¹ STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Droit civil. Obligations. Contrat*, t. 2, 6^e éd., Paris, Litec, 1998, p. 408; NUSSBAUM Arthur, « Money in the law National and International. A comparative Study in the Borderline of Law and Economics », in *Brooklyn by Foundation Press*, 1950, p. 144; SOUSI Gérard, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982, pp. 514-537.

¹⁰⁰² En droit français, on considère traditionnellement qu'il est impossible ou *a minima* très difficile, d'invoquer avec succès la force majeure si l'obligation porte sur une chose de genre. Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2001, n°99-18231, Bull. civ.I, n°216, à propos d'une substance agroalimentaire. Les choses de genre sont des choses fongibles, elles sont interchangeables. : ex. : blé, argent... COURBE Patrick et LATINA Mathias, *Droit civil, les biens*, Memento, 9^e éd., 2019. L'insurmontabilité dans l'exécution d'une obligation portant sur une chose fongible est à l'origine d'un adage connu de plusieurs droits nationaux : *genera non pereunt* (les choses de genre ne périssent pas). Cela permet d'affirmer que le débiteur d'une chose de genre « est toujours à même de la remplacer en rachetant une autre ». MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, op. cit.*, n°1585 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°71. Si un événement affecte une chose fongible, le débiteur devra quand même exécuter son obligation en substituant une autre chose de la même espèce, de la même quantité que celle prévue à l'origine. Dans l'hypothèse où les marchandises auraient déjà été achetées en dehors d'un territoire qui formule l'interdiction, ses restrictions à l'exportation n'auront en général aucun effet sur la livraison. Les prohibitions à l'exportation adoptées par un pays en particulier ne peuvent constituer un cas de force majeure que dans le cas où le contrat précise l'origine des marchandises, le lieu d'exécution et qu'en plus, il est clairement écrit que le débiteur ne livrera rien d'autre d'équivalent. De ce fait, un contrat de livraison de pétrole n'est pas affecté, si le vendeur avait l'intention de livrer du pétrole en provenance de l'Israël, mais que le contrat n'avait pas spécifié cette provenance. En effet, si le contrat ne concerne que la livraison de pétrole, sans indication de son origine, le vendeur pourra toujours se fournir du pétrole, d'une source autre que la mer du nord : *Bulk Oil (Zug) Ltd. c. Sun International Ltd.*, Court of Appeal 1983, 1 WLR (1984), 147. Voir également, la sentence CCI n°3952 (1982) citée dans W. Melis, « Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration », *J.I.A.*, 1984-3, pp. 213- 221 ; la sentence CCI n°7094, A.C.S., 24 janvier 2003, inédite.

¹⁰⁰³ DEJEAN DELABATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, thèse, *op. cit.*, n°102 et s. ; MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, op. cit.*, n°1572 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018, p. 548, n°954 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 830, n°2441 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Exonération de responsabilité contractuelle. — Inexécution imputable à une cause étrangère », *op. cit.*, n°10 ; GASTEBLED Étienne, « Le clair-obscur de la force majeure en matière contractuelle face au covid-19 », *Lextenso, Actu-Juridique.fr*, 10 avril 2020.

¹⁰⁰⁴ Il est vrai qu'il n'est guère simple en la matière d'établir une distinction entre une appréciation *in abstracto* circonstancielle et une appréciation *in concreto* tant l'appréciation de l'irrésistibilité est susceptible de varier en fonction de l'intensité que la jurisprudence souhaite donner à l'obligation litigieuse. En effet, on constate qu'il existe des arrêts dans les deux sens. Tantôt, ce qui est le cas général, les tribunaux ne retiennent que des circonstances abstraites, telles que le temps, le lieu, les événements politiques... (voir note 124). Tantôt, mais plus rarement, les tribunaux sont plus indulgents et font état de faiblesses personnelles au débiteur afin de juger l'événement : Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1989, n°87-17.236, *RTD civ.*, 1990, p. 488, obs. Jourdain ; CJCE, 17 septembre 1987, *D.* 1988. Somm., p. 171, obs. Cartou, ce qui peut être interprété comme un choix en faveur de l'appréciation *in abstracto*.

contractuelle, devra s'apprécier de manière *in abstracto* circonstancielle, c'est-à-dire par comparaison avec un individu ordinaire, normalement diligent, placé dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et de conjoncture. Nombreuses sont à cet égard des décisions judiciaires qui se réfèrent à un événement « normalement » irrésistible¹⁰⁰⁵. Autrement dit, celui dont on ne pouvait pallier les inconvénients par des mesures satisfaisantes.

382. En conclusion, l'étude des décisions montre que pour produire un effet exonératoire, l'embargo doit aux termes du nouvel article 1218 du Code civil français être certes avec une certaine variation à la fois imprévisible, irrésistible et enfin la définition pourrait faire également référence à la condition d'extériorité. Dans la mesure où la précision est donnée, que l'événement doit « échapper au contrôle du débiteur ». Toutefois, il appartiendra à la jurisprudence d'interpréter cette condition d'événement échappant au contrôle du débiteur qui semble, pourtant, bien, faire référence à l'extériorité du débiteur¹⁰⁰⁶. Ainsi, dans les faits, si la première condition est par hypothèse, présente en cas d'embargo, il en va autrement de l'extériorité et de l'irrésistibilité de l'événement. De fait, le caractère de force majeure de la décision d'embargo est discutable. En effet, des doutes peuvent être émis sur l'extériorité de l'embargo, s'il vient en réaction au comportement fautif du débiteur de l'inexécution de l'obligation ou lorsqu'il est invoqué par l'État émetteur ou par ses émanations. De même, la condition d'irrésistibilité, condition essentielle à la notion de force majeure, semble faire souvent défaut en matière d'embargo, étant donné que les juridictions tant étatiques qu'arbitrales refusent d'exonérer le débiteur de sa responsabilité contractuelle lorsqu'elle ne rend pas absolument impossible l'exécution du contrat. Une telle sévérité dans l'appréciation des conditions de la force majeure explique pourquoi les opérateurs du commerce international prévoient généralement d'insérer au moment de la rédaction du contrat une clause de force majeure dans laquelle ils fixent les conséquences que devra produire la survenance d'un événement de force majeure sur l'exécution du contrat et sur la responsabilité contractuelle.

Paragraphe 2 : Existence des clauses de force majeure exonérant le débiteur de sa responsabilité

383. La complexité de certaines opérations commerciales internationales et la durée requise pour leur réalisation augmentent d'autant la probabilité de survenance d'événement pouvant

¹⁰⁰⁵ Cass. 2^e civ., 6 juill. 1960, Bull. civ.II, n°439. Cass. 2^e civ., 4 oct. 1961, Bull. civ. II, n°627, *D.* 1961. 755, note Esmein. Voir également sur ce point ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10^e éd., *op. cit.* ; GREAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n° 74 et s.

¹⁰⁰⁶ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 833, n°2446.

heurter l'exécution d'un contrat international que les parties ne peuvent surmonter¹⁰⁰⁷. Ce faisant, dans la plupart des contrats internationaux, les parties prennent le soin d'organiser les effets de leur convention en prévoyant des clauses de force majeure dès la conclusion de leur contrat que les arbitres et les juges appliqueront dans l'hypothèse d'un litige. La clause de force majeure constitue ainsi une « soupape contractuelle »¹⁰⁰⁸ dont le but est d'adapter le contrat aux évolutions conjoncturelles telles que la survenance des mesures d'embargo.

Force est de constater que la pratique contractuelle révèle que les parties ont tendance à inclure dans leur contrat des clauses de force majeure faisant référence à l'embargo en tant que cause exonératoire (B). Cependant, avant d'aborder ce point, il semble nécessaire d'analyser la pratique contractuelle des parties concernant les clauses de force majeure (A).

A- La pratique contractuelle des parties concernant les clauses de force majeure

384. Comme il a justement été observé, la force majeure est présente et admise dans la plupart des systèmes juridiques. Dans ces conditions, il pourrait paraître superflu d'insérer dans les contrats une clause de force majeure dans la mesure où la plupart des lois admettent l'effet libératoire de la force majeure en dehors d'une stipulation contractuelle expresse¹⁰⁰⁹. D'ailleurs, M. Kinsch souligne à cet égard que « les clauses de force majeure ne servent plus aujourd'hui à fonder la libération du débiteur ; celles-ci résultent du droit commun et indépendantes de la présence ou de l'absence d'une clause de force majeure dans le contrat »¹⁰¹⁰. De même, comme on a pu l'étudier, alors même que seule la loi du *for* est applicable à un contrat, il sera possible de prendre en considération une norme étrangère en vue d'enrichir un concept général de la loi du contrat, et notamment le concept de force majeure exonératoire¹⁰¹¹. Toutefois, ce type de

¹⁰⁰⁷ KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 468 et s. ; MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°2, pp. 281-334. BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°50 et s.

LOQUIN Éric, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *op. cit.*, pp. 94 et s. ; ANTOINE Julien, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA*, 2004, p. 80.

¹⁰⁰⁸ Cette expression est celle utilisée par BLANCO Dominique, *Négociation et Rédaction d'un contrat international*, Dunod, 1993, p. 176.

¹⁰⁰⁹ BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n°745 et s.

¹⁰¹⁰ Voir aussi sur ce point, KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, p. 301, n°228 ; KINSCH Patrick, « L'incidence des lois étrangères sur l'activité bancaire », in *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017, p. 59. Voir pour une approche de la même idée LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n°5 et s. L'auteur doute également que la rédaction des clauses de la force majeure soit aussi nécessaire notamment au regard du droit français, tant la jurisprudence et maintenant le Code civil se sont emparés de la notion.

¹⁰¹¹ Voir *supra*, chapitre 2 titre 2 partie 1 de cette présente thèse.

clause, très prisé de la pratique contractuelle, est d'une grande utilité. En effet, la clause de force majeure permet d'affiner et d'adapter la notion de force à l'opération contractuelle envisagée et à ses conditions d'exercice. Elle revêt d'autant plus un intérêt supplémentaire permettant d'éviter les interprétations divergentes de la force majeure dans les différents systèmes juridiques. En sus, rares sont les contrats internationaux qui ne prévoient pas aujourd'hui des clauses de force majeure, encore plus lorsque la durée du contrat est conséquente¹⁰¹². De plus, elles sont présentes dans des contrats types comme celle de la CCI¹⁰¹³ et dans des formulaires internationaux comme les formulaires de la FIDIC pour les travaux électriques, mécaniques et d'ingénierie civile.

385. En droit français, les dispositions relatives à la force majeure n'étant pas d'ordre public en matière contractuelle, les parties sont libres d'aménager les conditions et les effets de la force majeure¹⁰¹⁴. Cette liberté est expressément prévue par le nouvel article 1351 du Code civil français qui autorise le débiteur à se décharger d'exécuter le contrat en dépit de la force majeure¹⁰¹⁵. Ainsi, les parties peuvent désigner elles-mêmes les événements qu'elles considèrent comme constitutifs de force majeure et les conséquences qu'ils produisent sur le lien contractuel. À cette occasion, elles peuvent décider d'adopter une conception plus extensive ou restrictive que celle que retiennent habituellement la loi ou la jurisprudence. Comme l'écrivent MM. Fontaine et De Ly, « Il s'agira de caractériser conventionnellement une hypothèse qui s'écarte plus ou moins des critères du droit applicable, soit en élargissant la

¹⁰¹² Voir sur ce point, KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *op. cit.* ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°55 et s. ; FONTAINE Marcel, « les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *DPCI*, 1979, pp. 469-505 ; RIVKIN David R., « Lex mercatoria and force majeure », in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Dossier de l'institut, ICC Publication, 1993, p. 161 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 195 ; KATSIVELA Marel, « Contracts : Force majeure concept or Force majeure clauses ? », *Uniform Law Review* 2007, vol. 12, afl. 1, pp. 101-120 ; DRAETTA Ugo, « Force majeure clauses in international trade practice », *RDAL*, 1996. 547 ; DRAETTA Ugo, « Les clauses de force majeure et de Hardship dans les contrats internationaux », *RDAL*, 2002, n°1, p. 347 ; MAGAR Fabrice, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Recueil Dalloz*, 2010. 1959 ; FAIRGRIEVE Duncan, « L'impact de la force majeure dans le common law », *op. cit.*, p. 2 ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n°746.

¹⁰¹³ Voir en ce sens, la Clause de Force Majeure ICC 2003. Cette clause à laquelle les parties contractantes peuvent expressément faire référence est particulièrement élaborée pour les contrats internationaux.

¹⁰¹⁴ VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 13 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 48 ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n°2 ; *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, p. 443, n° 15080 ; BÉNABENT ALAIN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°438 ; STOFFEL-MUNCK Philippe, obs. *JCP* 2006, I, 115, n°13, sous Cass. 3^e civ., 31 oct. 2006, Bull. civ. III, n°212.

¹⁰¹⁵ Article 1351 du Code civil français, « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure ».

définition, soit en incluant dans la liste des événements qui ne relèveraient pas nécessairement de la force majeure »¹⁰¹⁶. Ainsi, dans le domaine international, on identifie trois façons essentielles dont les parties ont l'habitude d'aménager la notion de force majeure¹⁰¹⁷. Tout d'abord, les parties énumèrent souvent une série d'événements qu'elles qualifient de force majeure (guerre, les actes gouvernementaux, rébellion...). La liste des événements constitutifs de cas de force majeure peut être à titre indicatif ou limitatif¹⁰¹⁸. Ensuite, la clause peut agir par exclusion en prévoyant expressément les cas dans lesquels la force majeure ne saurait être admise. Enfin, plutôt que procéder à une énumération, elles peuvent stipuler une définition abstraite de la force majeure en caractérisant l'événement¹⁰¹⁹. Par exemple, elles peuvent se contenter de se référer à des définitions données par des droits internes ou aux textes internationaux¹⁰²⁰. Elles peuvent aussi choisir leur propre définition de la force majeure en ne retenant qu'un seul des critères la caractérisant traditionnellement¹⁰²¹. Ainsi, en droit français,

¹⁰¹⁶ FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Forum Européen de la communication, 2003, p. 437.

¹⁰¹⁷ KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 460 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embarco en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 301 ; *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n° 15083 et s. ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, pp. 361 et s. ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n° 105 et s. ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n° 19 et s. ; VALDELIÉVRE Guillaume, « La clause de force majeure à l'épreuve de l'épidémie de Covid-19 », *RLDC*, décembre 2020, n° 187, pp. 32-33.

¹⁰¹⁸ Sur les modalités de la rédaction de la clause de force majeure, voir VAN OMMESLAGHE Pierre « Les clauses de force majeure et d'imprévisions (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 41 et s. ; FONTAINE Marcel, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses*, Feduci, Forum européen du droit et des usages du commerce international, 1989, pp. 215 et s. ; FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.* ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n° 59 ; *Mémento pratique. Droit commercial*, Francis Lefebvre, *op. cit.*, n° 15080 et s. ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*

¹⁰¹⁹ KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 470 ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n° 20 et s.

¹⁰²⁰ Article 17- 2 de la Convention CMR de Genève du 19 mai 1956 et Article 79-1 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise du 11 avril 1980. Voir aussi les dispositions de la *lex mercatoria* : article 7.1.7 des Principes Unidroit, intitulé « Force majeure » et Article 8.108 des Principes du droit européen des contrats (PDEC).

¹⁰²¹ Voir, pour exemple, la sentence *ad. Hoc* rendue le 9 septembre 1983, précitée. Dans cette affaire, les contractants avaient décidé d'assouplir les conditions d'appréciation de l'irrésistibilité de la force majeure en atténuant ainsi l'exigence d'impossibilité absolue : « *Est considérée force majeure tout événement extérieur, survenu après la conclusion du contrat et que les parties ne pourront prévenir qu'avec un effort raisonnable* ». Les clauses suivantes en témoignent également : « *On entend force majeure pour l'exécution du contrat tout acte ou événement imprévisible, irrésistible hors du contrôle des parties et qui ne pourra être empêché par ces derniers malgré des efforts raisonnables possibles* », citée par FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.*, p. 438. « *As events of force majeure exonerating the contracting parties during the time of the force majeure from their contractual obligations and all consequences reated exlusively thereto, will be considered unforeseen events beyond the control of the contracting parties, which occurred after the making of the contract and which could not be avoided by the contracting parties with the exercise of due diligence and which render fulfillment of contractual obligations impossible (...)* », article 19 du contrat conclu entre une société allemande et un organisme de commerce extérieur polonais, affaire *RolimpeX*, précitée.

les parties peuvent à cette occasion chercher à dissiper des doutes produits par une règle confuse ou encore à combler ce que le droit n'a pas envisagé. En effet, comme on a pu l'observer, en dépit de la réforme du droit français, l'incertitude demeure quant à l'exigence du critère d'extériorité de l'événement. Les parties peuvent, par exemple, chercher à dissiper des doutes persistants sur le critère d'extériorité, en écartant purement et simplement cette exigence ou non et, le cas échéant, en le définissant également¹⁰²².

386. En outre, les clauses de force majeure sont généralement rédigées de manière à offrir aux parties l'occasion de modifier les obligations des parties, par exemple, les parties peuvent renoncer à invoquer la force majeure pour s'exonérer de leurs obligations¹⁰²³. Inversement, le débiteur s'engage à supporter les risques d'inexécution même si la véritable cause de l'inexécution est la force majeure¹⁰²⁴. Dans la même logique, la liberté contractuelle permet aux parties d'une part de préciser l'effet exonératoire et le sort du contrat en cas d'inexécution temporaire ou définitive¹⁰²⁵, et d'autre part, de prévoir et d'organiser une procédure particulière de notification du cas de force majeure au créancier. À ce sujet, bien qu'en pratique des contrats soient en général silencieux sur la forme et le délai dans lesquels une partie portera à la connaissance de l'autre l'existence d'un cas de force majeure l'empêchant d'exécuter le contrat, certains sont très précis, exigeant une communication immédiate ou dans les plus brefs délais

¹⁰²² Tel est le cas en droit anglais. En effet, outre le fait que la rédaction d'une clause de force majeure est impérative en droit anglais (Voir sur ce point : LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n°7 et s.), l'insertion d'une clause de force majeure, à l'instar du droit français, permet d'éviter, dans une certaine mesure, la sévérité des juges anglais face à l'application de la force majeure. Ainsi, les cocontractants anglais ont tendance parfois à se contenter du seul critère d'irrésistibilité de l'événement pour caractériser la force majeure afin d'éviter les contentieux ultérieurs sur le point de savoir si l'événement était, en outre prévisible ou non lors de la conclusion du contrat, ou si l'événement l'était, mais pas ses conséquences. Pareillement, la similitude entre l'extériorité et le *self-inducement* en droit anglais, explique le fait qu'il n'est pas rare en pratique que les parties articulent la force majeure et l'exonération de responsabilité pour écarter (ou atténuer) la responsabilité du débiteur. Voir sur cette question : HEINICH Julia, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, *op. cit.*, n°3007 ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.* n°21 et s. Sur la distinction entre le critère d'extériorité et le *self-inducement*, voir : *Maritime National Fish v Ocean Trawlers* (1935) AC 524 7.

¹⁰²³ Il s'agit ici d'une clause garantissant la force majeure (autrement dit, clause de garantie). Tel est le cas du locataire de matériel qui au terme du contrat de location prend en charge toutes les détériorations et pertes dues à tous les cas de force majeure. Voir sur ce point GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°106 ; *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n° 15086 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°947 ; DROSS William, *Droit des biens*, 4^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2019, n°836.

¹⁰²⁴ Il s'agit en ce sens d'une clause de risque. Voir le nouvel article 1351-1 du Code civil français : « Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose ». Voir aussi sur la clause de risque, BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°72 ; DROSS William, *Droit des biens*, *op. cit.*, n°836.

¹⁰²⁵ Voir sur ce point le chapitre 2 de présent titre.

ou bien encore sans délai. En effet, les parties peuvent prévoir d'autres modalités de communication notamment, télex, télégramme, fax, lettre recommandée, ou e-mail. Elles peuvent aussi laisser au débiteur la liberté de choisir le moyen pourvu qu'il s'agisse d'un écrit. Mais dans la plupart des contrats, le débiteur doit joindre des preuves du cas de force majeure telles que des documents confirmant l'existence du cas de force majeure, tels que les certificats délivrés par la Chambre de commerce, par le ministère des Affaires étrangères, les textes législatifs ou gouvernementaux officiels imposant une mesure d'embargo, un boycott, une interdiction d'investir ou gel. Par conséquent, si le débiteur ne respecte pas cette notification, il sera alors condamné à payer des dommages-intérêts, car en oubliant de prévenir l'autre partie, il commet une faute qui engage sa responsabilité contractuelle. Par ailleurs, lorsque la clause de force majeure prévoit les conditions de sa mise en œuvre, cela permet de réduire significativement le débat juridictionnel sur cette preuve¹⁰²⁶.

387. Les clauses relatives à la force majeure sont en principe valables si elles ne touchent pas l'essence du contrat¹⁰²⁷ et ne confèrent pas au débiteur la faculté discrétionnaire de ne pas exécuter le contrat¹⁰²⁸. Les juges et les arbitres sont tenus de les appliquer, et ce, à l'exclusion de toute *lex contractus*¹⁰²⁹. Ils doivent les respecter, en se contentant de constater la survenance de l'événement visé par la clause, sans avoir à rechercher si les critères légaux ou jurisprudentiels sont remplis¹⁰³⁰. On citera à titre d'illustration la sentence rendue sous l'égide de la CCI de 1985¹⁰³¹. En l'espèce, le litige opposait la commission à l'énergie atomique du Pakistan (P.A.E.C.) à une société française, la société française pour les techniques nouvelles (S.G.N.) où cette dernière devait fournir une usine de cisaillement nécessaire au retraitement des combustibles irradiés. Les parties avaient demandé à l'arbitre de déterminer si la clause de force majeure se suffisait à elle-même ou s'il convenait de recourir à la définition légale de la

¹⁰²⁶ VALDELIÉVRE Guillaume, « La clause de force majeure à l'épreuve de l'épidémie de Covid -19 », *op. cit.*, p. 33.

¹⁰²⁷ Voir à ce sujet Cass. com., 8 juillet 1981, n°79-15.626, Bull. civ. IV, n°312 ; *RTD civ.*, 1982. 425, obs. Durry. Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé qu'une clause élargissant la force majeure est valable, sauf à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Dans ce cas, la clause sera réputée non écrite. Voir en ce sens le nouvel article 1170 du Code civil français. Voir également une décision similaire : CA Pau, 16 février 2012, *Juris-Data* n°10. 01278.

¹⁰²⁸ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10^e éd., *op. cit.*, n°953.

¹⁰²⁹ LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p.48.

¹⁰³⁰ FARGES Bertrand, *Droit des obligations*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 272, n°322.

¹⁰³¹ Sentence CCI n°4600, *I.J.J.A.*, 25 juillet 1995, spéc. 53. Voir également en ce sens des décisions étatiques : CA Versailles, 12 décembre 1996, *RJDA* 1997 n°906 ; Cass. com., 9 décembre 1986, *BRDA*, 3/87, p. 2 ; Cass. com., 8 juillet 1981, précité.

force majeure, la loi française étant le droit applicable au contrat. En effet, le contrat conclu entre les parties définissait dans son article III.8.1 la force majeure comme : « Tout événement qui empêche ou retarde inéluctablement l'exécution (...) ». En revanche, la clause ne faisait référence qu'aux seules conditions d'extériorité et d'irrésistibilité. L'arbitre répondit qu'« *il n'existait aucun motif de combler cette omission par référence à la loi applicable au contrat à moins que les dispositions de cette loi soient impératives* ». Ainsi, seules la précision et la clarté d'une clause de force majeure lui assureront une pleine efficacité en cas de survenance d'un tel événement.

388. Or, comme le relève M. Antonmattei, « la pratique relève souvent une négligence des partenaires contractuels lors de la rédaction de cette clause. Cédant à la facilité des clauses de style, dont l'ambiguïté est pourtant largement avérée, les cocontractants se soucient peu des conditions de l'exonération croyant sans doute être à l'abri d'un coup du sort »¹⁰³². Elles offrent, par conséquent, aux arbitres et aux juges des difficultés d'interprétations. Ainsi, lorsque les parties ne s'expliquent pas en termes clairs sur leur conception de la force majeure, comme a pu l'observer M. Van Ommeslague, dans le doute, les juges auront tendance à appliquer le droit positif alors même que ce droit consacre une conception plus rigoureuse de la force majeure que celle qui se tend à se développer dans la pratique internationale¹⁰³³. Tel fut le cas par exemple dans le litige opposant la compagnie aérienne *Cameroon Airlines* à la compagnie *Air Littoral*¹⁰³⁴. Le tribunal de commerce de Paris avait estimé qu'il lui appartient de rechercher en fonction de la *lex-contractus* si les conditions d'imprévisibilité et d'impossibilité étaient réunies pour permettre à *Cameroon Airlines* d'invoquer la force majeure. Dans la mesure où la stipulation conventionnelle n'était pas d'une très grande précision. Toute ambiguïté dans la rédaction de la clause est donc susceptible de la neutraliser¹⁰³⁵. De plus, comme le soulignent M. Ferjani et Mme Huet : « Ce n'est pas parce que le contrat est l'expression d'une volonté

¹⁰³² ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, op. cit., p. 131.

¹⁰³³ VAN OMMESLAGUE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », op. cit., p. 41.

¹⁰³⁴ Trib. com. Paris, 3^e ch., 9 octobre 2002, *SA Air Littoral c. Cameroon Airlines*, affaire précitée. Il en est de même en matière d'arbitrage comme le relève M. VAN OMMESLAGUE, « Parfois, et c'est la tendance, en cas d'ambiguïté ou de lacune de clause la force majeure, les arbitres internationaux ont également recours au droit applicable au contrat ou aux principes généraux du droit pour l'interpréter ». Voir à titre d'illustration, la sentence CCI n°2478, *JDI*, 1975, pp. 975-929 ; *Rec.*, 1974-1985, p. 233, obs. Y. Derains. Citée par THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 197 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit., p. 51. Ici, les arbitres se sont fondés sur les principes généraux du droit pour interpréter la clause de force majeure du fait de l'obscurité du texte. Voir également, sentence arbitrale, CCI, 31 mai 1985, *ILM*, 1990, vol. 29, n°3, pp. 560-600 ; sentence arbitrale CACE, 19 juin 1958, *RA* 1960, pp. 92-97. Citée par VAN OMMESLAGUE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », op. cit.

¹⁰³⁵ Voir en ce sens Cass. com., 19 juin 2007, n°06-13.706.

libre et indépendante qu'on se contente de laisser aux parties le soin d'aménager une sorte de justice privée »¹⁰³⁶. Ainsi, la clarté et le détail d'une clause de force majeure faisant référence à l'embargo sont essentiels pour produire son effet libératoire.

B- Stipulation de clauses de force majeure relatives aux mesures d'embargo

389. La pratique contractuelle révèle que des troubles politiques, économiques survenant en cours d'exécution du contrat, sont généralement pris en compte par les parties à un contrat international à travers des clauses de force majeure¹⁰³⁷. À ce titre, dans leur étude consacrée au droit des contrats internationaux, MM. Fontaine et De Ly observent qu'au « titre des événements constitutifs de la force majeure, les praticiens font figurer les interdictions d'exportations et d'importation »¹⁰³⁸. À titre d'exemple, il est possible de citer la clause n° 11 et n°12 de certains contrats relatifs au secteur nucléaire qui mentionnent : « *Les risques exclus, exonérant le fournisseur de sa responsabilité en cas de retard ou de non-exécution, comprenant en particulier (...) les mesures d'embargo (...)* ». « *Des exemples de force majeure sont constitués par (...) des embargos ou des ordres d'autorités civiles ou militaires ou d'autres actes d'une nature semblable qui, d'une façon totale ou partielle, empêchent la livraison par le fournisseur ou l'acceptation par l'acheteur du produit.* ». Pareillement, on peut citer la clause n°14 de certains contrats en matière de commerce du charbon qui prévoit « *L'exécution de ce contrat peut faire l'objet d'un embargo... L'exécution du contrat est aussi soumise aux aléas de toute mesure législative, réglementaire ou administrative de toute autorité publique qui peut affecter les droits du vendeur et de l'acheteur de fournir et de recevoir la marchandise (...)* »¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne de l'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 2.

¹⁰³⁷ VIROLE Jean, « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 317 et s. ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Étienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 656 et s. ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, pp. 1 et s. ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p.47 et s. ; THIEULENT Anne, *Mesure de contrainte économique et relation contractuelles*, *op. cit.*, pp. 195 et s. ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », *op. cit.*, p. 704, n°44 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°191 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 299 et s. ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 13, n°28.

¹⁰³⁸ FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.*, p. 446.

¹⁰³⁹ Les clauses sont citées par VIROLE Jean, « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 320. Voir également la clause tirée de certains contrats en matière de commerce de produits manufacturés : « a) *Les obligations des parties seront soumises à toutes lois, tant présentes qu'à venir, de tout gouvernement ayant droit à juridiction sur les parties et à toute décision, réglementations, directives ou demandes émanant d'un tel gouvernement ou d'un quelconque service, agence ou personne morale de celui-ci, ou à toute cause d'une nature similaire ou différente sur laquelle les parties n'auraient pas prise. Les parties seront excusées de tout manquement dans l'accomplissement de toute obligation qui leur incombe conformément aux dispositions*

Il en va de même dans l'affaire CCI n°5864¹⁰⁴⁰, le contrat conclu entre une société américaine et une entreprise libyenne dans le cadre de travaux de construction en Libye stipulait dans son article 19 que « *La force majeure est un événement qui échappe au contrôle des parties, qui n'existait pas lors de la conclusion du contrat, qui est incontrôlable et à cause duquel l'exécution des engagements contractuels est rendue impossible, telle que : les catastrophes naturelles, la guerre et les épidémies, les embargos, etc.* ». Tel est également le cas, d'une clause d'embargo de la police d'assurance insérée dans un contrat d'assurance de transport maritime qui prévoyait qu'en cas « *d'embargo ou de prohibition dans le pays d'importation, seul le coût du transport de retour des cargaisons expédiées avant l'annonce ou de l'application de l'embargo pourrait être pris en charge* »¹⁰⁴¹. Dans cette affaire, deux sociétés importatrices ont acheté au Japon des lots de noix de coquilles Saint-Jacques qui ont été chargés au port de Tokyo dans un navire à destination du Havre. Toutefois, arrivées à leur destination, les marchandises ont été refoulées en raison d'une mesure d'embargo adoptée par le gouvernement français sur les denrées en provenance du Japon. Par conséquent, les sociétés importatrices ont réclamé l'indemnisation du préjudice résultant de ce refus d'importation à la société *Tokio Marine and Fire Company Ltd* (l'assureur) auprès de laquelle avait été souscrite l'assurance des marchandises. L'assureur leur a opposé la clause d'embargo figurant à la police facultés. La cour d'appel fait droit à la demande de l'assureur. Les sociétés importatrices forment un pourvoi en cassation. La Cour de cassation considéra que le blocage à l'importation d'une cargaison constitue un embargo dès lors qu'il est effectué non pour des raisons propres à cette cargaison, mais par application d'une décision générale en vertu de l'autorité de l'État. Ainsi, le juge estima que le refus de l'assureur des facultés se référant à la clause d'embargo de la police d'assurance de couvrir le préjudice en résultant est fondé sans qu'il ait besoin de constater que la mesure d'embargo a fait l'objet d'une publication régulière aux importateurs.

390. En revanche, il n'est pas rare que les parties procèdent plutôt à une énumération des événements qu'elles considèrent comme constituant un cas de force majeure sans faire mention expresse des mesures d'embargo ou d'interdiction d'exportation et/ou d'importation¹⁰⁴². La liste

des présentes, dans la mesure où ledit manquement a pour cause une telle loi, décision, réglementation, directive, demande ou circonstances imprévues ». *Ibidem*, pp. 320-321.

¹⁰⁴⁰ Sentence CCI n°5864(1988), *J.D.I.*, 1988, pp.1073-1077, obs. Y. Derains.

¹⁰⁴¹ Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-14077, Bull. civ. IV, n°276.

¹⁰⁴² VIROLE Jean, « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 321 et s. ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Étienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 656- 657. FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.*, p. 448. *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n° 15083. Cependant, ces auteurs recommandent aux contractants de préciser dans quelle mesure les refus de retraits de licence d'importation voire d'exportation ainsi que les interdictions ou embargos d'importation ou d'exportation et les mesures de contrôle de changes seront considérés

ne comporte que des exemples de guerre ou d'état de guerre, des opérations comparables à la guerre, des insurrections ou des combats. De plus, nombreux sont les contrats qui utilisent le terme plus général des actes gouvernementaux¹⁰⁴³. Bien que cette liste ne soit pas exhaustive, elle couvre une définition de la force majeure qui a l'avantage de se présenter comme conforme avec l'esprit de la décision d'embargo¹⁰⁴⁴. À cet égard, il apparaît indiscutable, dans ces conditions, que les mesures d'embargo décrétées tant par la communauté internationale ou par un État constituent un événement de force majeure¹⁰⁴⁵. Ainsi, dans une affaire jugée en 2014 par le Tribunal d'arrondissement du Luxembourg¹⁰⁴⁶ était en cause une demande en exécution d'une instruction de transfert de données par une banque iranienne à une banque luxembourgeoise. Le transfert se heurtait aux effets extraterritoriaux de la législation américaine d'embargo contre l'Iran et la banque luxembourgeoise refusait en conséquence de l'exécuter. Elle se prévalait d'une clause contractuelle insérée dans le contrat. Cette clause prévoyait : « *The Bank is not obligated to execute an instruction of Customer if the Bank believes that to do so will or may contravene any law or regulation, any relevant market practice or the Bank's general business practice* ». Le tribunal a fait droit aux moyens de défense pour ensuite juger qu' « *il résulte de l'analyse de la loi américaine précitée, que la*

pour l'exécution de leurs contrats comme des cas de force majeure. Ces événements donnent lieu, en effet, à des difficultés d'interprétations lorsque le contrat ne se prononce pas à leurs sujets.

¹⁰⁴³ Par exemple, l'article III 8.1 du marché conclu entre le *Pakistan Atomic Energy Commission* et la Société Générale pour les techniques nouvelles (SGN) vise l'acte de gouvernement parmi la liste des causes de force majeure : « *La notion de force majeure englobe tout événement qui empêche ou retarde inéluctablement l'exécution par l'une des parties ou par les deux parties de toute obligation mise à sa charge, et dont la survenance échappe au contrôle de la partie qui en est victime, par exemple, actes de gouvernement, guerres (...)* ». Sentence CCI n°4600, 25 juillet 1995, précitée. Également, l'article 7 du contrat conclu entre *Jordan Investment Ltd.* et *Objedinenije Sojuzneftexport* disposait qu' « *aucune des parties ne sera tenue pour responsable d'un dommage quelconque ou de l'inexécution des conditions du contrat ou de l'une d'autre elle, si ce dommage ou cette inexécution est dû à l'un ou plusieurs des cas suivants empêchant l'une ou l'autre partie d'exécuter entièrement ou partiellement ses obligations découlant pour elle du contrat, catastrophes naturelles, incendies, inondations, actes de guerre de toutes sortes, blocus, grève, sur le navire chargeant la marchandise du contrat, actes ou demandes du Gouvernement ou de tout agent d'autorité sous le pavillon duquel navigue le pétrolier affrété* ». Sentence rendue le 3 juillet 1958 par la Commission d'arbitrage de Moscou, *Jordan Investment Ltd.* et *Objedinenije Sojuzneftexport*, RDA 1960, pp. 92-97. Décision citée par SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, p. 363, n°353. À ce propos, MM. Fontaine et De Ly estiment qu'il est souhaitable que les parties aient recours à des formules plus générales comme « *Governmental order regulation* », « *Acts of Government or any governmental authority or representative thereof (whether or not legally valid)* » : FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.*, p. 446

¹⁰⁴⁴ VIROLE Jean, « *Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux* », *op. cit.*, p. 320. Voir également sur ce point la Sentence CCI rendue dans l'affaire n°5865, précitée, dans laquelle le tribunal arbitral a décidé que l'ordonnance du Président américain était constitutive d'un cas de force majeure, alors même que l'événement ne l'avait pas été implicitement eu égard au caractère non exhaustif de la liste des événements cités dans la clause de force majeure.

¹⁰⁴⁵ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Étienne, « *Contrats et crise du Golfe* », *op. cit.*, p. 657.

¹⁰⁴⁶ Trib. arr. Luxembourg, 11 juin 2014, n°1553/2014 (II). Décision citée par KINSH Patrick, « *L'incidence des lois de police étrangères sur l'activité bancaire* », *op. cit.*, p. 58.

banque n'est pas seulement dans l'hypothèse dans laquelle l'exécution de la transaction peut contrevenir à la loi des États-Unis, mais qu'elle s'expose à des sanctions draconiennes ». En conséquence, la demande de la banque iranienne est rejetée au motif que le tribunal ne peut ni ordonner l'exécution forcée de l'opération ni allouer des dommages-intérêts à la banque iranienne.

391. En outre, il n'est pas rare que les parties à un contrat international établissent une liste des événements qui ne relèveraient pas de l'embargo¹⁰⁴⁷. En effet, les parties peuvent faire référence au boycott ou au blocus, mais pas à l'embargo. Par exemple, dans l'affaire irakienne, les sanctions économiques imposées par l'ONU à l'encontre de l'Irak avaient pour spécificité la mise en place d'un arsenal empêchant toute forme de relation commerciale avec l'Irak¹⁰⁴⁸. Elles incluaient ainsi le boycott entendu d'une part dans le sens « d'un refus ou d'une interdiction d'acheter des marchandises ou de se procurer des services en provenance d'une autre partie nommément désignée » et d'autre part dans un sens le plus strict, c'est-à-dire d'« un refus de vente d'un bien ou d'un service »¹⁰⁴⁹. Les sanctions économiques du Conseil de sécurité à l'encontre de l'Irak et du Koweït s'analysaient aussi en partie comme un blocus dans la mesure où des « forces navales (...) ont été utilisées afin de contrôler les voies de communication maritimes d'un État en l'absence de toute déclaration de guerre »¹⁰⁵⁰. Ainsi, lorsque le juge ou l'arbitre est saisi d'une demande d'interprétation d'une telle clause, il décide de ne tenir compte exclusivement que des événements visés dans la liste des cas de force majeure. Il est indubitable que le juge et l'arbitre ne sauraient ignorer ces multiples facettes des résolutions du Conseil de

¹⁰⁴⁷ Il faut noter également que certains contractants prennent le soin d'exclure les interdictions de commercer en opérant une distinction selon la partie au contrat qui invoque l'exception de force majeure : « *The Government shall not have the right to consider any of the following circumstances to be an event of Force majeure that would suspend the performance or excuse the non performance of its obligations under this Agreement : b) the imposition of any blockage, import restrictions, rationing or allocation of a Government Authority (...)* ». La clause est citée par FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, op. cit., p. 451.

¹⁰⁴⁸ Voir à propos de l'embargo portant sur l'Irak : LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit. ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats », op. cit. ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », op. cit. ; SABER SALAMA, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », op. cit. ; sentence n°1491 du 20 juillet 1992, Chambre d'arbitrage Milan, affaire précitée. Pour une étude plus générale sur les sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies contre l'Irak suite l'invasion par celui-ci du Koweït : BEN ACHOUR Rafaa, « Les sanctions contre l'Irak : quelle efficacité », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité*, Huitième rencontre internationale d'Aix-en-Provence, Rostane Mehdi (ss dir.), Pedone, 2000, pp. 97 et s. ; BANNELIER-CHRISTAKIS Karine, CHRISTAKIS Theodore, CORTEN Olivier, KLEIN Pierre, *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Cahiers internationaux, Pedone, 2004 ; RIGAUD Françoise, « Irak : le temps suspendu de l'embargo », *Critique internationale*, 2001/2, n°11, pp. 15-24.

¹⁰⁴⁹ CARREAU Dominique, « La contrainte économique en droit international », *RIDE*, 1987, n°3, p. 448.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*.

sécurité de l'ONU. En pareil cas, ils se trouveront dans l'obligation d'appliquer les décisions d'embargo comme une cause exonératoire pour la partie relevant de l'État sanctionné.

392. Généralement, l'insertion des clauses de force majeure par les opérateurs du commerce international, faisant référence ou indirectement aux mesures d'embargo, n'est pas invalidée par la *lex contractus*. Toutefois, en droit français, l'exigence du critère d'imprévisibilité pourrait ne pas être remplie. En effet, l'insertion d'une clause de force majeure prévoyant les conséquences d'un embargo pourrait être considérée comme un signe de prévisibilité de cette décision par les parties. C'est ce qu'a souligné le Conseil d'État français dans le litige qui opposait la société *ROBATEL SLPI* à la commission pakistanaise de l'énergie atomique en février 1988. Le Conseil d'État estima dans cette affaire que « *la décision française d'interdire l'exportation de matériel nucléaire à destination du Pakistan* » était prévisible pour l'exportateur français qui ne « *pouvait ignorer en signant le contrat avec les aléas que pouvait comporter la livraison de matériels faisant l'objet de ces contrats* »¹⁰⁵¹. Le même raisonnement s'impose par rapport au problème lié à la personnalité de l'État, notamment lorsqu'il est partie au contrat¹⁰⁵². En effet, dans l'hypothèse où un contrat d'État serait conclu entre un État et une société de droit privé, par la suite, cet État adopte des sanctions économiques qui sans viser forcément le contrat pourraient entraîner des répercussions sur lui. L'État, auteur des mesures, ne pourra pas se prévaloir de la clause de force majeure insérée dans le contrat pour se libérer de ses obligations contractuelles étant donné que les mesures d'embargo ne lui sont pas extérieures¹⁰⁵³. Toutefois, ces arguments devraient être nuancés en cas de présence des clauses de force majeure spécialement adaptée à l'État co-contractant. On citera à titre d'exemple une clause de contrat-type pour les investissements étrangers¹⁰⁵⁴. Aux termes de l'article 17 du contrat-type, il est précisé qu'on prendra en considération pour apprécier l'existence d'un cas de force majeure la responsabilité de l'État vis-à-vis de ses nationaux et de la Communauté internationale, en particulier des difficultés économiques, des troubles politiques, etc. Cette

¹⁰⁵¹ CE, 19 février 1988, *ROBATEL SLPI*, n°51456, *AJDA*, 1988, pp. 354-356. Voir aussi, dans le même sens Cass. com., 6 novembre 1979, n°77-14.570. La Cour de cassation jugea dans cette affaire que ne constitue pas un cas de force majeure le non-déchargement dans le pays de destination d'une partie des marchandises périssables transportées, en raison de l'attitude des autorités de ce pays et les exigences des autorités locales. Voir également, Cass. com., 20 juin 1995, *RJDA*, janvier 1996, n°24 : à propos d'un blocage en douane non imprévisible.

¹⁰⁵² KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 476 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 197.

¹⁰⁵³ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Étienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 659 et s.

¹⁰⁵⁴ La clause fut adoptée par l'*International Law Association* pour les investissements étrangers dans les pays en voie de développement, à l'occasion de la cinquante-sixième conférence tenue à New Delhi du 28 décembre 1974 au 4 janvier 1975. Voir également, l'article 13 des *General Conditions for the Export and Import of Solid Fuels* d'août 1958, articles 23 et 24 du *Contract for Canadian and United States of America Grain in Bulk*, n°30, élaboré par *The Grain and Feed Trade Association*.

clause établie des cas de force majeure en introduisant des aspects de conjoncture interne ou internationale qu'on ne retiendrait pas dans une perspective traditionnelle permettant une appréciation différenciée du comportement de l'État par rapport à celui de son cocontractant.

393. Par ailleurs, pour qu'une personne physique ou morale puisse se prévaloir de la clause de force majeure pour se dégager de toute obligation à l'égard de son cocontractant en cas de survenance des mesures d'embargo, encore faut-il que les modalités de sa mise en œuvre soient respectées¹⁰⁵⁵. Des arbitres ont eu l'occasion de statuer sur ce point. Un contrat de vente de carburant avait été conclu entre une société roumaine et une société française. La société roumaine n'avait pas exécuté son obligation de livrer la marchandise en raison d'annulation des autorisations d'exportation de carburant par les autorités roumaines, le 10 mai 1973. Toutefois, l'article 3 du contrat impose à la partie qui l'invoque l'obligation de porter sans délai à la connaissance de l'autre partie par écrit la survenance de la force majeure et les conséquences qu'elle entend en tirer. Or, la société française n'a été informée de cette intervention qu'en annexe à une lettre datée du 28 novembre 1973 par l'entremise de la Cour d'arbitrage de la CCI, soit plus de sept mois après. À défaut de ne pas avoir respecté une telle condition, le défendeur a ainsi perdu la possibilité de se prévaloir de la clause de force majeure en ce qui concerne les livraisons dues. Les arbitres ont, par conséquent, déclaré la société roumaine responsable¹⁰⁵⁶.

394. En somme, il est certes impossible de prévoir la portée et le champ d'application des mesures d'embargo qui seraient adoptées par un État ou par l'ONU. Il est en revanche possible pour les opérateurs du commerce international d'aménager en amont des clauses de force majeure qui pourront parfois comme il a pu être observé protéger les parties contractantes contre l'application de sanctions contractuelles. Néanmoins, l'exception de la force majeure demeure insuffisante notamment lorsqu'il s'agit d'une impossibilité absolue d'exécution ou le refus déterminé d'un État d'honorer les engagements pris par lui-même ou dans le cadre de l'exercice de son autorité. Les dispositions d'un contrat peuvent aussi en réduire drastiquement les effets utiles. Dans ce cas très particulier dans le domaine du commerce international, les parties se trouvent dans une situation d'impuissance, voire de faiblesse¹⁰⁵⁷. Par exemple, dans l'affaire irakienne, les mesures d'embargo adoptées par le Conseil de sécurité et mises en œuvre par les États membres sont synonymes d'absence d'exonération de toute responsabilité pour la partie

¹⁰⁵⁵ BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°49 et n°66.

¹⁰⁵⁶ Sentence CCI, n°2478, précitée.

¹⁰⁵⁷ KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 457. LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 52.

irakienne, en raison du texte onusien visant l'impossibilité pour toute partie irakienne de formuler une quelconque réclamation¹⁰⁵⁸. Il demeure important de souligner que les troubles politiques, économiques, sociaux, survenant en cours d'exécution du contrat, peuvent également être corrigés par l'insertion des clauses d'imprévision¹⁰⁵⁹. Toutefois, même dans ce cas, une prudence s'impose aux praticiens, car il y'a une controverse au sein de la jurisprudence. Plus précisément, tandis que les droits nationaux sont à l'instar du droit français et à l'image des Principes Unidroit de plus en plus favorables à l'adaptation du contrat au changement de circonstances, même en l'absence de précision à cet égard dans le contrat, les arbitres hésitent toujours à faire du *hardship* un principe général du droit du commerce international.

Section 2 : Embargo : cause de révision pour imprévision

395. Les mesures d'embargo peuvent sans rendre l'exécution matériellement impossible, bouleverser l'équilibre initial du contrat, de telle sorte que la prestation de l'un des contractants devient économiquement démesurée¹⁰⁶⁰. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si le juge ou l'arbitre international peut s'immiscer dans le contrat qui a été profondément bouleversé par suite d'un changement imprévisible des circonstances économiques ou politiques pour le modifier ou doit plutôt rester à l'écart de la sphère contractuelle. Autrement dit, si ces changements de circonstances viennent à déséquilibrer le contrat, est-il alors possible au cocontractant désavantagé en l'absence des clauses du contrat relatives à l'imprévision¹⁰⁶¹ d'obtenir la révision du contrat ? Sur ce point, il était permis d'hésiter, car tous les systèmes juridiques n'érigeaient pas l'imprévision en cause de libération du débiteur. Il en allait notamment du droit français, jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, en l'absence de dispositions législatives, la jurisprudence l'avait résolu par la négative au nom du principe de

¹⁰⁵⁸ Sur ce point voir le paragraphe 29 de la résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations-Unies aux termes duquel ledit Conseil « décide que tous les États, y compris l'Irak, prendront des mesures nécessaires pour qu'il ne puisse être fait droit à aucune réclamation présentée par les pouvoirs publics irakiens, par toute personne physique ou morale en Irak ou par des tiers agissant par son intermédiaire ou pour son compte, et se rapportant à un contrat ou à une opération dont l'exécution aurait été affectée du fait des mesures décidées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 661 (1990) et ses résolutions connexes ».

¹⁰⁵⁹ VAN OMMESLAGUE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁶⁰ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 306.

¹⁰⁶¹ Il faut noter qu'il est fréquent que les parties prévoient une clause par laquelle elles s'obligent elles-mêmes à renégocier le contrat en cas de survenance de circonstances de nature à en bouleverser l'équilibre. Ces hypothèses seront traitées ultérieurement (voir *infra*, paragraphe 3).

l'intangibilité du contrat¹⁰⁶² qui d'ailleurs, n'était pas sans mérites¹⁰⁶³. Toutefois, soucieux de s'aligner sur ce qui se pratique ailleurs, les auteurs de la réforme s'inspirant très directement du projet Terré¹⁰⁶⁴, lequel avait lui-même puisé dans les Principes du droit européen du contrat (Principes Lando), ont introduit dans le Code civil un nouvel article 1195 qui consacre la révision pour imprévision.

Avant d'analyser en détail les conditions d'application (**paragraphe 2**) et la mise en œuvre du nouvel article 1195 (**paragraphe 3**), il conviendra tout d'abord de se pencher sur le revirement français vers l'admission de la révision pour imprévision (**paragraphe 1**).

Paragraphe 1 : La consécration légale de la théorie de l'imprévision en droit français

396. Généralement qualifié de révolutionnaire, le nouvel article 1195 issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, constitue sans doute en droit civil français, parce qu'il rompt avec une tradition ancestrale, l'une des dispositions saillantes de la réforme. En deux alinéas, le nouvel article 1195 du Code civil introduit en effet pour la première fois en droit civil français un dispositif de révision du contrat pour imprévision (**B**). Or, jusqu'au nouvel article 1195, la révision des contrats pour imprévision était impossible en droit civil français contrairement à la fois à la plupart des droits étrangers et à la jurisprudence administrative qui se reconnaît depuis 1916 le droit de réviser les contrats administratifs¹⁰⁶⁵ (**A**).

¹⁰⁶² Sur le principe de l'intangibilité du contrat, voir BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°6 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1603 et s.

¹⁰⁶³ Cette solution jurisprudentielle (voir *infra*, jurisprudence *canal de Craponne*) a été critiquée par un certain nombre d'auteurs. En effet, comme l'écrit M. CABRILLAC, « le principe de l'intangibilité du contrat heurte la souplesse contractuelle : maintenir l'exécution du contrat tel qu'il a été conclu pourrait se révéler fâcheux alors que les contrats de longue durée se multiplient et que les circonstances économiques dans lesquelles ils s'inscrivent sont de plus en plus instables », CABRILLAC Rémy, « Perspectives d'évolutions du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », in *mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 229. Voir également son article, « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010, pp. 379 et s. D'autres auteurs contestant cette jurisprudence mettent plutôt en avant le principe de bonne foi, d'équité, et aussi la notion de solidarité contractuelle, voir en ce sens, PANCRAZI-TIAN Marie-Ève, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, p. 361 ; JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et patr.*, 1998, p. 46 ; THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.*, 1997, p. 380 ; MAZEAUD Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage de François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 ; GRYNBAUM Luc, *Le contrat contingent*, thèse, Paris II, 1998 ; FIN-LANGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, thèse, Orléans, 2000.

¹⁰⁶⁴ FENOUILLET Dominique, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, François Terré (sous dir.), Dalloz, 2008, pp. 243 et s.

¹⁰⁶⁵ La théorie de l'imprévision est bien connue en droit administratif. En la matière, la jurisprudence administrative se démarqua relativement tôt de la jurisprudence civile. En effet, la théorie de l'imprévision avait été admise depuis longtemps par le Conseil d'État dans son célèbre arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du 30 mars 1916. Par un traité en date du 8 mars 1904, approuvé par décret, la Compagnie d'éclairage de Bordeaux a été déclarée concessionnaire pour une durée de trente ans, à partir du 1^{er} juillet 1904 de la distribution et de la vente

A- Révision du contrat pour imprévision : expériences étrangères et refus français

397. « En posant le principe que les conventions ont force de loi, l'ancien article 1134 du Code civil français exclut toute possibilité de révision du contrat pour imprévision hors du consentement des parties », telle était la solution de la jurisprudence civile, il y'a plus d'un siècle. En effet, dans un célèbre arrêt du 6 mars 1876 connu sous le nom d'arrêt du *canal de Craponne*¹⁰⁶⁶, la Cour de cassation a fait application de ce principe de la force obligatoire des contrats pour rejeter l'imprévision. Les conventions litigieuses avaient été conclues en 1560 et en 1567. Elles avaient pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation de la plaine d'Arles, moyennant une redevance de 3 sols par cartierade (190 ares). Au cours du XIX siècle, l'entreprise qui exploitait le canal faisant état de la baisse de la valeur de la monnaie et de la hausse du coût de la main-d'œuvre demanda un relèvement de la taxe qui n'était plus en rapport avec les frais d'entretien. La Cour d'Aix éleva cette redevance à soixante centimes. Toutefois, sa décision fut cassée par la Cour de cassation au motif qu'« aucune considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention des parties. L'article 1134 du Code civil s'y oppose ». En effet, la Cour de cassation estime que réviser un contrat reviendrait à le modifier, ce qu'interdit le principe de la force obligatoire, qui s'applique tant aux parties qu'au juge. Ainsi s'est trouvée condamnée la théorie de la révision pour imprévision.

pour tout usage du gaz et de l'énergie électrique dans toute l'étendue du territoire de Bordeaux. Il s'avérera cependant que face aux événements mondiaux et plus particulièrement en raison de la guerre, la plus grande partie des régions productives de charbons furent occupées par l'Allemagne et les transports par mer devinrent difficiles. Dans ces conditions, la compagnie concessionnaire de la ville de Bordeaux vit les prix du charbon multipliés par 5 entre la signature de la concession d'éclairage et 1914. À la suite de cette augmentation imprévisible et considérable des prix du charbon pour elle, la compagnie concessionnaire avait demandé à la ville de Bordeaux par un recours porté devant le conseil de préfecture du département de la Gironde, une augmentation du tarif du gaz et une indemnité réparant la perte que lui avait fait subir la hausse du prix du charbon due à la guerre. Par un arrêt du 30 juillet 1915, le conseil de la préfecture déboute la demande du concessionnaire. Mais, ce dernier interjette appel devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État accueillit sa demande et obligea la ville de Bordeaux à payer une indemnité supplémentaire au concessionnaire. En effet, le Conseil d'État constata en l'espèce que l'augmentation avait déjoué les prévisions des parties par son ampleur et prenant en compte la nécessité d'assurer la continuité du service public, il avait décidé que si le concessionnaire restait dans l'obligation d'assurer le service, la ville devrait lui verser une indemnité d'imprévision couvrant une partie du déficit. La jurisprudence administrative a ainsi indirectement accueilli la théorie de l'imprévision en droit public : CE, 30 mars 1916, *D.* 1916, 3, 25 ; S., 1916, 3, 17 note M. Hauriou. Pour une analyse de l'imprévision en matière administrative : JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », in *Le juge et l'efficacité du contrat en droit comparé interne*, Yan Laidié et Marie-Caroline Vincent-Legoux (ss dir.), IFJD, Lextenso/LGDJ, 2020, pp. 101 et s. ; CLOUZOT Ludvine, « La théorie de l'imprévision en droit administratif : une improbable désuétude », *RFDA*, 2010, p. 937 ; LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », *Contrats et marchés publics*, mars 2018, n°3 ; LAUBADÈRE André, VÉNÉZIA Jean-Claude, et GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, t. I, 12^e éd., LGDJ, 1988, n°1076 ; LOMBART Martine, DUMONT Gilles et SIRENELLI, *Droit administratif*, 11^e éd., op. cit., n°528.

¹⁰⁶⁶ Cass. civ., 6 mars 1876, *canal de Craponne*, *DP* 1876. 1, p. 193, note Giboulot ; S. 1876. 1, p. 161 ; CAPITANT Henri, TERRÉ Françoise et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, n°163, p. 123.

398. La position de la jurisprudence civile française resta dès lors fermement établie dans son hostilité à la révision judiciaire. En effet, la période d'inflation consécutive à la Première Guerre mondiale fut l'occasion pour la jurisprudence de réaffirmer la solution dans différents arrêts, à l'instar d'un arrêt non moins célèbre du contrat dit *cheptel de fer*, rendu par la Chambre civile en date du 6 juin 1921¹⁰⁶⁷, dans lequel les juges ont refusé de faire droit à une demande de révision en raison de l'augmentation du prix des prestations à la suite des bouleversements économiques issus de la Première Guerre mondiale. Assez récemment encore, la chambre commerciale avait cassé un arrêt qui avait admis en « raison de circonstances économiques nouvelles » que le tarif actuel d'un contrat devait être « fixé en fonction d'un prix juste ». La chambre commerciale a rappelé, au visa de l'ancien article 1134, qu'« *en application de ce texte, les juges ne peuvent sous prétexte ou pour tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties* »¹⁰⁶⁸. Même, les problèmes du passage de l'informatique de l'an 2000 ne justifiaient pas une révision¹⁰⁶⁹. Elle a de nouveau maintenu son refus d'admettre la révision pour imprévision par le juge dans une décision du 18 mars 2009. Dans une espèce où les juges du fond avaient révisé le prix d'un bail qui avait été fixé compte tenu des services rendus par le locataire au bailleur, ensuite décédé, la troisième chambre civile les a censurés, au visa de l'article 1134 du Code civil, au motif que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat¹⁰⁷⁰. Et alors que la jurisprudence administrative a accordé une certaine place à cette théorie trente années plus tard¹⁰⁷¹, la position de la jurisprudence civile, dans son intransigeance, reste bien isolée, d'autant plus que la révision du contrat consécutive à un changement de circonstance est admise dans la plupart des systèmes juridiques étrangers¹⁰⁷² et codifications savantes.

¹⁰⁶⁷ Cass. civ., 6 juin 1921, *DP.* 1921,1, 73, rappr. Colin ; *S.* 1921, 1, 193, note L. Hugueney ; CAPITANT Henri, TERRÉ Françoise et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, p. 658. Voir également dans le même sens Cass. civ., 15 novembre 1933, *Verrières de Carmaux contre Mines de Graissessac*, *Gaz. Pal.*, 1934. 1. 58 ; ou encore celui rendu par Cass. com., 18 janvier 1950, *Bull. civ.*, 1950, n°26, p. 18, *Gaz. Pal.*, 1950. 1, p. 320.

¹⁰⁶⁸ Cass. com., 18 décembre 1979, *Bull. civ.* IV, n°339, *RTD civ.*, 1980, p. 180, obs., G. Cornu ; *Gaz. Pal.*, 1980.I. 232.

¹⁰⁶⁹ CA Dijon, 4 février 1999, *RTD civ.*, 1999, 396, obs. J. Mestre.

¹⁰⁷⁰ Cass. 3^e civ., 18 mars 2008, *Bull. civ.*, III, n°64, *LEDC*, mai 2009, 7, obs. A.-C Muller ; *RDC* 2009, p. 1358, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, n°3, 2010, 528, obs. B. Fages ; *D.* 2010, p. 235, obs. B. Fauvarque-Cosson. Voir également tout récemment : Cass. com., 7 janvier 2014, n°12-17154 : « le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution ».

¹⁰⁷¹ *Supra*, note 188.

¹⁰⁷² Sur le droit comparé, BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°7 et s. ; TALLON Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec*, 1998, pp. 403-417 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *Revue des contrats*, 2006, n°1, p. 147 ; MAZEAUD Denis, « La politique contractuelle de la Cour

399. La reconnaissance juridique de la théorie de l'imprévision est de longue date à l'international. En Allemagne, l'introduction de la théorie de l'imprévision date de 1920 et se caractérise indirectement par le fait que, si l'adaptation du contrat n'est plus possible, il peut y avoir résolution unilatérale du contrat par les parties lésées. La question s'est posée dans un contexte de crise économique et financière sans équivalent au lendemain de la Première Guerre mondiale, face à laquelle le Reichsgericht a dû admettre le principe de la révision sur le fondement du paragraphe 242 du BGB¹⁰⁷³. Dans une espèce relative à un contrat souscrit en 1919 au moment de l'exécution du contrat, le cours du mark avait chuté de moitié. Selon les juges du fond, le contrat devait néanmoins être exécuté. Le tribunal censura la décision en considérant que les juges auraient dû rechercher si la perte de la valeur de la monnaie n'avait pas abouti à la disparition du fondement contractuel. Ainsi, faute d'accord des parties sur un contenu modifié, le juge a pour mission de maintenir le contrat en l'adaptant aux nouvelles circonstances. Le tribunal s'est appuyé sur le principe figurant au § 242 du BGB selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Cette solution jurisprudentielle a été par la suite consacrée dans le § 313 (I) du BGB en 2002 par la loi de modernisation du droit des obligations¹⁰⁷⁴. En Italie, la théorie de l'imprévision a été introduite dans l'article 1467 du Code civil italien depuis plus d'un demi-siècle¹⁰⁷⁵. Selon cette disposition intitulée « *Dell'eccessiva onerosità sopravvenuta* » (de l'onérosité excessive), l'hypothèse de l'imprévision intervient toutes les fois que la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse à cause de la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles ». Le texte italien envisage la

de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, pp. 395-396 ; MAURICIO Almeida Prado, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC*, 2010, n°4, pp. 863-894 ; CABRILLAC Rémy, « Perspectives d'évolutions du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », *op. cit.* ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *Rép. civ. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : mai 2018), n° 32-54 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., *op. cit.*, n°627, p. 708 ; ACCAOUI LORFING Pascale, « L'article 1195 du Code civil français ou la révision pour imprévision du droit comparé », *RDAI*, 2018, n°5, pp. 449-464 ; PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat.- Effets du contrat. — Imprévision », *JCl civ. Code*, Fasc. Unique, 9 septembre 2021, n° 31 et s.

¹⁰⁷³ RG, 3 février 1922, *RGZ* 103, 128. Décision citée in BEALE Hugh, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, RUTGERS Jacobien, TALLON Denis et VOGENHAUER Stefan, *Contrat law*, 2^{de} éd., 2011, p. 1139 ; FERRAND Frédérique, *Droit allemand, op. cit.*, n°292. Sur la question de la théorie de l'imprévision en droit allemand voir : BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°10 ; ANCEL Pascal et WINTGEN Robert, « la théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *Revue des contrats*, 2006, n°3, p. 897 ; CATALA Pierre « La renégociation des contrats », in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 93 ; HORN Simon, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat*, 2019, pp. 333-338.

¹⁰⁷⁴ Voir l'article 313 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB : code civil allemand) : « Störung der Geschäftsgrundlage (perturbations du fondement du contrat) ».

¹⁰⁷⁵ Voir le droit italien : BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°11 ; DEBERNARDI Giovanna, « Imprévision : de l'expérience italienne à l'innovation française », *LPA*, 23 mars 2018, n°60, p. 7.

situation de la résolution du contrat en cas d'imprévision, mais celle-ci peut être évitée lorsque la partie n'en supportant pas le risque offre à son cocontractant une possibilité de modification équitable du contrat. En outre, d'autres codes de la première moitié et de la fin du XXe siècle l'avaient déjà accueilli, comme le Code civil grec (art. 388), portugais (art. 437), le BWB des Pays-Bas (art.6258) ou encore le nouveau Code civil néerlandais de 1992¹⁰⁷⁶ (art. 6. 258). Enfin, d'autres pays hors d'Europe¹⁰⁷⁷ ont consacré aussi le concept d'imprévision. L'Algérie connaît depuis 1975 la théorie de l'imprévision¹⁰⁷⁸. L'alinéa 3 de l'article 107 du Code civil algérien consacre expressément le pouvoir de révision du juge. Aux États-Unis, elle a été également incluse dans l'article 261 du second *Restatement of Contracts* et l'article 2.615 (a) de l'*Uniform Commercial Code*¹⁰⁷⁹.

400. De même, à l'échelle internationale, les « codes » de la *lex mercatoria*, à savoir les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international et les Principes du droit européen des contrats (PDEC, Principes Lando) admettent également la révision du contrat pour imprévision. Ces textes ont des formules à peu près identiques¹⁰⁸⁰. Ils maintiennent toutefois le caractère exceptionnel de l'intervention judiciaire qui n'est ouverte que si l'exécution est onéreuse à l'excès pour l'une des parties. L'article 6. 111 des Principes du droit européen des

¹⁰⁷⁶ L'article 6.258 du Code civil néerlandais donne tout pouvoir au juge pour adapter le contrat, lorsque « la raison et l'équité » le commandent. Voir dans le panorama juridique européen sur la théorie de l'imprévision : RENÉ David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mélanges en l'honneur d'Alfred Jauffret*, Paris, LGDJ, 1974 pp. 211-219 ; MAURICIO Almeida Prado, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », *op. cit.* ; TALLON Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *op. cit.*, pp. 406 et s. ; GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n°348 et s. ; JAUFFRET-Spinosi Camille, « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Rémy Cabrillac, Denis Mazeaud et André Prüm (ss dir.), *Soc. Lég. Comp.*, 2008, p. 23 ; CABRILLAC Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, Lextenso, 2013, § 177 et s. ; CABRILLAC Rémy, « Perspectives d'évolutions du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », *op. cit.*, pp. 229 et s.

¹⁰⁷⁷ Le Code civil brésilien de 2002 l'a également consacré dans ses articles 478 à 480. Voir le Code civil brésilien, éd. Bilingue brésilien-français, dir. Arnaldo Wald, *Soc. Lég. Comp.*, 2007. La Lituanie l'a récemment consacré dans son code civil de 2000 art. 6. 204. Tout comme plus récemment encore, le nouveau Code civil roumain de 2011 qui dispose dans son nouvel article 1271 : « Lorsque le débiteur a dans un délai raisonnable essayé la voie des négociations à la suite d'un changement de situation qui ne pouvait être prise en compte lors de la conclusion du contrat, le tribunal peut soit mettre fin au contrat, soit le réviser en réattribuant les pertes et profits résultant du changement de circonstances ».

¹⁰⁷⁸ Voir pour le droit algérien TERKI Nour-Eddine, « L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien », *DPCI*, 1982, pp. 9-28 ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.* À l'instar de l'Algérie, d'autres pays africains ont admis la théorie de l'imprévision comme le droit égyptien (art. 147 du Code civil) ou le projet de l'OHADA d'Acte Uniforme sur le droit des contrats ont inclus une règle fortement inspirée du concept de hardship d'Undidroit.

¹⁰⁷⁹ Sur le droit américain, voir FARNSWORTH. Allan E., *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen Publishers, 2004, n°9.9.

¹⁰⁸⁰ TALLON Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *op. cit.*, p. 409. Voir également, MAZEAUD Denis, « À propos du droit virtuel des contrats : Réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 205-218.

contrats et l'article 6.2.1 des Principes commencent tout d'abord par mettre en exergue le principe *pacta sunt servanda*. Il y'est affirmé que les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations « quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse ». Mais les textes prévoient par la suite que lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse en raison de changement de circonstances ou de *hardship* selon la formulation des Principes Unidroit¹⁰⁸¹, les parties ont l'obligation d'engager des négociations pour adapter le contrat ou y mettre fin, à condition toutefois que lesdits événements soient survenus après la conclusion de la convention. À défaut d'accord, le juge reçoit les plus larges pouvoirs, soit de résoudre le contrat à la date et à la condition qu'il fixe, soit de l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations, par exemple en accordant des délais, une réduction des prix ou une indemnité. Le juge ou l'arbitre doit seulement s'attacher à répartir de façon juste et équitable les pertes et les gains résultant du changement de circonstances. Le risque doit être partagé entre les parties et non pas laissé entièrement à la charge du créancier ou du débiteur¹⁰⁸². Cette attitude contraste singulièrement avec celles des droits belge, québécois, luxembourgeois et anglais, pour ne retenir que ces exemples, qui s'accrochent inflexiblement au principe de la force obligatoire du contrat : « *pacta sunt servanda* ».

401. En effet, sous l'influence française, les droits belge, luxembourgeois¹⁰⁸³ et québécois ne contiennent pas de dispositions spécifiques sur l'imprévision. Au Québec, lorsque fut envisagée

¹⁰⁸¹ Les dispositions des Principes Unidroit sont consacrées aux articles 6. 2.1 à 6.2.3. En effet, il est considéré à l'article 6.2.2 des Principes Unidroit, qu' « *il y'a 'hardship' lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué et que ces événements sont survenus ou aient été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat que la partie lésée n'a pu lors de la conclusion du contrat raisonnablement prendre de tels événements en considération, que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée et que le que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée* ». Enfin, l'article 6.2.3 dispose « *qu'en cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations et que faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal, lequel mettra fin au contrat ou l'adaptera en vue de rétablir l'équilibre des prestations* ». PHILIPPE Denis M., « La force majeure et le hardship », in *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international et l'arbitrage*, Actes du colloque du CEPANI du 24 mai 2011, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97-124.

¹⁰⁸² Il importe d'observer qu'on retrouve le même état d'esprit dans les Principes contractuels communs sous l'égide de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée. Voir les ouvrages publiés en deux volumes, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Projet de Cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, vol. 6, Paris, Société de législation comparée, 2008 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD DENIS, *Projet de Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, vol. 7, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 536. Ou Le Draft Common Frame of Reference préparé par le *Study Group for an European Civil Code et de l'Acqui Group*, voir, VON BAR Christian, CLIVE Eric et SCHULTE-NÖLKE Hans, *Principles, definitions and model rules of European private law, Draft common frame of reference*, Munich, Sellier, 2008. (art. III : 110 « modification ou fin décidée par le tribunal en raison d'un changement de circonstances »)

¹⁰⁸³ Sur la question de l'imprévision en droit luxembourgeois : PHILIPPE Denis M., « La théorie de l'imprévision. Étude de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 25, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 43 à 93 ; Id., « À propos du bouleversement de l'économie contractuelle »,

la révision du Code civil en 1977, l'Office de révision du Code civil du Québec proposa l'intervention du juge pour remédier au déséquilibre découlant du changement exceptionnel de circonstances. Mais cette proposition a finalement été écartée par le législateur, le code demeurant, ainsi silencieux sur la question¹⁰⁸⁴. En Belgique, les juridictions civiles ont à l'instar de la France rejeté la théorie de l'imprévision en donnant la prééminence à l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil belge¹⁰⁸⁵. Le droit anglais rejette également l'imprévision comme en témoigne le *leading case* rendu par la House of Lords dans l'arrêt *Davis Contractors v. Fareham Urban District Council* en 1956. Dans cette affaire, la Chambre des lords a précisé que pour « *qu'il y ait frustration, il doit y avoir un changement dans la signification de l'obligation tel que la chose entreprise serait, si le contrat était exécuté, une chose différente de celle pour laquelle le contrat a été passé* » ; *ce qui n'inclut évidemment pas les hypothèses où l'exécution est devenue onéreuse, quel que soit le déséquilibre que cela entraîne* »¹⁰⁸⁶. En effet, en l'espèce, un

note sous l'arrêt de la cour d'appel de Luxembourg (4^e ch.), 15 décembre 2010, *D.A.O.R.*, n°101, 2012, pp. 78 à 83.

¹⁰⁸⁴ Sur la question de l'imprévision en droit québécois : MARTIN Stefan, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », *Les Cahiers de droit*, vol. 34, n°2, 1993, pp. 599 – 633 ; JOBIN Pierre-Gabriel, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans le Code civil au Québec », *RTD civ.*, 2004, p. 693. Sur le refus jurisprudentiel de la révision pour imprévision en droit québécois : LLUELLES Didier et MOORE Benoît, *Droit des obligations*, 2^e éd., 2012, Les éditions Thémis, n°2233 ; JUTRAS Daniel, « La bonne foi, l'imprévision et le rapport entre le général et le particulier », *RTD civ.*, 2017, p. 138.

¹⁰⁸⁵ Voir sur ce point quelques arrêts de la Cour de cassation belge : Cass. (Be) 14 avril 1994, Pas., I, 365 ; Cass. (Be) 30 avril 2004, n° de rôle 02.0201.F ; Cass. (Be) 20 avril 2006, n° de rôle C.030084.N. Néanmoins, il faut souligner que la jurisprudence belge, comme on verra pour la France, a amorcé une évolution possible, en s'inspirant de la notion de la bonne foi. En effet, dans un arrêt du 14 octobre 2010, la Cour de cassation belge n'a pas hésité à faire appel à la bonne foi pour repousser l'action d'un contractant qui continuait d'exiger de manière anormale une exécution devenue disproportionnée par rapport à l'évolution de la situation économique des deux parties qui avait justifié l'accord initial. Cass. (Be) 14 octobre 2010, n° de rôle C.09.06008.F/1. De même, quelques temps, auparavant, dans une décision rendue le 19 juin 2009, la Cour de cassation belge a admis la renégociation du contrat en cas de *hardship* lorsque les parties ont décidé de soumettre leur contrat de vente internationale de marchandise à la Convention de Vienne sur la Vente internationale alors que cette convention ne contient aucune disposition le permettant : Cass. civ. Belge (1^{re} ch.), 19 juin 2009, *RDC* 2009, p. 737, obs. K. Szychowska ; *DAOR*, 2010, n°94, pp. 156-162, obs. D. M. Philippe ; *RDC* 2011, n°3, pp. 963- 985, obs., P. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, D. M. Philippe et R. Wintgen. Sur cette décision, voir également, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », *Revue des contrats*, 2010, p. 1405 ; ZIELINSKI Tadeusz, « L'imprévision et la possibilité de la révision du contrat international en vertu de l'article 79 de la Convention de Vienne », *Silesian Journal of Legal Studies*, 2014, vol. 6, pp. 113-124. Sur la question de l'imprévision en droit belge : PHILIPPE Denis M., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; *Id.*, « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *RDIC*, 2015, n°2, pp. 159-164 ; *Id.*, « La réforme du droit des contrats français. Comparaisons franco-belges », in *Les visages de l'État, Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruylant, 2017, pp. 623-646 ; HEREMANS Sophie, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement des circonstances : quelques éclairages nouveaux », *RGDC*, 2000, pp. 477 et s. ; VAN OMMESLAGUE Pierre, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 888 et s. ; *Id.*, *Droit des obligations*, t. 1, Bruylant, Bruxelles, 2010, n°530, pp. 790 et s. Cependant, la Belgique est loin du mécanisme qui a été consacré par le législateur français en 2016.

¹⁰⁸⁶ *Davis Contractors v. Fareham Urban Council*, (1956), *op. cit.* Voir en ce sens d'autres arrêts récents cités par LAITHIER Yves-Marie, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de Common law », *Revue des contrats*, 2010, n°1, pp. 52 et s. Toutefois, il faut observer que dans la jurisprudence anglaise, la théorie

contrat fut conclu entre Davis Contractors et Fareham UDC en 1946 dont l'objet était la construction de 78 maisons pour un montant de £ 92 425. Le contrat stipulait que le travail devait durer 6 mois. Mais compte tenu du manque de main-d'œuvre, la réalisation de l'ouvrage a duré 22 mois. De ce fait, le coût des travaux a été finalement de \$ 115 223. Davis Contractors fit valoir que le contrat était « frustré », donc dénué d'efficacité et que, par conséquent, il avait droit à une indemnisation pour la valeur du travail effectué. Toutefois, la House of Lords a jugé que la simple augmentation du coût ne donne pas naissance à une situation fondamentalement différente, qui seule caractérise une *frustration* libérant le débiteur. Ainsi, même si l'exécution du contrat est devenue plus onéreuse, il n'y avait pas en l'occurrence lieu à appliquer la théorie de la *frustration*.

402. En ce domaine, la *Common law* est restée fidèle à l'intangibilité du contrat¹⁰⁸⁷ : soit les parties sont libérées totalement et automatiquement si la notion de *frustration* est établie, soit les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations dans le cas contraire. Ainsi, même si le droit anglais reconnaît au juge le pouvoir de résilier le contrat en cas de changement de circonstances sur le fondement de la notion de *frustration*, certains auteurs¹⁰⁸⁸ estiment que cette notion n'est

de *frustration* a parfois été appliquée dans des situations où l'exécution du contrat n'avait pas été rendue complètement impossible, mais où étaient survenues des modifications fondamentales dans les circonstances de cette exécution. L'arrêt pertinent à cet égard est l'affaire dite du *Coronation cases* qui date de 1903. Dans cet arrêt, la question était de savoir si le locataire qui avait loué un appartement dans le but de pouvoir observer depuis les fenêtres de cet appartement la cérémonie du couronnement du roi Edouard VII, devait payer le prix de la location, alors que cette dernière a été annulée à la suite du report de la cérémonie pour cause de maladie. La Cour considéra que le contrat devrait être considéré comme *frustrated* au motif que la cérémonie du couronnement du roi constituant le fondement du contrat, les deux parties devaient être déchargées de leur engagement, car même si le contrat était toujours exécutable, son exécution l'aurait changé de nature. *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740. Voir également dans le même sens l'affaire *Jackson vs Union Marine Insurance Co. Ltd.*, 1874, citée par VAN OMMESLACHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 17). Cependant, comme le fait remarquer M. ANCEL, cette décision de la Cour anglaise correspond plutôt en droit français à la notion de l'erreur sur les motifs ou de la caducité pour disparition de la cause puisqu'avec cette théorie de frustration dans la décision de la Cour, c'est la cause qui est relevée. De plus, l'auteur souligne que dans l'affaire *Coronation cases*, l'application de la théorie de la *frustration* par le juge n'a conduit en aucun cas à la révision du contrat, mais seulement à la résiliation du contrat. ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n° 38.

¹⁰⁸⁷ Sur ce trait traditionnel, voir FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, 2004, n° 15 ; WEIR Tony, « All or Nothing ? », *Tulane. Law Review*, Vol. 78, 2004, 511. Voir également McKendrick Ewan, « Force Majeure Clauses: The Gap between Doctrine and Practice », in *Contracts Terms*, Andrew Burrows et Edwin Peel (dir.), Oxford University Press, 2007, p. 243: « *The courts have no power at common law to allow the contract to continue and to adapt its terms to the changed circumstances or to substitute new terms which are more suitable to the changed situation. Nor do they have such power of amendment where there has been "an un contemplated turn of events" falling short of frustration (...)* ». Voir pour une analyse approfondie sur le concept: COLLINS Hugh, *The Law of Contract*, 4^e éd., London, LexisNexis, 2003, p. 293; TREITEL Guenter H., *Frustration and Force Majeure*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2004, n° 15 et s.

¹⁰⁸⁸ LAITHIER Yves-Marie, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de Common law », *op. cit.* ; TALLON Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *op. cit.*, p. 408 ; CABRILLAC Rémy, « Perspective d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », *op. cit.*, p. 228 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.* ; DUNCAN Fairgrieve, « 3 questions – L'impact de la force majeure dans le

pas proprement qualifiable de révision pour imprévision en ce que le droit anglais a vocation de se rapprocher plutôt, par application de cette notion des effets de la force majeure au sens du droit français¹⁰⁸⁹. Il en va sensiblement de même dans la plupart des pays de *Common law*¹⁰⁹⁰. De même, la Convention des Nations Unies sur la vente internationale, en vigueur dans de nombreux droits, ne contient aucune disposition expresse sur la révision pour imprévision¹⁰⁹¹.

403. Toutefois, en France, ce refus de la révision judiciaire par la jurisprudence du *canal de Craponne* a fait l'objet de controverse au sein de la doctrine. En substance, certains auteurs défendaient la consécration d'un pouvoir judiciaire de révision du contrat¹⁰⁹², d'autres la simple reconnaissance d'un devoir pour les parties de renégocier celui-ci¹⁰⁹³. De fait, depuis les années 90, cet édifice jurisprudentiel semble quelque peu malmené. En effet, un tempérament avait été trouvé dans un très remarqué arrêt *Huard* rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1992¹⁰⁹⁴. En l'espèce, une société pétrolière avait refusé de passer avec un de ses distributeurs agréés un accord de coopération qui aurait été nécessaire pour surmonter les difficultés liées à la libéralisation du prix de l'essence. En raison des prix imposés par la société

common law ? », *op. cit.*, pp. 519 et s. ; LE GALLOU Cécile et WESLEY Simon, *Droit anglais des affaires*, *op. cit.*, n°529.

¹⁰⁸⁹ Voir *supra* section 1, paragraphe 1 (A) de ce présent chapitre.

¹⁰⁹⁰ Voir sur ce point ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n° 39 ; Pour une analyse comparative sur la question dans la *Common law* : BATIFFOL Henri, *Les contrats en droit international privé comparé*, McGill University, Montréal, Institut de droit comparé, 1981, p. 166 ; PERILLO Joseph, « Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of international Commercial Contracts », *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 1997, vol. 5, pp. 26 et s.

¹⁰⁹¹ On notera, en revanche, qu'il existe depuis longtemps, un débat doctrinal sur l'application de l'article 79 de la Convention de Vienne aux situations de *hardship* (imprévision). Pendant longtemps, les opinions présentées à ce sujet étaient théoriques, jusqu'en 2009 où la Cour de cassation belge a rendu un jugement qui a suscité beaucoup de bruit dans le monde de commentateurs de la Convention. En effet, dans une décision rendue le 19 juin 2009, la Cour de cassation belge a admis la possibilité d'invoquer l'article 79 de la CVIM par la partie lésée par le changement des circonstances économiques pour demander la renégociation du contrat ou résiliation de celui-ci. Pour justifier sa position, la Cour estime que le silence de la CVIM sur la question de l'imprévision constitue une lacune qui peut être complétée en puisant dans les principes généraux du commerce international, et notamment dans les Principes d'*Unidroit* qui, eux, acceptent la révision pour imprévision. Toutefois, la décision de la Cour de cassation belge a suscité beaucoup de critiques par certains commentateurs. De plus, cette position de la Cour semble isolée dans la mesure où la grande majorité des décisions de juridictions nationales ou arbitrales refusent d'appliquer l'article 79 de la Convention aux situations où l'exécution est simplement devenue plus onéreuse pour l'une des parties. Voir sur cette décision, *supra* note 208.

¹⁰⁹² Voir par ex. JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'art. 1134 », *op. cit.* ; THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du contrat », *op. cit.* ; GRYNBAUM Luc, *Le contrat contingent*, *op. cit.* ; FIN-LANGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.* ; MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n°129, pp. 4 et s. ; Rapport français sur la révision du contrat lors de la journée parisienne de l'Association Henri Capitant, 8 avril 2005 ; MEKKI Mustapha, « *Hardship* et révision du contrat » *JCP G*, 2010, pp. 1219 et 1251 ; SAVAUX Eric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision », *Revue des contrats*, 2010, p. 1057.

¹⁰⁹³ Voir par ex. AYNÉS Laurent, « Le devoir de renégocier », in *Le contrat au secours de l'entreprise*, *RJ com.*, 1999, n° spécial, p. 11 ; CATALA Pierre, « La renégociation des contrats », in *Mélanges Paul Didier*, 2008, p. 91 ; THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°796 et s.

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ.*, 1992, IV, n°338 ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; *CCC* 1993, comm.45, obs. L. Leveneur.

pétrolière, le distributeur ne pouvait pas faire face à la concurrence. La Cour de cassation considère que ce comportement est contraire au principe de la bonne foi. En effet, la Cour estime que l'obligation de bonne foi devait mener les parties à adapter le contrat aux circonstances économiques nouvelles. Elle n'accorde toutefois pas au juge un pouvoir de révision de la convention, mais seulement à l'exploitant de la station-service une indemnité réparant le préjudice causé par le refus de la renégociation. La solution de la chambre de la Cour de cassation a été reprise ensuite à quelques reprises¹⁰⁹⁵, mais elle est restée isolée. En revanche, plus récemment, dans une affaire où les circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux avaient déséquilibré l'économie générale d'un contrat, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait admis au visa de l'ancien article 1131 du Code civil français l'annulation du contrat au motif que l'engagement du débiteur se trouvait privé de « toute contrepartie réelle »¹⁰⁹⁶. C'est donc sur le terrain de l'absence de cause que la Cour dans cet arrêt non publié a accepté implicitement l'application de la théorie de l'imprévision sans pour autant remettre véritablement en question la jurisprudence écartant la révision judiciaire du contrat. Cela dit, on peut dire que cette décision n'a fait qu'annoncer l'accueil de la théorie de l'imprévision en droit civil français. Toutefois, ces fissures semblent insuffisantes à faire céder la solution de la jurisprudence du *canal de Craponne*. En effet, l'arrêt du *canal de Craponne* a joui d'une grande autorité dans la mesure où comme on l'a vu, sa solution a été régulièrement reprise par les tribunaux français¹⁰⁹⁷. Ainsi, en fut-il jusqu'à la réforme du droit des contrats et des obligations de février 2016.

B- Introduction de l'imprévision dans le Code civil français

404. Selon la doctrine, la théorie de l'imprévision est utilisée pour désigner les situations où un contrat, dont l'exécution est échelonnée dans le temps ou du moins différée, voit son équilibre profondément bouleversé par suite d'un changement imprévisible des circonstances qui avaient présidé à sa conclusion de sorte que son exécution devient excessivement difficile

¹⁰⁹⁵ Cass. com., 22 décembre 1998, n°96-18, 357, CCC 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Défrénois*, 1999, 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; *RTD civ.*, 1999, 98, obs. J. Mestre ; *RTD civ.*, 1999, 646, obs. P-Y. Gauthier. Voir également, CA Nancy, 26 septembre 2007, RG n°06/02221, *D.* 2008, 1120, note M. Boutonnet ; *JCP* 2008, II, 10091, note M. Lamoureux ; *RTD civ.*, 2008, 295 note B. Fages ; *RLDC* 2008, n°49, pp. 6-11, note O. Cachard ; *RDC* 2008, 759 note C. Suzanne, concernant un contrat de fournitures d'énergie bouleversé par les dispositions législatives relatives aux quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹⁰⁹⁶ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67369, *JCP* 2010, 1056, note T. Favario ; *D.* 2010, 2481 ; *D.* 2010, 2481, note D. Mazeaud ; *D.* 2010, 2485, note crit. Th. Genicon ; *RDC* 2011, 34, obs. E. Savaux ; *RTD civ.*, 2010, 782, note Fages ; *RTD civ.*, 2011, 87, note Deumier.

¹⁰⁹⁷ Voir en ce sens, Cass. 3^e civ., 10 décembre 2003, n°02-14.990, inédit, *AJDI*, 2004, 127, note F. Cohet-Cordey. CA Bordeaux, 28 octobre 2015, RG n°14/00668, *Gaz. Pal.*, 26 avril 2016, n°16, p. 27, note D. Houtcieff.

pour la partie au détriment de laquelle s'opère ce déséquilibre¹⁰⁹⁸. Or, si une telle perspective se trouve aujourd'hui dans la plupart des textes européens et internationaux, elle n'est plus étrangère au droit civil français. En effet, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en intégrant l'imprévision en droit civil français à l'article 1195, innove et rejoint la plupart des systèmes juridiques étrangers¹⁰⁹⁹. Le nouvel article 1195 dispose que « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». L'article 1195 rompt ainsi avec le silence du Code civil sur l'incidence d'un tel changement, mais, plus encore avec la jurisprudence du *canal de Craponne* qui refusait à défaut de clause la prévoyant, la révision du contrat par le juge. En effet, non seulement cette nouvelle disposition permet en cas de difficultés d'exécution, la renégociation du contrat entre les parties, mais plus encore, admet la possibilité pour le juge de réviser le contrat à la demande d'une seule partie, ce qui constitue une des innovations majeures de la réforme comme le souligne le Rapport au président de la République¹¹⁰⁰.

405. Dans le cadre des différents projets doctrinaux et ministériels de réforme du droit des contrats¹¹⁰¹ qui se sont succédés jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, seules les propositions

¹⁰⁹⁸ ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°1. Sur les origines de cette théorie : THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°266 et s. ; MAURALIS Jean-Louis, « Imprévision », *Rép. civ. Dalloz*, 2003 ; AYNÉS Laurent, « L'imprévision en droit privé », *RJ com.*, 2005, p. 397 ; STOFFELMUNK Philippe, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos Alain Sériaux, préf. Roger Bout, PUAM, 1994 ; SAVAUX Eric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision », *op. cit.* ; MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », *op. cit.*, p. 4 ; JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'art. 1134 », *op. cit.*, p. 46 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », *op. cit.*, p. 67 ; MEKKI Mustapha, « *Hardship* et révision du contrat », *op. cit.*

¹⁰⁹⁹ Il importe de noter que même si la théorie de l'imprévision existait déjà en droit public, elle est cependant loin du mécanisme de révision judiciaire mise en place par l'ordonnance n°2016-13 du 10 février 2016. Voir en ce sens JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa » *op. cit.*; MEKKI Mustapha, « Réforme du droit des contrats : la caducité », *JCP N*, 20 janvier 2017, n°3, p. 131.

¹¹⁰⁰ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1656.

¹¹⁰¹ Voir sur ce point : HONTEBEYRIE Antoine, « Les effets du contrat dans le projet de réforme », Fiche pratique, *Journal des Sociétés*, avril 2014, n°118 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°632 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, n°544 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°58 et s.

Terré¹¹⁰² étaient allées jusqu'à préconiser l'introduction de la faculté pour le juge de réviser le contrat et la réception pleine et entière de la théorie de l'imprévision (art. 92 du projet). L'avant-projet Catala¹¹⁰³ n'avait admis qu'une obligation de renégocier le contrat de bonne foi. En effet, les articles 1135-1 et suivants de l'avant-projet renvoyaient la solution à la bonne volonté des parties qui étaient invitées à prévoir dans leur contrat une clause les obligeant à renégocier celui-ci. À défaut d'une telle clause, le tribunal de grande instance pouvait ordonner une renégociation à la demande de la partie ayant perdu son intérêt au contrat. En cas d'échec de la négociation qui devait être conduite de bonne foi, chaque partie pouvait demander au président du Tribunal de prononcer la résiliation du contrat.

406. Les différents avant-projets de la Chancellerie¹¹⁰⁴ diffusés en 2008, en 2009 et en 2015 n'étaient pas non plus allés si loin. Ils prévoyaient l'introduction d'une obligation de renégociation, pesant sur les parties, et comme corollaire, ils avaient certes admis la possibilité pour le juge au cas où la renégociation échouerait de procéder à l'adaptation du contrat, mais seulement avec l'accord des parties, ou alors d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. Ainsi, l'ordonnance, non seulement dans sa dernière version, a conservé ces solutions, mais dans l'article 1195 a également introduit, en cas d'échec de la renégociation, la possibilité pour le juge de réviser le contrat contre la volonté d'une des parties¹¹⁰⁵. Le principe d'intangibilité du contrat est donc ici sérieusement compromis.

La révision du contrat pour imprévision est cependant encadrée. Il faut d'abord qu'il y ait une situation d'imprévision.

¹¹⁰² FENOUILLET Dominique, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*

¹¹⁰³ CATALA Pierre, « La renégociation des contrats », in Mélanges Didier P., *Economica*, 2008. ; GHOZI Alain, « Effets des conventions, interprétation, qualification », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française*, 2006, p. 47. Sur la version finale, art. 136, FENOUILLET Dominique, « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », *Revue des contrats*, janvier 2006, n°1, p. 67, spéc. p. 73 et s.

¹¹⁰⁴ Voir sur ce projet, PIMONT Sébastien, « Le traitement juridique de l'« imprévision » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Deux exercices d'interprétation », in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations*, Comparaison franco-argentine, t. XIX/Savoie, Association Henri Capitant, Journée nationale, 2015, p. 68 ; DUPICHOT Philippe, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratiques des affaires*, Stoffel-Munck Philippe (ss dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 79 ; MOLFESSIS Nicolas, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, 1415 ; PICOD Yves, « L'imprévision contractuelle », in *La réforme du droit des contrats*, Actes de colloque, 1^{re} Journée Cambacères, 3 juillet 2015, Université de Montpellier, 2015, p. 165.

¹¹⁰⁵ Sur la révision judiciaire : REVET Thierry et FÉDOU Jean-François, « Le juge et la révision du contrat », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Mekki Mustapha (ss dir.), *Revue des contrats*, 2006, n°02, respect. pp. 373 et s. et pp. 382 et s. ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° hors-série, pp. 30 et s.

Paragraphe 2 : Conditions d'application du nouvel article 1195 du Code civil français

407. Plusieurs conditions sont nécessaires pour que l'on se trouve dans une véritable situation d'imprévision. En effet, pour que l'on soit dans une situation d'imprévision, le premier alinéa de l'article 1195 dispose que si « *un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ». Ainsi, il faut avant tout que le déséquilibre soit postérieur à la conclusion du contrat (A). Il faut ensuite que l'exécution du contrat demeure possible (B). Enfin, il faut qu'il ait absence d'acceptation des risques par le cocontractant confronté à la difficulté d'exécution (C).

A- Le caractère ultérieur du déséquilibre

408. Pour ouvrir droit à la révision pour imprévision du contrat, le changement de circonstances doit se produire ultérieurement à la conclusion du contrat. Cette condition permet de distinguer l'imprévision de la lésion qui désigne un déséquilibre survenant au moment de la formation. Or, aujourd'hui comme hier, la lésion n'est sanctionnée que de façon exceptionnelle puisque l'équilibre entre les prestations n'est pas une condition de la validité du contrat¹¹⁰⁶. Pour autant dans certaines circonstances de fait, il sera difficile de distinguer un cas de lésion d'une hypothèse d'imprévision. C'est notamment le cas lorsqu'on est en présence d'un événement qui aurait été réalisé avant la conclusion du contrat, mais dont les parties, ou l'une d'entre elles n'auraient pas eu connaissance après¹¹⁰⁷. Cette hypothèse est envisagée par certains droits étrangers et certains textes européens et internationaux, qui l'assimilent à un cas d'imprévision. Tel est par exemple le cas de l'article 313 du BGB consacré à la « perturbation du fondement du contrat » (*Störung der Geschäftsgrundlage*), qui assimile les hypothèses où « les circonstances constituant le fondement du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci », à celles dans lesquelles les « considérations essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées ». Ce que le droit français qualifierait plutôt d'erreur¹¹⁰⁸. De même, l'article 6.2.2 des Principes d'Unidroit n'est pas limité aux seules

¹¹⁰⁶ JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁰⁷ Voir, ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°69 et s. ; GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, n°328.

¹¹⁰⁸ Voir le nouvel article 1130 du Code civil français, qui consacre la jurisprudence traditionnelle en matière d'erreur sur la substance. L'ignorance d'un élément important ne pourra être prise en considération que si elle porte « *sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ». Voir sur la question en droit allemand, HORN Simon, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *op.it.*, p. 333.

situations dans lesquelles un événement rend excessivement onéreuse l'exécution après la conclusion du contrat. En effet, le texte met en œuvre la notion de *hardship* « lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations (...) et que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat »¹¹⁰⁹. La même précision se trouve dans la clause de *hardship* de la CCI. Le groupe de Travail n'a pas souhaité une telle limitation, en raison du fait qu'une partie peut vouloir invoquer la Clause à raison d'un événement dont elle ne connaissait pas, et n'aurait pu connaître, l'existence au moment de la conclusion du contrat¹¹¹⁰.

409. Le changement de circonstances doit exister, peu importe sa cause, naturelle (conséquences sur le coût des matières premières de difficultés climatiques par exemple) ou humaine (changement de législation entraînant une augmentation des coûts d'approvisionnements ou de fabrication, tel que l'embargo ou de nouvelles taxes, etc.) sous réserve que le déséquilibre ultérieur ne procède pas d'un événement imputable au débiteur lui-même, si du moins il était à son pouvoir d'en empêcher la survenance¹¹¹¹. Peu importe aussi sa nature (circonstances climatiques, contexte politique, crise économique, etc.).

410. Le changement de circonstances doit avoir été imprévisible lors de la conclusion du contrat. En effet, il faut aussi selon le texte que les circonstances ayant engendré un déséquilibre important entre les prestations réciproques découlent au contraire d'une absence de prévoyance des parties qui n'ont pas anticipé que la durée du contrat entraînerait des répercussions considérables sur le coût des prestations. Ainsi, la partie qui aurait pu raisonnablement prévoir l'événement ne pourra pas revendiquer la renégociation du contrat. Une simple baisse ou hausse des matières premières est parfaitement prévisible. En revanche, leur effondrement l'est moins. En ce sens, l'imprévisibilité doit être perçue comme une circonstance exceptionnelle. Nul

¹¹⁰⁹ Pour une application, dans le cadre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, voir l'arrêt de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009, note 208 de cette présente section.

¹¹¹⁰ Voir à l'inverse, l'inverse l'article III- 1 : 110 du *Draft Common Frame of Reference*, à l'instar de la France, ce texte vise les situations dans lesquelles « le changement de circonstances s'est produit après le moment où l'obligation a été contractée ». Voir égal. l'article 83 (3) (a) du projet de droit commun européen de la vente.

¹¹¹¹ Selon certains auteurs, cette condition renvoie au critère d'extériorité de la force majeure (MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations, op. cit.*, n°436 ; FAGES Bertrand, *Droit des obligations, op. cit.*, n°351. Toutefois, cette distinction est discutable dans la mesure où comme on a pu l'observer que le critère d'extériorité n'est plus mentionné dans le nouvel article 1218 du Code civil français. En effet, le nouvel article se réfère désormais à l'événement « échappant au contrôle du débiteur ». De ce fait, une partie de la doctrine estime que cette condition plus souple devrait également être retenue pour l'interprétation du nouvel article 1195. Dès lors, les cas d'imprévision doivent correspondre à ceux qui ne peuvent être considérés comme imputables au débiteur. Voir, JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 110 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°70.

besoin d'un bouleversement, mais d'un simple changement de circonstances, lequel peut être progressif, pas forcément brutal, mais imprévisible au moment de la conclusion du contrat¹¹¹².

411. La condition imprévisible du changement doit cependant être appréciée de façon *in abstracto* circonstancielle, à l'instar de ce qui est admis en matière de force majeure¹¹¹³, c'est-à-dire par référent à un homme « raisonnable » placé dans les mêmes circonstances que le contractant¹¹¹⁴. Dès lors, il est interdit de venir au secours de celui qui a été imprudent ou négligeant et qui s'est engagé à la légère alors qu'il était aisé d'anticiper la difficulté, et réserver le mécanisme au contractant dont les prévisions légitimes ont été déjouées¹¹¹⁵.

412. Ainsi, un événement prévisible dans sa nature, mais imprévisible dans son ampleur pourra être considéré comme permettant le jeu du nouvel article 1195 comme c'est le cas pour l'article 1218 relatif à la force majeure et bien souvent en droit comparé. Il suffit que la partie qui revendique l'imprévision démontre que non seulement elle n'a pas anticipé les difficultés à venir, mais qu'en plus celles-ci n'étaient pas raisonnablement prévisibles. Tel est le cas par exemple, des Principes du droit européen des contrats (Principes Lando) qui se réfèrent à « un changement de circonstances qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat » (art. 6.111) et des Principes Unidroit dont la rédaction est très proche de l'article 1195 du Code civil puisque l'on se réfère à : « (...) un changement de circonstances raisonnablement imprévisible » (art. 6.2.2).

B- L'onérosité excessive de la prestation

413. Le mécanisme prévu à l'article 1195 du Code civil ne peut être déclenché que si le changement de circonstances « rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». Il doit s'agir d'un changement qui rend l'exécution non pas impossible, auquel cas il y aurait force majeure¹¹¹⁶, mais beaucoup plus difficile ou beaucoup plus onéreuse. En effet, le mécanisme mis en place par l'article 1195 n'a pas de sens si l'exécution est devenue impossible, car dans

¹¹¹² Voir en ce sens DUPICHOT Philippe, « La nouvelle révision pour imprévision », *op. cit.*, p. 75 ; HEINICH Julia, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, *op. cit.*, n°156 et s.

¹¹¹³ *Supra* section 1, paragraphe 1 (B) de ce présent chapitre.

¹¹¹⁴ Voir en ce sens CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*

¹¹¹⁵ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*, n°545, p. 493

¹¹¹⁶ La mise en œuvre de la force majeure suppose selon l'article 1218 du Code civil que le changement de circonstances rende impossible, même temporaire l'exécution. La théorie de force majeure exige une impossibilité absolue de poursuivre l'exécution (Voir *supra* section 1, paragraphe 1 (B 3.)). L'imprévision se distingue en cela de la force majeure, dans la mesure où l'exécution n'est jamais impossible, mais elle devient seulement déraisonnable.

un tel cas, la renégociation du contrat ne sert à rien, et cette impossibilité ne peut conduire qu'à la fin du contrat (ou à sa suspension si elle est temporaire), mais en aucun cas à sa révision par le juge. L'article 1195 ne peut s'appliquer que si l'exécution de la prestation reste possible, mais que la survenance de l'événement l'a rendue beaucoup plus lourde pour le débiteur¹¹¹⁷.

414. Cette notion d'« exécution excessivement onéreuse » qui se rapproche, en droit comparé, de la formulation italienne « *eccessiva onerosità sopravvenuta* » - en cas d'événements « extraordinaires et imprévisibles »¹¹¹⁸ et qui reprend la solution adoptée dans les Principes du droit européen des contrats¹¹¹⁹ suppose une modification significative de l'équilibre économique entre les parties par rapport à la situation présente au moment de la conclusion du contrat. Ce qui semble manifester l'idée qu'un simple bouleversement de l'économie du contrat ou de l'équilibre contractuel serait insuffisant. En effet, selon le professeur Revêt Thierry, « on est ici en présence d'une lésion « énormissime », ce qui signifie un écart considérable entre ce que l'une des parties fournit et ce qu'elle reçoit ». ¹¹²⁰

415. Par ailleurs, la formule « excessivement onéreuse » évoquée par le texte peut soulever des difficultés d'interprétations. En effet, doit-on apprécier « l'excessive onérosité » de façon subjective en fonction des facultés du débiteur ou objective en fonction de la valeur respective des prestations ? Pour sa part, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 renvoie la formule « excessivement onéreuse » à la conception subjective puisque l'exécution doit être excessivement onéreuse pour le débiteur en particulier¹¹²¹. Or, selon M. Stoffel-Munck, en

¹¹¹⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, tome 1, Thémis droit, PUF, 2019, spéc. n°780 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « le changement de circonstances », *op. cit.*

¹¹¹⁸ Le droit italien de la *risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* de l'art. 1467 du Code civil permet à une partie de demander la résolution du contrat, lorsque la prestation est devenue excessivement onéreuse à raison d'événements extraordinaires et imprévisibles, demande à laquelle l'autre partie peut faire obstacle en offrant de modifier équitablement les conditions du contrat. Voir en ce sens DEBERNARDI Giovanna, « Imprévision : de l'expérience italienne à l'innovation française », *op. cit.*, p.10.

¹¹¹⁹ L'article 6.111 des PEDC prévoit en effet que l'imprévision n'intervient que lorsque « l'exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une des parties en raison d'un changement de circonstances ».

¹¹²⁰ REVET Thierry, « L'imprévision », in *La réforme du droit des contrats*, Médiathèque de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *Vidéocour*, 26 juillet 2016.

¹¹²¹ PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.*, n°58 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°76 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 111 ; *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.*, n°1415. Voir également en ce sens un récent arrêt en date du 17 février 2015 (n°12-29.550, 13-18.956, 13-20.230 : *RDC* 2015. 458, obs. Laithier), où la Cour de cassation a considéré qu'une société n'avait pas apporté la preuve d'une situation ayant altéré « fondamentalement » l'équilibre des prestations et justifiant l'activation d'une clause de *hardship* quand bien même ladite société avait produit des lettres à ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4% à 16%, entraînant une diminution de 58% de sa marge brute. Cette décision de la Cour de cassation démontre parfaitement que la notion d'onérosité est subjective, en faisant peser les incidences du changement sur la situation du débiteur. Arrêt cité par MERCADAL Barthélemy, *Réforme du droit des contrats*, Éditions Francis Lefebvre, 2016, p. 172.

tenant compte de la situation particulière du débiteur pour apprécier l'excès, l'onérosité de l'exécution deviendrait alors plus vite excessive pour une entreprise en difficulté que pour une autre florissante. L'auteur rajoute qu'il est dès lors « improbable que l'article 1195 invite à raisonner sous le prisme de cette équité subjective ». Il estime que « dans les cas où le droit positif utilise cette référence à l'onérosité excessive, il le fait de manière plutôt objective, c'est-à-dire au regard du déséquilibre entre les prestations »¹¹²².

416. De même, on peut se demander si le terme « excessivement onéreuse » doit être entendu au sens strict, c'est-à-dire l'hypothèse d'un renchérissement du coût d'exécution ou au sens large, le cas d'une diminution de valeur de la contre-prestation. L'expression « exécution excessivement onéreuse » semble viser que les cas où l'exécution de la prestation coûte plus chère à un contractant, par exemple en raison de difficultés d'approvisionnement résultant d'une guerre ou d'un embargo, etc. Mais le texte devrait aussi pouvoir jouer lorsque le prix qui a été convenu devient dérisoire à la suite d'une forte inflation monétaire ou lorsque, à l'inverse, le débiteur d'une obligation monétaire achète au prix fort des marchandises que compte tenu du développement de la concurrence, il ne pourra plus revendre qu'à perte¹¹²³. Le caractère excessif de cette onérosité paraît devoir être apprécié objectivement et non en fonction de ce que peut supporter le débiteur dans la mesure où elle est caractérisée par la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit (comme un rapport coût/avantage). Ainsi, l'exécution du contrat deviendrait « onéreuse » au sens de l'article 1195 aussitôt qu'elle coûterait plus qu'elle ne rapporte¹¹²⁴.

417. On se demande enfin, ce qu'il en est lorsque l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles. Une

¹¹²² STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p. 35.

¹¹²³ Voir en ce sens, ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°75 ; PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat.- Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.* ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p. 30 ; DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, pp. 449 et s. ; CHÉNEDÉ François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidation, innovations, perspectives*, Dalloz, 2016, n°125, p. 63 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°436, p. 406 ; FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, Manuel, 9^e éd., Lextenso, LGDJ, 2019, n°351, p. 299 ; WITZ Claude, « Störung de vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », in *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, Florian Bien et Jean-Sébastien Borghetti (ss dir.), Mohr Siebeck, 2018, p. 135.

¹¹²⁴ Toutefois, pour certains auteurs, l'expression « excessivement onéreuse » évoquée par le texte ne recouvre que l'hypothèse de l'augmentation du coût de la prestation, voir en ce sens : STOFFEL-MUNCK Philippe, « La résiliation pour imprévision », *AJCA*, 2015, 262 ; HEINICH Julia, « L'article 1195 du Code civil », in *Le Lamy Droit des contrats*, Bertrand Fages et Pauline Fleury (sous dir.), LAMY, 2018, n°1867 et s. ; BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 2016, dossier 6, spéc. n°6.

telle situation ne semble pas relever de la logique de l'article 1195 qui a pour objet de remédier uniquement à l'incidence économique découlant du bouleversement des circonstances¹¹²⁵ et non contrairement à la proposition avancée dans l'avant-projet Catala¹¹²⁶ à traiter une éventuelle perte d'intérêt au contrat. La notion d'« onérosité excessive » semble donc strictement économique, voire monétaire. En effet, il s'agit de démontrer que l'exécution par la partie lésée de son obligation entraîne des charges exorbitantes pour elle du fait de son coût excessif et non que le contrat ait perdu tout intérêt pour la partie lésée. Ainsi, retenir une telle conception de l'imprévision, par exemple payer le prix fort pour louer pendant deux jours un appartement qui ne servira à rien en raison de l'annulation du spectacle qu'on voulait observer depuis ses fenêtres¹¹²⁷, impliquerait de prendre en compte le but recherché par les parties au moment de la conclusion du contrat et donc à subordonner l'application de l'article 1195 au fondement même du contrat¹¹²⁸. Or compte tenu de la formulation choisie par le législateur, un tel raisonnement paraît s'éloigner de l'approche adoptée par l'article 1195 du Code civil, celui-ci visant essentiellement la survenance d'un équilibre économique entre les parties du contrat¹¹²⁹. En outre, pour que l'onérosité excessive joue un rôle, encore faut-il que la victime de l'onérosité excessive n'ait pas assumé les risques de possibles déséquilibres.

C- L'absence de clauses d'acceptation du risque

418. La partie qui demande la révision du contrat ne doit pas avoir accepté d'en assumer, au moment de la conclusion du contrat, le risque d'une exécution excessive en raison du changement imprévisible des circonstances. Cette condition de l'alinéa premier de l'article 1195 du Code civil n'est pas nouvelle, étant donné que la plupart des textes internationaux et européens subordonnent la mise en œuvre de l'imprévision en l'absence d'acceptation du risque

¹¹²⁵ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.* ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°77.

¹¹²⁶ L'article 1135-1 de l'avant-projet Catala incluait en effet, parmi les conditions justifiant l'application de l'imprévision, l'hypothèse où la survenance d'un événement déséquilibre l'équilibre initial du contrat de telle sorte qu'elle a fait perdre tout intérêt du contrat pour l'une d'entre elles. On décèle également quelque écho de cette approche dans le droit allemand avec la notion de fondement contractuel « Geschäftsgrundlage » (ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°42), et aussi dans le droit belge (PHILIPPE Denis M., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, *op. cit.*, n°133, p. 143).

¹¹²⁷ Voir en ce sens l'affaire *Coronation Case* en droit anglais, *supra*, note 209.

¹¹²⁸ En ce sens, MM. Deshayes Olivier, Genicon Thomas et Mme Laithier Yves-Marie suggèrent que la perte du but recherché par les parties pourrait trouver un remède dans le nouvel article 1186 du Code civil qui dispose qu'« un contrat valablement formé devient caduc si l'un des éléments essentiels disparaît ». Cependant, une telle solution apparaît aujourd'hui risquée, étant donné que la notion de cause essentielle pour qu'une obligation puisse produire ses effets (ancien art.1131 du Code civil) a été supprimée par l'ordonnance du 10 février 2016. Voir à cet égard DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, pp. 353 et 395 ; CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°494.

¹¹²⁹ En ce sens ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*

par la partie victime du déséquilibre. Les Principes Unidroit disposent que la révision pour imprévision n'intervient que lorsque « le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée »¹¹³⁰. Le droit allemand prévoit que l'adaptation du contrat doit apprécier « eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques ». L'article 1467 du Codice civile italien exclut la révision si « l'onérosité survenue rentre dans l'aléa normal du contrat »¹¹³¹. Cette exigence, commune aux textes, repose sur la possibilité pour la volonté des parties de répartir contractuellement les risques liés à l'évolution des circonstances¹¹³². Ainsi, dès lors que les parties ont réglé elles-mêmes dans leur contrat la charge des risques, il n'y a pas lieu de procéder à la révision judiciaire du contrat par l'utilisation de la notion de l'imprévision¹¹³³.

419. Cette acceptation peut être trouvée dans une clause expresse d'acceptation du risque par laquelle l'une des parties assumera tel ou tel risque de changement des circonstances¹¹³⁴. Par exemple, il pourrait être prévu dans un contrat de fourniture de produits à fabriquer que les variations du prix des matières premières nécessaires à la fabrication ne pourront impliquer la révision du contrat. De la même manière, les parties pourraient prévoir dans un contrat de transport maritime que la variation du coût de carburant et celle des surestaries ne pourront entraîner une révision de celui-ci. L'acceptation du risque peut également être tacite et résulter de la nature du contrat conclu¹¹³⁵. C'est ainsi que la conclusion à forfait implique que le constructeur assume le risque du coût de l'augmentation de la main-d'œuvre et des matériaux¹¹³⁶. De même, un contractant qui conclut une opération spéculative est considéré comme ayant assumé un certain risque même si elle n'a pas eu conscience de ce risque lors de la conclusion du contrat. Ainsi, une compagnie d'assurance qui couvre les risques de guerre et

¹¹³⁰ Voir l'article 6.2.2 des Principes Unidroit.

¹¹³¹ Voir en ce sens DEBERNARDI Giovanna, « Imprévision : de l'expérience italienne à l'innovation française », *op. cit.*

¹¹³² En ce sens ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°82.

¹¹³³ BARBIER Hugo, *La liberté de prendre des risques*, thèse, PU Aix-Marseille, 2011, n°397 et s., p. 366 et s. ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°641 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 111 ; DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, pp. 449 et s. ; BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n°18.

¹¹³⁴ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1659 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°436, p. 406 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°83 ; PUIG Pascal, Les clauses d'attributions des risques, JCP N 2015, 1161.

¹¹³⁵ ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif après la réforme », *op. cit.*, n°84 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.* ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*

¹¹³⁶ Voir en ce sens, LAGALÉE-HEYMANN Maud, *Le contrat à forfait*, préface Laurent Aynès, Paris IRJS, t.76, 2016, n°678 et s., p.388 et s. ; THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°86, p.51.

d'instruction civile, ne peut demander à ses assurés une augmentation de prime au motif de la survenance simultanée de guerre et d'instruction civile dans trois pays de la même région¹¹³⁷. La conclusion d'un contrat aléatoire implique une prise de risque qui fait obstacle à la révision pour imprévision. Car on peut dire que l'aléa chasse l'imprévision. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un aléa contractuel, entré dans le champ de prévision des parties ; s'il s'agit d'un aléa extracontractuel, c'est-à-dire d'un événement qui est resté extérieur aux prévisions des parties, la révision pourra être demandée¹¹³⁸. D'ailleurs, afin de dissiper certaines des incertitudes inhérentes dans les contrats d'affaire qui impliquent l'existence d'un risque spéculatif, la loi de ratification a introduit dans le code monétaire et financier une disposition qui prévoit que « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L.211.1 du présent Code »¹¹³⁹.

420. Ainsi, cette condition de l'article 1195 suscite la question du caractère impératif ou supplétif de ce nouveau texte. Il est certain que la possibilité d'acceptation des risques ouverte par le texte lui-même ne peut dès lors être admise que si l'on admet le caractère « supplétif » de l'article 1195 du Code civil. Ce constat est, en outre, renforcé par l'immense majorité des auteurs qui se prononcent en faveur du caractère entièrement supplétif du texte¹¹⁴⁰. En effet, la doctrine majoritaire semble partir du postulat qu'il est tout à fait loisible aux parties si elles le souhaitent d'insérer dans le contrat des clauses allant écarter le jeu de l'imprévision. Plus encore, les rédacteurs du Rapport au président de la République confirment ce caractère supplétif du nouvel article 1195, en notant que « comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour

¹¹³⁷ Voir sur ce point le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, JO, 11 février 2016.

¹¹³⁸ THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°88, p.52.

¹¹³⁹ C. mon. Fin., art. L.211-40. Voir sur ce point, GAUDEMET Antoine, « Imprévision : les contrats financiers aléatoires entrent-ils dans le domaine d'application de l'article 1195 du Code civil », *in Autour du droit bancaire et au-delà, Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Joly éditions, 2017, pp. 533 et s.

¹¹⁴⁰ FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 9^e éd., *op. cit.* ; MEKKI Mustapha, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *Dalloz*, 2018, p. 900, n°19 ; *Id.*, « Le juge et les remèdes à inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2016, p. 400 ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p. 35 ; CHÉNEDÉ François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n°61-62 ; CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°46 ; MOLFESSIS Nicolas, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.* ; BRETZNER Jean-Daniel et BARRAL Gwennhælle, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016. 415.

choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat »¹¹⁴¹.

421. Toutefois, certains auteurs soutiennent, et de façon convaincante, que l'article 1195 du Code civil devrait être reconnu d'ordre public¹¹⁴². À cet égard, M. Mercadal fait valoir pour sa part des arguments d'opportunité¹¹⁴³. En effet, l'auteur considère d'une part qu'admettre la supplétive du nouvel article 1195 irait à l'encontre de l'esprit de la réforme du droit des contrats qui est de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution. D'autre part, le professeur Mercadal estime que permettre à une partie de renoncer par avance à la nouvelle faculté qu'est censé lui ouvrir le nouveau texte, c'est aussitôt renoncer à l'effectivité de la protection que l'on a voulue lui procurer. Pourtant, la révision du contrat, lorsqu'un contractant souffre des conséquences de l'imprévision, pourrait être considérée comme une règle protectrice de la partie faible. Or, le recours à une clause de révision la privera du régime protecteur de l'article 1195 alors qu'elle en aurait eu besoin. C'est dans ce contexte qu'une partie de la doctrine française s'est demandé si ce caractère supplétif sera également valable dans le cadre des contrats d'adhésion où les conditions générales sont dictées par un seul des cocontractants¹¹⁴⁴. En effet, dans ce type de contrat, la partie maîtresse de la rédaction, sans pour autant violer son contentement, pourrait profiter de la contrainte pesant sur l'autre partie, pour organiser des situations potentielles d'imprévision en indiquant que celle-ci en assumerait les conséquences afin d'éviter la révision du contrat. Toutefois, le contractant auquel la convention a été imposée pourrait invoquer le fait que la clause d'acceptation du risque crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, et que celle-ci

¹¹⁴¹ Voir le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, JO, 11 février 2016.

¹¹⁴² MERCADAL Barthélemy, « L'ordre public dans la réforme du droit des contrats », *La quotidienne*, Éditions Francis Lefebvre, Dalloz, 22 mars 2018 ; ALLEAUME Christophe, *La réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Douville Thibault (dir.), 2018, Lextenso, p. 183 ; BOLLAND-BLANCHARD Anne, « La clause d'imprévision dans les contrats de baux commerciaux : fallait-il une coranavision », *LPA* 2020, n°65, p. 6 ; LIBCHABER Rémy, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *Dalloz*, 2020, p. 1185 ; PÉRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP* 2016, n°16, Libres propos, 454.

¹¹⁴³ MERCADAL Barthélemy, *Réforme du droit des contrats, op. cit.*, n°603 et s., spéc. n°606 ; *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.*, n°14009 ; MERCADAL Barthélemy, « Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision », *Question pratique*, Éditions Francis Lefebvre, BRDA, 2020, n°19, pp. 21-22. Par ailleurs, M. Mercadal souligne que le verbe « assumer » évoqué par le texte c'est, étymologiquement « prendre en charge ». Ainsi, si une partie accepte « d'en assumer le risque », ce n'est donc pas simplement renoncer à un droit, c'est prendre l'engagement de se charger d'une obligation, ce qui suppose une prestation déterminée ou déterminable. *Ibidem*, p. 22.

¹¹⁴⁴ En ce sens CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n°526 ; DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 386 ; REVET Thierry, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*, n°12.

doit, en conséquence, être réputée non écrite au sens du nouvel article 1171 du Code civil français ou sur celui de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. À cet égard, certains auteurs proposent que le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil devrait se limiter aux seuls contrats de gré à gré, leur contenu ayant été en principe négocié par les parties, pour être en revanche toujours mis en application si ces conditions sont réunies.

Lorsque ces conditions sont réunies, l'article 1195 propose l'ouverture d'un processus fait de plusieurs étapes.

Paragraphe 3 : la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision

422. Aujourd'hui, le nouvel article 1195 du Code civil mis en place par la réforme du droit des obligations de 2016 constitue ainsi, en droit civil français, une innovation de rupture en ce qu'il revient sur un refus de principe plus que centenaire. En effet, si le texte permet dans son premier alinéa la renégociation du contrat entre les parties, la seconde innovation du texte réside dans le rôle imparti au juge dans le second alinéa de l'article 1195. Cet alinéa introduit la règle selon laquelle, « *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Ainsi, même si l'intervention du juge est particulièrement essentielle lorsque les parties n'ont pas négocié de clauses, il peut aussi avoir un rôle à jouer en leur présence. Par ailleurs, lorsque le Code civil évoque le nouveau rôle du juge, il englobe dans cette appellation générique non seulement les juges judiciaires et administratifs, mais également les arbitres, juges choisis par les parties. Ainsi, toute modification par le législateur du rôle et de l'office du juge dans les litiges contractuels emporte donc la modification du rôle et de l'office de l'arbitre¹¹⁴⁵.

A- En absence des clauses anticipant le changement de circonstances

423. Suivant le modèle des projets l'ayant précédé, ainsi que l'approche adoptée dans la plupart des textes internationaux, il résulte du nouvel article 1195 du Code civil deux mécanismes de révision du contrat pour imprévision. D'abord, le mécanisme est contractuel lorsque le cocontractant accepte de souscrire à la demande de renégociation de la partie lésée ;

¹¹⁴⁵ NÉOUZE Bruno, « L'arbitre et le contrat après la réforme du droit des obligations », in *Réforme du droit des contrats et arbitrage, La lettre de la Chambre arbitrale internationale de Paris*, n°12, décembre 2016, p. 5/22.

ensuite et uniquement, en cas de refus ou d'échec de la renégociation de cette demande, le mécanisme de la révision devient alors judiciaire.

1- Révision conventionnelle

424. L'article 1195 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que dans l'hypothèse où une partie estime qu'à cause d'un changement imprévisible de circonstances sa prestation est devenue excessivement onéreuse, elle « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Bien que, formulé comme une simple faculté, il semble toutefois que l'objectif des rédacteurs ait été de favoriser autant que possible la recherche d'un accord des parties. Cela paraîtrait d'ailleurs d'autant plus évident si on regarde l'alinéa suivant qui n'autorise la saisine du juge qu'en cas d'échec ou de refus de renégociation. C'est pourquoi, en dépit de ce texte, certains commentateurs¹¹⁴⁶ considèrent que cette faculté de proposer une renégociation du contrat devrait plutôt être lue comme une véritable obligation de renégocier¹¹⁴⁷.

425. Une fois la renégociation du contrat proposée, plusieurs issues peuvent être envisagées. Ainsi, les parties pourraient parvenir à un accord, ce qui représente la solution idéalement prévue par le législateur¹¹⁴⁸. En revanche, cette demande pourra se heurter à un refus de négocier ou conduire à une négociation qui se soldera par un échec. En effet, même s'il est clair que le texte a pour but d'inciter le contractant qui ne souffre pas du changement à entrer dans un processus de négociation, il est tout aussi clair qu'il n'y est pas directement tenu et qu'il peut se contenter de refuser de discuter, soit s'il estime que l'une des conditions n'est pas remplie, par exemple, que l'onérosité n'est pas excessive ou que le changement des circonstances n'était pas

¹¹⁴⁶ ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n° 87 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°643 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*, n°545, p. 494 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 119 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1660. Contra. ; BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n°12

¹¹⁴⁶ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*,
¹¹⁴⁷ On trouve également cette obligation de renégocier dans des Principes Lando qui prévoient que « *les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès* » (art. 6. 111). Également dans les Principes contractuels communs rédigés sous l'égide de l'Association Henri Capitant : « *S'il devient profondément déséquilibré, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible* » (art.7.101). Également dans le projet Terré, « *les parties doivent négocier...* » (art. 92).

¹¹⁴⁸ En effet, les parties pourront s'attendre sur de nouvelles clauses qu'elles doivent veiller à mettre son contenu en harmonie avec les clauses du contrat qui demeurent échangées. En ce sens, *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n°14030 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n° 88.

imprévisible¹¹⁴⁹, soit s'il est d'accord sur le fait que les conditions sont réunies et accepte de négocier¹¹⁵⁰. Ces hypothèses sont par ailleurs confirmées par la circonstance que le cocontractant reste en théorie libre de s'engager ou pas dans la renégociation, sans que son refus entraîne automatiquement une faute sanctionnable en vertu de l'article 1195 du Code civil¹¹⁵¹. Or, s'il est vrai que cette solution est conforme à la liberté contractuelle des parties, toutefois, compte tenu de la possibilité d'une intervention judiciaire à l'initiative de chacune d'entre elles, mieux vaut que dans une telle hypothèse, le contractant justifie de manière claire sa décision de ne pas entrer en négociation¹¹⁵². Ainsi, un tel comportement éviterait de possibles condamnations pour violation du devoir de bonne foi. En effet, bien qu'aucune sanction n'ait été prévue par le nouvel article 1195 du Code civil, rien n'empêche le juge de condamner, sur le fondement de l'article 1104 du Code civil¹¹⁵³, le cocontractant qui refuse sans aucune justification à participer aux négociations ou qui refuse de manière catégorique toute proposition du cocontractant sans raison valable¹¹⁵⁴.

426. En outre, l'article 1195¹¹⁵⁵ prend le soin de préciser qu'en dépit de sa demande de renégociation, le demandeur de la révision du contrat doit continuer à exécuter ses obligations jusqu'à l'expiration de la négociation qu'il a provoquée. En effet, cette solution s'explique par le fait que l'imprévision n'est pas comparable à une situation de force majeure¹¹⁵⁶. L'exécution

¹¹⁴⁹ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.* ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.* ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, 34 ; MOLFESSIS Nicolas, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, selon l'auteur « Il est, en effet, fort possible que le créancier et le débiteur ne soient déjà pas d'accord sur le point de savoir s'ils sont dans un cas d'imprévision ou pas ».

¹¹⁵⁰ STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.* ; BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *RDAI/IBLJ*, 2017, n°6, pp. 623-624.

¹¹⁵¹ Voir en ce sens CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.* ; FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 9^e éd., *op. cit.* ; BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n°12. Voir sur le caractère non fautif de cette démarche, rapp. Cass. com., 18 décembre 2012, n°11-27296 ; *RTD civ.*, 2013. 371, obs. B. Fages et H. Barbier.

¹¹⁵² Voir en ce sens MEKKI Mustapha, « De l'imprévisibilité changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA*, octobre 2016, l'auteur précise qu'il sera prudent, pour les parties, d'envisager la question dans le contrat initial.

¹¹⁵³ À l'instar du droit italien (v. art. 1467, alinéa 3 du Code civil italien), l'article 1104 du Code civil français énonce que chaque contractant est tenu en vertu du principe général de la bonne foi de se comporter de manière loyale et collaborative dans l'hypothèse d'une crise du contrat causée par la survenance de l'imprévision. Voir en ce sens YILDIRIM Cemil Ahmet, « Raisonnable et bonne foi : de nouveaux usages des standards juridiques », *op. cit.*, pp. 550-555.

¹¹⁵⁴ PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.*, n°63 ; DEBERNARDI Giovanna, « Imprévision : de l'expérience italienne à l'innovation française », *op. cit.*, n°43 et s.

¹¹⁵⁵ Article 1195, alinéa du Code civil français : « Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ».

¹¹⁵⁶ Sur la distinction, voir *supra*.

de l'obligation n'est pas ici impossible, donc il n'y aurait pas motif de prévoir que le simple fait d'avoir proposé une renégociation justifie l'interruption de toute exécution¹¹⁵⁷. Toutefois, cette règle, comme le soulignent les rédacteurs du rapport au président de la République, peut inciter le créancier à des manœuvres dilatoires, destinées à temporiser dans l'espoir d'éviter l'intervention judiciaire¹¹⁵⁸. Ici encore, il est clair que le cocontractant qui agirait ainsi serait assimilé à un négociateur de mauvaise foi. Il pourra être condamné à réparation sur le fondement d'un manquement à la bonne foi exigée par l'article 1104 du Code civil¹¹⁵⁹ ou celui de l'article 1112 du Code civil, qui régit les règles de négociation contractuelle en instaurant une limite à la liberté contractuelle à travers cette même exigence de bonne foi¹¹⁶⁰.

427. Enfin, l'article 1195 prévoit au début de son deuxième alinéa¹¹⁶¹ que les parties peuvent d'un commun accord décider de résoudre le contrat à la date et aux conditions qu'elles déterminent en cas de refus ou d'échec de la renégociation. Jusqu'à ce stade, aucune intervention du juge n'est prévue. Les parties ont toujours le contrôle. En effet, cette disposition accorde une grande liberté aux parties pour mettre un terme au contrat et liquider leurs rapports¹¹⁶². Ainsi, dans une telle hypothèse, un accord sera dès lors bien présent, mais son objet portera non pas sur la révision du contrat, mais sur sa cessation. Cependant, ce ne sont pas les seules voies offertes aux parties. Ces dernières pourraient effectivement d'un commun accord préférer se tourner vers le juge pour qu'il procède à une adaptation sans pour autant réussir à s'accorder sur la renégociation.

2- Révision judiciaire

428. L'article 1195 alinéa 2 du Code civil prévoit deux cas de figure d'intervention du juge ou de l'arbitre : en cas de refus ou d'échec, la saisine du juge ou de l'arbitre d'un commun accord par les contractants pour l'adaptation du contrat ; en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, la saisine unilatérale pour la révision ou la fin du contrat.

¹¹⁵⁷ PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.*, n°64.

¹¹⁵⁸ Voir sur ce point le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, JO, 11 février 2016 ; PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.* ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*

¹¹⁵⁹ En ce sens CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*

¹¹⁶⁰ L'article 1112 du Code civil dispose également que « La bonne foi doit présider au déroulement et à la rupture de toute négociation ».

¹¹⁶¹ « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent ».

¹¹⁶² *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n°14033. Voir également en ce sens, BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, p. 623.

a- Intervention du juge d'un commun accord des parties

429. Le premier rôle du juge ou de l'arbitre apparaît lorsque les parties d'un commun accord lui demandent de procéder à l'adaptation du contrat, c'est-à-dire à une modification du contrat qui tienne compte des nouvelles circonstances. Selon le professeur Mecadal, cette demande pourra prendre la forme d'une requête conjointe telle que visée à l'article 57-1 du Code de procédure civile qui dispose que « *Les parties peuvent soit conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur, soit le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent le limiter* »¹¹⁶³. Les parties pourront ainsi encadrer strictement le pouvoir du juge ou de l'arbitre afin qu'il ne change pas les termes du contrat dans des proportions qui excéderaient leurs souhaits. De ce fait, l'adaptation du contrat par le juge sera en fonction de ce que les parties lui auront demandé¹¹⁶⁴. Le risque d'une atteinte au droit de révision qu'expriment certains auteurs¹¹⁶⁵ sera exclu dans ce cas puisque les parties fixeront d'un commun accord l'objet de l'adaptation du contrat à laquelle elles consentent.

430. Dans cette hypothèse, le juge ou l'arbitre n'est autorisé qu'à adapter le contrat en cas de refus de renégociation ou d'échec de la négociation. Ce qui pourrait laisser entendre qu'il s'agit d'un pouvoir limité, car encadré par les conditions posées par les parties¹¹⁶⁶. En effet, le principe « *ne eat iudex ultra petita partium* » interdit au juge d'aller au-delà des conclusions des parties. Il implique toutefois que si la partie qui requiert l'adaptation a exclu implicitement la résolution en demandant uniquement une réduction de la prestation due, le juge ne pourra pas décider de résilier ou de résoudre le contrat en question¹¹⁶⁷. Autrement dit, le juge ou l'arbitre n'est autorisé seulement qu'à supprimer les conséquences du changement de circonstances sur le contrat sans

¹¹⁶³ *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.*, n°14037. Contra : MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations, op. cit.*, n°436, p. 406, pour qui ce rôle confié au juge de pouvoir adapter le contrat semble illusoire, car si les parties sont d'accord sur la nécessité d'une adaptation sans s'accorder pour autant sur les modalités, elles saisiront de préférence un tiers expert plutôt qu'un juge, dont l'office n'est pas de déterminer le contenu du contrat.

¹¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹¹⁶⁵ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*

¹¹⁶⁶ En ce sens RODA Jean-Christophe, « Réflexions pratiques sur l'imprévision » in *La réforme du droit des contrats en pratiques*, Latina Mathias (dir.), Actes du colloque tenu le 23 septembre 2016, Université de Nice Sophia Antipolis, 2017, Dalloz, p. 81 ; BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, p. 625 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.* Contra. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 8^e éd., *op. cit.*, n°764, pour qui la notion d'adaptation attribuerait au juge des pouvoirs plus larges que celle de « révision » prévue dans l'hypothèse d'une demande unilatérale.

¹¹⁶⁷ BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*

modifier plus en avant le contrat. Le juge ou l'arbitre continue ainsi à servir la volonté initiale des parties en gommant seulement l'inégalité créée par le changement des circonstances¹¹⁶⁸.

431. En revanche, certains auteurs¹¹⁶⁹ sont d'avis qu'il aurait été plus judicieux de conférer au juge ou à l'arbitre le pouvoir non pas d'adapter le contrat, mais de statuer sur les conditions posées par l'article 1195 alinéa 1^{er} et d'offrir après une possibilité de renégociation aux parties. Une telle solution, selon M. Stoffel-Munck, donnerait une meilleure chance au règlement amiable. Il amoindrirait la portée de l'interférence du juge dans le contrat¹¹⁷⁰. Or d'autres auteurs¹¹⁷¹ estiment que dans la mesure où la demande est formée par les deux parties d'un commun accord, un tel contrôle ne sera pas nécessaire du moment que le juge ou l'arbitre, manquant toute contestation, fondera son pouvoir non pas en fonction de la réunion des conditions de l'imprévision, mais sur la base « de la demande que lui expriment les parties ».

b- Intervention du juge à l'initiative de l'une des parties

432. Faute de s'accorder sur la renégociation du contrat ou sa résolution ou la saisine du juge aux fins d'adaptation, et ce dans un « délai raisonnable », l'article 1195 du Code civil se résout à autoriser l'une des parties à saisir le juge « pour réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Cette faculté donnée au juge et donc aux arbitres de réviser le contrat à la demande d'une seule partie est la nouveauté la plus considérable de la réforme¹¹⁷². Le juge est ainsi doté d'un vrai pouvoir d'immixtion. En effet, selon les termes de l'article 1195, le juge ou l'arbitre pourra, à la demande de l'une des parties, se substituer aux parties, soit pour procéder à la révision du contrat, soit pour prononcer sa résolution. Toutefois, si le législateur a prévu un tel rôle pour le juge ou l'arbitre, qui est d'ailleurs très subsidiaire puisqu'en réalité, il n'intervient qu'au bout d'un processus conçu pour l'éviter¹¹⁷³, il n'a pas pour autant encadré

¹¹⁶⁸ JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 120 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*

¹¹⁶⁹ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, pp. 410 et s. ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p.38 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.* ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.* ; BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, pp. 625-626, selon cet auteur dans cette hypothèse, l'arbitre ainsi habitué à rendre des sentences partielles, peut trancher cette question avant de confier à la partie le soin de négocier dans une période déterminée pour trouver la bonne solution à leur imprévision.

¹¹⁷⁰ STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁷¹ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*

¹¹⁷² Pour une application de la révision pour imprévision par le juge, voir le jugement récent du T. com. Paris, 15 mars 2021, n°2020048008, *SAS L'industrie c/ SA AXA France IARD, Me Muruani et Lièges*, *Gaz. Pal.*, 13 avril 2021, n°14, p. 30, note D. Houtcieff.

¹¹⁷³ FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°351, p. 300.

ses pouvoirs. En effet, peu de précisions découlent du texte concernant l'encadrement de la nouvelle mission du juge.

433. On suppose ainsi une fois que le juge (ou l'arbitre) est saisi par l'une des parties, ce dernier doit certainement apprécier au préalable si le « délai raisonnable » est ou non dépassé. Ceci suppose que le contractant souhaitant saisir le juge devra donc se prémunir de la preuve qu'il a présenté la demande de renégociation, et celle, le cas échéant, du refus qui lui a été opposé ou de l'échec de la tentative de renégociation et de fixer la date à laquelle elle situe la réalisation de ces faits¹¹⁷⁴. Ensuite, le juge se voit reconnaître deux pouvoirs différents : d'une part celui de réviser le contrat ; d'autre part celui d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. Si ce dernier pouvoir est bien connu en droit commun du contrat, le premier a en revanche toujours suscité une réaction d'hostilité¹¹⁷⁵. Or il n'apparaît pas en effet que le pouvoir modérateur accordé au juge ait porté une atteinte sérieuse à la sécurité des contrats¹¹⁷⁶. Ainsi, il suffira de prendre l'exemple du droit allemand, où l'article 313 du BGB prévoit, en tant que remède principal aux hypothèses d'imprévision, l'adaptation du juge sur la base de la « répartition contractuelle ou légale des risques ». Si l'on se tourne vers les textes européens et internationaux, l'on remarquera notamment que l'article 6.2.3 de Principes Unidroit énonce qu'à défaut d'accord des parties, « l'une ou l'autre peut saisir le tribunal » (al.3) qui, à son tour, peut soit mettre fin au contrat, soit l'adapter (al.4). De même, l'article III, 1, 110 du Draft Common Frame of Reference (DCFR) dispose que le juge peut modifier les conditions du contrat de manière équitable et raisonnable, ou bien y mettre fin selon la date et les conditions qu'il a fixées (al.2). L'article 6.111 des Principes du droit européen des contrats (Principes Lando) prévoit également qu'en cas d'échec de la renégociation des parties, le juge peut soit prononcer sa résolution, soit adapter le contrat afin de rétablir les prestations à un équilibre juste et équitable.

434. Ainsi, la possibilité pour le juge de réviser le contrat à la demande d'une seule des parties consacrées par le nouvel article 1195 alinéa 2 du Code civil français, analysée dans une perspective européenne, ne constituerait pas une véritable nouveauté. Cependant, elle constitue

¹¹⁷⁴ JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 119 ; *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n°14024 et 14040.

¹¹⁷⁵ Voir en ce sens ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°90 ; PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.*, n°67 ; DEBERNARDI Giovanna, « Imprévision : de l'expérience italienne à l'innovation française », *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁷⁶ Voir en ce sens TALLO Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *op. cit.*, p. 410 ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*

une simple adaptation aux solutions suivies au niveau supranational et comparé. Pourtant, certains commentateurs émettent toujours des doutes quant à la marge de manœuvre reconnue au juge dans la révision du contrat. En effet, ces auteurs estiment qu'en confiant au juge le pouvoir de « réviser le contrat » sans plus de précision, la loi lui donne un pouvoir discrétionnaire. Autrement dit, elle ne lui fixe aucune limite, autre que celle de « réviser » le contrat. Il est donc appelé à se substituer aux parties et à refaire le contrat comme il lui conviendra selon les critères qu'il choisira soit d'équité, soit d'opportunité économique¹¹⁷⁷. Il en va de la même façon lorsqu'il est saisi par une partie pour mettre un terme au contrat, le législateur lui remet à nouveau un pouvoir sans restriction. Le juge jouit d'une totale liberté pour régler la fin du contrat, puisque selon l'article 1195 al. 2, il pourra le faire « à la date et aux conditions qu'il fixe ».

435. En outre, le juge semble donc pouvoir choisir librement entre la révision et la résolution. Le texte lui permet effectivement de laisser les choses en l'état en refusant tout autant la révision que la résolution. Dès lors, le juge dispose d'une grande latitude en ce qui concerne leur mise en œuvre¹¹⁷⁸. Or, c'est exactement ici que les doutes se cristallisent. Il est, en effet, assez difficile d'imaginer que les rédacteurs de la réforme aient voulu admettre un pouvoir aussi étendu aux juges, alors même que dans les différents textes et projets savants dont les rédacteurs de l'article 1195 ont pu s'inspirer donnent généralement une directive plus ou moins précise au juge chargé d'adapter le contrat. Par exemple, dans les Principes Lando, l'adaptation doit viser « à attribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances ». Pour les Principes Unidroit, le juge est invité à « rétablir l'équilibre des prestations ». Le projet Terré permet pour sa part au juge d'« adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ». Pourtant, l'article 1195 ne fournit aucune direction au juge, lui laissant toute liberté d'appréciation, ce qui ne manque pas de soulever de nombreuses

¹¹⁷⁷ *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.*, n°14040

¹¹⁷⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n°644, p. 720 ; *Mémento pratique. Droit commercial, op. cit.* ; PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.*, n°67 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 121.

interrogations,¹¹⁷⁹ notamment celle de sa conformité aux principes fondamentaux qui régissent la vie économique du contrat¹¹⁸⁰.

Toutefois, il a été suggéré par certains auteurs que le juge pourrait dans le cadre de la révision du contrat simplifier son intervention en organisant avec l'accord des parties une médiation judiciaire prévue par les articles 131-1 et suivant du Code de procédure civile¹¹⁸¹. En ce qui touche l'hypothèse d'une résolution du contrat par le juge, les règles posées par l'article 1229 relatives à la résolution du contrat devraient toutefois pouvoir être utilisées afin de fixer la date de la fin du contrat et ses conséquences¹¹⁸².

436. Ainsi, si la révision pour imprévision par le juge est présentée comme l'un des aspects les plus emblématiques de la réforme du droit des obligations, néanmoins, elle semble avoir une portée limitée en raison du long processus mis en place par l'article 1195 du Code civil, qui incite davantage les parties à renégocier et à trouver une solution amiable, comme elles pouvaient déjà souvent le faire plutôt qu'à rechercher l'intervention du juge.

c- Les réserves de la jurisprudence arbitrale en l'absence des clauses d'adaptation

437. En matière d'arbitrage commercial international, la théorie de l'imprévision est appliquée avec une grande réticence par les arbitres internationaux lorsque les parties ne l'ont pas clairement prévue¹¹⁸³. En effet, les arbitres fondent leurs solutions sur l'idée que faute de clause d'adaptation dans le contrat, les parties doivent être présumées avoir accepté les risques résultant du changement de circonstances. Plusieurs sentences rendues dans la seconde moitié

¹¹⁷⁹ Voir sur ces questions : THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n°789 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*, n°545, p. 495 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°436, pp. 406-407 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°644, p. 721 ; AYNÈS Laurent et BÉNABENT Alain, « Force majeure et révision pour imprévision », *op. cit.*, p. 34 ; DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 413 ; BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, pp. 627-628.

¹¹⁸⁰ Sur ce point, *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n°14040.

¹¹⁸¹ Voir sur ce point ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*

¹¹⁸² En ce sens MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*, n°581 et s. ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°93.

¹¹⁸³ CRAIG Laurence W., PARK William & PAULSON Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publications & IIC Publishing, 1990, p. 623 ; DE BOISSERON Matthieu, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly, 1990, p. 640 ; MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, p. 299 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 318 et s. ; GRANDJEAN Jean-Pierre, « Table ronde : Les remèdes jurisprudentiels », *Revue des contrats*, 2010, n°1, p. 491 ; GUERIF Irina, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle : l'apport de la réforme du droit des contrats de 2016 et la pratique arbitrale », *op. cit.*, p. 4 /22 ; *Mémento pratique. Droit commercial*, *op. cit.*, n°14006.

du XX siècle témoignent de cette réalité¹¹⁸⁴. D'ailleurs, plus récemment, une sentence rendue par la CAIP en février 2014 réaffirme cette position¹¹⁸⁵. Dans cette affaire, le vendeur indien a fait part de ses difficultés d'exécuter le contrat de vente de riz et a demandé à son acheteur français la renégociation des conditions contractuelles afin d'éviter les pertes. La loi française était applicable à cet arbitrage international. Le tribunal arbitral estime que la théorie de l'imprévision n'est pas invocable dans la mesure où le contrat litigieux est soumis au contrat qui ne comporte « *aucune clause de révision de prix prévoyant les conditions évolutives du marché bouleversant l'économie du contrat d'une manière telle qu'elles le rendent inexécutable* ». De même, dans une autre sentence rendue dans l'affaire CCI n°15814 en 2010¹¹⁸⁶ à l'occasion d'un litige opposant une société de droit français à une société de droit mexicain, où la loi française était le droit applicable, l'arbitre unique a décidé qu'en arbitrage international, « *it is well established that the hardship defense can only be applied for international contracts when the parties have expressly agreed on it by virtue of a specific hardship or revision clause. In our Contract, there is not such hardship or revision clause* ».

438. Le silence des parties est, en effet, interprété par les arbitres comme un silence volontaire plus précisément « comme la décision raisonnée de courir un risque (...) »¹¹⁸⁷. Toutefois, d'autres sentences semblent témoigner d'un inflexionnement en la matière en se fondant d'une part sur les règles des Principes Unidroit et d'autre part sur le principe de la bonne foi. Tel fut le cas par exemple de la sentence CCI rendue dans l'affaire n°7365 du 5 mai 1997¹¹⁸⁸. En l'espèce, le tribunal arbitral s'est référé à la règle de *hardship* des Principes d'Unidroit pour considérer que les circonstances qui prévalaient en Iran avant et après la révolution islamique de février 1979 répondaient à la qualification de *hardship*, et ce faisant, il autorisa les parties à mettre fin à leur contrat ou à demander l'adaptation. Le tribunal justifia ses conclusions en invoquant le fait que la plupart des systèmes juridiques autorisaient certaines exceptions au

¹¹⁸⁴ Voir en ce sens, la sentence CCI n°2216 de 1974, précitée. Dans cette affaire, les arbitres notent l'absence de clause de révision dans le contrat des parties et concluent à la volonté délibérée des parties de ne pas prévoir les conséquences de circonstances exceptionnelles sur l'exécution de leur contrat. Voir également dans la même lignée les sentences suivantes : Sentence CCI n°1512 (1971), *JDI* 1974, p. 905, obs. Y. Derains ; Sentence CCI n°2404 (1975), *JDI* 1976, p. 996, obs. Y. Derains ; Sentence CCI n°2508 (1976), *JDI Clunet* 1977. 939 ; Sentence CCI n°2708 (1976), *JDI Clunet* 1977. 917 ; Sentence CCI n°8873 (1997), *JDI Clunet* 1998, p.1017, obs. Y. Derains et D. Hasher.

¹¹⁸⁵ Sentence rendue en février 2014 à Paris sous les auspices de la CAIP. Affaire citée par GUERIF Irina, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle : l'apport de la réforme du droit des contrats de 2016 et la pratique arbitrale », *op. cit.*

¹¹⁸⁶ Sentence arbitrale finale rendue le 18 janvier 2010 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n°15814 (original en langue anglaise), *JDI (Clunet)*, juillet 2019, n°3, chron. 5, comm. P. Cavalieros.

¹¹⁸⁷ MARCHAND Aurore, L'embargo en droit du commerce international, *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁸⁸ Sentence CCI n°7365 (1997), *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.*, *R.D.U.*, 1999, p. 1014.

principe *pacta sunt servanda* dans des circonstances particulières. De même, dans l'affaire *Questech*¹¹⁸⁹ dont les faits sont très similaires à ceux de l'affaire n°7365, les circonstances particulières liées à l'objet du contrat et à la qualité des parties ont, semble-t-il facilité l'application de la théorie de l'imprévision et ont permis de mettre fin au contrat. En effet, en l'espèce, les arbitres ont affirmé que la *clausula rebus sic stantibus* faisait partie intégrante des règles du commerce international: « *The concept of changed circumstances, also referred to as rebus sic stantibus has in its basic form been incorporated into so many legal systems that it may be regarded as a general principle of law* ».

439. Il convient toutefois de souligner que certains arbitres refusent, en l'absence de clause contractuelle envisageant le *hardship*, d'accepter de fonder l'application de celle-ci sur les usages ou sur les principes généraux. L'exemple de la sentence CCI, n°8873 de 1997,¹¹⁹⁰ constitue une bonne illustration. Sur renvoi aux usages commerciaux opérés par le droit espagnol au contrat, une partie au contrat demanda l'application du *hardship* tel que codifié dans les Principes d'Unidroit, et ce, à titre d'usage commercial. L'arbitre décida que les Principes d'Unidroit ne correspondaient pas, au moins à l'heure actuelle, à la pratique du commerce international : « *le hardship est un principe tout à fait exceptionnel qui n'est accepté que dans le cadre de clauses contractuelles (...). Il est donc exclu que l'on puisse considérer les dispositions en matière de hardship contenues dans les Principes d'Unidroit comme des usages du commerce* ». Cette sentence arbitrale doit cependant être nuancée dans l'hypothèse où d'autres arbitres considèrent que le fondement du *hardship* doit être recherché dans les notions de bonne foi et d'équité qui doivent présider l'exécution des contrats¹¹⁹¹. Ainsi, dans certains cas, différentes sentences ont admis, malgré l'absence dans le contrat d'une clause de révision, la révision du contrat pour circonstances exceptionnelles en se fondant sur le principe de la

¹¹⁸⁹ Sentence n°59 (191-59-1), rendue le 25 septembre 1985 par le tribunal des différends irano-américains : *Questech, Inc. c. The Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran, C.T.R.*, 122-123.

¹¹⁹⁰ Sentence CCI n°8873, précitée. Voir également la sentence finale rendue dans l'affaire CCI n°10422 en 2001, *JDI* 2001, pp. 1142-1156, note E. Jolivet.

¹¹⁹¹ Cette idée, exprimée par quelques décisions arbitrales, est également reprise par certains auteurs, notamment par M. Philippe qui écrit qu'il « convient d'admettre, à l'instar des Principes d'Unidroit et des Principes européens de droit des contrats, l'adaptation des contrats lorsque la bonne foi ne permet plus d'exiger la poursuite du contrat tel quel par le débiteur et que le changement de circonstances a profondément bouleversé l'économie du contrat, c'est-à-dire dans des circonstances exceptionnelles », PHILIPPE Denis M., « La *clausula rebus sic stantibus* et la renégociation du contrat dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 492. Voir également, FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°1483 ; DARANKOUM Emmanuel S., « L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *RJT* 2002, n°36-2, pp. 459 et s. ; FOUCHARD Philippe, *Écrits : Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 529 ; LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2008, n°3703 ; ROBIN Guy, « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI/IBLJ*, 2005, n°6, p. 718.

bonne foi. On citera à titre d'exemple la sentence CCI rendue dans l'affaire n°4761¹¹⁹². En l'espèce, le tribunal arbitral a considéré que la *lex mercatoria* « donne effet à la théorie de l'imprévision qui procède du principe que la règle « *pacta sunt servanda* » trouve sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi ». Il explicite sa pensée sur ce dernier point en observant « qu'il est manifestement contraire à la bonne foi et partant, abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversée ».

440. Par ailleurs, il a été soutenu en doctrine qu'en l'absence des clauses de *hardship* dans le contrat, l'arbitre peut procéder à l'adaptation ou à la révision du contrat, si la loi applicable à la procédure et la loi substantielle autorisent la révision¹¹⁹³. Il est vrai que le droit français ne permettait pas effectivement, dans les deux affaires précédemment citées¹¹⁹⁴, au tribunal de réviser le contrat. Pourtant, depuis son entrée en vigueur, le nouvel article 1195 du Code civil français ouvre de nouvelles perspectives au juge, et donc à l'arbitre, qui pourrait désormais intervenir pour adapter le contrat ou pour le réviser¹¹⁹⁵. En effet, en admettant au juge la mission de réviser le contrat, le législateur élargit aussi les missions de l'arbitre pour assurer cette fonction. Ainsi, nul doute que si les différentes sentences avaient été rendues aujourd'hui, l'analyse des arbitres aurait été différente, sans préjudice de leur interprétation des clauses contractuelles et des faits de l'espèce.

441. Toutefois, le problème se pose en ce qui concerne le pouvoir de l'arbitre à réviser le contrat. S'agit-il d'une question de fond ou de procédure. À cet égard, certains auteurs soutiennent que la question de l'adaptation ou de révision de l'arbitre devrait être analysée non

¹¹⁹² Sentence CCI n°4761, *JDI* 1987, p. 1012, obs. S. Jarvin. Voir également, sentence CCI n°5953, in *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1986-1990, Kluwer, comm. Y. Derains.

¹¹⁹³ ACCAOUI LORFING Pascale, « Adaptation of Contracts by Arbitrators: Realities and Perspectives », in *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Fabio Bortolotti & Dorothy Ufot (éd.), ICC Institute Dossier XVII, Publication n°796 E, 2018, p. 47 ; BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, p. 635. Contra. TAOK Mireille, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, LGDJ, qui observe que même si le droit applicable autorise la révision, il reste difficile pour certains arbitres, en l'absence des clauses de *hardship*, d'autoriser l'adaptation ou la révision du contrat. Pour une étude d'ensemble sur la question de l'imprévision et la pratique arbitrale, voir RINGUETTE Josée, *Le hardship : vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*, Université de Montréal, mai 2003.

¹¹⁹⁴ Sentence CAIP, février 2014 et Sentence CCI n°15814.

¹¹⁹⁵ NÉOUZE Bruno, « L'arbitre et le contrat après la réforme du droit des obligations », *op. cit.* ; BOZKURT BOZABALI Banu, « Théorie de l'imprévision et rôle de l'arbitre : réviser ou ne pas réviser », in *Réforme du droit des contrats et arbitrage*, *op. cit.* ; CAVALIEROS Philippe, « Convention d'arbitrage – Chronique des sentences arbitrales », *op. cit.* ; BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, pp. 629 et s.

pas comme une question de procédure, mais comme une question intéressant le fond du contrat donc la loi applicable au contrat (*lex contractus*). En effet, M. Berger relève que dans la pratique les arbitres se fondent davantage sur le droit applicable au fond du litige pour décider s'ils peuvent intervenir plutôt que sur la loi de l'arbitrage puisque le contrôle direct au siège de l'arbitrage est restreint¹¹⁹⁶. Néanmoins, des interrogations subsistent en l'occurrence sur le fait de savoir si dans l'hypothèse où le droit applicable au fond du litige ne permettrait pas la révision et les parties auraient choisi la loi procédurale française, l'arbitre international peut adapter ou réviser le contrat. À priori, M. Ben Hamida suggère dans cette situation qu'il convient d'interpréter la volonté des parties¹¹⁹⁷.

442. Au vu d'un tel contexte, une clause contractuelle anticipant le changement de circonstances maintient toujours son intérêt, car même si la théorie de l'imprévision est admise en droit français, le nouvel article 1195 du Code civil français est une disposition assez complexe et sa portée reste paradoxalement imprévisible.

B- En présence des clauses anticipant le changement de circonstances

443. Les parties peuvent insérer dans leur contrat des clauses, comme elles l'ont toujours fait, en prévoyant la renégociation du contrat. En effet, avant même que l'imprévision soit introduite dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, la pratique commerciale avait largement coutume d'insérer, dans les contrats de longue durée, notamment dans les contrats internationaux, des clauses permettant de modifier les conditions du contrat dans l'hypothèse d'un changement imprévu des circonstances¹¹⁹⁸. Ces clauses peuvent constituer un remède efficace face à l'incertitude sur l'avenir d'un contrat puisqu'elles apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique, monétaire ou sociale. D'ailleurs, en déniaut au juge le pouvoir de réviser le contrat, l'ancienne jurisprudence du *canal de Craponne* cherchait à inciter les parties à régler elles-mêmes leurs problèmes en prévoyant au sein de leur contrat les moyens juridiques qui permettront son adaptation¹¹⁹⁹. De même, comme on a pu

¹¹⁹⁶ Extrait cité par BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *op. cit.*, p. 635.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁹⁸ BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°20 et s. ; PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. - Effets du contrat. — Imprévision », *op. cit.*, n°22 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.* ; BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévisibilité dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n°20 ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, Éditions Francis Lefebvre, 2018, n°1171 et s. ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 427.

¹¹⁹⁹ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°628.

l'observer, l'avant-projet Catala contrairement au projet Terré et de la Chancellerie, ne proposait pas de consacrer la théorie de l'imprévision, mais encourageait les parties à prévoir des clauses de renégociations¹²⁰⁰. En outre, l'article 1195 du Code civil même s'il n'a pas repris les dispositions de l'avant-projet Catala, en mettant l'accent sur la renégociation du contrat, y invite également les parties.

444. Ces clauses d'adaptation peuvent être de différentes natures : clauses de *hardship* prévoyant la renégociation en fonction des circonstances, clauses d'adaptation automatique parmi lesquelles les clauses d'indexation¹²⁰¹. Ces clauses ont pour objet d'appréhender un événement venant altérer l'équilibre d'un contrat en cours, essentiellement par la mise en place d'une obligation de renégociation, c'est-à-dire qu'il en découle pour les parties, de négocier de bonne foi le contrat sans obligation de conclure pour autant. Mais l'existence de telles clauses n'exclut pas nécessairement l'intervention du juge sur le fondement de l'article 1195.

445. Les clauses d'adaptation automatique instituent au sein de la relation contractuelle un mécanisme qui adaptera le contrat aux circonstances sans que l'acte de volonté de l'une ou de l'autre d'entre elles soit nécessaire¹²⁰². Leur insertion implique la prise en considération par les parties des risques d'ordre économique, financier et concurrentiel. Le meilleur exemple de ces clauses est certainement la clause d'indexation qui fait varier le prix à payer par référence à la valeur de tel produit ou de tel service¹²⁰³. En vertu de cette clause, l'une des parties prend l'engagement de faire bénéficier son cocontractant des conditions plus favorables qu'elle pourrait consentir à un tiers dans un contrat analogue. Ainsi, l'équilibre contractuel sera maintenu même en cas de variation importante et imprévisible en cours. Dès lors, la présence d'une clause d'indexation permet d'éviter au maximum les situations d'imprévision, donc

¹²⁰⁰ En effet, l'article 1135-1 de l'avant-projet Catala disposait pour les contrats à exécutions successives ou échelonnées, que les parties sont libres de prévoir des clauses de renégociation en cas de changement de circonstances.

¹²⁰¹ Sur une étude d'ensemble des clauses d'adaptation, GHOZI Alain, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Bibl. dr. privé, Litec, 1980 ; FABRE Régis, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.*, 1983, 1 ; LACROIX Guillaume, *L'adaptation du contrat aux changements de circonstances*, thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014/2015 ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.* ; BUCHER Charles-Édouard, « Les clauses portant sur l'imprévision », *CCC* 2019, n°3.

¹²⁰² MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, p. 307 ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°1174 ; ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*

¹²⁰³ Sur cette clause, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°647 ; MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, pp. 308 et s. ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10^e éd., *op. cit.*, n°1101 et s. ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°98 et s. Sur la notion d'indexation, voir l'article 1343, alinéa 2 du Code civil français.

l'immixtion du juge dans le contrat. Pourtant, l'existence d'une clause d'indexation n'exclut pas nécessairement l'intervention du juge. À cet égard, le Conseil d'État avait admis ainsi la possibilité d'une indemnisation pour imprévision même en présence d'une clause de variation de prix si « *des modifications imprévisibles des circonstances économiques ont empêché la clause (...) de jouer dans des conditions normales et entraîné, par suite, un bouleversement de l'équilibre économique du contrat* »¹²⁰⁴. De même, en droit civil, la jurisprudence autorisait les juges à déterminer l'indice de référence lorsque la clause d'indexation ne fait pas référence à un indice précis ou de substituer un nouvel indice à celui prévu par la clause lorsqu'il a disparu. Les juges devaient alors rechercher la commune intention des parties pour déterminer l'indice de référence ou pour lui substituer un nouveau¹²⁰⁵. Cette règle est désormais consacrée par le nouvel article 1167 du Code civil français. Ainsi, la présence de cette nouvelle disposition exclut l'application de l'article 1195 dans une telle situation. En revanche, en prévoyant que le juge doit déterminer l'indice qui se rapproche le plus de celui prévu par les parties, l'article 1167 confirme le pouvoir d'immixtion du juge lorsqu'il existe une clause d'indexation¹²⁰⁶.

446. Rappelons également que les parties peuvent introduire une clause de renégociation (que l'on nomme clauses de *hardship* ou *clauses rebus sic stantibus*) lorsqu'intervient un changement de circonstances économiques entraînant un bouleversement de l'équilibre contractuel. La clause de *hardship*, qu'on peut traduire par « clause de sauvegarde » permet à l'une ou à l'autre des parties de demander un « réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (« *hardship* ») injuste »¹²⁰⁷. Ainsi, cette clause, insérée dans le contrat, va contraindre les contractants à renégocier le contrat afin de remédier au déséquilibre survenu en cours d'exécution. C'est cet aspect de la renégociation qui permet de qualifier la clause d'imprévision

¹²⁰⁴ CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics*, req. n°47265, *Rec. Leb ; D.*, 1992, 411, obs. P. Terneyre.

¹²⁰⁵ Voir, par exemple, Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2005, n°03-17.260 ; *D.*, 2005, 2836, obs. S. Amrany-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.*, 2006, 117, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC 2005*, 1018, obs. D. Mazeaud.

¹²⁰⁶ En ce sens, ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°103 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.*, p. 124, note 83.

¹²⁰⁷ Sur cette définition, voir OPPETIT Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements : la clause de *hardship* », *Journal de droit international*, 1974, pp. 794 et s. Voir aussi sur ces clauses en général, FOUCHARD Philippe, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Revue de l'arbitrage*, 1979, p. 67 ; VAN OMMESLEGUE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 7-59 ; MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, pp. 320 et s. ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 473 ; LEQUETTE Yves, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, pp. 267 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 327 et s.

de « clause d'adaptation non-automatique » dans la mesure où elle nécessite l'intervention de la volonté de deux parties. Les clauses de hardship, dont les modalités sont le plus souvent organisées par les contractants eux-mêmes, font naître à la charge des parties une double obligation : celle d'entrer en discussion, l'obligation est de résultat ; celle de négocier, surtout à formuler des propositions sérieuses, c'est-à-dire de bonne foi, sans proposer des modifications aberrantes dans le but de faire échouer la renégociation, l'obligation est alors de moyens¹²⁰⁸.

447. Ces clauses sont en principe compatibles avec l'article 1195 du Code civil français¹²⁰⁹. L'article 1195 ne prive aucunement d'intérêt les clauses de *hardship*. En effet, le caractère supplétif reconnu à ce nouveau texte suppose pour certains auteurs¹²¹⁰ à ce que l'on puisse reconnaître aux parties la possibilité de tirer les conséquences d'un déséquilibre causé par un bouleversement des circonstances à d'autres conditions, ou selon d'autres modalités que celles prévues par l'article 1195. Ainsi, le fait qu'elles prévoient des conditions de renégociation ou d'adaptation différentes de celles issues du droit supplétif ne les disqualifie pas d'emblée. Il n'en demeure pas moins pour autant, là encore que la présence des clauses de *hardship* écarte toute possibilité d'intervention du juge (ou de l'arbitre) sur le fondement de l'article 1195. En effet, très souvent certaines clauses de *hardship* peuvent prévoir comme solution de secours en cas d'échec de leurs négociations, l'intervention du juge afin de rééquilibrer le contrat¹²¹¹. Ainsi, à défaut d'accord amiable des parties sur la révision du contrat, plutôt que de mettre un terme à leur relation contractuelle, les parties choisiront de faire appel à un tiers, souvent qualifié

¹²⁰⁸ LEQUETTE Yves, « De l'efficacité des clauses de hardship », *op. cit.*, p. 271, n°4 ; KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international*, Thémis droit, PUF, 2013, n°503 ; SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°648.

¹²⁰⁹ ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°103 ; JOUBERT Natalie et LAIDIÉ Yan, « Le juge saisi en raison d'un aléa », *op. cit.* ; BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévisibilité dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n°21 ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n°909.

¹²¹⁰ Voir sur ce point, STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p. 38, pour qui l'esprit du nouveau dispositif « est de laisser d'abord aux parties une opportunité d'organiser par elles-mêmes le traitement de l'imprévision. Le caractère subsidiaire de l'interférence du juge le montre. Or, que font les parties au travers d'une clause d'adaptation sinon cela ? » ; voir également, PÉRÈS Cécile, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2004, n°588, p. 571, qui met en avant le « caractère répulsif » des règles supplétives puisque selon l'auteur, elles ont pour objet non de dispenser les parties d'inclure certaines stipulations dans leur contrat, mais de les inciter à adopter des stipulations dérogatoires. Voir en ce sens aussi LEQUETTE Yves, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 273 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », *op. cit.* ; ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *op. cit.*, n°102 ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*

¹²¹¹ FABRE Régis, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *op. cit.*, n°15-14 ; MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, pp. 329 et s. ; MAGAR Fabrice, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *op. cit.* ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n°919 et s.

d'arbitre, afin qu'il procède à l'adaptation forcée du contrat¹²¹². Dans ce sens on peut citer un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *E.D.F / SHELL*¹²¹³. En l'espèce, la société pétrolière *SHELL* avait conclu avec *E.D.F* un contrat de fourniture de produits pétroliers à long terme afin d'obtenir un prix préférentiel. Le contrat contenait une clause d'indexation du prix, ainsi qu'une clause de sauvegarde, aux termes desquelles les parties « *se rapprocheront pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat (prix ou autre clause) si le fuel-oil ordinaire rendu à destination venait à subir une hausse de plus de six francs par rapport à la valeur initiale* ». Devant l'impossibilité de mettre en œuvre cette dernière clause elles-mêmes, le tribunal de commerce a été saisi. Il a considéré que le contrat était devenu nul à la suite de la disparition d'un élément essentiel du contrat et, que la négociation entre les parties n'ayant pas abouti, il n'appartient pas au juge de substituer sa volonté à celle des parties. Toutefois, en appel, la Cour de Paris a constaté que les parties entendaient de ne pas mettre fin à leurs relations contractuelles, mais souhaitant au contraire l'adapter aux circonstances nouvelles. La Cour les a ainsi renvoyées à la table des négociations afin de déterminer d'un commun accord un nouveau prix et de nouvelles modalités de variations de celui-ci, qui tiennent compte de l'économie contractuelle. Certains auteurs considèrent que cette faculté doit cependant être précisée dans une clause de *hardship* par les parties, comme ainsi libellé : « *Au cas où les parties ne parviendraient pas à trouver elles-mêmes une solution au litige, elles feraient appel à l'arbitrage prévu au contrat*¹²¹⁴ ». À cet égard, une question s'est posée de savoir, si un arbitre avait compétence pour adapter le contrat dans l'hypothèse où une clause de *hardship* était certes prévue, accompagnée d'une clause compromissoire, mais ne disait mot de l'intervention éventuelle d'un tiers pour procéder à l'adaptation. La sentence rendue par les

¹²¹² En effet, en général dans les clauses de *hardship*, en cas d'échec de la renégociation amiable, il est généralement prévu le recours à un tiers qui peut être soit un simple médiateur (ou mandataire), lorsque les parties ont voulu aplanir les difficultés pour parvenir à un accord ; soit un arbitre si elles ont souhaité opposer leurs prétentions pour que le tiers rende une vraie décision. Ainsi, selon les cas, ce tiers aura un pouvoir de proposition ou de décision. Il convient toutefois pour les parties de définir dans la clause le rôle du juge, son mode de désignation, ses pouvoirs, l'objet de son intervention, les critères éventuels à appliquer pour réviser le contrat, le cas échéant, la force contraignante de sa décision. Sur ce point voir : OPPETIT Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements : la clause de *hardship* », *op. cit.*, pp. 799 et s., et p. 809 ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *op. cit.*, n°35 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « le changement de circonstances », *op. cit.*, pp. 67 et s. ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n°919 et s. ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p. 385, n°1212.

¹²¹³ CA Paris, 28 septembre (décembre)1976, *E.D.F c. sté SHELL française*, RA 1977, pp. 341 et s. ; *JCP G*, 1978, II, 18810. Affaire citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°403.

¹²¹⁴ FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.*, p. 520. Une telle procédure est également prévue par la clause modèle CCI. *Adaptation des contrats*, Paris, n°326, 1978, « *La clause permet aux parties de recourir à l'intervention d'un tiers soit pour combler une lacune du contrat, soit pour procéder à sa réadaptation, à défaut d'accord entre les parties. L'intervention du tiers pourra s'exprimer sous la forme d'une « décision » ou d'une « recommandation »*.

tribunaux de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Quintette* du 28 mai 1990¹²¹⁵ a répondu par l'affirmative et les recours ouverts contre celle-ci n'ont pas abouti à la remettre en cause. En l'espèce, les juges de Colombie-Britannique avaient puisé leur pouvoir d'adaptation du contrat d'un faisceau de clauses stipulées dans le contrat : clause compromissoire, clause de renégociation, clause de hardship.

448. En conclusion, l'étude de la question de l'adaptation contractuelle aux nouvelles circonstances politiques, économiques et sociales de pays en guerre revêt une importance significative dans le commerce international et particulièrement en matière d'embargo lorsque ce dernier sans rendre impossible l'exécution du contrat, déséquilibre celle-ci en la rendant plus difficile ou plus onéreuse. Ainsi, il n'est guère douteux que la mise en place des mesures d'embargo puisse constituer une hypothèse d'imprévision pour le débiteur d'obligation dans la mesure où le poids des sanctions encourues en vertu des lois d'embargo suffira le plus souvent à sa caractérisation¹²¹⁶. En revanche, pour que la question de l'incidence des lois d'embargo puisse être érigée en cause de libération du débiteur, il faut que les parties aient inclus dans leur accord une clause de *hardship* ou en leur absence que la *lex contractus* reconnaisse et admette le concept d'imprévision. Dans ce dernier cas, plusieurs solutions ont été adoptées par différents systèmes juridiques vis-à-vis de ce problème¹²¹⁷. En droit français, l'ordonnance du 10 février 2010 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations a introduit dans le Code civil la théorie de l'imprévision dans son article 1195. Ainsi, en l'absence de disposition contractuelle, pour le contrat soumis au droit nouveau, l'article 1195 offre la possibilité aux juges étatiques et aux arbitres du commerce international d'adapter ou de réviser l'économie du contrat. Toutefois, en matière d'embargo, des difficultés particulières peuvent surgir lorsque la loi appliquant la sanction économique a la prétention à l'extraterritorialité, c'est-à-dire qu'elle réclame la vocation à s'appliquer à des personnes autres que ses ressortissants¹²¹⁸. En effet, si une loi à effet extraterritorial peut effectivement réaliser une

¹²¹⁵ *Quintette Coal Ltd v. Nippon Steel Corp* (1990) 47 *British Columbia Law Review* 201 (S.C). Sentence citée par PRUJINER Alain, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », *Revue droit de McGill*, 1992, vol. 37, n°2, pp. 442 et s.

¹²¹⁶ CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies » *op. cit.*, p. 706 ; FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 11 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 334-335 ; HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », *op. cit.*, p. 111.

¹²¹⁷ Voir *supra*.

¹²¹⁸ Il en est ainsi des lois Helms-Burton et d'Amato-Kenendy qui ont été unilatéralement prises par les États-Unis dans l'objectif de sanctionner Cuba, l'Iran et la Libye en prescrivant des sanctions frappant tous les contrats qui seraient conclus en violation des objectifs qu'elles assignent. Sur ces lois, voir les chapitres 1 titre 1 et 2 de la première partie 1 de cette thèse.

hypothèse d'imprévision pour le débiteur d'obligations antérieurement contractées, il est très difficile cependant de la faire jouer en pratique. Ainsi, face à de telles lois d'embargo étrangères à portée extraterritoriale, il est difficilement concevable qu'un juge français puisse se laisser convaincre par une partie qui invoquerait l'imprévision pour se soustraire à son obligation, puisque de telles lois peuvent contrevenir à des réglementations européennes de blocage des extraterritorialités étrangères, applicables en qualité de loi de police du *for*¹²¹⁹. De même, l'arbitre qui n'a pas de *lex fori* et qui n'est nullement tenu de donner effet à une quelconque loi de blocage européenne des extraterritorialités étrangères hésitera toutefois à retenir sur le fondement de l'article 1195 l'imprévision dans cette situation s'il tient suffisamment compte des difficultés d'exequatur que rencontrera sa sentence dans les États de l'Union¹²²⁰.

¹²¹⁹ HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », *op. cit.*, pp. 111-112 ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.* ; *Actes pratiques et Ingénierie Sociétaire*, 2015, n°141, pp. 1-2, obs. Y. Beckers et N. Demigneux ;

¹²²⁰ *Ibidem*.

Chapitre 2 : le sort des contrats régulièrement conclus avant l'entrée en vigueur de l'embargo

449. L'embargo étant un fait extérieur à la volonté des parties, la majorité de la doctrine considère qu'il doit être traité juridiquement comme la force majeure¹²²¹. Dès lors, se pose naturellement la question du sort des contrats dont l'exécution est paralysée par les mesures d'embargo. En d'autres termes, ces contrats vont-ils être simplement suspendus ou passé un certain délai, pourront-ils être considérés soit comme résolus, soit comme résiliés. Les conséquences de l'embargo sur les contrats en cours d'exécution dépendront de la durée de l'intensité de l'empêchement. Il convient ici toutefois de distinguer l'hypothèse selon laquelle les mesures d'embargo touchent le contrat principal de celle des contrats dits accessoires.

Section 1 : le sort des contrats directement affectés par l'embargo

450. L'impossibilité d'exécuter le contrat en raison de l'embargo pose la question du sort des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'embargo. L'embargo, s'il interdit d'exécuter le contrat, est toutefois par nature une mesure à caractère temporaire destinée à prendre fin lorsque l'État objet de l'embargo a mis fin au comportement et aux pratiques qui lui sont reprochés¹²²². Ainsi, en principe, il conduit donc à une suspension de l'exécution du contrat¹²²³ (**paragraphe 1**). Toutefois, si la situation de force majeure se prolonge, entraînant le déséquilibre des relations contractuelles de telle sorte que le contrat ne peut plus être repris, la suspension cédera alors à la résolution du contrat (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'effet suspensif de l'embargo

451. La pratique des contrats du commerce international a montré que les problèmes qui y sont liés sont fréquemment dus par l'intervention d'éléments extérieurs tels que la guerre ou les actes gouvernementaux¹²²⁴. Ainsi, la pratique contractuelle connaît la nécessité de prendre en considération les effets juridiques des crises politiques¹²²⁵. De fait, lorsque le déroulement normal de l'exécution est temporairement interrompu par un cas de force majeure, les

¹²²¹ Voir *supra* chapitre 1 de ce présent titre.

¹²²² GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 655.

¹²²³ VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 207 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les effets juridiques des résolutions du Conseil de sécurité sur les contrats privés », *op. cit.*, p. 284.

HILLERSTROM Hubertus, « Embargos, Listes noires, et autres sanctions internationales : nouveaux risques et enjeux pour les acteurs locaux », *RDAl/IBLJ*, n°5, 2016, p. 541.

¹²²⁴ DUMONCEAU-BEAUME Véronique et PICARD Caroline, « État de guerre, sort des contrats et force majeure », *LPA*, 2002, n°70, p. 14.

¹²²⁵ *Supra*, chapitre 1 de ce présent titre.

opérateurs du commerce international prévoient généralement en vertu d'une clause de force majeure insérée dans le contrat que la survenance d'un tel événement entraîne, tout d'abord la suspension de leur contrat (A). Toutefois, en l'absence de tout aménagement conventionnel, lorsque le contrat est frappé par l'embargo, le juge et l'arbitre international auront normalement recours au régime juridique de la force majeure, selon la conception que retient de cette notion la loi applicable au contrat. Compte tenu de leur nature temporaire, les mesures d'embargo n'imposent pas qu'il soit mis fin au contrat. Ce faisant, le juge et l'arbitre international, saisis d'un litige où une décision d'embargo aura vocation à régir le contrat, admettent également le plus souvent l'effet suspensif de la force majeure sur les obligations des parties (B).

A- L'effet suspensif de clauses de force majeure

452. La survenance d'un événement rendant impossible l'exécution des obligations contractuelles ne signifie pas que le contrat perd *ipso facto* son utilité pour les contractants¹²²⁶. C'est pourquoi, en cas de survenance d'un événement tel que l'embargo, les parties envisagent fréquemment en vertu d'une clause de force majeure une suspension de l'exécution de leur contrat, en espérant que l'exécution pourra être reprise, avant d'en venir à la solution « classique » de la résiliation¹²²⁷. Les opérateurs du commerce international donnent ainsi la priorité au maintien du contrat en attendant le rétablissement des conditions normales plutôt que de mettre brutalement un terme définitif à une longue période de collaboration.

453. Cette pratique contractuelle du choix du maintien des relations contractuelles malgré la survenance d'un événement interruptif d'exécution selon M. Kahn s'explique d'une part par des difficultés que les parties rencontrent dans la négociation d'un contrat international de longue durée et le travail considérable préparatoire que sa mise sur pied requiert¹²²⁸. Ainsi, la poursuite des relations avec le même partenaire est préférable à une solution qui suppose à nouveau un investissement humain et financier à la recherche d'un nouveau contrat. D'autre

¹²²⁶ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 200 ; SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 888 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 376.

¹²²⁷ CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°191 ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, p. 2 ; CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.*, n°42 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 61. Sur la suspension conventionnelle : BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international », *op. cit.*, n°69 et s. ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°1221 et s. Sur la suspension du contrat dans les conventions des parties, voir IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, thèse, Université de Poitiers, 2012, pp. 74 et s.

¹²²⁸ KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 480.

part, selon le même auteur, la survenance d'un événement tel que l'embargo impacte le plus souvent, dans les mêmes conditions, tous les contrats relevant d'un même objet dans une même zone géographique¹²²⁹. Dès lors, le choix de la suspension, en premier lieu de l'exécution du contrat, est souhaitable en attendant par exemple la levée de l'embargo. En outre, il n'est pas inutile de rappeler que le contrat, quand il est conclu dans les normes de la loi, l'est dans le but d'être exécuté et d'autant plus, que l'unité de l'engagement exige que le contrat arrive à son terme. Ainsi, le choix de la suspension du contrat en cours d'exécution permet à ce que les contractants restent liés par le contrat¹²³⁰. En effet, tous les contrats suspendus se caractérisent par le maintien de la force obligatoire. En d'autres termes, les normes supra-contractuelles d'intangibilité, et de bonne foi continuent à régir les relations entre les contractants malgré les difficultés. Le lien contractuel n'est pas relâché pendant la suspension¹²³¹. Il est au contraire maintenu, quoique ses effets principaux soient en « sommeil »¹²³². La force obligatoire continue donc de déployer ses effets pendant la période de suspension, ce qui force les parties d'essayer avant tout de surmonter les difficultés, notamment lorsque la disparition de l'obstacle à l'exécution dépend du débiteur¹²³³.

454. Dans le cas où la clause de force majeure serait précise, le contrat est automatiquement suspendu lorsque l'événement de force majeure survient. Toutefois, cette automaticité est subordonnée à son invocation par le contractant victime de la force majeure¹²³⁴. En effet, les clauses de force majeure prévoient le plus souvent que la partie qui veut se prévaloir de la suspension du contrat doit notifier à son cocontractant dans un bref délai¹²³⁵ la survenance de la

¹²²⁹ *Ibidem*.

¹²³⁰ LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *JCI Contrats – Distributions*, Fasc. 171, juillet 2010 (mise à jour : 2016), n° 2.

¹²³¹ IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, pp. 127 et s.

¹²³² Expression utilisée par BÉNABENT Alain, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd., 2007, spéc. n°339.

¹²³³ LAITHIER Yves-Marie, « L'effet dilatoire de la force majeure », *Revue des contrats*, 2006, n°4, p. 1087

¹²³⁴ ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°314, pour qui la suspension du contrat « est un état juridique des contrats, elle n'accède à la vie juridique que si l'un des contractants l'invoque : soit le contractant victime de la force majeure pour justifier l'inexécution et faire ainsi barrage à la résolution ; soit le créancier d'un engagement inexécuté pour contrer le débiteur défaillant, soucieux de se délier immédiatement et définitivement du lien contractuel ». Voir aussi en ce sens, IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, pp. 96 et s. ; LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *op. cit.*, n° 11.

¹²³⁵ Voir sur le délai dans lequel doit intervenir cette notification, *supra*, chapitre 1 de ce présent titre. Voir également, KAHN Philippe, « Force majeure et les contrats internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 477 et s. ; IBARA Rochfelaire, *op. cit.*, pp. 99 et s.

force majeure¹²³⁶, et aussi lui fournir des justifications¹²³⁷. Le respect de cette obligation d'information semble fondamental¹²³⁸. En effet, si les conditions stipulées devaient ne pas être respectées (absence de notification ou notification tardive, défectueuse, ou irrégulière), le débiteur encourrait la déchéance de son droit d'invoquer le bénéfice de l'effet suspensif de la force majeure. Ainsi, dans la sentence CCI rendue dans l'affaire n°2478 en 1974¹²³⁹, les arbitres ont décidé que : « *L'annulation des autorisations d'exportation par les autorités roumaines constitue incontestablement un cas de force majeure aussi bien sur le plan des principes généraux que celui de l'article 3 du contrat. Cependant, l'article 3 du contrat impose à la partie qui l'invoque l'obligation de porter sans délai à la connaissance de l'autre partie par écrit la survenance de la force majeure et les conséquences qu'elle entend en tirer. Or, la décision des autorités roumaines en date du 10 mai 1973 n'a été communiquée à l'autre partie par l'entremise de la Cour d'arbitrage de la CCI qu'en annexe à une lettre datée du 28 novembre 1973* »¹²⁴⁰. La défenderesse a ainsi perdu la possibilité de s'en prévaloir en ce qui concerne les livraisons dues pendant le deuxième et le troisième trimestre 1973. Le débiteur ne peut donc se prévaloir de l'effet suspensif de la clause de force majeure qu'à la condition expresse qu'il notifie au préalable la survenance de la force majeure au créancier dans les conditions prévues au contrat. De ce fait, à compter de la réception de la notification par le contractant victime de la suspension, la suspension prendra effet.

455. Dès lors, la suspension conventionnelle des obligations dispense le débiteur d'exécuter ses obligations pendant la durée d'efficacité de l'événement de force majeure, sans qu'aucune

¹²³⁶ Un tel devoir est également prévu dans les articles 7.1.7. (3) des Principes d'Unidroit, 8 : 108 (3) des PEDC, et 7/7 (3) avant-projets d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. Voir aussi, art. 100 al. 2 du projet Terré : « *Le débiteur, dès qu'il a ou devrait avoir connaissance d'un tel empêchement, doit notifier au créancier dans un délai raisonnable ; le défaut de notification dans un tel délai donne lieu, le cas échéant, à des dommages et intérêts* ».

¹²³⁷ FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, op. cit., p. 452 ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, op. cit., n°1227-1228. Concernant les justificatifs de la survenance par exemple des mesures de prohibition des exportations, il est entendu que le vendeur à l'exportation ne pourra invoquer avec succès la faculté de suspension du contrat que s'il était en mesure, au moment où survient cette mesure, de livrer la marchandise promise. Par conséquent, si les marchandises promises font défaut, il doit pouvoir établir qu'il était, au moment de l'entrée en vigueur de cette prohibition, en mesure de recourir aux sources d'approvisionnement alternatives à l'effet d'exécuter son obligation de livraison. Voir sur ce point BRIDGE Michael G., « The 1973 Mississippi floods : « Force majeure » an export prohibition », in *Force majeure and Frustration of contract*, Ewan McKendrick (ed.), Lloyd's of London Press, 1995, pp. 287 et s. ; IBARA Rochfelaire, op. cit., p. 94.

¹²³⁸ Voir sur la nécessité de prévoir les obligations de chaque partie pendant la période de suspension, LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », op. cit., n°25.

¹²³⁹ Sentence CCI n°2478, *JDI*, 1975, pp. 975-929 ; *Rec.*, 1974-1985, p. 233, obs. Y. Derains. Affaire citée également par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., p. 375, n°462.

¹²⁴⁰ Voir aussi, la sentence *ad hoc* rendue en Genève en 1990, *Bulletin ASA* 1991. 205, 210-217, 238. Citée par KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, op. cit., n°228, p. 301, note n°5.

faute ne puisse être retenue à son encontre¹²⁴¹. Toutefois, les clauses de force majeure des contrats de longue durée prévoient généralement que le contractant qui entend invoquer la suspension du contrat doit au préalable avoir tout mis en œuvre pour surmonter l'empêchement et limiter autant que nécessaire son impact sur l'exécution des prestations¹²⁴². En d'autres termes, l'objectif du mécanisme de la suspension du contrat consiste à laisser au débiteur, victime, de trouver une solution satisfaisante aux difficultés d'exécution du contrat qui soit compatible avec le respect de leurs obligations¹²⁴³. Pour cette raison, le débiteur ne doit pas se limiter à invoquer la survenance de la force majeure, il doit justifier d'avoir pris toutes les mesures que le créancier pouvait raisonnablement attendre qu'il prenne pour éviter l'aggravation du dommage et limiter les conséquences de la force majeure¹²⁴⁴.

456. Au-delà de son fondement contractuel, la suspension du contrat vise à dissuader la passivité¹²⁴⁵. En effet, le débiteur restant lié par son engagement, doit adopter un comportement

¹²⁴¹ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 656.

¹²⁴² FONTAINE Marcel, « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz, Sirey, 1985, p. 272 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 201 ; LAITHIER Yves-Marie, « L'effet dilatoire de la force majeure », *op. cit.* ; IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, pp.107 et s. MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°1232-1234 ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., *op. cit.*, n° 358. Sur les clauses de force majeure prévoyant cette obligation pour le débiteur de faire disparaître l'obstacle à l'exécution, voir FONTAINE Marcel, « Les clauses de Force Majeure dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 228 qui cite à titre d'exemple la clause suivante : « Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes dispositions utiles pour assurer dans les plus brefs délais la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par le cas de force majeure et réduire au maximum le retard subi ».

¹²⁴³ Il convient de noter que ce principe est également établi dans la jurisprudence des tribunaux de *Common law*. Voir par exemple, *Channel Island Ferries Ltd. v. Sealink U. K. Ltd.* (1998), 1 Llyord's Rep. 323 ; *Continental Grain Export Coporation v. STM Grain Ltd.* (1979) 2 Lloyd's Rep. 460. Affaire citée par IBARA Rochfelaire, *op. cit.*, p. 108.

¹²⁴⁴ Il faut noter toutefois que ce devoir de minimiser le dommage qui pèse sur le débiteur victime est également imposé à la partie victime de la suspension du contrat. En effet, dès l'instant où il est en mesure de connaître l'existence de la force majeure, le créancier ne saurait se contenter d'observer une attitude purement passive. Il doit, en conformité avec les stipulations du contrat, coopérer pleinement et collaborer activement à la reprise de l'exécution des prestations en aidant le débiteur à surmonter l'impact de l'empêchement. À cette fin, certaines clauses posent clairement l'obligation de coopération de la partie victime de la suspension à lutter contre la force majeure en ces termes : « En cas de force majeure, les parties contractantes sont tenues de mettre en commun tous leurs efforts en vue de supprimer ou de réduire les difficultés et les dommages provoqués ». Sur les clauses prévoyant expressément cette obligation de collaboration ou de coopération du créancier, voir FONTAINE Marcel, « Les clauses de Force Majeure dans les contrats internationaux », *op. cit.* ; ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°229. Sur les diligences attendues du créancier de la suspension du contrat, voir IBARA Rochfelaire, *op. cit.*, pp. 112 et s.

¹²⁴⁵ Cette exigence est aussi prévue au paragraphe 5 de la clause type de force majeure de la C.C.I (Pub. n°651, Paris, 2003) qui stipule que : « A party invoking this Clause is under an obligation to take all reasonable means to limit the effect of the impediment or event invoked upon performance of its contractual duties ». Il va de même de l'article 19.1 de la clause type de force majeure des conditions générales FIDIC pour les grands travaux internationaux qui prévoit un délai de suspension du contrat en cas de force majeure de prendre les mesures indispensables permettant d'assurer la reprise de l'exécution des prestations. Voir sur cette clause, SEPPALA Christophe R., « Les nouveaux modèles de contrat FIDIC : risque, force majeure et résiliation », *RDAI/IBLJ*, 2000, n°8, p. 1021 ; DRAETTA Ugo, « Les clauses de force majeure et de Hardship dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 351.

actif, en prenant les mesures de nature à supprimer l'obstacle à l'exécution de son obligation initiale¹²⁴⁶. Concrètement, le débiteur empêché par la force majeure n'obtient qu'un répit. La force majeure ne le libère pas ; elle ne produit qu'un effet dilatoire¹²⁴⁷. Autrement dit, selon les cas, il est généralement prévu que la partie défaillante doit faire en sorte que la force majeure disparaisse. Par exemple, en présence d'une mesure d'embargo unilatérale, elle pourrait contourner la mesure sans la transgresser en livrant des marchandises identiques situées sur le territoire d'un État tiers ou en utilisant du personnel étranger après discussion avec le cocontractant. En revanche, en présence d'une mesure d'embargo imposée par le Conseil de sécurité des Nations Unies et mise en œuvre par tous les États membres, le débiteur ne peut agir ainsi sans violer la loi d'embargo. Dans ce cas, les parties peuvent avoir prévu un délai d'attente variant d'un contrat à l'autre en fonction de la nature du contrat et de l'objet des obligations¹²⁴⁸.

457. En effet, la durée de la suspension du contrat peut consister en une prolongation de la durée du contrat du laps de temps pendant lequel il a été suspendu par suite de force majeure. Il en est ainsi de l'article 19 du contrat qui a fait l'objet d'une sentence rendue sous les auspices de la CCI¹²⁴⁹, disposant qu'« aucune partie ne doit être considérée comme fautive eu égard à l'exécution de ses obligations contractuelles si ladite exécution est empêchée par la force majeure, et dans ce cas, les délais fixés doivent être prolongés pendant une période égale à celle où les travaux ont été arrêtés à cause de la force majeure ». Il en va de même de l'article 22.2 du contrat conclu en 1980¹²⁵⁰ entre le *National Oil Corporation* (Libye) et *Libyan Sun Oil* (US) : « *If operations are delayed, curtailed or prevented by force majeure, the term of this Agreement and all rights and obligations hereunder shall be extended for a period equal to the*

¹²⁴⁶ Voir en ce sens Cass. civ. 3^e, 22 février 2006, n°05-12032, Bull. civ., III, n°46 ; D. 2006, p. 2973, note Beaugendre ; D. 2006, act. Jurispr., p. 782, obs. Y. Rouquet ; *RTD civ.*, 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2006, p. 763, note J.-B. Seube et p. 829, note S. Carval ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. 124, note H. Groutel ; *RDC* 2006, n°4 p. 1087, obs. Y.-M. Laithier, au sujet de l'effet temporairement exonérateur d'une tempête sur les obligations du bailleur. Voir également, Cass. 1^{er} civ., 24 février 1981, Bull. civ., I, n°65 ; D. 1982, 479, note D. Martin.

¹²⁴⁷ LAITHIER Yves-Marie, « L'effet dilatoire de la force majeure », *op. cit.*

¹²⁴⁸ Voir en ce sens, KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 481 et s. ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international », *op. cit.*, n°70 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.* ; SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 889 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 376, n°463 ; IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, pp. 86 et s. ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°1235 ; LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *op. cit.*, n° 29 et s.

¹²⁴⁹ Sentence CCI n°5864, *JDI* 1988, pp. 1073-1077, obs. Y. Derain.

¹²⁵⁰ Sentence CCI n°4462, (1985/1987), *National Oil Corporation (Libye) et Libyan Sun Oil (US)*, *Yb. Comm. Arb.*, 1991, 16, p. 54 ; *Rec. sent. arb.* CCI 1991-1995, obs. J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hasher.

period thus involved »¹²⁵¹. La suspension du contrat peut également ne pas affecter la durée du contrat, comme dans la clause suivante : « *Pendant la durée de la force majeure, le présent contrat suspendra ses effets jusqu'au rétablissement normal de la situation, la durée des présentes n'étant, en aucun cas, prolongée des périodes de suspension éventuelles et les quantités non livrées étant purement et simplement annulées* »¹²⁵². En général, deux modes de fixation du délai de suspension ressortent de la pratique contractuelle des contrats de longue durée. En effet, dans certaines clauses, les parties fixent de manière ferme le délai de suspension¹²⁵³. D'autres, parfois, se contentent de prévoir que la suspension du contrat sera prolongée d'une durée d'un « *délai raisonnable* »¹²⁵⁴. Cette notion donne toute la latitude aux juges étatiques et aux arbitres internationaux pour apprécier la durée qui peut être considérée comme raisonnable¹²⁵⁵. Ainsi, dans la jurisprudence concernant l'embargo irakien, il a été admis que la suspension ne peut durer plus que deux ans et qu'au-delà de ce délai, elle s'achemine vers la résiliation. C'est la position qui a été avancée par les arbitres dans la sentence italienne du 20 juillet 1992¹²⁵⁶. Dans cette affaire, en effet, le sous-contrat était régi par la loi italienne qui prévoit que lorsqu'il y a une impossibilité absolue d'exécuter le contrat est terminé (résolu). Toutefois, les arbitres ont admis l'invocation de la clause *rebus sic standibus* en considérant qu'au bout de deux ans la mesure d'embargo pouvait être considérée comme n'étant plus provisoire¹²⁵⁷. En revanche, selon les usages du commerce international, le « *délai raisonnable* »

¹²⁵¹ « Si l'exécution des opérations est retardée, réduite ou empêchée par une force majeure, les termes de la présente convention ainsi que tous les droits et obligations qui en découlent seront prorogés durant une période équivalente à celle de l'événement ». Citée par SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*

¹²⁵² FONTAINE Marcel, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 486.

¹²⁵³ Voir par exemple, l'article 22 de la clause de force majeure type de la Grain and Feed Trade Association (GAFTA 100) : « (...), *If delay in shipment is likely to occur for any of the above reasons, Shippers shall give notice to their Buyer by telegram, telex, or teleprinter or by similar advice within 7 consecutive days of the occurrence, or less than 21 consecutive days before the commencement of the contract period, whichever is later. The notice shall state the reason(s) for the anticipated delay (...). If shipment be delayed for more than one calendar month, Buyer shall have the opinion of cancelling the delayed portion of the contract, such opinion to be exercised by Buyers giving notice to be received by Sellers not later than first business day after the additional calendar month* ». Clause citée par IBARA Rochelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, p. 89, note 1.

¹²⁵⁴ SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.* p. 889 ; LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *op. cit.*, n°18.

¹²⁵⁵ Contra. Cass. 3^e civ., 22 février 2006, précité, qui évoque la notion de « *délai admissible* », plutôt que de « *délai admissible* », et dont l'appréciation n'étant pas semble-t-il laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

¹²⁵⁶ Chambre d'arbitrage national et international de Milan, Sentence n°1491 du 20 juillet 1992, Y.C.A., 1993, pp. 80-91, précitée. Voir également en ce sens la sentence CCI n°311 (1987) *Mobil Oil Iran Inc, et al. v. Iran, 16 Iran-U.S C.T.R.*, p. 39 ; sentence n°167 rendue le 10 décembre 1986, *Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, The National Iranian Copper Industries Company, YCA 1987, v. XIII*, pp. 317-336 en part. p. 318. Voir aussi la sentence n°49 et 50 du 29 juin 1986, *Gould Marketing c. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran, YCA, 1985 v. X*, pp. 281- 285.

¹²⁵⁷ Voir toutefois, le jugement du tribunal de commerce de Paris, 7 mars 1994 (arrêt non publié) par lequel le tribunal admet pour sa part que la suspension du contrat en cas d'embargo peut durer trois ans et qu'elle se convertit

pour la suspension de l'exécution du contrat se situe entre six mois et un an selon les usages de référence dans les contrats internes et internationaux de longue durée, et au-delà de cette période, le contrat est remis en question selon des modalités très différentes¹²⁵⁸. En effet, la suspension du contrat ne peut être qu'un état transitoire, purement temporaire, destiné à déboucher soit sur la reprise du contrat¹²⁵⁹, soit sur sa résolution (ou résiliation), à moins que les parties aient prévu une renégociation du contrat. Sur ce dernier point, il est possible de constater qu'au lieu de mettre fin au contrat, les opérateurs du commerce international, dans un souci de maintenir le lien contractuel, aménagent souvent une possibilité de renégociation à la suite de la suspension de l'exécution du contrat due à la force majeure¹²⁶⁰. On peut citer à titre d'illustration la clause suivante : « *If the force majeure lasts longer than six (6) months, buyer and seller shall without delay meet to consult each other and try to find an appropriate remedy to the situation and to reach agreement thereon. When considering the measures to be taken, buyer and seller shall give due and serious attention to the difficulties caused by the above mentioned circumstances and make serious attempt at finding a fair solution...* »¹²⁶¹.

458. Le concept de renégociation consiste en la rencontre des parties afin de discuter des modifications à apporter au contrat¹²⁶². Néanmoins, dans le cadre de l'embargo, il est parfois impossible aux parties de se rencontrer lorsque l'embargo prononcé par un État interdit à toutes

en résiliation après ce terme. Décision citée par VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 207.

¹²⁵⁸ KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 481 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.* ; SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 889 ; MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°1235

¹²⁵⁹ Cela suppose ici que le fait générateur de la suspension a pris fin et que le contrat n'est pas expiré pendant la période de la suspension. À l'expiration du délai de la suspension, l'exécution redevient donc possible dans le temps qui reste à courir jusqu'à l'arrivée du terme. Toutefois, si le terme du contrat arrive à échéance pendant la période de la suspension, la convention ne peut plus être exécutée. En effet, comme les relève MM. Grelon et Gudin, la suspension ne prolonge pas la durée du contrat. Ainsi, si le contrat arrive à son terme, la suspension aboutit dès lors à la résiliation, l'obligation ne pouvant plus être, de manière définitive, exécutée. GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 656. Sur la reprise du contrat après suspension, voir MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1237-1238.

¹²⁶⁰ KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 482 et s. ; BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international », *op. cit.*, n° 72 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 201-202; SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 895. ; IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, pp. 127 et s.

¹²⁶¹ « Si la force majeure dure plus de six (6) mois, l'acheteur et le vendeur se rencontreront sans délai pour se consulter et essayer de trouver un remède approprié à la situation et de parvenir à un accord à ce sujet. Lors de l'examen des mesures à prendre, l'acheteur et le vendeur doivent accorder une attention particulière et sérieuse aux difficultés causées par les circonstances susmentionnées et s'efforcer sérieusement de trouver une solution équitable... », citée par KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 483.

¹²⁶² Voir *supra* section 2 chapitre 1 de ce présent titre.

personnes soumises à sa juridiction de voyager à destination du pays visé par la mesure - lieu de rencontre expressément stipulé dans le contrat. La renégociation est également impossible lorsque les mesures nationales de mise en œuvre des résolutions onusiennes prohibent non seulement l'importation, l'exportation, la vente, les prestations de services, mais aussi toute opération ayant pour objet ou pour effet de favoriser ces dernières. Dans ces conditions, si la suspension de l'exécution des obligations contractuelles arrive à son terme avant que l'embargo n'ait pris fin, la seule issue possible paraît être la rupture du contrat à l'initiative des parties ou l'une d'entre elles selon les stipulations contractuelles.

B- L'effet suspensif de la force majeure en droit commun des contrats

459. L'effet suspensif trouve également sa consécration dans la plupart des systèmes juridiques et dans la jurisprudence arbitrale.

1- L'effet suspensif dans les systèmes juridiques nationaux

a- L'effet suspensif en droit français

460. Hormis l'effet exonératoire de responsabilité du débiteur, la jurisprudence française admet largement que la force majeure peut avoir des effets temporels¹²⁶³, c'est-à-dire mettre temporairement en sommeil tout ou partie de ses effets. En effet, dès la fin du XIX siècle, la Cour de cassation a reconnu le caractère parfois temporaire de la force majeure. Dans un arrêt de principe du 15 février 1888¹²⁶⁴, la Cour de cassation avait jugé que « *si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré (...) l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser* ». Cette jurisprudence a été nettement réaffirmée depuis la fin du XX siècle par la Cour dans un arrêt en date du 24 février 1981¹²⁶⁵ et plus récemment dans un autre arrêt en date du 22 février 2006¹²⁶⁶. Dans ce dernier arrêt, la troisième chambre de la Cour de cassation a affirmé que le débiteur n'est exonéré de ses

¹²⁶³ Cette vision a été reprise par un certain nombre d'auteurs, ARTZ Jean François, « La suspension du contrat à exécution successive », *Recueil Dalloz*, 1979, chr. 95 ; BÉRAUD Jean-Marc, *La suspension du contrat de travail*, thèse, Lyon, 1980 ; ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°262 et s. et n°289 et s. ; MESTRE Jacques, obs., *RTD civ.*, 1990, p. 658.

¹²⁶⁴ Cass. civ., 15 février 1888, DP. 1888. 1, p. 203. Affaire citée CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°623 ; LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *op. cit.*, n°14 et s. Voir aussi, Cass. req., 13 février 1872, DP 1872. 1, p. 186 ; T. com. de la Seine, 15 juin 1915, 3^e esp., DP 1916. 2, p. 22.

¹²⁶⁵ « *En cas d'impossibilité momentanée d'exécution d'une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser* » : Cass. 1^{er} civ., 24 février 1981, *Dame Saurin c. Dame Bonnafous*, n°79-12710, Bull. civ. I, n°65 ; D. 1982, p. 479, note D. Martin ; JCP G 1981, IV, 665, au sujet d'une obligation de logement consentie à deux époux, suspendue par leur instance en divorce, mais devant reprendre au décès de l'un d'eux.

¹²⁶⁶ Cass. 3^e civ., 22 février 2006, précité.

obligations « *que pendant le temps où la force majeure l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé* ». Il faut donc comprendre qu'en principe, le simple empêchement temporaire ne libère pas le débiteur, mais n'a pour effet que de suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que l'empêchement disparaisse¹²⁶⁷.

461. Avant la réforme du droit des contrats, le fondement textuel de la suspension du contrat en cas de force majeure pouvait être directement trouvé dans les anciens articles 1147 et 1148 du Code civil français de 1804¹²⁶⁸. En effet, en se contentant d'énoncer que le débiteur empêché par la force majeure ne doit pas de dommages-intérêts, ces articles régissaient implicitement l'hypothèse d'un débiteur temporairement empêché par la force majeure¹²⁶⁹. C'est ce qu'avait relevé M. Demogne pour qui « l'ancien article 1147 du Code civil français faisait allusion à cette force majeure suspensive (...) en parlant d'exemption de dommages-intérêts pour retard dans l'exécution lorsque celle-ci provient d'une cause étrangère »¹²⁷⁰. Le débiteur empêché ne devra donc pas de dommages-intérêts pour l'inexécution temporaire de son obligation, mais sera tenu de reprendre l'exécution dès que possible puisque son obligation n'a pas été éteinte par la force majeure. La force majeure est donc toujours une cause d'exonération de la responsabilité du débiteur, mais pas nécessairement une cause d'extinction des obligations contractuelles¹²⁷¹.

462. Bien que l'hypothèse de la force majeure temporaire soit tacitement comprise dans les articles 1147 et 1148 du Code civil, cela ne rend pas inutiles les clarifications envisagées par la réforme du droit des obligations¹²⁷². En effet, le nouvel article 1218 alinéa 2 du Code civil

¹²⁶⁷ Voir de façon plus générale sur la suspension du contrat, GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 355 – 382 et n° 398 et s. ; LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *op. cit.* Par ailleurs, la suspension est définie comme « une inexécution des obligations contractuelles, temporaire et irrecevable, plus ou moins étendue, résultant de la survenance d'un cas fortuit momentané... » : GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, et BILLIAU Marc, *op. cit.*, n°400, p. 456 ; « La suspension est un moyen juridique destiné à faire face au trouble éphémère de fait ou de droit ou de la défectuosité dans l'exécution du contrat, qui se prolonge dans le temps, pour assurer sa continuité et son exécution directe ou correcte dans la mesure où celle-ci est possible et utile pour les parties dans l'avenir » : SAAD Nacil, *La suspension dans l'exécution du contrat. Essai d'une théorie générale. Étude comparée en droit civil français et droit civil égyptien*, Dijon, Université de Bourgogne, 1980, p. 286.

¹²⁶⁸ Il importe toutefois de noter que d'autres auteurs, comme M. ANTONMATTEI, estiment que le fondement de la règle jurisprudentielle de la suspension du contrat pour force majeure se trouvait dans l'ancien article 1134 du Code civil français. ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°293

¹²⁶⁹ LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *op. cit.*, n°16.

¹²⁷⁰ DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t. VI, Schmidt Periodicals, 1932, p. 677. Cité par ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°21.

¹²⁷¹ LAITHIER Yves-Marie, « L'effet dilatoire de la force majeure », *op. cit.*

¹²⁷² On observe également que dans les projets européens, les effets de « l'empêchement » exonérateur (PDEC, article 8 : 108 ; Principes d'Unidroit, article 7.1.7) sont identiques à ceux de la force majeure de l'ancien art.1148 du Code civil, remanié et remplacé par le nouvel article 1218, à la seule nuance près que les projets européens exigent du débiteur qu'il notifie au créancier l'existence de l'empêchement dans un délai raisonnable pour que

français issu de l'ordonnance du 10 février 2016 distingue à juste titre entre la force majeure définitive et la force majeure temporaire. Alors que la première, qui entraîne une inexécution irrémédiable de l'obligation, a pour effet de résoudre non seulement l'obligation concernée, mais également le contrat¹²⁷³, la seconde ne fait que suspendre le contrat tant que dure l'empêchement¹²⁷⁴. En effet, à cet égard, l'article 1218 alinéa 2 du Code civil énonce que « *si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat (...)* ». La formulation de la règle est semble-t-il, inédite, car en permettant dans l'hypothèse d'un événement de force majeure de suspendre l'exécution du contrat, le Code civil confirme que la force majeure n'est pas seulement une cause d'exonération de responsabilité, mais relève aussi de la force obligatoire du contrat¹²⁷⁵. Le contrat ne doit donc pas être anéanti à la légère¹²⁷⁶. Comme le souligne M. Antonmattei, l'effet suspensif « est une simple conséquence du devoir de loyauté dans l'exécution du contrat qui imposerait au débiteur empêché d'invoquer la suspension plutôt que l'extinction du lien contractuel »¹²⁷⁷. En principe, donc, lorsque l'inexécution n'est pas définitivement empêchée par la force majeure, le contrat subsiste. Dès lors, le débiteur restant lié par son engagement devra s'exécuter dès l'instant où l'empêchement vient à cesser.

463. Reste que, comme le précise l'article 1218 alinéa 2 du Code civil, le contrat n'est pas nécessairement suspendu lorsque l'empêchement est momentané. En effet, à titre d'exception, le nouvel article prévoit que l'empêchement temporaire permet, non pas la suspension, mais l'extinction du contrat, lorsque le retard « justifie sa résolution »¹²⁷⁸. Ainsi, l'exonération provoquée par la force majeure ne dépend pas seulement de la durée de l'événement, mais également, voire surtout, de l'utilité de l'exécution tardive de l'obligation contractuelle pour le

celui-ci produise ses effets. Le créancier a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice qui pourrait résulter du défaut de réception de cette notification.

¹²⁷³ Voir *infra*.

¹²⁷⁴ Voir sur ce point, TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 756 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1947 ; FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°324 ; CHANTEPIE Gael et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°623 ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°358 ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*, n°795 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°599 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n° 101 et s. ; THIBIERGE Louis, « Force majeure et ses conséquences », *RDAI/IBLJ*, 2017, n°6, pp. 613-614.

¹²⁷⁵ Voir *supra*.

¹²⁷⁶ LAITHIER Yves-Marie, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° hors-série, p. 39.

¹²⁷⁷ ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°293.

¹²⁷⁸ En effet, l'article 1218 alinéa 2 du Code civil français précise que l'obligation est suspendue « à moins que le retard qui en résulte ne justifie la résolution du contrat ».

créancier¹²⁷⁹. On peut ainsi en voir une bonne illustration dans l'hypothèse où l'empêchement temporaire prive le créancier de l'utilité escomptée de l'exécution de l'obligation, par exemple parce que la date d'exécution était un élément essentiel ou lorsque le corps certain que le débiteur s'était engagé à livrer a péri lors de l'événement¹²⁸⁰. Cette interprétation est confirmée par le rapport au président de la République, qui donne l'exemple « d'une prestation ne pouvant être délivrée utilement à un jour autre que celui déterminé pour un événement non reportable ».

b- L'effet suspensif dans les autres systèmes juridiques

464. La suspension du contrat est aussi admise dans d'autres systèmes juridiques. En droit belge, lorsque la force majeure cause un obstacle temporaire, cela entraîne la suspension du contrat et non pas sa dissolution définitive. En effet, la Cour de cassation belge a consacré l'effet suspensif de la force majeure temporaire dans les termes suivants : « *La force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu ; (...)* »¹²⁸¹. De même, comme en droit français, l'effet suspensif de la force majeure est respectivement prévu dans les articles 1256 al. 2 du Code civil italien et 792 du Code civil portugais¹²⁸². En outre, le nouveau Code civil néerlandais consacre également la suspension du contrat à la section 6.1.7 du B.W, plus particulièrement dans les articles 6 : 52 et 262 B.W¹²⁸³.

465. En revanche, la position est radicalement différente en droit anglais¹²⁸⁴. En effet, dans les droits anglo-saxons, lorsqu'un événement de *frustration* intervient, le contrat prend fin, que les parties le veuillent ou non : c'est l'unique issue proposée par la jurisprudence. Rien n'est

¹²⁷⁹ Voir sur ce point, DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, op. cit., n°625, p. 677 ; GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n°404 ; IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, op. cit., pp. 92 et s. ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, op. cit. ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., op. cit. ; CHANTEPIE Gael et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit. ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, op. cit. ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », op. cit., n° 101 et s. ;

¹²⁸⁰ Voir en ce sens, CHANTEPIE Gael et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit. ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », op. cit., n° 103.

¹²⁸¹ Cass., 13 janvier 1956, Pa., 1956, I, p. 460. Sur la question de la suspension du contrat en droit anglais, THUNIS Xavier, « La suspension du contrat », in *La fin du contrat*, vol. 51, CUP, 2001, p. 43.

¹²⁸² MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°469.

¹²⁸³ MAHE Chantal B.P. et HONDIUS Ewoud H., « Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (ss dir.), Bruylant, 2001, pp. 837 et s.

¹²⁸⁴ Il en va de même en droit allemand. L'impossibilité d'exécution prévue par le § 275 du BGB n'est pas dotée d'effet suspensif.

donc envisagé par la jurisprudence à propos de la suspension des obligations en cas d'impossibilité temporaire, le contrat prend fin de plein droit¹²⁸⁵. Cependant, cette conception n'est pas partagée par la plupart des auteurs. Parmi eux, M. Van Ommeslague relève à cet égard que la suspension du contrat est une solution possible en droit anglais. En effet, selon l'auteur « lorsque la frustration a pour effet de rendre l'exécution du contrat impossible pendant une durée de temps limitée, le contrat doit reprendre son empire après l'expiration de cette durée. Il faut cependant que le juge vérifie alors si l'écoulement de ce laps de temps n'a pas eu pour effet de modifier substantiellement la nature même du contrat - auquel cas la frustration imposera d'y mettre fin »¹²⁸⁶.

466. À la différence du droit anglais, le droit des États-Unis admet quant à lui dans l'article 269 du Restatement 2d Contracts que l'« *impracticability of performance* » produit un effet suspensif sur le contrat lorsque les événements à l'origine de l'impossibilité d'exécution du contrat ne sont que temporaires. En effet, The Restatement (Second) of Contracts, § 269 adopté en 1981, dispose que « *Impracticability of performance or frustration of purpose that is only temporary suspends the obligor's duty to perform while the impracticability or frustration exists but does not discharge his duty or prevent it from arising unless his performance after the cessation of the impracticability or frustration would be materially more burdensome than had there been no impracticability or frustration* »¹²⁸⁷. On trouve une application de cette disposition par les tribunaux américains en période de crise nationale, notamment la période qui a suivi les événements du 11 septembre et de l'attentat de New York¹²⁸⁸. C'est le cas dans l'affaire *Bush v. ProTravel Int'l*¹²⁸⁹, la Cour suprême de New York a invoqué l'article 269 pour conclure que

¹²⁸⁵ BELLOCQ Christine, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *DPCI*, 1996, t. 22, n°3, p. 436 ; LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n°10 et n°24 ; WHITTAKER Simon, « Les sanctions de l'inexécution des contrats en droit anglais », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (ss dir.), Bruylant, 2001, pp. 979 et s. et pp. 996 et s. ; LE GALLOU Cécile et WESLEY Simon, *Droit anglais des affaires*, *op. cit.*, n°530 ; MCKENDRICK Ewan, *Goode on commercial Law*, Penguin, 2018, n°3.167.

¹²⁸⁶ VAN OMMESLAGHE Pierre « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 19. Sur ce point, M. VAN OMMESLAGUE donne à titre d'illustration des conventions qui ont été conclues avant la Première Guerre mondiale et qui ont été redevenues exécutables après la fin de celle-ci.

¹²⁸⁷ « *L'impossibilité d'exécution ou la frustration du but qui n'est que temporaire suspend l'obligation d'exécution du débiteur pendant que l'impossibilité d'exécution ou la frustration existe, mais ne libère pas son obligation ou ne l'empêche pas de naître à moins que son exécution après cessation de l'impossibilité d'exécution ou de la frustration ne soit matériellement plus contraignante que s'il n'y'avait pas eu d'impossibilité d'exécution ou de frustration* ». Voir sur ce point, HOTTE Simon, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, *op. cit.*, n°132, p. 57.

¹²⁸⁸ DUMONCEAU-BEAUME Véronique et PIPARD Caroline, « État de guerre, sort des contrats et force majeure », *op. cit.*

¹²⁸⁹ *Bush v. ProTravel Int'l, Inc.*, 746 N.Y.S.2d 790 (N.Y. Civ. Ct. 2002).

l'obligation du demandeur d'annuler une réservation de voyage dans le délai contractuel était temporairement suspendue parce que la Ville de New York était en état de verrouillage virtuel à la suite des attaques terroristes du 11 septembre.

467. Il ressort donc de ce qui précède que le principe du maintien de la relation contractuelle en cas d'empêchement temporaire est admis dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et également dans la *lex mercatoria*. Ainsi, le caractère temporaire des mesures d'embargo devrait mener les juges à privilégier la suspension des obligations contractuelles pendant la durée de l'événement de l'embargo. Tel a été le cas par exemple de la décision de la Chambre de Lords dans la fameuse affaire *Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd*¹²⁹⁰, qui a ainsi suspendu les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'embargo au motif que leur exécution compromettrait sérieusement l'efficacité de l'embargo. Cette situation est courante en matière de garantie à première demande. Ces garanties ne comportent pas de clause de force majeure et sont donc soumises au droit commun. Dès lors, lorsqu'une garantie ou un crédit documentaire a été émis avant la décision d'embargo, leur exécution se trouve généralement suspendue pendant la période de gel des relations financières¹²⁹¹.

2- L'effet suspensif dans la jurisprudence arbitrale

468. Les arbitres internationaux admettent également, en l'absence d'aménagement contractuel spécifique, l'effet suspensif du contrat dont l'exécution est temporairement empêchée par une cause étrangère. En effet, dans la sentence n°311 du 14 juillet 1987, *Mobil Oil Iran Inc, et al. v. Iran-US C.T.R.*, le tribunal a affirmé qu' « *it also admitted generally that force majeure, as a cause of full or partial suspension or termination of the contract, is a general principle of law which applies even when the contract is silent* »¹²⁹².

469. Cette solution retenue par cette jurisprudence fut reprise et affirmée dans quelques sentences rendues par le tribunal des différends irano-américains. Il en est ainsi de la sentence n°167 du 10 décembre 1986¹²⁹³, dans laquelle les arbitres ont affirmé que nonobstant les termes

¹²⁹⁰ House of Lords, *Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd*, 21 octobre 1957, (1958) AC 301, ILR, vol. 24, p. 15. Affaire citée par ERGEC Rusen, « L'embargo et les droits nationaux », in *L'embargo, op. cit.*, p. 139.

¹²⁹¹ On aura l'occasion d'y revenir incidemment sur cette question délicate des garanties à première demande.

¹²⁹² Le tribunal a affirmé qu'il est « généralement admis que la force majeure, en tant que clause de suspension totale et partielle du contrat, est un principe général du droit qui s'applique même en cas de silence du contrat » : Voir en ce sens, Sentence CCI n°311 (1987) *Mobil Oil Iran Inc, et al. v. Iran, 16 Iran-US C.T.R.*, précitée. Affaire citée également par SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec les opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 890. Pour les faits, voir BELLOCQ Christine, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *op. cit.*, pp. 438 et s.

¹²⁹³ Sentence n°167 rendue le 10 décembre 1986, *Anaconda-Iran Inc. C. The Gouvernement of the Islamic Republic of Iran, The National Iranian Copper Industries Company*, précitée. Affaire citée par IBARA Rochfelaire,

utilisés, « *les systèmes juridiques reconnaissent la force majeure comme une excuse de l'inexécution du contrat. La force majeure peut ainsi être considérée comme un principe général du droit* ». Et ils ont conclu par la suite que « *lorsqu'il y a une situation de force majeure, l'exécution des obligations contractuelles est partiellement ou totalement suspendue. Seule une impossibilité définitive ou pour une durée prolongée entraîne l'extinction du contrat* »¹²⁹⁴. De même, il a été jugé dans l'affaire *Gould Marketing v. Ministry of Defense*¹²⁹⁵, que la suspension de l'exécution des obligations contractuelles résultait des conditions de la force majeure prévalant alors en Iran et que, aussi longtemps que lesdites conditions ne s'étaient pas aggravées, les défaillances des parties ne pouvaient être considérées comme des violations du contrat.

470. Plusieurs sentences rendues sous l'égide de la CCI vont également en ce sens. En témoigne la sentence n°1703 rendue par la CCI en 1971¹²⁹⁶ concernant l'exécution d'un contrat de construction d'une usine qui a été interrompue en raison des mesures de guerre entre les États des parties contractantes. En l'espèce, les arbitres ont admis que les actes d'hostilité créaient un cas de force majeure, mais ont jugé que la cessation des hostilités mettrait fin à l'état de la force majeure et que le contrat, qui n'était que suspendu, reprendrait son cours normal. Le tribunal poursuit son analyse en précisant que les arguments avancés par le défendeur pour excuser l'abandon du projet dont il avait à répondre ne pouvaient être reçus puisque les difficultés n'étaient pas insurmontables. Dans une autre sentence rendue dans l'affaire CCI n°7539 en 1995¹²⁹⁷, les arbitres ont réaffirmé d'une manière suffisamment claire que « *la force majeure n'apporte à l'exécution de l'obligation qu'un obstacle momentané* ». Ils ont par conséquent décidé que le contractant « *n'est pas libéré de ses obligations et le contrat est seulement suspendu jusqu'à ce que la force majeure cesse de produire ses effets* ». De plus, dans une sentence CCI de 2002¹²⁹⁸, les arbitres ont retenu à ce titre que l'embargo qui frappait

L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, op. cit., p. 102.

¹²⁹⁴ Cependant, le Tribunal a conclu à l'extinction du contrat, mais cela uniquement en raison de la persistance de l'événement, la suspension n'étant pas remise en cause. Voir en ce sens, la sentence CCI n°425-39-2 du 29 juin 1989, *Philips Petroleum Company Iran v. Iran*, 21 Iran-USCTR., spéc. pp. 107 et s.

¹²⁹⁵ Tribunal des différends irano-américains, 29 juin 1986, *Gould Marketing c. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran*. Affaire précitée. Voir également en ce sens, Sentence CCI n°430 (438-430-1) du 5 septembre 1989, *Rockwell International Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 23 Iran-US C.T.R. 150, 170.

¹²⁹⁶ Sentence CCI n°1703 (1971), *JDI* 1975, pp. 894-895 obs. R. Thomson ; *YCA* 1976, pp. 130-131. Citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°480.

¹²⁹⁷ Sentence CCI n°7539 (1995), *JDI* 1997, pp. 1031-1037, obs. Y. Derains.

¹²⁹⁸ Sentence CCI n°7575 (2002). Affaire citée par THIBIERGE Louis, « La force majeure et ses conséquences », *op. cit.*, p. 613.

la Yougoslavie ayant pris fin, la reprise de l'exécution était possible, ce qui excluait toute résolution du contrat.

471. Il ressort clairement de ces quelques sentences que les arbitres internationaux semblent admettre sans difficulté l'effet suspensif de la force majeure lorsque l'empêchement d'exécuter est temporaire. Cette attitude des arbitres internationaux s'explique par le fait que l'affirmation du principe de l'effet suspensif du contrat en cas d'empêchement temporaire se trouve dans la plupart des textes internationaux. Or, l'on sait que les arbitres internationaux interprètent à titre supplétif la notion de force majeure au regard des principes généraux de la *lex mercatoria* quand bien même les parties n'ont pas expressément convenu d'une telle clause¹²⁹⁹. Au travers de ces usages, les arbitres internationaux y trouvent les fondements du principe général de l'effet suspensif dans les contrats internationaux. En effet, la suspension du contrat est prévue dans l'article 79 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 qui dispose dans son paragraphe 3 que : « *Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération du débiteur produit son effet pendant la durée de l'empêchement* »¹³⁰⁰. Dans le même esprit, l'effet suspensif apparaît également dans les modèles internationaux tels que les Principes du droit européen du droit des contrats (PEDC, principe Lando) à l'article 8 : 108 (2) et les Principes Unidroit à l'article 7.1.7.2¹³⁰¹. Il est aussi prévu dans des clauses et contrat-types comme celles de la CCI, Clause de Force Majeure CCI¹³⁰² : « *Un motif d'exonération de responsabilité au titre de la présente clause exempte la partie défaillante du paiement des dommages-intérêts, pénalités et autres sanctions contractuelles, à l'exception du paiement des intérêts sur les sommes dues, aussi longtemps et pour autant que ce motif subsiste. En outre, il suspend le délai d'exécution pendant une période raisonnable excluant par là même le droit éventuel de l'autre partie de résilier ou d'annuler le contrat (...)* ».

¹²⁹⁹ Voir *supra*, chapitre 1 titre 2 partie 1. Voir également en ce sens RIVKIN David R., « Lex Mercatoria et force majeure », *op. cit.*, p. 208 ; FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n°1488 ; SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec les opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 891 ; IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, pp. 1037 et s.

¹³⁰⁰ Voir sur ce point, VAN DER MERSCH Murielle et PHILIPPE Denis M., « L'inexécution dans les contrats internationaux », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (ss dir.), Bruylant, 2001, pp. 702 et s. ;

¹³⁰¹ L'article 7.1.7.2 des Principes Unidroit dispose que « lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat ». L'article 7.1.7.3 impose au débiteur de notifier au créancier une série d'information, sous peine de dommages et intérêts. Sur cette question, voir GIARDINA Andrea, « Les principes Unidroit sur les contrats internationaux », *Journal de droit international*, 1995, pp. 547-558.

¹³⁰² Clause de Force Majeure CCI, publ. n°421. Citée par MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°813.

472. En conclusion, il est de principe que lorsqu'une décision d'embargo constitutive d'un cas de force majeure est temporaire, l'exécution des contrats internationaux est suspendue pendant le temps de la validité de la mesure. Un tel effet de l'embargo sur l'exécution du contrat a l'avantage de laisser intact le principe de la force obligatoire du contrat. Le sort du contrat suspendu dépendra de l'issue de l'événement. Si l'embargo se prolonge au-delà de la période prévue par les parties ou, en l'absence d'une telle disposition, au-delà d'une période raisonnable qui peut durer selon la jurisprudence concernant l'embargo irakien plus de deux ou trois années¹³⁰³, l'impossibilité d'exécuter entraînera par conséquent l'extinction de l'engagement contractuel¹³⁰⁴. L'effet résolutoire s'impose. Le contrat sera résolu ou résilié.

Paragraphe 2 : l'effet extinctif de l'embargo

473. D'après l'enseignement traditionnel, la force majeure entraîne en règle générale l'extinction des obligations contractuelles des parties. Cela suppose cependant que l'impossibilité créée par l'acte de la puissance publique soit totale et définitive. Dans les pays de droit romano-civiliste, l'impossibilité d'exécution définitive constitue une cause de résolution de plein droit de l'engagement contractuel (**B**). Ce principe est également courant dans la pratique contractuelle internationale (**A**).

A- L'effet extinctif de clauses de force majeure

474. La situation d'attente imposée par la suspension de l'exécution du contrat en application de la clause de force majeure ne peut durer indéfiniment. En effet, si la décision d'embargo poursuit son effet trop longtemps, les parties ne restent plus dans la neutralité passive que constitue l'attente¹³⁰⁵. La plupart des clauses de force majeure prévoient qu'après un certain délai, si les circonstances de force majeure n'ont pas pris fin, le contrat pourra être résilié¹³⁰⁶. La clause de force majeure insérée dans le contrat ayant fait l'objet de la sentence n°5864 fournit une illustration de cette pratique contractuelle. L'article 19 du contrat disposait que « (...) *s'il apparaît que cette exécution est impraticable ou impossible, les deux parties doivent adopter la procédure requise afin que le contrat soit résilié (...)* »¹³⁰⁷. On peut citer également la clause

¹³⁰³ Voir *supra*.

¹³⁰⁴ BELLOCQ Christine, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *op. cit.*, p. 440.

¹³⁰⁵ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*

¹³⁰⁶ KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *op. cit.*, pp. 481 – 482 ; BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 360, n°752.

¹³⁰⁷ Précitée.

de force majeure d'un contrat de vente internationale de marchandises qui est très représentative de ce courant : « *En cas de circonstances qui empêchent n'importe quelle partie d'exécuter ses engagements suivant ce contrat en partie ou en totalité, notamment incendie, faits des éléments, guerre, opérations militaires de tous caractères, blocus, prohibitions d'exportations ou d'importation, ou autres circonstances échappant au contrôle des parties contractantes, le délai de l'exécution des engagements serait remis pour une durée conforme à l'interruption occasionnée par ces circonstances. Si ces circonstances durent plus de 3 mois, chacune des parties aura le droit de renoncer à l'exécution des engagements et dans ce cas aucune des parties n'aura le droit de demander à l'autre partie l'indemnisation des dommages éventuels y relatifs. La partie contractante qui n'aura pas la possibilité d'exécuter ses engagements suivant le contrat devra notifier immédiatement à l'autre partie contractante par écrit le commencement et la fin du cas de force majeure* »¹³⁰⁸. La clause standard CCI de force majeure confirme également cette pratique : « *Si les motifs de l'exemption se prolongent au-delà de la période prévue par les parties (période applicable à spécifier ici par les parties) ou, en l'absence d'une telle disposition, au-delà d'une période raisonnable l'une ou l'autre partie aura le droit de résilier le contrat en donnant notification* »¹³⁰⁹. Enfin, l'article 22 de la clause type de force majeure de la GAFTA (100) dispose que « *if delay in shipment occurs as a result of a force majeure event, the shipper can give a notice extending the shipping period, but that if shipment is delayed for more than one month, the buyers may cancel the delayed portion of the contract and that, if the buyers do not cancel, there is a further automatic extension for an additional month. If shipment is still prevented by the end of this additional extension, the contract is then terminated* »¹³¹⁰.

475. Ainsi, les clauses de force majeure des contrats internationaux de longue durée contiennent cette faculté de résiliation pour cause de force majeure, en cas d'impossibilité définitive d'exécuter une obligation fondamentale ou de disparition de l'objet du contrat, sans responsabilité du débiteur. De plus, dans ces clauses, la faculté de résiliation du contrat est laissée soit au débiteur¹³¹¹ ou au créancier soit aux deux parties dès lors que toutes les conditions

¹³⁰⁸ FONTAINE Marcel, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *op. cit.*, 489.

¹³⁰⁹ Il est indéniable que cette clause s'applique aussi en cas d'impossibilité définitive, même si elle n'explique que le cas d'une impossibilité prolongée. Clause de Force Majeure CCI, publ. n°421, précitée.

¹³¹⁰ Extrait de l'article 22 de la clause de force majeure de la GAFTA cité par IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, p. 163.

¹³¹¹ Voir à titre d'exemple les clauses suivantes : « *Si le retard de livraison de l'équipement de l'installation pour des raisons de force majeure dépasse six mois, l'acheteur a le droit d'annuler le contrat (...)* ». « *If after 180 days from of the date of aforesaid more to one party, the other party shall be prevented, by the cause as to which it gave*

de sa réalisation sont pleinement réunies¹³¹². Il faut toutefois observer que plus souvent dans les conventions internationales de longue durée, l'initiative de la résiliation du contrat est stipulée uniquement au profit du cocontractant victime de la suspension du contrat¹³¹³. Rarement, cette faculté est octroyée au débiteur victime de la force majeure. Pour illustrer ce propos, on citera par exemple une célèbre affaire rendue par la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles en 2010. En l'espèce, une personne achète un avion et verse une partie du prix à un tiers séquestre. Le contrat contenait une clause de force majeure stipulant que seul le vendeur pourrait se prévaloir d'un événement imprévisible et irrésistible pour mettre fin au contrat. Mais, n'ayant finalement pas les moyens de cet achat en raison d'un effrontement des marchés financiers, l'acquéreur demande la résolution de la vente, mais en se prévalant indirectement de la clause. En effet, dans une démonstration complexe et audacieuse (qui ne convainquit pourtant pas le tribunal de commerce), le débiteur tint le raisonnement suivant : le fait qu'il n'ait pas les moyens de payer place le vendeur face à un événement irrésistible (le non-paiement du débiteur-acheteur) ; le vendeur ferait donc face à un effet de force majeure l'empêchant de s'exécuter, ce qui entraînerait la fin automatique du contrat, situation objective qui bénéficierait *in fine* aux deux parties. Le tribunal de commerce rejeta cette tortueuse argumentation en constatant simplement que la clause ne permettait pas à l'acquéreur de se prévaloir d'un cas de force majeure, puisque ce n'était pas prévu en ce sens¹³¹⁴.

476. Fréquemment, les clauses de force majeure n'envisagent la résiliation du contrat qu'au terme d'un délai fixe qui varie selon les contrats¹³¹⁵. En revanche, dans les clauses de force majeure types, la préférence est donnée au standard du délai raisonnable¹³¹⁶. Telle est notamment la méthode suivie par la clause type de force majeure de la CCI (Pub. N°651, Paris, 2003) qui sur le modèle des articles 25 de la CVIM et 7.3.1 des Principes Unidroit et de l'article

notice, from continuing with its performance of the work, the said party shall be entitled to terminate this contract ... ». Citée par FONTAINE Marcel, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *op. cit.*

¹³¹² En ce sens, KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *op. cit.*, p. 482. L'auteur cite à titre d'exemple la clause suivante : « *Si ces événements durent plus de six mois, chaque partie a le droit de renoncer à l'exécution des obligations contractuelles* ». Voir également en ce sens SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec les opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 894.

¹³¹³ IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, *op. cit.*, p. 162.

¹³¹⁴ *Trandin Aviation Holdings Lld v. Aero Toy Store LLC*, (2010) EWHC 40 (Comm). Affaire citée par LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon du droit anglais à l'égard des contrats français », *op. cit.*, n°31.

¹³¹⁵ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°494.

¹³¹⁶ RAMBERG Jan, *International commercial transactions*, 3^e éd., ICC, Norstedts Juridik AB, 2004, p. 478. L'auteur note aussi que le choix du standard du délai raisonnable est apparu opportun lors des travaux préparatoires de la Clause de Force Majeure ICC 2003, puisque selon les rédacteurs, il n'était pas raisonnable d'imposer un délai fixe de suspension à l'ensemble des secteurs d'activité économique. Voir sur ce point, par IBARA Rochfelaire, *op. cit.*, p.164.

8 : 103 des PEDC, préconise de résilier le contrat au terme d'un délai raisonnable de suspension. D'autres, tels que les contrats FIDIC prévoient une résiliation immédiate du contrat sans période initiale de suspension : « *Notwithstanding any other provision of this Clause, if any event of circumstance outside the control of the Parties (including, but not limited to, Force Majeure) arises which makes it impossible or unlawful for either or both Parties to fulfil its or their contractual obligations or which, under the law governing the Contract, entitles the Parties to be released from further performance of the Contract, then upon notice by either Party to other Party of such event or circumstance : The Parties shall be discharged from further performance, without prejudice to the rights of either Party in respect of any previous breach of the Contract, and the sum payable by the Employer to the Contractor shall be the same as would have been payable under Sub-Clause 19.6 (Optional Termination, Payment and Release) if the Contract had been terminated under Sub-Clause 19.6* »¹³¹⁷.

477. Par ailleurs, s'agissant du déclenchement du mécanisme de la résiliation conventionnelle du contrat, il a été observé que les clauses de force majeure prévoient généralement une extinction de « plein droit » du contrat¹³¹⁸. En effet, la plupart des clauses stipulent que la résiliation du contrat intervient sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge¹³¹⁹. De ce fait, ces clauses en prévoyant une résiliation de « plein droit » écartent le recours au juge et l'appréciation de celui-ci dans le fait du dénouement du lien contractuel et introduisent une faculté de destruction volontaire du contrat qui tire sa force à la volonté des parties et de la loi du contrat¹³²⁰. Ainsi, le juge ou l'arbitre n'intervient qu'en cas de contestation de l'application de la clause¹³²¹. Dans ce contexte, le juge ou l'arbitre n'exerce qu'un contrôle sur les conditions de la résiliation, c'est-à-dire qu'il devra vérifier que les conditions de son application sont

¹³¹⁷ FIDIC, Conditions of Contract for Construction, 1999, art. 19. 7. Cité par FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droits des contrats internationaux. Analyse et rédaction des clauses*, op. cit., p. 465.

¹³¹⁸ Voir sur ce point MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, op. cit., n°1048 et s. BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., op. cit., p. 628, n°1920. Contra. SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », op. cit., p. 894.

¹³¹⁹ Voir à titre d'illustration la clause suivante : « *Dans le cas où la durée des circonstances de force majeure affectant tout ou partie des engagements dépasserait un an, chacune des parties aurait le droit de se dégager du contrat par simple notification écrite sans devoir demander la résiliation à un tribunal* ». Citée par FONTAINE Marcel, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », op. cit., p. 489.

¹³²⁰ MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, op. cit., n°1048. Sur l'expression de « plein droit », voir ATIAS Christian, « De plein droit », *Recueil Dalloz*, 2013. 2183 ; ZÉNATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Cours de droit civil. Contrats*, PUF, 2014, n°217. Il convient toutefois de souligner qu'une notification est souvent nécessaire, voire le respect d'un délai de préavis, suivant ce que les parties ont prévu. En ce sens, VAN DER MERSCH Murielle et PHILIPPE Denis M., « L'inexécution dans les contrats du commerce international », op. cit., p. 762, n°131.

¹³²¹ « Si le retard dû à la force majeure dépassait 8 mois, la partie à laquelle elle fut opposée a le droit, faute d'accord, de demander la résiliation du contrat à l'instance arbitrale qui statuera sur la liquidation des rapports entre les parties ». FONTAINE Marcel, op. cit., p. 490.

réunies et que le créancier est de bonne foi¹³²². Dès lors, si ces conditions sont réunies, le juge ou l'arbitre n'a aucun pouvoir d'appréciation et il ne fait que constater. L'effet extinctif ne provient pas de la décision du juge, mais de la clause contractuelle¹³²³.

478. De plus, concernant, la portée de l'effet extinctif dans le temps, il a été constaté que les clauses de force majeure envisagent que l'anéantissement du contrat procède de la résiliation qui correspond à une destruction du contrat pour le futur et sans rétroactivité¹³²⁴. Les obligations encore exigibles, malgré la dissolution du contrat, s'effacent donc sans rétroactivité dans la mesure où leur cause n'a pas pour autant disparu¹³²⁵.

479. Malgré le choix d'une telle stipulation, il demeure tout de même conseillé aux contractants un effort de rédaction afin d'éviter en cas de désaccord toute interprétation de la clause par les juges ou les arbitres¹³²⁶.

B- L'effet extinctif en droit commun de la force majeure

480. La force majeure n'est pas seulement une cause d'exonération de responsabilité qui empêche que soient réclamés au débiteur des dommages-intérêts pour son retard ou son inexécution¹³²⁷. La force majeure est aussi, selon les cas, une cause de résolution ou de résiliation du contrat demeuré inexécuté¹³²⁸. Cet effet extrême de la force majeure est admis dans la plupart des systèmes juridiques de droit civil et dans la pratique arbitrale internationale.

1- L'effet extinctif dans les systèmes juridiques nationaux

¹³²² BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*

¹³²³ *Ibidem.*

¹³²⁴ MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n°1084.

¹³²⁵ Toutefois, pour M. ANTONMATTEI, la technique employée semble plutôt être la caducité que la résiliation du contrat. ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°240

¹³²⁶ En ce sens, le professeur BÉNABENT Alain a pu observer « qu'à l'heure actuelle le jeu d'une clause résolutoire est rarement certain que, si elle paraît trop rigoureuse aux tribunaux, ils disposent de plus en plus souvent d'un moyen de la paralyser pour réintroduire leur pouvoir d'appréciation. D'où la conséquence qu'il est parfois plus expédient d'agir en résolution judiciaire selon le droit commun ou de provoquer une résolution unilatérale : la présence d'une clause résolutoire n'y met pas obstacle » (BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., *op. cit.*, n° 397). De même de manière plus primitive, les professeurs Henri Roland, Laurent Boyer et Boris Starck avaient estimé que « la jurisprudence ne considère pas ces clauses avec faveur et leur donne une interprétation restrictive ». Ainsi, pour être sûr d'obtenir le résultat souhaité, le contractant doit être attentif au libellé de la clause qu'il insère à son profit. À cet égard, les auteurs ont présenté dans leur ouvrage un *cameïeu* de solution à la disposition des parties dont l'exposé reste d'actualité et pratiquement utile : STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Droit civil. Les obligations. Contrats*, t. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n°1961, p. 683.

¹³²⁷ CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°625.

¹³²⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°758.

a- La résolution du contrat de plein droit en droit français

481. Souvent, l'impossibilité d'exécution créée par une décision d'embargo peut dans certains cas s'avérer irréversible¹³²⁹. Ainsi, toute tentative du maintien du lien contractuel est inutile. Dans un tel cas, le nouvel article 1218 alinéa 2 du Code civil français prévoit que : « *Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351-1351-1* ». Ainsi, lorsqu'une des parties au contrat est dans l'impossibilité totale d'exécuter son obligation par suite d'un événement indépendant de sa volonté, le contrat sera résolu de plein droit, sans que la responsabilité du débiteur puisse être engagée¹³³⁰. Cette solution n'est pas nouvelle et les dispositions issues de l'ordonnance reprennent assez largement celles qui figuraient dans l'ancienne version du Code civil français de 1804. En effet, l'effet extinctif des obligations contractuelles figurait dans les textes spéciaux tels que l'ancien article 1722 qui énonce que « si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit (...) », et les anciens articles 1788 et 1790, qui prévoyaient des solutions semblables dans le cas de perte de la matière à façonner. L'ordonnance ne modifie pas ainsi fondamentalement les solutions. Elle étend plutôt, en droit commun, la solution spéciale prévue en matière de bail¹³³¹. L'impossibilité d'exécution définitive entraîne la résolution de plein droit du contrat.

482. L'expression de « plein droit » suppose que la résolution du contrat joue de façon automatique et sans qu'il soit nécessaire de demander une décision de justice¹³³². Il s'agit ici d'une innovation importante opérée en droit commun des contrats par l'ordonnance du 16 février 2016¹³³³. En effet, une controverse s'était opérée antérieurement dans le silence des

¹³²⁹ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, p. 2 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 61 et s.

¹³³⁰ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 757 et s. ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, p. 259, n°792 ; FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°324 ; CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°624 ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°359 et s. ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.*, n°795 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 10^e éd., n°898 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n° 97 ; THIBIERGE Louis, « Force majeure et ses conséquences », *op. cit.*, p. 615.

¹³³¹ CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*

¹³³² MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., *op. cit.* ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°359. Sur cette expression, voir *supra*.

¹³³³ GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*

textes et qui conduisait précisément à déterminer si la résolution du contrat survenait de plein droit ou bien s'il fallait recourir au juge¹³³⁴. Certains auteurs estimaient nécessaire d'exiger l'intervention du juge afin que celui-ci puisse vérifier l'existence de la force majeure et apprécier l'incidence d'une inexécution partielle¹³³⁵. En revanche, d'autres estimaient inutile d'avoir recours au juge ou soulignaient que s'il était saisi, le juge devait se borner à constater l'extinction des obligations et non à prononcer la résolution ou la résiliation du contrat¹³³⁶. Puisque, auparavant, la jurisprudence fondait sa solution sur l'ancien article 1184 du Code civil qui, avant la réforme, prévoyait que la résolution du contrat ne pouvait être que judiciaire¹³³⁷. Ainsi, dans un célèbre arrêt de 1891¹³³⁸, la Cour de cassation avait jugé que le débiteur soit libéré sur le fondement de la résolution judiciaire des contrats pour cause d'inexécution. En effet, pour justifier sa décision, la Cour considéra que « *l'article 1184 ne distinguait pas entre les causes d'inexécution des conventions et n'admettait pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement ; dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ; il est vrai que lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution* »¹³³⁹. Dès lors, le jeu du troisième alinéa de l'article 1184 rend obligatoire l'intervention du juge.

¹³³⁴ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1949 ; ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », *op. cit.*, p. 34, n°13. Pour une critique d'une résolution automatique, GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. Laurent Leveneur, Thèses, LGDJ, 2007, n°140.

¹³³⁵ Voir sur ce point TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 760.

¹³³⁶ CARBONIER Jean, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, 22^e éd., PUF, 2000, n°191 ; MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, t. 2, 1^{er} vol., 9^e éd., Montchrestien, 1998, n°1110 ; MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil. Les obligations*, t. I, vol. 1, Paris, SIREY, 1956 et 1962, n°329.

¹³³⁷ THIBIERGE Louis, « Force majeure et ses conséquences », *op. cit.*, p. 614 ; ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », *op. cit.*

¹³³⁸ Cass., civ., 14 avril 1891, *Ceccaldi*, DP, 1891. I. 329, note M. Planiol. Cité par CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^e éd., CAJ civ., Dalloz, 2015, n°180. Voir également les décisions ultérieures de la Cour de cassation qui appliquaient la même règle à laquelle elles donnaient le même fondement : Cass. 3^e civ., 9 octobre 1979, n°78-10.014, Bull. civ. III, n°169. Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1982, n°81-10.158, Bull. civ. I, n°205, p. 178 ; *RTD civ.*, 1983. 340, obs. F. Chabas ; *Deffrénois*, 1983. 334, n°14, obs. Aubert. Cass. civ., 12 mars 1985, n°84-100.169, Bull. civ. I, n°94 ; *RTD civ.*, 1986. 345, obs. J. Mestre. Cass. civ., 6 mai 2009, n°08-13.824 ; *JCP* 2009. Chron. 273, n°31, obs. P. Grosse. Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2014, n°13-24.633 ; *D.* 2015. 529, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki. Contra. Cass. com., 28 avril 1982, n°80-16.678, Bull. civ. IV, n°145, p. 128 ; *RTD civ.*, 1983. 340, obs. F. Chabas.

¹³³⁹ Cité par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 488 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 10^e éd., n°898.

483. En prévoyant en droit commun des contrats que la résolution du contrat a lieu de « plein droit », l'ordonnance résout ainsi cette controverse en rejoignant les solutions préconisées par différents projets d'harmonisation, et notamment par les Principes Lando (art. 9 : 303, 4), qui distinguent formellement l'inexécution causée par la force majeure (théorie des risques) et l'inexécution causée par la faute du débiteur¹³⁴⁰. Désormais, le contrat est résolu sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge, sauf bien sûr en cas de contestation de la force majeure par le créancier insatisfait¹³⁴¹.

484. Cependant, comme le font remarquer certains auteurs¹³⁴², le législateur français ne précise pas s'il faut que le créancier de l'obligation inexécutée se prévale de cette résolution de « plein droit » pour qu'elle se produise ou si elle se produit indépendamment de la volonté des parties. À cet égard, les auteurs Mme Chantepie et M. Latina notent qu'« en matière de condition suspensive et résolutoire, cette expression est souvent utilisée par la doctrine pour exprimer l'idée que la défaillance ou l'accomplissement de l'événement conditionnel produit automatiquement ses effets, sans que les parties aient besoin d'invoquer le jeu de la condition ». Pourtant, une clause résolutoire stipulée « de plein droit » ne joue que si le créancier s'en prévaut. De même, la compensation légale, qui était censée selon l'ancien article 1290 du Code civil opérer « de plein droit », ne produisait ses effets, rétroactivement, que si le débiteur en réclamait le bénéfice¹³⁴³. Dès lors, les auteurs considèrent que l'effet de plein droit d'un mécanisme a pour seule conséquence de mettre le juge à l'écart de celui-ci, à l'exclusion de son ou de ses bénéficiaires¹³⁴⁴.

485. Ainsi, aux termes de l'article 1218 alinéa 2 du Code civil, si l'impossibilité d'exécuter par un cas de force majeure est définitive, le contrat est résolu de plein droit. En pratique, si

¹³⁴⁰ En effet, il était reproché à la décision de la Cour de cassation précitée de confondre la résolution pour inexécution causée par la faute du débiteur avec la théorie des risques du contrat. (Voir sur ce point : MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, op. cit., n°1097 et n°1107). Ainsi, l'article 1218 al. 2 revient sur la position de la Cour de cassation quoiqu'en dise le Rapport du président de la République : « Cette solution n'est pas la codification de solutions dégagées par la jurisprudence ». Voir sur ce point, BROS Sarah, « La force majeure », op. cit., pp. 42-43.

¹³⁴¹ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., op. cit., n°1925 et n°1889 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, op. cit. ; MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., op. cit., n°795.

¹³⁴² BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., op. cit., n°1949.

¹³⁴³ CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n°624.

¹³⁴⁴ *Ibidem*. Voir également en ce sens, ATIAS Christian, « De plein droit », op. cit., n°9, pour qui « lorsque l'effet de la règle joue « de plein droit », l'imperium est évincé : une décision n'est pas requise pour que l'effet de droit se produise. Il suffit que le bénéficiaire l'invoque. C'est le sens propre de l'expression ».

l'obligation inexécutée est issue d'un contrat unilatéral, la situation est relativement simple, l'extinction de l'obligation unique met fin au contrat¹³⁴⁵. Toutefois, la question soulève des difficultés particulières dans l'hypothèse où l'obligation ou les obligations considérées sont inscrites dans un contrat synallagmatique, dans lequel les obligations des parties sont réciproques et interdépendantes¹³⁴⁶. On peut se demander dans un tel scénario, si l'extinction des obligations de l'un en vertu de la force majeure, met fin ou pas aux obligations de l'autre. Autrement dit, quelle est l'incidence de la force majeure sur l'obligation de l'autre cocontractant ? Va-t-elle subsister ou bien, au contraire, la disparition de la dette du débiteur qui n'est plus exécutée, entraîne-t-elle celle de la dette réciproque de son cocontractant ? Supposons qu'une agence de voyages organise une croisière dont la réalisation est empêchée au dernier moment par une décision d'embargo. L'agence est libérée de ses engagements pour impossibilité d'exécution en raison de la mesure d'embargo. Qu'en est-il des obligations de ses clients ? Ceux-ci, doivent-ils néanmoins payer le prix convenu ? À supposer qu'ils l'aient déjà versé, pourront-ils en obtenir la restitution ? En application de la théorie doctrinale des risques¹³⁴⁷ qui appréhende les effets de la force majeure sur le contrat, les risques de l'inexécution reposent sur le débiteur de l'obligation dont l'exécution a été rendue impossible par la force majeure¹³⁴⁸, ce qui est fréquemment dit en latin : *res perit debitori*. Cela signifie que le débiteur empêché de s'exécuter supporte le risque de cet empêchement ; il ne pourra pas exiger la contrepartie prévue. Cette théorie s'explique par l'idée de contrepartie inhérente aux contrats synallagmatiques puisque l'autre contractant ne s'était engagé que pour obtenir la prestation devenue impossible ; s'il ne la reçoit pas, son propre engagement corrélatif devient sans contrepartie et il en est libéré¹³⁴⁹.

¹³⁴⁵ CABRILLAC Remy, *Droit des obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2018, n°160 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1936 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 759 ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°362 et s.

¹³⁴⁶ *Ibidem*.

¹³⁴⁷ Sur la théorie des risques en droit civil, voir : FARNOCCHIA Serge, *L'excuse contractuelle, étude de l'inexécution fortuite du contrat*, thèse, Aix-Marseille 3, 1994 ; MARTIN Anne-Cécile, *L'imputation des risques entre contractants*, préface Didier Ferrier, t. 508, Bibl. dr. privé, Thèses, LGDJ, 2009 ; GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, n°639 et s. Pour une critique sur cette théorie, ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, n°228 ; GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 127 et s., pp. 91 et s.

¹³⁴⁸ GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°95 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10^e éd., *op. cit.*, n°900 ; CABRILLAC Remy, *Droit des obligations*, *op. cit.* ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., *op. cit.*, n°1936 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 759.

¹³⁴⁹ BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., *op. cit.*, n° 363.

486. Cependant, dans les contrats synallagmatiques emportant transfert de propriété d'un corps certain, la règle *res perit domino* s'applique¹³⁵⁰. Cela signifie que la charge des risques pèse sur le propriétaire. En effet, le droit français, à la différence de certains droits étrangers, tels que le droit allemand¹³⁵¹, associe le transfert de propriété et la charge des risques. Ainsi, dès l'échange des consentements, l'acheteur devient propriétaire et sera donc tenu des risques (nouvel article 1196 al. 3 du Code civil ; anc. art. 1138 al. 2). Tel est le cas par exemple de l'acheteur de livres expédiés, mais non parvenus à destination du fait de sa perte en cours de transport. Dès lors, la vente des livres produisant immédiatement le transfert de propriété par le seul effet du consentement fait que l'acheteur devenu propriétaire demeure tenu du prix¹³⁵². Mais il arrive que la règle soit souvent écartée. En effet, les parties pouvant d'abord différer le moment du transfert de propriété et des risques, en insérant par exemple une clause de « réserve de propriété »¹³⁵³ par laquelle le transfert de la propriété et des risques intervient au moment du paiement intégral du prix. Dans ce cas, le vendeur demeure propriétaire de la chose jusqu'à cette date et en assume par conséquent les risques si la chose est détruite par une cause étrangère, c'est-à-dire que l'acheteur est délié de son obligation de payer le prix et le vendeur doit restituer les sommes déjà versées. Ensuite, lorsque la vente porte sur des choses de genre, c'est-à-dire des marchandises non encore individualisées (comme telle quantité de blé ou de vin), en ce cas, le transfert de propriété n'a pas lieu au jour du contrat, mais ultérieurement, lors de l'individualisation de la marchandise. Ainsi en cas de perte, le vendeur étant resté propriétaire continue de supporter les risques et ne pourra réclamer le prix. De surcroît, la règle se trouve écartée encore par l'interférence d'une mise en demeure¹³⁵⁴. En effet, alors qu'en principe, c'est l'acheteur qui supporte le risque de perte alors même que la chose ne lui ait pas été délivrée, dès lors que le transfert de propriété s'est produit, l'article 1196 al. 3 du Code civil

¹³⁵⁰ GRÉAU Fabrice, *op. cit.*, n°100 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *op. cit.*, n°901 ; CABRILLAC Remy, *op. cit.* ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *op. cit.*, n°1562 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *op. cit.* ; BÉNABENT Alain, *op. cit.*, n°364.

¹³⁵¹ FROMONT Michel et KNETSCH Jonas, *Droit privé allemand, op. cit.*, n°271.

¹³⁵² Voir en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, Bull. civ. I, n°325 ; *JCP G* 1992. IV. 275. Affaire citée par MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *op. cit.*

¹³⁵³ Article 2367 al. 1 du Code civil : « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ». Voir sur cette clause, MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle, op. cit.*, n°858 et s.

¹³⁵⁴ Sur cette notion de la mise en demeure voir BÉNABENT Alain, *op. cit.*, n°774 ; CHANTEPIE Gael et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.* n°975 et s. Voir les articles consacrés à cette notion, dont l'ordonnance du 10 février 2016 a non seulement procédé à une refonte considérable des textes antérieurs, mais aussi a distingué dans deux paragraphes successifs deux sortes de mise en demeure : la mise en demeure du débiteur par le créancier : article 1344 à 1344-2 et la mise en demeure du créancier par le débiteur : article 1345 à 1345-1 du Code civil.

prévoit en effet que si le débiteur non-proprétaire a été mis en demeure de livrer ou de restituer la chose, les risques passent à sa charge, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. C'est pourquoi l'article 1351-1 confirme ensuite, sur le seul terrain des contrats portant sur une chose et dont l'exécution devient impossible à raison de la perte de la chose due, l'absence d'effet libératoire du débiteur du fait de la mise en demeure. De ce fait, si la perte de la chose du fait de la force majeure est postérieure à la mise en demeure de livrer adressée au vendeur, les risques qui étaient en principe à la charge de l'acheteur « repassent » à la charge de ce dernier, l'acheteur ne devra donc pas le prix. Toutefois, l'article 1351, alinéa 1, permet au débiteur de l'obligation de délivrer mis en demeure de s'exonérer en prouvant que « la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée », mais « il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose »¹³⁵⁵.

487. Par ailleurs, la question s'est posée dans un récent arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2020¹³⁵⁶, de savoir si le créancier de l'obligation inexécutée qui en raison d'un événement de force majeure, se trouve dans l'impossibilité de profiter de la prestation qui lui est due peut demander la résolution du contrat¹³⁵⁷. La Cour a répondu à la négative : « *Le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure* ». Penchons-nous sur les faits pour comprendre la situation. Un couple avait souscrit en juin 2017 un contrat d'hébergement auprès de la société *Chaîne thermale du soleil* pour la période du 30 septembre au 22 octobre 2017 pour un prix de 926. 60 euros intégralement payés le 30 septembre 2017. Le 4 octobre, l'époux est contraint de mettre un terme au séjour en raison de son état de santé et il est ensuite

¹³⁵⁵ Voir sur ce point GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n° 100.

¹³⁵⁶ Cass. 1^{er} civ., 25 novembre 2020, n°19-21.060, JurisData n°2020-019227 ; *JCP E* 2020, 1568 ; *JCP G* 2020, 1409, obs. M. Mekki ; *Dalloz actu.*, 8 déc. 2020, obs. C. Hélaine ; *Comm. com. électr.* 2021, comm. 4, obs. G. Loiseau ; *CCC* 2021, comm. 1, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 2021, n°10, 1131, obs. Ch. Lachièze.

¹³⁵⁷ Cette question n'est pas récente. En effet, elle avait remarquablement été explorée onze ans avant cet arrêt de la Cour de cassation dans un article du professeur Cyril Grimaldi. L'auteur avait pu soutenir avec les nuances nécessaires que « Pour des raisons d'équité, il apparaît important de reconnaître au créancier, qui se trouve dans l'impossibilité d'exercer son droit qui en est la contrepartie de la prestation, la faculté d'invoquer la force majeure pour obtenir l'anéantissement du contrat. Dans ce cas, par principe, le créancier ne saurait être contraint d'exécuter son obligation, et s'il l'a déjà fait, il devrait obtenir restitution (...) ». GRIMALDI Cyril, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *Recueil Dalloz*, 2009, n°17. Malgré cette importante position doctrinale, la Cour de cassation ne l'a pas suivi. Cela s'explique comme le relèvent certains auteurs par le fait que si le principe d'équité protège les intérêts du créancier frappé par l'événement de la force majeure, cette conception conduit à sacrifier les intérêts du débiteur qui est étranger à cet événement : celui-ci est certes libéré des siennes, mais il supporte seul les conséquences de l'événement de force majeure qui lui est totalement étranger. Les auteurs ont pu également avancer que si l'on se tient compte de l'équité, il conduirait à décider que le risque de survenance d'un événement empêchant le créancier de profiter de son droit doit peser sur le créancier lui-même plutôt que sur le débiteur. Voir sur ce point, LACHIÈCHE Christophe, « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », *JCP E*, 11 mars 2021, n°10, p. 1131 ; LOISEAU Grégoire, « De la résolution du contrat pour force majeure », *Comm. com. électr.*, janvier 2021, n°1, p. 27.

hospitalisé, ce qui conduira l'épouse à mettre un terme à son séjour le 8 octobre. Le couple assigne la société *Chaîne thermale du soleil* pour obtenir la résolution du contrat et une indemnisation en faisant valoir que par l'effet de la force majeure, il n'a pas pu profiter de la prestation dont il était créancier. Le tribunal d'instance de Manosque prononce la résiliation du contrat et condamne la société au paiement d'une certaine somme. Mais la société se pourvoit en cassation, en objectant que si la force majeure permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'échapper à sa responsabilité et d'obtenir la résolution du contrat, c'est à la condition qu'elle empêche l'exécution de sa propre obligation. Ainsi, en s'acquittant de la somme due, la force majeure serait inapplicable puisque l'événement tiré de l'hospitalisation n'a induit que l'impossibilité de profiter de la prestation dont le couple était créancier. La Cour de cassation casse et annule le jugement du tribunal pour violation de l'article 1218 du Code civil. Il ressort ainsi de la décision de la Cour de cassation, en application de l'article 1218, que la force majeure n'est caractérisée que si un événement présentant un certain caractère¹³⁵⁸ empêche l'exécution de l'obligation du débiteur. Or, en l'espèce, le problème de santé de l'un des époux n'avait ni empêché l'exécution de l'obligation contractuelle de la société *Chaîne thermale du soleil* consistant en la mise en disposition de l'hébergement ni celle du couple qui n'avait pas non plus été empêché d'exécuter son obligation consistant à payer le prix. Les difficultés de santé de l'époux avaient seulement empêché le couple de profiter du séjour, qui est la contrepartie du prix payé¹³⁵⁹. Cette situation, pour dommageable qu'elle soit, ne constitue pas un cas de force majeure pour obtenir la résolution du contrat¹³⁶⁰.

488. Cependant, on ne peut conclure que la résolution du contrat est exclue toutes les fois qu'un événement de force majeure frappe le créancier en l'empêchant de profiter de la prestation due. En effet, dans un autre arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 1998¹³⁶¹, la Cour de cassation avait implicitement admis que le créancier, en raison de sa maladie qui l'avait empêché de suivre l'enseignement donné par l'école pouvait s'en prévaloir pour mettre fin au contrat¹³⁶². La solution retenue par la Cour se justifie par la

¹³⁵⁸ Sur les caractères de la force majeure, voir *supra*.

¹³⁵⁹ LACHIÉCHE Christophe, « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », *op. cit.*

¹³⁶⁰ Voir également en ce sens Cass. 1^{er} civ. 2 octobre 2001, n°99-19.816, (JurisData n°2001-011177 ; CCC 2002, n°24, note L. Leveneur), dans lequel la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir décidé que l'indisposition de santé survenue à un voyageur le jour du départ ne constitue pas un cas de force majeure justifiant la résolution du contrat.

¹³⁶¹ Cass. 1^{er} civ., 10 février 1998, n°96-13.316, JurisData n°1998-000564 ; Bull. civ. I, n°53 ; *JCP G* 1998, I, 155, n°12, obs. C. Jamin ; *JCP* 1998. I. 185, n°16, obs. G. Viney ; *JCP* 1998. II. 10124, note G. Paisant ; CCC 1998, comm. 70, note L. Leveneur ; *D.* 1998, p. 539, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1998, p. 674, obs. J. Mestre ; *RTD civ.*, 1998, p. 689, obs. P. Jourdain.

¹³⁶² Il s'agissait en l'espèce d'une étudiante, qui après avoir conclu un contrat de formation à temps plein aux fins de préparer un CAP de coiffure pendant deux années, pour le prix de 32 000 francs, avait informé l'école que, pour

nature de la prestation en cause¹³⁶³. En effet, il est certaines prestations dont l'exécution ne se réalise pas sans que le créancier en profite. Tel est par exemple le cas en l'espèce de la prestation d'enseignement dont l'exécution suppose la participation effective du créancier¹³⁶⁴. D'ailleurs, on relève que la solution de la Cour de cassation a depuis été consacrée par le législateur dans l'article L. 448-8 du Code de l'éducation français, qui dans son alinéa 2 prévoit à propos des contrats d'enseignement privé à distance que « *le contrat peut être résilié par l'élève, ou son représentant légal, si par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, il est empêché de suivre l'enseignement correspondant. Dans ce cas, la résiliation ne donne lieu à aucune indemnité* ».

489. En revanche, l'article 1218 du Code civil ne fait aucune distinction sur ce point pour que le contrat soit résolu de plein droit. Il faut et il suffit que le débiteur soit empêché de s'exécuter, peu importe que l'événement touche le débiteur lui-même ou le créancier¹³⁶⁵. Ainsi, si le créancier est frappé par un cas de force majeure qui l'empêche de recevoir la prestation et le débiteur se trouve, par effet de ricochet, dans l'impossibilité de s'exécuter, on peut supposer que dans une telle hypothèse que le créancier empêché de profiter de la prestation à laquelle il a droit pourrait invoquer la force majeure pour obtenir la résolution du contrat en application de l'article 1218 du Code civil.

b- La résolution du contrat dans les autres systèmes juridiques

490. Il est de tradition dans les pays de *Common law*, aux États-Unis et en Angleterre que l'impossibilité d'exécution mette fin de plein droit au contrat, selon le concept de la *frustration*¹³⁶⁶. De même, la plupart des pays de droit civil, à l'instar du droit français, affirment

des raisons de santé, elle ne pouvait plus suivre la formation prévue, puis avait cessé de régler les frais. L'école l'assigna en paiement de solde, mais les juges du fond refusèrent de faire droit à la demande de l'école. Mais l'école se pourvut en cassation en reprochant aux juges du fond d'avoir exonéré l'étudiante de son obligation alors que la maladie de celle-ci ne l'empêchait pas de payer le solde du prix. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que n' « ayant constaté qu'en raison de sa maladie Mme X... (l'étudiante) n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'école, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure ». GRIMALDI Cyril, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *op. cit.*, p. 1298 ; LACHIÉCHE Christophe, « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », *op. cit.*, p. 1133 ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°96.

¹³⁶³ LACHIÉCHE Christophe, « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », *op. cit.*

¹³⁶⁴ Il va de même des prestations de voyage à forfait touristique ou de services de voyage. Le nouvel article L. 211-14, du Code du tourisme issu de l'ordonnance n°2017-1717 du 20 décembre 2017 (portant transposition de la directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées : JO 21 déc. 2017, texte n°34) permet au voyageur de résoudre le contrat, « *si des circonstances exceptionnelles et inévitables, survenant au lieu de destination ou à proximité immédiate de celui-ci, ont des conséquences importantes sur l'exécution du contrat ou sur le transport des passagers vers le lieu de destination* ».

¹³⁶⁵ LACHIÉCHE Christophe, « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », *op. cit.*

¹³⁶⁶ Voir *supra*. Pour une illustration voir la sentence rendue dans l'affaire *Gould Marketing Incorporation v. Ministry of defense*, le 22 juin 1984, 6 C.T.R. 1984, p. 272, dans laquelle, le tribunal admet que le contrat litigieux était régi par la loi californienne qui a pour origine la *Law Reform Act* anglaise de 1943. Cette loi dispose que la

que la force majeure peut avoir pour effet l'extinction du contrat si elle rend son exécution impossible. Ainsi, dans le droit italien, le Codice civile de 1942 prévoit dans son article 1256 que si l'exécution de l'obligation devient impossible, c'est une cause de résolution du contrat, car lorsque l'une des parties ne peut pas être obligée d'exécuter la sienne ou, si elle l'a déjà exécutée, elle ne doit pas perdre tous les avantages de l'opération¹³⁶⁷. L'article 1463 précise ensuite que dans les contrats synallagmatiques, la partie qui a été libérée en raison de l'impossibilité d'exécuter ses obligations ne peut prétendre à une contre-prestation, et doit restituer ce qu'elle a déjà reçu, conformément aux règles régissant la répétition de l'indu¹³⁶⁸. En outre, comme dans le nouveau droit civil français, dans le système belge¹³⁶⁹ et néerlandais, lorsque la force majeure constitue un obstacle définitif à la poursuite du contrat, elle entraîne sa dissolution sans qu'il y ait lieu à des dommages et intérêts.¹³⁷⁰ L'intervention d'un juge n'est pas nécessaire, la dissolution a lieu de plein droit¹³⁷¹.

491. Cependant, en droit allemand, en l'absence de disposition légale sur la force majeure, les conséquences juridiques de celle-ci ne sont pas clairement définies. Il faut tout d'abord noter que la notion d'impossibilité d'exécution du contrat apparaît plus large que celle en droit français¹³⁷², en particulier quant aux causes qui peuvent la produire. En effet, en droit allemand, l'impossibilité d'exécuter couvre toutes les situations où le débiteur ne peut pas exécuter, quelle qu'en soit la cause¹³⁷³. Ainsi, il importe peu que l'impossibilité d'exécuter résulte ou non d'un

rupture du contrat est la conséquence normale de la frustration. Par conséquent, le tribunal conclut de la résiliation du contrat en raison de l'état de frustration. BELLOCQ Christine, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *op. cit.*, pp. 436-437.

¹³⁶⁷ Article 1256 du Code civil italien : « *l'obligation est éteinte si l'impossibilité persiste jusqu'à ce que, par rapport au titre de l'obligation ou à la nature de l'objet, le débiteur ne puisse plus être considéré comme obligé d'exécuter ou que le créancier n'ait plus d'intérêt à l'obtenir* ».

¹³⁶⁸ Voir sur la résolution du contrat en droit italien, ALPA Guido et DASSIO Michelle, « La dissolution du lien contractuel dans le Code civil italien », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles-Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (ss dir.), Bruylant, 2001, pp. 878 et s.

¹³⁶⁹ Voir sur ce point MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°485 et les références citées.

¹³⁷⁰ Dans l'ordre juridique espagnol, l'impossibilité d'exécution entraîne également l'extinction du contrat. Le contrat disparaît dans son entier lorsqu'une des obligations est affectée par la force majeure s'il s'agit d'un contrat synallagmatique sur ce point, VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 38. Il en est de même en droit égyptien, l'article 159 du Code civil dispose que « dans les contrats synallagmatiques ... si une obligation est éteinte pour impossibilité d'exécution, les obligations réciproques seront également éteintes et le contrat sera résolu de plein droit ».

¹³⁷¹ Sur la résolution du contrat en droit néerlandais, voir l'article 6 : 265 et s. B.W. Sur une étude sur la question voir MAHE Chantal B.P. et HONDIUS Ewoud H., « Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais », *op. cit.*, pp. 851 et s. Voir également, VAN ZUYLEN Jean, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *TBBR/RGDC*, 2013, n°8, pp. 407- 421.

¹³⁷² Voir sur ce point *supra* chapitre 1 de ce présent titre.

¹³⁷³ Pour une vue d'ensemble sur la question, ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », *op. cit.*, pp. 28 et s. ; FROMONT Michel et Jonas KNETSCH, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, p. 155, n°254.

cas de force majeure. Autrement dit, il importe peu que cette impossibilité soit ou non imputable au débiteur¹³⁷⁴. Il suffit que l'action en exécution du débiteur ne soit plus possible pour que cela entraîne la disparition de l'obligation d'exécuter la prestation et la contre-prestation. Ce principe est clairement affirmé par le §275 du BGB relatif à l'impossibilité d'exécution qui règle selon la doctrine allemande l'impossibilité de la prestation autant au sens objectif que subjectif¹³⁷⁵. Dès lors, en cas d'impossibilité d'exécution prévue au § 275 du BGB¹³⁷⁶ (*Unmöglichkeit*), le débiteur est libéré automatiquement de ses obligations contractuelles et en même temps, le créancier perd son droit de demander l'exécution de la prestation promise¹³⁷⁷. Lorsque le contrat en question est un contrat synallagmatique, le §326 du BGB qui règle la répartition du risque entre débiteur et créancier prévoit que « si le débiteur n'est plus obligé d'effectuer sa prestation selon le § 275 alinéas 1 à 3, il perd le droit à la contrepartie ». Cela signifie que le débiteur de la contrepartie sera alors à son tour déchargé pour tenir compte de l'interdépendance des obligations¹³⁷⁸. Le texte précise ensuite (alinéa 4) que si le créancier a déjà exécuté, il peut demander la restitution de ce qu'il a payé. Il peut également, selon l'alinéa 5, résoudre le contrat en respectant les dispositions du §323 du BGB¹³⁷⁹. S'agissant du déclenchement de la résolution, tout comme en droit français, le créancier qui souhaite recourir

¹³⁷⁴ Il en va de même dans le système juridique suisse : TERCIER Pierre et PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, Schulthess, 5^e éd., 2012, n°1480-1502. Sur la notion d'impossibilité d'exécuter en droit suisse : PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et Exorbitance. Étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVM)*, Fribourg, Ed. Univ. De Fribourg, 1997.

¹³⁷⁵ En effet, en prévoyant dans son alinéa 1^{er} que « le droit à exécution de l'obligation est exclu si celle-ci est impossible pour le débiteur ou pour toute autre personne », le texte précise que cette impossibilité peut d'une part être subjective, c'est-à-dire valoir pour le débiteur seulement et d'autre part être objective. Au titre de l'impossibilité objective, les auteurs allemands estiment qu'il peut s'agir aussi bien d'une impossibilité physique ou matérielle : la chose à livrer est détruite, le malade qu'on devait soigner décède... Il convient toutefois de noter que cette notion d'impossibilité d'exécuter au sens du § 275 du BGB exclut également comme le droit français (nouvel art. 1221 du Code civil) l'exécution en nature. Voir en ce sens ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », *op. cit.*, pp. 29 et s. ; FROMONT Michel et KNETSCH Jonas, *Droit privé allemand, op. cit.*, n°256 ; RANIERI Filippo, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *RDCL*, octobre-décembre 2002, n°4, vol. 54, p. 498.

¹³⁷⁶ Comme on a pu l'observer, le droit allemand reconnaît différentes formes d'impossibilité. Le §275 du BGB dispose que « 1) *Le droit à exécution de l'obligation est exclu si celle-ci est impossible pour le débiteur ou pour toute autre personne.* 2) *Le débiteur peut refuser d'exécuter son obligation, si celle-ci nécessite une dépense qui, compte tenu du rapport d'obligation et du principe de bonne foi, est gravement disproportionnée par rapport à l'intérêt du créancier à l'exécution. Lors de la détermination des efforts exigés du débiteur, il faut prendre en compte si l'empêchement peut lui être imputé.* 3) *Le débiteur peut en outre refuser de fournir la prestation, s'il doit exécuter personnellement l'obligation et que, compte tenu de l'obstacle s'opposant à la fourniture de la prestation et de l'intérêt du créancier à l'exécution, elle ne peut être exigée de lui* ». Voir pour un commentaire de cet article, RANIERI Filippo, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *op. cit.*, pp. 497 et s.

¹³⁷⁷ FROMONT Michel et KNETSCH Jonas, *Droit privé allemand, op. cit.*

¹³⁷⁸ *Ibidem*. À ce sujet, WINTGEN Robert « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *Revue des contrats*, 2005, p. 217, spéc. n°13 et s.

¹³⁷⁹ Le § 323 du BGBG, dispose que « *Lorsque dans un contrat synallagmatique le débiteur n'apporte pas la prestation due ou en apporte une différente de celle convenue dans le contrat, le créancier peut résilier celui-ci, s'il a sans succès posé au débiteur un délai raisonnable pour effectuer ou compléter la prestation* ». Sur cet article, voir FROMONT Michel et KNETSCH Jonas, *Droit privé allemand, op. cit.*, n°269.

à la résolution n'est pas tenu de saisir le juge pour mettre fin au contrat¹³⁸⁰. La résolution s'opère par une déclaration adressée à l'autre partie¹³⁸¹. Ainsi, les tribunaux n'interviennent pas, mais seront le cas échéant saisis en cas de contestation par le débiteur, notamment pour vérifier que toutes les conditions de la résolution étaient remplies au moment de la notification¹³⁸².

492. À l'instar des systèmes juridiques nationaux, la position des différents instruments de commerce international ainsi que des projets européens d'harmonisation du droit des contrats est invariable sur la question de l'effet extinctif de la force majeure. Les principes du droit européen des contrats (Principes Lando) prévoient que si l'inexécution « est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences », d'une part le débiteur est exonéré des conséquences de son inexécution (art : 8 :108), et d'autre part « le contrat est résolu à compter de la survenance de l'empêchement, de plein droit »¹³⁸³ (art : 9 : 303). De même, l'article III-1 : 104 (4) du Draft Common Frame of Reference (DCFR), relatif à l'*excuse for an impediment* prévoit, d'une part, que le débiteur excusé est libéré de son obligation, mais aussi, d'autre part, que « toute obligation réciproque est également éteinte ». Ce qui suppose une résolution automatique du contrat, concept approchant de la force majeure française. Cette solution est également adoptée par l'article 7.1.7, alinéa 4 des Principes Unidroit, lequel dispose que « les dispositions du présent article n'empêchent pas les parties d'exercer leur droit de résoudre le contrat (...) ». On rappellera également que l'article 79 de la Convention de Vienne affirme dans son alinéa 5 que « Les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention ». Parmi ces possibilités, il y a certes celle de la résolution du contrat¹³⁸⁴.

493. Dans la foulée, considérons à présent l'impossibilité d'exécution créée par l'acte de la puissance publique. La pratique générale de l'embargo montre que la durée d'un embargo peut se révéler trop longue par rapport à l'exécution normale d'un contrat¹³⁸⁵. L'embargo imposé en Irak par les Nations Unies à la suite de l'invasion du Koweït a par exemple duré 13 ans. De même, l'ancien embargo appliqué à la Libye à la suite à l'attentat contre le vol 103 de la PanAm

¹³⁸⁰ RANIERI Filippo, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *op. cit.*, pp. 953 et s.

¹³⁸¹ Sur la solution, voir le §349 du BGB.

¹³⁸² FROMONT Michel et KNETSCH Jonas, *op. cit.*, n°270.

¹³⁸³ Cette solution est proche de la position française.

¹³⁸⁴ SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, p. 891.

¹³⁸⁵ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*

au-dessus de Lockerbie en 1988 a été maintenu jusqu'en 2004¹³⁸⁶. Dès lors, un contrat perd tout son sens s'il ne peut être exécuté. À cet égard, une certaine doctrine suggère que lorsqu'une mesure d'embargo provoque la disparition de l'objet du contrat ou l'une des obligations essentielles du contrat et rend impossible l'exécution de celui-ci après une certaine période, les juges et arbitres doivent prononcer la dissolution du contrat par disparition de son objet¹³⁸⁷ (le contrat devra prendre fin).

494. Par ailleurs, la résiliation du contrat peut également résulter de considération politique. En effet, il a été considéré par les juges que le comportement qui a provoqué les sanctions économiques est tellement rejetable qu'une suspension des obligations durant l'événement de force majeure ne suffise pas comme sanction. C'est ainsi que le tribunal de commerce de Nanterre avait décidé que les contrats, affectés par l'embargo irakien, étaient interrompus de manière définitive¹³⁸⁸. Dans cette affaire relative aux effets des mesures d'embargo contre l'Irak, la société *Lesieur International* avait demandé au juge de prononcer la résolution du contrat de vente conclu avec un acheteur koweïtien en raison de l'intervention de la résolution du Conseil de sécurité du 6 août 1990. Statuant en référé, le tribunal a fait droit aux demandes présentées par la société *Lesieur*. La société demanderesse obtint la résolution du contrat ainsi qu'une autorisation de reprendre les marchandises litigieuses afférentes au contrat. De même, c'est sur cette base que le tribunal de Padoue avait décidé que la demande de la Communauté internationale de sanctionner l'agression irakienne d'une façon claire et appropriée nécessitait plus qu'une suspension des contrats. Par conséquent, il décida que le Règlement 3541/92, qui met en œuvre les sanctions onusiennes, mette définitivement fin aux contrats¹³⁸⁹.

2- L'effet extinctif dans la jurisprudence arbitrale

495. La jurisprudence émanant des arbitres internationaux retient également à travers plusieurs sentences connues du grand public cet effet extinctif de la force majeure même lorsque la clause de la force majeure ne le prévoit pas explicitement. Cette solution a été admise à

¹³⁸⁶ Sur cet embargo voir PLIEZ Olivier, « La nouvelle Libye : Sociétés, espaces et géopolitique au lendemain de l'embargo », *Hal open science*, 2004, pp. 28 et s. Voir aussi, SZUREK Sandra, « Le recours aux sanctions », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (ss dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, n°17.

¹³⁸⁷ MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 19 ; VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*, p. 207.

¹³⁸⁸ T. com. Nanterre, ord., 31 octobre 1990, *SA Lesieur International c/ Société Norasia line*, ordonnance publiée dans *Petites affiches*, 28 décembre 1990, n°156, pp. 21-22. Affaire citée par LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 62 ; VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », *op. cit.*

¹³⁸⁹ Tribunal de Padoue, 1^{er} octobre 1993, *Giurisprudenza* 1994, 163. Affaire citée VAN HOUTTE Hans, *op. cit.*

maintes reprises dans les sentences rendues par le tribunal des différends irano-américains, comme en atteste la sentence n°123 rendue le 29 janvier 1987¹³⁹⁰. En effet, dans cette sentence, le tribunal arbitral a considéré que le contrat litigieux avait pris fin en raison des événements qui ont accompagné la révolution iranienne. Il en a été de même de la sentence n°167 du 10 décembre 1986, rendue par le même tribunal dans laquelle le tribunal affirme que « ... *Force majeure also can have the effect of terminating a contract if force majeure renders performance of the contract impossible in a definitive way or for a prolonged period of time* »¹³⁹¹.

496. La jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) retient également la résolution du contrat comme la conséquence de la présence d'un événement de force majeure. Tel fut le cas de la sentence de la CCI rendue en 1986 dans l'affaire n°5195. Dans cette affaire, les arbitres ont constaté que l'exécution du contrat de construction d'un aéroport et d'un canal était sous l'emprise de la *frustration* lorsque l'entrepreneur a évacué le site et arrêté de poursuivre l'exécution du contrat en raison de la guerre civile dans un pays africain. En conséquence, le tribunal a conclu à la rupture du contrat en ses termes : « *The contractor is in our view not be blamed for declining to expose its workmen and their families at the airport to the significantly increased risk to their safety – we believe that many a responsible employer would have found it equally impossible to do so. So long as there was a fair possibility that the situation might improve within a reasonable time the contract would in law remain alive, and the contractor might well have been entitled to a corresponding extension of time. Once it became clear (as in our view it did by no later mid-1984) that there was to be no material change for an unacceptable long time – perhaps years the contract as in law discharged by frustration...* »¹³⁹²

497. Au terme de cette section, il ressort que l'embargo emporte des effets quant à l'exécution des contrats en cours et auxquels il aurait à s'appliquer. Ses effets varient selon la durée et l'étendue de l'impossibilité d'exécution. Alors qu'une impossibilité temporaire d'exécuter conduirait à une simple suspension de l'exécution du contrat, une impossibilité définitive

¹³⁹⁰ Tribunal des différends irano-américains, *international Schools Services, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, The Islamic Iranian Air Force, The National Defense, Industries Organisation, YCA*, 1987, v. XVIII, pp. 341-480. Affaire citée par SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec les opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *op. cit.*, pp. 893 et s.

¹³⁹¹ Traduction littérale : « la force majeure peut également avoir pour effet la dissolution du contrat si elle rendait son exécution impossible soit définitivement soit pour une période ». Tribunal des différends irano-américains, *Anaconda-Iran, Inc.*, précitée, spéc. p. 318. Sur les faits voir également, BELLOCQ Christine, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *op. cit.*, pp. 413 et s. Voir plus en général sur d'autres sentences prononcées en ce sens, *ibidem*, pp. 440 et s.

¹³⁹² Sentence CCI n°5195 (1986), *YCA*, 1988, p. 69. Affaire citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°491.

d'exécuter emporte une extinction de l'engagement contractuel, et partant la libération du débiteur¹³⁹³. La solution trouve son appui dans l'ensemble des systèmes juridiques étudiés, aussi bien sur le plan interne qu'international. Par ailleurs, l'impossibilité d'exécution des obligations contractuelles en raison de l'embargo pose un problème très délicat, celui du sort des groupes des contrats, en particulier ceux des ensembles contractuels. En effet, dans la pratique du commerce international, il est rare qu'une opération du commerce international soit réalisée sans le concours de plusieurs contrats. La question se pose alors de savoir quelle est l'incidence de la suspension ou l'anéantissement fortuit d'un contrat sur les autres contrats qui font partie du groupe. Telle est la problématique qui fera l'objet de la section suivante.

Section 2 : le sort des contrats indirectement affectés

498. Les opérations commerciales internationales se caractérisent généralement par l'instauration de nombreuses relations contractuelles afin d'assurer leur réalisation¹³⁹⁴. Ce constat s'explique par la complexité des opérations économiques et la spécialisation des agents économiques, ce qui pousse à la conclusion des contrats multiples qui concourent à la réalisation d'une même opération¹³⁹⁵. Ainsi, la conclusion d'un contrat international de vente pourra nécessiter la conclusion de contrats de transport, d'assurance, de financement, de sous-traitant, de garantie, etc. Ces contrats constituent un « ensemble contractuel »¹³⁹⁶ dont l'objectif

¹³⁹³ SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, op. cit., p. 405.

¹³⁹⁴ Ces relations contractuelles constituent en droit français de groupe des contrats. Notion récente et hétérogène, elle désigne des situations variées dans lesquelles deux ou plusieurs contrats sont liés, mais qui conservent leur individualité. En d'autres mots, le groupe de contrats associe plusieurs contrats sans en faire, à la différence du contrat complexe, un contrat unique. Sur les groupes des contrats, TEYSSIE Bernard, *Les groupes de contrats*, préf. Jean-Marc Mousseron, LGDJ, 1975, pp. 35 et 95 ; BACACHE-GIBEILI Mirielle, *La relativité des conventions et les groupes des contrats*, préf. Yve Lequette, LGDJ, 1996 ; LE TOURNEAU Philippe et POUMARÈDE Matthieu, « Groupes de contrats », *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021-2022, n°3116. 11 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, op. cit., n° 118. Il semble nécessaire toutefois de souligner qu'un groupe de contrats composé des contrats internationaux et de contrat interne sera considéré comme international. L'internationalité de l'un d'entre eux entraîne l'internationalité de ceux qui, pris isolément, sont internes. Un arrêt de la cour d'appel de Paris a été rendu en ce sens. Il a été décidé dans cette affaire par la cour d'appel qu'« est international l'arbitrage relatif à un contrat conclu entre un entrepreneur principal et sous-traitant français, étant relevé que le contrat de sous-traitance qui est à l'origine du litige est étroitement lié au contrat principal pour l'exécution duquel il a été conclu que (...) le litige est né essentiellement à propos des exigences techniques du maître de l'ouvrage étranger retransmises par l'entrepreneur principal à son sous-traitant ». Affaire citée par THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 270.

¹³⁹⁵ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, op. cit., n° 756.

¹³⁹⁶ Sur cette question voir BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, thèse, Paris II, 2001 ; NAJJAR Ibrahim, « La notion d'ensemble contractuel », in *Une certaine idée du droit, Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, pp. 509-525 ; AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade de des contrats », *Deffrénois*, 2002, n°6, p. 355 ; PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des contrats*, préf. Jacques Foyer et Marie-Luce Demeester, Dalloz, 2007 ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *Revue des*

commun est la réalisation d'une même opération économique¹³⁹⁷. L'unicité de leur objectif commun lie plus ou moins intensément ces contrats, de sorte qu'il est admis que lorsqu'une mesure d'embargo frappe l'une des composantes d'un tel ensemble contractuel, elle est alors susceptible d'affecter les autres contrats voire le groupe de contrats en son entier¹³⁹⁸ (**paragraphe 1**). Dans le même ordre d'idées, l'impossibilité d'exécuter un contrat en raison de l'embargo n'est pas non plus sans conséquence sur les opérations financières liées à l'exportation d'une marchandise soumise à l'embargo (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le sort des contrats liés

499. En droit français, la question de la transmission de l'effet suspensif et extinctif de la force majeure dans les contrats liés avait été résolue en jurisprudence par l'application de diverses théories juridiques, principalement celle de l'accessoire de l'indivisibilité et de la cause¹³⁹⁹ (**A**). Cependant, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016, le législateur s'est intéressé à la question de l'interdépendance contractuelle, qui fut longtemps l'objet d'incertitudes et de contestations, pour lui offrir un régime légal (**B**).

A- Les fondements jurisprudentiels abandonnés

500. De construction jurisprudentielle, l'interdépendance des contrats veut que les conventions appartenant à un même ensemble contractuel soient considérées comme

contrats, 2007, n°3, p. 983 ; BROS Sarah, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2009. 960.

¹³⁹⁷ Il convient de noter que les ensembles contractuels ne constituent pas la seule variété des groupes de contrats. En effet, il existe des multitudes de variétés. D'abord, la chaîne de contrats qui constitue une succession de contrats portant sur un même objet. L'hypothèse type par exemple en matière commerciale est celle d'une série de ventes successives présentant toutes pour objet le même bien : vente du fabricant au grossiste, du grossiste au détaillant, du détaillant au consommateur. (Voir en ce sens TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNÉDÉ François, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 118 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°496). Il y a ensuite, le sous-contrat, il s'agit d'un contrat qui vient se greffer sur un contrat principal. Ces deux contrats sont de nature identique et il existe entre eux un rapport hiérarchique, le sous-contrat étant dans la dépendance du contrat principal. (En sens, NÉRET Jean, *Le sous-contrat*, préf. Pierre Catala, LGDJ, 1979). Il y'a enfin l'ensemble contractuel, qu'on a mentionné.

¹³⁹⁸ PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo, op. cit.*, p. 174 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales, op. cit.*, p. 203 ; SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international, op. cit.*, n°425 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, pp. 355 et s. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°192.

¹³⁹⁹ Il convient de noter que la notion de la « condition » a également été utilisée comme fondement juridique de l'anéantissement en cascade des contrats. Toutefois, l'ambiguïté de la notion a empêché son développement dans l'interdépendance contractuelle. Voir en ce sens, AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.*, n°18 et s. ; WALTZ-TERACOL Béline et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *Rép. civ. Dalloz*, juillet 2018 (actualisation : juin 2021), n°102 et s.

dépendantes les unes des autres avec la conséquence suivante : l'anéantissement de l'un des contrats de l'ensemble emporte la caducité des autres¹⁴⁰⁰. En effet, dans le silence des textes et face à la multiplication massive du contentieux relatif à l'interdépendance contractuelle, les tribunaux français se sont mis en quête perpétuelle d'une solution juridique pour lier le sort de plusieurs contrats conclus en vue d'une même opération économique dans le droit commun. Plusieurs fondements juridiques ont été avancés en doctrine et utilisés par les juridictions sur lesquelles ils pourraient asseoir la notion d'interdépendance contractuelle.

1- La notion de cause

501. La cause faisait partie des notions qui étaient fréquemment invoquées par la Cour de cassation dès lors qu'il s'agissait de lier le sort de deux contrats¹⁴⁰¹. Elle estimait que la cause d'un contrat appartenant à un ensemble contractuel résidait dans la conclusion des autres contrats de l'ensemble. De ce fait, la notion de cause au regard du groupe de contrats était utilisée de façon différente par rapport à la théorie traditionnelle des obligations du droit civil. En principe, dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de l'une des parties est l'obligation de l'autre¹⁴⁰². À titre exceptionnel, la cause ici se conçoit non pas dans le rapport d'obligation, mais dans le rapport de contrat à contrat¹⁴⁰³. Autrement dit, lorsqu'un contrat est la cause de l'autre au sens de l'ancien article 1131 du Code civil. En effet, le but commun dans la poursuite duquel peuvent être unis différents contrats « constitue leur cause profonde, leur véritable raison d'être qui les caractérise (...), ils sont unis par une *causa remota* identique », laquelle « constitue la cause complexe contractuelle, globalement envisagée »¹⁴⁰⁴. Ainsi, le contrat de vente de marchandises dont l'exportation est prohibée à destination d'un certain pays est la cause du contrat d'assurance conclu pour se prémunir contre le risque de saisie de ces

¹⁴⁰⁰ Sur l'interdépendance contractuelle, LARROUMET Christian et BROS Sarah, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. 3, 7^e éd., Economica, 2014, n°487 ; BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 29.

¹⁴⁰¹ AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.*, n°15 et s. ; BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, *op. cit.*, n°89 et 489 ; PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des contrats*, *op. cit.*, p. 170, n°169. Sur les diverses définitions de la cause, TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *op. cit.*, n°395 et s. WALTZ-TERACOL Béline et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°95 et s.

¹⁴⁰² THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴⁰³ *Ibidem* ; DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *op. cit.*, p. 212, n°10 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁰⁴ MOURY Jacques, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.*, 1994, n°15 ; citant, TEYSSIE Bernard, *Les groupes de contrats*, *op. cit.*, pp. 35 et 95.

marchandises en raison de l'existence de la mesure d'embargo. La cause du contrat d'assurance est le contrat de vente.

502. Bien que la Cour de cassation ait affirmé à plusieurs reprises, que les contrats interdépendants obéissent à une cause unique¹⁴⁰⁵, ou bien que chacun trouve sa cause dans le contrat auquel il était lié¹⁴⁰⁶, la solution n'a jamais fait l'objet d'une affirmation incontestable¹⁴⁰⁷. La raison en est que selon la doctrine dominante, la cause, comme condition de validité des contrats, ne joue pas de rôle après que la convention a été conclue¹⁴⁰⁸. La disparition d'un contrat qui serait la cause d'un autre contrat, par suite de l'exercice de contrainte étatique, conduisant à pareille conséquence ne retentira donc sur ce dernier que s'il s'agit d'une disparition rétroactive impliquant comme telle que le second contrat est sans cause dès l'origine¹⁴⁰⁹. En effet, selon l'ancien 1131 précité, la cause représente les motifs les plus

¹⁴⁰⁵ Voir sur ce point, Cass., 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1997, n°95-15.642 ; D. 1998. 32, note L. Aynès et 110 obs. D. Mazeaud. Dans cette espèce, la Cour de cassation avait validé l'anéantissement en cascade de deux contrats après avoir relevé que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a constaté que les deux actes de vente et de prêt qui avaient été passés le même jour par-devant le même notaire étaient intimement liés et en a déduit que les parties avaient entendu subordonner l'existence du prêt à la réalisation de la vente en vue de laquelle il avait été conclu, de sorte que les deux contrats répondaient à une cause unique, qu'elle a ainsi retenu à bon droit non que l'obligation de l'emprunteur était dépourvue de cause, mais que l'annulation du contrat de vente a entraîné la caducité du prêt* ». Voir également en ce sens, Cass. com., 13 février 2007, n°05-17. 407, Bull. civ. IV, n°43 ; D. 2007. 654, obs. X. Delpech ; RDC 2007, n°3, p. 707, D. Mazeaud ; D. 2007, p. 2966, obs. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ., 2007. 567, obs. B. Fages.

¹⁴⁰⁶ Voir en ce sens Cass., com., 15 février 2000, n°97-19.793, Bull. civ. IV, n°29 ; D. 2000. 364, obs. P. Delebecque ; RTD civ., 2000. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; RJ com., 2000. 366, note O. Salvat ; Defrénois, 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud : « *Le crédit-bailleur était informé que le matériel pris à bail était destiné à être exploité par la société de publicité, qu'en tant que de besoin le crédit-bailleur autorisait cette exploitation, qu'il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat de crédit de bail était constituée par le contrat de prestation d'images, ce dont il déduit que les deux contrats étaient interdépendants et, par suite, que l'exploitation devenant impossible du fait de la défaillance de la société de publicité, la résiliation du contrat de crédit de bail devait être prononcée* ». Voir encore, à propos du crédit-bail, Cass. com., 4 février 1980, n°78-12.937, Bull. civ. IV, n°52 ; D. 1980. Somm. 565, obs. C. Larroumet et 1981. IR 20, obs. M. Vasseur. Mais voir aussi dans d'autres affaires : Cass. civ., 1^{er} octobre 1996, n°94-18. 657, D. 1997, somm., 171, obs. Libchaber. CA Toulouse, 6 février 2001, JCP G 2001, IV, 2953.

¹⁴⁰⁷ BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁰⁸ Voir en ce sens, DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de de vue belge », *op. cit.* p. 212 et les références. La doctrine française est également majoritairement en ce sens : FORIERS Paul Alain, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », R.C.J.B., 1987, p. 100, n°23 ; PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des contrats*, *op. cit.*, p. 143, n°170. BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.* Contra. MOUIAL-BASSILANA Eva, *Du renouveau de la cause en droit des contrats. Essai de la mise en lumière d'une cause objective du contrat*, thèse, Nice, 2003, n°700. Pour cet auteur, il faut évoquer toutefois en droit français le mouvement en faveur de la subjectivation de la cause qui étend le domaine de la cause de la formation à l'exécution du contrat. Dès lors, la sanction de l'absence de cause n'est plus alors systématiquement la nullité. Pour une application jurisprudentielle à cet égard, voir notamment : Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 1995, JCP G 1995, I, 3843, n°4, 5, 6, D. 1995, IR, p. 48. Pour un commentaire de cet arrêt, voir PELLÉ Sébastien, *op. cit.*, p. 220, n°248.

¹⁴⁰⁹ Voir en ce sens, l'arrêt du 2 mai 1988 du tribunal de commerce de Bruxelles, qui a rejeté la demande en paiement de commissions en raison de l'intervention d'un courtier dans la négociation d'un contrat de vente d'armes en Iran en ce qu'elle tendait à obtenir l'exécution d'une ou plusieurs conventions contraires à l'ordre public international belge. Ainsi, la nullité du contrat de vente pour cause illicite entraîne celle du contrat de

proches qui ont animé les parties au moment de la formation du contrat, c'est-à-dire la contrepartie pour laquelle elles se sont engagées. Cela reviendrait à dire que la cause réside dans la conclusion de second contrat, ce qui n'est pas conforme à la notion de cause qui consiste en un élément qui doit nécessairement avoir intégré dans le champ contractuel. De ce fait, la cause comme fondement de l'indivisibilité contractuelle ne paraît ainsi pas adaptée à la variété des situations que recouvre l'imbrication des relations contractuelles¹⁴¹⁰.

2- La règle de l'accessoire

503. La règle de l'accessoire a également été mobilisée dans le contentieux des ensembles contractuels à dépendance unilatérale¹⁴¹¹. Cette théorie a tout d'abord été invoquée par la Cour de cassation¹⁴¹² : selon l'adage latin « *Accessorium sequitur principale* », devenu un principe général du droit, « l'accessoire suit le principal »¹⁴¹³. Cette règle signifie que le contrat accessoire a une simple vocation à suivre le sort du principal¹⁴¹⁴. Par conséquent, son existence dépend du contrat principal et le débiteur accessoire peut opposer au créancier principal toutes les exceptions appartenant au débiteur principal et qui sont inhérentes à l'obligation de ce dernier, par exemple celles découlant de la théorie des risques¹⁴¹⁵. Dans ce contentieux, la règle de l'accessoire a été avancée à propos du sort du contrat des sûretés réelles ou personnelles en cas d'anéantissement du contrat garanti¹⁴¹⁶. En effet, le sort du contrat de la garantie suit celui du contrat qui l'étayait¹⁴¹⁷. Ainsi, la plupart des décisions rendues dans ce contentieux avaient jugé que si l'acte de gouvernement anéantit l'obligation principale, le contrat accessoire non

courtage qui lui est intimement lié, car « celui-ci n'a d'existence que pour la réalisation ou l'exécution du contrat principal et le vice d'illicéité de la cause qui affecte celui-ci entache de même la sienne ». Arrêt cité par THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴¹⁰ PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des contrats*, *op. cit.* ; BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

¹⁴¹¹ Un ensemble contractuel peut être composé « d'un ou plusieurs contrats accessoires qui gravitent autour d'un contrat principal ». En ce sens, voir TEYSSIE Bernard, *Les groupes de contrats*, *op. cit.*, n°323, p. 168.

¹⁴¹² Cass. com., 3 mars 1970, Bull. civ., IV, n°85. Dans cette espèce, il a été décidé que « l'accessoire devant suivre le sort du principal, la résiliation du premier entraîne obligatoirement celle du second ». Cass. soc., 24 janvier 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 1, p. 410. Voir aussi, CA Toulouse, 6 février 2001, précité.

¹⁴¹³ Pour une analyse sur ce principe, voir GOUBEUX Gilles, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, préf. Denis Tallon, LGDJ, 1969.

¹⁴¹⁴ En ce sens, PORCHERON Delphine, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, préf. Danièle Alexandre, PUAM, 2012 ; WALTZ-TERACOL Béline et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°90 et s.

¹⁴¹⁵ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 273 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 24.

¹⁴¹⁶ PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.* ; SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°428 ; BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p. 32.

¹⁴¹⁷ TEYSSIE Bernard, *Les groupes de contrats*, *op. cit.*, n°331 et s., pp. 171 et s.

directement visé par la mesure de contrainte est *a fortiori* résolu ou plus exactement devient caduc par application de la règle de l'accessoire¹⁴¹⁸. La solution semblable est également appliquée en matière de cautionnement, sûreté dite classique¹⁴¹⁹. Dès lors, si le contrat de base est suspendu du fait de l'embargo, le cautionnement devra être suspendu à son tour¹⁴²⁰. En revanche, la disparition de la dette cautionnée, par suite de son extinction ou de son annulation, entraîne la disparition du contrat de cautionnement.

504. Toutefois, la portée de la règle de l'accessoire est limitée puisqu'elle entraîne une dépendance unilatérale d'un contrat par rapport à un autre. En effet, la relation de principal à accessoire se caractérise par une dépendance unilatérale et non pas réciproque des contrats¹⁴²¹. Ainsi, l'anéantissement d'un acte accessoire n'implique pas nécessairement l'anéantissement de l'acte principal auquel il est attaché¹⁴²². Alors que dans l'interdépendance contractuelle, la dépendance est mutuelle : chaque contrat étant essentiel à la réalisation de l'opération et la disparition de n'importe quel contrat doit entraîner celle de l'autre¹⁴²³. Néanmoins, comme le relève M. Saber, « il est des cas exceptionnels où la destruction de l'accessoire entraîne celle du principal. Cette hypothèse se produit lorsque l'on décèle entre les deux contrats un rapport

¹⁴¹⁸ Voir à titre d'exemple le Jugement du T. com. de la Seine, 2 juillet 1932, *Florsheim c. Delagabo*, *JDI* 1993, p. 73, dans lequel il avait jugé, que si le contrat principal était considéré comme « illicite et contraire à l'ordre public, la nullité d'un tel contrat entraîne celle de l'hypothèque, droit accessoire ... ». Il s'agit certes d'un cas d'illicéité du droit commun, mais le principe s'applique à une illicéité subséquente par une mesure de sanction économique. Affaire citée par SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°428.

¹⁴¹⁹ DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de de vue belge », *op. cit.*, p. 212 ; SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°428 ; PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 178 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 274 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*

¹⁴²⁰ Contra. PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.*, pour qui la suspension du contrat principal en raison d'une décision d'embargo entraîne plutôt la prolongation de l'engagement de la caution. Toutefois, une telle prorogation se heurterait au fait que la caution est conclue pour une durée déterminée. Par conséquent, l'embargo ne peut emporter la prolongation de l'engagement. Celui est suspendu jusqu'à ce que la mesure soit rapportée. Sur ce point, voir GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 656.

¹⁴²¹ GHESTIN Jacques, *Le contrat*, 2^e éd., 1988, n°894 ; DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de de vue belge », *op. cit.* ; SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°428 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴²² Voir en ce sens PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des contrats*, *op. cit.*, n°173, p. 147, qui constate que « la règle de l'accessoire ne peut expliquer et justifier qu'une seule chose : la disparition du contrat accessoire à la suite du contrat principal ».

¹⁴²³ BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

de nécessité »¹⁴²⁴. On parle dans ce cas de la notion de l'indivisibilité. Toutefois, comme nous le verrons, l'emploi de ce critère n'est pas non plus sans soulever quelques hésitations.

3- L'indivisibilité

505. La notion d'indivisibilité fut également empruntée pour justifier soit la suspension, soit l'anéantissement des contrats juridiquement indépendants du fait qu'ils participent à la réalisation de l'opération commerciale¹⁴²⁵.

506. L'indivisibilité est considérée comme la « qualité de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement sous un rapport envisagé »¹⁴²⁶. Attaché aux obligations¹⁴²⁷, en matière contractuelle, le concept est également étendu et appliqué entre contrats pour justifier leur anéantissement en cascade¹⁴²⁸. En effet, comme l'a écrit très justement le professeur Boulanger, « tantôt, l'indivisibilité tient à l'objet ou à la nature d'une opération ; elle sert à en déterminer les effets. Tantôt, elle est une certaine manière d'être de ce qui a été voulu par les parties : elle sert alors à déterminer l'étendue d'une nullité »¹⁴²⁹. Appliquée aux ensembles contractuels, l'indivisibilité semble permettre, lorsque l'un des contrats s'éteint par annulation, résolution ou résiliation, d'anéantir corrélativement les autres de l'ensemble¹⁴³⁰. Ainsi, appliquant cette théorie au cas de l'embargo, l'annulation d'un contrat

¹⁴²⁴ SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, p. 419.

¹⁴²⁵ DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *op. cit.*, p. 211, n°10 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 66. SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°425. BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p. 32 ;

¹⁴²⁶ BOULANGER Jean, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD civ.*, 1950, p. 1. Citée par SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°426. Pour approfondir sur la notion voir également, MOURY Jacques, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *op. cit.* ; SEUBE Jean-Baptiste, *L'indivisibilité entre les actes juridiques*, préf. Michel Cabrillac, Litec, 1999 ; GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 954 et s.

¹⁴²⁷ Sur l'indivisibilité des obligations, voir GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, pp. 118 et s. ; AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.*, n°25 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 1482 et s. ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n°851 ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°11 et s.

¹⁴²⁸ Sur la question de l'indivisibilité contractuelle : AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.* ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°84 et s.

¹⁴²⁹ BOULANGER Jean, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *op. cit.*, n°6. Cité par GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.* n°97.

¹⁴³⁰ AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.*, n°23 et s. ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°592 et n°1406.

pour violation d'une mesure d'embargo ou sa résolution en raison de la survenance d'un cas de force majeure qui se prolonge au-delà d'une durée raisonnable entraînera l'anéantissement corrélatif des autres contrats avec lesquels il est uni par un lien d'indivisibilité, bien qu'ils ne soient pourtant pas directement visés par la mesure prohibitive¹⁴³¹.

507. Dans le silence de la loi¹⁴³², deux critères ont été avancés en doctrine et utilisés par la jurisprudence, afin de conclure à l'indivisibilité contractuelle¹⁴³³. Pour certains auteurs, le critère de l'indivisibilité est objectif. Il réside dans le constat de l'interdépendance économique des contrats qui composent l'ensemble et procède du but commun poursuivi par les différents contrats qui composent l'ensemble¹⁴³⁴. En effet, comme l'a écrit M. Teyssie, « en matière de groupes de contrat, l'indivisibilité serait objective lorsqu'elle résulte de l'imbrication naturelle des contrats »¹⁴³⁵. De même, M. Denis considère que « lorsque des contrats sont liés par un but économique commun, ils sont alors juridiquement indissociables et sont soumis à un régime juridique unique ». Telle était la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 13 février 2007, dans lequel elle a jugé que « les contrats litigieux étaient interdépendants, dans la mesure où ils poursuivaient tous les mêmes buts et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres. Dès lors, l'anéantissement d'un des contrats emporterait celui des autres, indépendamment de l'information du défendeur sur cette interdépendance »¹⁴³⁶.

¹⁴³¹ DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *op. cit.*, p. 212, n°10 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 66. SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, n°425 et s. ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 203 et 274 ; MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 24 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁴³² Il convient de souligner qu'avant la réforme du droit des contrats, le Code civil ne contenait aucune disposition concernant l'indivisibilité des contrats. Le concept n'était envisagé dans le Code civil qu'à l'égard des seules obligations (anc. art. 1217 à 1225, nouv., art. 1320). Si à l'époque, l'indivisibilité des contrats n'était pas régie par le Code civil, il n'en reste pas moins que la jurisprudence en a défini le régime. En effet, comme l'écrit Mme Aubert De Vincelles, « la loi étant muette, c'est la jurisprudence qui a ici comme dans bien d'autres domaines émergés au fil des décisions un droit des ensembles. De cette notion, les juges en tirent un certain nombre de conséquences qui sont d'autant d'étapes dans la construction de son régime : délimitation du champ contractuel, appréciation de la validité du contrat, impact de la résiliation du contrat ». AUBERT DE VINCELLES Carole, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *op. cit.* Voir aussi en ce sens, BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, *op. cit.* ; PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, *op. cit.* Désormais, l'ordonnance du 10 février 2016 consacre la question dans les nouveaux articles 1186 et 1187 du Code civil. Voir *infra*.

¹⁴³³ LE TOURNEAU Philippe et POUMARÈDE Matthieu, « Groupes de contrats », *op. cit.*

¹⁴³⁴ MAZEAUD Denis, « Indivisibilité des contrats », obs. sous Cass., civ. 1^{er}, 4 avril 2006, préc. p. 702.

¹⁴³⁵ TEYSSIE Bernard, *Les groupes de contrats*, *op. cit.* n°136. Citée par MOURY Jacques, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *op. cit.*, n°10.

¹⁴³⁶ Cass. com., 13 février 2007, précité. Voir également, Cass. com., 15 juin 1999, CCC 1999, comm. n°173, obs. L. Leveneur ; D. 2000, somm., p. 363, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2000, I, 215, obs. A. Constantin. Cass. com., 15 février 2000, D. 2000, p. 364, obs. Ph. Delebecque ; *Défrénois*, 2000, p.1118, obs. D. Mazeaud ; RTD civ., 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages. Dans cette dernière décision, la chambre commerciale a fait primer l'existence

508. Appliquant ce principe au cas de l’embargo, la solution reste la même. Il en était ainsi de la solution adoptée par la Cour d’arbitrage rejoignant au fond celle admise par la Cour de cassation française dans son arrêt du 4 avril 1995¹⁴³⁷. En effet, celle-ci avait jugé indivisible un contrat de location-vente de matériel informatique et de logiciels et un contrat de service assurant l’accès au réseau télématique géré par un serveur au motif qu’en espèce le contrat principal, certes, n’avait pas pris fin en raison d’un acte de gouvernement, mais il n’en demeure pas moins que la connexité fonctionnelle et économique entre les deux contrats a justifié de sceller le sort de l’un à celui de l’autre. La même thèse a été soutenue devant le tribunal arbitral auprès de la CCI dans l’affaire n°4600¹⁴³⁸. En l’espèce, le conflit portait sur l’exécution d’un marché passé entre une société française et un organisme public pakistanais, dans le cadre d’un accord de coopération entre les gouvernements de leurs pays respectifs. La société française, défenderesse, soutenait que selon les principes applicables aux groupes de contrats, « la décision prise par le gouvernement français de ne pas poursuivre l’exécution de l’accord dominant rendait *ipso facto* le marché inopérant, puisqu’il est hiérarchiquement inférieur ». Le tribunal arbitral, sans nier l’existence d’une telle indivisibilité, n’a pas cru nécessaire de trancher la question.

509. Ainsi, la connexité de deux opérations peut être objectivement déduite lorsqu’elles concourent à la réalisation d’un même objectif économique de ce que l’une est à la cause de l’autre ou de ce qu’une relation de principal à l’accessoire les unit¹⁴³⁹. Cependant, selon M. Moury, « (...) le caractère interdépendant des éléments d’un ensemble ne signifie pas qu’il y a *ipso facto* indivisibilité entre eux¹⁴⁴⁰ : celle-ci n’est avérée que s’il apparaît indubitablement que chacun d’eux a été envisagé par les parties comme une condition *sine qua non* de l’existence de tous les autres »¹⁴⁴¹. C’est pourquoi le reste de la doctrine estime que le critère de l’indivisibilité est subjectif et résulte de la volonté des parties de créer un lien de dépendance

d’une interdépendance objective des actes en cause sur la volonté des parties. Voir également, en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2006, n° G 02-18277 ; *Deffrénois*, 2006, art. 38431, note J.-L. Aubert ; *RDC* 2006, n°3, p. 700, obs. D. Mazeaud. Cass., com., 24 avril 2007, n°06-12443 ; *RDC* 2008, n°2, p. 276. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, pourvoi n°06-19339 ; *D.* 2008, obs., X. Delpech ; *RDC* 2008, n°3, p. 841, obs. J.-B. Seube.

¹⁴³⁷ Cass. com., 4 avril 1995, *Compagnie générale de Location c. Kessler*, n°93-20.029 ; *D.* 1996, p. 141, note S. Piquet ; *D.* 1995, somm., p. 231, obs. L. Aynés. Affaire citée par SABER Salama, *L’acte de gouvernement. Contribution à l’étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, p. 429.

¹⁴³⁸ Affaire citée par SABER Salama, *op. cit.*

¹⁴³⁹ MATRAY Lambert, « L’embargo national et international dans l’arbitrage », *op. cit.*

¹⁴⁴⁰ Pour un exemple, voir la sentence CCI n°2272 (1975), *YCA*, 1977, p. 151 ; *Rec. des sentences CCI*, obs. S. Jarvin et Y. Derains, p. 11, dans laquelle le tribunal arbitral a jugé qu’un contrat de distribution exclusive est indépendant du contrat de fabrication, bien que tous les deux portent sur la même opération économique. En effet, les arbitres ont considéré en espèce « *Whereas although both agreements are complementary, commercially speaking, they are different and autonomous, legally speaking* ».

¹⁴⁴¹ MOURY Jacques, « De l’indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *op. cit.*, n°18.

entre les contrats de l'ensemble¹⁴⁴². Cette position doctrinale part du postulat que les contrats sont, par principe, autonomes les uns par rapport aux autres, en vertu de la force obligatoire du contrat¹⁴⁴³. Ce n'est que par exception qu'ils peuvent devenir interdépendants, lorsque les parties manifestent une telle volonté¹⁴⁴⁴. Comme le souligne, à cet égard, M. Mazeaud, « l'interdépendance économique qui unit plusieurs contrats ne peut se prolonger par une indivisibilité juridique, qui emporte une unité de régime entre ceux-ci, qu'à la condition que la volonté des parties à cet ensemble contractuel se soit manifestée expressément ou tacitement (...). Au fond, dans cette analyse, c'est donc la volonté des parties qui est, seule, habilitée à fonder l'indivisibilité de contrats qui sont économiquement interdépendants »¹⁴⁴⁵. Les parties peuvent, en effet, régler la question par une clause en faisant dépendre chacun des contrats les uns des autres, par le recours à la condition suspensive ou résolutoire¹⁴⁴⁶. Ces clauses sont valables, car les parties sont libres de répartir entre elles les risques d'une opération sauf lorsqu'elles sont en contradiction avec la commune intention réelle des parties¹⁴⁴⁷. Ainsi, cette volonté s'impose d'ordinaire au juge ou aux arbitres. Tels sont, par exemple, les rapports entretenus entre le contrat d'entreprise et le contrat de sous-traitance¹⁴⁴⁸. Lorsque le contrat conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant prévoit qu'ils sont l'un et l'autre soumis aux mêmes aléas du marché en cause, le sous-traitant sera affecté par l'embargo dans la même mesure que l'entrepreneur principal¹⁴⁴⁹. L'appréciation de la situation du sous-traitant peut donc être particulièrement délicate dans la mesure où il se trouve soumis aux mesures d'embargo et contraint d'accepter la suspension, voire la résiliation de ses engagements conventionnels vis-à-vis de l'entrepreneur principal en fonction de l'appréciation que l'on aura de son degré

¹⁴⁴² Voir en ce sens, AUBERT DE VINCELLES Carole, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *op. cit.*, n°8. AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.*, n°26 et s. ; SEUBE Jean-Baptiste, « L'indivisibilité des conventions : objective ? Subjective ? », obs. sous cass., civ. 1^{er}, 13 mars 2008, préc., p. 844.

¹⁴⁴³ Voir en ce sens, AYNÉS Laurent, obs. sous cass. com., 4 avril 1995, n°93-20.029, *D.* 1995, somm., p. 231.

¹⁴⁴⁴ Pour une application jurisprudentielle : Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2010, n°09-68014, *D.* 2011, p. 566, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2011. 503, note crit., C. Aubert de Vincelles ; *Dr. et patr.*, juin 2011, n°6, obs. approb. L. Aynès ; *Deffrénois* 2011, art. 39229, n°3, obs. J.-B. Seube ; *RLDC*, 2011/79, n°4114, G. et L.-F. Pignarre. Dans cette affaire, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel pour avoir refusé de retenir l'existence d'une indivisibilité contractuelle après avoir relevé que « la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions, de sorte que la disparition de l'une ne pouvait priver de cause les obligations nées de l'autre ».

¹⁴⁴⁵ MAZEAUD Denis, « Indivisibilité des contrats », obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006, *op. cit.*, p. 702 ; *Id.*, « Cause de l'obligation », obs. sous Cass. com., 13 février 2007, *op. cit.*, p. 709.

¹⁴⁴⁶ MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, p. 463.

¹⁴⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁸ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 646-648 ; BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les effets juridiques des résolutions du conseil de sécurité sur les contrats privés », *op. cit.*, p. 283.

¹⁴⁴⁹ CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, p. 39.

d'implication dans le marché principal passé avec le ressortissant d'un État victime d'embargo¹⁴⁵⁰. Ainsi, l'extinction des obligations du contrat principal aura pour conséquence d'entraîner l'extinction de celles insérées dans le contrat accessoire.

510. La difficulté provient toutefois, du fait que les parties ne se manifestent pas toujours clairement et expressément leur volonté de lier les différents contrats entre eux¹⁴⁵¹. Par conséquent, comme le souligne le professeur Dieux, « ce recours se traduit souvent par des présomptions divinatoires et arbitraires. De sorte que lorsqu'aucune clause expresse n'envisage pas la question, celle-ci est néanmoins résolue de manière appropriée sur la base de l'économie objective de l'opération »¹⁴⁵². Cette difficulté a d'ailleurs été soulevée à l'occasion d'un litige relatif aux mesures prohibitives adoptées contre l'Irak dans le cadre de l'ONU dans la sentence arbitrale du 20 juillet 1992¹⁴⁵³ qui concernait un sous-traitant italien d'une société italienne qui s'était engagée à construire pour l'État irakien une usine clé en main. Le contractant principal, considérant que l'exécution du contrat principal était devenue impossible en raison des sanctions décidées à l'encontre de l'Irak en août 1990, avait décidé de suspendre l'exécution du sous-contrat et naturellement, le sous-contractant a estimé qu'il était injuste de lui faire supporter la charge de l'inexécution du contrat principal. L'arbitre unique estima toutefois que le contrat de sous-traitance avait bien été affecté en prenant en compte la rédaction extrêmement large du règlement communautaire du 8 août 1990 qui applique la résolution 661. Bien qu'il ait ainsi donné un fondement suffisant à sa décision, la chambre d'arbitrage national et international de Mila constata que l'interprétation de la volonté des parties ne permettait pas d'en déduire une connexité subjective. En revanche, elle affirma qu'il existait bien entre les deux contrats une connexité économique et fonctionnelle. En l'espèce, lors de la négociation du contrat, le sous-contrat savait que la destination de ses fournitures était l'Irak. La sous-traitance concernait ainsi du matériel fabriqué spécifiquement et uniquement pour le projet irakien. Finalement, les arbitres ont pu conclure que le contrat de sous-traitance subissait le même sort que le contrat principal quand bien même ce contrat fut conclu et exécuté en Italie entre deux contractants italiens. Il ressort de cette sentence que la fiabilité du critère subjectif de l'indivisibilité est remise en question dès l'instant où la jurisprudence prétend déduire

¹⁴⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁴⁵¹ WALTZ-TERACOL Béline et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n° 107.

¹⁴⁵² DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux – Un point de vue belge », *op. cit.* p. 211.

¹⁴⁵³ Sentence de la Chambre d'arbitrage de Milan du 22 juillet 1992, *YCA*, 1993, p. 60. Affaire citée par BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les effets juridiques des résolutions du conseil de sécurité sur les contrats privés », *op. cit.*

l'indivisibilité de la volonté tacite des contractants. Le défaut de prévisibilité de cette approche subjective de détermination de l'indivisibilité en fait à l'évidence un critère aléatoire et malléable¹⁴⁵⁴.

511. Par ailleurs, si la doctrine s'était autant divisée sur la question des sources de l'indivisibilité contractuelle, c'est parce que la jurisprudence a toujours été incertaine en la matière, oscillant entre une conception objective ou subjective, sans jamais en consacrer une plus que l'autre¹⁴⁵⁵, comme en témoignent les arrêts *Sédri*¹⁴⁵⁶. Face à ces incertitudes, l'ordonnance du 10 février 2016 a voulu stabiliser cette jurisprudence dans le nouvel article 1186 consacré à la caducité.

B- L'interdépendance contractuelle consacrée par le nouvel article 1186 du Code civil

512. Le législateur a profité du nouvel article 1186 sur la caducité pour réglementer le concept de l'interdépendance ou de l'ensemble contractuelle indivisible¹⁴⁵⁷. Après avoir défini

¹⁴⁵⁴ AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *op. cit.*, n°27.

¹⁴⁵⁵ SEUBE Jean-Baptiste, « L'indivisibilité des conventions : objective ? Subjective ? », *op. cit.*, p. 843 ; WALTZ-TERACOL Béline et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°108.

¹⁴⁵⁶ En effet, l'incertitude quant à l'adoption de l'approche subjective ou objective de l'indivisibilité trouve sa source dans les arrêts *Sédri* du 4 avril 1995 rendus le même jour. Dans une première décision, la Cour de cassation retient une conception subjective de l'indivisibilité contractuelle, puisqu'elle approuve la cour d'appel de Paris d'avoir « fondé sa décision relative à l'indivisibilité des conventions sur la considération de chacune d'entre elles par les parties comme une condition de l'existence des autres et non pas sur la nature spécifique de l'objet loué par rapport aux utilisateurs envisagés » (Cass. com., 4 avril 1995, n°93-14.585 et n°93-15.671 ; CCC 1995, comm. n°105, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 1996, II, 792, note M.-Ch. Sordino et E. Tardieu Guigues ; *JCP E* 1996, I, 523, n°4, obs. J.-B. Seube). Cependant, la solution est différente dans le second arrêt. En effet dans ce second arrêt, bien que rendu le même jour que le précédent arrêt, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de Douai pour avoir déduit l'existence d'une indivisibilité entre plusieurs contrats après avoir seulement relevé que « les matériels et logiciels ne pouvaient avoir, sans modifications substantielles, d'autres usages que la communication par le réseau *Sédri*, que cette spécificité était connue de la société bailleuse et que celle-ci avait participé à l'élaboration de l'ensemble complexe ayant pour objet la mise en place et le financement du système de communication ». Ainsi, pour la Cour de cassation, c'est parce que les contrats concouraient à la réalisation d'une même opération économique qu'ils devaient être regardés comme indivisible. (Cass. com., 4 avril 1995, n°93-20.029, précité). Ces arrêts sont toutefois révélateurs de ce que la Cour de cassation semble admettre que l'indivisibilité puisse être objective ou subjective. Ce qui ressort d'ailleurs de dernières décisions rendues en la matière. Voir par exemple en ce sens les deux arrêts du 10 septembre 2015, dans lesquels la Cour de cassation s'est appuyée tant sur l'économie générale de l'opération (Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2015, n°14-17.772 ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *AJ contrat*, 2015. 469, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2016. 111, obs. H. Barbier ; *RTD com.*, 2015. 723, obs. D. Legeais) que sur la volonté des parties (Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2015, n°14-13.658 ; *D.* 2015. 1837, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *AJ contrat*, 2015. 469, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2016. 111, obs. H. Barbier ; *RTD com.*, 2015. 723, obs. D. Legeais) pour apprécier l'indivisibilité contractuelle.

¹⁴⁵⁷ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°592 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, p. 464 ; WALTZ-TERACOL Béline et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°175 et s.

la caducité¹⁴⁵⁸, le nouvel article 1186 alinéas 2 et 3 énonce, en effet, que « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ». La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné « son consentement ».

513. La règle est désormais posée : l'anéantissement d'un acte qui appartient à un ensemble contractuel entraîne consécutivement la disparition des autres. Toutefois, l'article 1186 du Code civil subordonne tout d'abord l'indivisibilité contractuelle à trois conditions. En premier lieu, le texte s'appliquera aux contrats interdépendants participant « à la réalisation d'une même opération ». Cependant, selon certains auteurs, cette condition, même si elle est nécessaire, est insuffisante pour qu'il y ait indivisibilité contractuelle¹⁴⁵⁹. En second lieu, l'article 1186 vise soit les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition, soit ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. Il ressort de cette formulation que semblablement à la Cour de cassation dans ces dernières décisions¹⁴⁶⁰, le législateur combine les conceptions objective (la disparition de la première convention rend l'exécution du contrat dont on sollicite la caducité « impossible ») et subjective (l'exécution du contrat disparu était une « condition déterminante du consentement » au contrat dont on sollicite la caducité de l'ensemble contractuel)¹⁴⁶¹. Concernant l'interdépendance contractuelle subjective, le texte n'impose pas une clause contractuelle allant en ce sens. Cela suppose que la volonté des parties de lier différents contrats pourra être soit

¹⁴⁵⁸ Article 1186 du Code civil, alinéa 1, « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments disparaît ». Sur la caducité, voir TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n°589 et s. ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°182 ; SEUBE Jean-Baptiste, « L'article 1186 du projet : la caducité », *Revue des contrats*, 2015, 769 ; MEKKI Mustapha, « Réforme du droit des contrats : la caducité », *op. cit.*

¹⁴⁵⁹ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n°593 ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°178. Ce principe avait déjà été contesté par la chambre commerciale dans son arrêt rendu le 14 décembre 2010, dans lequel, elle affirme que le fait que celles-ci participent d'une même opération économique ne suffit pas à lui seul à caractériser l'indivisibilité contractuelle » : Cass. com., 14 décembre 2010, n°09-15796.

¹⁴⁶⁰ Voir *supra*.

¹⁴⁶¹CHANTEPIE Gaël, « Contrat : Effets – Sanctions de l'inexécution du contrat », *Répertoire de droit civil*, janvier 2018 (actualisation : décembre 2020), n° 286 ; CHANTEPIE Gaël, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJ contrat*, 2016, p. 130 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *op. cit.* ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°179 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, p. 465.

expresse, soit tacite¹⁴⁶². Ainsi, le nouveau texte ne tranche pas pour une des deux conceptions, mais incite à une interprétation mixte de l'indivisibilité contractuelle. Enfin, le texte pose dans son alinéa 3, la troisième et dernière condition essentielle pour éviter de déjouer les prévisions légitimes des parties¹⁴⁶³. En effet, l'alinéa 3 de l'article 1186 précise que l'interdépendance, qu'elle soit objective ou subjective ne produirait effet que si « le contractant à l'encontre duquel la caducité est invoquée avait la connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble contractuel » lors de la conclusion du contrat. Selon Mme Bros, « à lire ce dispositif, l'affirmation constitue une avancée réelle dans la notion d'interdépendance contractuelle. Il faut donc bien une acceptation de tous les participants pour créer cette opération d'ensemble »¹⁴⁶⁴. Pour MM. Malaurie, Aynés et Stoffel-Munck, cette formulation est « une sorte d'acceptation du risque d'anéantissement par ricochet, qui est un peu moins qu'une acceptation, mais un peu plus qu'une conséquence automatique »¹⁴⁶⁵.

514. La réforme des obligations a donné également l'occasion au législateur de consacrer la jurisprudence qui avait depuis longtemps et à plusieurs reprises admis qu'en présence d'un ensemble contractuel, la disparition de l'un des contrats (par nullité ou résolution) pourrait entraîner l'extinction des contrats liés¹⁴⁶⁶. En effet, les effets de l'interdépendance n'ont, sur un point, jamais posé de difficulté. Cependant, la nature de cette extinction demeurait incertaine¹⁴⁶⁷ : la jurisprudence hésitant entre la nullité¹⁴⁶⁸, la résolution¹⁴⁶⁹, la résiliation¹⁴⁷⁰ et la caducité¹⁴⁷¹. Avec, la nouvelle disposition de l'ordonnance, le législateur met un terme à toute

¹⁴⁶² WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*

¹⁴⁶³ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 667 ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°180.

¹⁴⁶⁴ BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁶⁵ MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, p. 465.

¹⁴⁶⁶ Voir *supra*.

¹⁴⁶⁷ Sur les hésitations jurisprudentielles, WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *op. cit.*, n°170 et s.

¹⁴⁶⁸ Voir en ce sens, Cass. com., 14 février 1995, n°92-21696, Bull. civ. IV, n°49 ; *RTD com.*, 1995. 832, obs. B. Bouloc. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait affirmé que la nullité d'un contrat emportait la nullité des autres contrats faisant partie de l'ensemble indivisible.

¹⁴⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 10 septembre 2015, n°14-17772, préc. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait décidé que la résolution de la vente emportait la résolution du contrat de prêt.

¹⁴⁷⁰ Voir en ce sens les arrêts Sédri, Cass. com., 4 avril 1995, préc., dans lesquels, la Cour de cassation avait retenu comme sanction de l'anéantissement du contrat principal la résiliation des actes auxquels il était lié.

¹⁴⁷¹ Voir, par exemple, Cass., civ. 1^{er}, 4 avril 2006, préc., dans lequel la première chambre civile a considéré « qu'ayant souverainement retenu que les deux conventions constituaient un ensemble contractuel indivisible, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement ». Voir aussi, Cass. com., 5 juin 2007, n°04-20380 ; *D.* 2007. 1723, obs. X. Delpech ; *RTD civ.*, 2007, p. 569, obs. B. Fages ; *RTD com.*, 2008. 173, obs. B. Bouloc. Dans cette affaire, la chambre commerciale a pu juger que « la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats

hésitation et tranche en faveur de la caducité¹⁴⁷². En effet, l'article 1186 alinéa 2 du Code civil affirme que la disparition de l'un des contrats de l'ensemble entraîne consécutivement la caducité de celui auquel il est lié. Autrement dit, le législateur impose la caducité comme seul mode d'extinction du contrat anéanti par ricochet dans le cadre d'une interdépendance contractuelle.

515. La consécration légale de cette sanction par l'ordonnance du 10 février 2016 semble encouragée la Cour de cassation à l'adopter définitivement à son tour¹⁴⁷³. Ainsi, dans deux arrêts rendus le 12 juillet 2017¹⁴⁷⁴, outre le choix de la conception objective, la Cour de cassation a pu juger, concernant un ensemble contractuel incluant une location financière, que « *lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un de quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres* ». La solution a été nettement réaffirmée par les hauts magistrats réunis en chambre mixte le 13 avril 2018¹⁴⁷⁵. Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a également pour l'occasion jugé que la résolution du contrat de vente entraînait par voie de conséquence, non plus la résolution¹⁴⁷⁶, mais la caducité du contrat de crédit-bail¹⁴⁷⁷.

constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente, mais seulement sa caducité ».

¹⁴⁷² TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n°592 ; CHANTEPIE Gaël, « Contrat : Effets – Sanctions de l'inexécution du contrat », op. cit., n° 285 ; CHANTEPIE Gaël, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », op. cit. ; BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », op. cit. ; WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », op. cit., n°183.

¹⁴⁷³ MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., op. cit., p. 465 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, op. cit.

¹⁴⁷⁴ Cass. com., 12 juillet 2017, n°15-23552 (contrat de surveillance électronique et contrat de location du matériel) et n° 15-7703 (contrat de fourniture et d'entretien de photocopieurs et contrat de location financière), *Defrénois flash*, 4 sept. 2017, n°35, p. 7.

¹⁴⁷⁵ Cass. ch. mixte, 13 avril 2018, n°16-21345 et n°16-21947 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 277, obs. C.-E. Bucher ; *RDC* 2018, p. 367, obs. J.-B. Seube ; *D.* 2018, 1185, note H. Barbier ; *JCP G* 2018, 543, n. F. Buy. Voir également dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2020, n°18-22905 et Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 2020, n°17-12611, *RDC* 2020, n°4, p. 20, obs. M. Latina. Dans ces deux affaires, la Cour de cassation confirme que la conséquence d'un contrat appartenant à un ensemble de contrats interdépendants est la caducité des autres contrats, et non la nullité ou la résiliation.

¹⁴⁷⁶ Cass. ch. mixte, 23 novembre 1990, n°86-19396, n°88-16883 et n°87-17044, Bull. Ch. mixte, n°1 et 2. Cass. com., 12 octobre 1993, n°91-17621, Bull. civ., IV, n°327. Cass. com., 28 janvier 2003, n°01-00330. Cass. com., 14 décembre 2010, n°09-15992.

¹⁴⁷⁷ Contra. Cass. com., 17 février 2021, n°19-19421, *Sté BNP Paribas Lease Group c/ Association Usam Toulon, Sté Var solutions documents et a., F-D, LEDC* avril 2021, n°04, p. 3, obs. M. Latina. Dans cette affaire, la Cour de cassation invitée aussi à opérer un revirement de jurisprudence issue de l'arrêt de 2013 afin de tenir compte du nouvel article 1186 du Code civil, conduisant à apprécier différemment les critères de qualification de l'interdépendance contractuelle, se refuse au motif que ce dernier n'était pas applicable à la cause en particulier que la connaissance de l'opération par le contractant auquel la caducité est opposée ne fût pas nécessaire. Pour rappel, la chambre mixte avait affirmé que les contrats concomitants ou successifs constituaient une opération économique unique et étaient interdépendants pour prononcer la résiliation des contrats de fourniture et la caducité

516. Il ressort de ce qui précède que, sauf s'il est possible de déceler une volonté contractuelle contraire ou l'existence d'un lien juridique étroit, les divers contrats demeurent étrangers les uns aux autres. Ainsi du point de vue des répercussions de la contrainte étatique, on retiendra que la résolution, la résiliation ou la nullité d'un contrat donné en raison d'une mesure d'embargo n'entraînera pas *ipso facto* la caducité des contrats périphériques au sens de l'article 1186 du Code civil français qui néanmoins pourraient s'en trouver affectés, s'il apparaissait que le contrat disparu est un élément constitutif du contrat dont on sollicite la caducité ou que les parties ont voulu par leur concours favoriser l'infraction à la mesure d'embargo ¹⁴⁷⁸.

Paragraphe 2 : Le cas des garanties indépendantes

517. Les garanties indépendantes ou encore appelées garantie autonome ou à première demande¹⁴⁷⁹ appartiennent à la famille des sûretés personnelles¹⁴⁸⁰. Le concept de garantie autonome a fait son apparition dans la pratique du commerce international par le canal de contrats internationaux au cours du dernier tiers du XX siècle afin de couvrir les importateurs contre les risques d'inexécution ou d'exécution non conforme par les exportateurs de leurs obligations¹⁴⁸¹. L'article 2321 alinéa 1^{er} du Code civil français, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, 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,*

du contrat de location financière. Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22768, *RDC* 2013, p. 849, avis du premier avocat général L. Le Mesle ; *D.* 2013. 1658, note D. Mazeaud ; *Dr. et patr.*, 2014, n°234, p. 52, obs. Ph. Stoffel-Munck.

¹⁴⁷⁸ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°415 ; PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴⁷⁹ En effet, diverses appellations ont pu être employées ou proposées pour désigner cette espèce de sûretés. Voir sur ce point : SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016, n°279.

¹⁴⁸⁰ Sur les garanties indépendantes, PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, préface Barnard Teyssié, Litec, 1994 ; MATTOU Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, préf. Jean-Louis Rives-Lange, 3^e éd., Revue Banque Édition, 2004, pp. 201 et s. ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015, pp. 909 et s. ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.*, pp. 273 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 343 ; MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *RJT* 1997 n°31 ; PELICHET Michel, « Garanties indépendantes », *Rép. Internat. Dalloz*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009) ; RACLET Arnaud, « La garantie à première demande : une garantie autonome ... mais pas trop ! », *RD bancaire et fin.*, 2001, n°4 ; PRŪM André, « La consécration légale des garanties autonomes », in *Mélanges Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 409 ; STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. - Garantie bancaire internationale », *JCl Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 610, 2012 ; PIÉDELIEVRE Stéphane, « Garantie à première demande », *Rép. com. Dalloz*, mars 2021 (actualisation : octobre 2021) ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *JCl Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 743, janvier 2022.

¹⁴⁸¹ SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n°892 et n°896. Sur la genèse, voir également, MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, pp. 786 et s. ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.*, n°278.

soit à première demande, soit suivant les modalités convenues »¹⁴⁸². Cette définition, conforme aux analyses doctrinales antérieures¹⁴⁸³, exprime de manière claire l'autonomie de l'engagement du garant constitutif d'une obligation nouvelle et indépendante, par rapport à l'obligation garantie. En effet, comparé à une garantie classique, notamment le cautionnement¹⁴⁸⁴, le garant ne s'oblige pas à se substituer au débiteur et à payer ce que ce dernier doit, mais à payer une somme librement déterminée par les parties au contrat de garantie¹⁴⁸⁵. Cette autonomie a pour corollaire l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat, ce que précise d'ailleurs l'alinéa 3 de l'article 2123 du Code civil : « Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à

¹⁴⁸² Sur le plan international, la Chambre de commerce internationale, sensible aux besoins du commerce international, élaborera, en mai 1992 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD, brochure n°458). Elle a été remplacée en décembre 2010 (RUGD, brochure n°758) par une nouvelle version, plus précise et plus complète, accompagnée d'un formulaire. Pour une étude d'ensemble sur les RUGD, VASSEUR Michel, « Les nouvelles Règles de la Chambre de commerce internationale pour les « Garanties sur demande » », *RDAI*, 1992, n°3, 239 ; SIMLER Philippe, « Règles uniformes pour la CCI relatives aux garanties sur demande », *LPA*, 13 mai 1992, 25 ; MATTOUT Jean-Pierre et PRÛM André, « Les règles uniformes pour la CCI pour les garanties sur demande », *RB*, juillet-août 1993, 3 ; PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Remarques sur les Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande », *RTD com.*, 1993, 615 ; AFFAKI Bachir Georges, *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, thèse, Paris II, 1995 ; PRÛM André, « Pratiques et réglementations internationales des garanties à première demande », in *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium, Bruxelles Bruylant, 1998, 231 ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international, op. cit.*, n°211 et s. ; Sur la nouvelle version, voir MATTOUT Jean-Pierre, « La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce Internationale relatives aux garanties sur demande (n°758) », *Recueil Dalloz*, 2010, 1296 ; AFFAKI Bachir Georges et STOUFFLET Jean, « Les nouvelles Règles uniformes relatives aux Garanties sur Demande (RUGD 758) », *RB* 2010. 37 ; CERLES Alain, « Règles et usances en matière de garantie sur demande », *RD banc. et fin.*, 2010, n°218. Il faut noter également que les RUGD ont fortement inspiré le chapitre consacré aux garanties dans le traité africain OHADA d'unification du droit des affaires. Voir en ce sens, COTOUMOU Jean-Calry, « La lettre de garantie OHADA », *RDAI*, 1999, 425. Sur la nouvelle version révisée en 2011, GRIMALDI Michel, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés dans l'OHADA*, Pierre Crocq (ss dir.), Lamy, 2012. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), a également approuvé en 1995 une convention internationale sur les garanties internationales et les lettres de crédit *stand-by*. La Convention CNUDCI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 après sa ratification par neuf pays (États-Unis, Équateur, Salvador, Koweït, Panama, Tunisie, Belarus, Gabon, Liberia). Le texte inclut la problématique des demandes abusives ou frauduleuses, mais aboutit à mettre en doute le caractère indépendant de ces instruments dans les situations contentieuses ou précontentieuses. Voir sur la Convention CNUDCI, STOUFFLET Jean, « La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by* », *RDBB*, 1995. 132. Voir aussi, sous le même titre, MATTOUT Jean-Pierre, *RD banc. et fin.*, 2000, n°16 ; PIÉDELIÈVRE Stéphane, *RTD com.* 1996. 633.

¹⁴⁸³ En effet, avant l'accueil du concept de garantie autonome dans le Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006, certains auteurs ont essayé d'expliquer le mécanisme en des termes généraux, notamment M. Dohm pour qui « les garanties ont pour but d'assurer la disponibilité d'un certain montant d'argent auprès d'un tiers indépendant et solvable (la banque en tant que garant) pour le cas où l'importateur (le bénéficiaire de la garantie) ferait valoir une prétention contre l'exportateur (le donneur d'ordre de la garantie) en se fondant sur le rapport contractuel de base ». Citée par MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 786. De même selon M. Mattout, le concept de la garantie à première demande pouvait être défini comme « un engagement par lequel le garant, à la requête irrévocable d'un donneur d'ordre, accepte de payer en qualité de débiteur principal, sur simple demande, une somme d'argent à un bénéficiaire désigné, dans les termes et conditions stipulés dans la garantie, en renonçant par avance à exercer tout contrôle externe sur les conditions de mise en jeu de son engagement ». MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international, op. cit.*, n°216.

¹⁴⁸⁴ Voir *supra*.

¹⁴⁸⁵ RACLET Arnaud, « La garantie à première demande : une garantie autonome ... mais pas trop ! », *op. cit.*, n°3.

l'obligation de garantie ». Une telle indépendance postule en principe que l'inexécution du contrat principal, du fait d'un embargo commercial international, entraîne la mise en jeu de la garantie, sans que celle-ci soit affectée par l'anéantissement *fortuit* du contrat de base (A). Néanmoins, l'autonomie juridique des garanties indépendantes par rapport au contrat de base peut se trouver entravée par le droit spécial de l'embargo¹⁴⁸⁶. Tel était le cas après l'adoption des embargos économiques dans le cadre de l'ONU contre l'Irak, la République fédérale de Yougoslavie, la Libye. En effet, ces mesures ont eu non seulement pour conséquence d'interrompre l'exécution des contrats de base, mais aussi paralysé l'exécution des garanties accordées aux nationaux des pays cibles (B).

A- L'autonomie des garanties indépendantes en application du droit commun

518. « Le qualificatif « autonome » loin d'être une simple commodité de langage permettant d'identifier cette forme de garantie, en exprime la profonde spécificité »¹⁴⁸⁷, écrivent MM. Simler et Delebecque. Il convient, tout d'abord, de reconnaître qu'une garantie implique nécessairement un lien avec une obligation à garantir¹⁴⁸⁸. Autrement dit, la demande d'exécution de la garantie se fonde sur une prétention dont l'origine se trouve dans le contrat de base. De ce fait, en absence de tout contrat de base, la garantie n'aurait pas de raison d'être¹⁴⁸⁹. La garantie trouve son sens dans l'existence d'un contrat de base et l'existence de celui-ci est rendue possible par la mise en place des garanties¹⁴⁹⁰. Ainsi, cette autonomie des garanties indépendantes résulte de la volonté même des parties¹⁴⁹¹. Comme le souligne M. Prüm, « L'autonomie de la garantie à première demande trouve sa source dans les volontés de toutes les parties à l'opération : le débiteur principal (donneur d'ordre de la garantie), le créancier (bénéficiaire de la garantie) et le garant »¹⁴⁹². Dès l'instant de sa souscription,

¹⁴⁸⁶ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *RDBB*, mai – juin 1994, n°43, p. 98. THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 205 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°448 et s. ; PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n°416 et s. ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, *op. cit.*, n°257.

¹⁴⁸⁷ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.*, n°292.

¹⁴⁸⁸ Voir sur ce point, GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 649-650 ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n°917 ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.* ; STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. — Garantie bancaire internationale », *op. cit.*

¹⁴⁸⁹ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*

¹⁴⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁴⁹¹ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴⁹² PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n°31. Pour une étude approfondie sur ce point, voir *ibidem*, pp. 5 et s.

l'autonomie qui lui est conférée rompt ce lien : son existence, son exigibilité, les conditions de son exécution, son extinction cessent à cet instant d'être tributaires du sort du contrat de base¹⁴⁹³. L'autonomie ne signifie donc pas l'absence de référence à un contrat principal, mais que le garant contracte un engagement nouveau dont l'objet est distinct de celui de l'obligation garantie¹⁴⁹⁴. Telle est la différence majeure par rapport au cautionnement : contrairement à la caution qui est tenue à raison de la dette d'un débiteur principal¹⁴⁹⁵, le garant est tenu par un engagement personnel qui lui est propre, celui de payer une somme d'argent déterminée « soit à première demande, soit suivant les modalités convenues » (art. 2321). À aucun moment la garantie autonome n'est en relation avec l'obligation principale. Le garant s'engage à titre autonome, non accessoire par rapport à l'obligation principale. C'est pour cette raison que le garant doit, aussitôt qu'il est sollicité, exécuter son obligation de paiement, sans pouvoir opposer au bénéficiaire les exceptions inhérentes au contrat de base. L'inopposabilité par le garant au créancier de toute exception relative au contrat de base n'est autre que la traduction en conséquence concrète de l'idée abstraite d'autonomie (1). Cependant, ce principe souffre de certaines limites. En attestent les solutions retenues en cas de fraude ou d'appel manifestement abusif de la garantie (2).

1- Le principe de l'inopposabilité des exceptions extérieures au contrat de garantie

519. Le contrat de garantie, quoiqu'il trouve son origine dans l'accord préexistant entre le garant et le donneur d'ordre n'en reste pas moins distinct et autonome¹⁴⁹⁶. Le principe de l'autonomie, de l'indépendance de la garantie est clairement affirmé à l'article 2.b des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties bancaires aux termes duquel, « *les garanties sont par leur nature un engagement distinct du ou des contrats ou condition d'adjudication pouvant en former la base, et les garants ne sont en aucune façon concernés ni engagés par ces contrats*

¹⁴⁹³ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière, op. cit.*

¹⁴⁹⁴ SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires, op. cit.* ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *op. cit.* ; SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international, op. cit.*, p. 422.

¹⁴⁹⁵ En matière de cautionnement, l'engagement de la caution est par essence accessoire à l'obligation principale, en ce sens que l'engagement de la caution se confond avec celui du débiteur. En effet, la caution et le débiteur principal sont tenus d'une seule et même dette. De ce fait, contrairement aux garanties autonomes, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal lui-même peut ou aurait pu opposer. Sur le cautionnement, SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *op. cit.*, n°39 et s. ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires, op. cit.*, p. 15. Sur la distinction entre garantie indépendante et cautionnement, voir STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. - Garantie bancaire internationale », *op. cit.*, n° 23 et les références ; SIMLER Philippe, *Cautionnement et Garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, 2000, pp. 771 et s.

¹⁴⁹⁶ SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international, op. cit.*, p. 421 ; PRUM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie, op. cit.*, p. 206.

ou conditions d'adjudication, même si la garantie y fait référence »¹⁴⁹⁷¹⁴⁹⁸. Il a également été consacré en droit français, par la Cour de cassation, dans ses arrêts de principe du 20 décembre 1982¹⁴⁹⁹. Par conséquent, si son engagement répond à la qualification de garantie autonome, le garant ne peut opposer au bénéficiaire de la garantie d'autres exceptions que celles tirées du contrat de garantie lui-même et ne peut exiger de lui d'autres justifications que celles éventuellement prévues dans ce contrat¹⁵⁰⁰. Concrètement, cela signifie que le garant appelé à exécuter son engagement ne peut opposer au bénéficiaire ni la nullité du contrat de base¹⁵⁰¹ ni sa résolution ou sa résiliation¹⁵⁰² ni son exécution¹⁵⁰³ ou inexécution¹⁵⁰⁴ ni aucun mode

¹⁴⁹⁷ Voir Pub. C.C.I. n°458, Paris, 1992. Citée par SALAMA Saber *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, op. cit., p. 422.

¹⁴⁹⁸ Ce principe se trouve également dans l'article 3 de la Convention CNUDCI. Voir en ce sens, PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Garantie à première demande », op. cit., n°30.

¹⁴⁹⁹ En effet, la Cour de cassation française l'a affirmé depuis deux arrêts du 20 décembre 1982 : Cass. com., 20 décembre 1982, D. 1982, jur., p. 365, note Vasseur ; *JCP CI.*, 1983, II, 14001, n°116, obs. Gavalda et Stoufflet ; *RTD com.*, 1983, p. 446, n°3 obs. Cabrillac et Teyssié ; *JDI* 1983, p. 811, obs. Jacquemont. Le premier arrêt a révélé la spécificité des garanties indépendantes. La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir restitué à un engagement sa véritable qualification juridique, celle d'une garantie autonome et non pas de cautionnement. Ce qui interdisait au banquier de se prévaloir en l'état des exceptions que le donneur d'ordre pouvait opposer au bénéficiaire tenant à l'inexécution du contrat les unissant. Le second a quant à lui affirmé que « l'engagement du garant était un engagement à première demande, autonome à l'égard du contrat de base, et ... régi par les seules dispositions de la lettre de garantie ». Affaire citée par SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, op. cit., p. 915 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., pp. 211-210. En droit interne, le principe est désormais affirmé à l'art. 2321, al. 3 du Code civil français : « Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie ».

¹⁵⁰⁰ PILECHET Michel, « Garanties indépendantes », op. cit., n°11 ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, op. cit., n°293 ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, op. cit., n°918 ; ; PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Garantie à première demande », op. cit., n°29 ; STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. - Garantie bancaire internationale », op. cit., n° 61 et s.

¹⁵⁰¹ En effet, la nullité du contrat de base ne constitue pas une exception justifiant le refus d'exécuter la garantie. Voir en ce sens, Cass. com., 13 décembre 1983, D.1984, jurispr., p. 420, note Vasseur, dans lequel la Chambre commerciale a décidé qu'une éventuelle nullité du contrat de base ne serait sans influence sur l'engagement de la banque contre garante. Voir également, CA Poitiers, 30 avril 1996, JurisData, n°056631. Contra. CA Paris, 14 janvier 1993, *JCP G* 1993, II, 22069, note Dumesnil-Rossi ; *RD bancaire et bourse*, 1993, p. 173, obs. Contamine-Raynaud. Sur la question voir MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, op. cit., n°242 ; PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°393. ; PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Garantie à première demande », op. cit., n°32.

¹⁵⁰² Voir en ce sens, CA Paris, 19 mai 1988, JurisData n°1988-023149, D. 1989, somm. p. 146, obs. Vasseur. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris a jugé que « le donneur d'ordre n'est pas fondé à invoquer la caducité de la garantie en raison de la résiliation prétendue du contrat de base, la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base et régie par les seules dispositions de la lettre de garantie ». Voir aussi, CA Paris, 13 février 1987, D. 1987, somm. p. 172, obs. Vasseur, dans lequel le juge a décidé que « les banques contre-garantes n'avaient pas à tenir compte d'un accord ayant mis fin aux difficultés entre les parties au contrat de base par une interruption du marché avant terme et ne pouvaient soutenir que leur garantie était devenue de ce fait sans objet ». CA Paris, 15 décembre 1991, JurisData, n°1991-025149 ; *RD bancaire et bourse*, 1992, p. 174, obs. Contamine-Raynaud.

¹⁵⁰³ Voir Cass. com., 21 mai 1985, Bull. civ. IV, n°160, D. 1986. 213, note Vasseur ; *Gaz. Pal.*, 1985. 2. 770, note Piedelièvre. Cass. com., 18 mai 1999, Bull. civ. 1999, IV, n°102 ; *RJDA*, 1999, n° 847 ; *RD bancaire et Bourse*, 1999, p. 127, obs. Contamine-Raynaud. Cass. com., 25 mars 2003, JurisData n°018684 ; *RJDA*, 2003, n°1021 ; *JCP G* 2003, I, 176, n°10, obs. Simler.

¹⁵⁰⁴ Cass. com., 17 octobre 1984, *Sté Butiran c/ sté Banque de l'Union européenne*, Bull. civ. 1984, IV, n°265 ; *JCP E* 1985, II, n°20436, obs. Stoufflet ; D. 1985, p. 269, note Vasseur. Cass. com., 10 juin 1986, Bull. civ. 1986,

quelconque d'extinction de la dette garantie telle que la compensation¹⁵⁰⁵, la confusion, la novation ou le défaut de déclaration de la créance dans la procédure collective du débiteur¹⁵⁰⁶. Détaché expressément des relations contractuelles existant entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, l'engagement du garant ne doit obéir qu'aux seules conditions posées dans la lettre de garantie. Les engagements résultant des garanties doivent être exécutés, indépendamment de l'existence ou de la validité du marché principal. Ainsi, le garant n'est pas fondé à opposer au bénéficiaire de nouvelles instructions qu'il pourrait recevoir de son donneur d'ordre et qui tendraient à limiter la portée de son engagement. Pas plus que ce dernier n'a d'ailleurs le pouvoir de priver d'effet une garantie dont il a provoqué la mise en place en donnant au garant l'ordre irrévocable de la souscrire¹⁵⁰⁷.

520. Transposé en matière d'embargo, le principe de l'inopposabilité des exceptions semble bien établi : le contrat de garantie à première demande ne saurait être atteint par un acte de gouvernement qui affecte le contrat de base. Telle est la position de principe adoptée par la jurisprudence de la plupart des pays tant civilistes qu'anglo-saxons. En témoigne, en droit anglais, une décision rendue par la Court of Appeal, le 17 juillet 1981¹⁵⁰⁸. L'affaire opposait un établissement public indien, la *State Trading Corporation of India Ltd* qui avait vendu du sucre à la société anglaise *ED F MAN (Sugar) Ltd*. Une « *performance bond* » avait été émise par la *State Bank of India* en faveur de l'acheteur précisant que la banque « paierait immédiatement dès que le bénéficiaire lui aurait notifié le défaut du vendeur, et ce, sans tenir compte des contestations éventuelles entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre ... ». En raison d'un embargo indien interdisant les exportations de sucre, l'exécution du contrat s'est trouvée paralysée pendant toute la période de validité de la mesure d'interdiction. Un litige s'ensuivit entre les contractants sur le point de savoir si cet embargo constituait un cas de force majeure, et le cas échéant, si celle-ci exonérait le garant de son obligation de payer la garantie. En

IV, n°117 ; *D.* 1983, jur., p. 17, note Vasseur ; *Gaz. Pal.*, 1987, 1 jur., p. 75, note Piedelièvre. Voir dans le même sens, CA Toulouse, 19 janvier 2006, JurisData n°2006-312310 qui juge que « le seul fait de la rupture du contrat par le bénéficiaire, même connue du garant, ne rend pas l'appel de la garantie manifestement abusif ».

¹⁵⁰⁵ Voir en ce sens CA Paris, 19 mai 1988, *D.* 1989, somm., p. 146, obs. Vasseur : « Le garant ne peut se prévaloir de la compensation intervenue entre la créance garantie du bénéficiaire envers lui et sa dette envers le donneur d'ordre. Ce dernier ne peut pas davantage opposer la compensation avec une créance à l'égard du bénéficiaire ». Voir aussi, CA Paris, 19 septembre 2007, JurisData, n°2007-343440.

¹⁵⁰⁶ Cass. com., 30 janvier 2001, Bull. civ. 2001, IV, n°25 ; *D.* 2001, act. p. 1024, et somm. p. 3426, obs. Honorat. CA Paris, 13 octobre 2006, JurisData, n°2006-317701.

¹⁵⁰⁷ PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., p. 206.

¹⁵⁰⁸ *State Trading Corp. of India Ltd. v. ED & F MAN (Sugar) Ltd.*, (1981), COM. L.R. 235. Affaire citée et reportée par PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°387 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., pp. 212 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°422. ;

première instance, la *State Trading Corporation of india Ltd* avait obtenu une injonction à l'encontre de la société anglaise (Sugar) interdisant à celle-ci de faire appel à la garantie. Mais l'interdiction fut rapportée par la Court of Appeal qui estima qu'il suffisait que le bénéficiaire ait cru honnêtement à un défaut de la part de l'exportateur pour que le garant soit autorisé à payer. Dès lors, la Cour considéra que la présence d'un cas de force majeure, susceptible d'exonérer le donneur d'ordre de sa responsabilité ne saurait interférer avec le paiement de la garantie.

521. De même aux États-Unis, dans le cadre de la révolution iranienne, plusieurs décisions ont débouté la demande d'injonction des donneurs d'ordres américains, alors même que la guerre entre l'Irak et l'Iran constituait un cas de force majeure. En guise d'illustration, on citera l'affaire *KMW International v. Chase Manhattan Bank*¹⁵⁰⁹ dans laquelle les juges saisis d'un appel contre la décision qui accorda une défense provisoire de payer à *KMW* à la suite des troubles politiques à Téhéran, ont jugé que lorsqu'« un contractant entre en relation contractuelle avec l'administration iranienne, il assume les risques propres aux transactions internationales, y compris les hasards de la politique internationale. Toute injonction préventive débarrassant la banque de la charge de ce risque en lui enjoignant de ne pas payer sur la base de la lettre de crédit irait de ce fait à l'encontre du sens de la transaction commerciale de base (...) la banque ne pouvant refuser de payer la lettre de crédit sous couvert d'illégalité survenant de possibilité de guerre ou d'insurrection ». Pareillement, dans une autre affaire *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*, les juges américains ont refusé de bloquer définitivement le paiement de garanties autonomes au motif que l'exécution des prestations couvertes se trouvait empêchée par la guerre irako – iranienne. En effet, selon les juges, les arguments du donneur d'ordre fondés sur les appels sont purement politiques. Les faits de cette espèce remontent à 1978, année à laquelle une société américaine *American Bell* a conclu avec le ministère de Guerre iranien un contrat de fourniture d'équipement et de services de télécommunications. Une lettre de garantie de restitution d'acompte a été émise de premier rang au profit du gouverneur iranien par une banque iranienne *Iranshahr*, elle-même contre-garantie par la banque américaine *Manufacturers Hanover*, sur la demande du donneur d'ordre *Bell*. En 1979, en raison des mesures de contrôle des avoirs iraniens prises par les États-Unis, le gouvernement iranien édicte une circulaire demandant à tous les ressortissants iraniens

¹⁵⁰⁹ *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, *US Court of appeals* 606 F 2d 10 (1979). Affaire reportée et citée par MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 805 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°423.

bénéficiaires de garanties émises par une institution américaine de procéder à leur appel sans délai. Le donneur d'ordre demanda alors par prévention, l'interdiction du paiement de la contre-garantie, mais sa requête est rejetée par le tribunal. Effectivement, le garant iranien fait appel à la contre-garantie. Le donneur d'ordre américain saisit à nouveau le tribunal aux fins d'une demande de défense de payer pour raison de fraude. Les juges rejettent de nouveau les arguments de *Bell* soutenant que « *the burden of risk in international transaction should fall on the corporation involved rather than on the bank issuing the letter of credit* »¹⁵¹⁰.

522. Également, en droit français, il a été jugé en termes de principe par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 octobre 1984 que la garantie indépendante « *devait jouer sans autre condition que l'avis donné par le bénéficiaire de ce qu'il estime que son contractant n'a pas exécuté ses obligations contractuelles ; (...) il n'y a donc pas lieu de rechercher si l'inexécution a été fautive ou si au contraire elle est due à la force majeure, voire à la faute du créancier* »¹⁵¹¹.

523. Il ressort donc clairement de ces quelques décisions que ni le donneur d'ordre ni le garant ne peuvent invoquer la force majeure qui paralyserait l'exécution de l'opération commerciale de base pour bloquer le paiement de la garantie. L'impossibilité d'exécuter le contrat de base en raison de la survenance d'un événement de la force majeure ne peut justifier la paralysie du contrat de garantie¹⁵¹². Le principe de l'inopposabilité des exceptions, corollaire de l'autonomie, impose au garant d'exécuter son engagement sans qu'une quelconque défaillance de l'obligation garantie soit prise en considération pour paralyser ou retarder le paiement¹⁵¹³. Le seul tempérament, toujours admis par la doctrine et la jurisprudence et

¹⁵¹⁰ *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 464 F. Supp. 420, 425 (S.D.N.Y. 1970). Faits rapportés par MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 804. Voir également dans le même sens, *United Technologies Corp. v. Citibank Na*, US District Court 479 F Supp 473 (1979), citée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 349.

¹⁵¹¹ Cass. com., 17 octobre 1984, *Sté Butiran c/ sté Banque de l'Union européenne*, précité. Décision citée et reportée par SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, p. 422.

¹⁵¹² Il convient toutefois de noter que les contractants peuvent limiter l'étendue du principe de l'inopposabilité des exceptions, en insérant dans la lettre de garantie des clauses de force majeure afin d'encadrer la garantie à venir. Ainsi, en cas d'embargo, les parties peuvent prévoir par exemple que l'engagement de la garantie est provisoirement suspendu. Voir sur ce point, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°424 – 425 ; PRŮM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n°389. Voir *infra*.

¹⁵¹³ Il en va de même en cas de nullité du contrat de base en raison d'une décision d'embargo. Le raisonnement à tenir est similaire à celui tenu sur la force majeure. L'annulation du contrat principal en raison d'un embargo n'exerce aucune influence sur le contrat de garantie, cette dernière devant être exécutée. Toutefois, en ce qui concerne l'hypothèse d'une nullité du contrat de base pour violation de dispositions internationalement impératives interdisant l'exportation et l'importation de marchandises, après l'adoption de telles mesures, il a été admis dans ce cas que le principe de l'inopposabilité des exceptions sera écarté. En effet, il a été soutenu par M. Vasseur

aujourd'hui inscrit dans le second alinéa de l'article 2321 du Code civil français, est celui « d'abus ou de fraude manifeste ». En effet, il est considéré que la force majeure, seule, ne constitue pas une exception au paiement de la garantie sauf en cas d'abus ou de fraude : « les cas de force majeure qui doivent être pris en considération sont ceux qui permettent d'établir le caractère manifestement abusif ou frauduleux de l'appel du bénéficiaire »¹⁵¹⁴.

2- Appel manifestement abusif ou frauduleux de la garantie : obstacle au paiement de la garantie à première demande

524. Seuls la fraude ou l'abus manifeste peuvent justifier le non-paiement d'une garantie à première demande par le garant et le contre-garant¹⁵¹⁵. En effet, il a toujours été admis en doctrine qu'il n'y avait pas lieu de répondre à un appel de garantie manifestement abusif ou frauduleux¹⁵¹⁶. Le risque d'abus est inhérent au mécanisme de la garantie. Cela s'explique par le fait que l'appel de la garantie par le bénéficiaire n'est soumis à aucun contrôle puisque dans la plupart des cas, aucune justification de ses droits n'est à fournir par le bénéficiaire, et même dans les hypothèses où est prévue la remise de documents, ceux-ci ne font l'objet que d'un contrôle formel¹⁵¹⁷. Dans ces conditions, il est inévitable que des bénéficiaires de garantie à

qu'une banque, connaissant l'existence de ces mesures imposées, ne saurait accepter d'émettre une lettre de garantie pour couvrir une telle opération, invoquera plutôt la nullité d'ordre public du contrat de base afin de refuser de payer. Toutefois, dans le cas contraire, il faudrait alors « supposer que le banquier n'ait pas prêté attention, au moment où il a émis la garantie, à la contrariété grave à l'ordre public du contrat de base, et qu'il n'ait pris connaissance du fait, qu'après coup ». Voir sur ce point PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°399 et références ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°427. THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 212.

¹⁵¹⁴ PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°389.

¹⁵¹⁵ Sur la notion de fraude et d'abus manifeste, HANNOUN Charley, « Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à première demande », *RDBB*, 1988, p. 187 ; PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°429 et s. ; PELICHET Michel, « Garanties indépendantes », op. cit., n°49 ; STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. — Garantie bancaire internationale », op. cit., n°75 et s. ; MATTOU Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, op. cit., n°254 ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. — Régime », op. cit., n°75 et s. ; *Id.*, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, op. cit., pp. 1027 et s. ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, op. cit., n°314.

¹⁵¹⁶ CONTAMINE-RAYNAUD Monique, « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français : à la recherche d'une légitimité », in *Aspect actuel du droit commercial français, Études dédiées à René Roblot*, 1984, pp. 430-431 ; STOUFFLET Jean, « La garantie bancaire à première demande », *Journal de droit international*, 1987, pp. 277 et s. ; THÉRY Philippe, *Sûretés et publicités foncières*, Paris, PUF, 1988, p. 144 ; AFFAKI Bachir Geoges, *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, op. cit., pp. 626 et s. ; LEGEAIS Dominique, « Garantie à première demande internationale. Preuve du caractère abusif de l'appel en garantie », *RTD com.*, 2004, p. 146. Sur la doctrine étrangère, POULLET Yves, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », in *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium, Bruxelles, Bruylant, n°4, 1998, p. 123 ; LOGOZ François, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Genève, Librairie Droz, 1991.

¹⁵¹⁷ Voir en ce sens STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. — Garantie bancaire internationale », op. cit., n°69.

première demande, peu scrupuleux, exigent un paiement par le garant alors qu'ils sont dépourvus de tout droit à l'égard du donneur d'ordre au titre du contrat de base¹⁵¹⁸. Toutefois, selon MM. Simler et Delebecque, « la rigueur de la garantie autonome ne saurait autoriser (le bénéficiaire) à s'en servir comme un instrument de spoliation »¹⁵¹⁹. L'appel de la garantie doit donc être rejeté s'il est manifestement abusif ou frauduleux. L'article 2321 du Code civil français consacre ainsi, dans son 2^e alinéa, cette ultime concession imposée à l'autonomie de la garantie à première demande : « 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 ». Rares sont donc les décisions qui ont pu par ce motif justifier un refus de paiement à la suite de l'appel de la garantie ou faire droit à une demande du donneur d'ordre tendant à empêcher la réalisation de la garantie¹⁵²⁰.

525. Dans le contexte international, les décisions les plus remarquables se rapportent aux affaires dites iraniennes, consécutives aux différends nés après le changement de régime en Iran en 1979¹⁵²¹. Il a ainsi été jugé abusif l'appel à la garantie dans le cas où l'acte de gouvernement (une circulaire de la Banque centrale iranienne) avait ordonné à tous ses ressortissants bénéficiaires de garanties ou de contre-garanties émises par des banques américaines ou leurs filiales de faire appel à ces garanties, au motif que l'acte de gouvernement était manifestement animé par des raisons purement politiques¹⁵²². De même, plusieurs tribunaux américains ont jugé manifestement frauduleux l'appel des lettres de crédit *stand by*¹⁵²³ en raison de sa nature purement politique. En témoigne, l'affaire *Dynamics Corp. Of America c/ Citizens & Southern National Bank*¹⁵²⁴ dans laquelle le juge semble avoir admis que l'exécution de fraude peut faire échec à l'exécution d'une lettre de crédit *stand by* motivée par des considérations strictement

¹⁵¹⁸ *Ibidem*.

¹⁵¹⁹ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière, op. cit.*, n°313.

¹⁵²⁰ Pour la jurisprudence française, voir les différents arrêts cités par STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. — Garantie bancaire internationale », *op. cit.*, n°72 et s. ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *op. cit.*, n°310 et les références ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. — Régime », *op. cit.*, n°74. Pour la jurisprudence étrangère, notamment anglaise, voir PRÛM André, *Les garanties indépendantes à première demande. Essai sur l'autonomie, op. cit.*, n°439 et les références. Voir aussi, POULLET Yves, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *op. cit.*, spéc. pp. 142 et s.

¹⁵²¹ SIMLER Philippe, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires, op. cit.*, n° 1026.

¹⁵²² Voir sur ce point, AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties indépendantes sont – elles encore indépendantes. Leçons de la crise du Golfe », *RB* 1994, p. 3. Voir en ce sens quelques décisions, Bruxelles, ord. Réf., 6 avril 1982, Alfa – Laval AB c. Melli Bank, D., 1982, p. 504, note M. Vasseur. Dans la même circonstance, voir également, Paris, ord. Réf., 12 février 1982, *Soc. Collins Systèmes International Inc. c. The Chase Manhattan Bank et al. ibid.*, p. 507. Contra. CA Paris, 31 mai 1988, D. 1989, somm. p. 153, obs. M. Vasseur.

¹⁵²³ Sur cette notion voir DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux - Un point de vue belge », *op. cit.*, p. 214, et référence (113).

¹⁵²⁴ Décision citée et rapportée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°433 ; DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux - Un point de vue belge », *op. cit.*

politiques. En l'espèce, une société américaine *Dynamics*, afin de garantir un contrat de fourniture d'équipements militaires en Inde, avait demandé à sa banque d'émettre une lettre de crédit *stand by* en faveur de l'administration indienne. En raison de la guerre entre l'Inde et le Pakistan, les États-Unis décrètent un embargo sur les fournitures de matériels militaires en provenance de l'Inde, paralysant ainsi l'exécution du contrat de fourniture d'équipements militaires. En conséquence, l'administration indienne fit appel à la garantie. Le donneur d'ordre américain se précipita alors devant les tribunaux, afin de demander l'octroi d'une défense de payer, au motif que les bénéficiaires cherchaient à obtenir des avantages compensatoires, en exigeant le paiement des garanties émises. Le tribunal accueillit sa demande et considéra que l'appel de la lettre de crédit *stand by* était frauduleux.

526. Il est admis, également, que la mise en jeu d'une garantie pourrait être jugée abusive s'il apparaît que le bénéficiaire appelait le paiement pour un événement dont il savait pertinemment qu'il était exclu du champ de la garantie, tel un événement de force majeure¹⁵²⁵. Plusieurs décisions américaines, parmi l'avalanche de réclamations provoquées par la crise iranienne, en attestent. Tel est le cas de l'affaire *Touche Ross & Co. v. Manufactures Trust Co*¹⁵²⁶. Dans cette affaire, une firme comptable a été chargée de faire l'audit de certains contrats militaires en Iran. *Touche Ross*, la firme annule le contrat de base pour cas de force majeure. Suivant les termes de ce contrat, son annulation éventuelle devrait entraîner *ipso facto* celle des garanties subséquentes. Les juges accédèrent à la demande d'injonction du donneur en estimant qu'un « aucun appel légitime à la garantie ne pouvait être fait en raison de la résiliation du contrat de base à la suite de la prise d'otages à l'ambassade américaine et au gel de tous les avoirs iraniens subséquents »¹⁵²⁷. Les juges ont conclu ainsi qu'au vu des stipulations du contrat de base, la force majeure qui a résulté de la révolution iranienne, en mettant fin à l'exécution du contrat, devait lever les garanties subséquentes des banques iraniennes. Dans une autre affaire, *Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*¹⁵²⁸, une société américaine *Harris* a conclu avec

¹⁵²⁵ PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n°471 ; SALAMA Saber *L'acte de gouvernement : contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, p. 424 ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 216 et s. ; MATTOU Jean Pierre, *Droit bancaire international*, *op. cit.*, n°244.

¹⁵²⁶ *Touche Ross & Co. v. Manufactures Trust Co.*, 107 Misc. 2d 238, 434 N.Y.S. 2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1980), décision rapportée par MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 809.

¹⁵²⁷ « *As a result of cancellation of the contract due to force majeure, the guaranty has been released, and no legitimate call could be made on the guaranty or the letter of credit* ».

¹⁵²⁸ *Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*, 691 F. 2d 1344 (11 th Cir. 1982), décisions citées par MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 810. Voir également dans le même sens une autre affaire *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, dans laquelle, un contrat de vente prévoyait une clause suivant laquelle la survenance d'un cas de force

l'Iran un contrat de vente d'émetteurs F. M. et a souscrit une lettre de garantie de bonne exécution auprès d'une banque iranienne. L'exécution du contrat était en cours lorsqu'éclata la révolution en Iran. Le contrat permettait aux parties de le résilier en cas de force majeure pour obtenir la mainlevée des garanties subséquentes. Devant l'incapacité du donneur d'ordre d'exécuter le contrat de base jusqu'au bout, le gouvernement iranien présente à la banque garante une demande « proroger ou payer », demande contre laquelle le donneur d'ordre a attaqué et obtenu une défense de payer. Le tribunal juge assez rapidement qu'il y a fraude dans l'appel de la garantie au motif qu'il y a eu violation des termes du contrat de base qui prévoit l'annulation des garanties en cas de force majeure. Selon le même tribunal, « *la demande était en quelque sorte une demande de l'Iran à lui-même et peut avoir été un effort de l'Iran pour récolter une prime non méritée* »¹⁵²⁹. Un autre arrêt, cette fois-ci rendu par la Cour suprême de Finlande le 25 octobre 1992¹⁵³⁰ relatif à la révolution iranienne, retient également l'usage abusif de l'appel à la contre-garantie en raison des événements politico-religieux iraniens constitutifs d'un cas de force majeure dont s'était prévalu le donneur d'ordre pour résilier le contrat de base. La question se pose toutefois de savoir s'il y'avait dans la lettre de garantie une disposition excluant de la couverture des cas de force majeure et plus particulièrement des émeutes, des révolutions, des guerres. L'arrêt ne le précise pas, mais il ne semble pas. Cependant, selon M. Vasseur, l'appel à la contre-garantie est abusif parce que « la force majeure se situe du côté du bénéficiaire ». Ainsi, celui-ci « abuse de l'indépendance de la garantie pour mettre à la charge du donneur d'ordre un aléa qui lui demeure étranger »¹⁵³¹.

527. Il résulte des développements qui précèdent que les juges pour apprécier la fraude ou l'abus se sont fondés sur une exception qui trouvait sa source dans le contrat de base plutôt que sur la demande de paiement. Or selon M. Prüm « Sous peine de ruiner l'indépendance de la sûreté, l'exception ne doit assurément pas être comprise de manière trop extensive. Seules les manœuvres frauduleuses et abusives qui, au-delà du contrat de base, vicient directement le rapport de garantie, méritent d'être prises en considération. Le garant doit se garder, en revanche, d'opposer au bénéficiaire toute exception ou tout objectif ayant trait strictement à la

majeure entraînerait l'annulation du contrat et la mainlevée de la garantie. À la suite de la demande « proroger ou payer de l'Iran, le donneur d'ordre Itek demanda toutefois une mainlevée de la garantie jusqu'à l'année suivante. La Cour a soutenu que « *any demand on the guarantees or letters of credit by Iran in March, 1980 would necessarily have been fraudulent* ».

¹⁵²⁹ « *The demand was in some sense a demand by Iran upon itself and may have been an effort by Iran to harvest undeserved bounty* »

¹⁵³⁰ Cour suprême de Finlande, 25 octobre 1992, D. 1995, somm. 22, note Vasseur.

¹⁵³¹ Note Vasseur sous Cour suprême de Finlande, 25 octobre 1992, *op. cit.*, pp. 22-23.

relation fondamentale et, en particulier, aux conditions d'exécution de celle-ci »¹⁵³². Cependant, cette opinion n'est pas partagée par le reste de la doctrine. En ce sens, M. Simler considère que « si abus il y a, il procède quasi nécessairement du contrat de base¹⁵³³. Le caractère autonome de la garantie et la règle d'inopposabilité des exceptions ne peuvent occulter la relation de fait entre le contrat de base et le contrat de garantie. Si le bénéficiaire a des raisons légitimes d'appeler la garantie, elles résultent nécessairement du contrat de base. S'il abuse de son droit, c'est encore, le plus souvent, par rapport à ce contrat que l'abus sera constitué, à moins que (...), l'appel abusif soit motivé par des raisons totalement étrangères au contrat à l'occasion duquel la garantie a été constituée »¹⁵³⁴. D'après M. Stoufflet, « (...) Il suffit au bénéficiaire de demander l'exécution pour obtenir la garantie, mais cette demande d'exécution se fonde bien sûr une prétention dont la source se trouve dans le contrat de base (...). Si, néanmoins, il est d'ores et déjà prouvé de manière irréfutable que la prétention du bénéficiaire de la garantie ne se trouve sur aucun fondement dans le contrat de base (...) il peut ne pas être satisfait à l'appel de garantie. Telle est l'exception de fraude et d'abus manifeste »¹⁵³⁵.

528. Toutefois, la fraude et l'abus ne sont susceptibles de justifier l'inexécution de la garantie bancaire qu'à la condition qu'ils soient manifestes¹⁵³⁶. Sous peine de remettre en cause l'autonomie de la garantie, la jurisprudence tant française qu'étrangère exige que la fraude ou l'abus soient en outre incontestablement établis. Il faut en effet que l'absence de droit du bénéficiaire soit évidente, qu'elle « crève les yeux », comme l'a souvent écrit le professeur Vasseur¹⁵³⁷. Une simple allégation de la fraude ou de l'abus, la nécessité d'avoir recours à des experts pour l'établir, le soupçon même que l'allégation puisse donner lieu à un litige entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, ne peuvent faire obstacle à l'obligation de payer du garant¹⁵³⁸.

¹⁵³² PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n°450.

¹⁵³³ Voir sur la controverse doctrinale, THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, pp. 216 et s.

¹⁵³⁴ SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *op. cit.*, n°76 ; *Id.*, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, p. 1028.

¹⁵³⁵ STOUFFLET Jean, « La garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 285.

¹⁵³⁶ PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n°450 et n°487 et s. ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 219 ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *op. cit.*, n°79 ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.*, n°313 et s. ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n°1030.

¹⁵³⁷ VASSEUR Michel, « 10 ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes », *RDAI*, 1990, p. 372.

¹⁵³⁸ PELICHET Michel, « Garanties indépendantes », *op. cit.*, n°50 ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *op. cit.*, n°79. Voir en ce sens, les arrêts suivants : CA Paris, 28 juin 1989, D. 1990. Somm. 212, obs. M. Vasseur ; Cass. com., 5 février 1991, Bull. civ. IV, n°49 ; CCC 1991, comm.76, obs. L. Leveneur ; D. 1991, somm. p. 199. Cass. com., 7 octobre 1997, n°95-15.259, JurisData, n°1997-003833 ; JCP G 1998, I, 149, n°8, obs. Ph. Simler ; *RD bancaire et bourse*, 1998, p. 17, obs. M. Contamine-Raynaud. Cass. com., 26 novembre 2003, n°01-10.062, JurisData, n°2003-021078 ; D. 2004, p. 133 ; *RTD com.*, 1 2004, p. 146, obs. D. Legeais. CA

La fraude ou l'abus allégués ne deviennent « évidents » que lorsqu'ils résultent clairement et sans équivoque d'éléments de preuve « liquides » et tangibles¹⁵³⁹¹⁵⁴⁰. Ainsi, le fait que le contrat commercial ait été exécuté en apparence, voire empêché par le créancier ou par un cas de force majeure, ne permet pas d'établir le caractère manifeste de la fraude dans l'appel de la garantie, dans la mesure où le garant ne peut apprécier le bien-fondé des prétentions de chacune des parties¹⁵⁴¹. L'abus ou la fraude ne peuvent être établis qu'à partir de documents objectifs, tels une décision de justice, un certificat de dédouanement, prouvant ainsi de manière instantanée et irréfutable, l'existence de manœuvre de la part du bénéficiaire¹⁵⁴². Tel a été notamment le cas d'un arrêt de la cour d'appel de Paris¹⁵⁴³ qui a pu ainsi interdire le paiement d'une garantie au profit d'une société iranienne qui avait établi « des certificats de terminaison des travaux à 100 % » et dont l'ingénieur-conseil et le service comptable avaient approuvé « les certificats de paiement du donneur d'ordre ».

529. L'exigence de l'évidence de la fraude se retrouve également dans la jurisprudence américaine¹⁵⁴⁴. En effet, on note lors de la crise iranienne toute une série de décisions tendant à

Toulouse, 19 janvier 2006, n°04/02569, JurisData n°2006-312310, qui a jugé que le seul fait de la rupture du contrat par le créancier, même connu du garant, ne rend pas l'appel de la garantie manifestement abusif. Voir aussi Aix Provence, 14 janvier 2010, JurisData n°009860, où le juge a soutenu que n'est pas davantage manifestement abusif, celui qui est seulement susceptible de revêtir un caractère frauduleux.

¹⁵³⁹ Voir en ce sens PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°489.

¹⁵⁴⁰ Il convient de relever cependant que concernant les cas des contre-garanties c'est-à-dire la combinaison d'une garantie et d'une contre-garantie, l'exigence de l'abus ou de la fraude de l'appel de la contre-garantie requiert la preuve d'une double fraude émanant tant du bénéficiaire final (cocontractant du donneur d'ordre) que de la banque garante de premier rang. En effet, comme le souligne Mme Houin-Bressand, « la mise en place indirecte de l'opération apparaît plus contraignante pour le débiteur désireux d'éviter un paiement injustifié, non pas en raison du caractère autonome de la contre-garantie, mais toujours à cause de l'intervention de deux personnes dans le montage de l'opération, qui contraint le débiteur au contrat de base, désireux de faire obstacle au paiement de la garantie, de rapporter la preuve cumulative de la connaissance du caractère abusif par le garant et le bénéficiaire ». (HOUIN-BRESSAND Caroline, *Les contre-garanties*, préf. Hervé Synvet, Dalloz, 2006, n°470, p. 410). Ainsi, le donneur d'ordre qui entend s'opposer à l'exécution de la contre-garantie doit rapporter la preuve cumulative de la connaissance du caractère abusif par le bénéficiaire de la garantie et le garant. Telle est la solution retenue par l'arrêt de la haute juridiction du 3 mai 2016, « le caractère manifestement abusif de l'appel de la contre-garantie ne peut résulter du seul caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang » (Cass. com., 3 mai 2016, n°14-28.962, JurisData n°2016-008370, Bull. civ. ; *JCP G* 2016, 721, note Ph. Simler.) Voir sur ce point également SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », op. cit., n°81 et s. ; SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, op. cit., n°315 et les arrêts cités ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, op. cit., n°1032 et les références.

¹⁵⁴¹ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°441.

¹⁵⁴² Voir en ce sens, PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°490 et les références.

¹⁵⁴³ Décision citée par PRŪM André, op. cit.

¹⁵⁴⁴ De la même manière, l'exigence de l'évidence de la fraude et de l'abus se trouve dans la jurisprudence anglaise. Voir sur ce point PRŪM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°487 et les jurisprudences citées. Voir aussi MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°443, qui cite la décision rendue dans l'affaire *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. c. National Westminster Bank Ltd.*, où le juge Kerr a soutenu que ce n'est que dans des cas exceptionnels de fraude manifestement établie, « established fraud », que les juges anglais acceptent d'interdire le paiement d'une garantie indépendante.

débouter les demandes de défense de payer des donneurs d'ordre à l'égard de leur banque contre garant, au motif que la seule crainte d'un appel abusif ou frauduleux est insuffisante pour justifier une injonction interlocutoire aux banques¹⁵⁴⁵. En témoigne la décision rendue dans l'affaire *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*¹⁵⁴⁶, dans laquelle le donneur d'ordre afin d'empêcher la banque contre garante d'honorer ses engagements vis-à-vis de la banque iranienne, invoquant le caractère frauduleux de l'appel en ce qu'il était motivé uniquement par des considérations purement politiques. Le tribunal refusa d'établir la fraude en absence de preuve d'une « intention de causer un préjudice ». Telle était également la solution retenue dans l'affaire *KMW International v. Chase Manhattan Bank*¹⁵⁴⁷. Le tribunal a exigé la preuve d'une « faute intentionnelle effective » plutôt qu'une simple appréhension. Il a aussi soutenu que « *insurrection or supervening impossibility are nor equivalent of fraud. The 'unsettled situation in Iran' is simply insufficient to release any party from obligations under the letter of credit* ». Ainsi, une simple probabilité ou un risque de fraude ne justifient pas, par conséquent, un refus d'exécuter la garantie. En effet, le juge doit avoir la conviction que la fraude ou l'abus invoqué est hautement vraisemblable pour justifier qu'il soit fait défense de payer à la banque garante d'exécuter son obligation de payer à première demande, faute de quoi l'inopposabilité des exceptions, inhérentes à l'autonomie, resterait lettre morte¹⁵⁴⁸. Dès lors, toute recherche d'un abus ou d'une fraude qui serait seulement alléguée supposerait que des preuves soient apportées. Mais, la démonstration faite par le donneur d'ordre n'est point convaincante « si pour établir la mauvaise foi du bénéficiaire, il s'avère nécessaire de recourir à la production de preuves supplémentaires, de procéder à des mesures d'instruction ou d'appeler des tiers à la cause »¹⁵⁴⁹.

530. Force est de conclure que même autonomes, les garanties bancaires internationales ne sont pas à l'abri des risques politiques nationaux et internationaux au point qu'un auteur¹⁵⁵⁰ est venu à se demander si les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes ? Aussi, les choses se compliquent encore plus en cas d'incidences d'un embargo sur les activités bancaires. En effet, les difficultés pour exciper de la fraude ou de l'abus manifeste ont conduit, dans

¹⁵⁴⁵ MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 804.

¹⁵⁴⁶ *Supra*, Affaire précitée.

¹⁵⁴⁷ *Supra*, Affaire précitée.

¹⁵⁴⁸ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°446.

¹⁵⁴⁹ Décision citée par PRÛM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, *op. cit.*, n° 491 et référence (38). Voir aussi, SIMLER Philippe, « Garantie autonomes. – Régime », *op. cit.*, n°79.

¹⁵⁵⁰ AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes ? Leçon de la crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 3-12.

certaines circonstances extrêmes, à résoudre la question de manière radicale, par l'instauration d'un embargo à l'encontre de certains États, interdisant tout règlement, donc toute exécution d'une garantie autonome. La situation concernant l'Irak en constitue un exemple.

B- Le sort des garanties indépendantes affectées par le droit de l'embargo : le cas de l'embargo irakien¹⁵⁵¹

531. Sans doute, les affaires iraniennes ont-elles, à cet égard, servi de leçon. Le conflit irako-koweïtien, constituant un précédent, a généré des conséquences différentes à propos d'un même mécanisme juridique à partir de la guerre du Golfe. En effet, le caractère indépendant des garanties à première demande délivrées en faveur des bénéficiaires irakiens a conduit à de nombreuses interventions législatives pour en paralyser le paiement lorsque l'Irak a envahi le Koweït à l'aube du 2 août 1990. Un embargo a été décrété par la résolution n°661 du 6 août 1990 de l'ONU introduite dans l'Union européenne par les règlements 2340/90 du 8 août 1990 et 3155/90 du 29 octobre 1990¹⁵⁵², visant à interdire tout échange commercial avec l'Irak ainsi que « les activités qui auraient pour effet de favoriser ou sont conçues pour favoriser ces échanges » (1). En outre, devant les inquiétudes exprimées par les entreprises européennes de voir un appel massif et abusif des garanties après la levée de l'embargo, le conseil de sécurité des Nations Unies a adopté le 3 avril 1991 la résolution 687 § 29 faisant obligation aux États de prendre des mesures interdisant aux Irakiens de réclamer un quelconque droit en relation avec les contrats ou opérations dont l'exécution avait été interrompue du fait des mesures de contrainte. La résolution fut transposée à l'échelle communautaire par le règlement n°3541/92 du 7 novembre 1992 et à l'échelon national, par exemple par l'article 45 de la loi française n°91-716 du 26 juillet 1991¹⁵⁵³. Ces dispositions, interdisant de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux garanties, n'ont toutefois prévu aucune disposition expresse quant au

¹⁵⁵¹ En effet, même si les mesures adoptées contre les autres pays étant identiques, ou tout au moins, très proches de celles adoptées contre l'Irak, il n'y a pas eu, semble-t-il, de jurisprudence à leur égard. Alors que les mesures de contraintes économiques adoptées contre l'Irak offrent quant à elles une illustration particulièrement saisissante de l'affectation du droit des garanties autonomes par le droit de l'embargo. En outre, il fait école et valeur d'exemple pour les conflits ultérieurs.

¹⁵⁵² Voir en ce sens, PRÛM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., n°416. ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, op. cit., n°257.

¹⁵⁵³ Sur ces dispositions, GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », op. cit., pp. 2-3 ; *Id.*, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », op. cit., pp. 99-100 ; PRÛM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit. et les références ; AFFAKI Bachir Georges, *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, op. cit., pp. 719 et s. ; SYNDET Hervé, « L'embargo : aspect de droit bancaire », in *L'embargo*, op. cit., pp. 226 et s. MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », op. cit., pp. 812 et s. ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., pp. 224 et s. ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., pp. 396 et s. ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, op. cit. ; CHEMAIN Régis, « Embargo », op. cit., n°193.

sort des garanties. Ce qui conduisit à une interprétation jurisprudentielle de telle sorte que les rares décisions connues ont jugé que ces dispositions devraient être interprétées comme entraînant la caducité définitive des garanties et contre-garanties consenties en faveur de l'Irak, même si le terme contractuel des obligations du garant se révélait postérieur à la levée de l'embargo (2).

1- La paralysie de l'exécution des garanties indépendantes pendant la durée de l'embargo

532. Depuis les années 90, les sanctions économiques adoptées par le Conseil de sécurité ont connu un essor considérable tout en gagnant en intensité. Ce changement de stratégie politique s'est traduit par un élargissement considérable de la portée des mesures d'embargo. D'une conception étroite de l'embargo consistant en l'interdiction des seuls produits en rapport avec le différend commercial, les autorités internationales ont cherché à mettre en place une conception extensive, en ce qu'elle permettrait d'assimiler toute forme de pression économique passant par une limitation imposée des échanges à une interruption de toute relation financière¹⁵⁵⁴. Cette stratégie introduite par le texte international et le règlement communautaire n°2340/90 sur la situation en Irak témoigne donc la volonté de ses concepteurs d'empêcher l'État sanctionné d'accroître ou de reconstituer ses forces¹⁵⁵⁵. Ainsi, le règlement CEE n°2340/90 du Conseil des Communautés avait pour objectif premier d'interdire les importations et les exportations en provenance ou à destination de l'Irak et du Koweït. Mais il prohibait également dans son article 2, 1° « toute activité ou transaction déjà conclue ou partiellement exécutée, ayant pour objet ou pour effet de favoriser l'exportation de tout produit originaire ou en provenance de l'Irak ou du Koweït ». Étaient ainsi visées notamment toutes les activités

¹⁵⁵⁴ Il convient de rappeler que des mesures semblables ont été prises à l'encontre de la Libye par la résolution 883 de 1993 (voir également le règlement CE n° 3275/93, 29 novembre 1993 ; à l'échelle nationale : A. 29 novembre 1993 : JO 30 novembre 1993, p. 16535). De même, c'est ce schéma qui a été suivi pour l'embargo contre la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro). En effet, le Conseil, par sa résolution 713 de 1992, décida d'élargir les sanctions en incluant une interdiction des transactions financières (Règl. CE n° 1432/92 ; JOCE, n° L151/4 à 151/6 du 3 juin 1992. Pour une application, CA Paris, 1^{er} déc. 1995 : JurisData n°1995-025192). En Haïti, en raison de la menace contre la paix survenue par le renversement du président Aristide démocratiquement élu le 29 septembre 1991, des sanctions économiques et financières furent aussi mises en œuvre par le Conseil de sécurité dans le cadre de sa résolution 940 en 1994 (voir le Règl. CE n°1264/94 du 30 mai 1994, JOCE, n° L 139 à 139/3 du 2 juin 1994, p. 4). En Afghanistan, les talibans firent l'objet de mesures de contrainte non armée depuis leur prise de pouvoir en 1996, bien avant le déroulement des attentats terroristes du 11 septembre 2001. Des restrictions de vol pour la compagnie aérienne afghane « Ariana », et financières par le gel des actifs des talibans à l'étranger, ainsi qu'un embargo sur les armes fut prononcé par le Conseil (v. Règl. CE n°467/ 2001 du 6 mars 2001 ; JOCE n° L 067 du 09 mars 2001, p. 0001-0023). Voir aussi, récemment pour la Côte d'Ivoire (Règl. CEE n°174/ 2005 du 31 janvier 2005, JOCE, L 29 du 2 février 2005, pp. 5-15) et pour le Mali (résolution 2374 (2017) concernant le gel des avoirs de personnes ou entités désignées comme étant responsables ou complices des activités ou politiques faisant peser une menace sur la paix.

¹⁵⁵⁵ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°449.

financières directement liées à une opération de vente ou de fourniture de produits. En particulier, les garanties indépendantes, destinées à favoriser économiquement l'activité commerciale par son paiement, étaient manifestement visées par les textes¹⁵⁵⁶. En effet, la plupart des contrats commerciaux conclus entre un fournisseur occidental et un acheteur irakien comportaient une clause de garantie bancaire en faveur de ce dernier¹⁵⁵⁷. L'enjeu était donc d'importance, car les garanties bancaires prises dans le cadre des relations commerciales avec l'Irak portaient sur près de dix milliards de francs. Dès lors, le dispositif de l'embargo dans l'esprit de ses auteurs aurait été certainement incomplet s'il n'avait, à l'instar des contrats de base, prévu un régime spécifique paralysant l'exécution des garanties bancaires. Ce faisant, les garanties, en dépit de leur autonomie juridique, sont « gelées » pendant toute la durée de validité de l'embargo.

533. Si une telle mesure supprime tout débat relatif au caractère manifestement abusif ou non de l'appel des garanties, elle conduit toutefois à une dénaturation profonde de la rigueur de l'engagement de paiement que prend le garant ou le contre-garant lors de la souscription de la garantie¹⁵⁵⁸. Le principe selon lequel les garanties indépendantes sont détachées des aléas liés à l'obligation de base est donc compromis. Comme l'observent MM. Grelon et Dal Farra, « les garanties financières sont regardées comme des actes juridiques tendant à favoriser la conclusion du contrat de base et à ce titre elles se trouvent solidarisées avec celui-ci »¹⁵⁵⁹. Ainsi, selon Mme Marchand « en réalité, c'est une sorte d'indivisibilité, un véritable lien de dépendance qui a été créé par les pouvoirs politiques entre le contrat principal et la garantie qui accompagne ce dernier. De fait, lorsque l'embargo frappe l'opération économique principale, il rejaillit nécessairement sur le contrat de garantie subséquent »¹⁵⁶⁰. De sorte que toute mesure d'exécution de la garantie devienne proscrite par l'embargo.

¹⁵⁵⁶ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *op. cit.*, p. 1 ; MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *op. cit.*, p. 812 ; SYNVET Hervé, « L'embargo : aspects de droit bancaire », *in L'embargo, op. cit.*, p. 217 ; GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 649 ; CHEMAIN Régis, « Embargo », *op. cit.*, n°193 ; SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires, op. cit.*, n°1035 ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *op. cit.*, n°85.

¹⁵⁵⁷ DAL FARRA Thierry et GRELON Bernard, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : l'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *op. cit.*, p. 98 THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales, op. cit.*, p. 224.

¹⁵⁵⁸ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international, op. cit.*, n°451 ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *op. cit.*

¹⁵⁵⁹ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁶⁰ SYNVET Hervé, « L'embargo : aspects de droit bancaire », *op. cit.*, p. 225.

534. Cependant, un tel acte est par hypothèse temporaire. En revanche, des problèmes particuliers sont soulevés par les garanties lorsqu'une garantie ayant été émise avant une décision d'embargo et que son exécution a été paralysée pendant la période de gel des relations financières survivait à la levée de l'embargo¹⁵⁶¹. L'hypothèse est ici qu'une garantie est encore en vigueur du seul effet des relations contractuelles nouées avant l'édiction des textes instituant l'embargo : clause de force majeure ou durée de garantie effectivement supérieure à celle de l'embargo¹⁵⁶². Il semblerait que les dispositions qui ont été adoptées pour résoudre la question des demandes liées à une convention dont l'exécution a été affectée par des mesures d'embargo doivent se traduire par une véritable caducité à la levée de l'embargo.

2- La caducité des garanties indépendantes après la levée de l'embargo

535. L'embargo, étant par essence temporaire, finira bien par être levé un jour. Ainsi, de la même manière dont la fin de l'embargo permet la reprise des échanges commerciaux, la plupart des relations financières vont pouvoir reprendre leur cours normal : les comptes seront débloqués, les paiements redeviendront possibles. Cependant, sous l'empire du droit de

¹⁵⁶¹ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°452.

¹⁵⁶² Il convient de relever cependant qu'en pratique, une garantie financière peut être assortie d'une clause de « proroger ou payer » ou « *extend or pay* ». Une telle clause permet au bénéficiaire de la garantie bancaire de mettre en demeure le banquier garant, soit de payer la garantie ou de proroger la durée initiale de la garantie. Cependant, en matière d'embargo, la portée de cette clause a suscité un important débat doctrinal. Deux thèses se sont confrontées. L'une soutenant d'une part que la clause « *extend or pay* » doit être analysée comme créant une obligation alternative au sens de l'ancien article 1189 (nouv. art. 1307) du Code civil (GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *op. cit.*, pp. 98-99). Selon cette thèse, le créancier aurait le choix entre les différents objets de l'obligation. Ainsi, si le banquier garant ne peut pas payer du fait de la paralysie de la garantie décidée par le droit de l'embargo, il est alors tenu d'exécuter l'autre branche de l'alternative, donc de proroger la garantie. Mais pour ces auteurs, cette prorogation constitue elle-même un mode d'exécution de la garantie, et cela, s'avère incompatible avec la réglementation relative à l'embargo, puisqu'elle constituerait « une activité ayant pour objet ou pour effet de favoriser ces ventes ou ces fournitures ». En outre, ces auteurs considèrent que le droit de l'embargo aurait un double impact sur les garanties. Il aurait pour effet de bloquer non seulement l'appel des garanties indépendantes accordées à ses bénéficiaires irakiens, mais également le mécanisme de leur prorogation. L'autre postulant d'autre part que les demandes de prorogation n'entrent pas dans le champ d'application des prohibitions édictées. En effet, le garant s'engageant lors de la conclusion du contrat s'oblige uniquement à payer une somme d'argent déterminée à réception d'un appel conforme du bénéficiaire. Ainsi, lorsqu'il est destinataire d'une demande de « proroger ou payer », il demeure libre de refuser de proroger. Et, s'il consent à une prorogation, ce n'est pas en exécution de son engagement initial (AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes ? Leçon de la crise du Golfe », *op. cit.*, p.6 ; *Id.*, « Les garanties bancaires internationales à l'épreuve de l'après-guerre du Golfe », *JCP E*, n°43, 26 octobre 1995, 735, II). Cependant, M. Synvet écrit à cet égard que même si cette dernière analyse est sans doute juste dans ses prémisses, elle débouche toutefois sur une solution erronée en cas d'embargo. Car il estime que « si la prorogation ne participe pas à l'exécution d'une obligation du garant, elle constitue une sorte d'avenant, ayant pour objet la fixation d'un nouveau terme, à la garantie initiale. Or, un avenant est, en soi, un accord contractuel. L'embargo prohibant non seulement l'exécution des contrats passés antérieurement, mais aussi la conclusion de nouvelles conventions, paraît bien faire obstacle à l'acceptation d'une demande de prorogation. Rien ne peut donc empêcher l'extinction de la garantie, pendant la période d'embargo, par l'arrivée du terme assigné à l'engagement de garantie dans la convention d'origine » (SYNVET Hervé, « L'embargo : aspect de droit bancaire », *op. cit.*, p. 229. Sur la controverse, voir également, MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°453.

l'embargo, la question se posera de savoir ce qu'il adviendra des engagements contractuels, notamment bancaires dont l'exécution a été paralysée par le droit spécial de l'embargo. En clair, lorsqu'une garantie affectée par les mesures de mise en œuvre des résolutions de l'ONU est encore en vigueur en vertu de ses propres stipulations au jour de la levée de l'embargo peut-elle être appelée par son bénéficiaire ou bien doit-elle être considérée comme définitivement caduque ? La réponse à cette question a été apportée pour la première fois par le tribunal civil de Padoue, à l'occasion du premier contentieux soulevant le problème du sort des garanties dans l' « après-guerre du Golfe ». En effet, le tribunal de Padoue, dans sa décision en date du 1^{er} octobre 1993,¹⁵⁶³ jugea que le règlement CE n°3541-92 pris en application des résolutions du Conseil de Sécurité n°661/90 promulguée dans le contexte de l' « après-guerre du Golfe » entraînait l'extinction définitive des garanties et contre-garanties consenties en faveur de l'Irak, ainsi que des accords qui ont pu être conclus entre donneurs d'ordre européens et banques européennes contre-garantes¹⁵⁶⁴. Autrement dit, selon le tribunal de Padoue, les garanties irakiennes ne sont pas simplement gelées, suspendues, jusqu'à la levée de l'embargo¹⁵⁶⁵.

536. Dans cette affaire, trois entreprises italiennes, *Endeco*, avaient conclu le 25 août 1989 avec l'État irakien, un contrat portant sur la réalisation d'un ensemble industriel. L'État irakien avait exigé en contrepartie du crédit documentaire accordé aux sociétés *Endeco*, donneuses d'ordre, des garanties de restitution d'acomptes et de bonne fin. La banque irakienne *Rafidain Bank-Irak* a accordé les garanties de premier rang et s'est faite contre-garantie par un pool de banques italiennes composé de deux banques : *Banca nazionale del Lavoro* et *Banca commerciale italiana*. Celles-ci étaient elles-mêmes garanties par les sociétés donneuses d'ordre *Endeco*, qui, en garantie de l'engagement qu'elles prenaient envers elles, avaient constitué des nantissements en leur faveur. Le conflit irako-koweïtien éclata. L'embargo décidé par le Conseil de sécurité des Nations Unies entraîne l'arrêt de l'exécution du contrat de base. Intervient, en date du 7 décembre 1992, le règlement CEE n°3541-92 précité. Dans ce contexte, le donneur d'ordre *Endeco*, assigna le pool de banque, entendant faire constater l'extinction de

¹⁵⁶³ Trib. civ. Padoue, 1^{er} octobre 1993, *Endeco Barazzuol J.V. c/Banca Nazionale del Lavoro et Banca Commerciale Italiana*, Fait et procédure rapportés par AFFAKI Georges Bachir, « Les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes ? Leçons de la crise du Golfe », *op. cit.*, pp. 11-12 et par VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 43.

¹⁵⁶⁴ Il convient de noter qu'a priori, un tel contentieux ne pouvait pas être résolu expressément et directement par le règlement n°3541/92 du Conseil des ministres. C'est grâce à son pouvoir d'interprétation que le juge italien a pu répondre à cette question. Voir en ce sens, THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁶⁵ VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *op. cit.*, n°2.

l'engagement qu'il a pris envers les banques contre-garantes, ainsi que les nantissements constitués en garantie de son exécution. Statuant en référé, le juge civil de Padoue fit droit à la demande des donneurs d'ordre, considérant que le règlement n°3541-92 du 7 décembre 1992 a mis en place un dispositif de protection « permanent » et qu'il prône une interdiction d'exécution « définitive et sans limitation de temps », ce qui aboutit à la caducité permanente et définitive des garanties »¹⁵⁶⁶. Cependant, les banques ne l'entendent pas ainsi. En effet, elles soutiennent que leurs contre-garanties ont simplement été gelées en conséquence du règlement communautaire, et cela jusqu'à la levée de l'embargo. Par conséquent, elles contestèrent l'ordonnance et saisirent le tribunal civil de Padoue. Par ordonnance en date du 14 mai 1993, le tribunal donne raison aux banques au motif que « *si le Conseil CEE a édicté une interdiction absolue et généralisée, il n'a en aucune manière déterminé le sort des relations existantes. La mesure communautaire se limite à interdire « de faire droit » aux demandes Irakiennes et a pour seul effet de légitimité le rejet de ces demandes, ce qui implique non pas l'extinction de la relation, mais simplement que son exécution ne peut être demandée* ». En clair, « le règlement se serait uniquement placé sur le terrain de la procédure et édicta simplement une fin de non-recevoir de la demande »¹⁵⁶⁷. Les sociétés *Endeco* intentèrent alors un procès sur le fond de l'affaire contre les mêmes banques. Elles réitérèrent leur première demande à savoir la mainlevée des nantissements et l'extinction des garanties. Toutefois, entre temps, une lettre de la Direction générale de la Commission CEE, ainsi qu'une circulaire du ministère italien de Commerce extérieur furent édictées dans le sens de la thèse des sociétés. Le tribunal de Padoue fit droit alors à la demande du donneur d'ordre en décidant que les garanties et contre-garanties étaient définitivement privées d'effet. À leur tour, les banques firent appel de la décision. Le tribunal civil de Padoue, statuant en formation collégiale, n'a pas retenu l'argumentation des banques selon laquelle il faut interpréter les termes « d'une façon permanente » comme signifiant « stable et durable » plutôt qu'« éternel ou perpétuel ». Mais il donna à l'adjectif « permanent », stipulé au Règlement n°3541/92, le sens qui s'impose : « définitif », sens découlant indiscutablement de l'esprit de la norme communautaire et de la sanction qu'elle a pour but d'édicter. Le tribunal adhéra finalement à la décision du juge unique et conclut ainsi à la caducité des garanties et contre-garanties ainsi que des nantissements¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁶ Voir en ce sens, AFFAKI Georges Bachir, « Les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes ? Leçons de la crise du Golfe », *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁶⁷ Extrait cité par VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *op. cit.*

¹⁵⁶⁸ AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties bancaires internationales à l'épreuve de l'après-guerre du Golfe », *op. cit.*, III ; SYNDET Hervé, « L'embargo : aspect de droit bancaire », *op. cit.*, p. 231 ; SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, pp. 425-426 ;

537. La cour d'appel de Paris a également été amenée à se prononcer sur le sort des garanties bancaires délivrées au profit d'organismes irakiens, à l'occasion de l'adoption du règlement n°3541/92 du 7 décembre 1992¹⁵⁶⁹. En l'espèce, une société libanaise, *Butec SAL*, avait conclu avec une entité publique irakienne, *SEP*, un contrat de vente de matériel destiné à la construction d'une station de compression de gaz en Irak. Deux garanties de restitution d'acomptes avaient été émises par la *Rafidain Bank*. Celle-ci se fit contre-garantie par une banque française, qui exigea en sûreté de son engagement la constitution à son profit d'un gage-espèces par le vendeur. L'expiration du délai d'appel, après prorogation, avait été fixée au 15 novembre 1990 pour les garanties et au 30 novembre 1990 pour les contre-garanties. À la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak, le Conseil de sécurité des Nations Unies agissant en vertu du chapitre VII de la charte adopta sa résolution 661, interdisant tout échange commercial avec l'Irak. Le contrat de fourniture se trouvait ainsi suspendu par l'effet de l'embargo. En absence de clauses de force majeure qui suspendraient l'échéance des garanties et contre-garanties jusqu'à la levée des sanctions, la banque garante de premier rang irakienne demanda alors à la banque française contre-garante de proroger les deux contre-garanties jusqu'au 15 février 1991 ou de les payer. Devant le refus du Trésor d'accorder les autorisations requises à la prorogation des contre-garanties, la banque irakienne *Rafidain Bank* demanda à la banque française de conserver les contre-garanties jusqu' à nouvel ordre. Le cessez-le-feu mettant fin au conflit du Golfe entraîna l'application du règlement CE n°3541/92 du 7 décembre 1992. Le donneur d'ordre *Butec SAL*, jugeant que désormais les contre-garanties ne peuvent plus être mises en jeu, assigna la banque garante de premier rang et la banque contre-garante devant le tribunal de commerce de Paris afin que soit constatée, d'une part, la caducité des garanties et contre-garanties et d'autre part, l'extinction du gage d'espèces. Notant la clause attributive de compétence exclusive au profit des juridictions irakiennes, stipulée contractuellement, dans les contre-garanties litigieuses, ainsi que dans le contrat de base, le tribunal se déclara incompétent pour statuer sur la demande du donneur d'ordre. Retenant cependant sa compétence à l'égard de la demande de mainlevée du gage-espèces constitué par le donneur d'ordre au profit de la banque française contre-garante, le tribunal se déclara mal fondé en l'absence des moyens nécessaires pour apprécier l'extinction définitive des contre-garanties. Saisie du recours introduit aussitôt par le donneur d'ordre, *Butec*, la cour d'appel de Paris infirma le jugement

THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 241 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°517 ; MATTOU Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, op. cit., n°257.

¹⁵⁶⁹ CA Paris, 23 juin 1995, *Rafidain Bank et al c. Sté Butec et al*, *JCP E* 1995. II. 735, note B.G. Affaki ; *JDI* 1997, p. 441, note A. Jacquemot.

déferé en tous ses points. Retenant, tout d'abord, sa compétence à l'égard de l'ensemble des rapports 'indépendants', la cour jugea ensuite caduques les garanties et contre-garanties en litige au motif que la clause « prorogez ou payez » ne constituait pas un appel ferme et qu'il n'y avait pas eu de demandes de prorogation postérieure au 15 février 1991. De surcroît, la cour d'appel considéra que si « *l'interdiction édictée par le règlement communautaire 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 expiration lors de sa levée. Dès lors, les garanties et contre-garanties litigieuses, étant d'ores et déjà, arrivées au terme convenu, ne sauraient être appelées après la levée de la mesure d'interdiction* ». On peut légitimement déduire de cette solution que seules les garanties expirées pendant la période d'embargo devaient être considérées comme définitivement caduques, les autres pourront à nouveau être mises en jeu, une fois les mesures d'interdiction levées. La cour d'appel de Paris paraît donc s'orienter vers la seule suspension des engagements bancaires pendant la période de la validité de l'embargo¹⁵⁷⁰.

538. Un tel raisonnement n'a pas laissé indifférent¹⁵⁷¹. En effet, selon certains auteurs, une telle interprétation est conforme à l'exégèse des textes normatifs qui édictent une fin de non-recevoir à toute demande de paiement ou de prorogation, mais qui ne se sont en aucune manière prononcés sur le sort des garanties. Dans ces conditions pour ces auteurs, il était parfaitement légitime de considérer les garanties qui sont encore en vigueur, à la levée de l'embargo, comme éligibles¹⁵⁷². Cependant, d'autres commentateurs, comme M. Affaki¹⁵⁷³, estiment que l'interprétation ainsi donnée par la cour d'appel de Paris contredit tant le texte que l'esprit du règlement CE n°3541/92. En effet, cet auteur relève qu'en l'espèce, les garanties et les contre-garanties avaient fait l'objet d'un appel ferme et non équivoque pendant leur durée de validité. De ce fait, on ne pouvait conclure à leur caducité par l'arrivée du terme. Cependant, les garanties

¹⁵⁷⁰ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁵⁷¹ Et pourtant, cet arrêt a été confirmé par Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, JurisData n°000823, *JDI*, 1998, pp. 963-969 ; *JCP* 1998. I. 149, n°10, obs. Ph. Simler. Cité par SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, « Sûretés - Droit des sûretés », *JCP G* 1998, n°27, doct. 149, n° 34 - 35.

¹⁵⁷² Voir en ce sens, VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *op. cit.*, n°7 ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, *op. cit.*, p. 255 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°518.

¹⁵⁷³ AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties bancaires internationales à l'épreuve de l'après-guerre du Golfe », *op. cit.*

et contre-garanties étaient effectivement caduques conformément à une juste interprétation du règlement CEE et non celle qu'en a faite la cour d'appel ¹⁵⁷⁴.

539. Telle était aussi l'analyse retenue par la Chambre des Lords dans un arrêt en date du 5 juin 2001¹⁵⁷⁵ concernant le sort des engagements bancaires souscrits au profit d'entités irakiennes et gelés par le droit de l'embargo issu de la crise du Golfe. Dans cette affaire, dont les faits s'apparentent à ceux des autres litiges¹⁵⁷⁶, le problème se posait de nouveau essentiellement sur le terrain de l'interprétation du règlement CE n°3541/92. Les juges anglais ont ainsi tout d'abord essayé de dégager le sens véritable du terme « permanent » énoncé dans ledit règlement. Ils ont dès lors considéré que l'objectif principal du règlement est de protéger de manière permanente les parties non irakiennes, dans l'impossibilité ponctuelle de remplir leurs obligations contractuelles, contre le risque d'appel systématique aux garanties émises au titre des marchés prohibés. De ce fait, la prohibition relative aux demandes en rapport avec les transactions commerciales et financières affectées par les mesures d'embargo est permanente et doit continuer à produire effet après la levée définitive de l'embargo. C'est en se fondant sur un tel raisonnement que les magistrats anglais sont parvenus à la conclusion que les garanties et les contre-garanties litigieuses sont frappées de caducité.

540. Ainsi, à comparer la décision anglaise à celle italienne et française, on aboutit à la même solution à savoir la caducité des garanties et des contre-garanties, mais par des voies distinctes¹⁵⁷⁷. Les jurisprudences italiennes et anglaises se sont prononcées pour une interprétation du règlement CE n°3541/92 consacrant la caducité des garanties bancaires, émises avant la guerre, pendant la période de l'embargo. Dès lors, dans ces deux pays, le sort

¹⁵⁷⁴ Voir également sur ce point, THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., pp. 246 et s.

¹⁵⁷⁵ *Shanning International Ltd v. Lloyds TSB Bank plc, Lloyds TSB Bank plc v. Rasheed Bank*, (2001) UKHL 31. Décision citée et reportée par MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°520 et s.

¹⁵⁷⁶ Le 16 septembre 1989, une société anglaise, *Shanning* s'engage à fournir du matériel médical et hospitalier à un organisme public irakien, *Al-Mansour Contracting Co de Bagdad*. Ce dernier a versé un acompte, représentant 20 % du prix d'achat, qui a fait l'objet d'une garantie de restitution émise par la banque de premier rang irakienne *Rasheed* le 27 janvier 1990, elle-même contre-garantie par une banque anglaise, *Lloyds Bank*, le 22 décembre 1990. La banque anglaise a exigé également à son tour de la part de l'exportateur la constitution d'un nantissement portant sur la totalité des acomptes déjà versés. À la suite des mesures d'embargo décrétées par le Conseil de sécurité le 6 août 1990, l'exécution du contrat de fourniture fut interrompue. Le donneur d'ordre, *Shanning*, tombé en liquidation, jugeant que les contre-garanties ne pouvaient plus être mises en jeu, assigna la banque contre-garante devant la Chambre des Lords, afin de constater la caducité des engagements, et par voie de conséquence, la main levée des nantissements constitués au profit de la banque contre-garante.

¹⁵⁷⁷ VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », op. cit. ; THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 247 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, op. cit., n°522.

des garanties et des contre-garanties, à la levée de l'embargo irakien, est désormais scellé. Alors que le droit français pour conclure à la caducité a choisi de s'appuyer uniquement sur le terme extinctif des garanties. Ainsi, selon la jurisprudence française, le règlement n'a pas entraîné de plein droit l'extinction de tous les contrats en vigueur au jour de l'embargo, mais seulement, celles « étant d'ores et déjà arrivées au terme convenu ».

541. Cependant, devant la divergence dans l'interprétation judiciaire du Règlement CE n°3541/92, le législateur italien a promulgué le 27 juillet 1994 une loi transposant dans l'ordre juridique italien des dispositions de la résolution 883 du 11 novembre 1993 intervenues à la suite de l'embargo décidé à l'égard de la Libye, dont les dispositions reprennent celles du règlement CE n°3541/92. L'article 2 §2 de cette loi déclare définitivement éteintes les garanties et contre-garanties émises lors de la passation de marché avec la Libye. En outre, le même paragraphe 2 de l'article 2 dispose que « *doivent aussi être considérées comme définitivement éteintes les garanties et contre-garanties financières auxquelles s'applique le règlement du Conseil des Communautés européennes n°3541 en date du 7 décembre 1992 relatif à l'Irak* »¹⁵⁷⁸.

542. Par ailleurs, aujourd'hui, c'est une autre solution que proposent les RUGD de la CCI dans sa version 2010 qui se décline autour de trois idées¹⁵⁷⁹. En effet, son article 26 prévoit que si la garantie expire pendant une période de force majeure, elle sera automatiquement prorogée de trente jours. Si la demande de paiement a été formulée avant l'événement de force majeure, mais n'a pas été examinée dans les cinq jours ouvrés en raison de la survenance de cet événement, alors cette période de cinq jours est suspendue jusqu'à la reprise d'activité du garant. Enfin, en cas de demande conforme et d'impossibilité de réaliser le paiement, en raison d'un événement de force majeure, celui-ci interviendra dès la cessation de l'événement, même si entre-temps la garantie est éteinte. Les mêmes dispositions sont prévues pour la contre-garantie.

543. Toutefois, pour conclure, on constate à l'instar du professeur Saber que la thèse de la caducité comme conséquence de ce droit de l'embargo caractérise le mieux cet effacement des

¹⁵⁷⁸ Voir en ce sens, VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *op. cit.*

¹⁵⁷⁹ Voir en ce sens, MATTOUT Jean-Pierre, « La révision des Règles uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758) », *op. cit.*, n°6 ; PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande », *RTD com.*, 2010, p. 513, n°13 ; *Id.*, « Garantie à première demande », *op. cit.*, n°159 ; SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *op. cit.*, n°85.

effets initialement prévus par les parties, par les pouvoirs réglementaires¹⁵⁸⁰. Cette opinion que nous partageons pour l'essentiel paraît la plus raisonnable en matière de garanties affectées par l'embargo contre l'Irak. En effet, la consécration de la thèse de la caducité des garanties indépendantes s'explique par la gravité du contexte créé par l'invasion du Koweït et sa condamnation par la communauté internationale. Ainsi, dans une telle situation, comme le soulignent MM. Grelon et Dal Farra, « il eût été anormal que l'Irak, sur le fondement du droit commun des garanties, ait obtenu la compensation financière de l'embargo par la mise en jeu des garanties et des contre-garanties consenties »¹⁵⁸¹. L'idée était donc d'éliminer une fois pour toutes les possibilités pour l'Irak d'obtenir une quelconque indemnisation sur le fondement des contrats de garantie, dont l'exécution avait été frappée par l'embargo¹⁵⁸².

544. En conclusion, il ressort de cette étude que les mesures d'embargo par nature temporaire entraînent en principe la suspension de l'exécution de l'obligation contractuelle, sans toutefois engager la responsabilité du débiteur si elles remplissent les caractères de la force majeure requis par le système juridique compétent au titre de la *lex contractus*, ou par la clause contractuelle de force majeure. Ce n'est que si l'embargo touche durablement l'exécution du contrat, qu'il produit un effet extinctif. L'embargo peut également affecter un contrat qui fait partie d'un ensemble contractuel économique indivisible. Cette affectation est susceptible d'affecter par ricochet, en raison de cette indivisibilité, les autres contrats qui ne sont pas visés comme telle par le fait du prince.

¹⁵⁸⁰ SABER Salama, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, *op. cit.*, p. 427 ; MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n°523.

¹⁵⁸¹ GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *op. cit.*, p. 100.

¹⁵⁸² Il convient de relever cependant que pour un certain nombre d'auteurs, cette thèse porte atteinte au principe de l'indépendance des garanties. (Voir en ce sens, AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties indépendantes sont-elles encore indépendantes ? Leçon de la crise du Golfe », *op. cit.*, p. 12 ; GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *op. cit.*). Cependant, M. Synvet ne partage pas cette vision. L'auteur considère qu'« un texte comme le règlement n° 3541/92 n'ouvre pas au banquier la possibilité de refuser de payer sous prétexte que le bonheur d'ordre ne devrait rien au bénéficiaire. Il lui fait défense de payer, en se fondant sur le fait que la garantie a été émise pour favoriser la conclusion d'un contrat commercial ultérieurement affecté par l'embargo, ce qui est autre chose ». De ce fait, selon le même auteur, « la théorie générale des garanties ne sort donc pas affaiblie de l'intervention de ces dispositions particulières, ce dont on ne peut d'ailleurs se féliciter ». SYNDET Hervé, « L'embargo : aspects de droit bancaire », *op. cit.* p. 231, n°32. Voir aussi en ce sens, VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *op. cit.*, n°5.

Titre 2 : Aménagement des risques associés à l'existence des lois d'embargo étrangères

545. Comme nous avons pu l'observer dans les lignes précédentes, les mesures d'embargo ont une incidence non négligeable sur les relations économiques internationales. En raison de considérations de politiques étrangères, les autorités interétatiques ou les États eux-mêmes imposent des mesures restrictives visant à interdire ou à limiter les échanges commerciaux et financiers entretenus avec certains pays¹⁵⁸³. Transposées en droit interne, leurs applications exigent, pour certaines d'entre elles, l'adoption des actes législatifs contraignants, imposant aux opérateurs économiques internationaux, une obligation de conformité, sous peine de sanctions en cas de violation¹⁵⁸⁴.

546. Outre les pénalités très lourdes que la réglementation financière de leur propre pays inflige aux entreprises et à leurs dirigeants en la matière, les entreprises dont l'activité est internationale sont également soumises à des lois d'embargo à effet extraterritorial des pays dans lesquels elles opèrent, notamment les lois américaines, dont les pénalités qu'elles peuvent émettre, en cas de violation, sont aussi particulièrement lourdes¹⁵⁸⁵. Si l'arsenal juridique de nombreux États comporte des dispositions extraterritoriales, la situation du droit américain est symptomatique des difficultés créées par la mise en place de telles dispositions dans les relations économiques internationales¹⁵⁸⁶. En effet, au cours des dernières années, l'Office of Foreign Assets Control (OFAC), le bureau de contrôle des actifs étrangers du département du Trésor américain a imposé des amendes massives pour les transactions passées par des entreprises étrangères avec Cuba, l'Iran et d'autres pays sanctionnés par les États-Unis. Plus récemment, le phénomène d'application à portée extraterritoriale du droit américain a été tellement frappant que les entreprises européennes ont dû s'acquitter de sommes

¹⁵⁸³ CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban, « Quand l'assurance est sous embargo », *L'ARGUS de l'assurance*, 30 septembre 2011.

¹⁵⁸⁴ EDORH-KOMAHE Patrice A. et LUQUIAU Antoine, « La gestion des sanctions internationales pour les assureurs maritimes », *Le Lab – Recherches et innovations en assurances maritimes et transports*, ADAM Assurances, 1^{er} novembre 2018 : <https://adamassur.hypotheses.org/date/2018/11>

¹⁵⁸⁵ BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (ss dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 39 ; ANTIPHON Agathe, « L'immixtion de normes extraterritoriales de « compliance » dans les entreprises du secteur maritime et leur influence sur le jeu normal du commerce international », *Revue de Droit Maritime de l'Association des Étudiants en Droit Maritime du Havre (AEDMH)*, juin 2020, n°3, p. 8.

¹⁵⁸⁶ JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques », *op. cit.*, p. 2 ; BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, pp. 48 et s. ANTIPHON Agathe, « L'immixtion de normes extraterritoriales de « compliance » dans les entreprises du secteur maritime et leur influence sur le jeu normal du commerce international », *op. cit.*, pp. 10-11.

particulièrement conséquentes¹⁵⁸⁷, à l'instar notamment de BNP Paribas qui a été condamnée en mai 2015 à verser 8,9 milliards de dollars, mais également l'entreprise pharmaceutique, Alcon Laboratoires Inc qui a été aussi condamnée à 7,6 millions de dollars en juillet 2016¹⁵⁸⁸.

547. Au vu de ce contexte s'est posée la question de savoir comment une entreprise assujettie à l'embargo peut s'affranchir par avance des conséquences néfastes de l'embargo dans ses relations contractuelles internationales. Eu égard aux lourdes conséquences économiques et financières que ces normes sont susceptibles d'engendrer, les opérateurs économiques internationaux optent de plus en plus pour l'insertion des clauses dites « sanctions » dans leurs contrats afin d'anticiper et de gérer les risques que font peser les mesures d'embargo étrangères sur leurs activités (**Chapitre 1**). Par ailleurs, les entreprises du secteur de l'assurance comme celles du secteur bancaire sont également confrontées à la problématique des sanctions économiques en leur qualité d'opérateurs financiers¹⁵⁸⁹. Dans l'hypothèse où ils se livreraient, en violation de ces mesures, à des activités commerciales prohibées, les banques et les assureurs s'exposeraient à de lourdes sanctions. Ainsi, préoccupés par les conséquences des sanctions pour leurs propres obligations au titre des transactions liées au commerce, les établissements de crédit et les compagnies d'assurance imposent également à leurs clients l'insertion des clauses de sanction, en vue de circonscrire le plus possible les risques des sanctions économiques étrangères (**Chapitre 2**).

¹⁵⁸⁷ Par exemple, les entreprises suivantes ont toutes versé plus de 100 millions de dollars américains afin de mettre fin aux poursuites, la banque allemande Commerzbank AG (260 millions de dollars), la banque néerlandaise ING (619 millions de dollars), HSBC (375 millions de dollars), Crédit Suisse Bank (500 millions). D'autres établissements non bancaires ont été sanctionnés, comme l'entreprise française CGG Services S.A pour un total de 614 250 dollars. Sur ces aspects, LEBLANC-WOHRER Marion, « Comply or die ? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », *Potomac Paper, Ifri*, mars 2018, n°34, p. 16 ; SEGOND Valérie, « L'Amérique impose son droit au reste du monde », *Le Monde*, 7 novembre 2016. Voir également, BOULON Olivier, « Une justice négociée », in *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (ss dir.), Paris, PUF, 2013, pp. 41 et s.

¹⁵⁸⁸ Sur cette affaire, voir également, AUDIT Mathias, « Sanctions contre BNP Paris : l'extraterritorialité du droit américain est-elle conforme au droit international ? », *Les Échos*, 25 juin 2014.

¹⁵⁸⁹ « Sanctions internationales et réassurance », *APREF*, octobre 2012, p. 3 ; CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban, « Quand l'assurance est sous embargo », *op. cit.*, p. 1.

Chapitre 1 : Contractualisation des risques des mesures d’embargo étrangères : Insertion des clauses de sanction

548. La multiplication des restrictions économiques prises par les Nations Unies ou par une communauté de pays ou encore par un pays aux effets souvent extraterritoriaux¹⁵⁹⁰ et la gravité des sanctions encourues ont conduit les opérateurs économiques internationaux à mener une réflexion sur leur incidence sur leurs activités. Ainsi s’est posée la question de la nécessité de prévoir des stipulations contractuelles relatives aux sanctions économiques¹⁵⁹¹. S’il apparaît important pour les entreprises de tenter d’anticiper l’évolution de ces réglementations¹⁵⁹² (**section 1**), la rédaction des clauses de sanction nécessite d’être examinée attentivement, compte tenu des risques de conflit d’obligations¹⁵⁹³ (**section 2**).

Section 1 : La nécessité de contractualiser les risques liés aux mesures d’embargo étrangères

549. Si l’on conçoit assez facilement que les entreprises internationales doivent respecter les mesures d’embargo imposées ou transposées par le pays dont elles dépendent juridiquement, il semble toutefois, un véritable défi¹⁵⁹⁴ pour les opérateurs économiques internationaux de respecter les mesures d’embargo aux effets extraterritoriaux. Les régimes américains sont à cet égard particulièrement topiques (**Paragraphe 1**). La sécurisation des affaires impose alors aux opérateurs économiques d’introduire des clauses de sanction afin de répondre à la problématique des sanctions auxquelles ils sont exposés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La difficile appréhension par les opérateurs économiques de l’extraterritorialité des lois d’embargos américains

550. Les mesures d’embargo américaines auxquelles les entreprises doivent se conformer sont complexes, agressives et lourdes de conséquences¹⁵⁹⁵. En effet, l’application

¹⁵⁹⁰ MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », in *L’Europe bancaire, financière et monétaire, Liber Amicorum Blanche Soussi*, Revue Banque édition, 2016, p. 335.

¹⁵⁹¹ CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban, « Quand l’assurance est sous embargo », *op. cit.*

¹⁵⁹² DIDIER Martin, « Réglementation – 3 Questions Extraterritorialité : anticiper et gérer », *JCP E*, 17 mars 2016, n° 11, 223.

¹⁵⁹³ DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *JCP E*, 8 novembre 2018, n° 45, p. 1569.

¹⁵⁹⁴ MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 334.

¹⁵⁹⁵ GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *JCP E*, 9 juillet 2020, n° 28, p. 1276 ; DEHGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahiers de droit de l’entreprise*, juillet 2018, n° 4, dossier 25 ; DIDIER Martin, « Réglementation – 3 Questions Extraterritorialité : anticiper et gérer », *op. cit.* ; AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G*, 12 janvier 2015,

extraterritoriale des programmes de sanctions américaines, supervisés par le Bureau de contrôle des biens étrangers (Office of Foreign Assets Control – OFAC), repose sur un lien de rattachement personnel défini de manière abusivement large¹⁵⁹⁶. Ainsi, si les mesures américaines lient généralement les « United States Persons¹⁵⁹⁷ » (U.S. Persons) entendues comme tout citoyen américain, même résidant à l'étranger, tout résidant permanent aux États-Unis, toute personne qui se trouve sur le territoire des États-Unis et toute personne morale immatriculée aux États-Unis, y compris ses établissements situés à l'étranger qui n'ont pas de personnalité morale autonome (les foreign branches), certaines se veulent applicables à toute filiale étrangère d'une entité américaine dont la majorité des sièges au conseil d'administration appartient à une US Person, ou dont une US Person détermine les actions, politiques ou les décisions propres à l'entité¹⁵⁹⁸.

551. Par ailleurs, le gouvernement américain n'hésite pas à étendre le champ d'application de leurs restrictions à des non-US Persons, définies comme toute personne n'étant pas des United States Persons. À cet égard, le lien justifiant l'application des mesures d'embargo à des non-US Persons est à l'heure actuelle caractérisé lors de l'utilisation d'institutions financières américaines pour effectuer la compensation en dollars de transactions litigieuses¹⁵⁹⁹ ou lors de la présence sur le marché financier américain d'une non-US Person à la faveur d'une cotation¹⁶⁰⁰ ou encore lorsqu'un certain pourcentage de composants d'un bien exporté est fabriqué aux États-Unis, même si ce bien a été fabriqué en dehors des États-Unis. Sur ce dernier point, en août 2017, l'OFAC a sanctionné la société de droit singapourien COSL Singapore Ltd (qui n'est pas une US Person), pour avoir acheté des biens en provenance des États-Unis avec l'intention de les réexporter en Iran en violation de l'article 31, § 560.204 du C.F.R¹⁶⁰¹. En effet,

n°1-2 ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, Philippe Baumard (ss dir.), RB Édition, 2012, pp. 70 et s.

¹⁵⁹⁶ Voir *supra* chapitre 1 titre 1 partie 1.

¹⁵⁹⁷ Par exemple, 3^e section de l'executive order n°13581 : « the term 'United States person' means any United States citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States or any jurisdiction within the United States (including foreign branches), or any person in the United States ».

¹⁵⁹⁸ Il convient de noter que contrairement en France, la réglementation américaine méconnaît le principe de l'autonomie de la personnalité morale qui permet de séparer une filiale étrangère de sa société mère, personne morale de droit américain.

¹⁵⁹⁹ C'est généralement le cas de toute banque non américaine qui exécute un paiement en dollars pour le compte de ses clients (voir le cas de la BNP Paribas, *supra*). Les autorités américaines considèrent que tout paiement en dollars doit impérativement être traité, de manière directe ou indirecte, par des infrastructures financières ou des chambres de compensation aux États-Unis. *Infra* chapitre 1 titre 1 partie 1.

¹⁶⁰⁰ C'était le cas pour le groupe Alstom.

¹⁶⁰¹ Voir en ce sens : Settlement Agreement between the U.S. Department of the Treasury's Office of Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control and COSL Singapore Ltd, 24/08/2017, disponible sur le site du département du Trésor américain au : <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20170824>

cet article interdit d'exporter des biens ou services des États-Unis à destination de l'Iran et l'export de tous biens ou services en Iran par une US Person où qu'elle se trouve, en visant l'hypothèse où ces biens ou services seraient vendus à une personne située dans un pays tiers, avec intention de les réexporter en Iran. Or, il est souligné que ce texte ne vise que les exportateurs de biens à partir des États-Unis et les US Persons, mais l'OFAC en a fait une application extensive en sanctionnant la société singapourienne pour avoir importé lesdits biens des États-Unis avec l'intention de les réexporter en Iran, par l'intermédiaire de ses filiales. De même, la puissante industrie chinoise des télécommunications qui constitue l'un des plus importants fabricants d'équipements de télécommunications et de téléphones mobiles au monde, Zhongxing Telecommunications Equipment Corporation (ZTE Corp.) a dû, à la suite d'une enquête menée conjointement par les ministères du Trésor, du Commerce et de la Justice, verser à l'administration américaine une amende globale de 1, 192 milliards US\$¹⁶⁰² pour avoir utilisé des composants d'origine américaine dans ses smartphones exportés vers l'Iran et la Corée du Nord¹⁶⁰³. Le groupe chinois Huawei Technologies, autre leader mondial des télécommunications, est également visé par de nouvelles investigations des autorités américaines pour d'éventuelles violations des sanctions américaines à l'encontre de l'Iran. Les téléphones commercialisés par Huawei Technologies sont, en effet, équipés d'Android, système d'exploitation développé par Google¹⁶⁰⁴.

552. En outre, le gouvernement américain a créé en 2012, en lien avec les sanctions contre l'Iran et la Syrie, un nouveau champ d'application *ratione personæ*, les « Foreign Sanctions Evaders » (FSE), avec lesquelles les US Persons ont interdiction d'avoir des relations sauf obtenir une licence spécifique de l'OFAC. Il s'agit de toutes entités ou personnes physiques étrangères dont l'administration américaine estime qu'elles ont violé, tenté de violer, conspiré en vue de violer ou été la cause d'une violation par une US Person des régimes de sanction américains à l'encontre de l'Iran ou de la Syrie, ou qui ont facilité des transactions dites « trompeuses » en lien avec ces mesures¹⁶⁰⁵.

553. Ainsi, l'Administration américaine peut aujourd'hui déstabiliser, voire faire disparaître, un fleuron de l'industrie d'un autre État par la simple application de son programme de sanctions, puisqu'il lui permet d'exclure du marché américain l'entité concernée, de lui interdire

¹⁶⁰² La plus importante infligée à une entreprise autre qu'une institution financière.

¹⁶⁰³ Affaire citée et rapportée par DEHGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁰⁴ Voir le lien suivant : <https://www.phonandroid.com/huawei-honor-perdent-licence-android.html>

¹⁶⁰⁵ Pour une consultation, voir le site du département du Trésor américain : Foreign Sanctions Evaders (FSE) List.

tout accès au système bancaire américain et partant, à tout établissement bancaire au Monde présent aux États-Unis, et de manière plus large, d'interdire à toute personne qualifiée de US Person d'entretenir des relations avec cette entité, sans oublier les conséquences boursières immédiates que ces mesures entraînent¹⁶⁰⁶.

554. Or, si cette application extraterritoriale de mesures nationales d'embargo américain fait peser des risques élevés sur des entreprises dont l'activité commerciale se déploie par-delà les frontières, en France, les tribunaux semblent peu enclins à reconnaître leurs effets¹⁶⁰⁷. En effet, dans une espèce où une société française filiale d'un groupe américain entendait se prévaloir des mesures d'embargo américaines pour justifier la résiliation unilatérale et sans préavis du contrat de fourniture de produits médicaux à une entreprise iranienne, la cour d'appel de Paris a dans un arrêt rendu le 25 février 2015¹⁶⁰⁸ refusé de donner effet à la mesure restrictive extraterritoriale américaine en faisant application des dispositions du règlement Rome I. Le juge français, par un raisonnement conflictuel, rappelles en ces termes que seule leur qualification de loi de police étrangère au titre de l'article 9 § 3 du règlement Rome I permettrait aux mesures restrictives de produire effet sur un contrat entre un Français et un Iranien. Toutefois, si la décision de la cour d'appel se justifie en droit, il n'en demeure pas moins que la filiale française est qualifiée de United States Person par la loi américaine et, à ce titre, aurait pu faire l'objet d'une sanction de l'OFAC si elle avait continué à exécuter le contrat.

555. Le même constat a également été observé, cette fois-ci, dans une récente affaire concernant l'application des sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies qui avait ordonné le gel des fonds de la banque iranienne *Sepah*. Cette dernière s'était vu interdire par la direction générale du Trésor français l'exécution d'une décision de justice l'ayant condamnée au versement de dommages et intérêts à deux sociétés de droit américain. La mesure de gel ayant été levée le 17 janvier 2016, la banque *Sepah* a demandé toutefois à être exonérée de ses obligations contractuelles arguant que l'absence d'exécution du jugement qui lui avait été imposée par les mesures d'embargo et la direction générale du Trésor constituaient un cas de force majeure. Par un arrêt du 8 mars 2018¹⁶⁰⁹, la cour d'appel de Paris a débouté sa demande au motif qu'une mesure d'embargo, bien que prise par le Conseil de sécurité des Nations Unies, transposée par un règlement européen, et empêchant une société d'exécuter une décision de

¹⁶⁰⁶ DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁰⁷ Sur l'extraterritorialité américaine, voir *supra*.

¹⁶⁰⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 25 février 2015, *Giti c. Biorad*, n°12/23757, affaire précitée.

¹⁶⁰⁹ CA Paris, pôle 4, ch. 8, 8 mars 2018, n°17/02093, affaire précitée.

justice, ne répondait pas à une cause étrangère exonérant la banque d'accomplir ses obligations. On peut dès lors considérer que si la même solution devait être retenue par le juge français lorsque la banque *Sepah* se trouvait soumise à une mesure d'embargo américaine (par exemple, l'OFAC l'ajoute à sa liste de sanction (la SDN list)), la banque en refusant d'exécuter la décision, accroîtrait considérablement sa dette en étant condamnée à verser des intérêts de retard majorés, mais échappera aux sanctions de l'OFAC¹⁶¹⁰.

556. Il en ressort de ces différents contentieux par le juge français que l'effet extraterritorial des mesures restrictives étrangères n'a rien d'hypothétique, mais représente bien, au contraire, un risque réel et tangible auquel s'expose toute entreprise opérant à l'international. Par conséquent, cet enchevêtrement des responsabilités potentielles à l'égard des mesures d'embargo, notamment celles prononcées par l'OFAC aboutit à ce qu'en pratique les entreprises internationales, pour se prémunir des risques associés à une violation de ces mesures, prévoient dans leur champ contractuel des clauses dites de « sanction »¹⁶¹¹.

Paragraphe 2 : Clauses de sanction : vecteurs de l'extraterritorialité des lois d'embargos étrangères

557. Étant donné les lourdes conséquences que font peser les mesures d'embargo étrangères, la complexité de la plupart de ces mesures étrangères, en particulier quant à leur champ d'application *ratione personæ*, et compte tenu des incertitudes relatives à la reconnaissance de l'effet de ces régimes en droit français, il apparaît important pour les entreprises françaises dont l'activité est internationale souhaitant éviter tout risque de condamnation pour violation dudit régime de faire entrer le respect de ces règles étrangères dans le champ contractuel¹⁶¹². Ainsi, les entreprises ont de plus en plus commencé à inclure dans leurs transactions des clauses de sanction dans lesquelles seraient précisées, d'une part, toutes les implications contractuelles de

¹⁶¹⁰ Voir sur ce point, DEHGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 6.

¹⁶¹¹ Ces clauses sont aussi appelées clauses d'« embargo » ou clauses « OFAC ».

¹⁶¹² AFFAKI Georges, comm. sous *High Court of justice, Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, 12 octobre 2018 (2018) EWHC 2643 (Comm), Teare J, *Banque & Droit*, n°182, novembre-décembre 2018, n° 5 ; BECKERS Yann et DEMIGNEUX Nicolas, « Les mesures d'embargo américaines édictées par l'OFAC sont-elles des lois de police étrangères applicable en France », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2015, n°141, p. 2.

ces règles impératives étrangères à portée extraterritoriale¹⁶¹³ et d'autre part les conditions et les conséquences de la force majeure exonératoire¹⁶¹⁴.

558. Ces clauses que l'on retrouve notamment dans des documents de financement bancaire¹⁶¹⁵ ou dans les polices d'assurance¹⁶¹⁶ prévoient en effet la reconnaissance, par les cocontractants, des régimes de sanctions ou d'embargos (américains, européens, britanniques), ainsi que leur engagement à ne pas contracter avec des personnes ou entités visées par ces mesures étrangères ou à ne pas effectuer des transactions en lien avec des secteurs/pays cibles de sanctions. Ces clauses offrent surtout les moyens au contractant : de refuser d'exécuter le contrat si celui-ci le conduit à violer un régime de sanctions ou d'embargos étrangers ; d'exclure sa responsabilité en raison de manquements contractuels qu'il pourrait connaître en cherchant à respecter ce régime de sanctions ou d'embargos étrangers ; de suspendre, voire de résilier unilatéralement et immédiatement le contrat en cas de modification de la réglementation étrangère, ou d'exercice, par l'autre partie, d'une activité avec un État ou une entité soumise à un régime d'embargos étrangers.

De ce fait, les clauses de sanction visent à concilier la nécessité d'une sécurité juridique avec l'obligation pour toutes les parties contractantes de se conformer à des mesures de sanctions économiques prononcées par un pays étranger. Elles sont donc un vecteur puissant de la portée extraterritoriale des lois et règlements étrangers, notamment américains¹⁶¹⁷.

559. Ainsi, dans un contexte marqué par le recours croissant à des restrictions économiques étrangères à portée extraterritoriale, la contractualisation des risques associée à la violation de ces mesures est désormais nécessaire¹⁶¹⁸. Il est, à cet effet, compréhensible qu'une telle pratique puisse être considérée comme prudente et raisonnable en raison d'une approche commerciale

¹⁶¹³ GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *op. cit.*, p. 1276 ; DIDIER Martin, « Réglementation – 3 Questions Extraterritorialité : anticiper et gérer », *op. cit.* ; DEHGhani Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 4 ; D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité contrariée par la théorie des lois de police ? », *Recueil Dalloz*, 2015, n°35, p. 2035.

¹⁶¹⁴ AFFAKI Georges, comm. sous *High Court of justice, Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*

¹⁶¹⁵ *Infra.*

¹⁶¹⁶ *Infra.*

¹⁶¹⁷ LEBLANC-WOHRER Marion, « Comply or die ? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », *op. cit.*, p. 30.

¹⁶¹⁸ Ce que déplore certains auteurs. Voir par exemple, AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux – Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *op. cit.*, n°16, pour qui « ce n'est pas un bon développement des pratiques contractuelles ».

caractérisée par des préoccupations de « compliance »¹⁶¹⁹, c'est-à-dire la volonté d'éviter tout risque de violation des règles d'embargo¹⁶²⁰.

560. Cependant, l'insertion de clauses de sanction relatives aux sanctions économiques dans des contrats commerciaux internationaux peut présenter elle-même des risques pour ceux qui la mettent en œuvre, notamment s'ils en viennent à étendre d'eux-mêmes, spontanément, le champ des sanctions économiques pour s'abstenir de transactions mêmes autorisées et donc légales par crainte d'une violation involontaire : ce que l'on désigne en anglais sous le terme d'« over-compliance »¹⁶²¹, ou à se conformer à des programmes de sanctions étrangères qui ne leur sont pas juridiquement inapplicables. En effet, s'agissant de ce dernier point, des risques significatifs peuvent en découler, en particulier, les risques de conflit avec la législation nationale interdisant de se plier aux exigences de certaines sanctions extraterritoriales.

Section 2 : La nécessité de bien rédiger les clauses de sanction

561. L'introduction d'une obligation contractuelle de respecter une loi d'embargo étrangère ayant une portée extraterritoriale doit être effectuée avec la plus grande prudence. En effet, les clauses de sanction peuvent entrer directement en conflit avec des réglementations locales des lois dites de « blocage »¹⁶²². Ces instruments juridiques donnent ainsi aux pays les ayant édictés le pouvoir d'opposer un blocage aux effets extraterritoriaux des mesures étrangères en interdisant à ses ressortissants de s'y conformer sous peine de sanctions (**Paragraphe 1**). Ainsi, dans un souci d'efficacité de ces clauses, la bonne pratique consiste à prendre en compte la diversité des législations imposant les sanctions et en s'assurant que la clause ne couvre que des régimes de sanctions ou embargos non concernés par les lois de blocage (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Risque de conflit avec les lois de blocage

562. L'utilisation des clauses de sanction relatives aux sanctions économiques est loin d'être efficace dans la mesure où son insertion dans des contrats commerciaux est susceptible d'entrer

¹⁶¹⁹ Sur ce concept, voir *infra*.

¹⁶²⁰ DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1569.

¹⁶²¹ *Ibidem*.

¹⁶²² KLEINER Caroline, « Sanctions économiques – L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine », *op. cit.*, n°30 ; JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, p. 6 et s ; D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *op. cit.*, p. 1119 ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Revue de l'arbitrage*, 2015, n°4, pp. 1028 et et s.

en conflit avec des mesures de blocage applicables en qualité de loi de police du *for*, ce qui peut faire courir aux contractants un risque pénal en cas de violation du règlement européen.

A- Règlement européen de « blocage »

1- Lois de blocage du 22 novembre 1996

563. Par le passé, en réaction aux lois d'Amato-Kennedy et Helms-Burton adoptées par le Congrès américain en 1996, qui établissaient des sanctions extraterritoriales à l'encontre notamment des entreprises étrangères commerçant avec Cuba, la Libye et l'Iran, le Conseil de l'Union européenne a adopté le 22 novembre 1996 des mesures de blocage de ces lois par l'intermédiaire du règlement (CE) n°2271/96 « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant »¹⁶²³. La principale disposition de ces lois américaines, notamment celle d'« Helms-Burton Act », qui suscita l'opposition dans plusieurs pays, particulièrement en Europe était celle qui permettait de mettre en œuvre des actions judiciaires aux États-Unis à l'encontre d'investisseurs étrangers accusés de se livrer à du « trafic » portant sur des propriétés à Cuba précédemment détenues par des ressortissants américains et expropriés par le Gouvernement Castro, de telles procédures pouvant conduire à de lourdes condamnations par la justice américaine. Or, les relations d'affaires entre la Communauté européenne et ces pays, visés par ces lois extraterritoriales américaines, étaient considérées parfaitement légales du point de vue européen.

564. Cette « loi de blocage » a été adoptée par le Conseil de l'Union européenne avec pour objectif, tel que figurant dans son article 1^{er}, « d'assurer une protection contre l'application

¹⁶²³ Cons. CE, règl. (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant : JOUE n° L 309, 29 novembre 1996, p. 1.

Des lois de blocage ont également été adoptées dans la même période par le Canada (Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères (L.C. 1984, c. C-49) et Loi modifiant sur la loi sur les mesures extraterritoriales étrangères (L.C. 1996, c. C-54)) et par le Mexique (Ley de Proteccion al Comercio y la Inversion de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional du 23 octobre 1996 : Dario Oficial de la Federacion, 23 octobre 1996, p. 9-10) après l'adoption aux États-Unis des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy.

La France a également adopté la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères. Mais son objectif est différent. En effet, elle fait interdiction à tout citoyen, résident français ou dirigeant d'une entreprise établie en France de communiquer à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public.

extraterritoriale des lois citées en annexe¹⁶²⁴, y compris les règlements et autres instruments législatifs et contre les actions fondées sur elles ou en découlant, ainsi que d'en contrecarrer les effets, lorsque cette application porte atteinte aux intérêts des personnes visées à l'article 11 qui effectuent des opérations de commerce international et/ou des mouvements de capitaux et des activités commerciales connexes entre la Communauté et des pays tiers »¹⁶²⁵. C'est ce que souligne, d'ailleurs, le préambule du règlement : - « Considérant qu'un pays tiers a promulgué certaines lois, certains autres instruments législatifs visant à réglementer les activités de personnes physiques ou morales relevant de la juridiction ; - Considérant que, par leur application extraterritoriale, ces lois, règlements et autres instruments législatifs violent le droit international et empêchent la réalisation des objectifs précités ; — Considérant que ces lois, règlements et autres instruments législatifs, ainsi que les actions fondées sur eux, ou en découlant, affectent ou sont susceptibles d'affecter l'ordre juridique établi et lèsent les intérêts de la Communauté et ceux des personnes physiques ou morales exerçant des droits sous le régime du traité instituant la Communauté européenne ; — Considérant que dans ces circonstances exceptionnelles, il est nécessaire d'entreprendre une action au niveau de la Communauté afin de protéger l'ordre juridique établi, ainsi que les intérêts de la Communauté et ceux des personnes physiques ou morales, notamment en éliminant, en neutralisant, en bloquant ou en contrecarrant de toute autre manière les effets de la législation étrangère en cause ».

565. Ainsi, le règlement de blocage avait pour objet de neutraliser et de bloquer les effets des législations extraterritoriales américaines, tout en affirmant assurer la protection de ses ressortissants contre l'application extraterritoriale desdites lois¹⁶²⁶. Le règlement interdisait formellement aux citoyens européens et à leurs tribunaux de donner effet aux sanctions américaines sur Cuba, l'Iran et la Libye ; aucune décision juridictionnelle ou administrative

¹⁶²⁴ Ce sont les lois précitées, Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act (ou Helms-Burton Act) et Iran and Libya Sanctions Act (ou d'Amato-Kennedy Act).

¹⁶²⁵ Cons. CE, règl. (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, article 1^{er}.

¹⁶²⁶ Sur le Règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers : HUBER Jürgen, « La réaction de l'Union européenne face aux lois américaines Helms-Burton et d'Amato », *RMCUE*, 1997, pp. 301 et s. ; *Id.*, « Le dispositif législatif adopté par l'Union européenne pour neutraliser les effets des lois américaines Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », », in *Sanctions unilatérales, mondialisations du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek (ss dir.), Paris-Nanterre, Montchrestien, 1998, pp. 219 et s. ; WIBAUX Denys, « Un point de vue étatique. Le gouvernement français et lois américaines », », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (ss dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, pp. 131 et s. ; DEHGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*, p. 6 ; AFFAKI Georges, « La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales », *RB*, février 2022, n°201.

étrangère à l'Union européenne donnant effet directement ou indirectement à ces lois ne devait être reconnue ou rendue exécutoire de quelque manière que ce soit sur le territoire de l'Union¹⁶²⁷, et aucun ressortissant de l'Union (personnes physiques ou morales, ce qui incluait les filiales européennes d'entreprises américaines)¹⁶²⁸ ne devait se conformer aux lois en cause ou les actions fondées sur elles ou en découlant¹⁶²⁹. Cependant, le règlement prévoyait sur ce dernier point des exceptions. En effet, l'article 5 paragraphe 2 disposait de la possibilité pour une personne physique ou morale d'obtenir une autorisation à se conformer entièrement ou partiellement aux dites interdictions des sanctions extraterritoriales couvertes par le règlement « dans la mesure où le respect de celle-ci léserait gravement les intérêts de la personne concernée ou ceux de la Communauté »¹⁶³⁰.

566. Au-delà de l'interdiction aux entreprises européennes de se conformer aux mesures extraterritoriales américaines, le texte européen permettait aux entités ayant subi des dommages résultant des sanctions extraterritoriales de demander réparation devant les tribunaux en visant notamment les personnes ou entités qui sont à l'origine de ce dommage. En effet, l'article 6 du règlement prévoyait que toute personne affectée par les sanctions couvertes a le droit de recouvrer les indemnités, y compris les frais de justice, dues pour tout dommage qui lui a été causé du fait de l'application des régimes de sanctions visés par le règlement¹⁶³¹.

567. Toutefois, un compromis conclu en 1998 entre l'Union européenne et les autorités américaines avait conduit à suspendre partiellement l'application respective des sanctions américaines extraterritoriales et ces contre-mesures européennes, permettant ainsi d'exclure les

¹⁶²⁷ Cons. CE, règl. (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, article 4. Cette interdiction de respecter les mesures extraterritoriales américaines vaut également à l'égard des sentences arbitrales fondées sur ces législations extraterritoriales. Concrètement, cela signifie qu'aucune décision (administrative, judiciaire ou arbitrale) prise par une autorité d'un pays tiers ne sera reconnue ou exécutée dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Ainsi, si les États-Unis condamnent une société française, non seulement la société française n'est pas tenue, et a même l'obligation de ne pas respecter la sanction (ne pas payer), de plus cette sanction ne peut pas se voir appliquer en Europe, pas de possibilité de demander l'exequatur de la sanction en France.

¹⁶²⁸ Il convient de rappeler que le règlement s'appliquait uniquement aux nationaux (ressortissants) de l'un des États membres de l'Union européenne, aux personnes physiques résidant dans l'Union européenne, et aux personnes morales constituées dans l'Union européenne. En ce sens, l'article 11 du règlement.

¹⁶²⁹ Cons. CE, règl. (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, article 5 : « 1) *Aucune personne visée à l'article 11 ne se conforme, directement ou par filiale ou intermédiaire interposé, activement ou par omission délibérée, aux prescriptions ou interdictions, y compris les sommations de juridictions étrangères, fondées directement ou indirectement sur les lois citées en annexe ou sur les actions fondées sur elles ou en découlant* ».

¹⁶³⁰ Une telle autorisation pouvait être accordée par la Commission conformément à la procédure prévue par l'article 8 du règlement, qui prévoyait une « décision comitologique » par un comité du type III a) » comme prévu par la décision du Conseil du 13 juillet 1987 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission. JO n° L 197 du 18. 71987, p. 38.

¹⁶³¹ Cons. CE, règl. (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, article 6.

entreprises européennes du champ d'application des lois américaines¹⁶³². Cependant, l'annonce par l'ancien président Trump le 8 mai 2018 du rétablissement des sanctions américaines contre l'Iran à compter du 4 novembre 2018 a conduit la Commission européenne à réactiver la loi de blocage européenne par l'adoption du Règlement délégué du 6 juin 2018¹⁶³³.

2- Règlement réactivé

568. Le 8 mai 2018, l'ancien président Donald Trump a annoncé le retrait américain du plan d'action global commun pour la dénucléarisation de l'Iran (*Joint Comprehensive Plan of Action*, JCPoA), signé à Vienne le 14 juillet 2015 entre, d'une part, l'Iran et, d'autre part, les cinq pays membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU (France, Royaume-Uni, États-Unis, Russie et Chine) auxquels se sont adjointes l'Allemagne et l'Union européenne. Cet accord avait acté la réinstauration des relations commerciales avec l'Iran et la levée des sanctions économiques. La décision unilatérale des États-Unis de se retirer de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien a entraîné le rétablissement de l'ensemble des sanctions américaines à l'égard des entreprises étrangères investissant ou commerçant avec l'Iran¹⁶³⁴. Ainsi, par l'importance de ces mesures extraterritoriales, les États-Unis limitent grandement la possibilité pour les opérateurs européens de poursuivre leurs activités avec les entreprises iraniennes visées par ces mesures. En effet, outre la loi d'Amato-Kennedy de 1996, les sanctions contre l'Iran sont régies par la Loi générale sur les sanctions, la responsabilité et le désengagement de l'Iran (*Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act*-CISADA) de 2010 qui élargit significativement les activités liées au secteur de l'énergie passibles de sanctions, et ajoute de nouveaux types de sanctions. Ces sanctions ont été encore renforcées par le *Iran Threat Reduction Act* de 2012, qui s'adresse aux filiales des groupes américaines ainsi qu'aux entités non américaines¹⁶³⁵.

¹⁶³² CARPANO Éric, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2102 ; DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.*

¹⁶³³ Voir en ce sens le rapport d'information de M. BONNECARRÈRE Philippe, « Extraterritorialité des sanctions américaines : Quelles réponses de l'Union européenne ? », *Sénat* n°17 (2018-2019), 4 octobre 2018, p. 19 ; AFFAKI Georges, « La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales », *op. cit.*

¹⁶³⁴ AFFAKI Georges et BISMUTH Régis, « Sanctions américaines contre l'Iran : les limites de la réponse européenne », *Les Échos*, 17 août 2018 (Mis à jour le 6 août 2019) ; CLAUDE Ophélie et DREYFUS Quentin, « L'impact des sanctions économiques contre l'Iran sur les entreprises européennes », *Le Monde du Droit*, 8 octobre 2020.

¹⁶³⁵ AFFAKI Georges, comm. sous *High Court of justice, Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, 12 octobre 2018 (2018) EWHC 2643 (Comm), Teare J, *op. cit.*, n° 8-11. Plus d'information sur le site du département du Trésor américain au : <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/iran-sanctions>

569. Face à la réinstauration des sanctions américaines à l'encontre de l'Iran, l'Union européenne a décidé de réagir considérant que certaines de ces mesures annoncées « ont des effets extraterritoriaux et, dans la mesure où elles portent indûment atteinte aux intérêts des personnes physiques et morales établies dans l'Union qui effectuent des opérations de commerce et/ou des mouvements de capitaux et des activités commerciales connexes entre l'Union et l'Iran, elles violent le droit international et empêchent la réalisation des objectifs de l'Union ». ¹⁶³⁶ À la suite d'une décision unanime prise le 16 mai 2018 par les chefs d'États et de gouvernement de l'Union européenne, la Commission a ainsi lancé, le 18 mai 2018, le processus visant à ajouter au règlement « de blocage » de 1996, les mesures extraterritoriales des États-Unis les plus récentes à l'encontre de l'Iran ¹⁶³⁷. La première étape de ce processus a consisté à inviter les États membres à désigner des experts que la Commission consulterait pour la préparation de la modification. Ce processus a abouti à une modification de l'annexe du règlement de blocage (CE) n°2271/96 du 22 novembre 1996, qui couvre désormais les mesures extraterritoriales à l'encontre de l'Iran ¹⁶³⁸ que les États-Unis avaient provisoirement « suspendu » pour se conformer à leurs obligations du JCPoA, et qu'ils ont décidé d'appliquer à nouveau ¹⁶³⁹.

570. Le règlement délégué UE 2018/1100 interdit aux opérateurs de l'Union européenne : il peut s'agir de tout ressortissant d'un État membre résidant dans l'Union ; de toute société constituée dans l'UE ; de tout résident dans l'Union ; et de toute personne physique se trouvant dans l'Union y compris dans ses eaux territoriales et de son espace aérien ou à bord de tout aéronef ou de tout navire relevant de la juridiction ou du contrôle d'un État membre agissant à titre professionnel de se conformer aux mesures extraterritoriales américaines désignées en rapport avec leurs activités en Iran ¹⁶⁴⁰. Il est à noter sur ce point que la Commission a également adopté le 3 août 2018, un règlement d'exécution (UE) 2018/1101 « établissant les critères pour

¹⁶³⁶ Voir en ce sens le document de la Commission européenne C (2018) 3572 final du 6 juin 2018, présentant le projet de règlement délégué (UE) de la Commission du 6 juin 2018 modifiant l'annexe du règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle en découlant.

¹⁶³⁷ AFFAKI Georges, comm. sous *High Court of justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*, n° 13-16 ; AFFAKI Georges et BISMUTH Regis, « Sanctions américaines contre l'Iran : les limites de la réponse européenne », *op. cit.*

¹⁶³⁸ Voir Comm. UE, règl. délégué (UE) n°2018/1100, 6 juin 2018 modifiant l'annexe du règlement (CE) n°2271/96 du Conseil portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant : JO L 199 I, 7 août 2018, p. 1.

¹⁶³⁹ DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, n°22.

¹⁶⁴⁰ AFFAKI Georges et BISMUTH Regis, « Sanctions américaines contre l'Iran : les limites de la réponse européenne », *op. cit.*

l'application de l'article 5 deuxième alinéa du règlement » modifié, c'est-à-dire précisant les critères d'appréciation par la Commission européenne des motifs légitimes pouvant motiver une dérogation au profit des personnes physiques ou morales de l'Union européenne à l'obligation de « ne pas respecter » les sanctions résultant du règlement. En effet, le texte vise à éclaircir les conditions d'octroi des autorisations aux opérateurs économiques de l'Union européenne qui en feraient la demande, de se conformer « entièrement ou partiellement » aux mesures visées « dans la mesure où le non-respect de celle-ci léserait gravement leurs intérêts ou ceux de l'Union »¹⁶⁴¹. L'article 2, I, du règlement délégué prévoit aussi que lorsqu'un opérateur de l'Union est affecté, directement ou indirectement, par les lois américaines en cause ou par les actions fondées sur elles ou en découlant, il doit en aviser dans un délai de trente jours la Commission qui peut décider de l'autoriser à se conformer entièrement ou partiellement aux dites prescriptions ou interdictions dans la mesure où le non-respect de celle-ci léserait gravement ses intérêts ou ceux de l'Union¹⁶⁴².

571. En pratique, la jurisprudence relative à l'application du règlement de blocage n°2271/96 du 22 novembre 1996 était rare, voire inexistante¹⁶⁴³, jusqu'à une affaire rendue publique en 2007, lorsque le Gouvernement autrichien a lancé une procédure d'enquête à l'encontre d'une banque autrichienne, *BAWAG P.S.K.*, sur le fondement de la loi fédérale autrichienne sur la

¹⁶⁴¹ Voir en ce sens, Comm. UE, règl. D'exécution (UE) n°2018/1101, 3 août 2018, établissant les critères pour l'application de l'article 5, deuxième alinéa, du règlement (CE) n°2271/96 du Conseil portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, dont l'article 4 (« évaluation des demandes ») pose comme « critères non cumulatifs » les critères suivants : « a) la probabilité que l'intérêt protégé soit spécifiquement menacé, eu égard au contexte, à la nature et à l'origine du dommage causé à l'intérêt protégé ; b) l'existence d'une enquête administrative ou judiciaire en cours contre le demandeur menée par le pays tiers qui est à l'origine de la législation extraterritoriale visée, ou d'un accord de règlement préalable avec ce pays tiers ; c) l'existence d'un lien substantiel avec le pays tiers qui est à l'origine de la législation extraterritoriale visée ou des actions ultérieures ; il peut s'agir, notamment de la possession des sociétés mères ou de filiales par le demandeur, ou de la participation de personnes physiques ou morales soumises au premier chef à la juridiction du pays tiers qui est à l'origine de la législation extraterritoriale visée ou des actions ultérieures ; d) le fait que des mesures pourraient être raisonnablement prises par le demandeur pour éviter ou atténuer le dommage ; e) les effets négatifs sur l'exercice de l'activité économique et, en particulier, la probabilité que le demandeur subisse des pertes économiques importantes pouvant par exemple menacer sa viabilité ou entraîner un risque grave de faillite ; f) la probabilité que l'activité du demandeur soit rendue excessivement difficile, en raison de la perte d'intrants ou de ressources essentielles ne pouvant être raisonnablement remplacés (...) ».

¹⁶⁴² Voir sur ce point, CARPANO Éric, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 2105, qui estime que cette obligation d'information à l'égard des opérateurs économiques soulève plusieurs difficultés. Sur ces difficultés, voir toujours le même auteur.

¹⁶⁴³ En effet, avant l'affaire de *BAWAG P.S.K.* en 2007, le règlement européen de blocage du 22/11/96 n'a jamais concrètement été mis en application. Ce faisant, ces auteurs se sont interrogés sur son efficacité. Voir en ce sens, CARPANO Éric, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 2102 ; Régis BISMUTH, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques Réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 801 ; BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, pp. 57 et s.

répression des violations du règlement européen de blocage n°2271/96¹⁶⁴⁴. En effet, pour se conformer aux sanctions américaines contre Cuba, la banque *BAWAG*, membre d'un fonds d'investissement privé américain, *Cerberus*, avait clôturé un certain nombre de comptes bancaires détenus par ses clients ressortissants cubains. Cependant, le 21 juin 2007, le gouvernement autrichien a décidé de mettre fin à ses enquêtes après que *BAWAG P.S.K.* a annoncé qu'elle reprenait ses relations avec ses clients cubains, le fonds d'investissement américain ayant entre-temps obtenu de la part de l'autorité américaine compétente une exemption spéciale de l'application extraterritoriale de la législation américaine¹⁶⁴⁵.

572. En outre, plus récemment, la question sur l'interprétation du règlement de blocage du 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale des législations des pays tiers, a été posée dans un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rendu le 21 décembre 2021¹⁶⁴⁶. Il s'agit, dans cette affaire, d'un litige entre une banque iranienne *Bank Melli Iran* (BIM) et son fournisseur, une société allemande, *Telekom Deutschland*. En effet, peu de temps après la réintroduction, le 5 novembre 2018 des sanctions secondaires américaines à l'encontre de l'Iran, la société allemande a résilié les contrats qu'elle avait conclus avec la banque iranienne portant sur la fourniture de service de télécommunication avec effet immédiat, sans préavis, dans le souci de se conformer à la réglementation américaine (*Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012*) en vertu de laquelle il est interdit à toute personne d'entretenir, en dehors du territoire des États-Unis, des relations commerciales avec une personne ou une entité figurant sur la liste dite SDN List établie par l'OFAC, et sur laquelle figure BMI. À la suite de procédure en référé initié par la banque, le Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg) a enjoint la société allemande, *Deutsche Telekom*, par une décision du 28 novembre 2018, d'exécuter les contrats jusqu'à l'expiration du préavis de résiliation stipulé dans ces contrats. Malgré cette condamnation, la *Deutsche Telekom* a de nouveau notifié à la banque iranienne la résiliation des contrats dans les meilleurs délais, sans fournir de motivation. De nouveau saisi d'un recours par la banque, le tribunal de *Hambourg* a condamné *Deutsche Telekom* à exécuter les contrats, mais a rejeté les autres demandes

¹⁶⁴⁴ Voir en ce sens, Foreign Ministry ceases investigations against BAWAG bank : communiqué, 21 juin 2007 : <https://www.bmeia.gv.at/en/the-ministry/press/news/2007/foreign-ministry-ceases-investigations-against-bawag-bank/> : consulté le 14/06/2022.

¹⁶⁴⁵ Affaire citée et rapportée par DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1571.

¹⁶⁴⁶ CJUE, grde ch., 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran c/Telekom Deutschland GmbH*, aff. C-124/20, EU : C : 2021 / 1035, para. 16-17 ; JurisData n°2021-021333 ; *JCP G* 2022, 108, focus D. Berlin ; *RD bancaire et fin.*, n°2, mars 2022, comm. 64, A. Gourio et M. Gillouard ; *Rev. int. compliance*, n°4, juillet 2021, comm. 167, A. A. Ardavan et Q. Coppens ; *RB* février 2022, n°201, note G. Affaki.

formulées par la banque, considérant que la résiliation était conforme au Règlement de blocage n°2271/96 du 22 novembre 1996. La banque a alors interjeté appel de cette décision au motif que cette résiliation était nulle, car motivée par la volonté de *Deutsche Telekom* de se conformer aux mesures extraterritoriales, violant ainsi l'article 5 alinéa 1^{er} du règlement de blocage interdisant de se mettre en conformité avec des sanctions extraterritoriales américaines. C'est dans ce cadre de cette procédure d'appel que le tribunal de *Hambourg* a soumis à la CJUE plusieurs questions préjudicielles portant sur l'interprétation du Règlement de blocage n°2271/96 du 22 novembre 1996.

573. Dans ses conclusions, l'avocat général Gerard Hogan estime, en premier lieu, que l'article 5 alinéa 1 du Règlement n°2271/96 interdit aux opérateurs européens de se conformer aux sanctions secondaires, « même en l'absence d'instruction des autorités administratives ou judiciaires des pays tiers qui ont adopté ces lois et visant à en assurer le respect »¹⁶⁴⁷. Autrement dit, l'interdiction légale se suffit à elle-même et n'a pas à être mise en œuvre par une mesure individuelle¹⁶⁴⁸. Convaincue par ce raisonnement, la CJUE se prononce dans le même sens. En second lieu, l'avocat général considère qu'une décision d'une entreprise de l'Union de résilier une relation contractuelle avec une entreprise iranienne visée par des sanctions primaires américaines doit être considérée comme invalide si elle ne peut être justifiée par aucun motif autre que le souci de se conformer à la législation américaine prévoyant des sanctions secondaires à l'encontre d'entreprises non américaines ayant des relations commerciales avec de telles entreprises iraniennes, ce qui relève de la loi de blocage de l'Union¹⁶⁴⁹. En effet, pour l'avocat général, la CJUE doit tirer de l'article 5 al. 1er du Règlement une obligation générale pour l'opérateur économique international, résiliant un contrat conclu avec une entreprise visée par les sanctions économiques étrangères, de justifier qu'il n'a pas agi dans le but de se conformer à ces mesures. Cette obligation de justifier la résiliation serait, selon lui, indispensable, pour assurer la mise en œuvre des objectifs poursuivis par le Règlement européen¹⁶⁵⁰. Cela n'a toutefois pas convaincu la Cour qui a rejeté l'existence d'une obligation générale de justifier la résiliation au motif que l'article 5 alinéa 1^{er} du Règlement ne s'opposait pas à ce qu'un opérateur européen « *puisse résilier les contrats conclus avec une personne*

¹⁶⁴⁷ Concl. av. gén. G. Hogan, aff. C-124/20, *Bank Melli Iran c/Telekom Deutschland GmbH*, communiqué de Presse, n°78/21, Luxembourg, 12 mai 2021.

¹⁶⁴⁸ GOURIO Alain et GILLOUARD Marie, « Règlement européen « blocage » - Le règlement européen « Loi de blocage » à l'épreuve des réalités économiques, *op. cit.*

¹⁶⁴⁹ ARDAVAN Amir-Aslani et COPPENS Quentin, « La loi de blocage européenne contre les effets extraterritoriaux des législations étrangères : Une arme de destruction massive contre les acteurs européens ? », *op. cit.*

¹⁶⁵⁰ AFFAKI Georges, « La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales », *op. cit.*

figurant sur la liste SDN, sans accompagner une telle résiliation d'une motivation ». En revanche, la CJUE adopte le régime de la charge de la preuve selon lequel s'il apparaît à la juridiction étatique qu'une personne visée à l'article 11 du règlement n°221/96 s'est conformée, sans disposer d'une autorisation à cet égard, aux lois annexées, il incombe à cette personne de rapporter la preuve que son comportement ne visait pas à se conformer aux dites lois¹⁶⁵¹. Enfin, sur la sanction de cette violation, dans l'hypothèse où elle serait établie dans les faits, la CJUE relève tout d'abord que si les États membres sont libres de choisir les sanctions applicables à la violation du Règlement, ils se doivent de respecter un principe général de proportionnalité. Ainsi, en l'espèce, c'est la liberté d'entreprise qui doit faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Ensuite, la Cour rappelle que cette liberté, reconnue à l'article 16 et 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, inclut la liberté contractuelle et le « libre choix du partenaire économique ». Autrement dit, la Charte européenne ne s'oppose pas à ce qu'une telle résiliation de contrat, violant le règlement en l'espèce, soit annulée. Mais cette annulation, selon la Cour, ne doit pas avoir des effets disproportionnés pour cette personne. Ainsi, doivent être mises en balance la poursuite des objectifs du règlement servis pour l'annulation de la réalisation méconnaissant l'article 5 du règlement et la probabilité que la personne concernée subisse des pertes économiques ainsi que l'ampleur de celles-ci si elle ne pouvait mettre fin à ses relations commerciales avec une personne figurant sur la liste des lois annexées¹⁶⁵².

574. Dès lors, il est envisageable, en pratique, qu'un opérateur européen refuse de tenir compte de la loi de blocage européenne. Cela peut s'expliquer par le fait que le règlement européen ne prive pas les opérateurs européens du marché américain, mais vise seulement à garantir leur liberté économique¹⁶⁵³. Les multinationales européennes restent ainsi libres de choisir de commercer, travailler, poursuivre ou cesser leurs activités par exemple avec l'Iran. En pratique, cela signifie qu'à l'instar de Total, les grandes compagnies européennes vont cesser toute activité avec l'Iran et se soumettre aux mesures extraterritoriales américaines, quelles que soient les garanties offertes par la loi de blocage de l'Union européenne et les sanctions pénales qu'elles risquent d'encourir en cas de violation du règlement européen.

¹⁶⁵¹ *Ibidem*.

¹⁶⁵² Voir sur ce point, BERLIN Dominique, « Relations commerciales – Application de la « loi de blocage » européenne », *JCP G*, 24 janvier 2022, n°3, 108 ; AFFAKI Georges, « La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales », *op. cit.*

¹⁶⁵³ CARPANO Éric, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 2107.

B- Risques de sanctions pénales liés à la violation du règlement européen de blocage

575. Le règlement (CE) n°2271/96 qui s'applique à toute personne morale constituée au sein de l'UE interdit, sous peine de sanctions, de se conformer aux lois extraterritoriales étrangères, en pratique, américaines, et ce, en l'absence d'autorisation de la part de la Commission européenne. Pour assurer le respect des dispositions du règlement, il est ainsi prévu des sanctions en cas de violation du règlement de blocage. À cet égard, l'article 9 du règlement dispose que « Chaque État membre détermine les sanctions à imposer en cas d'infraction à toute disposition pertinente du présent règlement »¹⁶⁵⁴. L'article 9 précise que ces sanctions doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives. Ainsi, il revient à chaque autorité nationale européenne de déterminer les sanctions en cas d'infraction du règlement de blocage. Plusieurs pays européens se sont dotés de législations en ce sens¹⁶⁵⁵ qui prévoient soit des sanctions pénales (c'est le cas de l'Irlande, du Pays-Bas, de la Suède et du Royaume-Uni¹⁶⁵⁶), soit des sanctions administratives, comme l'Allemagne qui prévoit dans la section 7 de l'Ordonnance fédérale sur le commerce extérieur (« AWW ») des amendes pouvant aller jusqu'à 500 000 euros dans le cas où une personne allemande participerait à un boycott non autorisé par les Nations Unies, l'Union européenne ou l'Allemagne¹⁶⁵⁷.

576. Si, pour sa part, la France ne semble pas en avoir prévu spécifiquement¹⁶⁵⁸, elle dispose cependant d'une base législative à travers le Code des douanes dans le domaine des embargos¹⁶⁵⁹. En effet, l'article 459 du Code des douanes prévoit des sanctions pénales à l'encontre des opérateurs économiques français en cas d'infraction à la législation nationale ou européenne en matière de relations financières avec l'étranger. Ainsi, l'article 459 dispose en ses points 1, 1 bis et 1 ter :

« 1. Quiconque aura contrevenu ou tenté de contrevenir à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger, soit en ne respectant pas les obligations de déclaration

¹⁶⁵⁴ Cons. CE, règl. (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, article 9, préc.

¹⁶⁵⁵ Voir en ce sens le rapport d'information de M. BONNECARRÈRE Philippe, « Extraterritorialité des sanctions américaines : Quelles réponses de l'Union européenne ? », *op. cit.*, p 20.

¹⁶⁵⁶ Extraterritorial US Legislation (Sanctions against Cuba, Iran and Libya) (Protection of Trading Interests), Order 1996.

¹⁶⁵⁷ Voir en ce sens, Loan Market Association, Guidance Note. United States and Européen Union Sanctions, 15 juill. 2014, §5 ; DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1571 ; AFFAKI Georges, comm. sous *High Court of justice, Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*, n° 16 et 24. Des sanctions administratives sont également prévues en Italie et en Espagne.

¹⁶⁵⁸ CARPANO Éric, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 2106.

¹⁶⁵⁹ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, pp. 119-120.

ou de rapatriement, soit en n'observant pas les procédures prescrites ou les formalités exigées, soit en ne se munissant pas des autorisations requises ou en ne satisfaisant pas aux conditions dont ces autorisations sont assorties sera puni **d'une peine d'emprisonnement de cinq ans**, de la confiscation du corps du délit, de la confiscation des moyens de transport utilisé pour la fraude et **d'une amende égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction**.

1 bis. Est puni de mêmes peines le fait, pour toute personne, de contrevenir ou de tenter de contrevenir aux mesures de restriction des relations économiques et financières prévues par la réglementation communautaire prise en application des articles 60 et 301 du traité instituant la Communauté européenne ou par les traités et accords internationaux régulièrement approuvés et ratifiés par la France.

1 ter. Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, des infractions mentionnées au 1 et au 1 bis. **Les peines encourues par les personnes morales sont l'amende, selon les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal, ainsi que les peines mentionnées par l'article 131-39 du même code ».**

577. Par ailleurs, aux termes de l'article 225-2, 2° du Code pénal, le droit pénal français sanctionne par **une peine de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende** l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque commise par un acteur du commerce international qui distinguerait ses partenaires « en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une nation déterminée »¹⁶⁶⁰. À cet égard, la Cour de cassation dans son arrêt en date du 18 décembre 2007¹⁶⁶¹ précise « *qu'une discrimination économique sanctionnée par l'article 225-2, 2° du Code pénal ne peut être justifiée par l'existence d'un boycott irrégulier* ». Il s'agissait en l'espèce d'une société française qui avait conclu avec une société sise aux Émirats arabes unis un contrat portant sur la fourniture de machines de décoration de vaisselle. La société française avait accepté de verser au dossier d'ouverture de crédit documentaire une

¹⁶⁶⁰ DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1571 ; GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *op. cit.*, p. 1277 ; MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 336 ; BECKERS Yann et DEMIGNEUX Nicolas, « Les mesures d'embargo américaines édictées par l'OFAC sont-elles des lois de police étrangères applicable en France », *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁶¹ Cass. crim., 18 décembre 2007, n°06-82.245, F-P+F : JurisData n°2007-042502 ; Bull. crim. n°312 ; *Dr. pén.*, 2008, comm. 41, M. Véron ; *D.* 2008, p. 893, note S. Detraz ; *Dr et patr.*, septembre 2008, 100, obs. J. -P. Mattout et A. Prüm. Voir aussi, Cass. crim., 26 mai 2010, n°09-85.873.

attestation selon laquelle la livraison de la marchandise n'interviendrait pas par le canal d'un transport israélien ni ne transiterait par Israël. Ce document avait été visé par le directeur de la chambre de commerce et d'industrie de Limoges. La société française et son directeur, ainsi que la chambre de commerce et son directeur ont été poursuivis devant la juridiction correctionnelle pour discrimination économique en raison de l'origine nationale, complicité et recel. La Licra¹⁶⁶² se constitua partie civile. La cour d'appel de Limoges prononça la relaxe des prévenus et débouta la Licra de sa demande dans un arrêt du 9 novembre 2004¹⁶⁶³. La Licra forma un pourvoi qui aboutit à la cassation. La cour d'appel de Paris, désignée comme cour de renvoi après cassation, statuant sur les seules demandes civiles présentées par Licra. Mais les juges d'appel rejetèrent à nouveau sa demande. En effet, la cour d'appel considère que la mesure discriminatoire reprochée à la société française est intervenue dans le contexte d'un boycott économique réciproque entre la quasi-totalité des États arabes et Israël. Pour la Cour, s'ils ne sont pas en guerre au sens du droit international, ils se trouvent dans une situation de belligérences privant de conditions normales l'exercice des relations internationales commerciales, aussi bien pour les acteurs économiques des États en conflit que pour ceux des pays tiers. Ainsi, selon son appréciation, le boycott imposé en l'espèce était justifié, donc « régulier ».

Cet avis n'est pas partagé par la Cour de cassation qui annule l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Selon la Cour de cassation, il ressort de cet arrêt une divergence d'appréciation sur la qualification du boycott imposé en l'espèce. Était-il « régulier » ou « irrégulier » ? L'article 225-2, 2° qui incrimine l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique reste muet sur la question, de même que l'arrêt de la Cour de cassation qui censure la décision de la cour d'appel en se référant à la notion de boycott « irrégulier » sans en préciser la portée.

578. Toutefois, pour un auteur, un boycott résultant de décisions prises par les autorités françaises compétentes dans le cadre d'actions à caractère économique concertées et prises dans un cadre international devrait seul être considéré comme « régulière », et ainsi justifier d'une discrimination économique sanctionnée par l'article 225-2, 2° du Code pénal français. En revanche, lorsqu'il est adopté unilatéralement, il devrait être considéré, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme un boycott « irrégulier »¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶² Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme.

¹⁶⁶³ Cass. crim., 9 novembre 2004, n°03-87.444, FS-P+F : JurisData n°2004-025788 ; Bull. crim. 2004, n°273 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. 35 ; *AJ Pénal*, 2005, p. 24, obs. Enderlin.

¹⁶⁶⁴ VÉRON Michel, « Discrimination – Boycott économique à raison de l'origine nationale », *op. cit.*

579. Ainsi, l'esprit et la finalité de ces dispositions européennes font appréhender qu'un opérateur économique invoquant une clause de sanction afin de se délier d'obligations contractuelles susceptibles de violer une réglementation étrangère puisse être considéré comme cherchant à se conformer aux « prescriptions ou interdictions » prévues par ladite réglementation¹⁶⁶⁵. Dès lors, la partie excipant de la clause pour se libérer de ses obligations contractuelles en application par exemple des mesures restrictives américaines risque d'engager sa responsabilité pénale pour infraction au règlement de blocage dans les législations des États membres¹⁶⁶⁶. De même, en droit français, exciper d'une clause de sanction pour refuser d'effectuer des transactions dans un pays donné au nom d'un programme étranger de sanctions pourrait tomber sous le coup des articles 225-2, 2° du Code pénal, qui réprime l'infraction de discrimination en matière économique¹⁶⁶⁷.

580. De ce fait, en considération des impacts des législations européennes ou nationales « anti-sanctions » sur la pratique des clauses de sanction, de telles clauses ne doivent en aucun cas devenir une « clause de style » ou une « clause standard », comme le soulignent à juste titre certains auteurs¹⁶⁶⁸.

Paragraphe 2 : Utilisation conforme des clauses de sanction au règlement européen de blocage

581. Les stipulations relatives aux sanctions économiques dans les contrats internationaux doivent faire l'objet d'une vigilance particulière compte tenu des risques de conflits avec les mesures de blocages européennes ou autres lois pénales nationales interdisant de se plier aux exigences de certaines sanctions extraterritoriales. À cet égard, si en pratique aucune entreprise européenne n'a jamais été condamnée, en application d'une loi de blocage, pour une utilisation d'une clause de sanction, la question de la licéité ou de l'effectivité de clauses de sanction par rapport à ces contre-mesures européennes a été récemment posée à la High Court britannique

¹⁶⁶⁵ GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *op. cit.*, p. 1278.

¹⁶⁶⁶ AFFAKI Georges, comm. sous High Court of justice, *Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*, n° 22 et s.

¹⁶⁶⁷ BECKERS Yann et DEMIGNEUX Nicolas, « Les mesures d'embargo américaines édictées par l'OFAC sont-elles des lois de police étrangères applicable en France », *op. cit.*, p. 2 ; AFFAKI Georges, comm. sous *High Court of justice, Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*

¹⁶⁶⁸ GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *op. cit.* ; DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1573 ; AFFAKI Georges, comm. sous High Court of justice, *Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*, n°25, pour qui : « Les clauses de sanction ne peuvent ni ne doivent devenir des clauses de style ».

dans une affaire qui opposait *Mamancochet Mining Limited* à *Aegis Manging Agency Limited and Others*¹⁶⁶⁹.

582. En l'espèce, deux cargos de billettes d'acier chargés en 2012 en Russie à destination de l'Iran furent volés à une date non déterminée entre septembre et octobre 2012, après leur débarquement dans les entrepôts des douanes iraniennes. En mars 2013, l'assuré, bénéficiaire d'une police d'assurance libellée en USD, régie par le droit anglais, qui le protégeait contre le risque de vol de deux cargaisons de billettes d'acier, a réclamé le paiement de l'indemnité d'assurance. Toutefois, l'assureur excipa d'une clause de sanction dans la police d'assurance maritime pour s'exonérer de son obligation de paiement de l'indemnité qui l'exposerait à être sanctionné par l'Office of Foreign Assets Control (OFAC). En effet, la clause de sanction stipulait que « *No (re) insurer shall be deemed to provide cover and no (re) insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that the provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit would expose that (re) insurer to any sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws, or regulations of the European Union, United Kingdom or the United States of America* »¹⁶⁷⁰.

583. Dès lors, la question soulevée par cette affaire est la suivante : la clause sanction stipulée dans la police pouvait-elle exonérer l'assureur de son obligation de paiement, alors qu'elle aboutirait à donner effet aux mesures extraterritoriales américaines prohibées par le règlement européen de bocage ? En effet, l'assureur arguait en défense qu'il ne saurait être contraint d'indemniser l'assuré au risque d'être sanctionné par l'OFAC dans la mesure où il interpréta « *would expose* » stipulé dans la clause comme « risquer » d'être sanctionné. Toutefois, le juge Teare estima que pour que l'assureur soit sanctionné par les autorités américaines, cela suppose que le paiement de l'indemnisation exigible soit prohibé. Selon le juge, le seul « risque d'être sanctionné » ne saurait, en l'absence de termes explicites dans la clause, être l'équivalent de l'interdiction de payer au titre d'un droit applicable et de la preuve que l'infraction à cette interdiction l'exposerait à une sanction. D'où la nécessité pour la High Court de Londres de juger si une telle interdiction existait. Ainsi, après une longue bataille d'expert en droit

¹⁶⁶⁹ High Court of Justice, *Queen's Bench Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/Aegis Manging Agency Limited and Others*, 12 octobre 2018, (2018) EWHC 2643 (Comm).

¹⁶⁷⁰ « Aucun assureur (re) n'est réputé fournir une couverture et aucun assureur (re) n'est tenu de payer un sinistre ou de fournir une prestation en vertu des présentes dans la mesure où la fourniture d'une telle couverture, le paiement d'un tel sinistre ou la fourniture d'une telle prestation exposerait cet assureur (re) à une sanction, une interdiction ou une restriction en vertu des résolutions des Nations Unies ou des sanctions commerciales ou économiques, des lois ou des règlements de l'Union européenne, du Royaume-Uni ou des États-Unis d'Amérique. »

américain des mesures restrictives, le juge Teare souligna qu'à la date où la demande lui était faite par l'assuré d'ordonner le paiement, les mesures restrictives américaines n'étaient pas encore rétablies, la date butoir du 4 novembre 2018¹⁶⁷¹ n'étant pas encore échu. Il nota également que le but de la période transitoire décrétée lors de la révocation de l'accord au JCPoA était de permettre une sortie graduelle des engagements en cours¹⁶⁷². Ce faisant, ne soulignant pas d'exception pour les polices d'assurance, le juge conclut qu'il n'existait pas d'interdiction limitant l'obligation de l'assureur de payer l'indemnité due avant le 4 novembre 2018 à minuit. Dès lors, il décida également qu'aucune interdiction n'existait non plus en droit de l'Union, par conséquent l'obligation de règlement de l'assureur devait être exécutée.

Cependant, le juge décida de prolonger son jugement en *obiter dictum*¹⁶⁷³ sur la question de la conformité de la clause de sanction au règlement de blocage européen. À cet égard, tout en précisant qu'il n'avait plus à juger cette question, dès lors qu'il avait jugé qu'il n'existait pas d'interdiction au paiement, le juge exprima son soutien à la défense de l'assureur consistant à exciper de l'absence d'obligation de paiement au titre de la police d'assurance maritime. En effet, selon le juge, la clause sanction insérée dans la police opérait comme une condition suspensive qui suppose que tant que la clause n'est pas réalisée l'obligation de non-paiement n'est pas efficace et ne peut pas être exécutée. En l'absence d'obligation de non-paiement, on ne saurait ainsi prétendre voir dans l'effet donné au contrat une infraction au règlement de blocage comme l'arguait l'assuré.

584. Cet argument avancé par le juge Teare n'est pas partagé en doctrine. En effet, selon M. Affaki, faire prévaloir l'accord contractuel sur l'esprit et la finalité du règlement de blocage trahirait le but du législateur européen de protéger les opérateurs européens des visées extraterritoriales des législations des pays tiers. L'auteur souligne également que même si le juge en l'espèce avait tardé à rendre sa décision au-delà du 4 novembre 2018, date à laquelle les mesures restrictives unilatérales américaines allaient être établies, « on ne voit pas comment l'on viendrait à donner effet au stratagème aboutissant à l'application de fait de ces mesures par

¹⁶⁷¹ Cette date correspond au rétablissement de la totalité des sanctions américaines sur l'Iran après la suspension des sanctions secondaires à la suite de l'accord sur le nucléaire iranien (le JCPoA) le 16 janvier 2016. En ce sens, AFFAKI Georges et BISMUTH Regis, « Sanctions américaines contre l'Iran : les limites de la réponse européenne », *op. cit.*

¹⁶⁷² En effet, la révocation du JCPoA des États-Unis fut accompagnée de l'annonce d'une période de transition de 180 jours permettant de réduire et de sortir des opérations conclues légitimement pendant la période de suspension des sanctions.

¹⁶⁷³ *Obiter dictum*, est une expression latine qui est issue de la procédure anglo-saxonne, et consiste pour une juridiction suprême à insérer dans un arrêt, une opinion étrangère à l'espèce, tout en participant à la portée de la décision rendue : « Le saviez-vous ? », *Dalloz Actu Étudiant*, 28 juin 2013.

le truchement de l'autonomie de la volonté dès lors que le règlement de blocage les déclare en violation du droit international par leur application extraterritoriale »¹⁶⁷⁴. Le même auteur avance également que « faire prévaloir l'accord contractuel sur l'esprit et la finalité du règlement de blocage trahirait le but du législateur européen de protéger les opérateurs européens visés par des mesures restrictives étrangères extraterritoriales, ici américaines »¹⁶⁷⁵. En outre, d'autres auteurs relèvent que s'il y a conflit entre une loi extraterritoriale étrangère et une loi de blocage, le juge saisi fera prévaloir les lois nationales de blocage en tant que lois de police de for par rapport aux textes étrangers imposant des sanctions internationales, et ce, quand bien même ces textes correspondraient à la loi d'exécution du contrat¹⁶⁷⁶.

585. Ainsi, la question qui se pose est alors celle de savoir s'il peut y avoir une approche qui permet de prendre en compte tous les régimes sans tomber sous le coup de l'un ou de l'autre. À ce propos, la plupart des auteurs soutiennent qu'au vu du contexte international, la rédaction des clauses de sanction nécessite une approche au cas par cas, tenant compte des situations particulières de chaque partie au contrat dans la mesure où une PME se trouvera nécessairement moins exposée qu'une société multinationale, mais aussi des différentes législations imposant les sanctions¹⁶⁷⁷. À ce titre, une bonne pratique consiste à exclure expressément du champ des clauses de sanction les programmes de sanctions couverts par l'annexe du règlement de blocage. Seront seulement valides, et produiront leurs effets, les clauses de sanction se fondant sur des réglementations européennes ou émanant d'une organisation internationale à laquelle la France est partie, ou sur des réglementations étrangères non soumises à des contre-mesures¹⁶⁷⁸. En revanche, les clauses trop larges, faisant référence générale « aux régimes américains et européens de sanction applicables », sont susceptibles d'être invalides par les tribunaux, car recouvrant des réglementations soumises à des contre-mesures¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁴ AFFAKI Georges, comm. sous High Court of justice, *Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, *op. cit.*, n°22.

¹⁶⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁷⁶ BECKERS Yann et DEMIGNEUX Nicolas, « Les mesures d'embargo américaines édictées par l'OFAC sont-elles des lois de police étrangères applicable en France », *op. cit.* ; AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *op. cit.*, p. 1029 ; D'AVOUT Louis et BOLLÉE Sylvain, « Droit du commerce international », *op. cit.* p. 2031.

¹⁶⁷⁷ GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *op. cit.*, p. 1278 ; DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, n°29 ; MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luites anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 336.

¹⁶⁷⁸ GUILLEMIN Thibault et CHANZY Thomas, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *op. cit.*

¹⁶⁷⁹ *Ibidem*.

586. Il ressort de ce qui précède que l'insertion des clauses de sanction permet aux entreprises internationales d'exclure par avance toute responsabilité contractuelle à raison de manquements contractuels imputables au respect des mesures restrictives étrangères, notamment américaines. Cependant, du point de vue européen, la rédaction de ces types de clauses n'est pas sans conséquences dans la mesure où elles peuvent entrer en conflit avec le Règlement européen de blocage et les lois nationales adoptées par certains États membres pour son application. Dès lors, pour trouver une solution aux conflits que suscitent les différentes lois extraterritoriales applicables, il est sérieusement recommandé aux parties concernées d'insérer dans les contrats des clauses qui opèrent une meilleure distinction entre les régimes de sanctions économiques en identifiant au cas par cas les règles spécifiques adaptées à chaque régime et ne se rattacher qu'aux seuls régimes ne contrevenant pas à la réglementation européenne de blocage.

Chapitre 2 : La gestion des risques liés aux mesures d’embargo étrangères par les banques et les assureurs

587. En raison de la place occupée dans la réalisation des transactions financières, les entreprises du secteur bancaire, comme celles du secteur de l’assurance, sont confrontées depuis plusieurs années à deux problèmes majeurs qui interfèrent de façon directe dans la gestion des affaires : celui de la lutte anti-blanchiment¹⁶⁸⁰ et celui des mesures restrictives d’embargo. À ce titre, il n’y a pas besoin de rappeler de l’importance des risques de condamnation encourus par les établissements financiers et les compagnies d’assurances¹⁶⁸¹ pour violation des mesures d’embargo étrangères. Outre les impacts financiers et économiques découlant des sanctions économiques étrangères, ces condamnations présentent également des conséquences en termes d’image et de réputation. Or, le risque de réputation constitue une menace grave pour les banques et les assureurs puisque la nature même de leurs activités présuppose le maintien de la confiance des clients¹⁶⁸². Dès lors, le fait d’être impliqué dans un procès peut entraîner des répercussions financières bien plus coûteuses que les frais de procédure et les condamnations judiciaires¹⁶⁸³. Ainsi, les banques et les assureurs ont-ils entrepris ces dernières années de renforcer leur protection en développant leurs services de conformité interne (**section 2**), mais également en revisitant leurs relations contractuelles avec leurs clients par l’insertion des clauses de sanction (**section 1**).

Section 1 : Insertion des clauses de sanction relatives aux mesures d’embargo

588. Les conséquences d’être reconnu coupable d’avoir enfreint des mesures d’embargo étrangères sont graves. Ainsi, pour se protéger des risques associés aux mesures d’embargo étrangères, les banques et les assureurs ont dû adapter leurs contrats en introduisant au fil des années des clauses de sanction.

¹⁶⁸⁰ Voir en sens MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, 2022, n°17 et les références ; MATTOU Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 334.

¹⁶⁸¹ Par exemple, en 2015, une compagnie d’assurance américaine basée aux États-Unis a payé 271 815 dollars US d’amende à l’OFAC pour avoir fourni des services d’assurances (une assurance de protection et d’indemnisation) à des navires nord-coréens. Voir sur ce point, LUDDINGTON Ben, JONES Michael et CLARK Andrew, « Sanctions and insurance market, putting in place an effective compliance programme », *PWC*, septembre 2016.

¹⁶⁸² HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶⁸³ LASSERE CAPDEVILLE Jérôme, « Banque- La banque face au risque de condamnation », *JCP G*, 22 septembre 2014, n°39, doct. 976, p. 5.

Paragraphe 1 : Insertion des clauses de sanction dans les contrats de financement bancaire

589. Confrontés au renforcement des mesures restrictives étrangères symbolisées par leurs champs d'application larges et leurs importantes conséquences pécuniaires, de plus en plus d'établissements de crédit introduisent dans les contrats de financement des clauses faisant référence aux lois et réglementations applicables en matière de sanctions économiques et d'embargos commerciaux étrangers¹⁶⁸⁴. Le but est clairement pour les banques de se conformer aux embargos étrangers applicables et de pouvoir résilier crédits et conventions de compte si leurs clients ne s'y conforment pas¹⁶⁸⁵. Autrement dit, l'objectif des banques est d'éviter de traiter avec une partie faisant l'objet de sanctions non seulement nationales, mais aussi étrangères, notamment américaines afin de s'exonérer de toute responsabilité future au titre d'une éventuelle violation de ces mesures¹⁶⁸⁶. En Europe, si les premières clauses « sanctions » sont initialement apparues dans les contrats de financement conclu avec des banques américaines, elles se sont ensuite généralisées au moment même des premières condamnations prononcées par la justice américaine à l'encontre de plusieurs banques européennes, dont BNP Paribas, dans le cadre du non-respect des embargos imposés par les États-Unis¹⁶⁸⁷.

Il est utile d'examiner ces pratiques contractuelles naissantes (A) et de s'interroger sur les risques qu'elles comportent pour les prêteurs comme pour les emprunteurs (B)

A- Pratiques contractuelles

590. La nécessité pour les établissements de crédit européens de prendre en compte ces risques associés aux mesures restrictives économiques a été posée par la Loan Market Association qui a publié en juillet 2014, une Guidance Note mettant en garde les banques sur les risques encourus¹⁶⁸⁸. En effet, tout en indiquant que la complexité du sujet et la variété des situations ne lui permettaient pas de proposer des modèles des clauses à insérer dans les contrats

¹⁶⁸⁴ Cass. com., 16 mars 2010, n°08-21.511, *Dr. et Patr.*, n°195, septembre 2010, p. 110, note J.-P. Mattout et A. Prüm ; DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1566 ; KLEINER Caroline, « Sanctions économiques – L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine », *op. cit.*

¹⁶⁸⁵ GARROUSTE Frédérique, « Les banques imposent des clauses de sanction aux entreprises », *AGEFI Hebdo*, 17 juillet 2014 ; MATTOU Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*

¹⁶⁸⁶ OSAMA Ibrahim, « Sanction clauses under the Documentary Credits », *Trade Finance Global*, 15/06/2022.

¹⁶⁸⁷ VICIDOMINI Emmanuelle, « Contrat de financement - Les clauses « sanctions » dans les financements, véritable tonneau des Danaïdes pour les emprunteurs », *RD bancaire et fin.*, janvier 2017, n°1, prat. 1, p. 1.

¹⁶⁸⁸ Une copie de la Guidance Note peut être consultée sur le site de la Loan Market Association : [Loan Market Association - Documents & Guidelines alerts archive \(lma.eu.com\)](https://www.lma.eu.com/Loan-Market-Association/Documents-&Guidelines/alerts)

de financement, elle a recommandé aux banques de réfléchir attentivement aux protections contractuelles pour faire face aux risques de sanctions existants et futurs. Ainsi sont apparues de nouvelles obligations dans les contrats de financements, sous forme de déclarations, engagements et garanties relatifs aux sanctions économiques que les clients emprunteurs doivent faire à leurs banques lors de la signature de la convention et souvent réitérer à chaque tirage¹⁶⁸⁹.

591. Les clauses « sanctions » concernant les mesures d' embargo que l'on retrouve en pratique notamment dans les opérations françaises comprennent en particulier des définitions larges et ouvertes des termes « sanctions », « personnes sanctionnées » (sanctioned persons) et « pays sous sanctions » (countries under sanctions), des déclarations et garanties de l'emprunteur aux termes desquelles celui-ci confirme n'avoir aucune implication, participation ou aucun intérêt financier dans des entités sanctionnées ou de relations d'affaires avec des personnes, entités ou pays sous sanctions, et des engagements de l'emprunteur de ne pas utiliser les fonds du financement au bénéfice d'entités ou de personnes sanctionnées ni pour conduire des opérations dans des pays sous sanctions¹⁶⁹⁰.

Les clauses suivantes peuvent être données à titre d'illustration :

« Déclaration Répétée :

(a) Ni l'emprunteur ni aucun de ses filiales, directeurs, employés mandataires ou, à sa connaissance, aucun de ses affiliés ou de leurs directeurs, employés ou mandataires, ne s'est engagé dans une activité ou n'a commis d'acte qui pourrait violer toute loi ou réglementation applicable ayant pour objectif la prévention ou la répression de la corruption ou du blanchiment d'argent dans toute juridiction applicable. En outre, l'emprunteur a institué et maintient des procédures et politiques pour assurer la prévention de la violation de ces lois et réglementations.

(b) Ni l'emprunteur ni aucun de ses filiales, directeurs, employés ou mandataires ou, à sa connaissance, aucun de ses filiales ou de leurs directeurs, employés ou mandataires ne fait actuellement l'objet d'une sanction.

¹⁶⁸⁹ MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*

¹⁶⁹⁰ DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *op. cit.*, p. 1568.

Engagement :

(a) L'emprunteur s'engage à ne pas utiliser directement ou indirectement les produits du prêt et à ne pas prêter, apporter ou rendre disponibles ces produits à toute filiale, société sœur, joint-venture ou toute autre personne ou entité, dans le but de financer les activités d'une personne ou d'une entité, d'un pays ou d'un territoire, faisant l'objet de Sanctions au moment du financement ou de la mise à disposition des fonds, ou détenue ou contrôlée par une personne sujette à Sanctions.

(b) Pour les besoins des stipulations qui précèdent : « Sanctions » désignent toutes sanctions économiques ou commerciales, toutes les lois, réglementations, règles ou mesures restrictives (y compris, afin d'éviter toute ambiguïté, toutes les sanctions ou toutes les mesures relatives à quelconque embargo) administrées, imposées, mises en œuvre ou notifiées publiquement par les États-Unis d'Amérique, en ce inclus le Règlement dur, l'OFAC, les Nations Unies, l'Union européenne, la France et/ou la Grande-Bretagne ; « Règlement sur l'OFAC », désigne les règles et réglementations mises en œuvre par le Bureau de contrôle des actifs étrangers aux États-Unis du Département du Trésor américain (Office of Foreign Assets Control of the U.S. Department of the Treasury) »¹⁶⁹¹.

« The Company covenants not to and to procure that Subsidiaries do not engage directly or indirectly in any activities : (a) in any jurisdiction or with any Person (including any Person participating in the transactions contemplated by this BCA or under this Agreement) that is subject to or targeted by economic or financial sanctions from time administered by the Office of Foreign Assets Control of the U.S. Department of Treasury, the U.S. Department of State or any other agency of the U.S. government ; or by Her Majesty's Treasury ; or by the European Union (including under Council Regulation (EC) No. 194/2008) ; or by the United Nations Security Council or any other relevant governmental entity (« Sanction ») ; (b) that would result in a violation of Sanctions ; or (c) that are sanctionable under the Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010, as amended or the Iran Sanctions Act, as amended. »¹⁶⁹²

592. En multipliant, les déclarations, engagements et garanties relatifs aux mesures d'embargo et de sanctions dans les contrats de financement, les banques visent à sécuriser au

¹⁶⁹¹ Clause citée par MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, pp. 339 – 340. Pour d'autres exemples de clauses, voir le même auteur, *op. cit.*, pp. 340 et s.

¹⁶⁹² Clause reportée sur le site Law insider : [Sanctions Sample Clauses: 7k Samples | Law Insider](#)

mieux leur position. En effet, outre le fait que l'insertion des clauses de sanction est de nature à limiter leur responsabilité si elle venait à être recherchée, elle peut leur permettre, comme le souligne M. Mattout, de prendre des mesures de protection *a posteriori* si un problème survenait en cours d'exécution du contrat¹⁶⁹³. Par exemple, la banque pourrait ainsi refuser certains changements de monnaie du crédit, pourtant généralement permis dans le contrat, si ce changement venait à être fait en faveur du dollar américain et ainsi à devoir faire passer les règlements en chambre de compensation aux USA et partant à soumettre la banque aux règles américaines de boycott et d'embargo¹⁶⁹⁴.

593. Cependant, les clauses de sanction sous forme de déclaration, engagement et garanties peuvent avoir des effets potentiellement indésirables auprès des parties alors que leur insertion dans les contrats de financement est systématiquement demandée et n'est quasiment plus négociable¹⁶⁹⁵.

B- Risques multiples pour les parties

594. L'insertion des clauses de sanction dans les contrats de financement peut se révéler particulièrement dangereuse. Vues du côté de l'emprunteur, ces déclarations, engagements et garanties relatifs aux sanctions économiques, selon l'ampleur demandée ou consentie, peuvent avoir des effets potentiellement indésirables, puisqu'en cas de non-respect d'un engagement ou inexactitude d'une déclaration, même si le crédit est ponctuellement honoré, les banquiers pourront interrompre et déclarer l'exigibilité anticipée des financements concernés, voire déclencher le jeu de la clause de défaut croisé rendant ainsi fragile le financement de l'entreprise¹⁶⁹⁶. À cet égard, en mai 2014, l'Association française des trésoriers d'entreprises (AFTE) a rendu publique une mise en garde des emprunteurs contre les risques importants que pouvaient constituer pour les entreprises ce type de déclarations, engagements et garanties si elles n'étaient pas soigneusement centralisées, coordonnées et pesées, dénonçant la pratique de certaines banques d'adresser des questionnaires dans différents services de leurs clients sous

¹⁶⁹³ MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 337.

¹⁶⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁹⁵ GARROUSTE Frédérique, « Les banques imposent des clauses de sanction aux entreprises », *op. cit.*

¹⁶⁹⁶ VICIDOMINI Emmanuelle, « Contrat de financement – Les clauses « sanctions » dans les financements, véritable tonneau des Danaïdes pour les emprunteurs », *op. cit.* ; MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.* ; DASS Probin, CHAN Eric et ZEE Liew Kai, « Sanctions Clauses and Trade Finance-Recent Further Guidance From The International Chamber of Commerce », *mondaq*, 08 juin 2020.

forme anodine¹⁶⁹⁷. Ainsi, en avril 2015, l'AFTE a publié des recommandations sur le traitement des sanctions et mesures restrictives économiques dans les contrats de financement bancaire, privilégiant des déclarations verbales aux engagements écrits dont la portée est objectivement vérifiable et, dans l'hypothèse où il serait impossible d'y parvenir, recommande de limiter la portée de leurs engagements écrits selon trois options¹⁶⁹⁸ :

- Limiter les déclarations au fait que les fonds prêtés ne seraient pas utilisés en faveur d'une personne ou d'une entité visée par une « sanction » ;
- Limiter la période de validité de la déclaration de conformité et en n'en faisant pas une déclaration permanente et réitérée fréquemment. Limiter également le champ d'application aux sanctions européennes ou prononcées par le Conseil de sécurité des Nations Unies (et n'incluant pas les sanctions américaines) ;
- Si l'engagement doit être néanmoins accepté, de le limiter autant que possible.

De même, l'AFTE estime que les déclarations, engagements et garanties relatifs aux mesures d'embargo et de sanctions devraient peu à peu se préciser, d'autant qu'il en va également de l'intérêt des banques qui ne doivent pas être excessives dans les déclarations étant donné qu'il y a un risque sérieux d'impossibilité de les vérifier¹⁶⁹⁹.

595. Par ailleurs, l'utilisation des clauses de sanction dans les contrats de financement en particulier dans les lettres de crédit documentaire soulève également des difficultés pour les parties lorsque les clauses de sanction rédigées en termes très larges ont pour effet de menacer les principes de certitude de paiement¹⁷⁰⁰. Rappelons que le crédit documentaire (ou lettre de crédit) est un engagement de paiement par lequel une banque, à la demande d'un acheteur, le donneur d'ordre, accepte de mettre des fonds à la disposition du vendeur, le bénéficiaire, afin de financer une opération commerciale, contre remise des documents visés par lettre de crédit et ce, après-examen de leur régularité par la banque prêteuse¹⁷⁰¹. En pratique, le crédit

¹⁶⁹⁷ Voir en ce sens, MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, lutttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 335 ; GARROUSTE Frédérique, « Les banques imposent des clauses de sanction aux entreprises », *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁹⁸ *Ibidem*. Pour plus d'information, consulter le lien suivant : [Espace documentaire | AFTE](#)

¹⁶⁹⁹ MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, lutttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.* ; GARROUSTE Frédérique, « Les banques imposent des clauses de sanction aux entreprises », *op. cit.*

¹⁷⁰⁰ DASS Probin, CHAN Eric et ZEE Liew Kai, « Sanctions Clauses and Trade Finance- Recent Further Guidance From The International Chamber of Commerce », *op. cit.* ; OSAMA Ibrahim, « Sanction clauses under the Documentary Credits », *op. cit.* ; « Sanctions Clauses – Safeguarding payment under Letters of Credit », *Reed Smith Client Alerts*, 11 janvier 2012.

¹⁷⁰¹ Pour une étude sur le crédit documentaire, BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., Domat précis, LGDJ, 2021, pp. 634 et s. ; CAPDEVILLE Lasserre Jérôme, STORCK Michel, MIGNOT Marc, KOVAR Jean-Philippe

documentaire peut prendre deux formes. Tout d'abord, il peut être révocable. Dans ce cas, il ne comporte pas d'engagement de la banque émettrice au profit du vendeur. Le seul engagement qu'il comporte est l'engagement de la banque envers le donneur d'ordre, ce qui permet à la banque de révoquer à tout moment le crédit documentaire. Toutefois, cette hypothèse ne se trouve quasiment plus aujourd'hui : la plupart des crédits documentaires sont irrévocables. En effet, le crédit irrévocable constitue la seule forme de crédit utilisée, parce que la plus sûre pour le bénéficiaire¹⁷⁰². À cet égard, les Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires ne s'appliquent qu'à eux¹⁷⁰³ (art. 2 et 3 RUU 600). Le crédit irrévocable est un engagement ferme de la banque envers le vendeur-bénéficiaire. Celui-ci est alors assuré d'être payé par la banque s'il se conforme aux conditions énoncées dans la lettre de crédit. Ainsi, lorsque, la lettre de crédit est irrévocable, elle crée une obligation de paiement de la banque émettrice envers le vendeur-bénéficiaire. Le banquier émetteur ne peut se soustraire à son engagement à l'égard du bénéficiaire et de la banque intermédiaire autorisée, quels que soient les événements qui affectent ses relations avec le donneur d'ordre : le banquier ne peut se prévaloir par exemple, du défaut de paiement des commissions dues par le donneur d'ordre ou encore d'une mauvaise exécution du contrat de base pour se décharger de son engagement¹⁷⁰⁴. La seule exception est la fraude à laquelle aurait participé le bénéficiaire¹⁷⁰⁵.

596. Cette règle trouve son fondement dans le fait que le banquier émetteur prend un engagement personnel envers le bénéficiaire, indépendant, d'une part, de la convention conclue entre lui-même et le donneur d'ordre, et, d'autre part, du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le vendeur¹⁷⁰⁶. Ainsi, à l'exception de la fraude, il ne devrait y avoir aucune place pour l'incertitude quant à la réalisation du crédit documentaire (engagement de payer), lorsque les documents sont apparus conformes à ceux énumérés dans la lettre de crédit. Or, les clauses de sanction insérées dans les lettres de crédit préviennent que des sanctions ou mesures d'embargo peuvent interdire à la banque émettrice de traiter avec certains pays, personnes ou actifs. Cela

et ÉRÉSÉO Nicolas, *Droit bancaire*, 2^e éd., Précis, Dalloz, 2019, pp. 1095 et s. ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire internationale*, Revue Banque édition, 4^e éd., 2009, pp. 209 et s.

¹⁷⁰² MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire internationale*, *op. cit.*, n°271-2.

¹⁷⁰³ En effet, les RUU 600 ne traitent que du crédit documentaire irrévocable. Le crédit révocable n'est plus mentionné. Art. 2 RUU 600, « (...) *Crédit signifie tout arrangement quelle que soit sa dénomination ou sa description qui est irrévocable et qui constitue un engagement ferme de la banque émettrice d'honorer une présentation conforme* ». Art 3. RUU 600, « Un crédit est irrévocable même s'il n'y a aucune indication à cet effet ».

¹⁷⁰⁴ Art. 4 RUU 600.

¹⁷⁰⁵ BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n°884 ; CAPDEVILLE Lasserre Jérôme, STORCK Michel, MIGNOT Marc, KOVAR Jean-Philippe et ÉRÉSÉO Nicolas, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n°2409 et s.

¹⁷⁰⁶ BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n°877 et n°878 ; CAPDEVILLE Lasserre Jérôme, STORCK Michel, MIGNOT Marc, KOVAR Jean-Philippe et ÉRÉSÉO Nicolas, *op. cit.*, n°2387 et n°2389 ; MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire internationale*, *op. cit.*, pp. 285 et s.

peut signifier que, malgré une présentation de documents conformes en vertu d'une lettre de crédit, il existe un risque réel que le paiement ne soit pas effectué¹⁷⁰⁷.

Les présentes clauses constituent des exemples assez illustratifs :

« [La banque] se conforme aux lois et aux réglementations internationales en matière de sanctions émises par les États-Unis d'Amérique, l'Union européenne et les Nations Unies (ainsi qu'aux lois et réglementations locales applicables à la succursale émettrice) et dans le respect de ces lois et réglementations. [La banque] a adopté des politiques qui, dans certains cas, vont au-delà des exigences des lois et réglementations applicables. Par conséquent [La banque], n'assume aucune obligation d'effectuer un paiement en vertu de la présente lettre de crédit ou de la mettre en œuvre d'une autre manière (y compris, mais sans s'y limiter, le traitement des documents ou la notification de la lettre de crédit), en cas d'implication d'une personne (physique, morale ou gouvernementale) figurant sur les listes de sanctions des États-Unis, de l'UE, de l'ONU ou locales, ou toute implication ou tout lien avec Cuba, le Soudan, l'Iran ou le Myanmar, ou l'une de leurs agences gouvernementales. »¹⁷⁰⁸

« Trade and economic sanctions (sanction) imposed by governments, governments agencies or departments, regulators, central banks and/or transnational organisations (including the United Nations and European Union) impact upon transactions involving countries, or persons resident within countries currently including Balkans, Belarus, Code d'Ivoire (Ivory Coast), Lebanon, Liberia, Rwanda, Sierra Leone, Somalia, Syria, the Democratic Republic of Congo, Uzbekistan, Afghanistan, Iran, Iraq, Myanmar (Burma), North Korea, Cuba, Zimbabwe and Sudan. Issuing bank and all of its related bodies corporate might be subject to and affected by sanctions, with which it will comply. Please contact issuing bank for clarification before presenting documents to issuing bank for negotiation or undertaking any dealings regarding this credit involving countries or persons affected by sanctions, issuing bank is not and will not be liable for any loss or damage whatsoever associated directly or indirectly with the application of sanctions to a transaction or financial service involving issuing bank. Issuing bank is not required to perform any obligation under this credit which it determines in its discretion will, or would be likely to, contravene or breach any sanctions. This clause applies

¹⁷⁰⁷ Cass. com., 16 mars 2010, n°08-21.511, *op. cit.*, note J.-P. Mattout et A. Prüm Cass.

¹⁷⁰⁸ Exemple de clause citée par MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *Gazette CAMP*, Hiver 2011/2012, n°27, p. 3.

notwithstanding any inconsistency with the current edition of the International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. »¹⁷⁰⁹

Ces types de clauses donnent à la banque émettrice le pouvoir discrétionnaire d'honorer ou non le paiement. En ce sens, elles remettent en cause le caractère indépendant de la lettre de crédit et son irrévocabilité¹⁷¹⁰.

597. Les Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires (RUU) qui énoncent les règles contractuelles que les banques doivent suivre dans les lettres de crédit n'ont pas de référence expresse qui traite des sanctions, c'est-à-dire la réception des lois de police concernant notamment les embargos. Par conséquent, elles ne traitent pas également l'impact de l'utilisation des clauses de sanction relatives à ces mesures dans les lettres de crédit¹⁷¹¹. Toutefois, en conséquence du nombre croissant de clauses de sanction insérées dans les transactions commerciales internationales notamment dans les lettres de crédit, les garanties bancaires, la Commission bancaire de la CCI a publié le 26 mars 2010 son premier document d'orientation sur l'utilisation des clauses de sanction pour les produits liés au commerce, *Guidance paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products* n°470/1129, et ce document a été mis à jour au n°470/1238 en 2014 et récemment en mai 2020¹⁷¹². L'addendum au document n°470/1238 a été émis à la suite de la recrudescence de l'utilisation de ces clauses dans les crédits documentaires et dans les garanties¹⁷¹³. Ces documents rappellent l'usage de plus en plus fréquent des clauses de sanction dans les instruments liés au financement du commerce soumis aux règles de la CCI. Ils rappellent également que les RUU 600 de la CCI édictées pour les crédits documentaires ne sont pas à même de résoudre ces difficultés qui relèvent de la loi applicable aux opérations et des tribunaux compétents.

¹⁷⁰⁹ Exemple de Clause citée par MATTOUT Jean-Pierre et PRÛM André, note sous Cass. com., 16 mars 2010, n°08-21.511, *op. cit.*

¹⁷¹⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹¹ OSAMA Ibrahim, « Sanction clauses under the Documentary Credits », *op. cit.*

¹⁷¹² Une copie du *Guidance paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products* mise à jour en mai 2020 peut être consultée sur le site de l' ICC : <https://iccwbo.org/publication/consolidated-icc-guidance-on-the-use-of-sanctions-clauses-in-trade-finance-related-instruments-subject-to-icc-rules/>

¹⁷¹³ Disponible au : <https://iccwbo.org/publication/addendum-to-guidance-paper-on-the-use-of-sanctions-clauses-2014/>

598. À travers ces documents d'orientations, la CCI recommande aux banques qui émettent des lettres de crédit et d'autres instruments similaires¹⁷¹⁴ de s'abstenir d'inclure systématiquement des clauses de sanction visant à remettre en question l'engagement bancaire relatif à ces opérations. Si toutefois, après consultation du client et des contreparties, une banque décide d'inclure une clause de sanctions, la CCI recommande que les clauses soient rédigées en termes très clairs et ne faisant référence qu'aux seules lois impératives applicables à la banque, telle que la clause suivante :

*« Notwithstanding anything to the contrary in the applicable ICC Rules or in this undertaking. We disclaim liability for delay, non-return of documents, non-payment, or other action or inaction compelled by restrictive measures, counter-measures or sanctions laws or regulations mandatorily applicable to us or to [our correspondent banks] in the relevant transaction. »*¹⁷¹⁵

599. Les clauses de sanction modèle proposées par la CCI contribuent dans une certaine mesure à résoudre les difficultés qui concernent les violations des sanctions applicables. Cependant, ces clauses ne doivent pas être utilisées de manière à porter atteinte à l'intégrité des instruments liés au financement du commerce soumis aux Règles de la CCI. Cependant, lorsque de telles clauses sont utilisées dans une lettre de crédit et qu'une banque décide de ne pas honorer ses obligations, il est également conseillé aux bénéficiaires et aux praticiens d'examiner attentivement les termes de la clause pour s'assurer qu'elle reste un mécanisme de paiement approprié¹⁷¹⁶.

600. Néanmoins, comme les soulignent certains auteurs¹⁷¹⁷, les clauses de sanction insérées dans les contrats de financement sont loin d'être efficaces. En effet, malgré toutes les précautions prises, si un financement se révèle illégal au regard des sanctions ou mesures d'embargo, les clauses de sanction ne pourront pas jouer comme une excuse de nature à exonérer la banque des sanctions encourues ni à la protéger de l'atteinte à sa réputation. De

¹⁷¹⁴ Des lettres de crédit stand-by, garanties à première demande, les contre-garanties et les encaissements documentaires.

¹⁷¹⁵ « Nonobstant toute disposition contraire dans les règles applicables de la CCI ou dans cet engagement. Nous déclinons toute responsabilité en cas de retard, de non-retour de documents, de non-paiement ou de toute autre action ou inaction imposée par des mesures restrictives, des contre-mesures ou des lois ou règlements sur les sanctions qui nous sont obligatoirement applicables ou qui sont applicables à [nos banques correspondantes] dans la transaction concernée. »

¹⁷¹⁶ Cass. com., 16 mars 2010, n°08-21.511, *op. cit.*, note J-P. Mattout et A. Prüm.

¹⁷¹⁷ VICIDOMINI Emmanuelle, « Contrat de financement – Les clauses « sanctions » dans les financements, véritable tonneau des Danaïdes pour les emprunteurs », *op. cit.* ; MATTOU Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », *op. cit.*, p. 337.

plus, elles sont source d'incertitude juridique pour les entreprises et leurs partenaires commerciaux.

Paragraphe 2 : Insertion des clauses de sanction dans les polices d'assurance

601. Les mesures d'embargo ont également un réel impact sur les compagnies d'assurance dont l'activité est internationale¹⁷¹⁸, telles que les réassureurs et certains assureurs, en particulier les assureurs maritimes (A). En matière de respect de ces mesures, ces entreprises d'assurance, exposées au risque de sanctions en cas de non-respect, font figurer des clauses de sanction dans les polices d'assurance afin de circonscrire le périmètre de la couverture aux activités licites sur le plan international¹⁷¹⁹ (B).

A- L'embargo appliqué à l'assurance

602. Les mesures d'embargo sont susceptibles d'affecter les compagnies d'assurance soit de façon directe, en prohibant toute opération d'assurance, ou indirecte, lorsqu'il s'agit d'interdire de fournir des services d'assurance découlant de l'interdiction du commerce de certains biens ou services et de gel des fonds et avoirs¹⁷²⁰.

1- Interdiction expresse de toute opération d'assurance

603. Dans de nombreux cas, les mesures d'embargo interdisent expressément aux assureurs de fournir un quelconque service d'assurance au profit des personnes visées par les restrictions économiques internationales. Il devient alors impossible de procéder à l'encaissement d'une prime ou au versement d'une indemnité en cas de réalisation du risque.

C'est le cas de l'article 35 al. 1 du Règlement européen n°267/2012 du 23 mars 2012¹⁷²¹ qui interdit de : « *fournir des produits d'assurance ou de réassurance, ou de proposer des services de courtage relatifs à des produits d'assurance ou de réassurance à :*

¹⁷¹⁸ BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », *La Tribune de l'assurance*, 2 mai 2019 ; SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *Insurance day*, Friday 21 novembre 2008, Issue 2, 740 ; CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban, « Quand l'assurance est sous embargo », *op. cit.* ; LE MEUR Claire, « L'embargo, quels risques pour les entreprises françaises ? », *Portail de l'IE, centre de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique*, 16 mars 2017.

¹⁷¹⁹ SPERONI Jérôme, « Sanctions internationales : l'art du soupçon raisonnable », *L'ARGUS de l'assurance*, 15 octobre 2015.

¹⁷²⁰ SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.*

¹⁷²¹ Règlement (UE) n°267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n°961/2010. Voir en ce sens également, HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales, op. cit.*, p. 153.

- a) *l'Iran ou son gouvernement, et à ses organismes, entreprises et agences publiques ;*
- b) *une personne, une entité ou un organisme iranien, autre qu'une personne physique ;*
- c) *ou une personne physique ou morale, une entité ou un organisme lorsqu'ils agissent pour le compte ou selon les instructions d'une personne morale, d'une entité ou d'un organisme visé aux points a) ou b). »*

Le présent règlement définit de manière extrêmement large la notion de « personne, entité ou organisme iraniens », comme incluant toute personne physique se trouvant ou résidant en Iran, toute personne morale, toute entité ou tout organisme ayant son siège en Iran, et toute personne morale, entité ou organisme (où qu'il se trouve dans le monde) appartenant à/ou contrôlé, directement ou indirectement, par un ou plusieurs des organismes ou personnes mentionnées ci-devant.

604. De la même manière, l'article 26 al. 1 a) du Règlement européen n°36/2012 du 18 janvier 2012¹⁷²² concernant la Syrie interdit : « *de fournir des produits d'assurance ou de réassurance pour toute vente, toute fourniture, tout transfert ou toute exportation de ces articles, à :*

- i) *l'État syrien, à son gouvernement et à ses organismes, entreprises ou agences publiques ;*
- ii) *ou une personne physique morale, une entité ou un organisme, lorsqu'ils agissent pour le compte ou selon les instructions d'une personne morale, d'une entité ou d'un organisme visé au point i). »*

Sont également visés dans le même règlement les services de courtage : « *Il est interdit de fournir, directement ou indirectement, une assistance technique ou des services de courtage en rapport avec les équipements, biens ou technologies susceptibles d'être utilisés à des fins de répression interne ou à des fins de fabrication et d'entretien de produits pouvant être utilisés à des fins de répression interne, énumérées à l'annexe IA à toute personne, toute entité ou tout organisme en Syrie, ou aux fins d'une utilisation en Syrie.* »¹⁷²³

¹⁷²² Règlement (UE) n°36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie et abrogeant le règlement (UE) n°442/2011. Voir également en ce sens, HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, op. cit., pp. 153-154.

¹⁷²³ Art. 3 al. 1 a) du Règlement (UE) 36/2012 consolidé concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Syrie.

605. Telle est le cas également de la décision PESC 2016/849 du 27 mai 2016 relative à la Corée du Nord¹⁷²⁴ interdisant de fournir des services d'assurance et de réassurance, pour toute vente, toute fourniture, tout transfert ou toute exportation de certains biens, dont à double usage, ou pour la fourniture d'une formation technique, de conseils, de services, d'une assistance ou de services de courtages y afférents, directement ou indirectement à toute personne, toute entité ou tout organisme se trouvant en Corée du Nord, ou aux fins d'une utilisation dans ce pays.

606. Il ne fait ainsi aucun doute que l'assureur qui souscrit le risque qui lui est proposé s'exposerait à une violation du régime de sanctions¹⁷²⁵.

2- Interdiction indirecte d'assurance

607. La quasi-totalité des mesures d'embargo en vigueur affecte indirectement le secteur de l'assurance¹⁷²⁶. L'interdiction indirecte d'assurance se présente lorsque les décisions d'embargo interdisent certains types d'opérations ou d'activités liées aux opérations d'assurance, sans viser expressément l'assurance¹⁷²⁷. Les biens visés peuvent être des biens susceptibles d'être utilisés à des fins de répression interne de la population de ce pays. Ils comprennent notamment des biens courants nécessaires au développement de secteurs stratégiques de l'économie du pays visé (armes, gaz, pétrole, etc.).

À titre d'exemple, il est interdit de vendre, de fournir, de transférer ou d'exporter, directement ou indirectement à toute personne, toute entité ou tout organisme syrien, ou aux fins d'une utilisation en Syrie, des équipements, des matériaux, des logiciels ou des technologies clés destinés à l'exploitation et à la production de pétrole brut et de gaz naturel, au raffinage ou à la liquéfaction du gaz naturel¹⁷²⁸. De même, « la fourniture, par des ressortissants des États membres ou à partir du territoire des États membres, de services de soutage ou d'approvisionnement de bateaux, ou la prestation de tous autres services aux navires de la République populaire démocratique de Corée, sont interdites si les demandées sont en possession d'informations leur donnant des motifs raisonnables de penser que ces navires

¹⁷²⁴ Décision (PESC) 2016/849 de la Conseil du 27 mai 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée et abrogeant la décision 2013/183/PESC.

¹⁷²⁵ ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*, p. 124.

¹⁷²⁶ CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban, « Quand l'assurance est sous embargo », *op. cit.* ; LE MEUR Claire, « L'embargo, quels risques pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*

¹⁷²⁷ ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*, p. 125 ; BIGOT Jean, « Sanctions économiques internationales : L'embargo et l'assurance », *L'ARGUS de l'assurance*, 11 novembre 2011.

¹⁷²⁸ Voir l'article 8 du Règlement (UE) n°36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie et abrogeant le règlement (UE) n°442/2011.

transportent des articles dont la fourniture, la vente, le transfert ou l'exportation sont interdits par la présente décision »¹⁷²⁹.

608. L'assurance de ces opérations ou activités ne contreviendrait pas directement aux mesures d'embargo, mais elle contribuerait, indirectement, par la sécurité qu'elle apporte, à la sécurisation de ces opérations lorsqu'elles ne peuvent être réalisées sans assurance¹⁷³⁰.

609. De la même manière, lorsque les textes européens qui imposent de tels embargos interdisent également de participer sciemment et volontairement à des activités ayant pour objet ou pour effet de contourner les interdictions qu'ils posent, une compagnie d'assurance peut se voir reprocher d'avoir violé un tel régime d'embargo, alors même que l'opération d'assurance n'était pas, en elle-même, expressément interdite¹⁷³¹. Tel est le cas d'une entreprise française qui commercialise des pièces détachées pour des véhicules militaires et paramilitaires, et qui propose à ses clients des formations sur l'installation et l'utilisation de ces pièces détachées. Elle exerce son activité au Liban et souhaite s'assurer au titre de la responsabilité civile professionnelle qu'elle pourrait encourir pour les dommages qu'elle causerait à ses clients ou d'autres tiers en raison notamment d'une erreur commise dans la formation dispensée par ses soins. Toutefois, l'activité exercée par l'entreprise française constitue une assistance technique interdite par le Règlement n°1412/2006 du 25 septembre 2006 concernant des mesures restrictives à l'encontre du Liban. La compagnie d'assurance qui, en connaissance de cause, accepte d'émettre une police d'assurance garantissant les risques associés à l'exercice de cette activité au Liban risque de se voir reprocher d'avoir, elle aussi, violé le Règlement, au motif qu'elle a sciemment pris part à une activité ayant pour objet de contourner l'interdiction posée par ce Règlement¹⁷³².

610. Tout comme les cas d'interdiction du commerce de certains biens ou services, le prononcé d'une mesure de gel de fonds et d'avoir est susceptible d'avoir une incidence indirecte sur la police d'assurance¹⁷³³. En effet, rappelons que le gel des fonds et avoirs consiste à geler les fonds et ressources économiques appartenant aux personnes physiques ou morales, ou toutes les entités et tous les organismes dont les noms sont inscrits sur une liste officielle de sanctions

¹⁷²⁹ Article 19 de la Décision (PESC) 2016/849 du Conseil du 27 mai 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée et abrogeant la décision 2013/183/PESC.

¹⁷³⁰ BIGOT Jean, « Sanctions économiques internationales : L'embargo et l'assurance », *op. cit.*

¹⁷³¹ BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », *op. cit.* ; SPERONI Jérôme, « Sanctions internationales : l'art du soupçon raisonnable », *op. cit.*

¹⁷³² Cas pratique exposé par ARROYO Pauline et PAMART Tay Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*

¹⁷³³ SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.*

internationales, de même que tous les fonds et ressources économiques que ces personnes, entités ou organismes possèdent, détiennent ou contrôlent. Par conséquent, il est interdit de mettre à disposition ou de remettre, directement ou indirectement, des fonds ou ressources économiques, à la disposition des personnes physiques, entités, organismes ou personnes morales dont le nom figure sur une liste officielle de sanctions :

« *Aucun fonds ni aucune ressource économique n'est mis, directement ou indirectement, à la disposition des personnes physiques ou morales, des entités ou des organismes énumérés aux annexes VIII et IX, ni dégagé à leur profit* ». ¹⁷³⁴

611. Ainsi, quand un assuré potentiel figure sur la liste officielle des personnes dont les fonds et avoirs sont gelés, si en tant que telle, une telle situation ne fait pas obstacle à la mise en place de la police, il est certain en revanche que cette police ne pourra pas fonctionner en cas de survenance de sinistre. En effet, l'assureur ne pourra pas verser l'indemnité d'assurance, que ce soit à l'assuré lui-même, dans la mesure où il s'agirait d'une mise à disposition directe de fonds, ou à un tiers victime des agissements de l'assuré, puisque le paiement effectué par l'assureur bénéficierait indirectement à l'assuré, et pourrait être considéré comme une mise à disposition de fonds indirecte prohibée ¹⁷³⁵.

612. Si la situation est claire, lorsque l'assuré lui-même est inscrit sur la liste officielle des personnes dont les fonds et avoirs sont gelés, elle l'est nettement moins lorsque la police d'assurance qui n'a pas été souscrite par une personne tierce figure sur la liste de sanctions internationales. En effet, il n'est pas facile pour un assureur d'identifier un tiers exposé à ce type de sanction ¹⁷³⁶. En cas d'indemnisation du sinistre, l'assureur risque de se voir reprocher d'avoir délibérément et en connaissance de cause contourné les mesures de sanctions. Il en est ainsi d'une entreprise française qui exporte vers la Syrie des appareils électroménagers. La responsabilité civile après la livraison de l'entreprise française est assurée par une compagnie d'assurance établie dans l'Union européenne. À la suite de ventes successives par différents

¹⁷³⁴ Article 23. 1 du Règlement (UE) n°267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran.

¹⁷³⁵ SPERONI Jérôme, « Sanctions internationales : l'art du soupçon raisonnable », *op. cit.* ; ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*, p. 126.

¹⁷³⁶ Ce qui est également vrai pour tous les produits ou certains composants des produits frappés par l'embargo. En effet, comment par exemple un assureur dans le cadre d'une assurance responsabilité affrètement ou l'assureur ne reçoit pas le détail des navires affrétés par son client qu'en fin de trimestre, voire en fin d'année, peut-il vérifier que les cargaisons sont illicites et frappées par une telle ou telle interdiction. DELEBECQUE Philippe, *Droit maritime*, 13^e éd., Précis, Dalloz, 2014, n° 1043 ; MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *op. cit.*, p. 1.

intermédiaires (importateur, distributeur en Syrie), l'un de ces appareils électroménagers se trouve entre les mains d'une personne physique inscrite sur la liste officielle des personnes dont les avoirs sont gelés. Cet appareil électroménager, affecté d'un défaut de fabrication, prend feu et cette personne physique est gravement blessée. Elle intente une action en responsabilité civile à l'encontre de l'entreprise française. Si l'assureur décide d'indemniser ce sinistre en versant directement l'indemnité à la victime syrienne ou à l'assuré français qui va indemniser la victime syrienne, il pourrait être sanctionné d'avoir mis indirectement des fonds à la disposition de la société syrienne ou participer en connaissance de cause à une activité qui a pour effet de contourner le gel des avoirs de la société syrienne¹⁷³⁷. Or, il est particulièrement difficile pour la compagnie d'assurance de vérifier si la société syrienne figure sur la liste officielle de sanctions internationales avant de régler l'indemnité d'assurance. Il est donc déterminant pour l'assureur de pouvoir analyser toute la chaîne de l'opération envisagée avant de régler l'indemnité¹⁷³⁸.

613. Il ressort de ces différents développements que le risque d'enfreindre une réglementation relative aux mesures d'embargo est une réalité prégnante pour les compagnies d'assurance exerçant une activité internationale. En effet, le secteur des assurances se trouve exposé aux mêmes risques que les autres opérateurs commerciaux (par exemple, les banques) dès lors qu'en payant des indemnités, ils pourraient être considérés comme aidant, facilitant ou permettant une transaction sujette à sanction. Selon M. Banga, il s'agit d'un risque diffus dans la mesure où les compagnies d'assurance n'ont pas la maîtrise des opérations sous-jacentes, et dépendent en partie des diligences accomplies par leurs assurés pour avoir une parfaite connaissance des opérations¹⁷³⁹. Tel est le cas en matière d'assurance de responsabilité civile ou d'assurance transport, secteur assurantiel particulièrement exposé aux risques des embargos. Face à cette situation d'insécurité, assureurs et réassureurs ont inséré des clauses « sanctions » dans leur police d'assurance pour respecter les régimes d'embargos et sanctions en vigueur¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁷ ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*

¹⁷³⁸ SPERONI Jérôme, « Sanctions internationales : l'art du soupçon raisonnable », *op. cit.*

¹⁷³⁹ BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », *op. cit.*

¹⁷⁴⁰ SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.* ; MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *op. cit.*, p. 2. CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban, « Quand l'assurance est sous embargo », *op. cit.* ; BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », *op. cit.* ; DELEBECQUE Philippe, *Droit maritime, op. cit.*, n° 1044.

B- Introduction des clauses de sanction

614. Depuis que les compagnies d'assurances et intermédiaires entrent explicitement dans le champ d'application des réglementations en matière de sanctions économiques européennes et étrangères, des clauses de sanction ont été ajoutées aux polices d'assurance. Des clauses de type « sanction » figuraient déjà dans certains contrats d'assurance maritime. Tel est le cas de l'article 3 de la police française d'assurance maritime sur corps de tout navire de 1998 : « *Sont exclus de la garantie : ... Les dommages, les pertes, les recours de tiers et les dépenses résultant de ... violation de blocus, contrebande, commerce prohibé ou clandestin, etc.* » ; également des articles 3 et 7 de la police française d'assurance maritime sur facultés de 2009 : « *La présente assurance ne s'applique pas aux facultés faisant l'objet d'un commerce prohibé ou clandestin* » ; « *Sont exclus les dommages et pertes matériels, les pertes de poids ou de quantités subis par les facultés assurées et résultant de ... violation de blocus, contrebande, etc.* »

615. Mais, pour se protéger des risques liés aux textes récents, les différentes compagnies d'assurance ont dû adapter et affiner leur clause. La clause suivante, figurant dans un contrat d'assurance, peut être donnée à titre d'illustration.

"Iran sanctions clause" ouvrant droit à l'assureur de résilier quand « *the assured has exposed, or may, in the opinion of the insurer, expose the insurer to the risk of being or becoming subject to or in breach of any sanction ... in respect of Iran* »¹⁷⁴¹.

616. En revanche, nombre d'entre eux ont été amenés à utiliser les clauses qui leur étaient proposées par les différents marchés de la réassurance. Plusieurs modèles de clauses de sanction circulent sur le marché. À titre d'exemple, on peut citer les clauses modèles suivantes :

Clause CEFOR Sanction Limitation and Exclusion Clause (2014)¹⁷⁴² :

« *No insurer shall be deemed to provide cover and no insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that the provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit may expose that insurer or his reinsurers to any sanction, whether primary or secondary, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws or regulations of the European Union, the United Kingdom, the United States of America, France, the Russian Federation, the People's Republic*

¹⁷⁴¹ Clause citée par MARSAC Didier, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁴² Voir sur le site de The Nordic Association of Marine Insurers (Cefor).

of China or any State where the Insurer or his reinsurers have their registered office or permanent place of business.

Optional Termination Addition : In the event of the subject matter insured having been engaged or engaging in any activity whatsoever that may expose the Insurer or his reinsurers to any sanction, whether primary or secondary, prohibition, restriction, law or regulation as described in paragraph 1 above the Insurer shall be entitled to terminate the insurance by giving 14 days' notice. Termination also applies to the rights of the mortgagee, but the Insurer shall immediately notify the mortgagee of the termination »

Clause « LMA 3100 », communément utilisée sur le marché des Lloyd's de Londres¹⁷⁴³.

« No (re)insurer shall be deemed to provide cover and no (re)insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit would expose the (re)insurer to any sanctions, prohibition or restriction under United Nations resolutions or trade or economic sanctions, laws or regulations of the European Union, United Kingdom or United States of America »

Clauses « sanctions ou embargos » proposées par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)¹⁷⁴⁴ :

Pour les risques transport : « Le présent contrat ne produit aucun effet dans tous les cas de sanction, restriction ou prohibition prévues par les conventions, Lois ou Règlements, notamment de l'Union européenne, s'imposant à l'assureur et comportant l'interdiction de fournir un service d'assurance ; le présent contrat ne s'applique ni aux marchandises ni aux moyens de transport aérien, maritime, fluvial ou terrestre soumis à une quelconque sanction, restriction, embargo total ou partiel, prohibition, ni aux responsabilités en découlant. De la même façon, ce contrat ne s'applique ni au commerce ou à l'activité visé (e) par de telles mesures, ni au commerce clandestin et/ou aux moyens de transport utilisés à cette fin. »

Pour les risques de dommages aux biens et responsabilité : « La présente garantie est sans effet, lorsqu'une interdiction de fournir un contrat ou un service d'assurance s'impose à l'assureur du fait de sanction, restriction ou prohibition prévues par les lois et règlements ou lorsque les

¹⁷⁴³ ARROYO Pauline et PAMART Tay Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*, p. 128.

¹⁷⁴⁴ Clause citée par MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *op. cit.* ; DELEBECQUE Philippe, *Droit maritime, op. cit.* ; TURGNÉ Franck, « Assurances maritimes. - Présentation. Polices d'assurance maritime. Objet et étendue de la garantie », *JCl. Transport*, Fasc. 990, 16 juin 2016, n°160.

biens et/ou les activités assurés sont soumis à une quelconque sanction, restriction, un quelconque embargo total ou prohibition prévus par les lois et règlements. »

Clause proposée par l'*American Institute of Marine Underwriters*¹⁷⁴⁵ :

« Whenever coverage provided by this policy would be in violation any U.S. economic or trade sanctions such as, but not limited to, those sanctions administered and enforced by the U.S. Treasury Department's Office of Foreign Assets Control (OFAC), such coverage shall be null and void. Similary, and coverage relating to or referred to in any certificates or other evidences of insurance or any claim that would be in violation of U.S economic or trade sanctions as described above shall also be null and void ».

617. Bien que ces clauses de sanction trouvées dans les différents contrats d'assurance¹⁷⁴⁶ soient loin d'être toutes identiques, leur objet est globalement le même à savoir, indiquer que la police ne pourra pas s'appliquer dans les hypothèses où une telle application mettrait l'assureur en contravention des régimes d'embargo¹⁷⁴⁷. Ces clauses présentent deux avantages¹⁷⁴⁸. D'une part, elles démontrent clairement, à l'égard des autorités de contrôle, le fait que les parties (assureur, assuré et les intermédiaires qui ont participé à la négociation de la police d'assurance) ont conscience de l'existence des régimes de sanctions économiques internationales et leur intention de ne pas violer ces régimes dans le cadre de la mise en œuvre de la police d'assurance. D'autre part, elles permettent de clarifier dès le début de la relation contractuelle entre l'assureur et l'assuré le fait que dans certaines hypothèses, la police d'assurance ne pourra pas s'appliquer, c'est - à -dire dans les cas où sa mise en œuvre mettrait l'assureur en contravention avec un régime de sanctions économiques internationales. Elles

¹⁷⁴⁵ Clause citée par ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*

¹⁷⁴⁶ Voir également le modèle de clauses « sanctions » proposé par le BIMCO pour les contrats d'affrètement en juillet 2010 : « (a) *The Owners shall not be obliged to comply with any orders for the employment of the Vessel in carriage, trade or on a voyage which, in the reasonable judgement of the Owners, will expose the Vessel, Owner, managers, crew, the Vessel's insurers, or their re-insurers, to any sanction or prohibition imposed by any State, Supranational or International Governmental Organisation. (b) If the Vessel is already performing an employment to which such sanction or prohibition is subsequently applied, the Owners shall have the right to refuse to proceed with the employment and the Charterers shall be obliged to issue alternative voyage orders within 48 hours of receipt of Owners' notification of their refusal to proceed. If the Charterers do not issue such alternative voyage orders the Owners may discharge any cargo already loaded at any safe port (including the port of loading). ... (c) The Charterers shall indemnify the Owners against any all claims whatsoever brought by the owners of the cargo ... ».* Citée par MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁴⁷ TURGNÉ Franck, « Assurances maritimes. - Présentation. Polices d'assurance maritime. Objet et étendue de la garantie », *op. cit.*

¹⁷⁴⁸ ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*, p. 128 ; BIGOT Jean, « Sanctions économiques internationales : L'embargo et l'assurance », *op. cit.* ; BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », *op. cit.* ; MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *op. cit.*, p. 2.

découragent ainsi les assurés de se livrer à des opérations frappées d'embargo, sachant qu'ils cesseront d'être protégés par l'assurance.

618. Toutefois, en droit français, malgré leur utilisation croissante, ces clauses de sanction dont le contenu varie d'une police à une autre soulèvent des difficultés d'interprétation quant à leur qualification juridique. En effet, la question se pose en doctrine de savoir s'il s'agit d'une clause d'exclusion de garantie, c'est-à-dire une clause visant à exclure toute garantie d'assurance dans les pays soumis à embargo dès lors qu'elle aurait été mise en place en violation d'une interdiction de fournir un service d'assurance¹⁷⁴⁹. La réponse à la question semble négative. Rappelons, en effet, que les régimes d'embargos nationaux relèvent du domaine de l'ordre public¹⁷⁵⁰. Or, l'article 6 du Code civil français interdit de déroger par convention « aux lois qui intéressent l'ordre public ». De même, l'article 1131 du même code répute sans effet l'obligation qui a une cause illicite, c'est-à-dire prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ainsi, l'assureur qui décide d'accorder une garantie qui violerait les régimes de sanctions économiques, la police (la garantie) serait susceptible d'être annulée sur le fondement de la contrariété à l'ordre public. Par conséquent, selon M. Pamart et Mme Arroyo, « il ne paraît pas nécessaire que la police contienne une clause excluant de la garantie les hypothèses dans lesquelles elle viole les régimes de sanctions économiques pour que ces hypothèses soient effectivement non garanties. La simple contrariété d'une telle garantie à l'ordre public devrait suffire »¹⁷⁵¹. En outre, pour être valable, la clause d'exclusion de garantie doit répondre aux exigences des articles L. 112-4 et L. 113-1 du Code des assurances, c'est-à-dire les exclusions de risques doivent, d'une part, apparaître en caractères très apparents selon L. 112-4, et d'autre part, être formelles et limitées, aux termes de l'article 113-1¹⁷⁵². En matière d'embargo, cela suppose que la clause définisse l'embargo, qu'elle mentionne les pays ou les zones concernés lorsqu'elle prévoit une limitation territoriale ou géographique. Sur ce point, cette précision nécessiterait une actualisation périodique de la clause pour ajouter les nouveaux pays frappés d'embargo et supprimer ceux ayant cessé de l'être. De la même manière, lorsque

¹⁷⁴⁹ ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*

¹⁷⁵⁰ Il convient de rappeler à cet égard que les régimes de sanctions économiques étrangères à l'instar des régimes de sanctions américains ne sont pas partie intégrante de l'ordre public français, qui, en principe, peut seul faire obstacle à l'application d'une police d'assurance souscrite en France et soumise au droit français. Voir *supra*.

¹⁷⁵¹ ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*

¹⁷⁵² BIGOT Rodolphe et CAYOL Amandine, « L'article L. 113-1 du code des assurances et les clauses d'exclusion non formelles sur la sellette », *Dalloz actu.*, 7 janvier 2021 ; CHAGNY Muriel et PERDRIX Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., Lextenso, LGDJ, 2019, p. 157, n°281 ; LAMBERT-FAIVRE Yvonne et LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Précis, Dalloz, 2017-2018, pp. 345 et s.

la décision d'embargo interdit de fournir des services d'assurance au pays considéré, cette exclusion serait susceptible de s'appliquer au transport de marchandises ou d'équipements à destination du pays cible. Il faudrait que les parties soient en mesure de prouver que ces biens étaient effectivement destinés à ce pays, ce qui pourrait soulever la question de leur traçabilité quand le transport est fractionné. Quant au caractère limité également requis de la clause, comme le souligne M. Bigot, « la diversité des mesures d'embargo en fonction de leur objet et de leur auteur fait que si la formulation du contenu de la clause d'exclusion est générale, elle risque d'être considérée comme imprécise et non limitée. Si elle est trop restrictive, c'est-à-dire permettant à l'assuré de connaître exactement dans les cas dans lesquels il ne sera pas garanti, elle manque son but »¹⁷⁵³.

619. Ainsi, loin d'être une exclusion conventionnelle de la couverture d'assurance, les clauses de sanction sont une simple modalité qui sert les intérêts des parties¹⁷⁵⁴. Du point de vue de l'assureur, l'insertion d'une clause sanctions dans la police d'assurance participe non seulement, au respect des règles de conformité à l'égard des autorités de contrôle, mais également permet d'accomplir son devoir d'information en attirant l'attention du souscripteur et des assurés sur les risques pesant sur la validité de la garantie d'assurance dans l'hypothèse de sanctions économiques¹⁷⁵⁵. Quant aux assurés, la présence d'une clause sanctions dans la police remplit un objectif de transparence. En effet, les groupes internationaux, par exemple, implantés dans les États faisant l'objet de sanctions, doivent être en mesure de connaître exactement l'étendue géographique et matérielle de leur couverture¹⁷⁵⁶.

620. Par ailleurs, les clauses de sanction, en plus de peser une incertitude sur les assurés quant à la couverture de leurs risques¹⁷⁵⁷, elles peuvent parfois soulever des difficultés d'ordre juridique, notamment, lorsque l'assureur, dans l'ignorance de la sanction frappant l'assuré ou l'un de ses partenaires commerciaux, exécute le contrat d'assurance¹⁷⁵⁸. La question qui se pose face à une telle situation est celle de savoir si l'existence de la clause « sanction » dans la police d'assurance pourrait protéger l'assuré efficacement. Il est toutefois soutenu que l'assureur pourrait en effet être sanctionné alors même qu'il s'est conformé par principe aux sanctions économiques par l'insertion des clauses « sanctions », s'il est démontré qu'il n'a pas fait preuve

¹⁷⁵³ BIGOT Jean, « Sanctions économiques internationales : L'embargo et l'assurance », *op. cit.*

¹⁷⁵⁴ C'est dans cet esprit qu'ont été rédigées les clauses FFSA.

¹⁷⁵⁵ TURGNÉ Franck, « Assurances maritimes. - Présentation. Polices d'assurance maritime. Objet et étendue de la garantie », *op. cit.*

¹⁷⁵⁶ LE MEUR Claire, « L'embargo, quels risques pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*

¹⁷⁵⁷ MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁵⁸ SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.*

de due diligence¹⁷⁵⁹. En effet, les clauses « sanctions », telles qu'elles se présentent, ne montrent qu'une possibilité d'une réaction *a posteriori* ; or, une évaluation du niveau de risque non seulement à la souscription des contrats d'assurance, mais également pendant leur exécution, est désormais indispensable pour garantir une protection suffisante¹⁷⁶⁰. Il en est de même en droit bancaire.

Section 2 : La compliance : un dispositif désormais indispensable dans la politique de gestion des risques liés aux mesures d'embargo

621. Les risques de condamnation qui pèsent sur les banques et les assureurs européens et français pour violation des embargos constituent un risque majeur qui doit être géré en continu¹⁷⁶¹. Ainsi, les établissements de crédit et les compagnies d'assurance cherchent à limiter les risques liés au non-respect des dispositions légales en matière d'embargo par l'intermédiaire de la compliance¹⁷⁶².

Dès lors, il sera opportun de cerner au départ le concept et les fondements de la compliance, avant de s'attaquer à la fonction de compliance en matière d'embargos.

Paragraphe 1 : Concept et fondement de la compliance

622. Afin de prévenir et traiter au mieux la survenance des risques de condamnation susceptible de les entraîner dans des contentieux financièrement coûteux et nuisibles à leur image, en cas de non-respect d'embargos, les banques, les compagnies d'assurance et les entreprises exerçant en dehors du secteur « bancassurance »¹⁷⁶³ doivent mettre en place un ensemble d'instruments et d'actions visant à rendre leurs activités conformes aux normes qui

¹⁷⁵⁹ ROBERT J. Stefani, « Designated Entity Clauses – No Substitute for Knowing Who You Are Dealing With », *LexBlog*, 19 novembre 2013 ; SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.* ; EDORH-KOMAHE Patrice A. et LUQUIAU Antoine, « La gestion des sanctions internationales pour les assureurs maritimes », *op. cit.* p.5.

¹⁷⁶⁰ SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.*

¹⁷⁶¹ EDORH-KOMAHE Patrice A. et LUQUIAU Antoine, « La gestion des sanctions internationales pour les assureurs maritimes », *op. cit.* ; BRIATTA Gilles, « L'entreprise face aux défis de la conformité : l'exemple bancaire », in *La compliance une idée européenne ? Revue Européenne du droit*, septembre 2020, n°1, année 01, p. 49.

¹⁷⁶² LASSERE CAPDEVILLE Jérôme, « Banque - La banque face au risque de condamnation », *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁶³ Il convient de noter en effet que la mise en place des programmes de conformité relatifs aux sanctions économiques ne concerne pas uniquement les banques et institutions financières. De plus en plus, d'autres secteurs sont sanctionnés pour non-respect des sanctions, notamment par l'OFAC, le bureau de contrôle des actifs étrangers du département du Trésor américain. Cet organisme traque sans relâche ceux qui ne respectent pas les sanctions imposées, qu'il s'agisse de sociétés américaines ou encore de sociétés étrangères. C'est pourquoi, les entreprises exerçant en dehors du secteur « bancassurance » sont désormais autant concernées dans ce domaine de la compliance que les banques et les compagnies d'assurance.

leur sont applicables, qui correspondent à ce que l'on appelle la compliance¹⁷⁶⁴ (A). Celle-ci est aujourd'hui désormais consacrée en droit français par le législateur (B).

A- La compliance

623. Le terme compliance est polysémique et les débats sémantiques sur sa traduction révèlent bien la difficulté du monde juridique continentale à appréhender ce qu'il recouvre¹⁷⁶⁵. La compliance est le plus souvent traduite en français par le terme de « conformité »¹⁷⁶⁶, qui s'entend comme la conformité à des lois, des réglementations et à des règles spécifiques à chaque secteur¹⁷⁶⁷. Mais cette traduction est sujette à controverse. En effet, selon certains auteurs et juristes français, la traduction de l'anglicisme « compliance » en conformité ne permet pas de saisir totalement les contours de la compliance¹⁷⁶⁸. La compliance embrasse un périmètre bien plus large.

624. Une des définitions les plus claires est sans doute celle donnée par le professeur Gaudemet Antoine dans son article intitulé : qu'est-ce que la compliance ? Selon l'auteur, il est préférable de définir la compliance comme « un ensemble de techniques, juridique et de gestion, dont la mise en œuvre est imposée aux entreprises de taille significative dans le but de contrôler l'application effective des règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables et de diminuer le risque d'infraction à ces règles »¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁴ MARTIN Didier, « Les contraintes et les vertus de la compliance », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche, (ss dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, p. 107 ; LASSERE CAPDEVILLE Jérôme, « Banque- La banque face au risque de condamnation », *op. cit.*

¹⁷⁶⁵ COSSART Sandra, BEAU DE LOMÉNIE Tiphaine et LUBRANI Antoine, « Dossier Thématique – Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2019, n°16 p. 88.

¹⁷⁶⁶ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Compliance (conformité) », *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, marf, 2014 ; FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Un droit substantiel de la compliance appuyé sur la tradition européenne humaniste », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (ss dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, p. 21.

¹⁷⁶⁷ LIBMANN Anne-Marie et RUSNAC Lilia, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *NETSOURCES*, septembre/octobre 2016, n°124, p. 1. ; MARIN Jean-Claude, « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (ss dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, p. 67.

¹⁷⁶⁸ GAUDEMETS Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, 2019/1, n°165, pp. 109 - 110. BONNEAU Thierry, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (ss dir.), Régulations & Compliance, Dalloz, 2019, p. 79. BREEN Emmanuel et GUTIERREZ-CRESPIN Antoinette, « Programmes de compliance : dix bonnes pratiques observées en France », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (ss dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 107 et s. ; MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁶⁸ COSSART Sandra, BEAU DE LOMÉNIE Tiphaine et LUBRANI Antoine, « Dossier Thématique – Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *op. cit.*

¹⁷⁶⁹ GAUDEMETS Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *op. cit.*, p. 113. Voir également la définition proposée par le Cercle de la compliance, association française créée en 2011 : la compliance peut être définie

625. Cette définition met en lumière la spécificité de la compliance : un mécanisme d'autorégulation et un complément au rôle de régulation¹⁷⁷⁰ et du législateur. En effet, la compliance ne se limite pas à la simple action de respecter la loi et les réglementations internes qui s'imposent à l'entreprise. Mais elle désigne la mise en place par les entreprises en interne des mécanismes et des procédures dans le but de prévenir les risques de condamnation et éviter ainsi une sanction en s'assurant en amont du respect des règles de droit extérieur qui leur sont applicables¹⁷⁷¹. Ainsi, la compliance apparaît comme une démarche globale, un processus afin de minimiser au maximum la réalisation du risque pouvant provenir non seulement d'un tiers du fait de l'instrumentalisation de la structure de l'entreprise pour blanchir des fonds ou encore pouvant consister à pratiquer l'exploitation d'êtres humains dans les usines sous-traitantes de l'entreprise par exemple, mais aussi provenir de l'entreprise elle-même du fait de la corruption ou de la violation d'embargos¹⁷⁷². De ce point de vue, la compliance peut être conçue comme l'écrit le professeur Frison-Roche, « l'internalisation mondiale d'une régulation publique locale dans les entreprises supranationales, désignées comme agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux promus par les États (Lutte contre les grandes infractions du droit pénal des affaires internationales comme le blanchiment et la corruption, respect des droits humains, respect des embargos...) »¹⁷⁷³. En effet, faute de pouvoir contrôler efficacement par eux-mêmes les activités d'entreprises multilocalisées à travers le monde, les États les enrôlent dans le contrôle des règles qui leur sont applicables en les sommant d'organiser en leur sein des

comme « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariées aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ». Toutefois, selon le professeur Gaudemet Antoine, cette définition nécessite plus de précision. En effet, selon l'auteur, la définition proposée par le Cercle de la compliance peut donner l'impression que les entreprises seraient seulement sujettes de la compliance. Alors que le propre de la compliance est que les entreprises qui y sont soumises deviennent elles-mêmes actrices du contrôle de l'application des règles qui s'imposent à elles. Dès lors, il est nécessaire de prendre en compte cet aspect de la compliance. GAUDEMET Antoine, *op. cit.*, pp. 112-113.

¹⁷⁷⁰ Sur les liens entre régulation et compliance, FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Du droit de la régularisation au droit de la compliance », in *Régulation, supervision, compliance*, Marie-Anne Frison-Roche (ss dir.), Paris, Régulations, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2017, p. 1 ; FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régularisation », *Recueil Dalloz*, 2018, 1561 ; MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, pp. 137 et s.

¹⁷⁷¹ BALLOT-SQUIRAWSKI Claire, « Conformité – Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance », *Droit pénal*, juillet 2020, n°7-8, étude 22, p. 1 ; MARIN Jean-Claude, « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? », in *Pour une Europe de la compliance*, *op. cit.*, pp. 67 - 68 ; COSSART Sandra, BEAU DE LOMÉNIE Tiphaine et LUBRANI Antoine, « Dossier Thématique – Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *op. cit.*, p. 90. ; BONNEAU Thierry, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la compliance*, *op. cit.*, p. 79 ; ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *JCP E*, 16 mai 2013, n°20, 354 ; GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *op. cit.*, pp. 110-111.

¹⁷⁷² BOURSIER Marie-Emma, « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1419.

¹⁷⁷³ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, 1871.

techniques de contrôle désignées sous le vocable de programme de conformité, de nature à diminuer le risque d'infraction aux règles auxquelles elles sont soumises¹⁷⁷⁴.

626. Historiquement, la notion de programme de compliance est apparue aux États-Unis au cours des années 1990 dans le cadre du respect des lois *Federal Sentencing Guidelines for Organization* (FSGO), qui sont des lignes directrices fédérales pour l'application des peines, qui couvrent tout le champ de la criminalité des organisations sans rattachement disciplinaire particulier¹⁷⁷⁵. Par la suite, elle s'est développée dans le secteur financier comme le prouvent les schémas créés par la loi *Sarbane-Oxley (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act)* du 30 juillet 2002, désignée en général par « loi SOX », imposant plus de transparence financière¹⁷⁷⁶. En effet, à la suite de l'affaire Enron et Worldcom¹⁷⁷⁷, la loi SOX prend acte de l'insuffisance des mesures de transparence et de corporate governance, c'est-à-dire des mesures de réglementation et de contrôle du fonctionnement interne des entreprises privées, aux dépens des actionnaires, compris comme pouvoir souverain dans l'entreprise. Elle va établir le lien systématique entre les buts de politique publique et la gouvernance interne des entreprises¹⁷⁷⁸. Toujours, aux États-Unis, à la suite de la crise financière de 2007-2008 et les scandales financiers qui l'ont précédée, la réforme des marchés financiers américains a encore renforcé le rôle de la compliance, à travers les dispositions du *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de janvier 2011¹⁷⁷⁹, notamment en ciblant certains comportements pouvant donner lieu à une sanction par la *Securities and Exchange Commission* (SEC), au titre de la réglementation boursière, mais aussi au titre des réglementations spécifiques telles que le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 en matière de corruption¹⁷⁸⁰. La SEC a, en effet, reçu mandat de mettre en œuvre plusieurs législations au titre des obligations incluant des exigences éthiques de transparence et de bonne foi que doivent

¹⁷⁷⁴ GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *op. cit.*, p. 113. Voir aussi BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1619, n° 3. MAGNIER-MERRAN Kevin, « La compliance : nouvel ordre moral », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz, Joly éditions, 2021, p. 406 ; BOURSIER Marie-Emma, « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », *op. cit.*

¹⁷⁷⁵ GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *op. cit.*, p. 111 ; BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *op. cit.*, n° 2

¹⁷⁷⁶ Du MARAIS Bertrand, « Compliance et conformité », *Dictionnaire des régulations*, Fiche 20, 2015, n°402
MARIN Jean-Claude, « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? », in *Pour une Europe de la compliance*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷⁷⁷ *Infra.*

¹⁷⁷⁸ Du MARAIS Bertrand, « Compliance et conformité », *op. cit.*, n°400.

¹⁷⁷⁹ *Ibidem*, n°402.

¹⁷⁸⁰ *Ibidem.*

respecter les émetteurs de valeurs boursières et financiers, et couvrant des domaines aussi vastes que la lutte anti-blanchiment ou le respect des sanctions et embargos politiques¹⁷⁸¹.

627. En outre, dans le cadre des législations anticorruption et programmes des sanctions économiques, l'administration américaine a souvent recours à des accords transactionnels¹⁷⁸². Ces accords négociés ont une double nature à la fois sanctionnatrice et préventive et instaurent souvent des obligations liées à la mise en place de procédures de conformité adéquates¹⁷⁸³. Les autorités de poursuites compétentes au titre du FCPA, par exemple, peuvent prévoir ainsi la possibilité pour une partie visée par une enquête de conclure un accord avec les autorités américaines qui peut prendre plusieurs formes. Ainsi, l'entreprise mise en cause peut signer un deferred prosecution agreements (DPA) dits de « poursuites différées » qui a pour effet de suspendre les poursuites en contrepartie d'une reconnaissance par l'entreprise des faits allégués. L'accord peut aussi prendre la forme d'un Non prosecution agreements (NPA), « abandon des poursuites » en français, qui n'emporte généralement aucune poursuite, sauf violation des obligations prévues dans l'accord, et n'implique pas nécessairement des faits incriminés¹⁷⁸⁴. Afin d'éviter le risque d'une condamnation pénale lourde de conséquences, les entreprises doivent se soumettre aux clauses de l'accord qui imposent aux entreprises de livrer aux autorités de régulations américaines les éléments d'information relatifs aux pratiques concernées reconnaissant les faits, de s'acquitter d'une pénalité financière et de s'engager à enfin modifier leur comportement pour l'avenir, en mettant en place des programmes de conformité aux règles américaines sous le contrôle d'un tiers à l'entreprise (désigné sous le nom de *corporate monitor*¹⁷⁸⁵). Ce dernier est chargé de surveiller l'application de l'accord par l'entreprise concernée et d'en faire rapport aux autorités américaines¹⁷⁸⁶. Les négociations ainsi conclues

¹⁷⁸¹ *Ibidem*.

¹⁷⁸² Pour une présentation plus complète de ces outils, voir notamment MIGNON-COLOMBET Astrid et BUTHIAU François, « Justice négociée - Le deferred prosecution agreement, une forme inédite de justice négociée – Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G* 2013, doct. 359 ; COHEN-TANUGI Laurent et BREEN Emmanuel, « Justice négociée - Le Deferred prosecution agreement. – Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G* 2013, 954 ; GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013, pp. 41-77.

¹⁷⁸³ SIVIGNON Jacques et BRIANT Guillaume, « L'utilité des procédures de compliance », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (ss dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 103.

¹⁷⁸⁴ Pour des exemples sur cet aspect au titre du FCPA, voir BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁸⁵ Sur cet aspect, COHEN-TANUGI Laurent, « La vie secrète des « corporate monitors », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (ss dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 91-96.

¹⁷⁸⁶ BREEN Emmanuel, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *RSC*, 2019, n°2, p. 327 ; JALICOT Camille, « VIABLR – L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *op. cit.*, p. 6 ; AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Droit

permettent donc aux entreprises de limiter l'incertitude juridique que font peser sur la conduite des affaires des procédures longues et complexes¹⁷⁸⁷.

628. Comparé aux systèmes américains, le droit français a tardé avant d'intégrer la compliance. Pour autant, la notion de programme de compliance n'était pas totalement étrangère aux grandes entreprises françaises¹⁷⁸⁸. La négociation des sanctions dans le cadre de programmes de Clémence constitue ainsi depuis la fin des années 1990 un outil privilégié des autorités de concurrence françaises et européennes¹⁷⁸⁹, et la compliance joue depuis un rôle important dans le secteur de la « bancassurance » notamment dans le domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en raison de la place occupée par les banquiers et assureurs dans la réalisation des transactions financières¹⁷⁹⁰. En outre, dans d'autres domaines tels qu'en matière de corruption internationale et de violation d'embargo, l'amplitude de la compétence des autorités américaines a également amené un certain nombre d'entreprises françaises et européennes de taille mondiale à découvrir l'importance de la compliance souvent à leurs dépens comme en ont témoigné en particulier au fil de ces années dernières les affaires Technip, Alcatel-Lucent, Total ou BNP Paribas, pour ne mentionner qu'elles¹⁷⁹¹.

629. Ainsi face à la montée en puissance des enjeux auxquels sont confrontées les entreprises françaises qui ont une exposition à l'international en matière de compliance notamment américaine¹⁷⁹² (respect des embargos américains, lutte contre la corruption...), les pouvoirs

international – Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, p. 3. LEBLANC-WOHRER Marion, « Comply or die ? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁸⁷ BREEN Emmanuel, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *op. cit.*, n° 3 ; BREEN Emmanuel, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *op. cit.*, pp. 327-328.

¹⁷⁸⁹ Du MARAIS Bertrand, « Compliance et conformité », *op. cit.*, n°412 et s. ; FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la compliance », *op. cit.*

¹⁷⁹⁰ MERVILLE Anne-Dominique, « La conformité dans les établissements bancaires et financiers », in *Les défis actuels du droit financier*, Alain Couret et Catherine Malecki (ss dir.), Centre Sorbonne Finance, Paris, coll. « Pratique des affaires », Joly éditions, 2010, pp. 277 et s. ; PERCIE du SERT Christian, « Banque et Conformité », *JCP E*, 26 juillet 2012, n°30, 1472 ; BONNEAU Thierry, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la compliance*, *op. cit.*, p.80. MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, pp. 53 et s ; Du MARAIS Bertrand, « Compliance et conformité », *op. cit.*, n°406.

¹⁷⁹¹ GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *op. cit.*, p. 110 ; BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁹² LARTIGUE Miren, « La compliance, une fonction qui monte, qui monte », *Dalloz actu.*, 13 mai 2022 ; BRIATTA Gilles, « L'entreprise face aux défis de la conformité : l'exemple bancaire », in *La compliance une idée européenne ? op. cit.*, p. 51.

publics français ont finalement réagi en prenant de nouvelles dispositions législatives intégrant la compliance en droit français comme jamais auparavant.

B- La consécration législative de la compliance en droit français

630. L'entrée formelle de la France dans l'ère mondiale de la compliance a été rendue possible par la loi du 9 septembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 »¹⁷⁹³. En effet, ce texte législatif a démocratisé la compliance en droit français, ce qui en fait un texte fondateur et de référence. Il s'agit d'une « loi de compliance » contenant des dispositifs dont l'objectif est de modifier sensiblement le comportement des grandes entreprises établies en France en matière de prévention et de lutte contre la corruption et les contraindre à se doter de programmes de conformité répondant aux exigences imposées par le législateur¹⁷⁹⁴. Ce faisant, la loi Sapin II s'est fortement inspirée du *UK Bribery Act* qui a été adopté en Grande-Bretagne en 2010 afin de réprimer la corruption dans les sociétés privées ainsi que dans les institutions publiques et le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) des États-Unis qui incrimine la corruption de fonctionnaires ou d'agents publics à l'étranger depuis 1977¹⁷⁹⁵, toutefois avec des particularités françaises. En effet, la loi Sapin II s'applique aux grandes entreprises françaises de 500 salariés et plus qui réalisent un chiffre d'affaires annuel d'au moins 100 millions d'euros, ou aux entreprises françaises de même taille appartenant à une société mère dont le siège est en France¹⁷⁹⁶. Ces sociétés sont tenues de mettre en place des techniques préventives principalement avec la mise en place d'un programme de conformité comportant tout à la fois un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques établis en fonction des secteurs et des zones géographiques dans lesquelles l'entreprise exerce ses activités, une procédure d'évaluation de la situation des « tierces parties » (clients, fournisseurs de premier rang et

¹⁷⁹³ MIGNON COLOMBET Astrid et CAZENEUVE Bernard, « Les nouveaux enjeux de la *compliance* et de la justice négociée en droit européen », in *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF France VIII*, Bertrand Bréhier (ss dir.), RB Édition, 2022, p. 356 ; LIBMANN Anne-Marie et RUSNAC Lilia, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *op. cit.*, p. 2 ; BREEN Emmanuel, « La « compliance », une privation de la régularisation », *op. cit.*, p. 327 ; GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *op. cit.* ; MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, p. 94 ; BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *op. cit.*, n° 1.

¹⁷⁹⁴ SIVIGNON Jacques et BRIANT Guillaume, « L'utilité des procédures de compliance », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷⁹⁵ BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁹⁶ Voir en ce sens l'article 17, I, 2°, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l'obligation d'adoption des programmes de mise en conformité.

intermédiaires) au regard de la cartographie des risques, un dispositif de formation en faveur des cadres et personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence, des procédures de contrôle comptable, un code de bonne conduite décrivant les comportements à bannir comme étant susceptibles de constituer des faits de corruption ou de trafic d'influence et un régime de sanctions disciplinaires en cas de manquement à ce dernier, et un mécanisme de contrôle et d'évaluation périodique de l'ensemble des mesures entrant dans ce programme¹⁷⁹⁷.

631. Le respect de cette obligation de programme de compliance est contrôlé par l'Agence française anticorruption¹⁷⁹⁸ (AFA) qui dispose de véritables pouvoirs d'enquête et dont la Commission des sanctions prononce des sanctions pécuniaires pouvant atteindre 200.000 euros à l'encontre des dirigeants personnes et 1 million d'euros à l'encontre de la société concernée¹⁷⁹⁹.

632. Par ailleurs, cette loi a permis la création de la « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP)¹⁸⁰⁰ qui constitue une forme de transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité, un deferred prosecution agreement (DPA) à la française. En effet, le texte législatif autorise ainsi le procureur de la République à négocier une transaction avec les entreprises soupçonnées de faits de corruption. Ainsi, il sera proposé à l'entreprise, mise en cause, de conclure une « convention judiciaire d'intérêt public » destinée à se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité afin d'éviter le procès pénal et le cas échéant une condamnation¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁷ Voir en ce sens l'article sens l'article 17, II de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l'obligation d'adoption des programmes de mise en conformité.

¹⁷⁹⁸ Sur ce point, voir DUCHAINE Charles, « L'Agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la compliance », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (ss dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, pp. 97-106.

¹⁷⁹⁹ SIVIGNON Jacques et BRIANT Guillaume, « L'utilité des procédures de compliance », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, op. cit. ; BOUCOBZA Xavier et SERINET Yves-Marie, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », op. cit., n° 18. Voir également, l'article 17, V, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l'obligation d'adoption des programmes de mise en conformité.

¹⁸⁰⁰ Sur cette procédure, voir en ce sens, GALLI Martina, « Une justice pénale propre à la personne morale : Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public », *RSC* 2018 n°2, pp. 359 et s. ; MIGNON-COLOMBET Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ pénal*, 2017, n°69 ; BEAUVAIS Pascal, « Méthode transactionnelle et justice pénale », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (ss dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 79 et s.

¹⁸⁰¹ Article 22 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II ». Voir également l'article 41-1-2 du code de procédure pénale.

633. De même, la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹⁸⁰² a instauré l'obligation pour certaines sociétés d'élaborer un « plan de vigilance » pour identifier et prévenir les risques graves d'atteintes aux droits humains, à la sécurité des personnes, à la santé et à l'environnement qui pourraient résulter des activités de la société et de celles qu'elles contrôlent¹⁸⁰³. Cette loi a été adoptée dans un contexte d'attention internationale croissante sur la nécessité de responsabiliser les sociétés transnationales en matière de droits humains et environnementaux, afin d'empêcher la survenance de drames comme celui du Rana Plaza au Bangladesh en 2013. En effet, un immeuble situé au Bangladesh, le Rana Plaza, s'est effondré le 24 avril 2013 en raison de la surpopulation de petits producteurs présents dans ses locaux. Cet événement tragique a causé la mort de 1 129 personnes et en a blessé environ 2500. Or, de nombreuses étiquettes émanant de marques françaises et étrangères ont été retrouvées dans les décombres¹⁸⁰⁴. Face à ces drames humains, le monde entier a réagi et s'est interrogé tant sur les responsabilités en cause que sur les moyens de prévention à mettre en place¹⁸⁰⁵, en ravivant ainsi sur les réflexions déjà en cours dans de nombreux pays en vue d'améliorer le respect des droits de l'homme au sein de toutes les entreprises multinationales. En France, après un long processus législatif, la loi relative au devoir de vigilance a finalement été adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 21 février 2017. Il s'agit d'imposer un standard de conformité accru en matière de respect des droits humains et des libertés fondamentales, de la santé et de sécurité des personnes et de l'environnement, de contraindre les sociétés importantes à s'inscrire dans une démarche

¹⁸⁰² Pour une étude approfondie sur cette loi, BRABANT Stéphane, MICHON Charlotte et SAVOUREY Elsa, « Devoir de vigilance – Le plan de vigilance Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017, n°4, étude 93 ; SCHILLER Sophie, « Société – Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 13 avril 2017, n°15, 1193. ; BRABANT Stéphane et SAVOUREY Elsa, « Le champ de la loi – Les sociétés soumises aux obligations de vigilance », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des affaires*, décembre 2017, n°4, étude 92 ; MUIR WATT Horatia, « Devoir de vigilance et droit international privé – Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017, n°4, étude 95.

¹⁸⁰³ C. com., art. L. 225-104-4, al. 3.

¹⁸⁰⁴ Affaire rapportée par MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, pp. 95-96 ; SCHILLER Sophie, « Société – Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, n°1.

¹⁸⁰⁵ En effet, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a renforcé ses principes directeurs à l'intention des multinationales et émis un ensemble de recommandations quant à la conduite des entreprises (Voir, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, éd. OCDE, 2011). Au niveau européen, la commission des affaires étrangères du Parlement européen a rendu le 5 décembre 2012 un avis demandant explicitement « que des règles de diligence raisonnable en matière des droits de l'homme et de chaîne d'approvisionnement soient établies au niveau européen ». L'Union européenne a également adopté la Dir. UE n°2014/95 sur le reporting non financier le 22 oct. 2014, qui prévoit notamment la publication par les entreprises d'informations sur les mesures de diligence raisonnables mises en place au sein de la chaîne de production. Cette directive a été transposée en France par le décret n°2017-1265 publié le 11 août 2017.

coordonnée, cohérente et efficace de compliance. Ce faisant, le texte législatif a abouti à l'insertion de deux dispositions dans le Code de commerce. Celles-ci prévoient qu'un plan comportant les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes doit être établi et mis en œuvre de manière effective par toute société qui emploie au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10 000 salariés, si le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger¹⁸⁰⁶. Cela suppose que tous ces risques doivent être identifiés et prévenus au sein de la société elle-même, mais aussi par l'ensemble de ses filiales (sous-traitants et fournisseurs) avec lesquelles elle entretient une relation commerciale établie, en France ou à l'étranger¹⁸⁰⁷. S'agissant du plan de vigilance, celui-ci doit décrire les différentes étapes instituées par toute démarche de compliance. Cela s'effectue spécifiquement par l'établissement d'une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation, la mise en place des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation établie, au regard de la cartographie des risques, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, l'instauration d'un mécanisme d'alerte et de recueil de signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, ainsi que l'élaboration d'un dispositif de suivi des mesures adoptées et d'appréciation de leur efficacité¹⁸⁰⁸.

634. Ainsi, la loi Sapin 2 et la loi sur le devoir de vigilance ont nettement marqué un tournant en France pour les entreprises qui ont une exposition à l'international¹⁸⁰⁹. Tant la loi Sapin 2 que la loi sur le devoir de vigilance imposent désormais aux grandes entreprises qui entrent dans leur champ d'application de mettre en place un programme de compliance. Globalement, la mise en place de véritables politiques de conformité au sein de l'entreprise répond à un réel besoin d'anticipation des risques¹⁸¹⁰. En effet, l'esprit de la compliance qui traverse ces textes est bien d'insuffler aux dirigeants de sociétés la volonté de se mettre en conformité aux dispositifs de conformité réglementaire, afin d'anticiper des risques multiples : sanctions

¹⁸⁰⁶ Article L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce. Voir également, SCHILLER Sophie, « Société – Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, n°3 ; MARTIN Didier, « Les contraintes et les vertus de la compliance », in *Pour une Europe de la compliance*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁸⁰⁷ SCHILLER Sophie, « Société – Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, n°6.

¹⁸⁰⁸ C. com. art. L. 225-102-4.

¹⁸⁰⁹ LARTIGUE Miren, « La compliance, une fonction qui monte, qui monte », *op. cit.*

¹⁸¹⁰ LIBMANN Anne-Marie et RUSNAC Lilia, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *op. cit.*, p. 2.

administratives, sanctions pénales, engagement de responsabilité civile et atteinte à la réputation. Ces textes partagent ainsi une méthode commune qui correspond à une approche par les risques ayant pour objectif de prévenir leur survenance et si le risque se concrétise, de mieux en appréhender les effets¹⁸¹¹.

635. Très différents par nature des dispositions de conformité type anticorruption, anti-blanchiment, et devoir de vigilance, les mesures d’embargo sont des outils de politique étrangère et de géopolitique des grandes puissances. Toutefois, les périmètres très mouvants des embargos sont un facteur de risque pour les grandes entreprises européennes, notamment françaises, qui ne peuvent plus se passer du monitoring des risques liés aux embargos¹⁸¹². Dès lors, le renforcement de la compliance par la loi Sapin 2 et la loi sur le devoir de vigilance conjugué au projet de loi relatif à la violation des embargos¹⁸¹³ offre une occasion pour les banques, les assureurs et les entreprises internationales de renforcer leurs programmes de compliance en matière d’embargos.

Paragraphe 2 : La fonction de la compliance en matière d’embargo

636. La compliance désigne ainsi avant tout un ensemble de processus d’entreprise visant à détecter, à sanctionner, mais encore à prévenir les infractions qui pourraient être commises en leur sein¹⁸¹⁴. Compte tenu des risques de poursuites en justice, d’amendes civiles importantes, de radiation et de réputation, il est primordial de respecter les sanctions économiques dans toute relation d’affaires. Ce faisant, les Banques, les assureurs, ainsi que toutes les entreprises opérant à l’internationale doivent recourir à des outils de compliance pour prévenir et diagnostiquer les risques liés aux embargos afin de les réduire et d’en assurer le suivi. Les multinationales y ont intégré un volet consacré au respect des embargos. Son objectif est double : prévention et détection des risques.

A- Prévention des risques liés aux mesures d’embargo

637. Dans le cadre de la mise en œuvre de leur programme de sanctions internationales, les gouvernements introduisent des exigences de conformité strictes pour les entreprises relevant de leur juridiction. Plusieurs législations font également l’objet d’une application

¹⁸¹¹ PÉRONNE Géraldine et DAOUD Emmanuel, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGDP. Pour une approche décroisée de la compliance », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 585.

¹⁸¹² BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l’assurance sous cloche », *op. cit.* ; IWEINS Delphine, « Les clauses contractuelles au secours du risque géopolitique », *Les Échos*, 16 mars 2020.

¹⁸¹³ Voir le Projet de loi relatif à la violation des embargos et autres mesures restrictives, texte n°349 (2015-2016) transmis au Sénat le 28/01/2016.

¹⁸¹⁴ BREEN Emmanuel, « La « compliance », une privation de la régularisation », *op. cit.*, p. 327.

extraterritoriale qui contraint les entreprises à s'y conformer, même lorsqu'elles n'opèrent pas directement dans ces pays. Il est donc essentiel que ces entreprises mettent en place un processus et une stratégie d'atténuation des risques de non-conformité aux sanctions internationales¹⁸¹⁵.

638. La conformité aux sanctions internationales est ainsi une priorité importante. Dès lors, compte tenu de la nature et de l'étendue de certaines mesures d'embargo, toutes les entreprises impliquées dans une opération d'importation ou d'exportation ou de transaction financière doivent tout d'abord procéder à une cartographie de ses risques¹⁸¹⁶ liés à ses activités et transactions. Autrement dit, toutes les entreprises ayant une activité liée au commerce international doivent pouvoir, par avance, cibler précisément les risques auxquels elles peuvent être exposées¹⁸¹⁷. Ainsi, l'élaboration de cartographies détaillées distinguant les risques par catégorie de gravité, de géographie et d'impact sur les unités stratégiques ou opérationnelles constitue la base de toute procédure de conformité appropriée¹⁸¹⁸. Par conséquent, en matière de conformité aux mesures, cette analyse doit s'effectuer en prenant en compte notamment les 3 typologies d'exposition en matière des risques liés à des mesures d'embargo. En effet, l'entreprise française souhaitant commercer avec ou opérer dans un pays sous embargo devra identifier, puis évaluer et hiérarchiser son exposition au risque que constitue une éventuelle violation d'une mesure restrictive en prenant en compte les différents types de transactions (achats, ventes, flux logistiques, etc.) et la nature des produits et services concernés (double utilisation et usage final). De même, chaque entreprise devra identifier puis évaluer son exposition au risque de non-conformité aux mesures d'embargo au regard des tiers impliqués dans leurs opérations et leur correspondance possible avec des personnes figurant sur les listes officielles afférentes aux mesures restrictives des sanctions internationales (par exemple réseaux de distribution et d'approvisionnement, recours à des traders, affrètement maritime, etc.). Enfin, il incombe à chaque entreprise opérant à l'international d'identifier et d'évaluer

¹⁸¹⁵ SIVIGNON Jacques et BRIANT Guillaume, « L'utilité des procédures de conformité », in *La conformité : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, op. cit., pp. 98 et s. ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, op. cit., pp. 173 et s. ; BANGA Bernard, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », op. cit.

¹⁸¹⁶ La cartographie des risques représente de manière graphique l'ensemble des risques de non-conformité en fonction de leur probabilité de survenance et de leur importance. Voir en ce sens, « La fonction de conformité dans l'assurance », *Atlas Magazine, l'actualité de l'assurance dans le monde*, 11 juillet 2014. Sur cet outil, voir également, FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la conformité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2432.

¹⁸¹⁷ BREEN Emmanuel et GUTIERREZ-CRESPIN Antoinette, « Programmes de conformité : dix bonnes pratiques observées en France », in *La conformité : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, op. cit., pp. 120-121.

¹⁸¹⁸ SIVIGNON Jacques et BRIANT Guillaume, « L'utilité des procédures de conformité », in *La conformité : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, op. cit., p. 102

son exposition au risque de non-conformité aux mesures d'embargo à des navires pour son processus d'approvisionnement ou d'affrètement dès lors qu'elle décide d'importer ou d'exporter des cargaisons. Cela est notamment vrai pour les compagnies maritimes, car il peut y avoir des limitations d'utilisation du navire pour le fréteur prévues dans les chartes parties¹⁸¹⁹.

639. Compte tenu de la particularité de certaines sanctions économiques, il est également important pour les banques, les assureurs et les entreprises d'autres secteurs de se doter des procédures « d'évaluations des tiers » ou la « due diligence », qui est une procédure d'enquête qui porte en fonction du risque préalablement cartographié et qualifié sur un tiers (client, fournisseur, partenaire, sous-traitant, filiale)¹⁸²⁰. Plus précisément, il s'agit d'une procédure d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang, partenaires ou encore intermédiaires avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie reposant sur une base contractuelle ou non. Renforcées par la loi Sapin 2¹⁸²¹ et la loi sur le devoir de vigilance¹⁸²², elle est devenue un véritable laissez-passer pour entrer en relation contractuelle avec un tiers. À travers l'analyse de la conformité des tiers au regard des législations en matière de conformité aux sanctions internationales, son objectif est de maîtriser les risques et de purger de l'économie les acteurs manquant de probité. La due diligence est ainsi, un outil indispensable en amont d'une relation d'affaires permettant de donner à l'entreprise une capacité de compréhension ou de connaissance des clients et partenaires, et donc une possibilité d'action et d'anticipation¹⁸²³.

640. Ainsi, dans le cadre de la conformité aux embargos, les établissements du secteur bancaire, financier et autres secteurs, pour mieux évaluer les risques auxquels ils seront exposés, doivent avoir une parfaite connaissance de leurs partenaires commerciaux¹⁸²⁴. Pour ce faire, les banques et les établissements financiers utilisent la règle anglaise *Know Your Customer*,¹⁸²⁵ souvent énoncée par son sigle KYC pour vérifier l'identité des tiers qu'ils ont identifiés comme étant à risque. Cela comprend à cet effet, la recherche d'information relative au client et

¹⁸¹⁹ ANTIPHON Agathe, « L'immixtion de normes extraterritoriales de « compliance » dans les entreprises du secteur maritime et leur influence sur le jeu normal du commerce international », *op. cit.*, p. 6.

¹⁸²⁰ BREEN Emmanuel et GUTIERREZ-CRESPIN Antoinette, « Programmes de compliance : dix bonnes pratiques observées en France », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, pp. 121-123.

¹⁸²¹ Article 17, II, 4° de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l'obligation d'adoption des programmes de mise en conformité.

¹⁸²² Article L. 225-102-4, I, 2° du Code de commerce.

¹⁸²³ LIBMANN Anne-Marie et RUSNAC Lilia, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *op. cit.*, p. 2 ; ROBERT J. Stefani, « Designated Entity Clauses – No Substitute for Knowing Who You Are Dealing With », *op. cit.*

¹⁸²⁴ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, pp. 174 et s.

¹⁸²⁵ Sur cette règle, FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Compliance et personnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 605.

partenaire dans les bases de données du programme de sanctions, dans d'autres ressources en ligne, ainsi que la consultation des références et/ou d'autres personnes ayant ou ayant pu faire des affaires avec le client¹⁸²⁶. S'agissant de la collecte d'information dans le cadre d'une due diligence raisonnable, celle-ci se fera au sens large, à savoir la collecte des informations sur les dirigeants, les partenaires et fournisseurs d'une entreprise en utilisant non seulement les bases de données classiques telles que Factiva, LexisNexis, Emis, Van Dijk, Dun & Bradstreet¹⁸²⁷, mais également les multiples bases de données contenant les listes de sanctions relatives aux mesures d'embargo. Sur ce dernier point, les entreprises doivent vérifier que les clients ou partenaires ne figurent pas sur les listes officielles afférentes aux mesures restrictives économiques¹⁸²⁸ par l'utilisation de systèmes automatisés de filtrage des bases de données¹⁸²⁹. Le processus de filtrage doit avoir lieu avant la conclusion de l'entrée en relation d'affaires, de manière à empêcher toute personne frappée d'une mesure restrictive de bénéficier, notamment, des services de l'établissement financier¹⁸³⁰. En effet, dans le domaine maritime, on peut interdire à l'affrètement d'utiliser le navire en relation avec des tiers qui seraient sur des listes de sanctions internationales. Ainsi, pour ne pas subir des sanctions, l'affrètement doit au préalable

¹⁸²⁶ ROBERT J. Stefani, « Designated Entity Clauses – No Substitute for Knowing Who You Are Dealing With », *op. cit.*

¹⁸²⁷ LIBMANN Anne-Marie et RUSNAC Lilia, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸²⁸ Aux États-Unis, les personnes physiques et morales visées par des mesures de sanctions américaines sont inscrites sur la « Specially Designated National List » (SDN List). La SDN List constitue une liste des personnes physiques et morales qui sont détenues ou contrôlées par ou agissent au nom et pour le compte d'États visés par les mesures de sanctions américaines. La SDN List est arrêtée par l'OFAC. En 2018, par exemple, plus de 1450 personnes ou entités ont été ajoutées sur la SDN List, selon les données compilées par Dow Jones Risk & Compliance. Cela représente plus de deux fois la moyenne annuelle des dix dernières années. L'OFAC met régulièrement à jour la SDN List et propose différentes listes en fonction des programmes de sanction en vigueur : [Specially Designated Nationals And Blocked Persons List \(SDN\) Human Readable Lists | U.S. Department of the Treasury](#)

En France, la direction générale du Trésor a mis également sur liste noire environ 900 personnes ou entités supplémentaires en 2019. La DG Trésor tient à jour la liste des personnes et pays soumis à sanction : [Sanctions économiques internationales | Direction générale du Trésor \(economie.gouv.fr\)](#).

En Europe, plus récemment, le Conseil de l'Union européenne a inscrit plus de 900 personnes physiques et morales sur la liste des personnes faisant l'objet des mesures de sanctions, notamment de gel des avoirs et des ressources économiques dans le but de restreindre considérablement les activités commerciales entre l'Union européenne et les régions du Donbass en raison de l'invasion de l'Ukraine par la Russie. Voir sur ces différents aspects, SUN Mengqi, « Sanctions, listes noires : le besoin des entreprises en compliance explose », *l'Opinion, The Wall Street Journal*, 11 mars 2020 ; KROUTI Manon et ATTIAS Olivier, « État des lieux des sanctions européennes en réaction à la guerre en Ukraine au 17 mars 2022 – Focus : Conséquences des mesures visant les oligarques sur les activités commerciales des entreprises », *AD article, Droit européen*, 17 mars 22 ; HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, pp. 81 et s.

¹⁸²⁹ Voir en ce sens : le compte-rendu de la rencontre professionnelle du 14 janvier 2016 de l'Association française des Trésoriers d'Entreprise (AFTE), « Sanctions économiques et embargo », à Auditorium Thomson Reuters.

¹⁸³⁰ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, p. 180.

filtrer les tiers par rapport à des listes de personnes sanctionnées¹⁸³¹. C'est également vrai pour les compagnies d'assurance qui décident de couvrir ces transports, l'assureur ne devra pas couvrir sans mettre en œuvre une solution de filtrage des sanctions, car en indemnisant, il financerait indirectement une personne listée.

641. En plus, de vérifier l'identité de la clientèle sur les listes de sanctions internationales, les établissements de crédit doivent identifier l'origine des fonds, les circuits utilisés, la destination finale et les raisons de l'opération sous-jacentes et tous les acteurs intervenants dans le processus (établissements financiers, intermédiaires ou non, personnes physiques ou morales), ce afin de s'assurer qu'aucune transaction financière ou aucun service prohibé par une mesure restrictive n'est fourni¹⁸³². Cela suppose de vérifier l'existence d'un lien de connexité entre les marchandises financées ou assurées et le pays de provenance ou de destination de ces mêmes marchandises. Pour ce faire, ils doivent procéder au filtrage de l'ensemble des flux de paiement internationaux (entrant ou sortant) réalisés par leurs clients et les contreparties¹⁸³³. En cas d'alerte (« hit ») émise par le dispositif de filtrage des tiers ou des flux, il est impératif de formaliser la remontée d'information vers le responsable de conformité, qui pourra procéder à des investigations complémentaires¹⁸³⁴.

642. Toutefois, dans les cas les plus complexes d'exposition aux risques dans lesquels se retrouvent les banques et les entreprises avec une activité internationale, une collecte d'informations à partir des données de presse internationale ou des listes officielles de sanctions internationales pourrait ne pas suffire. En effet, selon Mme Libmann et Mme Rusnac, cela ne permettra pas une prise de décision en toute conscience et sécurité, même si les démarches d'usage communément admises dans les dispositifs de compliance pour se prémunir officiellement des risques de non-conformité aux mesures d'embargo ont été menées¹⁸³⁵. Ces auteurs estiment que la collecte d'informations devrait être complétée par des entretiens avec

¹⁸³¹ ANTIPHON Agathe, « L'immixtion de normes extraterritoriales de « compliance » dans les entreprises du secteur maritime et leur influence sur le jeu normal du commerce international », *op. cit.*

¹⁸³² HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, pp. 177-178.

¹⁸³³ MUSCA Xavier, « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (ss dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, p. 41. Pour une étude approfondie sur le filtrage des flux financiers transitant par les établissements financiers, HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, pp. 180 et s.

¹⁸³⁴ Voir *infra*.

¹⁸³⁵ LIBMANN Anne-Marie et RUSNAC Lilia, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *op. cit.*, p. 3.

des personnes identifiées et qualifiées préalablement afin d'approfondir et de recouper les informations obtenues¹⁸³⁶.

643. L'enquête de due diligence peut également se réaliser à partir des déclarations et des garanties¹⁸³⁷ préalablement demandées aux clients emprunteurs ou aux souscripteurs lors de la signature de contrat de financement ou la souscription de la police d'assurance. Par exemple, lorsque la police d'assurance a pour but de couvrir des navires ou des marchandises bien identifiés, pour des voyages déterminés dans un environnement stable (mêmes bénéficiaires, mêmes ports, mêmes monnaies, etc.), le questionnaire de souscription rempli et signé à la prise d'effet des risques vient valider la due diligence de l'assureur¹⁸³⁸. Celui-ci peut par la suite mettre en place un screening¹⁸³⁹ permanent des différents intervenants connus.

644. Par ailleurs, dans le cadre de la prévention des risques, des procédures de contrôle *ad hoc* doivent également être instituées afin d'éviter que de potentielles violations d'embargo ne soient commises. Pour être efficaces, elles doivent être régulièrement ajustées aux évolutions réglementaires, mais aussi aux changements d'organisation, par exemple en cas de rationalisation des flux commerciaux et aux développements stratégiques, tels que la conquête de nouveaux marchés, ou l'adoption de nouveaux produits¹⁸⁴⁰. Une veille efficace sur les régimes de sanctions ou embargos existants ainsi que sur les nouveaux régimes qui sont susceptibles d'être mis en place de temps à autre doit être assurée ou être maintenue pour alerter les opérationnels afin qu'ils adaptent leurs contrôles en temps utile en cas de levée de sanctions ou de prise de nouvelles sanctions¹⁸⁴¹. Il est fondamental en effet d'identifier rapidement, par exemple, dans tel ou tel dossier de souscription ou d'indemnisation, le fait qu'un régime de sanctions est potentiellement applicable.

645. En outre, au plus haut niveau de l'entreprise, un message clair et sans ambiguïté sur l'importance du respect des embargos doit être diffusé aux collaborateurs¹⁸⁴². Il doit être diffusé

¹⁸³⁶ *Ibidem*.

¹⁸³⁷ Sur cet aspect, *supra*.

¹⁸³⁸ EDORH-KOMAHE Patrice A. et LUQUIAU Antoine, « La gestion des sanctions internationales pour les assureurs maritimes », *op. cit.*, p. 6.

¹⁸³⁹ Le screening est un outil qui fait partie intégrante de la due diligence permettant de filtrer les clients, partenaires ou contreparties à la lumière des listes de personnes sanctionnées pour s'assurer qu'ils ne sont pas visés par les sanctions. Sur cet aspect, SOUSSAN Guy et LORELLO David, « Insurance needs to take care over sanctions », *op. cit.*

¹⁸⁴⁰ ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *op. cit.*, p. 356.

¹⁸⁴¹ ARROYO Pauline et PAMART Tay Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁴² ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *op. cit.*, p. 357.

aux différentes strates de l'organisation, par le biais de formations. Pour ce faire, les collaborateurs et les parties prenantes, quelles que soient leurs fonctions au sein de l'entreprise ou leurs localisations géographiques, devront suivre une formation sur les procédures et règles en matière de sanctions économiques¹⁸⁴³. L'Office of Foreign Assets Control (OFAC) suggère à cet égard « d'examiner les mesures restrictives durant les réunions du personnel, d'intégrer les obligations en matière de conformité dans les procédures opérationnelles et de se joindre à d'autres entités pour organiser des séminaires de conformité »¹⁸⁴⁴. Ces formations doivent par ailleurs être personnalisées selon les fonctions et rôles des collaborateurs et parties prenantes en tenant compte de leur proximité opérationnelle avec les sanctions économiques. Selon l'OFAC, la sensibilisation du personnel aux questions de sanctions à tous les niveaux de l'entreprise est un excellent moyen de lutter contre les risques d'infraction.

B- La détection des risques liés aux mesures d'embargo

646. Dans le cadre de la détection des risques de non-conformité aux mesures d'embargo, les entreprises internationales doivent instituer un dispositif d'alerte interne. Cette procédure plus connue sous son appellation anglaise de *whistleblowing* puise ses origines au sein du système américain, et ce, depuis la promulgation de la loi *Sarbane - Oxley Act* (lois « SOX ») relative aux mesures de corporate governance¹⁸⁴⁵. En effet, cette loi fédérale a imposé aux entreprises cotées en bourse aux États-Unis d'instituer un dispositif d'alerte dont l'objectif est de renforcer l'implication des employés dans le contrôle de leur entreprise en leur donnant la possibilité de révéler les dysfonctionnements dont ils sont témoins¹⁸⁴⁶. Cette loi a été adoptée à la suite des faillites survenues à l'égard des groupes importants tels qu'Enron et Worldcom en raison des scandales financiers liés à la manipulation des données comptables¹⁸⁴⁷. Les pertes pour les investisseurs ont été considérables et ont nécessité un rétablissement de la confiance du système financier.

¹⁸⁴³ SIVIGNON Jacques et BRIANT Guillaume, « L'utilité des procédures de compliance », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, p. 103 ; BREEN Emmanuel et GUTIERREZ-CRESPIN Antoinette, « Programmes de compliance : dix bonnes pratiques observées en France », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, *op. cit.*, pp. 123-124 ; LASSERE CAPDEVILLE Jérôme, « Banque - La banque face au risque de condamnation », *op. cit.*, p. 6. Voir également, le compte-rendu de la rencontre professionnelle du 14 janvier 2016 de l'Association française des Trésoriers d'Entreprise (AFTE), « Sanctions économiques et embargo », *op. cit.*

¹⁸⁴⁴ Voir en ce sens : Sanctions compliance Guidance for The Virtual Currency Industry, Office of Foreign Assets Control, octobre 2021 : [virtual_currency_guidance_brochure.pdf \(treasury.gov\)](https://www.treasury.gov/press-releases/2021/10/20211021)

¹⁸⁴⁵ Précitée.

¹⁸⁴⁶ NICOLAS-GRÉCIANO, « L'alerte professionnelle au sein des établissements de crédit face à la liberté d'expression », *Revue de Droit bancaire et financier*, n°6, novembre 2018, dossier 43, n°10 ; MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁸⁴⁷ *Ibidem*.

647. En droit français, le dispositif d’alerte interne a été introduit par la loi Sapin II du 9 décembre 2016 après une décision de conformité du Conseil constitutionnel¹⁸⁴⁸. Cette loi définit le dispositif d’alerte interne comme « *un dispositif destiné à permettre le recueil des signalements émanant d’employés et relatif à l’existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société* »¹⁸⁴⁹. Cela suppose, en pratique, que lorsqu’un collaborateur appelé « lanceur d’alerte »¹⁸⁵⁰ constate ou soupçonne un crime, un délit, une violation grave et manifeste d’un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d’un acte unilatéral d’une organisation internationale pris sous le fondement d’un tel engagement de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l’intérêt général dont il a eu personnellement connaissance, doit informer son service de conformité¹⁸⁵¹. Ainsi, lorsque l’entreprise reçoit une alerte, il est recommandé à l’entreprise de mettre en œuvre un premier filtre afin d’évaluer la recevabilité de l’alerte ainsi que l’opportunité de mener une enquête interne¹⁸⁵². S’il s’avère que l’alerte est recevable et pertinente, des investigations plus approfondies doivent être menées par le responsable de conformité ou des personnes fonctionnellement désignées pour traiter l’alerte¹⁸⁵³. Ce dernier doit avoir accès au maximum d’informations disponibles, à la fois en interne (accès aux dossiers) et en externe (base de données de prestataires, informations publiques, informations venant d’autres entités d’un même groupe, etc.)¹⁸⁵⁴.

648. En effet, le dispositif d’enquête interne permet d’identifier les risques à un stade précoce et ainsi d’éviter les potentielles amendes sanctionnant les faits réprimés. D’ailleurs, selon une récente étude, un tiers des entreprises interrogées ont « réussi à découvrir plus de 80 % du préjudice financier total grâce au dispositif d’alerte et d’enquête mise en place »¹⁸⁵⁵. En outre,

¹⁸⁴⁸ Conseil constitutionnel, 8 décembre 2016, n°2016-741 DC – Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

¹⁸⁴⁹ Article 17, II, 2°, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l’obligation d’adoption des programmes de mise en conformité.

¹⁸⁵⁰ Voir sur la définition du lanceur d’alerte, l’article 6 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l’obligation d’adoption des programmes de mise en conformité.

¹⁸⁵¹ MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, op. cit., p. 117.

¹⁸⁵² JOURDAN Fleur et TRAORÉ Magloire Tiphanie, « Lanceur d’alerte – Comment mener une enquête interne ? », *JCP E*, 6 janvier 2022, n°1, p. 1006.

¹⁸⁵³ *Ibidem*.

¹⁸⁵⁴ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, op. cit., p. 184.

¹⁸⁵⁵ Voir en ce sens l’étude réalisée par EQS Group en collaboration avec Fachhochschule Graubünden, University of Applied Sciences : Rapport 2021 sur les alertes professionnelles.

un tel dispositif d'enquête permet à l'entreprise de se prémunir contre le risque d'éventuels scandales rendus publics et susceptibles de nuire à sa réputation¹⁸⁵⁶.

649. Par ailleurs, lorsque l'entreprise reçoit une alerte via son dispositif d'alerte, il est primordial ou important que chaque entreprise pouvant être amenée à conduire une enquête interne se dote d'un cadre assurant la confidentialité de l'identité et du message du lanceur d'alerte ainsi que des témoins protégeant les droits de la défense et garantissant la protection des données personnelles de toutes les parties prenantes de l'enquête¹⁸⁵⁷. Un renforcement de cette protection est prévu avec la transposition en droit interne de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019¹⁸⁵⁸. Ce faisant, le lanceur d'alerte peut être considéré comme au service de la compliance dans la mesure où son intervention aura vocation à prévenir les risques de non-conformité aux mesures d'embargo.

650. Enfin, des vérifications régulières des procédures et formations mises en place doivent être organisées, afin de valider la pertinence et l'efficacité du programme de conformité aux embargos et également de détecter de potentielles violations des mesures d'embargo¹⁸⁵⁹. En effet, les régimes d'embargos évoluant au fil du temps, il est important d'être sans cesse au fait des dernières réglementations en vigueur. Ainsi, dans le cadre du filtrage de personnes ou entités listées, un balayage périodique récurrent de la base clients doit se poursuivre également durant la relation d'affaires afin de s'assurer qu'aucune personne ne soit entre-temps intégrée aux listes officielles. Ce filtrage des bases de données périodiques doit tenir compte de l'actualité géopolitique comme le conflit permanent entre la Russie et l'Ukraine depuis l'arrivée des Russes en Crimée en 2014 qui par la suite a donné naissance à l'invasion de l'Ukraine par la Russie en 2022. De ce fait, le fonctionnement optimal des outils de filtrage doit être assuré (prise en compte des capacités de traitement informatique, et humain, de même que la qualité des listes officielles intégrées au filtre)¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁶ JOURDAN Fleur et TRAORÉ Magloire Tiphonie, « Lanceur d'alerte – Comment mener une enquête interne ? », *op. cit.*, p. 1005.

¹⁸⁵⁷ MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, *op. cit.*, p. 118 ; JOURDAN Fleur et TRAORÉ Magloire Tiphonie, « Lanceur d'alerte – Comment mener une enquête interne ? », *op. cit.* ; NICOLAS-GRÉCIANO, « L'alerte professionnelle au sein des établissements de crédit face à la liberté d'expression », *op. cit.*, n°10.

¹⁸⁵⁸ Voir sur ce point, « Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte : adoption en 1^{re} lecture à l'Assemblée nationale », Veille, AN, proposition de loi n°692, 17 novembre 2021, *JCP E*, 2 décembre 2021, n°48, act. 820.

¹⁸⁵⁹ ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *op. cit.* ; LASSERE CAPDEVILLE Jérôme, « Banque- La banque face au risque de condamnation », *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁶⁰ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, p. 180.

651. Il ressort de ces différents développements que la problématique des sanctions qui résulteraient du non-respect des restrictions économiques imposées par un État ou un organisme supranational est particulièrement préoccupante pour le secteur de « bancassurance ». En effet, le secteur se trouve exposé aux mêmes risques que les autres acteurs du commerce international. Pour minimiser la responsabilité liée aux sanctions, la majorité des banques et assureurs ont inséré des clauses de sanction afin de se mettre en conformité aux restrictions économiques propres aux embargos et de pouvoir résilier contrat de financement et police d'assurance si leurs clients ne s'y conforment pas. Ainsi, l'inclusion des clauses de sanction est une bonne pratique dans la mesure où elles sensibilisent les parties contractantes à leurs obligations de se conformer aux mesures d'embargo en vigueur¹⁸⁶¹. Cependant, comme nous l'avons souligné, elles ne mettent pas la partie innocente à l'abri de toute responsabilité envers les autorités gouvernementales. En effet, des procédures de compliance couvrant toutes les étapes d'une relation d'affaires doivent être mises en place par les grandes entreprises multilocalisées afin de prévenir les risques et ainsi d'éviter les sanctions néfastes en s'assurant en amont du respect des embargos. Mis en place et rigoureusement suivi, un tel programme permet de limiter les risques, et en cas d'infraction donne à l'entreprise la possibilité d'invoquer la clémence des autorités¹⁸⁶².

¹⁸⁶¹ ROBERT J. Stefani, « Designated Entity Clauses – No Substitute for Knowing Who You Are Dealing With », *op. cit.*

¹⁸⁶² ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *op. cit.*, p. 357.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

652. Les mesures d'embargo unilatérales ou adoptées par les résolutions du Conseil de sécurité sont généralement prises en considération par la loi normalement applicable au contrat désignée par la règle de conflit lorsqu'elles prévoient uniquement l'interdiction de commercer sans les conséquences civiles qui s'y attachent. En revanche, elles interviennent directement en tant que normes internationalement impératives dans la résolution du litige lorsqu'elles fournissent la solution substantielle au fond du litige.

653. La pratique de l'embargo met en lumière son effet perturbateur sur l'existence des contrats internationaux rendant celle-ci tantôt impossible, tantôt onéreuse. Ainsi, il est admis que ces mesures d'embargo constituent un cas de force majeure libérant le débiteur de ses obligations contractuelles si elles réunissent les conditions de la force majeure requises par le système juridique compétent au titre de la *lex contractus* ou par la clause de la force majeure. Toutefois, il faut noter que les conditions de la force majeure sont appréciées le plus souvent de manière restrictive par le juge et l'arbitre du commerce international. Dans bien des cas, il a été décidé que si la condition d'imprévisibilité était par hypothèse présente en cas d'embargo, il en va autrement de l'extériorité et de l'irrésistibilité de l'événement. De fait, le caractère de force majeure de la décision d'embargo est discutable. En effet, des doutes peuvent être émis sur l'extériorité de l'embargo, s'il vient en réaction au comportement fautif du débiteur de l'inexécution de l'obligation ou lorsqu'il est invoqué par l'État émetteur ou par ses émanations. De même, la condition d'irrésistibilité, condition essentielle à la notion de force majeure, semble faire souvent défaut en matière d'embargo, étant donné que les juridictions tant étatiques qu'arbitrales refusent d'exonérer le débiteur de sa responsabilité contractuelle lorsqu'elle ne rend pas absolument impossible l'exécution du contrat.

654. De même, il est également admis que les lois d'embargo puissent constituer une hypothèse d'imprévision pour le débiteur de l'inexécution de l'obligation contractuelle. En revanche, pour que la question de l'incidence des lois d'embargo puisse être érigée en cause de libération du débiteur, il faut que les parties aient inclus dans leur accord une clause de *hardship* ou en leur absence que la *lex contractus* reconnaisse et admette le concept d'imprévision. Dans ce dernier cas, il est admis dans la plupart des systèmes juridiques notamment français, la possibilité aux juges étatiques et aux arbitres du commerce international d'adapter ou de réviser l'économie du contrat. Toutefois, en matière d'embargo, des difficultés particulières peuvent surgir lorsque la loi appliquant la sanction économique a la prétention à l'extraterritorialité. En

effet, si une telle norme peut effectivement réaliser une hypothèse d'imprévision pour le débiteur d'obligations antérieurement contractées, il est très difficile cependant de la faire jouer en pratique. Ainsi, face à de telles lois d'embargo étrangères à portée extraterritoriale, il est difficilement concevable qu'un juge français puisse se laisser convaincre par une partie qui invoquerait l'imprévision pour se soustraire à son obligation, puisque de telles lois peuvent contrevenir à des réglementations européennes de blocage des extraterritorialités étrangères, applicables en qualité de loi de police du *for*. De même, l'arbitre qui n'a pas de *lex fori* et qui n'est nullement tenu de donner effet à une quelconque loi de blocage européenne des extraterritorialités étrangères hésitera toutefois à retenir sur le fondement de l'article 1195 l'imprévision dans cette situation s'il tient suffisamment compte des difficultés d'exequatur que rencontrera sa sentence dans les États de l'Union.

655. Par ailleurs, constituant une cause temporaire d'exonération, les mesures d'embargo entraînent en principe une simple suspension de l'exécution de l'obligation contractuelle. Ce n'est que si l'embargo rend l'exécution du contrat définitivement impossible qu'il produit un effet extinctif, et partant la libération du débiteur. L'embargo peut également affecter un contrat qui fait partie d'un ensemble contractuel économique indivisible. Cette affectation est susceptible d'affecter par ricochet, en raison de cette indivisibilité, les autres contrats qui ne sont pas visés comme telle par la loi d'embargo.

656. Les mesures d'embargo constituent un défi pour les opérateurs économiques du commerce international. En effet, les risques tant économiques que financiers qu'elles peuvent générer sont importants pour les parties. L'insertion des clauses de sanction permet aux entreprises internationales d'exclure par avance toute responsabilité contractuelle à raison de manquements contractuels imputables au respect des mesures restrictives étrangères, notamment américaines. Toutefois, elles ne mettent pas la partie innocente à l'abri de toute responsabilité envers les autorités gouvernementales. En effet, des procédures de compliance couvrant toutes les étapes d'une relation d'affaires doivent être mises en place par les grandes entreprises multilocalisées afin de prévenir les risques et ainsi d'éviter les sanctions néfastes en s'assurant en amont du respect des embargos. Mis en place et rigoureusement suivi, un tel programme permet de limiter les risques, et en cas d'infraction donne à l'entreprise la possibilité d'invoquer la clémence des autorités.

CONCLUSION GÉNÉRALE

657. Les mesures d'embargo ont une approche beaucoup plus macro-économique que juridique et beaucoup plus pragmatique que théorique¹⁸⁶³. En effet, il s'agit de faire pression sur l'État cible en rendant quasi impossible l'ensemble des relations économiques de celui-ci avec l'extérieur tant qu'il ne change pas de comportement. Mais au-delà de leur importance politique eu égard à leur effet direct sur les États et/ou les entités ciblées, ces mesures affectent indirectement les contrats des opérateurs du commerce international, quelles que soient leurs natures : publique, privée, mixte. Elles posent dès lors des problèmes juridiques complexes dont l'appréciation requiert l'utilisation d'une grille de lecture qui combine les différents principes et techniques du droit des obligations, du droit commercial, du droit international économique, du droit international public, du droit international privé¹⁸⁶⁴.

Cela dit, notre étude n'avait pas pour dessein d'apprécier ni l'effet macro-économique ni l'efficacité politique de ces mesures d'embargo. Notre approche a été consacrée à l'étude des effets juridiques des mesures d'embargo sur les contrats internationaux en cours d'exécution.

658. Nous avons ainsi pu démontrer qu'en tant que règles impératives, les mesures d'embargo décidées soit unilatéralement par un État ou prises dans un cadre multilatéral par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies s'imposent à tout opérateur économique international. En tant que règles impératives, ces mesures ne peuvent être ignorées par les juridictions étatiques et arbitrales à la fois soucieuses de l'exécution de leurs décisions et du respect des prescriptions de l'ordre public du siège de l'arbitrage. De fait, lorsque l'embargo résulte de la *lex fori*, le juge est dans l'obligation de l'appliquer en raison du lien très étroit qui l'unit au législateur dans la mesure où il tire son pouvoir juridictionnel de l'État et au nom duquel il rend la justice. De la même manière, lorsque les mesures d'embargo appartiennent à la *lex contractus*, le juge et l'arbitre sont tenus de les appliquer sous réserve de la conformité à l'ordre public international. L'application de la contrainte économique provenant d'une loi tierce n'appelle pas des solutions fondamentalement différentes. En effet, il est désormais admis par l'article 9.3 du Règlement Rome I (il en allait déjà ainsi de l'article 7.1 de la Convention de Rome) la possibilité au juge de donner effet aux lois de police étrangères à condition qu'elles appartiennent aux lois d'embargo du pays

¹⁸⁶³ BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les effets juridiques des résolutions du conseil de sécurité sur les contrats privés », *op. cit.*, p. 272.

¹⁸⁶⁴ CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.*, n°65.

d'exécution du contrat et lorsqu'elles rendent cette exécution illégale. Toutefois, le juge disposera d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à leur mise en application, au regard du critère de compatibilité des lois de police étrangères avec les valeurs essentielles internes du *for*. Ce qui permet dans une certaine mesure d'expliquer le refus des juges d'appliquer une loi d'embargo étrangère. En effet, l'appréciation de légitimité, par le juge, portera tant sur les mobiles que sur le champ d'application des lois d'embargo étrangères. Ce qui permet d'exclure les lois d'embargo américaines à prétention extraterritoriale. Quant à l'arbitre, il est également tenu d'appliquer les lois d'embargo étrangères lorsqu'elles ne contreviennent pas à l'ordre public transnational.

659. Il convient toutefois de préciser que ces normes internationales interviennent directement dans la résolution du litige sans passer par la règle de conflit des lois, lorsqu'elles fournissent la solution substantielle à la question posée ou bien sont prises en considération par la loi normalement applicable au contrat désignée par la règle de conflit lorsqu'elles prévoient uniquement l'interdiction de commercer sans les conséquences légales qui s'y attachent. Cependant, en pratique, la majorité d'entre elles sont prises en considération. Il s'agira ainsi pour le juge et l'arbitre de prendre en considération les lois d'embargo en tant qu'élément de fait pouvant par exemple justifier au regard du droit applicable une inexécution contractuelle. Pour ce faire, l'application de la *lex contractus* par le juge et l'arbitre retiendra l'empêchement à l'exécution qui résulte de la loi d'embargo au titre de la force majeure qui se traduira par l'exonération de la responsabilité de l'une des parties. Ainsi, la solution matérielle (l'exonération de la responsabilité de l'un des contractants) est fournie par la loi applicable au contrat, mais la notion-cadre de la force majeure qui aura conditionné cette solution matérielle est tributaire de la loi d'embargo.

660. Les mesures d'embargo apparaissent comme une entrave momentanée à la liberté des échanges économiques internationaux. Les opérateurs du commerce international se voient ainsi interdire de poursuivre l'exécution des contrats qui rentrent dans le champ d'application des lois d'embargo. En effet, ces mesures ont pour effet de paralyser le contrat dans son évolution en entraînant une impossibilité d'exécution de certaines prestations ciblées. Du point de vue du droit civil, il est généralement admis que les mesures d'embargo peuvent être perçues comme une force majeure libérant le débiteur de ses obligations contractuelles si elles réunissent les conditions de la force majeure requises par le système juridique compétent au titre de la *lex contractus* ou par la clause de la force majeure. À cette fin, il n'est pas nécessaire que les mesures d'embargo soient prises par l'État du *for* ou par l'État dont le droit est la loi du

contrat¹⁸⁶⁵. Même des mesures prises par d'autres États peuvent être considérées ainsi. Par conséquent, le débiteur qui n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations contractuelles en raison de l'embargo trouve dans la force majeure une forme d'excuse le déchargeant de toute forme de responsabilité lorsque le fait du prince rencontre les exigences d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité. Cependant, en pratique, si la condition d'imprévisibilité est généralement présente par hypothèse en matière d'embargo, il en va autrement de l'extériorité et de l'irrésistibilité.

661. L'embargo affecte également le contrat en rendant les conditions de son exécution plus onéreuses. L'imprévision dans ces circonstances peut être une cause de libération du débiteur soit par une clause de *hardship* insérée dans le contrat soit par la *lex contractus*. S'agissant de ce dernier cas, la plupart des droits nationaux admettent la possibilité au juge étatique et à l'arbitre de procéder à l'adaptation du contrat en absence de toute clause précise en ce sens. Si toutefois, une loi d'embargo à effet extraterritorial peut effectivement réaliser une hypothèse d'imprévision pour le débiteur de l'inexécution des obligations dans la mesure où le problème du changement de circonstance revêt une importance significative en matière d'embargo lorsque ce dernier ne rend pas l'exécution du contrat impossible, il est très difficile en revanche de la faire jouer en pratique. En effet, il est difficilement concevable qu'un juge de l'Union européenne de même qu'un arbitre siégeant dans un état membre de l'Union européenne puissent se laisser convaincre par une partie qui invoquerait l'imprévision pour se soustraire à son obligation, puisqu'une telle loi peut contrevenir à des réglementations européennes de blocage des extraterritorialités étrangères, applicables en qualité de loi de police du *for*.

662. La mise en place d'un embargo pose naturellement la question du sort des contrats dont l'exécution est paralysée par la décision d'embargo. Il y a eu sur ce point des prises de position de la part de la jurisprudence. Il est admis que lorsque l'événement constitutif de la force majeure est temporaire l'exécution n'est suspendue que provisoirement. Cependant, lorsque la durée d'un embargo se révèle trop longue par rapport à l'exécution d'un contrat, à moins qu'une renégociation ne soit prévue, l'embargo entraîne soit la résolution ou la résiliation du contrat. De la même manière, l'embargo peut également affecter un contrat qui fait partie d'un ensemble contractuel économique indivisible. Ainsi, la résolution ou la résiliation d'un contrat donné en raison d'une mesure d'embargo est susceptible d'entraîner la caducité des autres contrats voire le groupe de contrats en son entier qui ne sont pas visés par la loi d'embargo. Dans le même

¹⁸⁶⁵ VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 203.

ordre d'idées, l'impossibilité d'exécuter un contrat en raison de l'embargo n'est pas non plus sans conséquence sur les opérations financières liées à l'exportation d'une marchandise soumise à l'embargo.

663. Les mesures d'embargo constituent ainsi une source de perturbations de l'économie des relations contractuelles internationales. En effet, le pays cible et ses nationaux ne sont pas les seuls à subir des préjudices matériels et moraux causés par la mise en place d'un embargo. L'inexécution des contrats conclus antérieurement à l'adoption de ces mesures a également des répercussions sur les nationaux des États auteurs de la contrainte économique. En plus des risques économiques que la mise en œuvre des mesures d'embargo entraîne pour les opérateurs économiques internationaux ayant des relations commerciales avec une entreprise soumise à embargo, elle est également susceptible d'entraîner des risques juridiques pour violation de ces mesures. En effet, l'adoption des mesures d'embargo impose aux opérateurs économiques internationaux, qu'il s'agisse de ceux du secteur financier ou du monde industriel, une obligation de conformité, sous peine de sanctions en cas de violation. Ainsi, ces opérateurs sont non seulement confrontés au respect des lois d'embargo des pays dont ils dépendent juridiquement, mais aussi celles des pays dans lesquels ils opèrent notamment les lois d'embargo américaines dont les pénalités qu'elles peuvent émettre réprimant les manquements à leur respect sont particulièrement lourdes.

664. Cependant, comme nous avons pu constater, les victimes des mesures d'embargo ne parviennent toujours pas à obtenir une indemnisation de la totalité des préjudices subis auprès des parties au contrat. C'est dans ce contexte que certains auteurs se sont posé la question de savoir si les opérateurs économiques du commerce international peuvent obtenir l'indemnisation du préjudice subi en raison de l'embargo auprès des auteurs ayant décidé des mesures d'embargo¹⁸⁶⁶. En pratique, ils ne pourront pas engager la responsabilité de l'ONU, car seuls les États sont les destinataires des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité¹⁸⁶⁷. Une autre formule consiste à rechercher la responsabilité des États ayant décidé des mesures d'embargo. Toutefois, l'action sera rejetée en raison de l'irresponsabilité de l'État. Tel fut le cas dans un jugement du 24 avril 2002¹⁸⁶⁸. Le tribunal de première instance des communautés

¹⁸⁶⁶ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., p. 32. LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, op. cit., p. 64.

¹⁸⁶⁷ Voir sur ce point, THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, op. cit., pp. 297 et s.

¹⁸⁶⁸ TPICE (4^e ch.), 24 avril 2002, affaire T-220/96 : *Elliniki Viomichania Oplon AE (EVO) c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Rec., p. II-2265, cf. points 41, 43-44, 46.

européennes a été amené à se prononcer sur la responsabilité de la Communauté européenne à la suite de l'adoption du règlement 2340/90 instituant un embargo commercial contre l'Irak. La victime affirmait qu'à la suite de ce règlement, elle se retrouvait dans l'impossibilité de recouvrer la créance qu'elle détenait à l'encontre de l'État irakien. Le tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours.

665. S'il est admis que la responsabilité sans faute de l'État pourrait être engagée sur le fondement d'une rupture du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques¹⁸⁶⁹, cependant, certains auteurs ont relevé, que d'une part que la condition de préjudice spécial n'a jamais été remplie et d'autre part, les juges ont toujours opposé le fait que les parties ne pouvaient ignorer les aléas que comportaient l'objet de leur contrat¹⁸⁷⁰. Ainsi, les victimes de l'embargo ne pourront pas obtenir réparation de leurs préjudices sur ces fondements.

666. Par ailleurs, en France, le risque politique est généralement couvert par une assurance auprès de la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE). Il s'agit de reporter sur un tiers le risque politique inhérent aux contrats internationaux¹⁸⁷¹. L'assurance-crédit offre en contrepartie d'un accroissement du coût d'un contrat, une garantie efficace contre les incertitudes et la versatilité des politiques nationales¹⁸⁷². Toutefois, il ne s'agit que d'une garantie limitée dans son montant et dans ses effets. De plus, la COFACE se montre peu encline à indemniser les préjudices subis du fait d'un embargo surtout lorsque le pays de destination des marchandises est un pays à haut risque¹⁸⁷³.

667. De fait, une fois l'embargo décidé, les moyens dont disposent les opérateurs économiques du commerce international sont généralement limités. La situation des entreprises internationales peut être souvent meilleure si celles-ci veillent à réguler expressément dans la convention les conséquences d'un embargo. En effet, les mesures d'embargo se révèlent comme une nouvelle donne que les opérateurs économiques et leurs conseils devront intégrer comme un risque à gérer aussi bien dans la négociation, le montage et l'exécution que dans l'audit des contrats¹⁸⁷⁴. Cela consiste ainsi à contractualiser les risques des mesures d'embargo par

¹⁸⁶⁹ THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, *op. cit.*, p. 298 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁸⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁸⁷¹ GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, p. 634 ; LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁷² GRELON Bernard et GUDIN Charles-Etienne, « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*

¹⁸⁷³ MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, *op. cit.*, n° 532.

¹⁸⁷⁴ CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.*, n°67.

l'insertion des clauses de sanction. Ces clauses permettent aux entreprises internationales d'exclure par avance toute responsabilité contractuelle à raison de manquements contractuels imputables au respect des mesures restrictives étrangères, notamment américaines. En dehors de contre-mesures impératives applicables au contrat ou à l'opérateur et les rendant *ipso jure* nulles ou inopposables, ces clauses sont licites dans leur principe au titre de l'autonomie de la volonté¹⁸⁷⁵. Toutefois, elles ne mettent pas la partie innocente à l'abri de toute responsabilité envers les autorités gouvernementales. C'est pour cette raison qu'il est important pour les entreprises multilocalisées de mettre en place des procédures de compliance couvrant toutes les étapes d'une relation d'affaires afin de prévenir les risques et ainsi d'éviter les sanctions néfastes en s'assurant en amont du respect des mesures d'embargo. Mis en place et rigoureusement suivi, un tel programme permet de limiter les risques, et en cas d'infraction donne à l'entreprise la possibilité d'invoquer la clémence des autorités.

668. Enfin, en matière d'embargos, nous estimons comme certains auteurs qu'il existe un réel besoin de développer les connaissances et d'engendrer un courant de recherche sur ces questions¹⁸⁷⁶. En effet, les effets de ces mesures de restriction économique ne sauraient se limiter à une matière exclusivement juridique, dans la mesure où leurs répercussions affectent tant les économies que les hommes, tant les personnes visées que celles assujetties à leur mise en œuvre.

¹⁸⁷⁵ AFFAKI Georges, comm. sous High Court of justice, *Queen's Bencg Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others*, 12 octobre 2018, *op. cit.*, n° 5

¹⁸⁷⁶ HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, *op. cit.*, p. 195 ; Cissé Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », *op. cit.*, n°67.

BIBLIOGRAPHIE

1) Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Dalloz, 2001.

ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascal et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017.

ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Dalloz, Sirey, 2020.

AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Economica, 2010.

AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 8^e éd., Lextenso, LGDJ, 2018.

AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, LGDJ-Lextenso, 2018.

AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Economica, 2010.

AUDIT Bernard, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2008.

AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, coll. Domat-Montchrestien, LGDJ-Lextenso, 2014.

AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., Précis DOMAT, LGDJ, 2019.

AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain et CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^e éd., coll. Domat Droit Privé, LGDJ, 2016.

BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, tome I, 8^e éd., LGDJ, 1995.

BELOHLAVEK Alexander J., *Rome I Regulation Commentary*, Juris, 2010.

BÉNABENT Alain, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007.

BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2021.

BLANCO Dominique, *Négocier et Rédiger un contrat international*, Dunod, 1993.

BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., Domat précis, LGDJ, 2021.

BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., Dalloz, SIREY, 2020-2021.

BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 16^e éd., Dalloz, SIREY, 2018-2019.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, tome II, 4^e éd., PUF, 2017.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, partie spéciale, tome II, 3^e éd., Thémis droit, PUF, 2014.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, tome I, 2^e éd., PUF, 2010.

CABRILLAC Remy, *Droit des obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2018.

CABRILLAC Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, Lextenso, 2013.

CAPDEVILLE Lasserre Jérôme, STORCK Michel, MIGNOT Marc, KOVAR Jean-Philippe et ÉRÉSÉO Nicolas, *Droit bancaire*, 2^e éd., Précis, Dalloz, 2019.

CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Les*

grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 13^e éd., CAJ civ., Dalloz, 2015.

CAPITANT Henri, TERRÉ Françoise et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11^e éd., Dalloz, 2000.

CARBONIER Jean, *Droit civil. Les obligations*, tome 4, 22^e éd., PUF, 2000.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Les obligations*, tome 4, 22^e éd., PUF, 2000.

CARREAU Dominique, *Droit international*, 10^e éd., Paris, Pedone, 2001.

CARREAU Dominique, *Droit international*, 9^e éd., Paris, Pedone, 2007.

CHAGNY Muriel et PERDRIX Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., Lextenso, LGDJ, 2019.

CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

CHÉNEDÉ François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidation, innovations, perspectives*, Dalloz, 2017.

CHÉNEDÉ François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidation, innovations, perspectives*, Dalloz, 2016.

COHEN Daniel, *L'arbitrage et sociétés*, LGDJ, 1993.

COLLINS Hugh, *The Law of Contract*, 4^e éd., London, LexisNexis, 2003.

COMBACAU Jean et SERGE SUR, *Droit international public*, 10^e éd., coll. Domat-Montchrestien, LGDJ-Lextenson, 2012.

COURBE Patrick et LATINA Mathias, *Droit civil, les biens*, Memento, 9^e éd., 2019.

DAILLIER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7^e éd., LGDJ, 2002.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2009.

DE BOISSERON Matthieu, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly, 1990.

DELEBECQUE Philippe, *Droit maritime*, 13^e éd., Précis, Dalloz, 2014.

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t. VI, Schmidt Periodicals, 1932.

DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018.

DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 15th ed., 2012.

DROSS William, *Droit des biens*, 4^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2019.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 9^e éd., Précis- Dalloz, 2008.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, tome 1, Thémis droit, PUF, 2019.

FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, Manuel, 11^e éd., Lextenso, LGDJ, 2021-2022.

FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, Manuel, 9^e éd., Lextenso, LGDJ, 2019.

FARNSWORTH. Allan E., *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen Publishers, 2004.

FERRAND Frédérique, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.

FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Forum Européen de la communication, 2003.

FONTAINE Marcel, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses*, Feduci, Forum européen du droit et des usages du commerce international, 1989.

FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2022.

FOUCHARD Philippe, *Écrits : Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007.

FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

FROMONT Michel et KNETSCH Jonas, *Droit privé allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2017.

GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001.

GHESTIN Jacques, *Le contrat*, 2^e éd., 1988.

GHOZI Alain, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Bibl. dr. privé, Litec, 1980.

HENRY Laurence-Caroline, *L'essentiel du droit international privé*, 5^e éd., Gualino, 2015-2016.

HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques et DE LA PRADELLE Géraud de Geouffre, *Droit international privé*, Masson, 1987.

HOTTE Simon, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, tome 28, Doctorat & notariat, Defrénois, 2007.

JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2015.

JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et USUNIER Laurence, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Précis Dalloz, 2021.

JACQUET Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983.

KASSIS Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993.

KASSIS Antoine, *Théories générales des usages du commerce : droit comparé, contrats, et arbitrages internationaux*, *Lex mercatoria*, LGDJ, 1984.

KESSEDJIAN Catherine, *Droit du commerce international*, Thémis droit, PUF, 2013.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne et LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Précis Dalloz, 2017-2018.

LARDEUX Gwendoline, *Droit international privé des obligations contractuelles*, 1^{re} éd., Larcier, 2016.

LARROUMET Christian et BROS Sarah, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, 8^e éd., Economica, 2016.

LARROUMET Christian et BROS Sarah, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, tome 3, 7^e éd., Economica, 2014.

LAUBADÈRE André, VÉNÉZIA Jean-Claude, et GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, tome I, 12^e éd., LGDJ, 1988.

LE BARS Benoit et DALMASSO Joseph, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, Paris, LexisNexis, 2016.

LE GALLOU Cécile et WESLEY Simon, *Droit anglais des affaires*, Lextenso, LGDJ, 2018.

LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2014.

LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2008.

LLUELLES Didier et MOORE Benoît, *Droit des obligations*, 2^e éd., Les éditions Thémis, 2012.

LOMBARD Martine, DUMONT Gilles et SIRINELLI Jean, *Droit administratif, Cours et Travaux dirigés*, HyperCours, 13^e éd., Dalloz, 2019.

LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, Lextenso éditions, Joly, 2015.

MALAURIE Philippe et AYNÉS Laurent, *Cours de droit civil. Les obligations*, Paris, Cujas, 1999/2000.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016.

MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., Lextenso, LGDJ, 2020.

MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018.

MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021.

MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 15^e éd., LexisNexis, 2019.

MARKESINIS Basil, UNBERATH Hannes et JOHNSTON Angas, *The German law of Contract: A Comparative Treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil. Les obligations*, tome I et mise à jour 1961, vol. 1, Paris, SIREY, 1956 et 1962.

MATSUSHITA Mitsuo, SCHOENBAUM Thomas J., MAVROIDIS Petros. et HAHN Michael, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Third ed., Oxford International Law Library, Oxford University Press, 2015.

MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire internationale*, 4^e éd., Revue Banque édition, 2009.

MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 10^e éd., coll. Domat-Montchrestien, LGDJ-Lextenso, 2010.

MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ-Lextenso, 2014.

MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent et REMY Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 2, 5^e éd., Montchrestien, 1958.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, *Leçons de droit civil. Obligations, Théorie générale*, tome 2, 1^{er} vol., 9^e éd., Montchrestien, 1998.

MCKENDRICK Ewan, *Goode on commercial Law*, Penguin, 2018.

Mémento pratique. Droit commercial, Éditions Francis Lefebvre, 2018.

MERCADAL Barthélemy, *Réforme du droit des contrats*, Éditions Francis Lefebvre, 2016.

MORETEAU Olivier, *Droit anglais des affaires*, Précis, Dalloz, 2000.

MOTULSKY Henry, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, tome II, Paris, Dalloz, 2010.

MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, Éditions Francis Lefebvre, 2018.

NIBOYET Marie-Laure et DE LA PRADELLE Géraud de Geouffre, *Droit international privé*, Manuel, 7^e éd., LGDJ, 2020.

NIBOYET Marie-Laure et GEOUFFRE de la PRADELLE de Geouffre, *Droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 2009.

PÉDAMONT Michel, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2004.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, RADOUANT Jean, ESMEIN Paul et GABOLBE Gabriel, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1954.

RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2012.

RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2018.

RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016.

RAMBERG Jan, *International commercial transactions*, 3^e éd., ICC, Norstedts Juridik AB,

2004.

RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e éd., Pasicrisie Luxembourgeoise, 2006.

ROBERT Jean, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1993.

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

SALAH Mohamed Mahmoud, *Les contradictions du droit mondialisé*, coll. Droit éthique société, PUF, 2002.

SERAGLINI Christophe et **ORTSCHEIDT Jérôme**, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Précis DOMAT, LGDJ, 2019.

SIMLER Philippe et **DELEBECQUE Philippe**, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016.

SIMLER Philippe, *Cautionnement et Garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, 2000.

SIMLER Philippe, *Traité. Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015.

STARCK Boris, **ROLAND Henri**, **BOYER Laurent**, *Droit civil. Obligations. Contrat*, tome 2, 6^e éd., Paris, Litec, 1998.

TERCIER Pierre et **PICHONNAZ Pascal**, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Schulthess, 2012.

TERRÉ François, **SIMLER Philippe** et **LEQUETTE Yves**, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.

TERRÉ François, **SIMLER Philippe**, **LEQUETTE Yves** et **CHÉNEDÉ François**, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Précis, Dalloz, 2018.

THÉRY Philippe, *Sûretés et publicités foncières*, Paris, PUF, 1988.

VAN OMNESLAGUE Pierre, *Droit des obligations*, tome 1, Bruylant, Bruxelles, 2010.

VINEY Geneviève, **JOURDAIN Patrice** et **CARVAL Suzanne**, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

ZÉNATI-CASTAING Frédéric et **RENET Thierry**, *Cours de droit civil. Contrats*, PUF, 2014.

2) Ouvrages spéciaux

ARFAZADEH Homayoon, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2005.

BANNELIER-CHRISTAKIS Karine, **CHRISTAKIS Theodore**, **CORTEN Olivier** et **KLEIN Pierre**, *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Cahiers internationaux, Pedone, 2004.

BATIFFOL Henri, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, Mc Gill Université, Institut de droit comparé, 1981.

BLESSING Marc, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

BOLLÉE Sylvain, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004.

BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., Lextenso, LGDJ, 2019.

CALLIESS Graf-Peter, *Rome Regulations – Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, 2nd ed, Wolter Kluwer Law & Business, 2015.

CALLIESS Graf-Peter, *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Kluwer, 2011.

CARAVACA Calvo, *EL Reglamento Roma I sobre de ley aplicable a las obligaciones contractuales : cuestiones escogidas*, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2009.

COMBACAU Jean, *Le pouvoir de sanction de l'ONU : étude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris, 1974.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., PUF, Paris, 2018.

CRAIG Laurence W., PARK William et PAULSON Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publications & IIC Publishing, 1990.

DA SILVEIRA Mercedes Azeredo, *Trade Sanctions and International Sales*, Pays-Bas, Kluwer Law International BV, 2014.

De WILDE D'ESTMAEL Tanguy et De SCHOUTHEETE De TERVARENT Philippe, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne : sanctions et incitants économiques comme moyens de politique étrangère*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

DIEZ De VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Paris, coll. Droit international, Economica, 2002.

EISEMANN Pierre-Michel, *Les sanctions contre la Rhodésie*, Pedone, 1972.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD DENIS, *Projet de Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, vol. 7, Paris, Société de législation comparée, 2008.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Projet de Cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, vol. 6, Paris, Société de législation comparée, 2008.

FERRY Claude, *La validité des contrats en droit international privé, France – USA*, LGDJ, 1989.

GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013.

GHERARI Habib et SZUREK Sandra, *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Buton et D'Amato-Kennedy*, Paris-Nanterre, Montchrestien, 1998.

GOWLLAND-DEBBAS Vera, *Collective Responses to Illegal Actions in International Law – UN Action in the Question of Southern Rhodesia*, Nijhoff, 1990.

GRIMALDI Michel, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés dans l'OHADA*, de Pierre Crocq (sous dir.), Lamy, 2012.

HAGHIGHAT Chapour, *Histoire de la crise du Golfe*, Questions au XX^e siècle, Éditions complexe, 1991.

HOTTE David, MORLET Didier, SAUTERET Stéphane et SOULIGNAC Vincent, *Les sanctions financières internationales*, Philippe Baumard (sous dir.), RB Édition, 2012.

KALALA Tshibangu, *Les résolutions de l'ONU et les destinataires non étatiques*, Droit international, Larcier, 2009.

KAPUNGU Leonard T., *The United Nations and Economic Sanctions against Rhodesia*,

Lexington Books, 1973.

KASSIS Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993.

LOGOZ François, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Genève, Librairie Droz, 1991.

MARCHI Jean-François, *Accord de l'État et droit des Nations Unies. Étude du système juridique d'une organisation internationale*, coll. « Monde européen et international », La Documentation française, CERIC, 2002.

MAYMONT Anthony, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, 2022.

PETROVIĆ Dražen, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne : À la recherche d'un concept.*, Graduate Institute Publications, Genève, 2000.

PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et Exorbitance. Étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, Fribourg, Ed. Univ. De Fribourg, 1997.

RIALS Stéphane et BOUDON Julien, *Textes constitutionnels étrangers*, 15^e éd., Paris, Presses Universitaires, 2015.

SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SHLECHTRIEM Peter et WITZ Claude, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008.

TOUSCOZ Jean, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, LGDJ, 1964.

TREITEL Guenter H., *Frustration and Force Majeure*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2004.

VON BAR Christian, CLIVE Eric et SCHULTE-NÖLKE Hans, *Principles, definitions and model rules of European private law, Draft common frame of reference*, Munich, Sellier, 2008.

WELLENS Karel, *Résolutions et déclarations du Conseil de sécurité (1946-1992). Recueil thématique*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

3) Thèses et monographies

AFFAKI Bachir Geoges, *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, thèse, Paris II, 1995.

ALASSANI Zeinatou, *L'évolution du droit de recourir à la force : vers une reconnaissance de l'« autorisation implicite »*, thèse, Université de Rouen Normandie, Université de Lomé (Togo), 2019.

ANKAOUA Charlotte, *L'ordre public transnational*, Université Paris-Saclay (ComUE), 2019.

ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préface Teyssié Bernard, LGDJ, 1992.

BACACHE-GIBEILI Mirielle, *La relativité des conventions et les groupes des contrats*, préface Yve Lequette, LGDJ, 1996.

BARBIER Hugo, *La liberté de prendre des risques*, thèse, PU Aix-Marseille, 2011.

BODEN Didier, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, Paris 1, 2002.

BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, thèse, Paris II, 2001.

CHAPELLE André, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1979.

COURT de FONTMICHEL Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, préface Gaudemet-Tallon Hélène, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2004.

DEJEAN DELABATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préface Henri Mazeaud, tome 57, LGDJ, 1965.

FANGYU Zhou, *La force majeure en matière contractuelle : étude comparée des droits chinois, français et allemand*, Mémoire de master, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2021.

FARNOCCHIA Serge, *L'excuse contractuelle, étude de l'inexécution fortuite du contrat*, thèse, Aix-Marseille 3, 1994.

FIN-LANGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, thèse, Orléans, 2000.

FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, préface Audit Bernard, tome 501, coll. Bibliothèque droit privé, LGDJ, 2008.

GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, préface Laurent Leveneur, Thèses, LGDJ, 2007.

GOLOUBTCHIKOVA-ERNST Tatiana, *L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international*, Mémoire de master, Université Panthéon-Assas, 2011.

GOUBEAUX Gilles, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, préface Denis Tallon, LGDJ, 1969.

GRYNBAUM Luc, *Le contrat contingent*, thèse, Paris II, 1998.

HAFTEL Bernard, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – Études dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris II, 2008.

HEINICH Julia, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préface Mestre Jacques, PUAM, 2015.

HOUIN-BRESSAND Caroline, *Les contre-garanties*, préface Hervé Synvet, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2006.

HUJO Philipp, *Force majeure et imprévision : une analyse comparatiste entre le droit français, le droit anglais et le droit allemand*, Mémoire de fin d'études, GRIN, 2007.

IBARA Rochfelaire, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, thèse, Université de Poitiers, 2012.

JACQUET Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, thèse, Paris, Economica, 1983.

JOUBERT Natalie, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Université de Bourgogne – CNRS- Travaux du CREDIMI, Litec, 2007.

JOURDAIN Patrice, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse dactyl, Paris II, 1982.

JOURDAN-MARQUES Jérémy, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, préface Clay Thomas, Tome 575, Thèses, LGDJ, 2017.

KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, préface Jean-Marc Bischoff, tome 240, Thèses, LGDJ, 1994.

LACROIX Guillaume, *L'adaptation du contrat aux changements de circonstances*, thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014/2015.

LAGALÉE-HEYMANN Maud, *Le contrat à forfait*, préface Aynés Laurent, tome 76, Paris IRJS, 2016.

LANDY-OSMAN Laurence, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit de l'économie Université de Bourgogne, 1991.

LATIL Cédric, *Intérêt public et mécanisme des lois de police en droit international*, thèse, Aix Marseille, 2015.

LE CLERE Julien, *Angarie, Embargo, Arrêt de Prince : les mesures coercitives sur les navires de commerce étrangers*, thèse, Paris, 1948.

LUFF David, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. Analyse critique*, coll. de la Faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2004.

MARCHAND Aurore, *L'embargo en droit du commerce international*, préface Cachard Olivier, Larcier, 2012.

MARTIN Anne-Cécile, *L'imputation des risques entre contractants*, préface Didier Ferrier, tome 508, Bibliothèque de droit privé, Thèses, LGDJ, 2009.

MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, préface Jean-Louis Rives-Lange, 3^e éd., Revue Banque Édition, 2004.

MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préface Ghestin Jacques, Paris, LGDJ, 2004.

MOUIAL-BASSILANA Eva, *Du renouveau de la cause en droit des contrats. Essai de la mise en lumière d'une cause objective du contrat*, thèse, Nice, 2003.

NÉRET Jean, *Le sous-contrat*, préface Pierre Catala, LGDJ, 1979.

OSMAN Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préface Loquin Éric, Paris, LGDJ, 1992.

PANCRAZI-TIAN Marie-Ève, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.

PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des contrats*, préface Jacques Foyer et Marie-Luce Demeester, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007.

PÉRÈS Cécile, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2004.

PHILIPPE Denis M., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 1986.

PORCHERON Delphine, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, préface Danièle Alexandre, PUAM, 2012.

PRÜM André, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, préface Barnard Teyssié, Litec, 1994.

RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préface Fouchard Philippe, LGDJ, 1999.

REMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Paris I, 2006.

RINGUETTE Josée, *Le hardship : vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*, Maîtrise, Université de Montréal, mai 2003.

ROUSSEAU Charles, *Le conflit italo-éthiopien devant le droit international*, préface de Georges Scelle, Pedone, Paris, 1938.

SAAD Nacil, *La suspension dans l'exécution du contrat. Essai d'une théorie générale. Étude comparée en droit civil français et droit civil égyptien*, Dijon, Université de Bourgogne, 1980.

SALAMA Saber, *L'acte de gouvernement. Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international*, préface Filali Osman, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préface Pierre

Mayer, Paris, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2001.

SEUBE Jean-Baptiste, *L'indivisibilité entre les actes juridiques*, préface Michel Cabrillac, Litec, 1999.

STOFFEL-MUNK Philippe, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos Alain Sériaux, préface Roger BOUT, PUAM, 1994.

TEYSSIE Bernard, *Les groupes de contrats*, préface Jean-Marc Mousseron, LGDJ, 1975.

THARA Rathvisal, *Ordre public et Arbitrage international en Droit du commerce international*, Université Lumière Lyon2, Mémoire online, 2005.

THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, préface Aynés Laurent, Paris I, Economica, 2011.

THIEULENT Anne, *Mesures de contrainte économique et relations contractuelles internationales*, Université de Bourgogne, Faculté de droit et de science politique, 2000.

VERA Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, thèse Université de Montréal, UMI Dissertation Services, 2002.

ZERRIFI Mohamed, *L'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien*, Mémoire de magister, option Droit privé, Université d'Oran 2 Mohamed Ben Ahmed, 2010.

4) Articles de revue et contributions à des ouvrages collectifs

ACCAOUI LORFING Pascale, « Adaptation of Contracts by Arbitrators: Realities and Perspectives » in *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Fabio Bortolotti & Dorothy Ufot (éd.), ICC Institute, Dossier XVII, Publication n°796 E, 2018, p. 47.

ACCAOUI LORFING Pascale, « L'article 1195 du Code civil français ou la révision pour imprévision du droit comparé », *RDAI*, 2018, n°5, pp. 449-464.

AFFAKI Bachir Georges et STOUFFLET Jean, « Les nouvelles Règles uniformes relatives aux Garanties sur Demande (RUGD 758) », *RB*, mars-avril 2010, pp. 37 et s.

AFFAKI Bachir Georges, « Les garanties indépendantes sont – elles encore indépendantes. Leçons de la crise du Golfe », *RB*, janvier-février, 1994, pp. 3 et s.

AFFAKI Georges, « L'extraterritorialité en droit bancaire », *RD bancaire et fin.*, 2015, n°6, dossier 50.

AFFAKI Georges, « La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales », *Revue banque.fr*, février 2022.

AFFAKI Georges, « Le droit des affaires face aux enjeux géopolitiques internationaux- Des mesures restrictives et de leur rattachement dans l'espace », *Revue Droit & Affaires*, novembre 2019, n°16, pp. 16-24.

ALPA Guido et DASSIO Michelle, « La dissolution du lien contractuel dans le Code civil italien », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles-Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 878 et s.

AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois*, 2002, n°6, pp. 355 et s.

ANCEL Pascal et WINTGEN Robert, « la théorie du « fondement contractuel »

(Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *Revue des contrats*, 2006, n°3, pp. 897 et s.

ANCEL Pascal, « Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *JCI Proc. civ.*, Fasc. 1024, avril 2016, pp. 18 et s.

ANCEL Pascal, « Imprévision – Approche historique et comparative », *Rép. civ. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : mai 2018).

ANCEL Pascal, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, PHILIPPE Denis M. et WINTGEN Robert, « Droit comparé des contrats. Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale », note à propos de Cass. civ. Belge (1^{re} ch.), 19 juin 2009, *Revue des contrats*, 2011, n°3, pp. 963-985.

ANDERSON Kathryn J., « US Economic Sanctions On Cuba, Iran, Libya : Helms-Burton and the Iran and Libya Sanctions Act », *International Business Law Journal*, 1996, 1007.

ANGELET Nicolas, « L'embargo et l'ONU », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Brruylant, Bruxelles, *Bruylant*, 1996, pp. 47-85.

ANTIPHON Agathe, « L'immixtion de normes extraterritoriales de « compliance » dans les entreprises du secteur maritime et leur influence sur le jeu normal du commerce international », *Revue de Droit Maritime de l'Association des Étudiants en Droit Maritime du Havre (AEDMH)*, juin 2020, n°3, pp. 8 et s.

ANTOINE Julien, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA*, 2004, pp. 80 et s.

ANTONMATTEI Paul-Henri, « Ouragan sur la force majeure », *JCP* 1996, p. 3907.

ARROYO Pauline et PAMART Taÿ Edouard, « Sanctions économiques internationales : quel impact sur les polices d'assurance ? », *RGDA*, mars 2015, n°03, pp. 123 et s.

ARTZ Jean François, « La suspension du contrat à exécution successive », *Recueil Dalloz*, 1979, chr. 95.

ATIAS Christian, « De plein droit », *Recueil Dalloz*, 2013, 2183.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *Revue des contrats*, 2007, n°3, p. 983.

AUDIT Bernard, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, pp. 399-434.

AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars, 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Éric Loquin et Sébastien Manciaux (sous dir.), LexisNexis, 2014, pp. 149 et s.

AUDIT Mathias, « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies », *Rev. crit. DIP*, 2002, 746.

AUDIT Mathias, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Revue de l'arbitrage*, 2015, n°4, pp. 1001-1035.

AUDIT Mathias, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Loquin Éric et de Manciaux Sébastien (sous dir.), Dijon, Université de Bourgogne-CNRS, LexisNexis, 2014, pp. 143 et s.

AUDIT Mathias, BISMUTH Régis et MIGNON-COLOMBET Astrid, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises française ? », *JCP G*, 12 janvier 2015, n°1-2, 37.

AYNÉS Laurent et BÉNABENT Alain, « Force majeure et révision pour imprévision »,

Revue des contrats, mars 2021, n°01, pp. 157-161.

AYNÈS Laurent, « L'imprévision en droit privé », *RJ com.*, 2005, pp. 397 et s.

AYNÈS Laurent, « Le devoir de renégocier », in *Le contrat au secours de l'entreprise*, *RJ com.*, 1999, n° spécial, p. 11.

BACCACHE Mireille, « Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *Libres propos*, *JCP G*, 2020, 1007.

BALLOT-SQUIRAWSKI Claire, « Conformité – Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance », *Droit pénal*, juillet 2020, n°7-8, étude 22.

BANIFATEMI Yas et **JACOMY Emmanuel**, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 773 et s.

BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle, « Guerre commerciale et mondialisation : le cas des lois extraterritoriales », *Dr. et patr.*, mai 2000, pp. 38 et s.

BASEDOW Jurgen, « Private Law Effects of Foreign Export Controls », *German YB Int'l L.*, 1984, 109, 135.

BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les conséquences juridiques de la crise du Golfe sur les relations économiques privées », in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Actes du colloque des 7 et 8 août 1991, pp. 456 et s.

BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les effets juridiques des résolutions du Conseil de sécurité sur les contrats privés », in *United Nations Sanctions and International Law*, Vera Gowlland-Debbas (ed.), The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2001, pp. 267-288.

BASTID-BURDEAU Geneviève, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, pp. 753-776.

BASTID-BURDEAU Geneviève, « Licéité ou illicéité intrinsèque de la mesure au regard du droit international public », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (sous dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, pp. 171-184.

BEAUVAIS Pascal, « Méthode transactionnelle et justice pénale », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (sous dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 79-90.

BECKERS Yann et **DEMIGNEUX Nicolas**, « Les mesures d'embargo américaines édictées par l'OFAC sont-elles des lois de police étrangères applicable en France », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2015, n°141, pp. 1-2, repère 3.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial – À l'occasion de la pandémie de covid-19 », *JCP E* 2020, 1162.

BELLOCQ Christine, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *DPCI*, 1996, tome 22, n°3, pp. 416 et s.

BEN ACHOUR Rafea, « Les sanctions contre l'Irak : quelle efficacité », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité*, Huitième rencontre internationale d'Aix-en-Provence, Rostane Mehdi (sous dir.), Pedone, 2000.

BEN HAMIDA Walid, « L'arbitrage et l'introduction de l'imprévision dans la réforme du droit des contrats en France », *RDAl/IBLJ*, 2017, n°6, pp. 619-637.

BENCHENEBA Ali, « Pétrole contre nourriture : l'ONU et les contrats internationaux d'assouplissement de l'embargo consécutif à la guerre du Golfe », *Journal de droit international*, 1997, pp. 945 et s.

BENNOUNA Mohamed, « Les sanctions économiques des Nations Unies », *RCADI*, 2002, pp. 49 et s.

BERLIN Dominique, « Relations commerciales – Application de la « loi de blocage » européenne », *JCP G.*, 24 janvier 2022, n°3, pp. 108 et s.

BETHLEHEM Daniel, « Regional Interface Between Security Council Decision and Member States Implementation : The Exemple of the European Union », in *United Nations sanctions and international law*, Growland Debba, The Hague Kluwer Law International, 2001, pp. 291-305.

BIGOT Rodolphe et **CAYOL Amandine**, « L'article L. 113-1 du code des assurances et les clauses d'exclusion non formelles sur la sellette », *Dalloz actu.*, 7 janvier 2021.

BISMUTH Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (sous dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 37-64.

BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2015, pp. 785 et s.

BLAIR Ho, « Towards a workable System of Contracts on the Export of Technology – Export Controls on Non-military Goods and Technology: Are We Penalizing the Soviets or Ourselves? », *Texas, International Law Journal*, 1986, pp. 363-369.

BOCKSTIEGEL Karl Heinz, « Applicable Law in Disputes Concerning Economic Sanctions: A Procedural Framework for Arbitral Tribunals », *Arb. Int'l*, vol. 30, 2014, pp. 605 et s.

BOGDAN Michael et **HOBÉR Kaj**, « Chronique de jurisprudence (1996-2004) », *Journal de droit international*, 2006, pp. 2 et s.

BOLLAND-BLANCHARD Anne, « La clause d'imprévision dans les contrats de baux commerciaux : fallait-il une coranavigation », *LPA* 2020, n°65, p. 6.

BOLLECKER Brigitte, « L'Avis consultatif du 21 juin 1971 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux conséquences juridiques pour les États membres de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) », *AFDI*, 1971, n°17, pp. 281-333.

BONNEAU Thierry, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (sous dir.), Régulations & Compliance, Dalloz, 2019, pp. 79-96.

BONOMI Andrea, « Les lois de police des États tiers : méthode conflictuelle et méthode matérielle à l'aune de l'arrêt Nikiforidis », in *L'impérativité en droit international des affaires : Questions d'actualité*, Actes du colloque du 1^{er} février 2018, Lemaire Sophie et Perreau-Saussine Louis (sous dir.), vol. 42, Société de législation comparée, 2020, pp. 83 et s.

BOSTANJI Sami, « La Cour de cassation tunisienne à l'épreuve des lois de politiques. Réflexions à propos de l'arrêt 7146 du 26 avril 2005 », *RDAl*, 2007, pp. 513 et s.

BOUCARD Hélène, « La force majeure contractuelle », *Revue des contrats*, 2015, p. 779.

BOUCOBZA Xavier et **SERINET Yves-Marie**, « L'absence de pouvoir de représentation à l'arbitrage : incompétence ou irrecevabilité ? », *Revue des contrats*, 1^{er} septembre 2015, n°03, pp. 555 et s.

BOUCOBZA Xavier et **SERINET Yves-Marie**, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017, 1619.

BOUCOBZA Xavier, SERINET Yves-Marie, « L'intensité et la nature du contrôle de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international », *Revue des contrats*, 1er juin 2017, n°02, pp. 304 et s.

BOULON Olivier, « Une justice négociée », in *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), Paris, PUF, 2013, pp. 41 et s.

BOURDELOIS Béatrice, « L'exécution du contrat international. Pratique des contrats internationaux », *Livre V, CERI, Édition et Gestion, CREDIMI*, décembre 1995, n°2, pp. 2-54.

BOURSIER Marie-Emma, « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », *Recueil Dalloz*, 2020, 1419.

BRABANT Stéphane et SAVOUREY Elsa, « Le champ de la loi – Les sociétés soumises aux obligations de vigilance », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des affaires*, décembre 2017, n°4, étude 92.

BRABANT Stéphane, MICHON Charlotte et SAVOUREY Elsa, « Devoir de vigilance – Le plan de vigilance Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017, n°4, étude 93.

BREEN Emmanuel et GUTIERREZ-CRESPIN Antoinette, « Programmes de compliance : dix bonnes pratiques observées en France », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (sous dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 107-128.

BREEN Emmanuel, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *RSC*, 2019, n°2, pp. 327 et s.

BRETZNER Jean-Daniel et BARRAL Gwennhælle, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, pp. 415 et s.

BRIATTA Gilles, « L'entreprise face aux défis de la conformité : l'exemple bancaire », in *La compliance une idée européenne ? Revue Européenne du droit*, septembre 2020, n°1, année 1, pp. 49-54.

BRIDGE Michael G., « The 1973 Mississippi floods : « Force majeure » an export prohibition », in *Force majeure and Frustration of contract*, Ewan McKendrick (ed.), Lloyd's of London Press, 1995, pp. 287 et s.

BROS Sarah, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016, 29.

BROS Sarah, « La force majeure », *Dr et patr.*, juin 2016, pp. 41 et s.

BROS Sarah, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2009. 960.

BRUNNER Christoph, « Force majeure and Hardship under General Contracts Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration », *Alphen aan den Rijn*, 2009, pp. 273-281.

BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 2016, dossier 6.

BUCHER Charles-Édouard, « Les clauses portant sur l'imprévision », *CCC* 2019, n°3.

BUCHHEIT Lee. C., « The Use of Non-Violent Coercion », in *Economic Coercion and the New International Economic Order*, Richard B. Lillich (ed.) Charlottesville, 1976, The Michie Company, Law Publishers, pp. 39 et s.

BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, « Conflits de lois – Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *JCP G*, 10 mai 2010, n°19-20, pp. 530 et s.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, « L'article 9.3 du règlement Rome I ne

s'oppose pas à la prise en compte par le droit national applicable au contrat de la loi de police d'un État tiers », *Rev. crit. DIP*, 2017, n°2, pp. 238-244.

BUREAU Dominique, « Application immédiate de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 (acte III) : le test du lien de rattachement sérieux de l'opération avec la France », *Rev. crit. DIP*, 2017, n°4, pp. 542-549.

BUSSEUIL Guillaume, GARINOT Jean-Marie, JOURDAIN-FORTIER Clotilde, MOINE-DUPUIS Isabelle et PIRONON Valérie, « Chronique de jurisprudence – Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends (novembre 2011- août 2013) », *RIDE*, 2013, n°3, pp. 333-397.

CABRILLAC Rémy, « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *Revue des contrats*, 2010, pp. 379 et s.

CARPANO Éric, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2102.

CARREAU Dominique, « Les moyens de pression économique au regard du F.M.I., du G.A.T.T. et de l'O.C.D.E. », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, RBDI, 1984-1985, n°1, pp. 20 et s.

CARREAU Dominique, « La contrainte économique en droit international », *RIDE.*, 1987, n°3, pp. 445-475.

CATALDI Giuseppe, « L'application des décisions du conseil de sécurité en droit interne », in *Droit international et droits internes, développements récents*, Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, Pedone (dir.), 1998, pp. 205-226.

CAVALIEROS Philippe, « Convention d'arbitrage – Chronique des sentences arbitrales », *Journal de droit international (Clunet)*, juillet 2019, n°3, chron. 5.

CERLES Alain, « Règles et usances en matière de garantie sur demande », *RD bancaire et fin.*, 2010.

CHABAS François, « Force majeure », *Rep. civ., Dalloz*, septembre 2002, pp. 7 et s.

CHARPENTIER Jean, « L'organisation du régime des sanctions au niveau universel : les Comités des sanctions de sécurité », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?* : Aix-en-Provence, les 10 et 11 décembre 1999, Rostane Mehdi. (sous dir.), Pedone, 2000, pp. 49 et s.

CHARVIN Robert, « les mesures d'embargo : la part du droit », *RBDI*, 1996, pp. 5-32.

CHEMAIN Régis, « Arbitre et embargo », in *Rôle de l'arbitre dans l'économie moderne, La lettre de la chambre arbitrale internationale de Paris*, septembre 2016, n°11, Dossier.

CHEMAIN Régis, « Embargo », *Rep. Internat. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : juin 2021).

CISSÉ Abdoullah, « Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies », in *Les sanctions économiques en droit international*, Picchio Forlati Laura et Sicilianos Linos-Alexander, Leiden (sous dir.), Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2004, pp. 683-715.

CLAY Thomas, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2448.

CLOUZOT Ludivine, « La théorie de l'imprévision en droit administratifs : une improbable désuétude », *RFDA*, 2010, pp. 937 et s.

COHEN-TANUGI Laurent et BREEN Emmanuel, « Justice négociée - Le Deferred prosecution agreement. — Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G* 2013, pp. 954 et s.

COHEN-TANUGI Laurent, « La vie secrète des « corporate monitors », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (sous dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 91-96.

MIGNON-COLOMBET Astrid et **BUTHIAU François**, « Justice négociée - Le deferred prosecution agreement, une forme inédite de justice négociée – Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G* 2013, doct. 359.

MIGNON-COLOMBET Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ pénal*, 2017, p. 68.

COSSART Sandra, **BEAU DE LOMÉNIE Tiphaine** et **LUBRANI Antoine**, « Dossier Thématique – Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2019, n°16, pp. 88-94.

COTOUMOU Jean-Calry, « La lettre de garantie OHADA », *RDAI*, 1999, p. 425.

COULOMB Fanny et **MATELLY Sylvie**, « Bien-fondé et opportunité des sanctions économiques à l'heure de la mondialisation », *RIS* 2015, n°97, pp. 101-110.

COUTANT-LAPALUS Christelle, « Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *LPA*, 26 février 2002, n°41, pp. 15-21.

COVILLE Thierry, « Les sanctions contre l'Iran, le choix d'une punition collective contre la société iranienne ? », *RIS* 2015, n°97, pp. 149-158.

D'ARGENT Pierre, « La loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU », *Journal des Tribunaux*, 1996, pp. 357-361.

D'AVOUT Louis, « Droit du commerce international », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1967.

D'AVOUT Louis, « Embargo international et déni de justice arbitrale », *Rev. crit. DIP*, 2020, n°3, pp. 526-538.

D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité contrariée par la théorie des lois de police ? », *Recueil Dalloz*, 2015, n°35, p. 2034.

D'AVOUT Louis, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, 12 octobre 2015, n°42, pp. 1112-1125.

D'AVOUT Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2165.

D'AVOUT Louis, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits des lois ?* Tristan Azzi et Olivera Boskovic (sous dir.), Bruylant, 2015, pp. 91 et s.

D'AVOUT Louis, **BOLLÉE Sylvain** et **FARNOUX Etienne**, « Droit du commerce international », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1970.

DARANKOUM Emmanuel S., « L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *RJT*, 2002, n°36-2, pp. 459 et s.

DAUDET Yves, « L'ONU et l'O.E.A. en Haïti et le droit international », *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 89-111.

DE CESARI di Patrizia, « Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente » e « norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I », in *Nouveaux instruments du droit international privé*, Gabriella Venturini et Setefania Bariatti (dir.), Liber Fausto Pocar, Giuffrè, 2009, pp. 257-267.

DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, n°2 pp. 207-290.

De VAUPLANE Hubert, « Sanctions économiques - Embargos, gels des avoirs : défense des droits de l'Homme ou instruments de politique étrangère ? », *Revue Banque*, janvier 2013, n°755-756, pp. 136 et s.

DE WILDE D'ESTMAEL Tanguy, « L'élaboration du droit des sanctions économiques communautaires : enjeux et normativité politique du processus », *Revue droit et société*, 2001, n°49, pp. 729-769.

DEBERNARDI Giovanna, « Imprévision : de l'expérience italienne à l'innovation

française », *LPA*, 23 mars 2018, n°60, pp. 7-17.

DEFALQUE Lucette et LUFF David, « L'embargo et l'Union européenne », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Brruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 89-121.

DEFARGES Philippe Moreau, « L'État-paria », *Relations internationales et stratégiques*, hiver 1996, n°24, pp. 150 et s.

DEFFIGIER Clotilde, « L'application directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *Rev. crit. DIP*, 2001, pp. 43 et s.

DEHAUSSY Jacques, ASCENSION Hervé et LE FLOCH Guillaume, « Fasc. 80 : Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JCl dr. int.*, Fasc. 80, 11 avril 2017.

DEGHANI Prosha, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet 2018, n°4, dossier 25.

DELANOY Louis-Christophe, « Rôle de l'arbitre dans l'économie moderne », Entretien, *La lettre de la chambre arbitrale internationale de Paris*, septembre 2016, n°11.

DELEBECQUE Philippe, « L'accueil des lois de police étrangères », *Rev. dr. trans.*, juin 2010, n°6, comm., pp. 131 et s.

DELPECH Xavier, « Contrat de transport maritime international : prise en compte pour les juges du fond d'une loi d'embargo », *Dalloz actu.*, 25 mars 2010.

DEMARET Paul, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ? », *RTD eur.*, 1985, pp. 1-39.

DERAINS Yves, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Travaux du Comité fr. DIP*, 1986, pp. 81-92.

DERAINS Yves, « Détermination de la *lex contractus* », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI n°440/1, 1986, pp. 7 et s.

DERAINS Yves, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit des lois intéressés au litige », *Revue de l'arbitrage*, 1972, pp. 118 et s.

DERAINS Yves, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, n° 25, pp. 375-413.

DERAINS Yves, « Les statuts des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 122 et s.

DERAINS Yves, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *Journal de Droit international (Clunet)*, 1993, pp. 829 et s.

DEUMIER Pascal, « La prise en considération de la loi de police étrangère », *Revue des contrats*, 2012, n°4, pp.1335-1337.

DEUMIER Pascale, « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », *Revue des contrats*, 2010, n°4, pp. 1385-1387.

DICKINSON Andrew, « Third Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu ? », *Journal of Private International Law*, April 2007, pp. 53-58.

DIDIER Martin, « Réglementation – 3 Questions Extraterritorialité : anticiper et gérer », *JCP E*, 17 mars 2016, n°11, pp. 223-224.

DIEUX Xavier, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux - Un point de vue Belge », *RBDI*, 1987, pp. 184-223.

DOMINICE Christian, « Le tribunal fédéral face à la personnalité juridique d'un organisme

international », *Revue de droit suisse*, 1989-I, pp. 517-538. Bâle, Helbing & Lichtenhahn.

DORAIS André, « L'arbitrage commercial-Développements législatifs », *47 Revue du Barreau du Québec*, 1987, pp. 273- 304.

DOSSIOS Loïs et RACINE Jean-Baptiste, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateurs ? », *RIDE*, t. XXXIII, 2019, n°1, pp. 105-122.

DRAETTA Ugo, « Force majeure clauses in international Trade practice », *RDAI*, 1996, pp. 547 et s.

DRAETTA Ugo, « Les clauses de force majeure et de Hardship dans les contrats internationaux », *RDAI*, 2002, n°1, pp. 347 et s.

Du MARAIS Bertrand, « Compliance et conformité », *Dictionnaire des régulations*, Fiche 20, 2015.

DUBOUIS Louis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *AFDI*, 1967, pp. 99-152.

DUCHAINE Charles, « L'Agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la compliance », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (sous dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, pp. 97-106.

DUMONCEAU-BEAUME Véronique et PIPARD Caroline, « État de guerre, sort des contrats et force majeure », *LPA*, 2002, n°70, pp. 14 et s.

DUNCAN Fairgrieve, « 3 questions – L'impact de la force majeure dans le common law ? », *JCP E*, 2020, n°30, 519.

DUPICHOT Philippe, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratiques des affaires*, Stoffel-Munck Philippe (sous dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, pp. 73 et s.

DUPONT Pierre-Emmanuel et BISMUTH Régis, « The Doubtful Legality of US Extraterritorial Sanctions Applied to European Financial Institutions », *International Review of Financial Services*, 2015, n°1, pp. 104-108.

DUPONT Pierre-Emmanuel, « Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *JCP E*, novembre 2018, n°45, 1566.

DUPONT Pierre-Emmanuel, « Extraterritorialité – Impact des sanctions internationales sur la documentation de financement : enjeux », *JCP E*, 8 novembre 2018, n°45, pp. 1566-1577.

EISEMANN Pierre-Michel, « Commentaire de l'article 41 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, (dir.), 3^e éd., Paris, *Economica*, 2005, pp. 692 et s.

EISEMANN Pierre-Michel, « La contribution des États à la mise en œuvre des sanctions : Le cas de la France », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?* Colloque des 10 et 11 décembre 1999, Rostane Mehdi (sous dir.), Paris, Pedone, 2000, pp. 67 et s.

ERGEC Rusen, « L'embargo et les droits nationaux », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Brruyant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 125-148.

ERGEC Rusen, « Les pressions économiques sous l'angle du conflit du Gazoduc euro-sibérien », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, *RBDI*, 1984-1985, n°1, pp. 166-170.

ESCUDEY Gaétan, « Les lois de police étrangères en matière contractuelle : application ou prise en considération ? Commentaire de l'affaire Nikiforidis », *Réseau universitaire européen Droit de l'E.L.S.J.*, 25 avril 2017.

FABRE Régis, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.*, 1983, 1.

FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, 1994, n°75

vol. 249, pp. 369 et s.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *Revue des contrats*, 2006, n°1, pp. 147 et s.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, 2004, pp. 67 et s.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », *Revue des contrats*, 2010, pp. 1405 et s.

FENOUILLET Dominique, « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », *Revue des contrats*, janvier 2006, n°1, pp. 67 et s.

FENOUILLET Dominique, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, François Terré (sous dir.), Dalloz, 2008, pp. 243 et s.

FERJANI Nabil et **HUET Véronique**, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *Journal du droit international (Clunet)*, juillet 2010, n°3.

FERRAND Bernard, « Quels fondements juridiques aux embargos et blocus aux confins des XXe et XXIe siècles », *Revue Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2004, n°214, pp. 55-79.

FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Règlement Rome I.- Convention de Rome. - Loi de police étrangère. - Application directe. — Prise en considération comme élément de fait. - Contrat de travail », *Journal de droit international (Clunet)*, janvier 2017, n°1, 5.

FOLSCHÉ Céline et **OLARTE Diana Carolina**, « L'efficacité des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », *Revue colombienne de droit international*, 2004, n°3, pp. 11-72.

FONTAINE Marcel, « les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *DPCI*, 1979, pp. 428-505.

FORTEAU Mathias, « L'ordre public « transnational » ou réellement international » L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *Journal du droit international (Clunet)*, janvier 2011, doct.1, n°1, pp. 3-49.

FOUCHARD Philippe, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 67 et s.

FOUCHARD Philippe, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *Journal de droit international (Clunet)*, 1982, pp. 374-420.

FRANESKAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, pp. 1-18.

FRANESKAKIS Phocion, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux comité fr. DIP*, 1970, pp. 149-169.

FRANCK Stéphanie, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *Rép. Internat. Dalloz*, 2013.

FRANCO Stéphanie et **JAULT-SESEKE Fabienne**, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de lois dans les contrats internationaux*, Sabine Corneloup et Natalie Joubert (sous dir.) Litec, 2011, pp. 357 et s.

FRANCO Stéphanie, « Loi applicable aux obligations contractuelles : matières civile et commerciale », *Rép. eur. Dalloz*, mars 2013.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Compliance (conformité) », *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, mafr, 2014.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Compliance et personnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 605.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Du droit de la régularisation au droit de la compliance », in *Régulation, supervision, compliance*, Marie-Anne Frison-Roche (sous dir.), Paris, Régulations, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2017, pp. 1-14.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régularisation », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1561.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, 1871.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2432.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Un droit substantiel de la compliance appuyé sur la tradition européenne humaniste », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (sous dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, pp. 13-36.

GAILLARD Emmanuel, « Arbitrage commercial international, sentence arbitrale droit applicable au fond du litige », *JCI dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991.

GALLI Martina, « Une justice pénale propre à la personne morale : Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public », *RSC* 2018, n°2, pp. 359 et s.

GASTEBLED Étienne, « Le clair-obscur de la force majeure en matière contractuelle face au covid-19 », *Lextenso, Actu-Juridique.fr*, 10 avril 2020.

GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, 2019/1, n°165, pp. 109-114.

GAUVAIN Raphaël, D'URSO Claire, DAMAIS Alain et JEMAI Samira, « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », *Doc. AN*, 26 juin 2019.

GENICON Thomas, « Clause résolutoire et force majeure : la réapparition du critère de l'extériorité », *Revue des contrats*, 2010, n°3, pp. 818 et s.

GENICON Thomas, « Caractères de la force majeure : l'imprévisibilité est bien requise », *Revue des contrats*, 2009, pp. 62 et s.

GHOZI Alain, « Effets des conventions, interprétation, qualification », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, pp. 47 et s.

GIARDINA Andrea, « Les principes Unidroit sur les contrats internationaux », *Journal de droit international*, 1995, pp. 547-558.

GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JO C* 282, 31.10.1980, pp. 13 et s.

GOLDMAN Berthold, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalités et perspectives », *Travaux du Comité fr. DIP*, 1980, pp. 221-270.

GOURDET Geneviève, « Revue des revues, L'évolution récente du droit économique français », *RIDE*, 1994, n°85, pp. 100 et s.

GRANDJEAN Jean-Pierre, « Table ronde : Les remèdes jurisprudentiels », *Revue des contrats*, 2010, n°1, pp. 491 et s.

GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, juin 2017.

GRELON Bernard et DAL FARRA Thierry, « Le sort des contrats en cas d'embargo », *CCC*, février 1994, n°2, pp. 1-4.

GRELON Bernard et **DAL FARRA Thierry**, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », *RDBB*, mai – juin 1994, n°43, pp. 98-100.

GRELON Bernard et **GUDIN Charles-Etienne**, « Contrats et crise du Golfe », *Journal de droit international (Clunet)*, 1991-2, pp. 633-677.

GRIMALDI Cyril, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1298.

GROSSFELD Bernhard et **ROGERS C. Paul**, « A shared value approach to jurisdictional conflicts in international economic law », *ICLQ*, 1983, pp. 931-946.

GUERIF Irina, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle : l'apport de la forme du droit des contrats de 2016 et la pratique arbitrale », in *Réforme du droit de contrats et arbitrage, La lettre de la Chambre arbitrale internationale de Paris*, décembre 2016, n°12, pp. 1-22.

GUILLAUME Gilbert, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu du chapitre VII de la Charte », *RDIC*, 1998, n°2, pp. 539 et s.

GUILLEMIN Thibault et **CHANZY Thomas**, « Infractions économiques – Contractualiser les risques de sanctions économiques étrangers », *JCP E*, 9 juillet 2020, n°28, 1274.

HANNOUN Charley, « Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à première demande », *RDBB*, 1988, pp. 187 et s.

HARRIS Jonathan, « Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation », in *Rome I Regulation : The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Franco FERRARI et Stefan LEIBLE (dir.), Sellier, 2009, pp. 269 et s.

HAUTOT Isabelle, « Les difficultés spécifiques dues à l'intervention d'États ou de personnes publiques dans l'arbitrage international », in *L'intervention de l'État ou d'une firme étatique dans l'arbitrage commercial*, Congrès de Berlin 23-27 août 1992, Bruxelles, Story-scientia, 1993, p. 21.

HEINICH Julia, « L'article 1195 du Code civil », in *Le Lamy Droit des contrats*, Bertrand Fages et Pauline Fleury (sous dir.), LAMY, 2018.

HELLNER Michael, « Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles? », *Journ. PIL*, 2009, pp. 447 et s.

HEREMANS Sophie, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement des circonstances : quelques éclairages nouveaux », *RGDC*, 2000, pp. 477 et s.

HERVIEU Merryll, « Force majeure : le retour inattendu du critère d'extériorité », *Dalloz actu.*, 15 septembre 2020.

HEUZÉ Vincent, « La morale, l'arbitre et le juge », *Revue de l'arbitrage*, 1993, pp. 179 et s.

HEUZÉ Vincent, « Le point de vue des acteurs économiques, tables rondes », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international, À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek (sous dir.), Paris-Nanterre, Montchrestien, 1998, pp. 103-113.

HILLERSTRÖM Hubertus, « Embargos, Blacklist and others international sanctions: news risks and stakes for the local actors », *RDAl/IBLJ*, 2016, n°5, pp. 537-546.

HOCHSTRASSER Daniel, « Choice of Law and « foreign » Mandatory Rules in International Arbitration », *J. Int. Arb.*, March 1994, vol.11, pp. 57 et s.

HONTEBEYRIE Antoine, « Les effets du contrat dans le projet de réforme », Fiche pratique, *Journal des Sociétés*, avril 2014.

HONTEBEYRIE Antoine, « Quelques incidences de la réforme du droit des obligations en matière de responsabilité », *Dr et patr.*, juin 2016, pp. 56 et s.

HORN Simon, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat*, 2019, pp. 333-338.

HUBER Jürgen, « La réaction de l'Union européenne face aux lois américaines Helms-Burton et d'Amato », *RMCUE*, 1997, pp. 301 et s.

HUBER Jürgen, « Le dispositif législatif adopté par l'Union européenne pour neutraliser les effets des lois américaines Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », », in *Sanctions unilatérales, mondialisations du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato –Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek (sous dir.), Paris-Nanterre, Montchestien, 1998, pp. 219-240.

IDOT Laurence, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *RJ. Com.*, 1996, n°3, pp. 9 et s.

IDOT Laurence, « Prise en considération des lois de police étrangères », *Europe*, 2016, comm. 492.

JACQUET Jean-Michel « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international » *Journal du droit international (Clunet)*, 1985, n°2, pp. 327-405.

JACQUET Jean-Michel, « Contrats Internat. — Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », *Rép. Internat. Dalloz*, décembre 1998 (actualisation : octobre 2015).

JACQUET Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Travaux du Comité fr. DIP*, 1996, pp. 23-47.

JACQUET Jean-Michel, « L'ordre public transnational » in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, LOQUIN Éric et MANCIAUX Sébastien (sous dir.), LexisNexis, 2014, pp. 101 et s.

JACQUET Jean-Michel, « Synthèse – Contrats internationaux », *JCl dr. int.*, Fasc. 552-15 et 552-40, 30 mai 2020.

JALICOT Camille, « VIABLR - L'extraterritorialité du droit américain dans les relations économiques internationales », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, janvier 2017, n°1, étude 5.

JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Dr. et patr.*, mars 1998, p. 46.

JANUEL Pierre, « Rapport Gauvain sur la protection des entreprises contre les sanctions américaines », *Dalloz. actu.*, 26 juin 2019.

JARROSSON Charles, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ. com.*, 1996, n°96, pp. 6 et s.

JAUFFRET-SPINOSI Camille, « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contract en Europe aujourd'hui et demain*, Rémy Cabrillac, Denis Mazeaud et André Prüm (sous dir.), Soc. Lég. Comp., 2008, p. 23.

JOBIN Pierre-Gabriel, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans le Code civil au Québec », *RTD civ.*, 2004, pp. 693-700.

JOHANNA Guillaumé, « Ordre public international. — Notion d'ordre public international », *JCl civ. Code*, Fasc. 40, 2 mai 2018.

JOUBERT Natalie et **LAIDIÉ Yan**, « Le juge saisi en raison d'un aléa », in *Le juge et l'efficacité du contrat en droit comparé interne*, Yan Laidié et Marie-Caroline Vincent-Legoux (sous dir.), IFJD, Lextenso/LGDJ, 2020, pp. 101-125.

JOURDAIN Patrice, « L'extériorité de la force majeure », *RTD civ., Dalloz*, 1994, pp. 873 et s.

JOURDAIN Patrice, « Imprévisibilité de la force majeure : la première chambre civile s'incline », *RTD civ.*, 2009, pp. 126 et s.

JOURDAN Fleur et **TRAORÉ Magloire Tiphanie**, « Lanceur d'alerte – Comment mener une enquête interne ? », *JCP E*, n°1, 6 janvier 2022, pp. 1003-1010.

JOURDAN-MARQUES Jérémy, « Chroniques d'arbitrage : l'assemblée plénière fait de l'arbitrage sans le savoir », *Dalloz actu.*, 27 février 2020.

JUTRAS Daniel, « La bonne foi, l'imprévision et le rapport entre le général et le particulier », *RTD civ.*, 2017, pp. 138 et s.

KAHN Philippe, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », *Journal de droit international*, 1975, pp. 467-485.

KATSIVELA Marel, « Contracts : Force majeure concept or Force majeure clauses ? », *Uniform Law Review* 2007, vol. 12, pp. 101-120.

KATZENSTEIN Suzanne, « Dollar Unilateralism : The New Frontline of National Security », *Indiana Law Journal*, 2015, vol. 90, pp. 293-352.

KAUSCH Hans. G., « Embargo », in *Encyclopedia of Public International Law: Human Rights and the Individual in International law. International Economic Relations*, Instalment 8, Rudolf Bernhardt (éd.), Hollande du Nord, Amsterdam, New York, Oxford, North-Holland, 1985, pp. 169 et s.

KENFACK DOUAJNI Gaston, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *Revue camerounaise de l'Arbitrage*, avril-mai- juin 2005, n°29, pp.3 et s.

KESSEDJIAN Catherine, « Transnational Public Policy », in *International Arbitration 2006: Back to the Basics ?* Albert Jan Van den Berg (éd.), ICCA Congress series 2006 Montreal, n°13, Kluwer Law International, 2007, pp. 857 et s.

KINSCH Patrick, « L'incidence des lois étrangères sur l'activité bancaire », in *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017, pp. 59 et s.

KLEINER Caroline, « Les sanctions financières sectorielles prises par l'UE contre la Russie et leur mise en œuvre par les banques européennes », *RD bancaire et fin.*, mai 2022, n°3, étude 4.

KLEINER Caroline, « Sanctions économiques – L'application des « sanctions économiques adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé », *Journal du droit international (Clunet)*, juillet 2022, n°3, doct. 5.

KOLLIPOULOS Alexandros, « Les Comités des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », in *Les sanctions économiques en droit international*, Laura Picchio Forlati et Linos-Alexandre Sicilianos (dir.), Leiden, Brill/Nijhoff, Boston, Centre for Studies and Reserach, International law and International Relation, 2004, pp. 567-601.

KROUTI Manon et **ATTIAS Olivier**, « État des lieux des sanctions européennes en réaction à la guerre en Ukraine au 17 mars 2022 – Focus : Conséquences des mesures visant les oligarques sur les activités commerciales des entreprises », *AD article, Droit européen*, 17 mars 2022.

KUIPERS Jan-Jaap et **MIGLIORINI Sara**, « Une querelle franco-allemande après la communication de la Convention de Rome », *Eur. Rev. PIL*, 2011, pp. 187 et s.

LAZOUZI Malik, « Loi applicable au cautionnement : liens les plus étroits, oui ; loi de police non ! », *Revue des contrats*, 2016 n°1, pp. 80 et s.

LACHIÉCHE Christophe, « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », *JCP E*, 11 mars 2021, n°10, p. 1131.

LAGARDE Paul et **TENENBAUM Aline**, « De la Convention de Rome au règlement Rome

I », *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 727-780.

LAGARDE Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 323 et s.

LAITHIER Yves-Marie, « L'effet dilatoire de la force majeure », *Revue des contrats*, 2006, n°4, pp. 1087 et s.

LAITHIER Yves-Marie, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de Common law », *Revue des contrats*, 2010, n°1, pp. 52 et s.

LAITHIER Yves-Marie, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° hors-série, pp. 39 et s.

LALIVE Pierre, « L'ordre public transnational (ou Réellement international) et l'arbitre international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 329 et s.

LALIVE Pierre, « Transnational (or truly international) Public Policy and International Arbitration », in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, n°77, pp. 280 et s.

LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *AFDI*, 1997, pp. 31 et s.

LARTIGUE Miren, « La compliance, une fonction qui monte, qui monte », *Dalloz actu.*, 13 mai 2022.

LASSERE CAPDEVILLE Jérôme, « Banque- La banque face au risque de condamnation », *JCP G*, 22 septembre 2014, n°39, doct. 976.

LATIL Cédric, « Lois de Police », *JCl dr. int.*, Fasc. 552-100, 2 septembre 2019.

LATINA Mathias, « L'extériorité de la force majeure en matière délictuelle », *LEDC*, septembre 2020, n°8, p. 4 et s.

LATINA Mathias, « Suspension du contrat », *Fasc. 171, JCl. Contrats – Distribution*, juillet 2010 (mise à jour : 2016).

LAUREOTE Xavier, « À propos de l'illicéité internationale de la loi Helms-Burton », *Revue CRPLC, Pouvoirs dans la Caraïbe*, 1999, n°11, pp. 105-132.

LAZAREFF Serge, « Mandatory Extraterritorial Application of National Law », *Arb. Int'l*, 1995, vol. 11, pp. 137-150.

LE BAIL Joël, « Les relations halieutiques internationales du Mexique », *Études internationales*, 1987, vol. 18, n°1, pp. 71-82.

LE GALLOU Cécile, « La clause de force majeure : leçon de droit anglais à l'égard des contrats français », in *Le contrat dans tous ses États*, Cécile Le Gallou et Anne Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (sous dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 87-100.

LE GALLOU Cécile, « Le juge du for et la loi d'embargo étrangère », *Lamy Droit du contrat*, 2010, n°150, pp. 79 et s.

LE TOURNEAU Philippe et **POUMARÈDE Matthieu**, « Groupes de contrats », *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021-2022, n°3116, p. 11.

LEBEN Charles, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI*, 1982, n°28, pp. 9-77.

LEBLANC-WOHRER Marion, « Comply or die? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », *Potomac Paper, Ifri*, mars 2018, n°34, pp. 1-34.

LEE Paul L., « Compliance Lessons from OFAC Case Studies- Part I », *Banking Law Journal*, 2014, vol. 131, pp. 657-749.

LEGEAIS Dominique, « Garantie à première demande internationale. Preuve du caractère abusif de l'appel en garantie », *RTD com.*, 2004, pp. 146 et s.

LEMAIRE Sophie, « Impérativité internationales d'origine étrangère : Propos introductifs »,

in L'impérativité en droit international des affaires : Questions d'actualité, Actes du colloque du 1^{er} février 2018, Lemaire Sophie et Perreau-Saussine Louis (sous dir.), vol. 42, Société de législation comparée, 2020, pp. 17 et s.

LESGUILLONS Henry, « Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage », *DPCI*, 1979, pp. 523 et s.

LEVEL Patrice, « L'arbitrabilité », *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 213 et s.

LEVEL Patrice, « Une première retouche du droit de l'arbitrage » *JCP* 1972, I, 2494.

LEVENEUR Laurent, « L'imprévisibilité est bien redevenue une condition de la force majeure », *CCC*, janvier 2009, n°1, comm. 3.

LIBCHABER Rémy, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *Dalloz*, 2020, 1185.

LLORENS François et **SOLER-COUTEAUX Pierre**, « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », *Contrats et marchés publics*, mars 2018, n°3, repère 3.

LOISEAU Grégoire, « De la résolution du contrat pour force majeure », *Comm. com. électr.*, janvier 2021, n°1.

LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », *RJ. com.*, juillet/ août 2018, pp. 1-17.

LOQUIN Éric, « Les effets des lois d'embargo sur la mise en œuvre des clauses compromissaires », *RTD Com.*, 2001, 66.

LOQUIN Éric, « Arbitrage international – Ordre public international – Convention de Mérida contre la corruption du 9 décembre 2003 – Consensus international – Exequatur – Violation manifeste effective et concrète – Contrôle en fait et en droit – Faisceau d'indices », *Journal du droit international*, avril 2020, n°2, pp. 20 et s.

LOQUIN Éric, « Les manifestations de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international sous la direction de Philippe Kahn et de Catherine Kessedjian*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du CREDIMI, Litec, 1996, pp. 247 et s.

LOQUIN Éric, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010, pp. 81-101.

LOQUIN Éric, « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, vol. 322, pp. 13-241.

Louis D'AVOUT, « L'entreprise face aux effets extraterritoriaux du droit » in *Assises du droit et de la compétitivité, Le club des juristes*, 2015, pp. 89 et s.

LOUSSOUARN Yvon, « Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, du 22 décembre 1986 », *Rev. crit. DIP*, 1986, pp. 271 et s.

LOWENFELD Andreas F., « Sovereignty, Jurisdiction and Reasonableness, A Reply to A. V. Lowe », *AJIL*, 1981, pp. 629-638.

LUCCHINI Laurent, « Le boycottage », in *Aspect du droit international économique. Élaboration, contrôle, sanction*, Actes du colloque d'Orléans, 25, 26, et 27 mai 1971, Paris, Pedone, 1972, p. 87

LUDDINGTON Ben, **JONES Michael** et **CLARK Andrew**, « Sanctions and insurance market, putting in place an effective compliance programme », *PWC*, september 2016.

LUXEMBOURG Fanny, « Le fait du prince : convergence du droit privé et droit public », *JCP G* 2008, n°8, doct. 119.

MAGAR Fabrice, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1959.

MAHE Chantal B.P. et **HONDIUS Ewoud H.**, « Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (sous la dir.), Bruylant, 2001, pp. 837 et

s.

MARCHAND Aurore, « Conflit de lois. - Loi de police. — Contrats internationaux. — Nullité du contrat. — Embargo étranger. », *Journal du droit international* (Clunet), janvier 2011, n° 1, 2.

MARIN Jean-Claude, « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (sous dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, pp. 67-72.

MARSAC Didier, « Les sanctions internationales et les clauses sanctions », *Gazette CAMP*, Hiver 2011/2012, n°27, pp. 1-3.

MARTIN Didier, « 3 Questions Extraterritorialité : anticiper et gérer », *JCP E*, n°11, 17 mars 2016, 223.

MARTIN Didier, « Les contraintes et les vertus de la compliance », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche, (sous dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, pp. 107-118.

MARTIN Stefan, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », *Les Cahiers de droit*, 1993, vol. 34, n°2, pp. 599 – 633.

MARTIN-BIDOU Pascale, « Les mesures d'embargo prises à l'encontre de la Yougoslavie », *AFDI*, 1993, vol. 39, pp. 262-285.

MATRAY Lambert, « L'embargo national et international dans l'arbitrage », *RDIC*, 1997, n°1, pp. 7-50.

MATTOUT Jean-Pierre et **PRÜM André**, « Les règles uniformes pour la CCI pour les garanties sur demande », *RB*, juillet-août 1993, pp 3 et s.

MATTOUT Jean-Pierre et **PRÜM André**, « Application extraterritoriale des lois d'embargo américaines », *Dr. et patr.*, 2015, pp. 90-91.

MATTOUT Jean-Pierre, « La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand by* », *RD banc. et fin.*, 2000.

MATTOUT Jean-Pierre, « La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758) », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1296.

MAURALIS Jean-Louis, « Imprévision », *Rép. civ. Dalloz*, 2003.

MAURICIO Almeida Prado, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC*, 2010, n°4, pp. 863-894.

MAYER Pierre, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage*, 1998, n°2, pp. 197 et s.

MAYER Pierre, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence », *Rev. crit. DIP*, 1979, n°1, pp. 109-345.

MAYER Pierre, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI, 1986, n°440/1, pp. 31 et s.

MAYER Pierre, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Revue de l'arbitrage*, 1994, n°4, pp. 615-652.

MAYER Pierre, « Le contrat illicite », *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 205 et s.

MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2007, v. 327.

MAYER Pierre, « Le rôle du droit public en droit international privé français », in *le rôle du droit public en droit international privé*, Colloque de Bâle 20 et 21 mars 1986, Helbing & Lichtenhan, 1991, n°18, pp. 77 et s.

MAYER Pierre, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RDIC*, 1986, pp. 467-485.

MAYER Pierre, « Les lois de police étrangère », *Journal du droit international*, 1981, pp. 277 et s.

MAYER Pierre, « Les lois de police », *Travaux comité fr. DIP*, 1988, pp. 105- 120.

MAYER Pierre, « Loi applicable et respect des lois de police », in *les commissions illicites*, ICC Publishing SA, 1992, pp. 56 et s.

MAYER Pierre, « Mandatory rules of law in international arbitration », *Arb. Int*, 1986, vol.2, n°4, pp. 274-293.

MAZEAUD Denis, « Cause de l'obligation », *Revue des contrats*, 2007, pp. 707 et s.

MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n°129, pp. 4 et s.

MAZEAUD Denis, « Indivisibilité des contrats », *Revue des contrats*, 2006, pp. 700.

MAZIAU Nicolas, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 9 juillet 2015, n°28, 1343.

McKendrick Ewan, « Force Majeure Clauses: The Gap between Doctrine and Practice », in *Contracts Terms*, Andrew Burrows et Edwin Peel (dir.), Oxford University Press, 2007, p. 233.

McLAUGHLIN Joseph, « Arbitrability : Current Trends in the United States », *Arbitration Law Review*, 1996, pp. 906 et s.

MEHDI Rostane, « Les Nations Unies et les sanctions, le temps des incertitudes », in *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ? Aix-en-Provence, les 10 et 11 décembre 1999*, Rostane Mehdi. (sous dir.), Paris, Pedone, 2000, p. 36.

MEKKI Mustapha, « De l'imprévisibilité changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA*, octobre 2016.

MEKKI Mustapha, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 900.

MEKKI Mustapha, « Le juge et les remèdes à inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2016, pp. 400 et s.

MEKKI Mustapha, « Réforme du droit des contrats : la caducité », *JCP N*, 20 janvier 2017, n°3, 126.

MEKKI Mustapha, « Hardship et révision du contrat » *JCP G*, 2010, 1219.

MERCADAL Barthélemy, « Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision », *Question pratique, Éditions Francis Lefebvre, BRDA*, 2020, n°19, pp. 21-22.

MERCADAL Barthélemy, « L'ordre public dans la réforme du droit des contrats », *La quotidienne, Éditions Francis Lefebvre, Dalloz*, 22 mars 2018.

MERTENS Pierre, « Le boycott des jeux olympiques », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, RBDI, 1984-1985, n°1, pp. 195-201.

MERVILLE Anne-Dominique, « La conformité dans les établissements bancaires et financiers », in *Les défis actuels du droit financier*, Alain Couret et Catherine Malecki (sous dir.), Centre Sorbonne Finance, Paris, coll. « Pratique des affaires », Joly éditions, 2010, pp. 277 et s.

MEZGER Ernst, « L'arbitrage et l'ordre public », *RTD com.*, 1948, pp. 611 et s.

MIGNOT Marc, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA*, 4 avril 2016, pp. 5 et s.

MIGNOT Marc, « Gel des avoirs, force majeure et sûretés », *LEDB*, octobre 2020, n°9, p.7.

MOISAN Pierre, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n° 2, pp. 281-334.

MOLFESSIS Nicolas, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, 1415.

MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », *RJT* 1997, n°31, pp. 781-839.

MOURALIS Denis, « Conformité des sentences internationales à l'ordre public : la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limité », *LexisNexis, La Semaine Juridique, édition générale*, 21 avril 2014, n°16, pp. 782-784.

MOURRE Alexis et PEDONE Priscille, « Arbitrage international, Convention de Bruxelles de 1968, Champ d'application, Exequatur, Convention de New York de 1958, Clause compromissoire, Validité, principe de compétence-compétence : Cour d'appel de Paris (1^{re} C), 15 juin 2006, *Legal Département du ministère de la Justice de la République d'Irak c. Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani et a* », *Gaz. Pal.*, 17 octobre 2006, n°290, pp. 43 et s.

MOURY Jacques, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.*, 1994, pp. 255 et s.

MOURY Jacques, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD civ.* 2004, pp. 471 et s.

MUIR WATT Horatia, « Devoir de vigilance et droit international privé – Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017, n°4, étude 95.

MUSCA Xavier, « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », in *Pour une Europe de la compliance*, Marie-Anne Frison Roche (sous dir.), Paris, Régulations & Compliance, coll. « Thèmes & Commentaire », Dalloz, 2019, pp. 39-48.

NÉOUZE Bruno, « L'arbitre et le contrat après la réforme du droit des obligations », in *Réforme du droit des contrats et arbitrage, La lettre de la Chambre arbitrale internationale de Paris*, décembre 2016, n°12, pp. 5-7.

NIVET Bastien, « Les sanctions internationales de l'Union européenne : soft power, hard power ou puissance symbolique ? », *Revue internationale et stratégique*, 2015, n°95, pp. 129-138.

NOURISSAT Cyril, « Lois de police étrangères devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la Convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement « Rome I » », *RLDA*, 2010, pp. 63-66.

NUSSBAUM Arthur, « Money in the law National and International. A comparative Study in the Borderline of Law and Economics », in *Brooklyn by Foundation Press*, 1950, p. 144.

NUYTS Arnaud, « L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 3 et s.

OPPETIT Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements : la clause de hardship », *Journal de droit international*, 1974, pp. 794 et s.

OUDOT Pascal, « Force majeure : l'opportune extériorité ! », *JCP G*, 2020, 1032, pp. 3 et s.

OUDOT Pascal, « L'article 1253 : c'est *Teffaine* qu'on assassine ! », *Dalloz blog réforme du droit des obligations*, 2016.

PELES-BODSON Slavenka, « Les sanctions économiques prises par les États membres et la CEE contre l'URSS en raison de son intervention en Afghanistan », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, *RBDI*, 1984-1985, n°1, pp. 202 et s.

PELICHET Michel, « Garanties indépendantes », *Rép. internat. Dalloz*, décembre 1998

(actualisation : mars 2009).

PELLIER Jean-Denis, « Le gel des avoirs bancaires ne constitue pas un cas de force », *Dalloz actu.*, 20 juillet 2020.

PERCIE du SERT Christian, « Banque et Conformité », *JCP E*, 26 juillet 2012, n°30, pp. 1472-1476.

PÉRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP*, 2016, n°16, Libres propos, pp. 454 et s.

PÉRILLEUX Jacques, « L'embargo et le droit des obligations », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 169-187.

PERILLO Joseph, « Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of international Commercial Contracts », *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 1997, vol. 5, pp. 26 et s.

PÉRONNE Géraldine et **DAOUD Emmanuel**, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGDP. Pour une approche décloisonnée de la compliance », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 585.

PERUZZETTO Sylvaine, « Distribution – Contentieux contractuel », *Rép. Internat. Dalloz*, actualisation 2010.

PHILIPPE Charlotte, « Les régimes de sanctions à l'encontre de l'Iran », *Observatoire géopolitique de la conformité, IRIS*, avril 2021.

PHILIPPE Denis M., « La force majeure et le hardship », in *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international et l'arbitrage*, Actes du colloque du CEPANI du 24 mai 2011, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97-124.

PHILIPPE Denis M., « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *RDIC*, 2015, n°2, pp. 159-164.

PHILIPPE Denis M., « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte ? », note sous Cass. (Be) (1^{ère} ch.), 19 juin 2009, *DAOR*, 2010, n°94, pp. 156-162.

PICOD Yves, « Art. 1195 : Contrat. — Effets du contrat. — Imprévision », *JCl civ. Code*, Fasc. Unique, 9 septembre 2021.

PICOD Yves, « L'imprévision contractuelle », in *La réforme du droit des contrats*, Actes de colloque, 1^{re} Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Université de Montpellier, 2015, p. 165.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Garantie à première demande », *Rép. com. Dalloz*, mars 2021 (actualisation : octobre 2021).

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by* », *RTD com.*, 1996, pp. 633 et s.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande », *RTD com.*, 2010, pp. 513 et s.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Remarques sur les Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande », *RTD com.*, 1993, pp. 615 et s.

PIMONT Sébastien, « Le traitement juridique de l'« imprévision » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Deux exercices d'interprétation », in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations*, Comparaison franco-argentine, t. XIX/Savoie, Association Henri Capitant, Journée nationale, 2015, pp. 68 et s.

PLIEZ Olivier, « La nouvelle Libye : Sociétés, espaces et géopolitique au lendemain de l'embargo », *Hal open science*, 2004, pp. 28 et s.

POIRAT Florence, « Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'État et la

Cour de cassation : variation sur un même thème », *RGDIP*, 2000, n°2, pp. 541 et s.

POULLET Yves, « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », in *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium, Bruxelles, Bruylant, n°4, 1998, pp. 123 et s.

PRUJINER Alain, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », *Revue droit de McGill*, 1992, vol. 37, n°2, pp. 428-447.

PRÜM André, « Pratiques et réglementations internationales des garanties à première demande », *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 231 et s.

PUELINCKX Alfons. H., « Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances », *JIA* 1986, vol. 3, n°2.

PUIG Pascal, « Les clauses d'attributions des risques », *JCP N* 2015, 1161.

QUENEUDEC Jean-Pierre, « Conclusion : Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité de l'ordre public international », in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp. 287-293.

QUINTIN Yves, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RD bancaire et fin.*, 2014, n°5, étude 21.

RACINE Jean –Baptiste, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la cour de Québec du 31 mars 2003 », *Journal du droit international* (Clunet) n°1, janvier 2004, n°1.

RACINE Jean-Baptiste, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial, in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars, 2013, Travaux de CREDEMI, vol. 42, LOQUIN Éric et MANCIAUX Sébastien (sous dir.), LexisNexis, 2014, pp. 7 et s.

RACLET Arnaud, « La garantie à première demande : une garantie autonome ... mais pas trop ! », *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2001, pp. 254-255.

RADICATI DI BROZOLO Luca G., « L'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences de l'ordre public international », *Revue de l'arbitrage*, 2005, pp. 529 et s.

RADICATI DI BROZOLO Luca G., « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur le conflit de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, tome 315, pp. 265 et s.

RANDELZHOFFER Arbrecht, « Article 2 (4) » in *The Charter of the United Nations : A commentary*, Bruno Simma, Hermann Mosler, Andreas Paulus and Eleni Chaitidou (ed.), t.1, 2° éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 117 et s.

RANIERI Filippo, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *RDIC*, octobre-décembre, 2002, n°4, vol. 54, pp. 497 et s.

RAPOPORT Cécile, « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », in *Les sanctions ciblées au carrefour des droits international et européen*, Table ronde franco-russe avec l'Université d'État Lobatchevski de Nijni-Novgorod, Collection Les conférences Publiques du Centre d'Excellence Jean Monnet, Université Pierre-Mendès-France, Grenoble, 10 mai 2011, pp. 3 et s.

RAVILLON Laurence, « Que reste-t-il de l'inarbitrabilité ? », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Travaux du CREDEMI, vol. 42, Éric Loquin et Sébastien Manciaux (sous dir.), LexisNexis, 2014, pp. 57 et s.

REITHMANN Christoph et **MARTINY Dieter**, « Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge », *Compte-rendu Lagarde Paul*, *Rev. crit. DIP*,

1999, pp. 205 et s.

REVEL Thierry et **FÉDOU Jean-François**, « Le juge et la révision du contrat », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Mekki Mustapha (sous dir.), *Revue des contrats*, 2006, n°02, respect. pp. 373 et s., et pp. 382 et s.

RIGAUD Françoise, « Irak : le temps suspendu de l'embargo », *Critique internationale*, 2001/2, n°11, pp. 15-24.

RIVKIN David R., « Lex Marcatoria et force majeure », in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Dossier de l'Institut, ICC Publication, 1993, pp. 161 et s.

ROBERT Éric, « L'embargo en droit international », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 13-43.

ROBERT Éric, « La licéité des sanctions des Nations Unies contre l'Irak », in *Entre les lignes. La guerre du Golfe et le droit international*, Bruxelles, CREADIF, 1991, pp. 43 et s.

ROBIN Guy, « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl/IBLJ*, 2005, n°6, pp. 718 et s.

ROUCOUNAS Emmanuel, « L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne », in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, Pierre-Michel Eisemann (sous dir.), The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 40 et s.

ROUJOU de BOUBÉE Isabelle, « Compliance – 3 Questions Conformité aux sanctions économiques et aux embargos », *JCP E*, 16 mai 2013, n°20, pp. 354-357.

SAINT-PAU Jean-Christophe, « Exonération de responsabilité contractuelle.

— Inexécution imputable à une cause étrangère », *JCl. civ. Code*, fasc. 11-30, 2014.

SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec des opérateurs irakiens à la suite des opérateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », *RDAl/IBLJ*, 2003, n°8, pp. 887-897.

SALMON Jean, « L'embargo en droit international et en droit public interne. Introduction », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre 1995, organisée par l'association européenne pour le droit bancaire et financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 5-11.

SAVAUX Éric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision », *Revue des contrats*, 2010, pp.1057 et s.

SCHILLER Sophie, « Société – Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 13 avril 2017, n°15, pp. 1193-1205.

SEPPALA Christophe R., « Les nouveaux modèles de contrat FIDIC : risque, force majeure et résiliation », *RDAl/IBLJ*, 2000, n°8, pp. 1013-1333.

SEUBE Jean-Baptiste, « L'article 1186 du projet : la caducité », *Revue des contrats*, 2015, p. 769 et s.

SEUBE Jean-Baptiste, « L'indivisibilité des conventions : objective ? Subjective ? », *Revue des contrats*, 2008, pp. 841- 843.

SIMARD Noël, « Pour un élargissement de la notion d'intérêt public », *Centre d'éthique de l'Université Saint-Paul, Table-ronde APEC*, 29 janvier 2003.

SIMLER Philippe et **DELEBECQUE Philippe**, « Sûretés - Droit des sûretés », *JCP G*, 1^{er} juillet 1998, n°27, doct. 149.

SIMLER Philippe, « Règles uniformes pour la CCI relatives aux garanties sur demande », *LPA*, 13 mai 1992, p. 25.

SIMLER Philippe, « Garanties autonomes. – Régime », *JCl Banque – Crédit – Bourse*, Fasc.

743, janvier 2022.

SIVIGNON Jacques et **BRIANT Guillaume**, « L'utilité des procédures de compliance », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Antoine Gaudemet (sous dir.), Paris, coll. « Colloques », Éditions Panthéon-Assas, 2016, pp. 97-106.

SMIT Hans, « Frustration of Contract: a Comparative Attempt at Consolidation », *CLR* 1958, vol 58, n°3, pp. 287-315.

SOREL Jean Marc, « Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente », *Revue juridique de Ouest*, 1996, n°4, pp. 415-440.

SOUSI Gérard, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982, pp. 514-537.

SPERDUTTI Giuseppe, « Les lois d'application nécessaire en tant que loi d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, pp. 263 et s.

STERN Brigitte, « Licéité et illicéité de la mesure compte-tenu de ses modalités d'utilisation », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (sous dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, pp. 185-218.

STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, vol. 32, pp. 7-52.

STERN Brigitte, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *RGDIP*, 1996, pp. 979-1003.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° hors-série, pp. 30 et s.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « La résiliation pour imprévision », *AJCA*, 2015, pp. 262 et s.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *Revue des contrats*, 2003, pp. 59 et s.

STOUFFLET Jean, « Garantie indépendante. — Garantie bancaire internationale », *JCI Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 610, octobre 2012.

STOUFFLET Jean, « La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by* », *RDBB*, 1995, pp. 132 et s.

STOUFFLET Jean, « La garantie bancaire à première demande », *Journal de droit international*, 1987, pp. 277 et s.

STULÈSE Bruno, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy : quelles réponses juridiques possibles à une nouvelle manifestation de l'impérialisme américain ? », *Gaz. Pal.*, vol. 117, mars 1997, pp. 517-525.

SUY Éric et **ANGELET Nicolas**, « Commentaire de l'article 25 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, (dir.), 3^e éd., Paris, Economica, 2005, pp. 909 – 918.

SZUREK Sandra, « Le recours aux sanctions », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (sous dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, pp. 19-52.

TERKI Nour-Eddine, « L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien », *DPCI*, 1982, pp. 9-28.

THIBIERGE Louis, « Force majeure et ses conséquences », *RDAl/IBLJ*, 2017, n°6 pp. 603-617.

THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du contrat »,

RTD civ., 1997, pp. 380 et s.

THUNIS Xavier, « La suspension du contrat », in *La fin du contrat*, vol. 51, CUP, 2001, pp. 43 et s.

TURGNÉ Franck, « Assurances maritimes. - Présentation. Polices d'assurance maritime. Objet et étendue de la garantie », *JCl Transport*, Fasc. 990, 16 juin 2016.

VALDELIÉVRE Guillaume, « La clause de force majeure à l'épreuve de l'épidémie de Covid-19 », *RLDC*, décembre 2020, n°187, pp. 32-33.

VAN DER MERSCH Murielle et **PHILIPPE Denis M.**, « L'inexécution dans les contrats du commerce international », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Etudes de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (sous dir.), Bruylant, 2001, pp.702 et s.

VAN HECKE Georges, « The effect of economic coercion on private relationships », in *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Actes du colloque, *RBDI*, 1984-1985, n°1, pp. 113-121.

VAN HOUTTE Hans, « Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1^{er} décembre organisée par l'association européenne pour le droit Bancaire et Financier, Cahiers AEBDF – Belgium Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 191-210.

VAN HOUTTE Hans, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *RDAI/IBLJ*, 1988, n°2, pp. 141-154.

VAN HOUTTE Hans, « Trade Sanctions and Arbitration », *Int. Bus. Lawyer*, April 1997, pp. 166 et s.

VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », *RDIC*, 1980, n°1, pp. 7-59.

VAN ZUYLEN Jean, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *TBBR/RGDC*, 2013, n°8, pp. 407- 421.

VAREILLES-SOMMIÈRES de Pascal, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, n°2, pp. 207-290.

VASSEUR Michel, « 10 ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes », *RDAI*, 1990, pp. 372 et s.

VASSEUR Michel, « Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 43.

VASSEUR Michel, « Les nouvelles Règles de la Chambre de commerce internationale pour les « Garanties sur demande » », *RDAI*, 1992, n°3, pp. 239 et s.

VAYR Jonathan et **ANCEL Jean-Pierre**, « Le respect par l'arbitre de l'ordre public », *LPA*, 15 décembre 2017, pp. 4 et s.

VERHOEVEN Joe, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, pp. 243 et s.

VICIDOMINI Emmanuelle, « Contrat de financement - Les clauses « sanctions » dans les financements, véritable tonneau des Danaïdes pour les emprunteurs », *RD bancaire et fin.*, janvier 2017, n°1, prat. 1, 1.

VINES Alex, « The effectiveness of UN and EU sanctions : lessons for the twenty-first century », *International Affairs*, juillet 2012, n°4, vol. 88, pp. 874-875.

VINEY Geneviève, « L'extériorité de la cause étrangère exonératoire », *Revue des contrats*, 2011, n°2, p. 454.

VIRALLY Michel, « Article 2, paragraphe 4 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau (sous dir.), 3^e éd., Paris, Economica, 2005, pp. 125 et s.

VIROLE Jean, « Incidence des mesures d’embargo sur les contrats internationaux », *DPCI*, 1981, n°3, pp. 311-331.

WALTZ-TERACOL Bélanda et BACACHE Mirielle, « Indivisibilité – Indivisibilité contractuelle », *Rép. civ. Dalloz*, juillet 2018 (actualisation : juin 2021).

WEIR Tony, « All or Nothing? », *Tulane Law Review*, vol. 78, 2004, pp. 511 et s.

WHITTAKER Simon, « Les sanctions de l’inexécution des contrats en droit anglais », in *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Marcel Fontaine et Geneviève Viney (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 979 et s.

WIBAUX Denys, « Un point de vue étatique. Le gouvernement français et lois américaines », in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, Habib Gherari et Sandra Szurek, (ss dir.), Paris-Nanterre, Montchrétien, 1998, pp. 131-162.

WINKLER Matteo et LACOMBE Arnaud, « Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police : un revers à l’hégémonie juridique outre-Atlantique ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1260.

WINTGEN Robert, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *Revue des contrats*, 2005, pp. 217 et s.

WITZ Claude, « Störung de vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », in *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, Florian Bien et Jean-Sébastien Borghetti (sous dir.), Mohr Siebeck, 2018, p. 119.

YILDIRIM Cemil Ahmet, « Raisonnable et bonne foi : de nouveaux usages des standards juridiques », *RDAl/IBLJ*, 2017, n°6, pp. 550 et s.

ZIELINSKI Tadeusz, « L’imprévision et la possibilité de la révision du contrat international en vertu de l’article 79 de la Convention de Vienne », *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 6, 2014, pp. 113-124.

ZWEIGERT Konrad, « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht », in *50 Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Hambourg, 1965, pp. 124 et s.

5) Mélanges

ANCEL Pascal, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges en l’honneur du professeur Claude WITZ*, Lexis Nexis, 2018, pp. 25-40.

AUDIT Bernard, « Du bon usage des lois de police », in *Mélange en l’honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 25-53.

BOLLÉE Sylvain, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », in *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l’honneur du professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ-Lextenso, Iprolex, 2018, pp. 203-225.

CABRILLAC Rémy, « Perspectives d’évolutions du droit français en matière d’imprévision à la lumière du droit comparé », in *Mélanges en l’honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, pp. 229 et s.

CATALA Pierre, « La renégociation des contrats », in *Études de droit privé, Mélanges*

offerts à Paul Didier, *Economica*, 2008, pp. 93 et s.

CONTAMINE-RAYNAUD Monique, « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français : à la recherche d'une légitimité », in *Aspect actuel du droit commercial français, Études dédiées à René Roblot*, Paris, 1984, pp. 430 et s.

DERAINS Yves, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, pp. 29 et s.

FONTAINE Marcel, « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz Sirey, 1985, pp. 272 et s.

FOUCHARD Philippe, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd., Frison-Roche, 1999, pp. 381 et s.

GAUDEMET Antoine, « Imprévision : les contrats financiers aléatoires entrent-ils dans le domaine d'application de l'article 1195 du Code civil », in *Autour du droit bancaire et au-delà, Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Joly éditions, 2017, pp. 533 et s.

GOLDMAN Berthold, « Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhan, 1993, pp. 241 et s.

KAHN Philippe, « À propos de l'ordre public transnational : quelques observations », in *Mélanges Fritz Sturm*, vol.2, Édition Juridique de l'Université de Liège, 1999, pp. 1539-1545.

KNOEPFLER François, « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », in *Études en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 531 et s.

LEQUETTE Yves, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, *Economica*, 2008, pp. 47- 273.

LEQUETTE Yves, « De l'efficacité des clauses de hardship », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, *Economica*, 2009, pp. 267-283.

MAGNIER-MERRAN Kevin, « La compliance : nouvel ordre moral », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz, Joly éditions, 2021, pp. 406 et s.

MATTOUT Jean-Pierre, « Sanctions internationales, luttes anticorruption, anti-blanchiment et déclarations et garanties dans les financements internationaux », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber Amicorum Blanche Sousi*, Revue Banque édition, 2016, pp. 333-342.

MAYER Pierre, « La règle morale dans l'arbitrage international privé français », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 379-402.

MAYER Pierre, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 275-291.

MAZEAUD Denis, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, pp. 370 et s.

MAZEAUD Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage de François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s.

MAZEAUD Denis, « À propos du droit virtuel des contrats : Réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 205-218.

MIGNON COLOMBET Astrid et CAZENEUVE Bernard, « Les nouveaux enjeux de la compliance et de la justice négociée en droit européen », in *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF France VIII*, Bertrand Bréhier (sous dir.), RB Édition, 2022, pp. 355 et s.

- NAJJAR Ibrahim**, « La notion d'ensemble contractuel », in *Une certaine idée du droit, Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, pp. 509-525.
- OPPETIT Bruno**, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 415-426.
- PELLET Alain**, « les sanctions de l'Union européenne » in *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Myriam Benlolo-Carabot, Ulas Candas, et Eglantine Cujo (dir.), Pedone, 2012, pp. 433 et s.
- PHILIPPE Denis M.**, « La clausula rebus sic stantibus et la renégociation du contrat dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 473-493.
- PHILIPPE Denis M.**, « La réforme du droit des contrats français. Comparaisons franco-belges », in *Les visages de l'État, Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruylant, Larcier, 2017, pp. 623-646.
- PRÜM André**, « La consécration légale des garanties autonomes », in *Mélanges Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, pp. 409 et s.
- RENÉ David**, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mélanges en l'honneur d'Alfred Jauffret*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 211-219.
- SALAH Mohammed Mahmoud**, « Les transformations de l'Ordre Public économique. Vers un Ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économiques. Quel dialogue, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999.
- TALLON Denis**, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1998, pp. 403-417.
- VAN OMMESLAGUE Pierre**, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 881-920.

6) Articles de presse et sites spécialisés

- « Sanctions internationales et réassurance », *Association des Professionnels de la Réassurance en France*, octobre 2012.
- AFFAKI Georges et BISMUTH Regis**, « Sanctions américaines contre l'Iran : les limites de la réponse européenne », *Les Échos*, 17 août 2018 (Mis à jour le 6 août 2019).
- AHOULOUMA B. Fortuné, ALIPOÉ Pierre-Paul, KADJO Baba, LAWSON Fabien, MADITOMA Wiyao et TCHÉKA**, « Sanctions internationales contre le Mali : et après ? », *La tribune Afrique*, 26 janvier 2022.
- AUDIT Mathias**, « Sanctions contre BNP Paris : l'extraterritorialité du droit américain est-elle conforme au droit international ? », *Les Échos*, 25 juin 2014.
- BANGA Bernard**, « Embargo & sanctions : l'assurance sous cloche », *La Tribune de l'assurance*, 2 mai 2019.
- BIGOT Jean**, « Sanctions économiques internationales : L'embargo et l'assurance », *L'ARGUS de l'assurance*, 11 novembre 2011.
- BONNECARRÈRE Philippe**, « Extraterritorialité des sanctions américaines : Quelles réponses de l'Union européenne ? », *Sénat n°17 (2018-2019)*, 4 octobre 2018.
- CHEVET Florence et FRÉNEAU Alban**, « Quand l'assurance est sous embargo »,

L'ARGUS de l'assurance, 30 septembre 2011.

CLAUDE Ophélie et **DREYFUS Quentin**, « L'impact des sanctions économiques contre l'Iran sur les entreprises européennes », *Le Monde du Droit*, 8 octobre 2020.

CLAY Thomas, « Jusqu'où ira le contrôle des sentences arbitrales par le juge ? », *Journal Spécial des Sociétés*, 18 juin 2018.

DASS Probin, **CHAN Eric** et **ZEE Liew Kai**, « Sanctions Clauses and Trade Finance- Recent Further Guidance from The International Chamber of Commerce », *mondaq*, 08 juin 2020.

EDORH-KOMAHE Patrice A. et **LUQUIAU Antoine**, « La gestion des sanctions internationales pour les assureurs maritimes », *Le Lab. – Recherches et innovations en assurances maritimes et transports*, *ADAM Assurances*, 1^{er} novembre 2018.

FLALLO Laurent, « Danone : l'appel au boycott prend de l'ampleur », *Les Échos*, 5 avril 2001.

GARROUSTE Frédérique, « Les banques imposent des clauses de sanction aux entreprises », *AGEFI Hebdo*, 17 juillet 2014.

IWEINS Delphine, « Les clauses contractuelles au secours du risque géopolitique », *Les Échos*, 16 mars 2020.

LAUER Stéphane, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux États-Unis », *Le monde*, 30 juin 2014.

LE MEUR Claire, « L'embargo, quels risques pour les entreprises françaises ? », *Portail de l'IE, centre de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique*, 16 mars 2017.

LIBMANN Anne-Marie et **RUSNAC Lilia**, « La compliance et la due diligence dans le spectre et de l'intelligence économique », *NETSOURCES*, septembre/octobre 2016, n°121.

MAUREL Raphaël, « L'extraterritorialité des sanctions américaines et ses impacts sur les entreprises », *Les surligneurs*, 16 mai 2018 (dernière modification 15 juin 2022).

OSAMA Ibrahim, « Sanction clauses under the Documentary Credits », *Trade Finance Global*, 15 juin 2022.

ROBERT J. Stefani, « Designated Entity Clauses – No Substitute for Knowing Who You Are Dealing With », *LexBlog*, 19 novembre 2013.

REVET Thierry, « L'imprévision », in *La réforme du droit des contrats*, Médiathèque de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *Vidéocour*, 26 juillet 2016.

SEGOND Valérie, « L'Amérique impose son droit au reste du monde », *Le Monde*, 7 novembre 2016.

SOUSSAN Guy et **LORELLO David**, « Insurance needs to take care over sanctions », *Insurance Day*, Friday 21 november 2008, Issue 2, 740.

SPERONI Jérôme, « Sanctions internationales : l'art du soupçon raisonnable », *L'ARGUS de l'assurance*, 15 octobre 2015.

SUN Mengqi, « Sanctions, listes noires : le besoin des entreprises en compliance explose », *l'Opinion, The Wall Street Journal*, 11 mars 2020.

7) Tables des principales décisions citées

a) Jurisprudences françaises

Juridictions administratives

- CE, 11 juin 2015, n°367922, *X c/ min. l'intérieur*, JurisData n°2015-014468 ; *Dalloz* 2016, p. 336, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot ; *RFDA* 2015, p. 827, note C. Santulli.
- CE, 19 février 1988, *ROBATEL SLPI.*, n°51456, *AJDA*, 1988, pp. 354-356.
- CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics*, req. n°47265, *Rec. Leb* ; *D.* 1992, 411, obs. P. Terneyre.
- CE, 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, *Recueil Lebon*, p. 346.
- CE, 28 mai 2001, *Société National Farmers' Union*, n°221747, *Rec. Leb*.
- CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union* (inédit), *Dr. ad.*, mars 1998, p. 24, n°100 ; Conclusions du commissaire au gouvernement Piveteau, *Recueil Lebon*, p. 501.
- CE, 30 mars 1916, *D.* 1916, 3, 25 ; *S.*, 1916, 3, 17, note M. Hauriou.

Juridictions judiciaires

Cours et tribunaux

- CA Bordeaux, 28 octobre 2015, RG n°14/00668, *Gaz. Pal.*, 26 avril 2016, n°16, p. 27, note D. Houtcieff.
- CA Colmar, 29 novembre 1968, *Sté Impex c/ Sté P.A.Z. et autres.*, *JDI* 1972, 62, 1^{er} esp., note B. Oppetit.
- CA Dijon, 4 février 1999, *RTD civ.*, 1999, 396, obs. J. Mestre.
- CA Nancy, 26 septembre 2007, RG n°06/02221, *D.* 2008, 1120, note M. Boutonnet ; *JCP* 2008, II, 10091, note M. Lamoureux ; *RTD civ.*, 2008, 295 note B. Fages ; *RLDC* 2008, n°49, pp. 6-11, note O. Cachard ; *RDC* 2008, 759 note C. Suzanne.
- CA Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. DIP*, 1961, p. 778, note Mezger.
- CA Paris, 16 avril 1996, (inédite).
- CA Paris, 10 septembre 1997, *RA* 1999, p. 121, obs. D. Bureau et A. Hory.
- CA Paris, 12 janvier 1993, *République de la Côte d'Ivoire c/ Norbert Beyrard*, *RA* 1994, 685, spéc. 615, comm. P. Mayer.
- CA Paris, 12 septembre 2002, *RA* 2003. 173, note M. E. Boursier.
- CA Paris, 13 février 1987, *D.* 1987, somm. p. 172, obs. Vasseur.
- CA Paris, 13 octobre 2006, JurisData, n°2006-317701.
- CA Paris, 14 janvier 1993, *JCP G* 1993, II, 22069, note Dumesnil-Rossi ; *RD bancaire et bourse* 1993, p. 173, obs. Contamine-Raynaud.
- CA Paris, 14 octobre 1993, *Velcro*, *RA* 1994. 165, note Ch. Jarrosson.
- CA Paris, 15 juin 1956, *Totalement c/ Le Comptoir Agricole*, *JCP* 1956, II, 9419, note H. Motulsky ; *D.* 1957, p. 587, note J. Robert.
- CA Paris, 16 février 1989, *Almira Films c/ Pierrel*, *RA* 1989, 711, note L. Idot.
- CA Paris, 18 novembre 2005, *Thales c/ Euromissiles*, *RA*, 2005, p. 751.
- CA Paris, 19 mai 1988, JurisData, n°1988-023149, *D.* 1989, somm. p. 146, obs. Vasseur.
- CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal c/Mors et westland Aerospace*, *RA* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1993, p. 957 et s. note L. Idot ; *RTD com.*, 1993, p. 494, note E. Loquin et J-C. Dubarry.

- CA Paris, 19 septembre 2007, JurisData, n°2007-343440.
- CA Paris, 1^{er} ch. civ., 15 juin 2006, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c/ Fincantieri Cantieri Navali Italiana, Finmeccanica et Armamenti E Aerospazio*, CT0051, RA 2006, p. 866 ; RA 2007, 87 note S. Bollée.
- CA Paris, 1er ch. civ., Pôle 1, 16 janvier 2018, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c. Fincantieri Cantieri Navali Italiani*, n°16-05996 ; D. 2018. 2448, obs. T. Clay ; D. 2020. 1970, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; Rev. crit. DIP, 2020. 526, obs. L. D'Avout.
- CA Paris, 1^{er} mars 2001, RA 2001, p. 584, obs. J-B. Racine.
- CA Paris, 20 février 2002, *Dumetz GTM c/ État irakien et autres* ; *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, p. 31, note G. De La Pradelle ; *RGDIP* 2003, p. 1008, note F. Poirat ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 746, note M. Audit ; *AFDI*, 2003, p. 716 note N. Maziau.
- CA Paris, 20 janvier 1989, *Sté Phocéenne de Dépôt (SPD) c/ Sté Dépôts pétroliers de Fos (D.P.E.)*, RA 1989, p. 220, 2^e esp., obs. L. Idot.
- CA Paris, 20 juin 1969, *Impex c/Maltéria Adriatica*, RA 1969, p. 95 ; *Rev. crit. DIP*, 1969, p. 738, note E. Mezger ; D. 1970, somm. p. 33 ; *RTD com.*, 1969, p. 959 ; *JDI* 1971, p. 118, note B. Oppetit.
- CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette c/ Reteitalia*, RA 1996, p. 82, note D. Cohen.
- CA Paris, 21 février 1964, *Meulemans c/ Robert*, *JDI* 1965, p. 113 et s., note B. Goldman.
- CA Paris, 22 janvier 1954, *Rafidex c/de Vriès*, *JCP* 1955, II, 8566, note H. Motulsky.
- CA Paris, 23 juin 1995, *Rafidain Bank et al c. Sté Butec et al*, *JCP E* 1995. II. 735, note B.G. Affaki ; *JDI* 1997, p. 441, note A. Jacquemot.
- CA Paris, 24 novembre 1955, *Comptoir André c/ Dame Regard*, RA 1956.
- CA Paris, 28 juin 1989, D. 1990. Somm. 212, obs. M. Vasseur.
- CA Paris, 28 septembre (décembre)1976, *E.D.F c. sté SHELL française*, RA 1977, pp. 341 et s. ; *JCP G*, 1978, II, 18810.
- CA Paris, 31 mai 1988, D. 1989, somm. p. 153, obs. M. Vasseur.
- CA Paris, 9 février 1954, *SA Agricole c/ Torris*, *JCP G* 1955, II, 8483, note H. Motulsky.
- CA Paris, 9 janvier 1962, *Varimex c/ Pathè-Marconi*, *JCP* 1962, II, 12478, concl. Desangles ; *Revue de l'arbitrage*, 1962, pp. 12 et s.
- CA Paris, ch. com. int. pôle 5 – Chambre 16, 03 juin 2022, Recours en annulation, n°21 /2020, p. 18, N° RG 19/07261- N° Portalis 35L7-B7D-B7VDG.
- CA Paris, ch. com., 03 juin 2020, *SA TCM FR S.A (anciennement dénommée SOFREGAZ) et la Société NATURAL GAS STORAGE COMPANY – NGSC*, n°19-07261.
- CA Paris, *Ganz*, 29 mars 1991, *Revue de l'Arbitrage*, p. 478, note L. Idot.
- CA Paris, pôle 4, ch. 8, 8 mars 2018, n°17/02093, *CDE* 2018, dossier 25, P. Dehghani ; *JCP E* 2020, n°28, p. 2, n°4 obs., T. Guillemin et T. CHANZY.
- CA Paris, 19 avril 1991, D., 1992, Somm., 199, obs. Paisant.
- CA Paris, 15 décembre 1991, JurisData, n°1991-025149 ; *RD bancaire et bourse* 1992, p. 174, obs. Contamine-Raynaud.
- CA Pau, 16 février 2012, Juris-Data, n°10. 01278.
- CA Poitiers, 2^e ch. civ., 29 novembre 2011, n° 10/03500 ; *RTD com.* 2012, p. 217, obs. P. Delebecque ; *DMF* 2012, p. 718, note O. Cachard.
- CA Poitiers, 30 avril 1996, JurisData, n°056631.

- CA Poitiers, 8 février 2000, *JCP* 2002, IV, 1311.
- CA Rennes, 26 septembre 1984, *Auvinet c/ Sacomi et Poirier*, *RA* 1986, p. 441, note P. Ancel.
- CA Toulouse, 19 janvier 2006, n°04/02569, *JurisData*, n°2006-312310.
- CA Toulouse, 6 février 2001, *JCP G* 2001, IV, 2953.
- CA Versailles, 12 décembre 1996, *RJDA*, juillet 1997, n°906.
- CA Versailles, 2 juillet 1999, *D.* 1999, IR, 226.
- T. 1^{re} inst., 13 décembre 2006, *Julia Abad Pérez et autres c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. T-304/01, Rec., II-04857.
- T. com. Nanterre, ord., 31 octobre 1990, *SA Lesieur International c/ Société Norasia line*, ordonnance publiée dans *LPA*, 28 décembre 1990, n°156, pp. 21-22.
- T. com. de la Seine, 15 juin 1915, 3^e esp., *DP* 1916. 2. p. 22.
- T. com. de la Seine, 2 juillet 1932, *Florsheim C. Delagabo*, *JDI* 1993, p. 73.
- T. com. Paris, 15 mars 2021, n°2020048008, *SAS L'industrie c/ SA AXA France IARD, Me Muruani et Lièges*, *Gaz. Pal.*, 13 avril 2021, n°14, p. 30, note D. Houtcieff.
- T. com. Paris, 3^e ch., 9 octobre 2002, *SA Air Littoral c. Cameroon Airlines*, *Gaz. Pal.*, 4 novembre 2003, n°308, p. 24.

Cour de cassation

- Cass. 3^e civ., 9 octobre 1979, n°78-10.014, *Bull. civ. III*, n°169.
- Cass. soc., 12 février 2003, n°99-42985, 3 arrêts, *Bull. civ.*, V, n°50, *RDC* 2003, p. 59, obs. Ph. Stoffel-Munck.
- Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2014, n°13-24. 633 ; *D.* 2015. 529, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.
- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2020, n°18-22905.
- Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 2020, n°17-12611, *RDC* 2020, n°4, p. 20, obs. M. Latina.
- Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1982, n°81-10. 158, *Bull. civ. I*, n°205, p. 178; *RTD civ.*, 1983. 340, obs. F. Chabas ; *Defrénois*, 1983. 334, n°14, obs. Aubert.
- Cass. 1^{re} civ., 24 février 1981, *Dame Saurin c. Dame Bonnafous*, n°79-12710, *Bull. civ. I*, n°65 ; *D.* 1982, p. 479, note D. Martin ; *JCP G* 1981, IV, 665.
- Cass. 1^{re} civ., 10 février 1998, *D.* 1998, 539, note D. Mazeaud ; *JCP* 1998, I, 185, n°16, obs. G. Viney ; *RTD civ.*, 1998, 689, obs. P. Jourdain.
- Cass. 1^{re} civ., 10 février 1998, n°96-13.316, *JurisData* n°1998-000564; *Bull. civ. I*, n°53; *JCP G* 1998, I, 155, n°12, obs. C. Jamin; *JCP* 1998. I. 185, n°16, obs. G. Viney ; *JCP* 1998. II. 10124, note G. Paisant ; *CCC* 1998, comm. 70, note L. Leveneur ; *D.* 1998, p. 539, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1998, p. 674, obs. J. Mestre ; *RTD civ.*, 1998, p. 689, obs. P. Jourdain.
- Cass. 1^{re} civ., 10 septembre 2015, n°14-13.658 ; *D.* 2015. 1837, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *AJ contrat*, 2015. 469, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2016. 111, obs. H. Barbier; *RTD com.*, 2015. 723, obs. D. Legeais.
- Cass. 1^{re} civ., 12 avril 1995, n°92-20. 747, 92 – 11.950 et 92 – 11.975, *Juris-Data* n°1995-000886, *JCP G* 1995, II, 22467, note P. Jourdain.

- Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, n°98-20635, Bull. civ., I, n°323, *D.* 2001, p.1650, note C. Paulin.
- Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2001, n°99-18231, Bull. civ., I, n°216.
- Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, pourvoi n°06-19339 ; *D.* 2008, obs., X. Delpech ; *RDC* 2008, n°3, p.841, obs. J.-B. Seube.
- Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2010, n°09-16967, *RDC* 2011, n°2, p. 454, obs. G. Viney.
- Cass. 1^{re} civ., 15 janvier 2020, *Legal Department du ministère de la Justice de la République d'Irak c. Fincantieri Cantieri Navali Italiani*, pourvoi n°18-18. 088 ; *D. actu.*, 27 février 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. crit. DIP*, 2020. 526, obs. L. D'avout ; *D.* 2020. 1970, obs. L. D'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *D.* 2020. 2484, obs. T. Clay.
- Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1999, *Dumetz GTM c/ État irakien et autres*, *JDI.*, 2000, pp. 45-48, note M. Casnard.
- Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 1995, *JCP G* 1995, I, 3843, n°4, 5, 6, *D.* 1995, IR, p. 48.
- Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1999, n°97-21. 823, Bull. civ., I, n° 307, *RGDA*, 2000, 194, note Rémy ; *RGDA*, 2000, 436, obs. Bouloc ; *RDC* 2003, p. 59, obs., P. Stoffel-munck.
- Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, *Impex c/ P.A.Z.* n°69-10.489, *JDI* 1972, p. 62, note B. Oppetit ; *RA* 1972, p. 2, note P. Kahn ; *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 124, note E. Mezger ; *D.* 1972, p. 37, note D. Alexandre.
- Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, Bull. civ. I, n°325; *JCP G* 1992. IV. 275.
- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1997, n°95-15.642 ; *D.*1998. 32, note L. Aynès et 110 obs. D. Mazeaud.
- Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2001, n°99-19.816, *JurisData* n°2001-011177 ; *CCC* 2002, n°24, note L. Leveneur.
- Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1962, Bull. civ., I, n°323.
- Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2008, *Monster Cable Products Inc c/ Audio Marketing Service*, n° 07-15.823, *D.* 2008, n°40, act. *Jurispr.* p. 2790, obs. I. Gallmeister ; *JCP G* 2008, II, 10187, note L. D'Avout ; *D.* 2009, n°35, pan. p. 2384, obs. S. Bollée; *Rev. crit. DIP* 2009, pp.1 et s., obs. D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD com.* 2009, p. 646, obs. P. Delebecque.
- Cass. 1^{re} civ., 23 avril 1969, Bull. civ., I, n°138 et n°141,
- Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 1979, pourvoi n°77-12.825, Bull. 1979, I, n°27.
- Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n°10-15.811, Bull.civ., I, n°123, *D.* 2011, 1817, obs. Gallmeister ; *D.* 2011, 2891, obs. Gelbard-Le Dauphin ; *D.* 2012, 47, obs. Gout ; *D.* 2012, 1439, obs. Kenfack ; *RTD civ.*, 2011, 772, obs. Jourdain ; *CCC* 2011, n°230, Leveneur ; *Gaz. Pal.*, 6 octobre 2011, n°279, p. 13, obs. M. Mekki ; *JCP* 2011, Doctr., 1333, n°9, obs. Bloch.
- Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n°10-15811, Bull. civ., I, n°123, *D.* 2011, p. 1817, note I. Gallmeister ; *JCP G*, 2011, p. 1277, note Chr. Paulin ; *JCP G* 2011, p. 1333, n°9, obs. C. Bloch ; *RTD civ.*, p. 2011, p. 772, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2011, p.1183, obs. O. Deshayes.
- Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, *JDI*, 1998, pp. 963-969 ; *JurisData*, n°000823 ; *JCP* 1998. I. 149, n°10, obs. Ph. Simler.
- Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, *État irakien c/ Sté Dumez GTM et a.* n°02-17. 344, *JurisData* n°2006-033198 ; Bull. I, n°202, p. 17; *RGDIP* 2006, p. 950, note F. Poirat ; *JCP G* 2006. II. 10179, obs. J.-G. Mahinga ; *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, p. 432.

- Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2020, n°19-21.060, JurisData n°2020-019227 ; *JCP E* 2020, 1568 ; *JCP G* 2020, 1409, obs. M. Mekki ; *Dalloz actu.*, 8 déc. 2020, obs. C. Hélaïne ; Comm. com. électr. 2021, comm. 4, obs. G. Loiseau ; *CCC* 2021, comm. 1, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 2021, n°10, 1131, obs. Ch. Lachièze.
- Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2010, n°09-68014 ; *D.* 2011, p. 566, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2011. 503, note crit., C. Aubert de Vincelles ; *Dr. et patr.*, juin 2011, n°6, obs. approb. L. Aynès ; *Deffrénois*, 2011, art. 39229, n°3, obs. J.-B. Seube ; *RLDC* 2011/79, n°4114, obs. L.-F. Pignarre.
- Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2008, *SA Figeac Aero/Électricité de France*, n° 07-17134, *RCA* 2008, comm. n°351 note L. Bloch ; *D.* 2008. 2935, obs. I. Gallmeister ; *JCP* 2008, II, 10198, note P. Grosser ; *RTD civ.*, n°1, 2009, 127, obs. P. Jourdain ; *CCC* 2009, n°1, comm. L. Leveneur.
- Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1989, n°87-17.236, *RTD civ.*, 1990, p.488, obs. Jourdain ; *CJCE*, 17 septembre 1987, *D.* 1988. Somm., p. 171, obs. Cartou.
- Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2006, n° G 02-18277, *Deffrénois*, 2006, art. 38431, note J.-L. Aubert ; *RDC* 2006, n°3, p. 700, obs. D. Mazeaud.
- Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2002, pourvoi n° 99-21.203, Bull. civ, I, n°258.
- Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1993, *JCP* 1993, II, 22154, note P. Waquet ; *CCC* 1994, comm. 3, obs. L. Leveneur ; *JCP* 1994, I, 3773, n°7, obs. G. Viney ; *RTD civ.*, 1994, 873, obs. P. Jourdain.
- Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, n°96-15. 356, *RGDA*, 1998, 841, note Vincent ; *Deffrénois*, 1999, 544, obs. Périnet-Marquet.
- Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966, Bull. civ., I, n°166, *JCP* 1966, II, 14878, note J. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1966. 823, obs. Durry.
- Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966, *JCP* 1966, II, 14878, note J. Mazeaud ; *Gaz. Pal.*, 1966, 1, p. 409 ; *RTD civ.*, 1966, p. 823, n°27, obs. G. Durry.
- Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1998, Bull. civ., I, n°346, *JPC G* 1999, II, 10106, note Y. Dagorne-Labbé.
- Cass. 1^{re} civ., 8 février 2018, n°17-10.516, *Dalloz actu.*, 5 mars 2018, obs. Hacene.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga c/ Sté HTC Sweden AB*, n° 09-67.013, *RA* 2010, p. 513 et s., note R. Dupeyre ; *D.* 2010, n° 28, p. 1797, note X. Delpech ; *D.* 2010, n°44, p. 2933, pan., obs. T. Clay ; *D.* 2010, n° 43, p. 2884, note M. Audit, O. Cuperlier ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 743, note D. Bureau et H. Muir watt ; *RTD com.*, 2011, p. 667, note P. Delebecque ; *RA* 2016, p. 859, note M. Boucaron – Nardetto ; *Gaz. Pal.*, 2016, n°40, p. 36, obs. D. Bensaude ; *RTD com.*, 2017, p. 847, obs. E. Loquin.
- Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, n°91-17.464, Bull. civ., I, n°91, *JCP* 1994, I, 3773, n°6, obs. Viney ; *RTD civ.*, 1994, 871, obs. Jourdain.
- Cass. 1^{re} civ., octobre 1996, n°94-18. 657, *D.* 1997, somm., 171, obs. Libchaber.
- Cass. 2^e civ., 2 décembre 1964, *Douillet c/ Four*, Bull. civ., 1964, II, n° 772.
- Cass. 2^e civ., 20 décembre 1965, *JCP* 1966. II. 14558, note P.L.
- Cass. 2^e civ., 21 janvier 1981, *JCP* 1982, note Dejean de la Bâtie ; *RTD civ.*, 1982, 622, note Durry.
- Cass. 2^e civ., 3 juillet 2002, n°99-20. 217, Bull. civ., II, n°183, *D.* 2002, 2631, note Gridel ; *Gaz. Pal.*, 2002, 1756, concl. Sainte-Rose et note F. Chabas ; *RTD civ.*, 2002, 821, obs. Jourdain ; *JCP* 2003, I, 152, n°31, obs. Viney.

- Cass. 2^e civ., 4 octobre 1961, Bull. civ., II, n°627, *D.* 1961, 755, note Esmein.
- Cass. 2^e civ., 5 janvier 1994, n°92-13.853, Bull. civ., II, n°13.
- Cass. 2^e civ., 6 janvier 1982, n°80-16.120.
- Cass. 2^e civ., 6 juillet 1960, Bull. civ., II, n°439.
- Cass. 3^e civ., 10 décembre 2003, n°02-14.990, inédit, *AJDI*, 2004, 127, note F. Cohet-Cordey.
- Cass. 3^e civ., 12 janvier 2005, n°03-17.260, *D.*, 2005, 2836, obs. S. Amrany-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.*, 2006, 117, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC 2005*, 1018, obs. D. Mazeaud.
- Cass. 3^e civ., 15 octobre 2013, Légifrance, n°12-23126.
- Cass. 3^e civ., 18 mars 2008, Bull. civ., III, n°64, *LEDC*, mai 2009, 7, obs. A.-C Muller ; *RDC 2009*, p. 1358, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, n°3, 2010, 528, obs. B. Fages ; *D.* 2010, p. 235, obs. B. Fauvarque-Cosson.
- Cass. 3^e civ., 22 février 2006, n°05.12032, Bull. civ., III, n°46 ; *D.* 2006, p. 2973, note Beaugendre ; *D.* 2006, act. Jurispr., p. 782, obs. Y. Rouquet ; *RTD civ.*, 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC 2006*, p. 763, note J.-B. Seube et p. 829, note S. Carval Resp. civ. et assur., 2006, comm. 124, note H. Groutel ; *RDC 2006*, n°4, p. 1087, obs. Y.-M. Laithier.
- Cass. 3^e civ., 31 octobre 2006, Bull. civ., III, n°212, *JCP 2006*, I, 115, n°13, obs. Ph. Stoffel-munck.
- Cass. ass. plén., 10 juillet 2020, n°18-18.542, 18-21.814, P+B+R+T, Juris-Data n°2020-010228, *Dalloz actu.*, 20 juillet 2020, note J.D. Pellier ; *Dalloz actu. Étudiant*, 15 septembre 2020, note M. Hervieu ; *LEDB*, octobre 2020, n°09, p. 7, obs. M. Mignot ; *LEDC*, septembre 2020, n°8, p. 4, note M. Latina.
- Cass. ass. plén., 14 avril 2006, n°04-18. 902 et 02-11. 168, Juris-Data n°2006-033180 et Juris-Data n°2006-033181 ; Bull. ass. plén., n°5 et 6, ; *JCP G 2006*, II, 10087, note P. Grosser ; *JCP G* n°25, 2021, p. 3, R. Laffly ; *D.* 2006, 1577, note P. Jourdain ; *D.* 2006, Somm., 1933, obs. Brun ; *D.* 2006, Somm., 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.*, 2006, 775, obs. Jourdain ; *Deffrénois*, 2006, 1212, obs. E. Savaux ; *RDC 2006*, 1207, obs. G. Viney ; *Gaz. Pal.*, 9 juillet 2006, II, concl. De Gouttes ; *RLDC 2006 / 29*, p.17 obs. M. Mekki.
- Cass. ch. mixte, 13 avril 2018, n°16-21345 et n°16-21947 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 277, obs. C.-E. Bucher ; *RDC 2018*, p. 367, obs. J.-B. Seube ; *D.* 2018, 1185, note H. Barbier ; *JCP G 2018*, 543, note F. Buy.
- Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22768 ; *RDC 2013*, p. 849, avis du premier avocat général L. Le Mesle ; *D.* 2013. 1658, note D. Mazeaud ; *Dr. et patr.*, 2014, n°234, p. 52, obs. Ph. Stoffel-Munck.
- Cass. ch. mixte, 23 novembre 1990, n°86-19396, n°88-16883 et n°87-17044, Bull. Ch. mixte, n°1 et 2.
- Cass. ch. mixte, 4 février 1983, n° 80-12.977 et n° 80-14.853, Bull. ch. mixte n°1 et n° 2, *RTD civ.*, 1983.549, obs. Durry ; *Gaz. Pal.*, 1983, I, Pan. 163, note F. Chabas ; *CJEG* 1983, pp. 247 et s., concl. J. Cochard.
- Cass. civ., 12 mars 1985, n°84-100. 169, Bull. civ. I, n°94 ; *RTD civ.*, 1986. 345, obs. J. Mestre.
- Cass. civ., 14 avril 1891, Ceccaldi, *DP* 1891. I. 329, note M. Planiol.

- Cass. civ., 15 février 1888, *DP* 1888. 1, p. 203.
- Cass. civ., 15 novembre 1933, *Verreries de Carmaux contre Mines de Graissessac*, *Gaz. Pal.*, 1934, 1, 58.
- Cass. civ., 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, *JCP* 1951, IV, p. 5 ; *Sirey*, 1951, I, p. 120, note J. Robert ; *RTD civ.*, 1951. 106, obs. P. Hebraud et P. Raynaud ; *RTD com.*, 1951. 275, obs. M. Boitard.
- Cass. civ., 6 juin 1921, *DP* 1921,1, 73, rappr. Colin; S., 1921, 1, 193, note L. Hugueney.
- Cass. civ., 6 mai 2009, n°08-13.824 ; *JCP* 2009. Chron. 273, n°31, obs. P. Grosser.
- Cass. civ., 6 mars 1876, *canal de Craponne*, *DP* 1876, 1, p. 193, note Giboulot ; S., 1876, 1, p. 161.
- Cass. civ., 9 janvier 1854, *William c/ Laporte*, *D.* 1854, 1, p. 69.
- Cass. com., 10 juin 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n°117 ; *D.* 1983, jur., p. 17, note Vasseur ; *Gaz. pal.*, 1987, 1 jur., p. 75, note Piedelièvre.
- Cass. com., 12 juillet 2017, n°15-23552 et n° 15-7703, *Defrénois flash*, 4 sept. 2017, n°35, p. 7.
- Cass. com., 12 octobre 1993, n°91-17621, *Bull. civ.*, IV, n°327.
- Cass. com., 13 décembre 1983, *D.* 1984, jurispr., p. 420, note Vasseur.
- Cass. com., 13 février 2007, n°05-17. 407, *Bull. civ.* IV, n°43 ; *D.* 2007. 654, obs. X. Delpech ; *RDC* 2007, n°3, p. 707, *D.* Mazeaud ; *D.* 2007, p. 2966, obs. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.*, 2007. 567, obs. B. Fages.
- Cass. com., 14 décembre 2010, n°09-15796.
- Cass. com., 14 décembre 2010, n°09-15992.
- Cass. com., 14 février 1995, n°92-21696, *Bull. civ.* IV, n°49 ; *RTD com.*, 1995. 832, obs. B. Bouloc.
- Cass. com., 15 février 2000, *D.*, 2000, p. 364, obs. Ph. Delebecque ; *Défrénois*, 2000, p.1118, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com., 15 février 2000, n°97-19.793, *Bull. civ.* IV, n°29 ; *D.* 2000. 364, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.*, 2000. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RJ com.*, 2000. 366, note O. Salvat ; *Défrénois*, 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud.
- Cass. com., 15 juin 1999, *CCC* 1999, comm. n°173, obs. L. Leveneur ; *D.* 2000, somm., p. 363, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2000, I, 215, obs. A. Constantin.
- Cass. com., 16 juin 2015, n°13-24.698.
- Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, pourvoi n°08/21/511, *JurisData*, n°2010-002032 ; *RCDI*, 2012, p. 974 ; *Rev. dr. trans.*, juin 2010 comm. 131, note P. Delebecque ; *JDI* 2011, p. 2, note A. Marchand ; *RLDA*, 2010/51, p. 63 ; *RDC* 2010, p. 1385, P. Deumier ; *JCP G* 2010, 530, note L. D'Avout et D. Bureau.
- Cass. com., 16 septembre 2014, n°13-20.306, *Bull. civ.*, IV, n°218, *RJDA*, 12/14, n°886 ; *JCP* 2014, p. 1117, note V. Mazeaud, *D.* 2014, p. 2217, note François ; *RDC* 2015, p. 21, obs. Laithier.
- Cass. com., 17 février 2021, n°19-19421, *Sté BNP Paribas Lease Group c/ Association Usam Toulon, Sté Var solutions documents et a., F-D, LEDC*, avril 2021, n°04, p. 3, obs. M. Latina.
- Cass. com., 17 octobre 1984, *Sté Butiran c/ sté Banque de l'Union européenne*, *Bull. civ.* 1984, IV, n°265 ; *JCP E* 1985, II, n°20436, obs. Stoufflet ; *D.* 1985, p. 269, note Vasseur.

- Cass. com., 18 décembre 1979, Bull. civ., IV, n°339, *RTD civ.*, 1980, p. 180, obs., G. Cornu ; *Gaz. Pal.*, 1980, I, 232.
- Cass. com., 18 décembre 2012, n°11-27296, *RTD civ.*, 2013, 371, obs. B. Fages et H. Barbier.
- Cass. com., 18 juin 2013, n°11-26. 975.
- Cass. com., 18 mai 1999, Bull. civ. 1999, IV, n°102 ; *RJDA*, 1999, n° 847 ; *RD bancaire et Bourse*, 1999, p. 127, obs. Contamine-Raynaud.
- Cass. com., 19 juin 2007, n°06-13, 706.
- Cass. com., 1^{er} octobre 1997, n°95-12. 435, Bull. civ., IV, n°240, *RTD civ.*, 1998. 121, obs. Jourdain ; *Dr. et patr.*, février 1998. 72, obs. F. Chabas ; *JCP* 1998, I, 144, n°13, obs. Viney ; *CCC* 1998, n°4, note Leveneur ; *D.* 1998. Somm. 199, obs. P. Delebecque ; *D.* 1998. Somm. 318, obs. B. Mercadal.
- Cass. com., 20 avril 2017, n° 15-16.9227203 ; JurisData n°2017-00 ; Bull. civ. IV n°51 ; *JDI* 2018, p. 125, note C. Brière ; *D.* 2017, p. 2054, obs. L. D'Avout ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel ; *RDI* 2018, p. 221, obs. H. Périnet-Marquet.
- Cass. com., 20 décembre 1982, *D.* 1982, jur., p. 365, note Vasseur ; *JCP Cl.*, 1983, II, 14001, n°116, obs. Gavalda et Stoufflet ; *RTD com.*, 1983, p. 446, n°3 obs. Cabrillac et Teyslié ; *JDI* 1983, p. 811, obs. Jacquemont.
- Cass. com., 20 juin 1995, *RJDA*, janvier 1996, n°24.
- Cass. com., 21 mai 1985, Bull. civ. IV, n°160 ; *D.* 1986. 213, note Vasseur ; *Gaz. Pal.*, 1985. 2. 770, note Piedelièvre.
- Cass. com., 21 octobre 1981, *RA* 1982, p. 264, note J.-B. Blaise.
- Cass. com., 22 décembre 1998, n°96-18, 357, *CCC* 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Défrénois*, 1999, 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; *RTD civ.*, 1999, 98, obs. J. Mestre ; *RTD civ.*, 1999, 646, obs. P.-Y. Gauthier.
- Cass. com., 24 avril 2007, n°06-12443 ; *RDC* 2008, n°2, p. 276.
- Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-14077, Bull. civ., IV, n°276.
- Cass. com., 25 mars 2003, JurisData n°018684 ; *RJDA* 2003, n°1021 ; *JCP G* 2003, I, 176, n°10, obs. Simler.
- Cass. com., 26 novembre 2003, n°01-10.062, JurisData n°2003-021078 ; *D.* 2004 p. 133 ; *RTD com.*, 2004, p. 146, obs. D. Legeais.
- Cass. com., 26 novembre 2006, pourvoi n°04-18232.
- Cass. com., 27 avril 2011, *Urmet*, n°09-13.524 ; Bull. civ. IV, n°60 ; *JDI* 2012, p. 148, note P. de Vareilles-Sommières ; *D.* 2011, p. 1654, note Y.-E. Le Bos ; *LPA* 22 juill. 2011, p. 17, note V. Lagrand ; *RDC* 2011, p. 1294, note J.-B. Racine ; *D.* 2011, p. 2438, obs. L. d'Avout.
- Cass. com., 27 février 2007, pourvoi n°05-14304.
- Cass. com., 27 juin 1956, *Le GANT Nicolet, Revue de l'arbitrage*, 1957, p.14
- Cass. com., 28 avril 1982, n°80-16. 678, Bull. civ. IV, n°145, p.128 ; *RTD civ.*, 1983. 340, obs. F. Chabas.
- Cass. com., 28 janvier 2003, n°01-00330.
- Cass. com., 29 février 2000, n°97-17. 707, Bull. civ., IV, n°45.
- Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67369, *JCP* 2010, 1056, note T. Favario ; *D.* 2010, 2481 ; *D.* 2010. 2481, note D. Mazeaud ; *D.* 2010, 2485, note crit. Th. Genicon ; *RDC* 2011, 34, obs. E. Savaux ; *RTD civ.*, 2010, 782, note Fages ; *RTD civ.*, 2011, 87, note Deumier.

- Cass. com., 29 mai 2001, n°98-17.247, Bull. civ., IV, n°109, *RTD com.*, 2001, 699, obs. Bouloc; *Dr. et patr.*, décembre 2001, 95, obs. F. Chabas ; *RGDA*, 2001, 1037, note Rémy.
- Cass. com., 3 mai 2016, n°14-28.962, JurisData n°2016-008370, Bull. civ.; *JCP G* 2016, 721, note Ph. Simler.
- Cass. com., 3 mars 1970, Bull. civ., IV, n°85.
- Cass. com., 3 novembre 1992, Bull. civ., 1992, IV, n°338 ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; *CCC* 1993, comm.45, obs. L. Leveneur.
- Cass. com., 3 octobre 1989, n°87-18.479, Bull. civ., IV, n° 346, *JCP* 1990, II, 21423, concl. Jéol ; *RTD civ.*, 1990, 488, obs. Jourdain ; *RTD civ.*, 1990, 658, obs. J. Mestre.
- Cass. com., 30 janvier 2001, Bull. civ. 2001, IV, n°25 ; *D.* 2001, act. p. 1024, et somm. p. 3426, obs. Honorat.
- Cass. com., 4 avril 1995, *Compagnie générale de Location C. Kessler*, n°93-20.029 ; *D.* 1996, p. 141, note S. Piquet ; *D.* 1995, somm., p. 231, obs. L. Aynés.
- Cass. com., 4 avril 1995, n°93-14.585 et n°93-15.671 ; *CCC* 1995, comm. n°105, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 1996, II, 792, note M.-Ch. Sordino et E. Tardieu Guigues ; *JCP E* 1996, I, 523, n°4, obs. J.-B. Seube.
- Cass. com., 4 février 1980, n°78-12.937, Bull. civ. IV, n°52 ; *D.* 1980. Somm. 565, obs. C. Larroumet et 1981. IR 20, obs. M. Vasseur.
- Cass. com., 5 février 1991, Bull. civ. IV, n°49 ; *CCC* 1991, comm.76, obs. L. Leveneur ; *D.* 1991, somm. p. 199.
- Cass. com., 5 juin 2007, n°04-20380 ; *D.* 2007. 1723, obs. X. Delpech ; *RTD civ.*, 2007, p. 569, obs. B. Fages ; *RTD com.*, 2008. 173, obs. B. Bouloc.
- Cass. com., 6 novembre 1979, n°77-14, 570.
- Cass. com., 7 janvier 2014, n°12-17154.
- Cass. com., 7 octobre 1997, n°95-15.259, JurisData n°1997-003833 ; *JCP G* 1998, I, 149, n°8, obs. Ph. Simler ; *RD bancaire et bourse* 1998, p.17, obs. M. Contamine-Raynaud.
- Cass. com., 8 juillet 1981, n°79-15.626, Bull. civ., IV, n°312, *RTD civ.*, 1982, 425, obs. Durry.
- Cass. com., 8 mars 2011, n°10-12.807, *Rev. dr. transp.*, 2011, n°79, note Paulin.
- Cass. com., 9 décembre 1986, *BRDA*, 3 mars 1987, p.2.
- Cass. com., 9 juin 1998, pourvoi n°97-15303.
- Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n°06-16744.
- Cass. com., 18 janvier 1950, Bull. civ., 1950, n°26, p. 18, *Gaz. Pal.*, 1950, 1, p. 320.
- Cass. crim., 5 mai 1980, *JCP CI*, 1980, p. 8944.
- Cass. crim., 18 décembre 2007, n°06-82.245, F-P+F : JurisData n°2007-042502 ; Bull. crim. n°312 ; *Dr. pén.*, 2008, comm. 41, M. Véron ; *D.* 2008, p. 893, note S. Detraz ; *Dr. et Patr.*, septembre 2008, 100, obs. J. -P. Mattout et A. Prüm.
- Cass. crim., 26 mai 2010, n°09-85.873.
- Cass. crim., 9 novembre 2004, n°03-87.444, FS-P+F: JurisData n°2004-025788; Bull. crim. 2004, n°273; *Dr. pén.*, 2005, comm. 35; *AJ Pénal*, 2005, p. 24, obs. Enderlin.
- Cass. des requêtes, 7 novembre 1865, *Desmaze c/ Authiè-Bellerose*, *D.* 1866, 1, pp. 204 et s., note B. Le Bars.
- Cass. req., 13 février 1872, *DP* 1872. 1. p. 186.

- Cass. soc., 11 janvier 2000, n°97-18. 215, Bull. civ., V, n°16, *Dr. soc.*, 2000, 404, note Cristeau.
- Cass. soc., 21 janvier 1998, pourvoi n°95-44.647.
- Cass. soc., 24 janvier 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 1, p. 410.
- Cass. soc., 29 octobre 1997, pourvoi n°95-42.614.
- Cass. soc., 4 juin 1996, *JAT contre Dupond*, pourvoi n°94-43. 716, *RGDIP*, Tome CII, 1998, pp. 495-505, note Michel Sastre.
- Cass., 13 janvier 1956, Pa., 1956, I, p. 460.
- Cass., 15 avril 1970, *Air France*, *D.* 1971, p. 107.
- Cass., 15 juin 1967, *Robert c/ Meulemans*, *JDI*, 1968, p. 929 et s., note B. Goldman.
- Cass., 16 mai 1995, *RGDIP*, 1996, p. 1094.
- Cass., 17 février 2015, n°12-29.550, 13-18.956, 13-20.230, *RDC* 2015, 458, obs. Laithier.
- Cass., 9 avril 2002, *Toulousy c/ SNC Philam*, n°98-16.829, *RA* 2003, p. 105 et s. Note P. Didier ; *D.* 2003, p. 1117, note L. Degos ; *D.* 2003, somm. p. 2470, note T. Clay ; *JCP G* 2003, n°2, note C. Seraglini ; *RTD com.*, 2003, p. 62 et s., note E. Loquin.

Juridictions de l'Union

- CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizn ve Ticaret AS contre Minister for Transport, Energy and Communications et autres*, Aff. C-84/95, *Rec.*, I-03953.
- CJCE, *Arblade et Leloup*, 23 novembre 1996, aff. C-369/96, *Rec. CJCE* 1999, I, p. 84553; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. Fallon.
- CJUE, grde ch., 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran c/Telekom Deutschland GmbH*, C-124/20, EU : C : 2021 / 1035, para. 16-17 ; *JurisData* n°2021-021333 ; *JCP G* 2022, 108, focus D. Berlin ; *RD bancaire et fin.*, n°2, mars 2022, comm. 64, A. Gourio et M. Gillouard ; *Rev. Int. Compliance* n°4, juillet 2021, comm. 167, A.A. Ardavan et Q. Coppens ; *Banque & Droit*, n°201, février 2022, note G. Affaki.
- TPICE (4^e ch.), 24 avril 2002, affaire T-222/96, *Elliniki Viomichania Oplon AE (EVO) c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, p. II-2265, cf., points 41, 43-44, 46.

b) Jurisprudence internationale

- CIJ, 27 juin 1986, *Nicaragua c/États-Unis*, *Recueil CIJ*, p. 138, § 276.
- CPJI, *Lotus, France c/ Turquie*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, p. 18.

c) Jurisprudence étrangère

- *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 464 F. Supp. 420, 425 (S.D.N.Y. 1970).
- *Andrew Millars v. Taylor Co Ltd.*, 1916, 1, K. B. 403.
- *Belship Navigation, Inc. v. Sealift, Inc.*, 95 Civ. 2748 (RPP), 1995 WL 447656, at 4-5 (1995 U. S. Dist. LEXIS 10541) (S.D.N.Y. July 28, 1995).

- Bruxelles, ord. Réf., 6 avril 1982, *Alfa – Laval AB c. Melli Bank, D.*, 1982, p. 504, note M. Vasseur.
- *Bulk Oil (Zug) Ltd. c. Sun International Ltd.*, Court of Appeal 1983, 1 WLR (1984), 147.
- *Bush v. ProTravel Int'l, Inc.*, 746 N.Y.S.2d 790 (N.Y. Civ. Ct. 2002).
- *C. Czarnikow Ltd v. Centrala Handlu Zagranicznego olimpex*, All England law Reports (1978) Q.B 176 (C.A).
- CA Gênes, 7 mai 1994, *Rivista dell' arbitrato* , pp. 505 et s., note S. La China .
- CA Montréal, 31 mars 2003, *Libyan Arab Airlines c/ Air France*, Bull., ASA, 2003. 630.
- *Channel Island Ferries Ltd. v. Sealink U. K. Ltd.* (1998), 1 Lloyd's Rep. 323
- *Continental Grain Export Coporation v. STM Grain Ltd.* (1979) 2 Lloyd's Rep. 460.
- Cour d'appel de Luxembourg (4e ch.), 15 décembre 2010, *D.A.O.R.*, n°101, 2012, pp. 78-83, obs. D. M. Philippe.
- Cour de cassation Belge, (1^{re} ch. civ.), 19 juin 2009, *RDC* 2009, p. 737, obs. K. Szychowska ; *DAOR*, n°94, 2010, pp. 156 à 162, obs. D.M. Philippe ; *RDC*, n°3, 2011, pp. 963 à 985, obs., P. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, D. M. Philippe et R. Wintgen.
- Cour de cassation belge, 14 avril 1994, *Pas.*, I, 365.
- Cour de cassation Belge, 14 octobre 2010, n° de rôle C.09.06008.F/1.
- Cour de cassation Belge, 20 avril 2006, n° de rôle C.030084.N.
- Cour de cassation Belge, 30 avril 2004, n° de rôle 02.0201.F ;
- Cour suprême de Finlande, 25 octobre 1992, *D.* 1995, somm. 22, note Vasseur.
- Court of Appeal, 17 juillet 1981, *State Trading Corp. of India Ltd. v. ED & F MAN (Sugar) Ltd.*, (1981), COM. L.R. 235.
- District of Columbia Court of Appeals, 13 mai 1975, *Charles Coles Diggs Jr et al. v. Frederic B. Dent et al.*, *International Legal Matériel*, vol. XIV, 1975, p. 804.
- *E.g Hoge Raad*, 26 juin 1984, *Nederlandse jurisprudence* 1985, n. 531.
- *Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*, 691 F. 2d 1344 (11 th Cir. 1982).
- *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/Aegis Managing Agency Limited and Others*, 12 octobre 2018, (2018) EWHC 2643 (Comm); *Banque & Droit*, n°182, novembre-décembre 2018, n° 5 obs. G. Affaki.
- House of Lords, 16 mai 2002, *Kuwait Airways Corporation v. Irak Airways Compagny* (2002) 2 AC 882.
- *Jackson vs Union Marine Insurance Co. Ltd.*, 1874.
- *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, *US Court of appeals* 606 F 2d 10 (1979).
- *Krell v. Henry* (1903) 2 K. B. 740.
- *Maritime National Fish v Ocean Trawlers* (1935) AC 524 7.
- RG 3 février 1922, *RGZ* 103, 128.
- Supreme Court of the United States, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corporation. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 105. S Ct. 3346 (1985) ; *Inc.*, 473 US 614 (1985).
- *Touche Ross & Co. v. Manufactures Trust Co.*, 107 Mics. 2d 238, 434 N.Y.S. 2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1980).
- Tribunal civil de Padoue, 1^{er} octobre 1993, *Endeco Barazzuol J.V. c/Banca Nazionale del Lavoro et Banca Commerciale Italiana*.
- Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, *Rev. crit., DIP.*, 1983, p. 473.
- Tribunal de Padoue, 1^{er} octobre 1993, *Giurisprudenza* 1994, 163.

- Tribunal de première instance de Tunis, chambre commerciale, du 17 décembre 2002, n°10649, (Inédit).
- Tribunal fédéral suisse, 28 mars 2001, aff. *Berverly Overseas SA c/ Privedna Banka Zagreb*, 4c. 172/2000, Bull. ASA 2001.
- Tribunal fédéral suisse, *Emirats Arabes unis et consorts v. Westland Helicopters Ltd.*, 19 avril 1994, ATF, 120, II. 155.
- Tribunal fédéral suisse, *Fincantieri-Canterieri Navali c/ M.*, RA 1993, p. 691, note F. Knoepfler ; *Rev. suisse dr. int. et dr. eur.*, 1994, p. 111, obs. F. Knoepfler.
- *United Technologies Corp. v. Citibank Na*, US District Court 479 F Supp 473 (1979).
- US Court of Appeals for the second Circuit, *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F. 2d 821, March 20, 1968.

d) Jurisprudence arbitrale

- Sentence *ad hoc*, (1983), *Yearbook* 1987, vol. III, pp. 63-81.
- Sentence *ad hoc*, (1990), *Bulletin ASA* 1991. 205, 210-217, 238.
- Sentence arbitrale CACE, 19 juin 1958, RA, 1960, pp. 92-97.
- Sentence CCI n°2508 (1976), *JDI Clunet* 1977. 939.
- Sentence CCI (1985), *ILM*, 1990, vol 29, n°3, pp. 565-600.
- Sentence CCI arbitrale finale n°10422 (2001), *JDI* 2001, pp. 1142-1156, note E. Jolivet.
- Sentence CCI arbitrale finale n°15814 (2010), *JDI Clunet*, juillet 2019, n°3, chron. 5, comm. P. Cavalieros.
- Sentence CCI n° 2478, *JDI*, 1975, pp. 975-929
- Sentence CCI n° 5953 (1989), *Valenciana, Rec.*, CCI, II, p. 437.
- Sentence CCI n°1110 (1963), *Arb. Int.*, v. 10, n°3, 1994, pp. 277-281, obs. G. Wetter.
- Sentence CCI n°1512 (1971), *JDI* 1974, p. 905, obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n°1703 (1971), *JDI* 1975, pp. 894-895 obs. R. Thomson; *YCA*, 1976, pp. 130-131.
- Sentence CCI n°1782 (1973), *in Rec. des sentences arbitrales*, CCI, 1974-1985, pp. 230-23, obs. S. Jarvin et Y. Derains.
- Sentence CCI n°2139 (1974), *JDI* 1975, pp. 929 – 930. spéc. 930.
- Sentence CCI n°2216 (1974), *Rec.*, 1974-1985, p. 224 ; *JDI* 1975, p. 917, obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n°2272 (1975), *YCA*, 1977, p. 151 ; *Rec. des sentences arbitrales CCI*, obs. S. Jarvin et Y. Derains, p. 11.
- Sentence CCI n°2404 (1975), *JDI* 1976, p. 996, obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n°2708 (1976), *JDI Clunet* 1977. 917.
- Sentence CCI n°2972 (1993), *Yearbook*, 1995, p. 126.
- Sentence CCI n°3093/3100 (1979), *JDI Clunet*, 1980, pp. 951 et s., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n°311 (1987) *Mobil Oil Iran Inc, et al. v. Iran, 16 Iran-U. S C.T.R.* p.39.
- Sentence CCI n°3952 (1982), *JIA* 1984-3, pp. 213, 221 obs., W. Melis.
- Sentence CCI n°3996(1982), *Framatome / AEOI, JDI Clunet*, 1984, p. 37.
- Sentence CCI n°425-39-2, (1989), *Philips Petroleum Company Iran v. Iran, 21 Iran-USCTR.*, pp. 107 et s.

- Sentence CCI n°430 (438-430-1) (1989), *Rockwell International Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 23 *Iran-US C.T.R.* 150, 170.
- Sentence CCI n°4462, (1985/1987), *National Oil Corporation (Libye) et Libyan Sun Oil (US)*, *Yb. Comm. Arb.*, 1991 ; *Rec. sent. Arb.*, CCI 1991-1995, obs. J.-J. Arnaldez, Y. Derains et Dominique Hasher.
- Sentence CCI n°4600, *IJJA*, 25 juillet 1995, spéc. 53.
- Sentence CCI n°4761, *JDI* 1987, p. 1012, obs. S. Jarvin.
- Sentence CCI n°5195 (1986), *YCA*, 1988, p. 69.
- Sentence CCI n°5514 (1990), *JDI* 1992. 1022, obs., Y. Derains.
- Sentence CCI n°5864 (1988), *JDI* 1988, pp. 1073-1077.
- Sentence CCI n°5864, *JDI* 1988, pp. 1073-1077, obs. Yves Derain.
- Sentence CCI n°5953, in *Rec. des sentences arbitrales*, CCI, 1986-1990, Kluwer, comm. Y. Derains.
- Sentence CCI n°6719, *JDI* 1994, p. 1071, obs. J.-J. Arnaldez.
- Sentence CCI n°7094, *ACS*, 24 janvier 2003, inédite.
- Sentence CCI n°7197(1992), *JDI* 1993, p. 1028, obs. D. Hascher.
- Sentence CCI n°7365 (1997), *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.*, *RDU.*, 1999, p. 1014.
- Sentence CCI n°7528 (1994).
- Sentence CCI n°7539 (1995), *JDI* 1997, pp. 1031-1037, obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n°7575 (2002).
- Sentence CCI n°7698 (2006), inédite.
- Sentence CCI n°8113 (1995), inédite.
- Sentence CCI n°8385, *JDI* 1997. 1061, obs., Y. Derains.
- Sentence CCI n°6500 (1992) *JDI* 1992. 1015, obs. J.-J. Arnaldez.
- Sentence CCI n°8501, *JDI* 2001, p. 1164, obs. E. Jolivet
- Sentence CCI n°8873 (1997), *JDI Clunet* 1998, p. 1017, obs. Y. Derains et D. Hasher.
- Sentence n° 49 et 50 du 29 juin 1986 rendue par le tribunal des différends irano-américains, *Gould Marketing c. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran*, *YCA*, 1985 v. X, pp. 281-285.
- Sentence n°123 du 29 janvier 1987 rendue par le tribunal des différends irano-américains, *International Schools Services, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, The Islamic Iranian Air Force, The National Defense, Industries Organisation*, *YCA*, 1987, v. XVIII, pp. 341-480.
- Sentence n°167 rendue le 10 décembre 1986 par le tribunal des différends irano-américains, *Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, The National Iranian Copper Industries Company*, *YCA*, 1987, v. XIII, pp. 317-336 en part. p. 318.
- Sentence n°59 (191-59-1), rendue le 25 septembre 1985 par le tribunal des différends irano-américains : *Quetech, Inc. c. The Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran*, *C.T.R.*, 122-123.
- Sentence n°64 du 26 rendue le 26 juin 1985 par le tribunal des différends irano-américains : *Sylvania Technical Systems, Inc c/ The Government of the Islamic Republic of Iran*, *YCA*, 1986, v. XI, pp. 290-306.
- Sentence rendue en février 2014 par la Chambre arbitrale internationale de Paris.

- Sentence rendue le 3 juillet 1958 par la Commission d'arbitrage de Moscou, *Jordan Investment Ltd. et Objedinenije Sojuzneftexport, RDA* 1960, pp. 92-97
- Sentence, *Quintette Coal Ltd v. Nippon Steel Corp* (1990) 47 *British Columbia Law Review* 201 (S.C).

8) Tables des principales réglementations citées

a) Résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU

S/RES/232 (1966).
 S/RES/ 277 (1970).
 S/RES/661, du 6 août 1990, doc. AI, 1990, n°19, pp. 350-351.
 S/RES/670 (1990).
 S/RES/733 (1992).
 S/RES/757 (1992).
 S/RES/787 (1992).
 S/RES/748 (1992).
 S/RES/820, du 17 avril 1993, doc. AI, 1993, n°11, p. 225.
 S/RES/864 (1993).
 S/RES/917 et 942 (1994).
 S/RES/1011 (1995).
 S/RES/700(1996).
 S/RES/1127 et 1130 (1997)
 S/RES/1267 (1999).
 S/RES/1320 (2000).
 S/RES/1333 (2000).
 S/RES/1478 (2003).
 S/RES/1572(2004).
 S/RES/1591 (2005).
 S/RES/1737 (2006).
 S/RES/1718 (2006).
 S/RES/1132 (1997).
 S/RES/1844 (2008).
 S/RES/1874 (2009).
 S/RES/1929 (2010).
 S/RES/1970 (2011).
 S/RES/2048 (2012).
 S/RES/2127 (2013)
 S/RES/2231 (2015).
 S/RES/2253 (2015).
 S/RES/2321 (2016).
 S/RES/2321 et 2371 (2017).
 S/RES/2508 (2020).
 S/RES/2648 (2022).

b) Règlements du Conseil de l'UE et de la Commission européenne

- Règlement (CE) n°2340/90 du 8 août 1990, J.O. L. 213 du 9/8/1990, pp. 1-2.
- Règlement (CE) n°1263/94 du 30 mai 1994, J.O. L. 139 du 2/6/1994, pp. 1-3.
- Règlement (CE) n°2271/96, 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant : JOUE n° L 309, 29 novembre 1996.
- Règlement (CE) n°2580/2001, JOCE, n° L 344 du 28 décembre 2001, pp. 70-75.
- Règlement (CE) n°314/2004 du Conseil du 19 février 2004 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Zimbabwe.
- Règlement (CE) n°1184/2005 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre du Soudan.
- Règlement (CE) n°423/2007 du Conseil du 19 avril 2007 concernant l'adoption des mesures restrictives à l'encontre de l'Iran.
- Règlement (UE) n° 961/2010 du 25 octobre 2010 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant.
- Règlement (UE) n°36/2012 du Conseil du 18 janvier 2012 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie.
- Règlement (UE) 401/2013 du Conseil du 2 mai 2013 concernant des mesures restrictives instituées en raison à l'encontre du Myanmar/de la Birmanie et abrogeant le règlement (CE) 194/2008.
- Règlement (UE) n°883/2014 du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.
- Règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet concernant des mesures restrictives en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol.
- Règlement (UE) 2015/1755 du 1er octobre 2015 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Burundi
- Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires en l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques ou morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés.
- Règlement (UE) 2017/1509 du Conseil du 30 août 2017 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Corée du Nord.
- Règlement (UE) 2017/1770 du Conseil du 28 septembre 2017 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Mali.
- Règlement (UE) d'exécution (UE) n°2018/1101, 3 août 2018, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.
- Règlement (UE) 2022/263 du Conseil du 23 février 2022 concernant des mesures restrictives en réaction à la reconnaissance des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'ordre donné aux forces armées russes d'entrer dans ces zones.
- Règlement (UE) n°328/2022 du Conseil du 25 février 2022 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale de la souveraineté et de l'indépendance de l'Ukraine.

c) Positions communes et décisions du Conseil de l'UE

- Position commune n°2001/930/PESC du 27 décembre 2001, JOCE, n° L 344 du 28 décembre 2001, pp. 90-92.
- Position commune n°2001/931/PESC du 27 décembre 2001, JOCE, n° L 344 du 28 décembre 2001, pp. 93-94.
- Position commune n°2005/888/PESC du Conseil du 12 décembre 2005 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes soupçonnées d'être impliquées dans l'assassinat de l'ancien Premier ministre libanais M. Rafic Hariri
- Position commune 2005/411/PESC du Conseil du 30 mai 2005 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre du Soudan.
- Décision 2013/798/PESC du Conseil du 23 décembre 2013 concernant des mesures restrictives de la République centrafricaine.
- Décision 2014/386/PESC du Conseil du 23 juin 2014 concernant des mesures restrictives en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol.
- Décision 2015/1763/PESC du Conseil du 1er octobre 2015 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Burundi.
- Décision (PESC) 2016/849 du Conseil du 27 mai 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée.
- Décision 2022/266/PESC du Conseil du 23 février 2022 concernant des mesures restrictives en réaction à la reconnaissance des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'ordre donné aux forces armées russes d'entrer dans ces zones.

9) Rapports, documents, textes de loi

- Extraterritorial US Legislation (Sanctions against Cuba, Iran and Libya) (Protection of Trading Interests), Order 1996.
- Loan Market Association, Guidance Note. United States and européen Union Sanctions, 15 juillet 2014.
- Rapport français sur la révision du contrat lors de la journée parisienne de l'Association Henri Capitant, 8 avril 2005.
- Rapport Travaux préliminaires de PÉLICHET Michel : Actes et documents, 12^e éd., 2 au 21 octobre 1971, Conférence de La Haye de droit international privé.
- Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JO C* 282.27, 31 octobre 1980 fait par GIULIANO Mario et LAGARDE Paul.
- Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *JO*, 11 février 2016.
- Rapport du Secrétaire général sur les répercussions humanitaires des mesures imposées par le Conseil de sécurité en vertu des résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) sur le territoire afghan se trouvant sous le contrôle des talibans.
- Rapport 2021 sur les alertes professionnelles : L'étude complète sur le lancement d'alerte dans les entreprises européennes. Étude réalisée par EQS Group en collaboration avec Fachhochsule Graubunden, University of Applied Sciences.

- Rapport du Conseil économique et social des Nations Unies. Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels : E/C. 12/1997/8, CESCR OBSERVATION GÉNÉRALE 8, 12 décembre 1997.
- « Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte : adoption en 1^{re} lecture à l’Assemblée nationale », Veille, AN, proposition de loi n°692, 17 novembre 2021, *JCP E*, 2 décembre 2021, n°48, act. 820.
- Décret n°90-681 du 2 août 1990 (JO du 3 août, p. 9411) modifié par décret n°91-241 du 2 mars 1991 (JO du 3 mars, p. 3071) organisa les relations financières avec l’Irak et le Koweït.
- The United Nations Participation Act » de 1946.
- Loi fédérale sur l’application des sanctions internationales.
- Journal officiel, C 115/335 du 9 mai 2008 : Déclarations annexées à l’acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne.
- Security Council Report, UN Sanctions, Special research report, novembre 2013.
- Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act (ou Helms-Burton Act) et Iran and Libya Sanctions Act (ou d’Amato-Kennedy Act).
- Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II » sur l’obligation d’adoption des programmes de mise en conformité.
- Conseil Constitutionnel du 8 décembre 2016 n°2016-741 DC – Loi relative à la transparence à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Extraterritorial US Legislation (Sanctions against Cuba, Iran and Libya) (Protection of Trading Interests), Order 1996.
- La loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignement d’ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.
- Ley de Proteccion al Comercio y la Inversion de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional du 23 octobre 1996 : Dario Oficial de la Federacion, 23 octobre 1996, pp. 9-10.

10) Sites internet officiels

- Department of State : [Protecting Europe's Energy Security Act \(PEESA\), as Amended - United States Department of State](#)
- Site du ministère de l’Économie, des Finances et de la souveraineté industrielle et numérique (Direction générale du Trésor) : www.tresor.economie.gouv.fr/services-aux-entreprises/sanctions-economiques.
- U.S. Department of State, Sanctions: [Sanctions - United States Department of State](#)
- U.S. Department of Treasury, Policy Issues, Financial Sanctions : [Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information | U.S. Department of the Treasury](#)
- U.S. Department du Trésor américain au : <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20170824>
- <https://www.phonandroid.com/huawei-honor-perdent-licence-android.html>
- Foreign Ministry ceases investigations against BAWAG bank : communiqué, 21 juin 2007 : <https://www.bmeia.gv.at/en/the-ministry/press/news/2007/foreign-ministry-ceases-investigations-against-bawag-bank/>

- Guidance Note de la Loan Market Association : [Loan Market Association - Documents & Guidelines alerts archive \(lma.eu.com\)](#)
- Clauses de sanction sur le site de Law insider : [Sanctions Sample Clauses: 7k Samples | Law Insider](#)
- [Espace documentaire | AFTE](#)
- Guidance paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products mise à jour en mai 2020 peut être consultée sur le site de l' ICC : <https://iccwbo.org/publication/consolidated-icc-guidance-on-the-use-of-sanctions-clauses-in-trade-finance-related-instruments-subject-to-icc-rules/>
- Documents d'orientation de la CCI : <https://iccwbo.org/publication/addendum-to-guidance-paper-on-the-use-of-sanctions-clauses-2014/>
- Liste des personnes et pays soumis à sanction de la DG : [Sanctions économiques internationales | Direction générale du Trésor \(economie.gouv.fr\)](#).
- SDN List OFAC: [Specially Designated Nationals And Blocked Persons List \(SDN\) Human Readable Lists | U.S. Department of the Treasury](#)
- Sanctions compliance Guidance for The Virtual Currency Industry, Office of Foreign Assets Control, octobre 2021 : [virtual_currency_guidance_brochure.pdf \(treasury.gov\)](#)

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Actes unilatéraux

- des organisations internationales · 65.

Alerte

- voir lanceur d'alerte · 444.

Application (des lois d'embargo)

- de la lex contractus · 219 et s.
- du for · 203 et s.
- étrangère à la lex foris et à la lex contractus · 249 et s.

Arbitrabilité

- et embargo · 179 et s.

Arbitrage

- ordre public transnational · 136 et s.

B

Banques

- gestion des risques liés à l'embargo · 587 et s.

Blocage

- Voir Lois de blocage ·

Blocus · 11, 12, 391, 474, 614.

Boycott · 8, 11, 12, 236, 273, 295, 386, 391, 575, 577 et s., 592.

C

Caducité · 500, 511 et s., 534 et s.

Cause illicite (ou immorale) · 109, 274, 297 et s., 306, 502, 618.

Cautionnement · 503, 517, 518.

Clauses

- d'adaptation (hardship) · 437 et s., 444 et s.
- de force majeure · 383 et s., 452 et s., 474 et s., 537.

- de sanction · 38, 547 et s., 557 et s., 562, 580 et s., 588 et s., 601, 614 et s., 656, 667.

Compagnies d'assurance

- gestion des risques liés à l'embargo · 602 et s.

Compliance

- devoir de vigilance · 633 et s.
- en droit français · 630 et s.
- la fonction de la · 636 et s.
- notion · 623 et s.

Conformité

- programme de (compliance) · 622, 625, 627, 630, 650.
- risque de non · 637, 638, 642, 646, 649.

Contrariété (contraire)

- à l'ordre public international · 143, 164, 167, 187, 197, 236, 239 et s., 273, 290, 295, 327, 335, 618.
- à l'ordre public transnational · 248.

Contrat

- de garantie · 517, 519 et s.
- de sous-traitance · 509 et s.
- groupe de contrats · 498.
- *pacta sunt servanda* · 400 et s., 438.

Corruption · 167, 120, 132, 138, 140, 144, 262, 272, 625 et s.

- Foreign Corrupt Practices Act · 626.

- loi RICO · 275 et s.

- loi Sapin 2 · 630 et s.

D

Droits de l'homme · 1, 118, 134, 246, 633.

Due diligence · 620, 634, 639 et s.

- Voir aussi Compliance ·

E

Effet direct

- des résolutions du Conseil de sécurité · 59 et s., 108, 140.

Embargo

- Auteurs de l' · 13 et s., 41 et s.
- notion · 5 et s.
- violation de l' (amende) · 83, 377, 546, 551, 636, 648.

Extériorité · 357 et s.

Voir aussi Force majeure ·

Extraterritorialité

- des lois d'embargo américaines · 84 et s., 333, 550 et s., 557 et s.
 - licéité (aff. Lotus) · 86.
 - notion · 86.
- Voir aussi Lien de rattachement ·

F

Fait du prince · 289, 292, 348 et s.

- en droit administratif · 350 et s.

Force armée (prohibition du recours) · 4, 43 et s., 74.

Force majeure

- condition de la · 356 et s.
- droit comparé · 352 et s.
- effet extinctif · 480 et s.
- effet libératoire · 291, 292, 348 et s., 384 et s., 486.
- effet suspensif · 459 et s.

Frustration · 289, 352 et s., 401 et s., 456 et s., 490 et s.

G

Garantie autonome · 517 et s.

- abus manifeste et fraude · 524 et s.
- principe de l'autonomie · 519 et s.

Voir aussi Caducité ·

Gel des avoirs · 2, 30, 358, 612.

H

Hardship · 394, 400, 408, 437 et s., 444, 446 et s., 654, 661.

Voir aussi Clauses d'adaptation ·

I

Imprévisibilité · 362 et s.

Voir aussi Force majeure ·

Imprévision · 321, 331, 395.

- conditions d'application · 407 et s.
- consécration en droit français · 396 et s.
- en droit administratif · 396.
- en droit comparé · 398 et s.
- jurisprudence arbitrale · 437 et s.
- révision conventionnelle · 424 et s.
- révision judiciaire · 428 et s.

Inarbitrabilité · 153, 193.

- critères · 158.
- d'un contrat violant l'ordre public · 164 et s.

Indivisibilité (contractuelle) · 499, 502, 504 et s., 512 et s., 533, 544, 655.

Ininstruisabilité

- du litige (aff. LAA/Air France) · 193 et s.

Irrecevabilité

- déni de justice · 197 et s.
- du litige (devant le tribunal arbitral) · 193 et s.

Irrésistibilité · 372 et s.

Voir aussi Force majeure ·

K

Know Your Customer · 640.

Voir aussi Due diligence ·

L

Lanceur d'alerte · 647, 649.

Lex contractus (loi applicable au

contrat) · 36, 146, 205, 218 et s., 226, 257, 260, 268, 279 et s., 284 et s., 298 et s., 316, 326 et s., 346 et s., 387, 392, 441, 448, 544, 653 et s., 659 et s.

Lex fori (Loi du for) · 131, 149, 203, 218, 226 et s., 273, 333, 341, 355, 384, 448, 658.

Lex mercatoria · 233, 240, 247, 400, 439, 467, 471.

Lien de rattachement

- personnel ou territorial · 14, 86 et s., 94, 106, 206 et s., 276 et s., 550.

Voir aussi Nationalité ·

Lien étroit · 109, 252, 264 et s., 310 et s., 339.

Lois d'application immédiate · 96 et s., 146, 202, 226, 249.

Voir aussi Lois de police ·

Lois de blocage · 448, 564 et s., 573 et s., 581, 584, 654.

Voir aussi Règlement européen de blocage ·

Lois de police

- de la *lex contractus* · 147 et s., 210, 218 et s., 260.

- du *for* · 149 et s., 202 et s., 226, 235 et s., 316, 341.

- étrangères à la *lex fori* et la *lex contractus* · 149 et s., 226, 249 et s.

- purement politiques · 118 et s.

Lois extraterritoriales américaines

- contestation devant l'OMC · 91 et s.

- compensation des paiements en dollars · 88, 91, 551, 592.

M

Maintien de la paix (et de la sécurité internationales) · 15, 44, 53, 65.

Mondialisation · 1, 3, 135.

N

Nationalité · 19, 207, 246, 276, 295, 319.

Nullité

- du contrat · 106, 109, 164, 169, 213, 217, 231, 253, 272, 284, 286 et s., 296 et s., 502 et s., 514 et s., 523.

O

Obligation

- de se conformer · 558, 572 et s., 575, 589, 640, 640.

Ordre public

- de direction · 107, 159.

- incompétence de l'arbitre · 157 et s.

- international · 120, 126, 132, 142, 159, 173, 182, 185 et s., 188, 191, 197 et s., 201, 209, 234 et s., 298, 341, 658.

- réellement international (ou transnational) · 40, 122 et s., 150, 154, 178 et s., 183, 192, 210, 239 et s., 271, 340.

- violation de · 157 et s., 164 et s.

Organe de règlement des différends (de l'OMC) · 84, 90 et s.

P

Prise en considération

- au titre de la force majeure · 62, 121, 278, 291 et s., 353.

- au titre de la nullité · 297 et s.

- des lois de police étrangères · 218, 235, 253, 274, 278, 281, 284 et s., 323, 325 et s.

- des mesures d'embargo de *lex fori* · 214 et s.

- des résolutions du Conseil de sécurité · 62 et s., 147.

- notion · 216 et s.

R

Règlement européen de blocage

Voir Lois de blocage ·

Res perit debitor

Voir théorie des risques ·

Révision du contrat · 352, 395 et s.

Voir aussi Imprévision ·

Risques

- de condamnation · 587, 621 et s., 625.

- de conflit avec les lois de blocage · 561 et s.

- de réputation · 587.

- d'inexécution · 367, 371, 386, 485, 517.

- théorie des · 351, 483, 485.

S

Sanctions

- administratives · 213 et s., 377, 575, 634.

- civiles · 213, 288, 298, 304, 377.

- disciplinaires · 630.

- pénales · 214, 377, 574 et s., 634.

Self executing

Voir Effet direct ·

SWIFT · 3, 30.

T

Territorial

Voir Lien de rattachement ·

U

Unidroit • 352, 394, 400, 408, 412, 418, 433,
435, 438 et s., 471, 476, 492.

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	13
I- Définition de la notion d’embargo.....	16
A- Acception classique du terme embargo : une institution du droit maritime	16
B- Acception contemporaine du terme embargo : une mesure de restriction des échanges économiques.....	17
1- Conception étroite de l’embargo.....	17
2- Conception extensive de l’embargo	18
II- Les différentes catégories d’embargo	22
A- L’embargo selon l’origine.....	22
B- L’embargo selon les destinataires	23
C- L’embargo selon les motifs visés	26
D- L’embargo selon les activités visées	27
III- Délimitation du sujet et annonce du plan retenu.....	34
PARTIE 1 : LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES D’EMBARGO SUR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES DU COMMERCE INTERNATIONAL	39
TITRE 1 : LE CARACTÈRE IMPÉRATIF DES MESURES D’EMBARGO.....	40
CHAPITRE 1 : LES SOURCES DES MESURES D’EMBARGO	41
Section 1 : L’embargo décidé par des organisations internationales	41
Paragraphe 1 : L’embargo décidé par l’Organisation des Nations Unies	41
A- Pratique collective de l’embargo	42
B- La mise en œuvre dans les ordres juridiques internes des décisions d’embargo du Conseil de sécurité.....	46
1- L’introduction des résolutions du Conseil de sécurité dans l’ordre juridique interne des États membres	48
2- L’effet direct des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.....	50
Paragraphe 2 : L’embargo décidé par un organisme régional : exemple de l’Union européenne	53
A- L’adoption des mesures restrictives du Conseil de sécurité par l’Union européenne	54
B- L’adoption des mesures restrictives par l’Union européenne en dehors du cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies	56
Section 2 : L’embargo décidé à titre individuel par un État : l’exemple américain	60
Paragraphe 1 : Les fondements du droit américain en matière d’embargo	61
A- L’adoption des mesures d’embargo	61
1- Les actes adoptés par le Congrès américain	61
2- Les actes adoptés par le Président des États-Unis	62
B- La mise en œuvre des mesures d’embargo	63
1- Le Department of State (DoS)	63
2- Le Treasury Department’s Office of Foreign Asset Control (OFAC).....	63

Paragraphe 2 : L'extraterritorialité des lois d'embargo américaines	64
A- La portée extraterritoriale des sanctions américaines	65
1- La licéité de l'extraterritorialité des lois	65
2- Le caractère contestable de l'extraterritorialité des lois d'embargo américain en droit international public.....	67
B- La contestation des lois d'embargo extraterritoriales américaines devant l'OMC.....	69
CHAPITRE 2 : LA NATURE JURIDIQUE DES MESURES D'EMBARGO	73
Section 1 : Mesures d'embargo unilatérales : Lois d'application immédiate.....	73
Paragraphe 1 : Identification de la mesure d'embargo unilatérale en tant que norme d'application immédiate	73
Paragraphe 2 : L'appartenance des mesures d'embargo unilatérales à la catégorie protéiforme des lois de police	80
Section 2 : Mesures d'embargo multilatérales : élément de l'ordre public réellement international.....	88
Paragraphe 1 : La notion d'ordre public réellement international	88
A- L'existence de l'ordre public réellement international	88
B- Les sources de l'ordre public réellement international	94
Paragraphe 2 : L'appartenance de l'embargo multilatéral à l'ordre public réellement international.....	96
TITRE 2 : APPLICATION DES MESURES D'EMBARGO PAR LE JUGE ETATIQUE ET L'ARBITRE INTERNATIONAL	102
CHAPITRE 1 : L'ARBITRABILITE OBJECTIVE D'UN LITIGE IMPLIQUANT UNE MESURE D'EMBARGO.....	104
Section 1 : L'évolution de l'arbitrabilité des litiges en présence d'une règle d'ordre public	106
Paragraphe 1 : L'incompétence de l'arbitre dans l'application des règles impératives	106
Paragraphe 2 : L'inarbitrabilité d'un contrat violant une règle impérative	111
Paragraphe 3 : La reconnaissance de la compétence de l'arbitre à appliquer les règles impératives	116
Section 2 : La faculté de l'arbitre de statuer sur un litige impliquant une mesure d'embargo	121
Paragraphe 1 : La possibilité d'arbitrer des litiges portant sur des mesures d'embargo	122
Paragraphe 2 : La question de l'irrecevabilité des demandes formulées par la partie libyenne portant sur les contrats affectés par les mesures d'embargo	128
CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE L'EMBARGO EN TANT QUE NORME APPARTENANT A LA LEX CONTRACTUS ET A LA LOI DU FOR	138
Section 1 : L'interdiction de commercer édictée par la loi du for	138
Paragraphe 1 : Application immédiate de l'embargo édicté par la <i>lex fori</i>	138
Paragraphe 2 : Problème inhérent à l'application des lois d'embargo de la <i>lex fori</i>	143
A- Application des mesures d'embargo de la <i>lex fori</i> envisageant ses propres sanctions ...	143
B- Prise en considération des mesures d'embargo de la <i>lex fori</i> n'envisageant pas ses propres sanctions	145
Section 2 : la mesure d'embargo appartenant à la lex contractus.....	147
Paragraphe 1 : Application immédiate de l'embargo édicté par la <i>lex contractus</i>	148
A- Les parties désignent la <i>lex contractus</i> pour régir leur relation contractuelle	148
1- L'arbitre international.....	148
2- Le juge étatique	151

B-	Les parties n'ont pas désigné la <i>lex contractus</i> pour régir leur relation contractuelle....	152
	Paragraphe 2 : Éviction de la mesure d'embargo au titre de l'ordre public international.....	155
A-	L'éviction par le juge des mesures d'embargo de la <i>lex contractus</i> au titre de l'ordre public international.....	156
B-	L'éviction par l'arbitre des mesures d'embargo de la <i>lex contractus</i> au nom de l'ordre public international.....	157
1-	Éviction de l'embargo multilatéral au titre de l'ordre public transnational	158
2-	Éviction de l'embargo unilatéral au titre de l'ordre public transnational.....	159
	CHAPITRE 3 : L'APPLICATION DE L'EMBARGO EN TANT QUE NORME ÉTRANGÈRE A LA LEX CONTRACTUS ET A LA LOI DU FOR	162
	Section 1 : L'impérativité des lois d'embargo étrangères dans le cadre de la Convention de Rome.....	163
	Paragraphe 1 : La faculté du juge ou de l'arbitre à appliquer les mesures d'embargo étrangères	165
A-	Loi de police étrangère : une possibilité que le juge ou l'arbitre a l'obligation d'envisager	166
1-	Le juge étatique	166
2-	L'arbitre international.....	168
B-	Conditions posées par la Convention de Rome	172
1-	L'exigence d'un « lien étroit » entre la loi d'embargo et le litige.....	172
2-	Pouvoirs d'appréciation du juge et de l'arbitre	175
	Paragraphe 2 : La prise en considération comme substitut à l'application des lois d'embargo étrangères	182
A-	« Donner effet » aux lois de police étrangères : une double appréciation	183
B-	Prise en considération d'une loi d'embargo étrangère par le juge et l'arbitre	187
1-	Prise en considération d'une loi étrangère comme événement de force majeure.....	187
2-	Prise en considération d'une loi étrangère comme cause illicite affectant la validité du contrat.....	191
	Section 2 : L'impérativité des lois d'embargo étrangères dans le cadre du Règlement Rome I	197
	Paragraphe 1 : Approche restrictive de l'article 9.3 du Règlement « Rome I ».....	197
A-	Genèse de l'article 9.3 du Règlement Rome I	198
B-	Effet donné aux seules lois d'embargo étrangères du lieu d'exécution du contrat.....	202
	Paragraphe 2 : Interprétation restrictive de l'article 9. 3 du Règlement Rome I	206
A-	Exclusion de la prise en considération du champ d'application de l'article 9. 3 : l'affaire <i>Nikiforidis</i>	207
B-	Possibilité d'une prise en considération des lois de police autres que celles du lieu d'exécution du contrat	212
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	220
	PARTIE 2 : LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES D'EMBARGO SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX	222
	TITRE 1 : L'EFFET PERTURBATEUR DES MESURES D'EMBARGO SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX	223

CHAPITRE 1 : L'EMBARGO : FAIT JUSTIFICATIF DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT	225
Section 1 : Embargo : événement constitutif de la force majeure	226
Paragraphe 1 : Absence de clause de force majeure exonérant le débiteur de sa responsabilité	226
A- L'embargo : fait du prince	227
B- Les conditions de la mise en œuvre de la force majeure : à la lumière de l'ordonnance du 10 février 2016	234
1- Un événement incontrôlable par le débiteur (extériorité).....	235
2- Un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat.....	243
3- Un événement irrésistible	251
Paragraphe 2 : Existence des clauses de force majeure exonérant le débiteur de sa responsabilité.....	260
A- La pratique contractuelle des parties concernant les clauses de force majeure	261
B- Stipulation de clauses de force majeure relatives aux mesures d'embargo	267
Section 2 : Embargo : cause de révision pour imprévision	273
Paragraphe 1 : La consécration légale de la théorie de l'imprévision en droit français.....	274
A- Révision du contrat pour imprévision : expériences étrangères et refus français.....	275
B- Introduction de l'imprévision dans le Code civil français	283
Paragraphe 2 : Conditions d'application du nouvel article 1195 du Code civil français	286
A- Le caractère ultérieur du déséquilibre.....	286
B- L'onérosité excessive de la prestation	288
C- L'absence de clauses d'acceptation du risque	291
Paragraphe 3 : la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision	295
A- En absence des clauses anticipant le changement de circonstances	295
1- Révision conventionnelle	296
2- Révision judiciaire.....	298
a- Intervention du juge d'un commun accord des parties.....	299
b- Intervention du juge à l'initiative de l'une des parties	300
c- Les réserves de la jurisprudence arbitrale en l'absence des clauses d'adaptation	303
B- En présence des clauses anticipant le changement de circonstances	307
CHAPITRE 2 : LE SORT DES CONTRATS RÉGULIÈREMENT CONCLUS AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'EMBARGO.....	314
Section 1 : le sort des contrats directement affectés par l'embargo	314
Paragraphe 1 : L'effet suspensif de l'embargo.....	314
A- L'effet suspensif de clauses de force majeure	315
B- L'effet suspensif de la force majeure en droit commun des contrats	322
1- L'effet suspensif dans les systèmes juridiques nationaux	322
a- L'effet suspensif en droit français	322
b- L'effet suspensif dans les autres systèmes juridiques	325
2- L'effet suspensif dans la jurisprudence arbitrale	327
Paragraphe 2 : l'effet extinctif de l'embargo	330
A- L'effet extinctif de clauses de force majeure.....	330
B- L'effet extinctif en droit commun de la force majeure	334
1- L'effet extinctif dans les systèmes juridiques nationaux.....	334
a- La résolution du contrat de plein droit en droit français.....	335
b- La résolution du contrat dans les autres systèmes juridiques	342
2- L'effet extinctif dans la jurisprudence arbitrale	346

Section 2 : le sort des contrats indirectement affectés	348
Paragraphe 1 : Le sort des contrats liés	349
A- Les fondements jurisprudentiels abandonnés	349
1- La notion de cause	350
2- La règle de l'accessoire	352
3- L'indivisibilité	354
B- L'interdépendance contractuelle consacrée par le nouvel article 1186 du Code civil....	359
Paragraphe 2 : Le cas des garanties indépendantes.....	363
A- L'autonomie des garanties indépendantes en application du droit commun	365
1- Le principe de l'inopposabilité des exceptions extérieures au contrat de garantie	366
2- Appel manifestement abusif ou frauduleux de la garantie : obstacle au paiement de la garantie à première demande.....	371
B- Le sort des garanties indépendantes affectées par le droit de l'embargo : le cas de l'embargo irakien	378
1- La paralysie de l'exécution des garanties indépendantes pendant la durée de l'embargo	379
2- La caducité des garanties indépendantes après la levée de l'embargo	381
TITRE 2 : AMÉNAGEMENT DES RISQUES ASSOCIÉS A L'EXISTENCE DES LOIS D'EMBARGO ÉTRANGÈRES	389
CHAPITRE 1 : CONTRACTUALISATION DES RISQUES DES MESURES D'EMBARGO ÉTRANGÈRES : INSERTION DES CLAUSES DE SANCTION	391
Section 1 : La nécessité de contractualiser les risques liés aux mesures d'embargo étrangères.....	391
Paragraphe 1 : La difficile appréhension par les opérateurs économiques de l'extraterritorialité des lois d'embargos américains.....	391
Paragraphe 2 : Clauses de sanction : vecteurs de l'extraterritorialité des lois d'embargos étrangères	395
Section 2 : La nécessité de bien rédiger les clauses de sanction	397
Paragraphe 1 : Risque de conflit avec les lois de blocage.....	397
A- Règlement européen de « blocage »	398
1- Lois de blocage du 22 novembre 1996.....	398
2- Règlement réactivé	401
B- Risques de sanctions pénales liés à la violation du règlement européen de blocage	407
Paragraphe 2 : Utilisation conforme des clauses de sanction au règlement européen de blocage	410
CHAPITRE 2 : LA GESTION DES RISQUES LIÉS AUX MESURES D'EMBARGO ÉTRANGÈRES PAR LES BANQUES ET LES ASSUREURS	415
Section 1 : Insertion des clauses de sanction relatives aux mesures d'embargo	415
Paragraphe 1 : Insertion des clauses de sanction dans les contrats de financement bancaire	416
A- Pratiques contractuelles	416
B- Risques multiples pour les parties.....	419
Paragraphe 2 : Insertion des clauses de sanction dans les polices d'assurance.....	425
A- L'embargo appliqué à l'assurance	425
1- Interdiction expresse de toute opération d'assurance	425
2- Interdiction indirecte d'assurance.....	427
B- Introduction des clauses de sanction.....	431

Section 2 : La compliance : un dispositif désormais indispensable dans la politique de gestion des risques liés aux mesures d’embargo.....	436
Paragraphe 1 : Concept et fondement de la compliance	436
A- La compliance.....	437
B- La consécration législative de la compliance en droit français.....	442
Paragraphe 2 : La fonction de la compliance en matière d’embargo	446
A- Prévention des risques liés aux mesures d’embargo.....	446
B- La détection des risques liés aux mesures d’embargo	452
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	456
CONCLUSION GÉNÉRALE	458
BIBLIOGRAPHIE.....	464
INDEX.....	519
TABLES DES MATIÈRES	523