

21 mars 2025

Cour d'appel de Paris

RG n° 24/20639

Pôle 1 - Chambre 8

Texte de la décision

Entête

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 8

ARRÊT DU 07 MARS 2025

(n°, 19 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 24/20639 - N° Portalis 35L7-V-B7I-CKQGW

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 20 Décembre 2024 -Président du TC de PARIS 04 - RG n° 2024049554

APPELANTES

Société OBRASCÓN HUARTE LAIN société de droit espagnol, enregistrée au Registre Commercial de Madrid, Tome 2483, Section 8^a, Feuillet 33, Page M-111

25, inscription 277 ^a, prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

[Adresse 10]

[Localité 2] ESPAGNE

Société RIZZANI DE ECCHER S.P.A société de droit italien, enregistré au registre du commerce et des sociétés de Pordenone - Udine sous le numéro 115684, agissant par son représentant légal, domicilié en cette qualité audit siège

[Adresse 11] (UD)

[Localité 3] ITALIE

Société TREVI S.P.A société de droit italien, enregistré au registre du commerce et des sociétés de Forlì-Cesena sous le numéro 151636, agissant par son représentant légal, domicilié en cette qualité audit siège.

[Adresse 12]

[Localité 4] (FC) ITALIE

Représentées par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LX PARIS- VERSAILLES- REIMS, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Ayant pour avocats plaidants Mes Eric TEYNIER, Pierre PIC, Yann DEHAUDT-DELVILLE, Gonzague d'AUBIGNY et Karen AZOULAY, avocats au barreau de PARIS

INTIMÉS

S.A. BNP PARIBAS, agissant en la personne de ses représentants légaux en exercice, domiciliés audit siège en cette qualité

[Adresse 1]

[Localité 5]

Représentée par Me Audrey SCHWAB de la SELARL 2H Avocats à la cour, avocat au barreau de PARIS, toque : L0056

Ayant pour avocats plaidants Mes Clément DUPOIRIER, Vincent BOUVARD et Théo OURO-SAMA, avocats au barreau de PARIS

ÉTAT DU KOWEÏT représenté par le Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït, prise en la personne de son représentant légal, domicilié en cette qualité audit siège

[Adresse 9],

[Adresse 9],

[Adresse 9]

[Localité 6] KOWEIT

Représenté par Me Anne GRAPPOTTE-BENETREAU de la SCP SCP GRAPPOTTE BENETREAU, avocats associés, avocat au barreau de PARIS, toque : K0111

Ayant pour avocats plaidants Me Mathieu ODET, Loujaine KAHALEH et Cyprien MATHIÉ, avocats au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 23 janvier 2025, en audience publique, les avocats des parties ne s'y étant pas opposés, devant Marie-Catherine GAFFINEL, Conseiller, chargée du rapport, et Patrick BIROLLEAU, Magistrat honoraire.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Florence LAGEMI, Président,

Marie-Catherine GAFFINEL, Conseiller

Patrick BIROLLEAU, Magistrat honoraire

Greffier, lors des débats : Jeanne BELCOUR

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- rendu publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Florence LAGEMI, Présidente de chambre et par Jeanne BELCOUR, Greffière, présent lors de la mise à disposition.

En 2011, les sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, et Trevi S.p.A (ci-après les sociétés Obrascón , Rizzani et Trevi), avec la société Kuweit Boodai Constructions via une joint-venture, ont remporté un appel d'offre émis par le Ministère des Travaux Publics du Koweït portant sur la construction d'une autoroute surélevée et d'autres infrastructures connexes en remplacement de l'ancienne [Adresse 8] à [Localité 7] (Koweït).

BNP Paribas a émis en faveur du Ministère des Travaux Publics du Koweït, à la demande de la joint-venture, plusieurs garanties à première demande pour une valeur totale d'environ 122,8 millions d'euros.

S'agissant des garanties de rétention n° 4761IGK1400187 et n° 04761IGK1500211, BNP Paribas s'est engagée à payer au Koweït à première demande écrite la somme 2.173.825,776 dinars koweïtiens (soit environ 6,5 millions d'euros) et 11.122.698,796 dinars koweïtiens (soit environ 32,5 millions d'euros).

Par une sentence arbitrale datée du 15 décembre 2022, le tribunal arbitral, saisi dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement, a rejeté les demandes des sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi.

Les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ont introduit un recours en annulation contre cette sentence arbitrale en mars 2023 devant le comité d'annulation du CIRDI. Cette procédure d'annulation est pendante.

Par ordonnance du 1er août 2024, le président du tribunal de commerce Paris a autorisé les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi à assigner BNP Paribas et l'État du Koweït en référé à heure indiquée, en vue d'interdire à la première d'effectuer tout paiement au titre des garanties et d'appeler les contre-garanties afférentes.

Dans l'attente de l'ordonnance de référé à intervenir, le président du tribunal de commerce de Paris a interdit à BNP Paribas d'effectuer tout paiement au titre des garanties et d'appeler les contre-garanties afférentes.

Par actes des 1er et 12 août 2024, les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ont ainsi fait assigner BNP Paribas et l'Etat du Koweït, représenté par son Ministère des Travaux Publics, devant le juge des référés du tribunal de commerce de Paris aux fins notamment de :

« Faire défense à BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre de l'une quelconque des deux garanties bancaires de dispense de retenue à première demande émises pour le compte des sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A et Boodai Trading Company Ltd. au bénéfice du Ministère des Travaux Publics de l'État du Koweït, à savoir: 1. La garantie n° 04761IGK1400187; et 2. La garantie n° 04761IGKI500211.

Faire défense à BNP Paribas d'appeler les contre-garanties suivantes, contre-garanties in fine par Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A., respectivement: 1. Contre-garantie Banco Popular n° 1500GA211122053 2. Contre-garantie Banco Popular n° 1587GARE55961 3. Contre-garantie Banca Nazionale de Lavoro n° 39370/F 4. Contre-garantie Intesa Sanpaolo n° 07/08780/6003422 5. Contre-garantie Banca nazionale del Lavoro n° 519999/M 6. Contre-garantie Banca Popolare di Milano n° 150174961 »

Par ordonnance contradictoire du 20 décembre 2024, le premier juge :

-a dit irrecevables les sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A en leur demande de faire défense à BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre des garanties n°04761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 émises pour le compte des sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A et Boodai Trading Company Ltd. au bénéfice du Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït compte tenu de l'immunité de juridiction dont bénéficie l'État du Koweït,

- a dit l'exception d'incompétence recevable mais mal fondée,

- s'est déclaré compétent pour connaître du reste du litige,

- a débouté les sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A de leurs autres demandes (contre-garanties),

- a débouté les parties de leurs demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- a laissé les dépens à la charge des parties demanderesse, dont ceux à recouvrer par le greffe liquidés à la somme de

88,41 euros TTC dont 14,52 euros de TVA.

Par déclaration du 20 décembre 2024, les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ont relevé appel de cette décision sauf en ce que le premier juge a dit l'exception d'incompétence recevable mais mal fondée et s'est déclaré compétent pour connaître du reste du litige.

Par ordonnance du 20 décembre 2024, les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ont été autorisées à assigner, à jour fixe, BNP Paribas et l'Etat du Koweït, représenté par le Ministère des Travaux Publics, pour l'audience du 16 janvier 2025 et il a été :

-fait défense à BNP Paribas de procéder à un paiement quelconque au titre des Garanties suivantes, émises par la société BNP Paribas en faveur du Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït :

- Garantie BNP Paribas n° 04761IGK1100143 :

- Garantie BNP Paribas n° 04761IGK1100031 :

- Garantie BNP Paribas n° 04761IGK1400187 ;

- Garantie BNP Paribas n° 04761IGK1 500211.

- ordonné à BNP Paribas de s'abstenir de toute démarche pour obtenir le paiement des contre-garanties y afférentes, contre-garanties in fine par Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.P.A. et Trevi S.P.A,

- dit que cette mesure d'interdiction durera tant que la cour d'appel de Paris ne se sera pas prononcée sur l'appel de l'ordonnance de référé,

- rappelé que la présente ordonnance est exécutoire sur minute.

Par acte du 20 décembre 2024, les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ont assigné à jour fixe le Koweït et BNP Paribas et aux termes de leurs dernières conclusions remises et notifiées le 15 janvier 2025, demandent à la cour de :

- les déclarer recevables et fondées,

Y faisant droit,

- infirmer l'ordonnance du 20 décembre 2024 rendue par le président du tribunal de commerce de Paris sauf en ce qu'il a dit l'exception d'incompétence recevable mais mal fondée et s'est déclaré compétent pour connaître du reste du litige,

Et statuant à nouveau:

- constater que l'imminence du paiement de la garantie de restitution d'acompte n° 04761IGK1100143, de la garantie de bonne exécution n° 04761IGK1100031 et des garanties de dispense de retenue n° 04761IGK1400187 et n° 04761IGK1500211 émises par BNP Paribas, en suite de leur appel manifestement abusif par le Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït caractérise un cas d'urgence justifiant l'octroi de la mesure d'interdiction sollicitée les Appelantes;

-constater que l'appel de la garantie de restitution d'acompte n° 04761IGK1100143 et de la garantie de bonne exécution n° 04761IGK1100031, ainsi que tout appel des garanties de dispense de retenue n° 04761IGK1400187 et n° 04761IGK1500211 par le Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït sont manifestement abusifs et constituent des troubles manifestement illicites qu'il convient de faire cesser par la mesure d'interdiction sollicitée par les Appelantes;

- constater que l'appel manifestement abusif de la garantie de restitution d'acompte n° 04761IGK1100143 et de la garantie de bonne exécution n° 04761IGK1100031, ainsi que le risque imminent d'appel manifestement abusif des garanties de dispense de retenue n° 04761IGK1400187 et n° 04761IGK1500211 par le Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït commandent la nécessité de prévenir le dommage imminent que subiront les Appelantes du fait du paiement indu et irréversible de la garantie de restitution d'acompte par BNP Paribas;

Et par conséquent :

-faire défense à BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre des garanties n° 4761IGK1400187 et n° 04761IGK1500211 émises par BNP Paribas pour le compte des sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A et Boodai Constructions WLL au bénéfice du Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït ;

-ordonner à BNP Paribas de s'abstenir de toute démarche pour obtenir le paiement des contre-garanties y afférentes, suivantes :

1. Contre-garantie Banco Popular n° 1500GA211122053 (aujourd'hui, Banco Santander);

2. Contre-garantie Banco Popular n° 1587GARE55961 (aujourd'hui, Banco Santander);

3. Contre-garantie Banca Nazionale del Lavoro n° 39370/F ;

4. Contre-garantie Intesa Sanpaolo n° 07/08780/6003422 ;

5. Contre-garantie Banca nazionale del Lavoro n° 519999/M ;

6. Contre-garantie Banca Popolare di Milano n° 150174961.

-condamner BNP Paribas à verser à chacune des appelantes la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

-déboutter BNP Paribas et l'Etat du Koweït de l'ensemble de leurs demandes ;

-déboutter BNP Paribas de ses demandes formées au titre de son appel incident ;

-confirmer l'ordonnance dont appel en ce que le premier juge a dit l'exception d'incompétence recevable mais mal fondée, s'est déclaré compétent pour connaître du reste du litige et a débouté les parties de leurs demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

-condamner BNP Paribas aux entiers dépens de première instance et d'appel.

Dans ses dernières conclusions remises et notifiées le 13 janvier 2025, BNP Paribas demande à la cour de :

- Infirmer l'ordonnance de référé en ce que le juge a dit recevable mais mal fondée l'exception d'incompétence soulevée par BNP Paribas, s'est déclaré compétent pour connaître du reste du litige et a rejeté la demande de condamnation in solidum des sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi à lui payer la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Statuant à nouveau,

À titre principal,

- Juger qu'elle n'est pas compétente pour ordonner les mesures sollicitées par les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi,
en conséquence,

-Rejeter l'ensemble des demandes des sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi,

À titre subsidiaire,

-Juger que les mesures sollicitées par les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ne sont pas des mesures provisoires et ne relèvent donc pas du pouvoir du juge des référés (et de la Cour statuant comme juge d'appel),

en conséquence,

-Rejeter l'ensemble des demandes formulées par les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi,

À titre infiniment subsidiaire,

-Juger que les garanties de rétention n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 n'ayant pas été appelées, les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi sont irrecevables en toutes leurs demandes, subsidiairement mal fondées,

En tout état de cause :

- Rejeter l'ensemble des demandes formulées par les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi au titre des contre-garanties n°1500GA2111122053, n°1587GARE55961, n°39370/F, n°519999/M, n° 07/08780/6003422 et n°150174961;

- Rejeter la demande formulée par les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi de leur payer à chacune la somme de 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- Condamner in solidum les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi à lui payer la somme de 45.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- Condamner in solidum les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi aux entiers dépens avec faculté de recouvrement direct au profit de la société 2H Avocats.

Par conclusions remises et notifiées le 21 janvier 2025, l'Etat du Koweït demande à la cour de :

In limine litis

-relever son incompetence à connaître de la présente affaire, au profit de ses juridictions ;

-renvoyer les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi, à mieux se pourvoir ;

A titre principal

-constater que la cour d'appel de Paris, et plus généralement les juridictions françaises, sont dépourvues de tout pouvoir au titre de la présente affaire, en raison de l'immunité de juridiction dont il bénéficie ;

-dire que les sociétés Obrascón Huarte Lain SA, Rizzani de Eccher S.p.A. et Trevi S.p.A. sont irrecevables en leurs appel, et plus généralement en l'ensemble de leurs demandes, en raison de l'immunité de juridiction dont bénéficie l'État du Koweït ;

A titre subsidiaire

- dire que les sociétés Obrascon Huarte Lain SA, Rizzani de Eccher S.p.A. et Trevi S.p.A. sont irrecevables en leurs demandes nouvelles visant à faire défense à la société BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre des garanties ; et ordonner à la société BNP Paribas de s'abstenir de toute démarche pour obtenir le paiement des contre-garanties y afférentes, en ce qu'elles portent sur les garanties et contre garanties suivantes :

la garantie de restitution d'acompte n° 04761IGK1100143

o les contre-garanties afférentes à la garantie de restitution d'acomptes n° 04761IGK1100143 :

' Contre-garantie n° 1500GA2110981871 émise par Banesto (aujourd'hui, Banco Santander) ;

' Contre-garantie n° 1500GA2111112048 émise par Banco Popular (aujourd'hui, Banco Santander) ;

' Contre-garantie n° 34665/G émise par Banca Nazionale del Lavoro ;

' Contre-garantie n° 515525/K émise par Banca Nazionale del Lavoro ;

o la garantie de bonne exécution n° 04761IGK1100031

o les contre-garanties afférentes à la garantie de bonne exécution n°04761IGK1100031

' Contre-garantie n° 1500GA2110998950 émise par Santander ;

' Contre-garantie n° 1500GTIA949390 émise par Santander;

' Contre-garantie n° 34308/A émise par Banca Nazionale del Lavoro ;

' Contre-garantie n° 515209/F émise par Banca Nazionale del Lavoro ;

Confirmer l'ordonnance du 20 décembre 2024 en ce qu'elle a dit irrecevables les sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A en leur demande de faire défense à la SA BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre des garanties de dispense de retenue n°04761IGK1500211 et n°04761IGK1400187 émises pour le compte des sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, Trevi S.p.A et Boodai Trading Company Ltd. au bénéfice du Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït, les a déboutés de leurs autres demandes et a laissé les dépens à la charge des parties demanderesse, dont ceux à recouvrer par le greffe liquidés à la somme de 88,41 € TTC dont 14,52 € de TVA.

Exposé du litige

A titre infiniment subsidiaire

- juger que les mesures sollicitées par les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi ne sont pas des mesures provisoires, qu'elles n'ont pas vocation à être exécutées en France et qu'elles ne relèvent donc pas du pouvoir du juge des référés ;
- dire en conséquence que les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi sont irrecevables en leurs demandes ;
- dire n'y avoir lieu à référé ;
- débouter les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi de l'ensemble de leurs demandes ;

A titre infiniment subsidiaire

- juger que les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi échouent à rapporter la preuve et démontrer que l'État du Koweït aurait appelé les Garanties de Restitution d'Acompte et de les Garanties de Bonne Exécution de manière manifestement abusive ou frauduleuse ;
- juger que les sociétés Obrascón Huarte Lain SA, Rizzani de Eccher S.p.A. et Trevi S.p.A, échouent à rapporter la preuve d'un trouble manifestement illicite et imminent relatif aux Garanties de Dispense de Retenue, qui n'ont pas été appelées par l'État du Koweït.
- dire n'y avoir lieu à référé ;
- débouter les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi de l'ensemble de leurs demandes ;

En tout état de cause

- débouter les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi de l'ensemble de leurs demandes ;
- condamner in solidum les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi à lui payer la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamner in solidum les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi aux entiers dépens.

Le 19 février 2025, la cour a soulevé, s'agissant d'un litige à caractère international, l'application du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et notamment son article 35 au regard de la nature de la demande formée devant le juge des référés et les a invitées à lui adresser leurs observations avant le 26 février.

Par message du 25 février 2025, les appelantes font valoir que les règles de compétence du Règlement sont applicables pour déterminer la compétence juridictionnelle du juge français saisi du présent litige et excluent toute immunité de juridiction. Elles considèrent que les juridictions françaises sont compétentes en application de l'article 4 du Règlement.

Par message du 26 février 2025, BNP Paribas prétend qu'à supposer que le Règlement ait vocation à s'appliquer, son article 35 ne permet pas de justifier la compétence du juge des référés français en l'absence de lien de rattachement avec la France.

Par message du 26 février 2025, l'Etat du Koweït soutient que le Règlement n'est pas applicable, a minima à son égard

dès lors qu'il n'a pas son domicile sur le territoire d'un État membre de l'UE, que le litige ne rentre pas dans le champ d'application du Règlement relatif à la « matière civile et commerciale » et qu'à titre subsidiaire, l'article 35 du Règlement ne permet pas à la cour de retenir sa compétence pour octroyer les mesures sollicitées.

Par message du 4 mars 2025, la cour a invité les parties à lui adresser leurs observations avant le 10 mars 2025 sur la règle de conflit de loi et notamment le Règlement n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) pour déterminer la loi applicable au litige devant le juge des référés.

Par message du 7 mars 2025, les appelantes ont transmis une note en délibéré aux termes de laquelle elles soutiennent que la nature du litige qui concerne l'octroi de mesures conservatoires par le juge des référés sur le fondement du droit procédural français n'appelle pas l'application de règles de conflit.

Par message du 10 mars 2025, l'Etat du Koweït a transmis une note en délibéré aux termes de laquelle il considère que devant le juge des référés, dans le cadre d'une demande de mesure conservatoire, le droit du for reste applicable, nonobstant l'application de la loi koweïtienne désignée par le règlement Rome I pour le litige au fond.

Par message du 10 mars 2025, BNP Paribas a transmis une note en délibéré aux termes de laquelle elle soutient tout à la fois que le règlement Rome I désigne pour le contentieux de la garantie la loi koweïtienne en application des articles 4§2 et 19, BNP Koweït, succursale de BNP Paribas France, devant fournir la prestation caractéristique mais qu'en matière d'appel de garantie à première demande le juge des référés ne peut faire droit à la demande que s'il constate le caractère manifestement abusif ou frauduleux, peu important le droit applicable à la garantie.

Pour un exposé plus détaillé des faits, de la procédure, des moyens et prétentions des parties, la cour renvoie expressément à la décision déferée ainsi qu'aux conclusions susvisées, conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

Motivation

SUR CE, LA COUR,

A titre liminaire, la cour relève que les demandes des appelantes sont en réalité limitées aux garanties n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 et à leurs contre-garanties, les deux autres garanties faisant l'objet de procédures distinctes.

Toute demande relative à l'exercice d'une immunité de juridiction constitue une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile et le juge saisi à ce titre doit y répondre avant tout autre moyen au fond en ce compris les exceptions de procédures comme les exceptions d'incompétence.

L'Etat du Koweït soulevant son immunité de juridiction, il convient d'examiner cette question en premier avant de statuer sur la compétence du juge français.

1. Sur l'immunité de juridiction soulevée par l'Etat du Koweït

Moyens des parties

L'Etat du Koweït soulève l'irrecevabilité de la demande des appelantes au motif qu'il bénéficie d'une immunité de juridiction en application de l'article 5 de la Convention des Nations-Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004. Il considère que les conditions prévues par l'article 6§2 sont remplies en ce qu'il est partie à la procédure au sens de l'article 6§2a) et qu'en tout état de cause, quand bien même il serait intervenant, ce qu'il réfute dès lors qu'il n'a pas été attiré postérieurement à l'introduction de l'instance originaire, les mesures sollicitées par les appelantes visent à porter atteinte à ses droits et intérêts en le privant d'appeler la garantie contractuellement souscrite au sens de l'article 6§2b). Il rappelle de surcroît qu'une partie intervenante est une partie autonome qui peut faire valoir tout moyen de défense.

Il considère que l'appel de la garantie relève d'une décision souveraine afin de satisfaire l'intérêt public, conformément à la circulaire koweïtienne 15/2016, et se distingue du paiement lui-même qui relève d'une simple mesure d'exécution. Il souligne que la Cour de cassation a admis qu'un marché de travaux public était un acte passé dans l'intérêt d'un service public, cette notion devant être interprétée beaucoup plus largement qu'en droit administratif français, que selon l'article 2.2 de la convention des Nations-Unies, il convient pour apprécier la nature commerciale de la transaction d'analyser le but du contrat, et qu'en l'espèce les garanties, nonobstant leur caractère autonome, s'inscrivent dans un ensemble contractuel plus vaste et tendent à la bonne exécution d'un chantier public de grande ampleur pour l'intérêt d'un service public. Il considère que le juge français commettrait un excès de pouvoir en statuant dès lors qu'il devra apprécier le « caractère manifestement abusif ou frauduleux » de l'appel de la garantie qui a été fait par son ministère des Travaux Public.

Les appelantes soutiennent, en premier lieu, que l'Etat du Koweït n'a pas la qualité de défendeur puisqu'aucune demande n'a été formée contre lui et qu'il n'a été mis en cause, aux termes de l'article 331 du code de procédure civile, qu'aux fins d'opposabilité de l'arrêt à intervenir. Elles rappellent qu'aucun acte de procédure ne mentionne l'Etat du Koweït en qualité de défendeur, que l'intervention forcée est possible afin d'éviter une tierce opposition ultérieure et qu'en l'espèce, l'Etat du Koweït a été mis en cause afin qu'il ne puisse pas se retrancher derrière l'autorité relative de chose jugée de l'arrêt et « accessoirement pour éclairer la cour sur le caractère abusif de l'appel des garanties. » Elles font valoir que l'intervention forcée ab initio est possible et que l'Etat du Koweït ajoute une condition à l'article 331 en soutenant qu'elle doit être mise en 'uvre ultérieurement. Enfin, elles se prévalent de jurisprudences dans lesquelles le bénéficiaire de la garantie n'avait pas été appelé, démontrant ainsi qu'il n'était pas le défendeur à l'action. Elles ne contestent pas le droit pour l'Etat du Koweït de présenter des moyens généraux de défense mais lui opposent la possibilité d'utiliser sa présence facultative comme seul fondement d'objections procédurales dans le but de faire échec à des demandes qui ne le visent pas.

En second lieu, elles font valoir qu'au regard du droit international des immunités et de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'immunité de juridiction n'est applicable que si l'acte litigieux est un acte de souveraineté de l'Etat et que la personne visée est l'Etat, qu'en l'espèce l'acte litigieux concerne le paiement par BNP Paribas d'une garantie à première demande, que cet acte a une nature purement commerciale, qu'il peut être réalisé dans n'importe quel rapport de droit privé et que la Convention des Nations-Unies, qui n'est toutefois pas applicable, la France ne l'ayant pas ratifiée, exclut à l'article 10(1) l'immunité de juridiction dans l'hypothèse d'une transaction commerciale lorsqu'en vertu des règles applicables de droit international privé, les contestations relatives à cette transaction relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat.

Réponse de la cour

' Sur la qualité procédurale de l'Etat du Koweït

Selon l'article 63 du code de procédure civile, les demandes incidentes sont : la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention.

Aux termes de l'article 66 du même code, constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires.

L'article 331 du même code prévoit qu'un tiers peut être mis en cause aux fins de condamnation par toute partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal, qu'il peut également être mis en cause par la partie qui y a intérêt afin de lui rendre commun le jugement et que le tiers doit être appelé en temps utile pour faire valoir sa défense.

Il ressort de l'assignation que si les appelantes n'ont émis des demandes qu'à l'encontre de BNP Paribas, elles ont, pour autant, assigné ab initio l'Etat du Koweït. La mention « en présence de » sur l'assignation, qui ne renvoie à aucune disposition procédurale, n'a pas empêché les appelantes d'assigner directement et simultanément cet Etat avec BNP

Paribas.

L'Etat du Koweït a ainsi été mis dans la cause dès l'origine de l'instance. A ce titre, en application des articles précités, il ne peut être qualifié d'intervenant, l'intervention supposant la préexistence d'un procès engagé entre les parties originaires.

Les appelantes ont fait le choix d'assigner, dès l'origine, l'Etat du Koweït afin de lui rendre opposable les décisions rendues et d'éviter que la voie de la tierce opposition ne lui soit ouverte.

L'Etat du Koweït a ainsi la qualité de défendeur et peut, à ce titre, émettre toutes prétentions, sans être limité par la nature de celles-ci.

En tout état de cause, il en serait de même s'il était un intervenant forcé. En devenant partie au procès, il pourrait soutenir des moyens de défense comme le rappelle l'alinéa 3 de l'article 331, sous réserve de l'application de l'article 333.

Il convient en conséquence d'examiner l'immunité de juridiction soulevée par l'Etat du Koweït.

' Sur l'immunité de juridiction

Les principes du droit international régissent l'immunité des Etats. La Cour de cassation a admis que la convention des Nations-Unies du 2 décembre 2004, ratifiée le 12 août 2011 par la France, et qui n'est, en tout état de cause, pas encore entrée en vigueur, reflétait le droit coutumier international en matière d'immunité de juridiction.

En vertu de l'article 5 de la Convention des Nations Unies, un État jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État, sous réserve des dispositions de la Convention.

Les Etats étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats. Tel n'est pas le cas d'un contrat commercial. (1^{re} Civ., 12 janvier 2022, pourvoi n° 20-20.516)

Afin de déterminer si l'Etat du Koweït bénéficie d'une immunité de juridiction, il convient d'examiner la nature du contrat qui donne lieu au litige et son but.

En l'espèce, il est acquis que les appelantes ont fourni au Ministère des Travaux Publics plusieurs garanties à première demande dont celles n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211, souscrites à son bénéfice par BNP Paribas.

Selon ces garanties, BNP Paribas s'est engagée à payer à l'Etat du Koweït à première demande écrite la somme 2.173.825,776 dinars koweïtiens (soit environ 6,5 millions d'euros) et 11.122.698,796 dinars koweïtiens (soit environ 32,5 millions d'euros), malgré toute opposition de la joint-venture.

La qualification de garantie à première demande de ce contrat n'est pas discutée par les parties, celles-ci se référant d'ailleurs à l'article 2321 du code civil selon lequel la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme, soit à première demande soit suivant des modalités convenues ; le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ; le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie ; sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.

Contrairement à ce que soutient l'Etat du Koweït, dès lors que la garantie à première demande est l'engagement unilatéral de BNP Paribas de régler certaines sommes au bénéficiaire, l'action introduite par les appelantes ne vise pas à lui dénier la possibilité d'appeler la garantie mais à interdire au garant de lui régler les sommes dues en cas d'abus ou de fraude manifestes.

Afin d'apprécier la nature et la finalité de la garantie à première demande, la cour retient que :

- l'article 2(1)(c) de la Convention des Nations Unies définit spécifiquement « Tout contrat de prêt ou autre transaction de nature financière, y compris toute obligation de garantie ou d'indemnisation en rapport avec un tel prêt ou une telle transaction » comme une « transaction commerciale » ;
- L'article 2 (2) prévoit que « Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une « transaction commerciale » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'État du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction » ;
- L'article 10 prévoit que si un Etat effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, les contestations relatives à cette transaction commerciale relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction.

Cette garantie a été conclue sans aucune clause exorbitante du droit commun qui se rattacherait aux prérogatives de puissance publique du Koweït. Cet engagement de BNP Paribas aurait pu être souscrit, dans des termes identiques, au bénéfice de n'importe quelle autre personne morale de droit privé. L'Etat du Koweït, au regard de sa seule qualité de bénéficiaire, n'a pris aucun engagement, seule BNP Paribas ayant l'obligation de lui verser les sommes prévues, à sa première demande. Le contrat revêt ainsi un caractère commercial et ne relève pas d'un acte de puissance public de l'Etat du Koweït.

Le but poursuivi par cette garantie à première demande est de permettre à l'Etat du Koweït de recevoir une certaine somme en garantie de la bonne exécution des obligations contractées par la joint-venture. Au regard de la nature, précisément autonome de la garantie, le contrat sous-jacent conclu entre le Ministère des Travaux Publics et la joint-venture est sans incidence sur la validité de la garantie. Les appelantes, ne peuvent, pour s'opposer au paiement par le garant, faire valoir aucun moyen relatif au contrat sous-jacent. Dans ces conditions, ce dernier, qui certes a été conclu entre le Ministère des Travaux Publics et la joint-venture dans l'intérêt d'un service public, est inopérant pour déterminer si la garantie à première demande participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de cet Etat.

Ainsi, au regard de sa nature commerciale et de son but, il convient de retenir que la garantie autonome souscrite par BNP Paribas au profit de l'Etat du Koweït ne relève pas d'un acte de la puissance publique de celui-ci et de rejeter la fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction de cet Etat.

2. Sur la compétence du tribunal de commerce

o Sur la compétence territoriale

Moyens des parties

Les intimés soulèvent in limine litis une exception d'incompétence territoriale.

BNP Paribas soutient qu'en matière de garantie bancaire autonome, le tribunal compétent est celui du lieu où la garantie est payable, qu'il n'existe aucun lien de rattachement avec la France, que le contrat sur la base duquel la garantie a été émise prévoyait l'obligation de recourir à une banque au Koweït, qu'il s'agissait d'un contrat portant sur des infrastructures d'un Etat étranger souverain, que la garantie a été émise par BNPP Koweït et contient une clause d'élection de domicile et que le Ministère des Travaux Publics a adressé sa demande de paiement à BNPP Koweït. Elle considère que la pratique bancaire internationale et, notamment, les Règles Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux Garanties sur Demandes (RUGD), applicables même en l'absence de référence explicite dans la garantie litigieuse, rappellent que le litige entre le garant et le bénéficiaire est soumis aux tribunaux compétents du pays où se situe la succursale qui a émis la garantie. Or, elle rappelle que les garanties sont amenées à être payées depuis un compte bancaire ouvert dans les livres de BNPP Koweït vers un compte bancaire appartenant au Ministère des Travaux Publics ouvert au Koweït.

BNP Paribas prétend qu'à supposer que le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ait vocation à s'appliquer, son article 35 ne donne pas compétence au juge des référés français en l'absence de lien de rattachement réel entre l'objet de la mesure sollicitée et le juge saisi, que la mesure provisoire ou conservatoire doit pouvoir s'exécuter sur le territoire du juge saisi ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Elle rappelle que le juge français n'est pas le juge compétent au fond, qu'aucune autre juridiction de l'Union Européenne n'est compétente pour trancher le litige relatif au caractère abusif ou non de l'appel de la Garantie par l'Etat du Koweït, cette question

relevant du juge du contrat conclu entre les appelantes et l'Etat du Koweït puisqu'elle implique de déterminer les droits et obligations respectifs des appelantes et du Ministère des Travaux Publics au titre dudit contrat, chaque partie s'estimant créancière de l'autre.

L'Etat du Koweït soutient, en premier lieu, que le Règlement n'est pas applicable, a minima à son égard dès lors qu'il n'a pas son domicile sur le territoire d'un État membre de l'Union Européenne et qu'il appartient ainsi au juge français d'apprécier sa compétence selon son droit national.

En second lieu, il prétend que le litige ne rentre pas dans le champ d'application du Règlement relatif à la « matière civile et commerciale », qu'aux termes de la jurisprudence de la CJUE, il convient, pour déterminer si des mesures provisoires et conservatoires relèvent du champ d'application de ce règlement, d'apprécier la nature des droits dont elles visent à assurer la sauvegarde au fond, et qu'en l'espèce, les droits à sauvegarder sont les droits de l'Etat du Koweït à pouvoir appeler les garanties dont il dispose régulièrement, ce qui constitue une décision souveraine qu'il prend en fonction de l'intérêt public. Il ajoute qu'un litige portant sur des actes *jure imperii* ne relève pas de la matière civile et commerciale.

A l'instar de BNP Paribas, il rappelle que la garantie de restitution d'acompte se rattache exclusivement à l'ordre juridique koweïtien, que le contrat de base prévoit une clause attributive de compétence aux tribunaux koweïtiens opposable à toutes les parties et, notamment, à BNP Paribas dès lors que la clause est suffisamment large et qu'il existe des références croisées entre les contrats.

Il fait également valoir que si la garantie de restitution d'acompte est qualifiée de contrat international, la pratique bancaire, reflétée par les RUGD, attribue compétence au tribunal du pays où se situe la succursale qui a émis la garantie.

Enfin, il prétend que la prorogation de compétence lorsqu'il y a plusieurs codéfendeurs, en droit commun international, ne peut être retenue que si les demandes présentent un caractère sérieux, ce qui fait défaut en l'espèce dès lors qu'il n'existe aucun lien de rattachement avec la France.

En réplique, les appelantes considèrent que les juridictions françaises sont compétentes en application de l'article 4 du Règlement dès lors que BNP Paribas est domiciliée en France et qu'aux termes de l'arrêt Van Uden de la CJUE, le juge compétent au fond en vertu des règles posées par le Règlement est toujours compétent pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires, sans qu'il soit nécessaire de faire application de l'article 35 du Règlement. Elles soulignent que le litige les opposant à BNP Paribas, fondé sur les Garanties, est distinct de celui les opposant à l'Etat du Koweït, fondé sur le contrat de construction et les traités bilatéraux d'investissement. A titre subsidiaire, elles allèguent que les juridictions françaises sont compétentes pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires en vertu de l'article 35 du Règlement.

Les appelantes soulignent que si BNP Paribas prétend que le litige concerne exclusivement sa succursale au Koweït, elle a pourtant suspendu l'exécution de la garantie de restitution d'acompte en application de l'ordonnance du président du tribunal de commerce du 5 août 2024 qui ne visait pas sa succursale et que la clause d'élection de domicile mentionnée

dans la Garantie est sans incidence sur la compétence internationale au même titre que le lieu d'exécution du contrat et que la clause attributive de juridiction prévue dans le contrat sous-jacent est inopposable à BNP Paribas qui ne l'a pas signé.

Elles prétendent par ailleurs que la théorie des codéfendeurs n'a pas à s'appliquer en l'espèce dès lors que l'Etat du Koweït n'est pas défendeur et que BNP est le seul défendeur contre lequel une demande est formée.

Enfin, elles contestent l'applicabilité des RUGD en l'absence de stipulation expresse dans la Garantie.

Réponse de la cour

La garantie a été émise par BNP Paribas, société de droit français, ayant son siège social en France, au profit du Ministère des Travaux Publics de l'Etat du Koweït à la demande notamment de trois sociétés européennes. Si cette garantie comporte des tampons « BNP Paribas, Kuwaït Branch » confirmant l'existence d'une agence au Koweït, il n'en demeure pas moins que la garantie a été émise par BNP Paribas, en qualité de société française, le pied de page de la lettre mentionnant expressément « BNP Paribas, French Public Limited Compagny with capital de €2.396.307.068, Head Office, [Adresse 1] ' RCS Paris 662 042 449 ». Il ne peut donc être valablement allégué par BNP Paribas, que sa branche koweïtienne serait autonome et disposerait d'une personnalité distincte.

Au regard du caractère international du litige, la cour a soulevé d'office l'application du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Sur la compétence à l'égard de BNP Paribas

L'article premier du Règlement prévoit qu'il s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction, qu'il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (acta jure imperii).

L'article 4 dispose que :

« 1. Sous réserve du présent Règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »

Selon l'article 63, pour l'application du présent Règlement, les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé:

- a) leur siège statutaire ;
- b) leur administration centrale ; ou
- c) leur principal établissement.

Selon l'article 35, les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond.

En l'espèce, le litige ne porte pas sur la responsabilité d'un Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique mais a trait au blocage des fonds, à titre provisoire, par BNP Paribas, d'une garantie à première demande.

En premier lieu, il est rappelé que le contrat de garantie à première demande a une nature commerciale et porte sur l'engagement unilatéral de BNP Paribas de verser les fonds réclamés à première demande.

En second lieu, les appelantes sollicitent une mesure provisoire ou conservatoire au sens de de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle les mesures provisoires ou conservatoires autorisées par l'article 35 sont des mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application du Règlement, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder les droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond (CJCE, 26 mars 1992, C-261/90, Reichert et Kockler, points 31 et 34, CJCE 17 novembre 1998)

En troisième lieu, BNP Paribas est domiciliée en France en application de l'article 63 du Règlement.

Dès lors, en application l'article 4 du Règlement et de la jurisprudence de la CJUE, le juge français est compétent pour statuer sur les demandes relatives à la Garantie souscrite par BNP Paribas et est également compétent pour statuer sur une demande visant à l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires (CJUE, 17 novembre 1998, Van Uden, C-391/95, point 19).

Contrairement à ce que soutient BNP Paribas, la clause d'élection de domicile mentionnée dans la garantie ne saurait constituer une clause attributive de juridiction dès lors qu'aucun tribunal n'est désigné en cas de litige. Par ailleurs, alors que la Garantie est autonome du contrat de base conclu entre la joint-venture et le Ministère des Travaux Publics, la clause attributive de juridiction prévue dans ce contrat n'est pas opposable à BNP Paribas qui n'était pas partie au contrat. La simple référence au contrat signé entre la joint-venture et l'Etat du Koweït dans la Garantie ne suffit pas à rendre la clause attributive opposable à BNP Paribas.

Enfin, BNP Paribas ne peut valablement se prévaloir des RUGD alors que leur article 1^{er} prévoit qu'elles ne sont applicables que si la garantie y est expressément soumise et que dans la garantie litigieuse, il n'est fait aucune référence aux RUGD. BNP Paribas ne démontre par ailleurs aucunement que ces RUGD constitueraient un usage qui pourrait venir supplanter les règles internationales de compétence.

Sur la compétence à l'égard de l'Etat du Koweït

A l'égard de l'Etat du Koweït, codéfendeur situé hors Union Européenne, il convient d'appliquer le droit commun du for, c'est-à-dire l'article 42 du code de procédure civile étendu à la matière internationale.

L'alinéa 2 de l'article 42 prévoit que s'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.

BNP Paribas ayant son siège en France, les appelantes pouvait en conséquence attirer le Koweït devant les juridictions françaises. Il ne saurait être valablement soutenu que la demande à l'égard de BNP Paribas ne présente pas un caractère sérieux alors qu'elle est le seul défendeur contre lequel les appelantes forment des demandes.

Il convient en conséquence de retenir, à l'égard de l'Etat du Koweït, la compétence du juge français par combinaison des articles 4 du Règlement et 42 du code de procédure civile étendu à la matière internationale.

' Sur la compétence d'attribution

Moyens des parties

L'Etat du Koweït fait valoir que le tribunal de commerce est matériellement incompétent pour connaître des demandes formées par les appelantes puisqu'il n'est pas commerçant, que la Garantie à première demande est un acte mixte et qu'en application du principe de distributivité, il peut se prévaloir de l'exception d'incompétence du tribunal de commerce.

Les appelantes rappellent qu'elles ne forment aucune demande à l'égard de l'Etat du Koweït dont la présence à l'instance n'a vocation qu'à lui rendre opposable l'arrêt, qu'elles sont au même titre que BNP Paribas, contre qui la demande est dirigée, des sociétés commerciales justifiant la compétence du tribunal de commerce.

Réponse de la cour

L'article L.721-3 du code de commerce prévoit que les tribunaux de commerce connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;

2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

La demande des appelantes vise à interdire à BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre de la garantie de bonne exécution qu'elle a émise pour leur compte au bénéfice du ministère des Travaux Publics du Koweït. Aucune demande n'est formée à l'égard du Koweït de sorte que le juge consulaire, nonobstant l'absence de qualité de commerçant du Koweït, était compétent pour statuer sur la demande formée à l'encontre de BNP Paribas.

3. Sur le pouvoir du juge des référés pour statuer

Moyens des parties

BNP Paribas et l'Etat du Koweït prétendent que le juge des référés ne peut statuer qu'à titre provisoire, qu'en l'espèce, les mesures sollicitées par les appelantes s'apparentent à des mesures définitives, et que le juge des référés excéderait ses pouvoirs s'il faisait droit à la demande des appelantes.

Elles ajoutent que l'exécution des virements doit intervenir au Koweït de sorte que le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner une mesure dont l'effet serait de bloquer des garanties koweïtiennes, émises au Koweït par une banque koweïtienne au bénéfice de l'Etat du Koweït.

Les appelantes répliquent qu'en application de l'article 484 du code de procédure civile, les ordonnances de référé ont un caractère provisoire, sans que la mesure ne soit limitée dans le temps.

Réponse de la cour

Selon l'article 484 du code de procédure civile, l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.

L'article 488 du même code ajoute que l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.

Pour voir interdire à BNP Paribas d'effectuer un paiement au titre de la garantie de bonne exécution, les appelantes, au visa des articles 872 et 873 du code de procédure civile, se fondent sur l'existence d'un trouble manifestement illicite et sur la nécessité de prévenir un dommage imminent qui découlerait du paiement des dites sommes. Il en résulte qu'elles demandent au juge des référés de statuer selon les pouvoirs qui lui sont attribués.

Le moyen selon lequel les appelantes n'ont pas assorti leur demande d'une durée est inopérant, la décision rendue en référé étant par nature provisoire et n'ayant pas au principal l'autorité de la chose jugée.

Le juge français étant territorialement compétent pour statuer, les intimées ne peuvent se prévaloir du lieu d'exécution des paiements pour dire que le juge des référés est dépourvu de pouvoir pour statuer.

Par ailleurs, les intimées confondent l'obligation de BNP Paribas de verser à l'Etat du Koweït les sommes réclamées en exécution de la Garantie et la créance alléguée par l'Etat du Koweït à l'égard des appelantes qui ne relève pas de la présente instance.

Il convient en conséquence de retenir que le président du tribunal de commerce était compétent pour statuer sur la demande de blocage de la garantie.

4. Sur la mesure sollicitée et l'appréciation du caractère non frauduleux ou abusif de l'appel des garanties de rétention

Moyens des parties

Pour voir interdire à BNP Paribas de procéder au paiement des garanties, les appelantes se fondent sur les articles 872 et

873 du code de procédure civile en considérant d'une part, que l'appel de la garantie par le Ministère des Travaux Publics constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser et un dommage imminent qu'il convient de prévenir et d'autre part, que l'urgence est caractérisée par le paiement de la garantie. Elles en concluent que le juge des référés a le pouvoir de faire défense au garant de payer le montant de la garantie autonome au bénéficiaire.

Elles soutiennent qu'en raison de la nature du litige qui concerne l'octroi de mesures conservatoires, sur le fondement du droit procédural français, il n'y a pas lieu d'appliquer de règle de conflit de loi et qu'en outre, le règlement Rome I ne s'applique pas à la procédure. Elles soulignent, en tout état de cause, que le droit applicable au litige au fond des garanties est le droit français dès lors que la prestation caractéristique est l'engagement de BNP Paribas, société française, domiciliée en France, de verser certaines sommes au bénéficiaire.

Elles considèrent que les garanties de dispense de retenue ont un objet strictement limité consistant à garantir la période de maintenance de certains travaux, que cette période est écoulée, que l'Etat du Koweït n'a émis aucune réserve et que les certificats partiels d'Achèvement final attestent de la bonne exécution des travaux. Elles en concluent que les garanties de dispense de retenue n'ont plus d'objet. Elles ajoutent que l'Etat du Koweït dispose encore de la somme de 4 millions à titre de garantie sur les paiements dus à la joint-venture et que le paiement par BNP Paribas des garanties entraînerait pour elles des conséquences financières très graves, mettant en péril leurs activités alors que la perception des garanties par l'Etat du Koweït, cinquième pays le plus riche du monde, est sans incidence sur son économie. Enfin, elles se prévalent d'un dommage irréversible dès lors qu'elles ne pourraient jamais récupérer les sommes versées.

Elles considèrent que nonobstant l'absence d'appel des garanties de retenue par l'Etat du Koweït, elles sont recevables à solliciter le prononcé d'une interdiction de paiement à titre préventif dès lors que l'objet des garanties ayant cessé d'exister, tout appel de la garantie serait manifestement abusif et que l'imminence de l'appel est démontrée par l'appel des autres garanties.

L'Etat du Koweït considère que devant le juge des référés, dans le cadre d'une demande de mesure conservatoire, le droit du for reste applicable, nonobstant l'application de la loi koweïtienne désignée par le règlement Rome I pour le litige au fond.

Il fait valoir que le juge des référés ne peut faire défense au garant de payer une garantie qu'en cas de fraude ou d'abus manifestes en application de l'article 2321 du code civil et qu'en conséquence les appelantes ne peuvent se prévaloir d'un dommage imminent et du risque qu'elles encourent si le paiement des garanties intervient.

Il souligne que les différentes périodes de maintenance sont encore en cours, que l'appel régulier des autres garanties justifie que les garanties de dispense de retenue, qui n'ont pas été encore appelées, ne soient pas bloquées et qu'en application de l'article 60(4) du contrat, il pourrait prélever tout montant qui lui est dû sur les garanties de retenue.

BNP Paribas soutient, tout à la fois, que le règlement Rome I désigne pour le contentieux de la garantie la loi koweïtienne en application de ses articles 4§2 et 19, BNP Koweït, succursale de BNP Paribas France devant fournir la prestation caractéristique et que le juge des référés ne peut lui interdire de verser la garantie que s'il constate que l'appel à la garantie est manifestement abusif ou frauduleux, peu important le droit applicable à la garantie.

Elle soutient qu'en l'absence de tout appel des garanties de rétention, les appelantes sont irrecevables à solliciter le prononcé d'une interdiction de paiement, que la doctrine et la jurisprudence refusent toute action préventive et que l'existence d'un abus ou d'une fraude manifestes suppose préalablement que la garantie ait été appelée.

Réponse de la cour

Aux termes de l'article 872 du code de procédure civile, dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Selon l'article 873 du code de procédure civile, le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Constitue un trouble manifestement illicite la violation évidente d'une règle de droit résultant d'un fait matériel ou juridique et le dommage imminent s'entend de celui qui n'est pas encore réalisé mais qui se produira sûrement si la situation dénoncée perdure.

Sur la règle de conflit de loi

Dans un litige international, le juge des référés ne peut prononcer que des mesures connues dans le droit français et doit ainsi statuer dans les limites des articles 872 et 873 précités.

Mais, le juge des référés doit mettre en 'uvre la règle de conflit applicable afin de déterminer la loi désignée et apprécier en l'espèce s'il convient de faire interdiction, à titre préventif, à BNP Paribas de payer à l'Etat du Koweït les garanties n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 au regard du trouble manifestement illicite, du dommage imminent et de l'urgence invoqués par les appelantes (Civ. 1 , 6 juin 1990, n 8817553, Civ.1ère, 6 février 2008 n°0712672). Les développements invoqués par les appelantes concernant des mesures conservatoires demandées à un juge de l'exécution sont inopérants dès lors que leur demande est fondée sur les articles 872 et 873 précités.

La garantie souscrite par BNP Paribas au bénéfice de l'Etat du Koweït est une obligation contractuelle, ce qui conduit à appliquer la règle de conflit de loi prévue par le Règlement n°593/2008 du parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

L'article 3 du Règlement dispose que :

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

2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Les garanties n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 ne contiennent pas de clause de choix de loi.

Mais dans le cadre de la présente instance, devant le juge des référés, toutes les parties sollicitent l'application de la loi française et discutent, pour déterminer s'il convient de faire droit à la demande des appelantes, de la condition prévue par l'article 2321 du code civil relative au caractère ou non manifestement abusif ou frauduleux de l'appel à la garantie. Ce faisant, les parties ont effectué un choix de loi conformément à l'article 3 qu'il convient de prendre en compte, en retenant l'application de la loi française.

Sur le mal-fondé de la demande

Aux termes de l'article 2321 du code civil, la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.

Il en résulte que le juge des référés ne saurait interdire au garant de régler la garantie au bénéficiaire au motif que son paiement mettrait en péril la situation du donneur d'ordre.

Les garanties n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 sont des garanties de retenue. Il n'est pas contesté qu'elles n'ont pas été appelées par l'Etat du Koweït.

Or, pour statuer sur la demande des appelantes, la cour doit examiner si l'appel de la garantie est manifestement abusif ou frauduleux et constitue un trouble manifestement illicite ce qui suppose que la garantie ait été préalablement appelée. Il en est de même pour apprécier l'imminence d'un dommage. Ainsi, en l'absence d'appel par l'Etat du Koweït des garanties de rétention, la cour ne peut que rejeter la demande des appelantes concernant les garanties et les contre-garanties.

Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile

Les sociétés Obrascón, Rizzani et Trevi, succombant à l'instance, sont condamnées in solidum aux dépens avec faculté de recouvrement direct au profit de la société 2H Avocats et à verser à l'Etat du Koweït et à BNP Paribas, à chacun, la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

Infirme l'ordonnance critiquée,

Statuant à nouveau,

Rejette la fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction du Koweït ;

Dit que le juge des référés français est territorialement et matériellement compétent pour statuer sur la demande relative aux garanties n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 ;

Dit que le juge des référés a le pouvoir de statuer sur la demande formée par les sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, et Trevi S.p.A concernant les garanties n°4761IGK1400187 et n°04761IGK1500211 ;

Rejette les demandes des sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, et Trevi S.p.A ;

Condamne les sociétés Obrascón Huarte Lain S.A., Rizzani de Eccher S.p.A, et Trevi S.p.A aux dépens avec faculté de recouvrement direct au profit de la société 2H Avocats et à verser l'Etat du Koweït la somme de 15.000 euros et à BNP Paribas la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT