

L'exécution des sentences arbitrales

Si l'on considère l'exécution des sentences comme l'objectif premier de la procédure arbitrale, on découvre assez vite un apparent paradoxe : bien que les sentences arbitrales soient en pratique difficilement exécutées (ne serait-ce que du fait des immunités dont bénéficient les États), l'exécution forcée est rarement requise contre la partie défaillante. Plusieurs voies d'amélioration sont possibles s'agissant de la procédure d'exécution des sentences arbitrales (de sa reconnaissance à son exécution proprement dite), comme de l'immunité d'exécution des États. La pratique montre également que l'exécution pure et simple de la sentence arbitrale n'est pas toujours une fin en soi, et que différentes alternatives peuvent se dessiner dans l'intérêt mutuel des parties.

La procédure d'exécution des sentences, une mécanique à parfaire ?

En l'absence d'exécution spontanée, l'exécution de la sentence arbitrale va supposer deux étapes : d'abord l'obtention d'une reconnaissance de la sentence permettant le recours à l'exécution forcée, puis la réalisation même de l'exécution de la sentence par l'identification des biens saisissables de la partie défaillante. Mais tel n'est pas le cas des sentences CIRDI qui bénéficient d'un régime spécifique d'exécution en vertu des articles 53 et 54 de la Convention de Washington interdisant en principe tout contrôle étatique de la sentence rendue sous l'égide du CIRDI ; et lui substituant un mécanisme de contrôle unifié sous la forme d'un recours en annulation soumis à un Comité *ad hoc* institué par le CIRDI.

Se pose alors la question de savoir quel serait le meilleur système en matière d'exécution des sentences. Le système CIRDI semble préférable, car l'arbitrage est dénationalisé sur la base d'un traité, pris en charge administrativement par un secrétariat compétent, et l'exécution des sentences est quasiment automatique en vertu de l'article 54 de la Convention de Washington. En comparaison, le système CNUDCI fonctionne sur la base de lois nationales d'arbitrage, et l'exécution est régie par les articles 4 et 5 Convention de New York qui prévoient toute une série de cas de refus d'exécution. Or plus de 10% des sentences rendues en vertu de la Convention de New York ont fait l'objet de tels refus d'exécution, et ce taux ne cesse d'augmenter.

Cela dit, il reste encore deux questions à résoudre. En premier lieu, 26 États membres de l'Union européenne sont également États contractants à la Convention CIRDI. Un État manque encore, et c'est la Pologne. Il faut donc convaincre nos amis polonais d'y adhérer. En deuxième lieu, il faut trouver une solution pour résoudre la question de savoir comment l'Union européenne pourrait être considérée comme un État contractant au sens des articles 67 et 68 de la Convention CIRDI. Il y a plusieurs solutions à cela, entre autres « agence » et « équivalent fonctionnel » (« *functional equivalent* ») comme appliqué dans le cas de l'Organisation mondiale du commerce (OMC-WTO).

Partant de là, quelles pourraient être les réformes envisageables des différents mécanismes d'exécution existants ?

Le système CIRDI

Il semble que peu de dispositions de la Convention de Washington appellent une réforme. Le Règlement CIRDI, en revanche, pourrait être adapté, car avec l'évolution très rapide du

nombre et de la nature des affaires, nombre de ses dispositions semblent aujourd'hui relever de « l'archéologie juridique ».

Mais le système CIRDI, certes particulièrement efficace, peut également rebuter justement parce qu'il est perçu comme trop contraignant. Certains États en effet, notamment la Russie ou l'Argentine, estiment que les sentences devraient être reconnues par le droit local pour devenir exécutoires et ont dès lors la réputation de s'abstenir de se conformer aux sentences CIRDI rendues à leur encontre. Un remède existe pourtant à l'article 66 de la Convention de Washington relatif aux arbitrages État contre État.

Le système CNUDCI

Une première piste de réforme viserait à remédier à la divergence de régime observée entre les sentences CIRDI et les autres sentences d'investissement, et plusieurs propositions ont déjà vu le jour pour améliorer la Convention de New York dans ce sens.

Dès 1998, le Professeur Fouchard proposait de traiter la sentence comme une sentence internationale, en réduisant fortement le rôle du siège de l'arbitrage. De façon plus ambitieuse, il proposait également la création d'un organisme international unique de contrôle des sentences arbitrales internationales.

Lors de la conférence de l'ICCA en 2008 à Dublin, le Professeur van den Berg a également présenté une *Hypothetical Draft Convention*¹. Il y proposait notamment de modifier l'article III de la Convention de New York relatif à la procédure d'*exequatur* en supprimant la référence aux procédures suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, pour se référer uniquement aux conditions mentionnées par la Convention elle-même.

Le règlement CNUDCI peut également être réformé de façon significative, comme on l'a vu en 2010 avec les nouvelles dispositions sur la transparence.

La Cour permanente d'arbitrage

En matière d'exécution des sentences, on peut encore mentionner le nouveau règlement de la Cour permanente d'arbitrage, adopté le 17 décembre 2012. Ce nouveau règlement se veut être une consolidation des quatre règlements déjà existants, et précise en préambule qu'il n'a pas vocation à les remplacer Il ne fait donc qu'ajouter « *une nouvelle option* ».

Cette nouvelle option se fonde sur le règlement CNUDCI de 2010, modifié pour « *réfléter les aspects de droit international public que présentent les différends impliquant au moins un État, une entité contrôlée par l'État ou une organisation intergouvernementale ; présenter le rôle du Secrétaire général et celui du Bureau international de la CPA ; et souligner la souplesse du Règlement et l'autonomie qu'il donne aux parties* ».

Toutefois, le champ d'application du nouveau règlement est extrêmement vaste. L'article 1 al. 1 prévoit en partie pertinente :

¹ Lien vers le document à télécharger : http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf

« Si un État, une entité contrôlée par l'État ou une organisation intergouvernementale a convenu avec un ou plusieurs États, entités contrôlées par l'État, organisations intergouvernementales ou parties privées que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, qu'il soit contractuel, fondé sur un traité ou autre, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage 2012 (ci-après dénommé « le Règlement »), ces litiges seront tranchés selon ce Règlement sous réserve des modifications dont les parties seront convenues entre elles. »

Le problème est que la solution proposée est une solution standard pour tous les cas : « *One size fits all* ». En effet, les rédacteurs du nouveau règlement ont voulu couvrir à la fois l'arbitrage entre deux États, et l'arbitrage entre un État et une partie privée (un investisseur). À tort, ils ont pensé y arriver en faisant disparaître une disposition clé du règlement CNUDCI (2010), en l'occurrence l'article 1§3. Or cette disposition prévoit précisément :

« Le présent Règlement régit l'arbitrage. Toutefois, en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, cette dernière prévaut. »

Un arbitrage régi par le règlement CNUDCI est donc toujours régi par les dispositions d'ordre public de la loi d'arbitrage, et dans la plupart des cas, il s'agira la loi du lieu du siège de l'arbitrage.

Le fait que le règlement de la Cour permanente d'arbitrage ne mentionne plus cette disposition s'apparente donc à un tour de passe-passe. Tout d'abord, le règlement de la CPA se réfère bel et bien à un droit applicable à l'arbitrage. Il en est ainsi par exemple de l'article 17 al. 4 comme de la clause type relative à la renonciation aux voies de recours, chacune de ces deux dispositions se référant à « *la loi applicable à l'arbitrage* ». Ensuite il reste qu'un arbitrage entre un investisseur et un État selon le nouveau règlement est pratiquement toujours régi par la loi du lieu de l'arbitrage. Or les conséquences sont très importantes s'agissant du contrôle qui sera exercé sur la sentence arbitrale.

Repenser le régime international de l'immunité d'exécution des États ?

La règle actuellement en vigueur en matière d'exécution s'articule autour d'un principe qui est l'immunité d'exécution des États, et souffre deux exceptions alternatives. D'une part, l'État peut renoncer à son immunité, de façon explicite ou suffisamment univoque (bien que la Cour de cassation ait parfois admis des renonciations implicites), en vertu de l'interprétation a contrario de l'article 34 du Règlement CCI. D'autre part, l'immunité d'exécution d'un État peut être exceptionnellement écartée, au terme de l'arrêt Eurodif c/ République islamique d'Iran, lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : le bien saisi doit non seulement avoir été affecté à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé, mais encore faut-il que ce même bien donne lieu à la demande en justice. C'est alors au créancier qu'il incombe d'apporter les preuves que ces deux conditions cumulatives sont réunies. Si les biens ont été affectés par un organisme indépendant de la personne publique, ils seront alors présumés avoir été affectés à une activité commerciale (Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1985, Sonatrach). Or une solution inverse a été rendue en 2002, de telle sorte que l'on nage actuellement en pleine incertitude.

Ainsi lorsqu'un État refuse d'exécuter spontanément la sentence arbitrale, il est alors extrêmement difficile d'obtenir l'exécution forcée par la saisie des biens. Face à cette

procédure hasardeuse, les entreprises ne poursuivent que rarement l'exécution forcée, ce qui explique que le contentieux relatif à l'exécution forcée soit si faible.

S'agissant des solutions, on pourrait bien sûr imaginer que les États renoncent par traité à toute immunité. Cette solution est théoriquement envisageable, et nul doute qu'elle serait extrêmement efficace. Il existe d'ores et déjà des clauses de renonciation à l'immunité d'exécution dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI). Par exemple l'article 9 § 5 du TBI entre la Suisse et l'Ouzbékistan prévoit « *la partie contractante qui est partie au différend ne pourra à aucun moment de la procédure de règlement ou d'exécution d'une sentence exciper de son immunité ou du fait que l'investisseur a reçu en vertu d'un contrat d'assurance une indemnité* ». On peut compter au moins une quinzaine de clauses de ce type.

Une autre piste de réforme consisterait en l'uniformisation du régime international de l'immunité d'exécution des États, de façon à la restreindre aux actifs liés à l'exercice de la souveraineté. Étant donné les difficultés actuelles relatives à la ratification de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la solution la plus réaliste serait que les États traditionnellement investisseurs négocient une renonciation partielle à l'immunité d'exécution dans le cadre des traités bilatéraux qu'ils concluent.

Si la sentence ne peut être exécutée, quelles alternatives ?

Les modes alternatifs de règlement

Un des modes alternatifs principaux de règlement a longtemps été constitué par des institutions telles que le Club de Paris, ou le club de Londres pour les créances non garanties. Le mécanisme était très simple : en présence d'un litige, l'investisseur était couvert par un assureur public, de telle sorte qu'une fois la sentence prononcée, l'investisseur obtenait le versement de l'indemnité par son assureur crédit public, en général pour le compte de l'État. Ensuite, l'État négociait ou renégociait comme il l'entendait le paiement de cette dette dans le cadre des accords bilatéraux et multilatéraux du Club de Paris.

Il est évident que ce mode de fonctionnement, qui a fonctionné avec succès depuis une trentaine d'années, est aujourd'hui à bout de souffle pour différentes raisons. Dès lors, ce mode alternatif de règlement des créances détenues sur les États est à repenser complètement. Par ailleurs, étant donné que de plus en plus d'États interviennent dans des activités commerciales en concurrence avec des groupes privés, l'État condamné par une sentence arbitrale et qui ne l'exécute pas, fausse alors délibérément la concurrence au détriment des groupes privés qui exercent exactement la même activité. L'exécution des sentences est donc également un enjeu majeur pour les entreprises qui opèrent dans des secteurs concurrentiels.

La sentence, un instrument de négociation

En réalité, du point de vue des investisseurs, la sentence est avant tout une étape dans le processus de règlement d'un conflit. Lorsqu'une entreprise obtient une sentence arbitrale en sa faveur, celle-ci est non seulement synonyme d'indemnités pécuniaires, mais elle peut également changer le paysage juridique et les positions de force des parties rien que par son prononcé, et indépendamment de tout paiement éventuel. Il ne faut donc pas négliger l'effet considérable que peut avoir le simple rendu d'une sentence.

Et puis, l'avantage des Conventions de Washington et de New York est qu'elle laissent une marge d'interprétation et de subjectivité que les investisseurs apprécient. Elles offrent ainsi un espace propice à la négociation. Si l'on réformait les Conventions et qu'exécuter une sentence devenait une simple formalité administrative, il n'y aurait plus de place pour la négociation : une partie serait sûre de gagner et l'autre de perdre. Or dans une perspective commerciale, il n'est jamais bon de fermer la porte à la négociation. En pratique en effet, même la partie qui est placée dans une position de force évidente ne l'exercera pas toujours, parce qu'elle ne cherchera jamais à éliminer un client potentiel, un État qui accueille ses investissements.

Au stade de l'exécution maintenant, il n'est pas rare, même de la part d'une partie ayant accepté d'exécuter spontanément une sentence, que cette dernière donne lieu à des négociations. Les négociations porteront alors sur détails n'ayant pas été précisément réglés par la sentence, ou encore sur des questions annexes qui demeureront non réglées. La perte sur une affaire peut par ailleurs être compensée par un gain sur une autre, et l'inexécution d'une sentence peut donc être considérée comme un risque que l'entreprise doit savoir gérer.

Une réforme de l'exécution des sentences pourrait également avoir pour conséquence de provoquer des réactions radicales de la part des États qui traditionnellement accueillent les investissements étrangers : la dénonciation de la convention CIRDI par exemple. Dans les faits, les entreprises doivent déjà faire face à de nombreuses complications dans les États d'accueil, tant au niveau politique qu'économique, et les listes de pays dans lesquels l'investissement est sécurisé sont de plus en plus courtes... Le fait que de nombreux États aient ratifié les Conventions de Washington et de New York est donc un avantage considérable pour les entreprises. Dès qu'un État dénonce un tel système, c'est un pays de moins dans lequel on peut envisager d'investir sereinement. Or, dans un contexte concurrentiel particulièrement fort, l'objectif premier reste de préserver les opportunités.

En conclusion, les investisseurs privés se montreraient évidemment favorables à une amélioration du système d'exécution des sentences arbitrales, mais à condition qu'elle ne se fasse pas au détriment des relations commerciales avec les États d'accueil.