

Colloque Paris 25-26 octobre 2013

Thème général : 4. le règlement alternatif des différends commerciaux

L'influence de la crise financière sur le choix de résolution des différends internationaux : vision française et européenne

Caroline Kleiner

professeure à l'université de Strasbourg

La crise financière que traverse la France, l'Europe et le monde en général depuis l'été 2007 est souvent comparée par son ampleur à la crise de 1929. A ma connaissance, aucun travail portant sur le contentieux provoqué par cette crise n'a été réalisé, ce qui prive la présente recherche d'une dimension historique. Mais il est vrai que l'époque était moins encline au déclenchement de procès que la nôtre. Aujourd'hui, la processualisation des relations juridiques peut s'exercer devant différents types de tribunal : tribunal étatique et arbitral. L'ouverture des fors nationaux aux litiges impliquant des étrangers, la possibilité offerte aux parties à un contrat de choisir leur tribunal étatique, ainsi que le développement de différentes procédures d'arbitrage laissent aux protagonistes d'une relation juridique affectée par la crise financière un large choix de mode de règlement des différends. Comment choisissent-ils ? Est-ce qu'un *for* particulier, idoine pour les litiges liés à la crise financière se dégage et si oui, pour quelles raisons ? Telles sont les questions qui font l'objet de cette présente recherche.

Pour y répondre, il est crucial de cerner d'abord ce que l'on entend par « litiges liés à la crise ». En adoptant une vision large, tout ou presque tout litige de nature économique pourrait être lié à la crise financière. Néanmoins, afin d'étudier l'impact réel de la crise financière sur le choix de mode de résolution des litiges, il convient de retenir une vision restrictive, qui est celle du défaut de paiement d'un débiteur en raison d'un contexte conjoncturel très défavorable et qui peut provoquer, ou non, la faillite de celui-ci. La crise financière a précisément donné lieu à un nouveau type de litige, celui initié par des personnes privées détentrices de bons d'État sur lesquels l'État fait défaut. Alors qu'auparavant, la situation de défaut d'un État était réglée à un niveau interétatique¹, celui-ci fait désormais l'objet de débats dans les prétoires étatiques et arbitraux. Un autre type de litige directement suscité par la crise concerne bien entendu celui des faillites. La faillite de grandes banques, telles que Lehman Brothers aux Etats ou Fortis en Europe, liée à leur engagement excessif sur

¹ Quelques affaires célèbres de la Cour internationale de Justice, dite *des Emprunts russes*, *des Emprunts brésiliens* (1929) puis celle *des emprunts norvégiens* en atteste. L'accord du 27 mai 1997 conclu entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Fédération de Russie sur le règlement définitif des créances réciproques financières et réelles apparues antérieurement au 9 mai 1945 montre également que les difficultés relatives au remboursement de la dette russe ont été réglées entre Etats.

le marché des subprimes, a bien évidemment des répercussions internationales, ce qui se constate aujourd'hui à travers des différentes affaires portées des différents tribunaux étatiques européens impliquant ces deux grandes banques. Parce que le temps est très limité aujourd'hui, je me contenterai d'évoquer le premier type de litige, celui de la dette souveraine. Le fait que dans ce cas, l'une des parties au litige est un Etat offre aux créanciers de celui-ci un nouveau *for* : le CIRDI.

I. Un nouveau *for* de protection des « investisseurs » en bons d'État en temps de crise : le CIRDI

La France, comme 26 autres États membres de l'Union européenne² est partie au CIRDI (mis en place par la Convention de Washington de 1965) et a conclu, comme les autres États membres de l'UE, une multitude de traités bilatéraux de protection des investissements prévoyant comme mécanisme de règlement des différends d'investissement l'arbitrage CIRDI. La Fédération de Russie, elle, a signé la convention CIRDI mais ne l'a pas ratifiée et j'ignore si elle envisage de le faire.

En quoi le CIRDI est-il un nouveau *for* pour les créanciers de dette souveraine ? Parce qu'une sentence arbitrale CIRDI, rendue dans l'affaire *Abaclat et autres c. Argentine*, le 4 août 2011 a admis la compétence du tribunal arbitral CIRDI (sentence rendue par deux arbitres, le troisième arbitre ayant rendu une opinion dissidente exprimant son profond désaccord avec cette décision) au sujet d'une demande formée initialement par 180 000 porteurs italiens de titres de dette argentine, nombre réduit ensuite à 60 000 porteurs³. Plusieurs questions juridiques se trouvent soulevées par cette affaire. D'abord, celle de savoir si l'achat de bons d'État est effectivement un investissement (ce qui justifie alors la compétence d'un tribunal arbitral CIRDI). Ensuite, celle de savoir s'il est possible de porter devant ce type de tribunal une telle action de masse, alors que ni la convention de Washington ni le règlement d'arbitrage CIRDI ne prévoient de dispositions relatives à un arbitrage de masse ou *class arbitration*. Enfin, celle de savoir si le tribunal arbitral pouvait ignorer la clause attributive de juridiction incluse dans certains des bons d'Etat en cause, désignant, selon les cas, les juridictions new yorkaises, suisses ou italiennes. Finalement, une quatrième question relève moins du juridique que du sociologique : qu'est-ce qui motivent les créanciers de dette souveraine à saisir un tribunal arbitral CIRDI plutôt que les juridictions étatiques convenues ? Car la sentence *Abaclat* a en effet suscité des suiveurs : deux autres cas contre l'Argentine ont

² Les Etats membres de l'UE qui sont pas parties à la convention sont la Lettonie et la Pologne.

³ Sentence sur la compétence et la recevabilité, n° ARB 07/5.

été enregistrés à l'initiative de porteurs d'obligations d'États⁴. Un État membre de l'Union européenne se trouve aujourd'hui directement concerné, la Grèce étant défenderesse dans un arbitrage CIRDI initié par une banque slovaque à propos de la restructuration de la dette grecque⁵.

Si la France venait à faire défaut sur sa dette, détenue à 61,9 % par des non-résidents⁶, il serait possible qu'elle ait à faire face à une demande portée devant un tribunal CIRDI (à condition évidemment que les porteurs de titres aient la nationalité d'un Etat avec lequel la France a conclu un traité de protection des investissements). La Russie, elle, est à l'abri.

L'arbitrage d'investissement n'est toutefois pas la seule méthode de résolution des litiges choisie par créanciers des Etats.

II. La difficulté d'exécuter une décision condamnant un Etat à payer ses créanciers

L'émission de bons d'Etat est souvent faite dans le cadre d'un contrat « cadre » d'émission mis en œuvre par des intermédiaires financiers. Ces contrats peuvent contenir une clause attributive de juridiction, par laquelle l'État renonce à son immunité de juridiction. Tel était le cas dans une affaire née aux États-Unis du fait du défaut argentin et qui a eu des répercussions dans plusieurs États européens, et même en dehors de l'Europe. En 2006, un tribunal new-yorkais (compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction) a condamné l'Argentine à payer à un fonds privé d'investissement (NML), représentant le montant nominal des titres achetés par le fond (alors même que l'achat de ces titres a été effectué après la déclaration de défaut de l'Argentine). Face au refus de l'Argentine de payer, le fonds privé d'investissement cherche à faire saisir des biens appartenant au gouvernement argentin se situant au Royaume-Uni, en Suisse, en Belgique et en France en invoquant le jugement américain. La Cour de cassation (comme la Belgique), dans trois arrêts du 28 mars 2013⁷, a considéré que l'Argentine n'avait pas renoncé à son immunité d'exécution et confirme donc les arrêts ayant accepté la mainlevée aux saisies initiées par NML.

Comment auraient tranché les juridictions russes dans ce cas ? A quelles conditions accepterait-elle de faire exécuter le jugement américain ? Quel est le point de vue du droit russe sur le droit des immunités des États sur leurs biens ?

⁴ *Giovanni Alemanni et autres c. Argentine* (CIRDI n°ARB/07/8) et *Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. Argentine* (CIRDI n°ARB/08/9). Une sentence sur la compétence a été rendue dans cette dernière affaire, admettant la compétence du tribunal CIRDI, le 8 février 2013.

⁵ *Poštová banka, a.s. et ISTROKAPITAL SE c. Grèce*, (CIRDI n°ARB/13/8).

⁶ http://www.aft.gouv.fr/articles/encours-des-oat-des-btan-et-des-btf-detenus-par-les-non-residents_131.html

⁷ Civ. 1^{re} 28 mars 2013, pourvoi n°11-10.450 ; 10-25.938 ; 11-13.323.