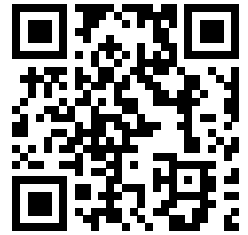


Title:

ICC Award No. 15913, Clunet 2015, 216 at seq.



Content:

Page: 216

I. *Pacta Sunt Servanda* (oui) - Principes Unidroit. - Principe de bonne foi. - Principe d'enrichissement sans cause. - Principe de croyance légitime.

II. Lois de police (non). - Ordre public. - Conception française de l'ordre public international.

III. Intérêts moratoires. - Taux d'intérêts. - Point de départ des intérêts. - Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral.

IV. Frais de l'arbitrage. - Répartition. - Frais internes.

Sentence arbitrale rendue dans l'affaire CCI n° 15913 en 2011 (original en langue française).

Cette sentence arbitrale finale fut rendue dans le cadre d'un différend opposant une société de droit britannique (la « demanderesse ») à une société de droit algérien (la « défenderesse ») et portant sur le défaut de versement par la défenderesse du prix de cession (le « Prix de cession ») de la part détenue par la demanderesse dans une société tierce, à l'origine codétenue par les parties.

Conformément à la clause compromissoire, un tribunal arbitral de trois membres fut nommé, le lieu de l'arbitrage étant Paris, France et le droit applicable au fond le droit algérien.

Le tribunal arbitral examinait successivement la dette du prix de cession, les causes de son non-paiement, les conséquences qu'il convenait d'en tirer et les demandes annexes, puisque, « (...) résumé dans son aspect essentiel, le litige porte davantage sur les modalités de paiement de cette dette que sur son principe même ».

En ce qui concerne le Prix de cession, et plus particulièrement la monnaie de paiement (la défenderesse contestant l'obligation de paiement en dollars américains au profit du dinar algérien), considérant les éléments de preuve à sa disposition, et que notamment les contrats signés par les parties, le tribunal arbitral constatait que la défenderesse « (...) ne saurait imposer unilatéralement à son cocontractant (...) un paiement en dinars algériens, qui ne correspond pas aux engagements contractuels. Et le tribunal arbitral, statuant en droit, est tout aussi tenu *prima facie* au respect de ce principe essentiel de *Pacta sunt servanda*, principe essentiel du droit algérien des contrats (V. C. civ., art. 106 et 107. - V. également, A. Bencheneb, *Théorie générale du contrat* : 2e ed. 1982), d'ailleurs très largement reconnu par les autres législations, les jurisprudences étatiques, les sentences arbitrales internationales ou encore les Principes Unidroit relatifs au contrats du commerce international ».

Plus intéressante est l'analyse du tribunal arbitral sur les causes du non-paiement, la défenderesse estimant qu'elle ne pouvait passer outre l'autorisation de la Banque extérieure d'Algérie qu'elle n'avait pas obtenue malgré ses efforts en ce sens, en arguant du caractère impératif (loi de police) de la réglementation algérienne des changes. Le tribunal arbitral trancha le litige comme suit:

« 49. Afin d'expliquer hier le non-paiement du Prix de cession et aujourd'hui de s'opposer à toute demande de condamnation par le tribunal arbitral à un paiement en dollars américains, [la défenderesse] invoque son impossibilité de payer dans cette monnaie. Cette impossibilité tiendrait au fait qu'ayant

Page: 217

déployé tous les efforts afin d'obtenir l'autorisation de la Banque extérieure d'Algérie, elle se serait heurtée à « l'absence d'autorisation des autorités de change algériennes », et n'a pu et ne peut, sans faute de sa part, « payer le Prix de cession à l'étranger, que ce soit à partir d'Algérie ou de l'étranger ». [La défenderesse] ajoute que les dispositions de la réglementation des changes algériennes font « partie de la loi algérienne applicable au fond du litige, constituent des lois de police et sont d'ordre public international en vertu de l'article VIII 2(b) des statuts du FMI » (...).

50. Il ne paraît pas contestable que le Paiement du Prix de cession à partie [sic] de l'Algérie paraît a priori soumis aux règles algériennes relatives au contrôle des changes et que le tribunal arbitral doit en tenir compte. L'applicabilité, comme l'a remarqué de manière constante et à juste titre [la défenderesse] (...), de la réglementation des changes algériennes ne fait pas de doute: cette législation a vocation à s'appliquer en tant que *lex contractus*, le droit algérien, dont elle fait incontestablement partie, étant celui qui régit l'Acte de cession (...). Reste à savoir comment interpréter les dispositions en cause et surtout si [la défenderesse] peut utilement les invoquer pour refuser tout paiement ou tenter de s'opposer à toute condamnation en dollars américains (...).

51. Appliquer à la présente situation ces dispositions à titre de loi de police soulève en revanche de sérieuses interrogations. Non pas parce que la réglementation des changes d'un État ne saurait de manière générale revêtir un caractère de loi de police - même s'il a pu être remarqué que la méthode des lois de police, opposée à la méthode conflictualiste, n'est pas véritablement applicable en matière de monnaie et de changes (C. Kleiner, *La monnaie dans les relations privées internationales*, préf. P. Mayer. : LGDJ, 2009, n° 428, (...)) - alors qu'elle tend, comme cela a été souligné en doctrine, à la protection de la balance des paiements, vise donc de manière préventive à empêcher la dépréciation de la monnaie nationale et participe à l'organisation de cet État [sic] et à la protection de ses intérêts majeurs. Non davantage parce que l'arbitre, juge privé, ne serait pas à même d'appliquer des lois de police alors qu'une telle solution restrictive se trouve fortement critiquée (V. notamment, pour une étude d'ensemble, C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer : Dalloz, 2001, *passim*).

52. Ce qui pose problème, c'est bien d'appliquer en l'espèce ces dispositions à titre de loi de police. L'invocation de l'article VIII.2.b des Statuts du FMI [Cet article dispose : « Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et qui sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État, maintenue ou imposée conformément aux présents statuts, ne seront exécutoires sur les territoires d'aucun État membre ».] par [la défenderesse] soulève déjà des difficultés et ce point divise fortement les Parties au litige (...). Savoir si la réglementation des changes algérienne bénéficie de la protection de ce texte conduit déjà à relever que, s'il n'est pas impossible aux arbitres de vouloir s'y conformer, il est vrai que les Statuts du FMI ne s'appliquent pas directement aux arbitres, mais bien aux États parties et à leurs autorités. Surtout, il faut bien admettre que l'article VI.3 des mêmes Statuts pose [sic] l'obligation à l'État concerné de ne pas retarder indûment les transferts de fonds effectués pour le règlement d'engagements (...).

53. Le tribunal arbitral souligne encore que l'application immédiate de ces dispositions relatives au contrôle des changes, application fondée sur un impératif de protection des intérêts économiques majeurs de l'État algérien,

Page: 218

ne s'impose pas à l'évidence dès lors que le droit algérien lui-même est particulièrement complexe, soucieux tout à la fois de protéger ses intérêts nationaux mais aussi de garantir les investissements étrangers. Il opère ainsi notamment une distinction au sein des transferts de devises à l'étranger entre, d'une part, des transferts libres et, d'autre part, des transferts soumis à autorisation ce sur quoi précisément les Parties s'opposent (...). Reconnaître en bloc la qualification de loi de police pour la réglementation algérienne des changes ne va donc pas de soi, loin s'en faut.

54. Surtout, c'est l'aspect extrême des conséquences de la position de [la défenderesse] qui ne peut que faire douter raisonnablement qu'un opérateur puisse se réfugier derrière l'invocation de l'intérêt supérieur d'un État dont il est le ressortissant et qui est aussi en l'espèce son seul actionnaire (...), afin de tenter de s'exonérer de tout paiement contractuellement dû et d'empêcher toute condamnation à ce titre au prétendu motif tiré de l'existence d'une loi de police. Le tribunal arbitral doit trancher un litige et ne peut se laisser enfermer par une rhétorique, aussi brillante soit-elle, qui consiste [sic] à souligner qu' " on voit mal comment (...) autoriser [la défenderesse], ou le Tribunal Arbitral, à faire fi de la nécessaire autorisation de transfert des autorités algériennes " (...), alors même qu'à aucun moment, l'illicéité de ces actes n'est soulevée ».

En ce qui concerne les conséquences de ce non-paiement, le tribunal arbitral décida :

« 69. Ainsi, le tribunal arbitral retient-il le droit pour [la demanderesse] d'obtenir l'exécution par équivalent de l'obligation de paiement du Prix de cession en dollars américains et estime que cette réparation est due sans qu'il soit nécessaire de retenir une faute de la part de [la défenderesse] qui a souscrit une obligation de paiement, renforcée par une garantie de transfert de dollars américains, si le paiement du Prix de cession ne pouvait intervenir dans les six mois de l'Acte de cession, « pour quel motif que ce soit ».

70. Selon [la défenderesse] il serait impossible, sous peine de violation de l'ordre public algérien, de la contraindre par voie de sentence à effectuer un transfert sans l'autorisation nécessaire de la Banque extérieure d'Algérie. Le tribunal arbitral estime cette argumentation inopérante dans la mesure où il n'entend nullement à l'évidence donner un quelconque ordre à la Banque extérieure d'Algérie, d'ailleurs non partie ni représentée au présent litige, ni se substituer à son autorisation, ni même ordonner un transfert sans autorisation de celle-ci.

71. Mais il constate en revanche que [la défenderesse] est débitrice en dollars américains de la dette de paiement du Prix de cession et qu'elle pourra, forte de cette sentence qu'elle cherchera à exécuter de bonne foi, à régler de sa dette qu'elle a d'ailleurs parfaitement reconnue. Elle ne saurait en effet faire autrement sans s'enrichir alors indûment et sans tromper alors de manière illégitime son cocontractant. Elle porterait sinon une grave atteinte à des principes fondamentaux dégagés par la jurisprudence arbitrale internationale : principe d'exécution de bonne foi des conventions, principe d'enrichissement sans cause ou encore de croyance légitime (Ph. Fouchard, E Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international : Litec, n° 1479 et s. et les réf. citées. - V. également en droit civil algérien, C. civ., art. 106, 107 et 141). Ce qu'elle n'a, à l'évidence, aucune intention de faire, déclarant elle-même très honnêtement dans ses écritures qu'on ne peut « pas laisser perdurer une situation anormale dans laquelle seul un versant d'un contrat synallagmatique a reçu exécution (...) ».

Page: 219

72. Il est par conséquent totalement impossible au tribunal arbitral, tenu par le principe de droit algérien de force obligatoire et d'exécution de bonne foi des contrats, de faire droit à la demande de [la défenderesse] qui, tout en reconnaissant sa dette, lui demande de ne pas retenir de faute de n'avoir pas payé [la demanderesse], propose de retenir une résolution du contrat sans faute (...), pour en conclure qu'une condamnation n'aurait pu intervenir qu'en dinars algériens mais que, faute pour [la demanderesse] de prêter main-forte à cette thèse - ce qu'elle a effectivement refusé (...) - [la défenderesse] "ne peut donc que maintenir sa demande de rejet intégral des prétentions de [la demanderesse]" (...). Une telle solution serait contraire à l'ordre public international français, invoqué par [la défenderesse] lorsqu'elle analyse un éventuel recours en annulation contre la sentence.

73. La présente sentence peut donc parfaitement ordonner un paiement en dollars américains - à [la défenderesse] de trouver les moyens d'y arriver et à [la demanderesse] la possibilité, dans le cas contraire, de les saisir au besoin à l'étranger - sans pour autant entraîner pour le tribunal arbitral une méconnaissance de la réglementation des changes algérienne, partie intégrante du droit qu'il a mission d'appliquer en tant que *lex contractus*, ni pour sa sentence une violation de l'ordre public international, laquelle doit être, aux termes de la jurisprudence française aujourd'hui bien établie - et pertinente dès lors que l'arbitrage se déroule en France - " flagrante, effective et concrète ". Le tribunal arbitral estime d'ailleurs qu'il est possible que [la défenderesse] obtienne en bonne intelligence, forte de cette sentence, l'autorisation qui a tant manqué jusqu'à ce jour d'un paiement en dollars américains et exécute ainsi spontanément cette sentence, en conformité avec l'article 28(6) du Règlement CCI. Comme elle le souligne elle-même et dont le tribunal arbitral ne doute pas, [la défenderesse] " peut légitimement souhaiter " en effet une telle exécution spontanée, " surtout quand elle n'a commis aucune faute, ne serait-ce que pour éviter une atteinte indue à son image et à sa réputation en cas d'exécution forcée à l'étranger entre les mains de ses clients et débiteurs " (...).

74. Prenant acte de l'absence d'autorisation à ce jour de la Banque extérieure d'Algérie, le tribunal arbitral condamne en conséquence [la défenderesse] sur le fondement de l'article 176 précité du Code civil algérien à payer à [la demanderesse], en principal, le montant de (...) ».

Page: 220

Sur les demandes annexes, principalement la question des intérêts, la défenderesse s'opposait tant au principe qu'au taux applicable et au point de départ des intérêts de retard demandés par la demanderesse. Constatant que le droit algérien ne prohibe aucunement l'octroi de dommages-intérêts compensant le retard dans l'exécution de l'obligation de payer, par application de l'article 186 de son Code civil (« [l]orsque l'objet de l'obligation entre personnes privées, consiste en une somme d'argent dont le montant est fixé au moment de la demande en justice, le débiteur est tenu, en cas de retard dans l'exécution, de réparer le dommage occasionné par ce retard »), le tribunal arbitral relevait qu'une telle disposition était confortée:

« 80. (...) tant par la convergence des systèmes juridiques dans leur ensemble, que par les Principes Unidroit applicables aux contrats du commerce international - notamment dans les dispositions de son article 7.4.9 (1) - pouvant servir à titre de *ratio scripta*, que par la pratique et les sentences arbitrales internationales (V. notamment sur ces différents points *J. Ortscheidt, La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international* : Dalloz, 2001, n° 482 et s. - *Y. Derains, Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international*, in *Études offertes à P. Bellet: Litec*, 1991, p. 101 et s. - sentence CCI n° 7331/1994: JDI 1995, p. 1001 (...), selon laquelle « il est admis en droit international que les parties qui obtiennent gain de cause sur le fond ont le droit de recevoir des intérêts sur le principal accordé ». - sentence CCI n° 9466/1999, YCA, vol. XXVII-2002, p. 170 (pièce KBR 81), selon laquelle « *it is a general principle of law, as well as of international trade practice, that the harm normally sustained as a consequence of delay in payment of a sum of money be compensated by interest* »). Tenant compte de cet usage du commerce international par application de l'article 17.2 du Règlement CCI, le tribunal arbitral fera droit également à ce titre à la demande d'intérêt monétaire formulée par [la demanderesse] ».

Sur le taux d'intérêts applicable, le tribunal arbitral relevait par ailleurs,

« 83. (...) qu'il existe une grande liberté des arbitres internationaux, voire un véritable pouvoir discrétionnaire, quant à la fixation du taux, en l'absence de taux contractuellement prévu et de taux uniforme applicable (V. notamment, *Y. Derains, Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international*, article préc., p. 101 et s.) (...) ».

Usant de son pouvoir souverain d'appréciation, le tribunal arbitral fixait un taux applicable par référence au taux Libor du dollar américain plus trois mois, « taux qu'il convient d'appliquer dans la mesure où la créance est due en dollars américains et qu'il s'agit d'un taux couramment utilisé par les arbitres du commerce international - à la date du point de départ des intérêts moratoires (...) ».

Concernant cette dernière, le tribunal arbitral estimait encore que « (...) les arbitres internationaux disposent d'une grande marge de liberté dans la fixation du point de départ des intérêts moratoires », et décidait de retenir celle du jour de l'introduction de l'instance auprès du secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, jusqu'au paiement effectif de l'intégralité du montant dû.

[...]

Referring Principles:

V.2.4 - Distribution of currency transfer risk

VII.6 - Duty to pay interest