

ARRET CIVIL - EXEQUATUR

Audience publique du vingt-sept avril deux mille dix-sept

Numéro 40105 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;
M. Serge THILL, premier conseiller;
Mme Agnès ZAGO, premier conseiller;
M. Alain BERNARD, greffier.

Entre:

la société publique de droit mexicain SOC1.), établie et ayant son siège social à (...), Mexique,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ, de Luxembourg du 25 juin 2013,

comparaissant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société de droit mexicain SOC2.), établie et ayant son siège social à (...), Mexique,

intimée aux fins du prédit acte GALLÉ,

comparaissant par la société Loyens & Loeff Luxembourg s.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20 Edward Steichen, **représentée par Maître Véronique HOFFELD,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Les avocats ont marqué leur accord à ce que M. le président de chambre Étienne SCHMIT, chargé de faire rapport, tienne seul l'audience pour entendre les plaidoiries.

Le magistrat rapporteur a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral. Il a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

1. La procédure

Par ordonnance du 22 mars 2013, un magistrat du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré exécutoire la sentence arbitrale rendue le 16 décembre 2009 à Mexico, aux Etats-Unis mexicains, siège de l'arbitrage, par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, dans l'affaire CCI no 13.613/CCO/JRF, entre la société la société SOC2.) et la société SOC1.).

L'acte de signification de l'ordonnance a été expédié par un huissier de justice luxembourgeois au ministère des affaires étrangères mexicain le 26 avril 2013 aux fins de signification à la société SOC1.).

Par acte d'huissier de justice du 25 juin 2013, la société SOC1.) a régulièrement formé un recours contre cette ordonnance,

Par conclusions écrites du 11 mars 2015, le parquet général s'est rapporté à la sagesse de la Cour quant à la recevabilité et au bien-fondé du recours.

2. Le cadre juridique

L'article 1251 du nouveau code de procédure civile dispose :

« Sous réserve des dispositions de conventions internationales, le juge refuse l'exequatur:

1° si la sentence peut encore être attaquée devant des arbitres et si les arbitres n'en ont pas ordonné l'exécution provisoire nonobstant appel;

2° si la sentence ou son exécution est contraire à l'ordre public ou si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie d'arbitrage;

3° s'il est établi qu'il existe des causes d'annulation prévues à l'article 1244, n° 3 à 12. »

Les articles V, VI et VII de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance de l'exécution des sentences arbitrales étrangères ont la teneur suivante :

« Article V.

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas

valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article VI.

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Article VII.

1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les Etats contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention. »

3. L'exequatur d'une sentence arbitrale annulée

Le 25 août 2011, la 11^e Cour collégiale (Collegiate Court) a retenu que la demande « *Amparo* » de la société SOC1.) est à considérer comme fondée, que la décision faisant l'objet du recours est à révoquer et que la nouvelle décision sera prise conformément aux lignes directrices retenues. La sentence arbitrale litigieuse sera déclarée nulle.

La Cour décide que la décision du 3 septembre 2010 de la Tenth District Court in civil matters, qui avait rejeté la demande « *Amparo* » de la société SOC1.), est révoquée (« *The ... appealed decision is reversed* »).

Par décision du 25 octobre 2011, la Fifth District Court in civil matters déclare nulle la sentence arbitrale du 16 décembre 2009.

La société SOC1.) soutient que la sentence arbitrale annulée n'aurait plus d'existence légale et qu'au vu de l'article V, paragraphe 1, point e de la Convention de New York sur l'exécution des sentences arbitrales l'exequatur est refusé à la sentence annulée.

Elle considère que la Convention de New York, en vigueur au Mexique et au Luxembourg, s'appliquerait à l'exequatur litigieux. Les articles 1250 et 1251 du nouveau code de procédure civile ne justifieraient pas la déclaration exécutoire. L'article 1251 du nouveau code de procédure civile disposerait que le juge refuse l'exequatur dans les cas énumérés, sous réserve des dispositions de conventions internationales. En l'espèce, les seules causes de refus de la Convention de New York seraient à appliquer.

La société SOC2.) soutient que l'article V de la Convention n'imposerait pas le refus de reconnaissance de la sentence arbitrale annulée, mais la permettrait, étant donné que la disposition est libellée : « *la reconnaissance et l'exécution ne seront refusées* » que si la partie contre laquelle la sentence est invoquée prouve une cause de refus (« *may* » suivant la version anglaise de la Convention).

Elle invoque aussi l'article VII de la Convention qui permettrait l'application d'un droit plus favorable à la sentence arbitrale, et soutient que le droit luxembourgeois autoriserait l'exécution d'une sentence annulée, l'article 1251 ne prévoyant pas l'annulation d'une sentence comme cause de refus de l'exequatur.

La Cour retient que l'article 1251 du nouveau code de procédure civile énonce les motifs de refus de l'exequatur. Ces motifs sont indiqués avec la précision que, « *Sous réserve des dispositions de conventions internationales, ...* » le juge refuse l'exequatur des sentences arbitrales étrangères dans les conditions énoncées.

L'article 1251 du nouveau code de procédure civile est à interpréter en ce sens qu'en cas d'application de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères, les dispositions de l'article 1251 ne s'appliquent pas et que le juge ne tient compte que des dispositions de la Convention.

La sentence arbitrale litigieuse a été rendue au Mexique, où la Convention est en vigueur, et l'exécution est poursuivie au Luxembourg, où la Convention est aussi en vigueur. L'exequatur de la sentence est donc régi par la Convention de New York, et l'exequatur sera refusé dans les conditions de cette Convention, et non dans celles prévues à l'article 1251 du nouveau code de procédure civile.

Dès que l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère est régi par la Convention de New York, les règles spécifiques de droit luxembourgeois ne jouent pas. (V. en ce sens : Cour, 8^e chambre, 26 juillet 2005, affaire 27789 du rôle; Cour, 8^e chambre, 25 juin 2015, affaire 42067)

La Cour retient que la Convention de New York règle l'exécution d'une sentence arbitrale en dehors de son pays d'origine : par la décision d'exequatur, la sentence produira des effets dans des Etats étrangers.

La Convention ancre la sentence arbitrale dans le pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, elle a été rendue. Elle reconnaît à une autorité compétente de ce pays le pouvoir d'annuler ou de suspendre la sentence. (Article V, paragraphe 1, point e)

Au cas où la sentence n'est pas encore obligatoire pour les parties, a été annulée ou suspendue par l'autorité du pays d'origine, donc dans des hypothèses où la sentence ne produit pas d'effet - n'est pas exécutoire - dans son pays d'origine, le refus de la reconnaissance et de l'exécution de cette sentence sans effet dans le pays d'origine est justifié.

Certes, la Convention ne s'oppose pas à ce qu'un Etat confère des effets sur son territoire à une sentence même annulée dans le pays d'origine et admet l'application d'un droit plus favorable à la sentence arbitrale étrangère.

Cependant, l'article 1251 du nouveau code de procédure civile ne peut pas être interprété en ce sens qu'une décision annulée sera déclarée exécutoire.

En disposant « *le juge refuse l'exequatur* », ce texte impose au juge de rejeter une demande d'exequatur notamment si la sentence n'est pas exécutoire par provision et peut encore être attaquée devant les arbitres. Le refus de l'exequatur est même prescrit au cas où existe l'une des causes d'annulation visées d'une sentence luxembourgeoise, donc même si la sentence n'a pas été annulée dans le pays d'origine.

L'article 1251 ne permet pas l'exécution d'une sentence qui, durant le délai d'appel, ne produit pas encore d'effets.

Le texte prend soin de préciser ce cas où la décision est appellable, mais ne fait pas encore l'objet du recours prévu.

Même si le texte ne le dit pas expressément, les articles 1250 et 1251 doivent être lus en ce sens que de même la sentence qui n'est pas exécutoire par

provision et qui ne produit pas d'effets durant la procédure d'appel ne peut pas être déclarée exécutoire.

Le juge ne confère pas d'effets au Luxembourg à la sentence qui ne produit pas d'effets dans son pays d'origine.

L'article 1251 sur le refus de l'exequatur vise la sentence rendue à l'étranger dont l'article 1250 permet l'exequatur. L'existence d'une sentence étrangère qui produit des effets dans son pays d'origine constitue une condition pour la déclaration exécutoire de la décision.

L'invocation par la société SOC2.) du droit plus favorable à la sentence arbitrale, prévu à l'article VII de la Convention, n'est pas justifiée pour mettre en échec l'application de l'article V de la Convention, qui prévoit le refus de la déclaration exécutoire de la sentence arbitrale annulée.

La discussion sur le caractère obligatoire ou facultatif (pouvoir discrétionnaire du juge de l'exequatur) de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale annulée est sans pertinence.

4. La décision d'annulation et l'ordre public

La société SOC2.) soutient que la décision d'annulation du 25 octobre 2011 de la Fifth District Court in civil matters heurterait l'ordre public et ne pourrait dès lors pas être reconnue aux fins d'établir l'annulation de la sentence arbitrale.

La société SOC1.) soutient que l'article V, paragraphe 1, point e de la Convention de New York n'exigerait que la preuve de la décision d'annulation. La conformité de cette décision à l'ordre public ne serait pas exigée pour admettre la décision à titre de preuve.

Elle considère aussi que la reconnaissance de la décision d'annulation du 25 octobre 2011 ne serait pas contraire à l'ordre public.

La société SOC2.) estime que la Cour aurait fait une application rétroactive de la loi sur les travaux publics, modifiée le 28 mai 2009, dont le nouvel article 98 disposerait que la résiliation administrative d'un contrat ne peut pas être soumise à l'arbitrage. La loi aurait été modifiée douze ans après la signature du contrat et trois ans après une sentence arbitrale préliminaire. (Notamment : conclusions du 10 septembre 2013, point II.2. ; conclusions du 15 janvier 2014, point II. 2. d ; conclusions du 29 septembre 2015, point IV.1. ; conclusions du 25 février 2016, points III. 1. et IV)

Même si l'application rétroactive était autorisée, la Cour aurait dû conclure au caractère arbitral du litige, la loi nouvelle excluant la résiliation administrative elle-même de l'arbitrage, mais autorisant toujours un arbitrage sur les effets de la résiliation, qui constituaient l'objet de l'arbitrage en cause. (Conclusions du 15 janvier 2014, point II 2. d., page 9)

La société SOC1.) expose que depuis 1994, la question litigieuse n'aurait pas pu être soumise à l'arbitrage et conteste l'application rétroactive de la loi.

La Cour retient que l'application rétroactive d'une loi dans une matière non-pénale ne heurte pas forcément l'ordre public ou les droits de l'homme (également invoqués).

De toute manière, il n'est pas établi que la Cour mexicaine ait procédé à l'application rétroactive d'une nouvelle disposition légale.

La partie SOC2.) exposant que la loi nouvelle aurait permis l'arbitrage, elle ne peut pas soutenir qu'en adoptant cette loi modificative relative à la résiliation administrative le législateur se serait immiscé dans un litige en cours en favorisant une entité publique et en violant le principe de non-rétroactivité (Conclusions du 25 février 2016, point IV)

La société SOC2.) soutient en deuxième lieu que la Cour aurait procédé à une application rétroactive de la loi dans le but de favoriser la partie SOC1.), entité publique mexicaine. (Conclusions du 29 septembre 2015, point IV.2. ; conclusions du 25 février 2016, point III.2.)

Elle se saisit d'un passage des motifs de la décision qu'elle cite comme suit : *« Les annulations administratives permettent de protéger les ressources financières de l'Etat et ... l'Etat devrait bénéficier de mécanismes appropriés pour réaliser cet objectif ».*

La société SOC1.) conteste l'application rétroactive de la loi.

Ce rappel de la finalité d'une disposition législative ne permet pas de conclure à la partialité de la juridiction. De toute manière, l'application rétroactive d'une loi n'est pas établie.

En troisième lieu, la société SOC2.) relève que la décision qui a annulé la sentence arbitrale au motif que le litige ne pourrait pas être soumis aux arbitres serait intervenue à un moment où elle ne serait plus dans le délai pour saisir les juridictions administratives d'une demande d'indemnisation sur base de la responsabilité engagée par la résiliation et où elle serait privée de tout recours pour obtenir réparation de son préjudice. (Conclusions du 29 septembre 2015, point IV.3. ; conclusions du 25 février 2016, points III.3. et IV.)

La société SOC1.) conteste que la société SOC2.) n'ait pas eu de possibilité de recours et expose qu'elle aurait omis d'exercer le recours approprié en temps utile.

La Cour retient qu'une décision de justice qui rejette les prétentions d'une partie ou qui, rendue pour des motifs de compétence ou de procédure, a pour conséquence de priver d'effet une décision ayant admis les prétentions de la partie, intervient à un moment où d'autres voies pour obtenir la reconnaissance des prétentions de la partie ne sont pas ouvertes ne heurte pas l'ordre public, ni le droit à un procès équitable.

La société SOC2.) soutient enfin que la Cour aurait fait une fausse application de la loi mexicaine, qualifiée d'acrobatie,

- en admettant l'Amparo, procédure réservée aux personnes privées et, dans un seul cas, mais non en cas de résiliation administrative, aux personnes publiques,
- en admettant, contrairement à la loi, que seules les juridictions mexicaines avaient compétence pour connaître du litige qui l'oppose à la société SOC1.),
- en recevant le recours de la société SOC1.) relatif au caractère arbitral du litige, bien que le délai fût expiré depuis cinq ans,
- en admettant que la résiliation administrative aurait aussi mis fin à la clause d'arbitrage. (Conclusions du 15 janvier 2014, points II. 2. a, b, c et e)

La société SOC1.) conteste la violation de l'ordre public.

La Cour retient que sous le couvert d'une violation de l'ordre public, la société SOC2.) critique l'application du droit mexicain par la juridiction mexicaine.

Le juge de l'exequatur n'a pas à apprécier l'application de la loi par la juridiction dont la décision est invoquée en vue de la preuve de l'annulation de la sentence arbitrale.

5. Conclusion

Au vu des développements ci-avant, la sentence arbitrale du 16 décembre 2009 a été annulée dans son pays d'origine par décision du 25 octobre 2011 de la Fifth District Court in civil matters. La reconnaissance de cette décision d'annulation dans le contexte de la preuve de l'annulation de la sentence arbitrale et le refus de l'exécution de la sentence au vu de la décision d'annulation ne heurtent pas l'ordre public.

La société SOC1.) ayant prouvé l'annulation de la sentence arbitrale, le refus de la déclaration exécutoire de la sentence est fondé au vu de l'article V, paragraphe 1, point e de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

L'appel de la société SOC1.) est justifié.

6. Les indemnités de procédure

Au titre de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, l'appelante conclut à l'allocation d'une indemnité de 20.000 euros et l'intimée conclut à l'allocation d'une indemnité de 10.000 euros.

L'iniquité de laisser à charge de l'appelante l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés n'étant pas établie, sa demande est à rejeter.

L'intimée n'obtenant pas gain de cause et devant supporter les dépens, sa demande est à rejeter.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière d'exequatur, statuant contradictoirement, sur le rapport de M. Étienne SCHMIT, président de chambre,

déclare recevable et fondé le recours de la société publique de droit mexicain SOC1.),

réformant,

révoque l'ordonnance d'exequatur du 22 mars 2013,

dit que la sentence arbitrale rendue le 16 décembre 2009 à Mexico, aux Etats-Unis mexicains, siège de l'arbitrage, par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, dans l'affaire CCI no 13.613/CCO/JRF, entre la société de droit mexicain SOC2.), et la société publique de droit mexicain SOC1.) n'est pas déclarée exécutoire,

rejette les demandes d'indemnités formées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société de droit mexicain SOC2.), aux dépens.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence de M. Alain BERNARD, greffier.