

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Chambre commerciale internationale

PÔLE 5 - CHAMBRE 16

ARRÊT DU 07 DECEMBRE 2021

(n° /2021 , 15 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/10217 - N° Portalis
35L7-V-B7C-B5XUE

Décisions déferées à la Cour :

- Arrêt du 28 Février 2018 rendu par la Cour de Cassation - RG n° 217 F-D
- Arrêt du 12 Avril 2016 rendu par la Cour d'appel de PARIS
- Ordonnance du 05 Novembre 2009 rendue par PTGI PARIS

DEMANDERESSE À LA SAISINE SUR RENVOI APRÈS CASSATION :

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Domiciliée en ses bureaux au Palais de Justice - Place de l'Indépendance, KINSHASA
GOMBE (RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

Prise en la personne de son Excellence le Ministre de la Justice et Garde des Sceaux,

*Représentée par Me (...) de la (...) avocat postulant du barreau de PARIS, toque : (...)
Assistée par Me (...) et Me (...) et Me (...) du (...), avocats plaidants du barreau de PARIS,
toque : (...)*

DÉFENDERESSE À LA SAISINE SUR RENVOI APRÈS CASSATION :

Société FG HEMISPHERE ASSOCIATES

Forme juridique LLC, société de droit des Etats-Unis d'Amérique

Ayant son siège social : 11 Broadway, Suite 615 NEW YORK, NY 10004 (USA)

Prise en la personne de ses représentants légaux,

*Représentée par Me(...), avocat postulant du barreau de PARIS, toque : (...)
Assistée par Me (...), Me (...) et Me (...), de la (...), avocats plaidants du barreau de
PARIS, toque : (...)*

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 18 Octobre 2021, en audience publique, devant la Cour
composée de :

François ANCEL, Président
Fabienne SCHALLER, Conseillère
Laure ALDEBERT, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Najma EL FARISSI

ARRÊT :

- contradictoire

- 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 François ANCEL, Président et par Najma EL FARISSI, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

I - FAITS ET PROCÉDURE

Faits

1-La République Démocratique du Congo est un État indépendant depuis le 30 juin 1960.

2-La société FG Hemisphere Associates (ci-après « la société FG Hemisphere ») est une société de gestion de placements de droit américain.

3-La République du Zaïre (aujourd'hui République Démocratique du Congo) et la Société Nationale d'Électricité (ci-après la « SNEL ») ont conclu avec la société Energoinvest DD (ci-après la société « Energoinvest) un accord de crédit signé le 2 avril 1980, régi par le droit suisse et portant sur la réalisation et le financement de la construction d'une ligne de transport d'énergie électrique de haute tension allant de Bukavu jusqu'à Goma en passant par Katana.

4-Ce contrat comporte en son article 6 une clause compromissoire en faveur d'un arbitrage ayant son siège à Zurich et renvoyant au règlement de la chambre de commerce internationale de Paris (CCI).

Procédure

5-Le 2 mars 2001, la société Energoinvest a introduit une demande d'arbitrage auprès de la CCI, enregistrée sous le numéro (...), à l'encontre de la République Démocratique du Congo et de la SNEL sur le fondement de la clause compromissoire aux fins d'obtenir leur condamnation solidaire au paiement d'une somme en principal de (...) (US).

6-Le (...), le tribunal arbitral, siégeant à Zurich, a rendu une sentence arbitrale aux termes de laquelle il a en substance condamné conjointement et solidairement la République Démocratique du Congo et la SNEL à payer à la société Energoinvest la somme de (...) US\$ outre les intérêts dans les conditions définies dans la sentence, et a condamné conjointement et solidairement la République Démocratique du Congo et la SNEL à payer les frais de l'arbitrage étant observé que la République Démocratique du Congo n'a pas participé à cette procédure.

7-Le 16 novembre 2004, la société FG Hémisphère Associates (ci-après la société FG Hémisphère) a signifié à la RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO la cession des créances de la société Energoinvest.

8-Par ordonnance du tribunal de grande instance de Paris du 5 novembre 2009, la sentence précitée a été revêtue de l'exequatur à la requête de la société FG Hémisphère Associates venant aux droits de la société Energoinvest.

9-Le 21 novembre 2011, la République Démocratique du Congo et la SNEL ont interjeté appel de l'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris ayant conféré l'exequatur à la sentence rendue dans l'affaire n°(...).

10-Le 16 juillet 2012, la République Démocratique du Congo a notifié à la société FG Hémisphère Associates qu'elle exerçait son droit au retrait litigieux conformément aux dispositions de l'article 1699 du code civil.

11-La société FG Hemisphere a refusé de reconnaître l'exercice de son droit par la République Démocratique du Congo par courriel du 25 juillet 2012.

12-Les recours engagés par la société SNEL ont été déclarés caducs.

13-Par arrêt du 12 avril 2016, la Cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable la demande de retrait litigieux et, sous le numéro RG 11/20732, rejeté l'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence rendue à Zurich le (...) entre les parties dans l'affaire (...).

14-Le 10 août 2016, la République Démocratique du Congo a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt de la Cour d'appel du 12 avril 2016.

15-Par arrêt rendu le 28 février 2018, la Cour de cassation a considéré au visa de l'article 1699 du code civil que l'exercice du retrait litigieux affectant l'exécution de la sentence, la cour d'appel avait violé cet article, pour avoir déclaré irrecevable la demande de retrait litigieux formée par la République démocratique du Congo aux motifs que la demande qui tend, après une instruction du fond de l'affaire, à la libération de la République du Congo par le paiement au cessionnaire du prix de cession et de divers accessoires, n'est pas comprise dans la mission de la cour d'appel qui est limitée à l'examen des vices énumérés par les articles 1520 et 1525 du code de procédure civile.

16-L'arrêt de la Cour d'appel de Paris a été cassé et annulé « en toutes ses dispositions » et la cour de cassation a remis « la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant (lesdits arrêts) et, pour être fait droit » renvoyé devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

17-Par déclaration du 25 mai 2018, enregistrée sous le numéro RG 18/10217, la République démocratique du Congo a saisi la cour d'appel de Paris aux fins d'obtenir l'annulation par ladite Cour, désignée en qualité de juridiction de renvoi, de l'ordonnance du Président du Tribunal de Grande Instance de PARIS du jeudi 5 novembre 2009, déclarant exécutoire la sentence arbitrale rendue à Zurich le (...), par le Tribunal arbitral constitué, sous l'égide de la Chambre de commerce internationale, de MM. (...) et (...), arbitres et de M. (...), président.

18-Dans le cadre de l'instance en appel de l'ordonnance d'exequatur (RG 18/10217), la société FG Hemisphere a, par conclusions séparées notifiées par voie électronique le 5 mars 2021 enregistrée sous le numéro RG 21/04236, soulevé une question prioritaire de constitutionnalité.

19-Par décision séparée de ce jour, la cour a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité à la cour de cassation l'estimant dépourvue de caractère sérieux.

II- PRETENTIONS DES PARTIES

20-La République démocratique du Congo aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 6 février 2020, sous le numéro RG 18/10217 demande à la Cour, au visa des articles 14 à 17, 700, 1466, 1472, 1510 et 1520 et 1525 du Code de procédure civile et des articles 1289, 1290, 1699 et 1700 du Code civil, de bien vouloir :

A titre principal, sur la constatation du retrait litigieux exercé par la République Démocratique du Congo :

Sur la recevabilité de la demande de constatation du retrait litigieux :

- DIRE ET JUGER la République Démocratique du Congo recevable en sa demande tendant à faire constater l'exercice de son droit au retrait du droit litigieux notifié à la société FG Hémisphère par acte du 16 juillet 2012,

Sur l'applicabilité en France des dispositions de l'article 1699 du Code civil :

- DIRE ET JUGER que les dispositions de l'article 1699 du Code civil sont applicables au présent litige à titre de loi de police,
- DIRE ET JUGER en tout état de cause que les dispositions de l'article 1699 du Code civil sont applicables au présent litige à titre de loi procédurale.

Sur la régularité et le bien-fondé du retrait exercé par la République Démocratique du Congo :

- CONSTATER que par acte du 20 juillet 2001 la société Energoinvest a cédé à la société FG Hémisphère les créances qu'elle détenait sur la République Démocratique du Congo en vertu des Accords de Crédit 1980 et 1986 et de la Convention de Rééchelonnement,
- CONSTATER que ces créances étaient litigieuses depuis la saisine du Tribunal arbitral en mars 2001 et qu'elles le sont redevenues notamment du fait de l'appel interjeté dans le cadre de la présente instance contre l'ordonnance d'exequatur de la Sentence,
- CONSTATER que si la cession de créances a été signifiée le 16 novembre 2004 à la République Démocratique du Congo, celle-ci n'a connu la date véritable de cette cession, ses modalités ainsi que son prix qu'au mois de mars 2012,
- CONSTATER que la République Démocratique du Congo a notifié à la société FG Hémisphère l'exercice de son droit de retrait litigieux par notification du 16 juillet 2012,
- DIRE ET JUGER la République Démocratique du Congo bien fondée en sa demande tendant à faire constater l'exercice de son droit au retrait du droit litigieux notifié à la société FG Hémisphère par acte du 16 juillet 2012.

Sur les conséquences du retrait litigieux :

- CONSTATER que la société FG Hémisphère Associates s'est opposée à l'exercice de son droit de retrait litigieux par la République Démocratique du Congo et a refusé l'offre de paiement effectuée aux termes de cette notification,
DIRE ET JUGER les créances éteintes moyennant le paiement à la société FG Hémisphère de la somme de (...) USD en exécution du retrait,
- CONSTATER la perception par la société FG Hémisphère, au 16 juillet 2012, de la somme de (...) USD au préjudice de la République Démocratique du Congo au travers de différentes procédures engagées en exécution des Sentences.
- DIRE ET JUGER que, du fait de la compensation légale opérée entre leurs dettes réciproques, la République Démocratique du Congo n'est redevable envers FG Hémisphère que de la contrevaletur en euros de la somme de (...) USD.
- CONSTATER que, du fait de la cession de créances en un seul bloc, le montant du prix du retrait litigieux correspondant à la créance seule objet de la présente procédure et devant être versé par la République Démocratique du Congo à FG Hémisphère est de (...) USD.
- DIRE ET JUGER par conséquent éteinte, du fait de l'exercice du retrait litigieux, la procédure d'appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance d'exequatur de la Sentence rendue le (...) par un Tribunal arbitral siégeant à Zurich.

A titre subsidiaire, sur l'infirmité de l'ordonnance d'exequatur :

Sur la violation du principe du contradictoire :

- CONSTATER que le Tribunal arbitral ne s'est pas assuré de la communication effective de chacun des actes de la procédure à la République Démocratique du Congo.
- CONSTATER que le Tribunal arbitral n'a pas permis à la République Démocratique du Congo de participer à la procédure arbitrale en l'excluant du calendrier procédural.
- DIRE ET JUGER par conséquent que le Tribunal arbitral n'a pas observé le respect du contradictoire.
- PRONONCER par conséquent l'infirmité de l'ordonnance d'exequatur de la Sentence pour violation du principe du contradictoire.

Sur la contrariété à l'ordre public international :

- CONSTATER que le Tribunal arbitral n'a pas suffisamment tenu compte de l'impossibilité matérielle de se défendre dans laquelle se trouvait la République Démocratique du Congo.
- DIRE ET JUGER par conséquent que le Tribunal arbitral n'a pas observé le respect du principe de l'Egalité des armes à l'égard de la République Démocratique du Congo, principe pourtant d'ordre public international.
- DIRE ET JUGER par conséquent que la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence en France est contraire à l'ordre public international.
- PRONONCER par conséquent l'infirmité de l'ordonnance d'exequatur de la Sentence pour contrariété à l'ordre public international.
- CONDAMNER FG Hemisphere à verser à la République Démocratique du Congo la somme de 70.000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'au paiement des entiers dépens de l'instance.

21-La Société FG Hémisphère, aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 3 juin 2020 sous le numéro RG 18/10217, demande à la Cour, au visa des articles 1464, 1466, 1506, 1510, 1518, 1520 et 1525 du code de procédure civile, du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, des articles 1699 à 1701 du code civil et du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 Juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, de bien vouloir :

- REJETER la demande de retrait litigieux formulée par la République Démocratique du Congo sur le fondement de l'article 1699 du code civil français ;
- REJETER l'appel de l'ordonnance d'exequatur interjeté par la République Démocratique du Congo à l'encontre de la sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral siégeant à Paris constituée sous l'égide de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de commerce internationale le (...) dans l'affaire n°(...) (sic) ;
- DIRE ET JUGER que le rejet de l'appel de l'ordonnance d'exequatur confère l'exequatur à ladite sentence ;
- CONDAMNER la République Démocratique du Congo à payer à la société FG hémisphère Associates une somme de 120 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- CONDAMNER la République Démocratique du Congo aux entiers dépens.

III- MOTIFS DE LA DECISION

Sur l'exercice du retrait litigieux

22-La République Démocratique du Congo fait valoir qu'une demande visant à faire reconnaître l'exercice du retrait litigieux est recevable dans le cadre d'un appel contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale dans la mesure où l'exercice du retrait litigieux affecte l'exécution de la sentence et donc la possibilité d'exécution forcée de sorte qu'il incombe à ce juge d'examiner toute demande de nature à affecter cette exécution étant observé que ce faisant, cette solution présente l'intérêt de permettre la concentration devant le juge de l'exequatur des demandes.

23-Elle estime donc que la demande de constatation de l'exercice du retrait litigieux de la créance issue de la Sentence est recevable car elle aura pour conséquence de mettre un terme à toute tentative d'exécution de la Sentence.

24-Elle conteste la lecture faite par la société FG Hemisphere de la cassation intervenue en l'espèce, qui n'est pas une cassation pour manque de base légale, mais bien une cassation pour violation de la loi et soutient que celle-ci était fondée dès lors que le retrait litigieux est assimilable à l'exécution spontanée ou forcée de la sentence. Elle considère qu'il constitue une forme d'exécution de la sentence, par lequel le débiteur cédé rembourse au cessionnaire le montant qu'il a lui-même estimé être le juste prix de la créance et que le juge dispose toujours du pouvoir de trancher les questions relatives à l'exécution de la sentence, sans préjudice des griefs limitativement énumérés à l'article 1520 du Code de procédure civile, outre que la Cour de cassation a déjà admis la possibilité d'exercer le retrait litigieux au stade du contentieux post-arbitral, en l'occurrence dans le cadre d'une opposition à une ordonnance d'exequatur.

25-La République Démocratique du Congo expose sur le fond que les conditions d'application de l'article 1699 du code civil sont en outre réunies dès lors que ce texte s'applique au cas d'espèce en tant que loi de police française et en tout état de cause, au titre de loi procédurale applicable.

26-Elle soutient que le droit de retrait litigieux s'apparente à une loi de police française devant recevoir application de manière impérative dans la mesure où l'exécution de la Sentence est sollicitée sur le territoire français ; que le retrait litigieux permet de lutter contre la spéculation, qui est une valeur cruciale pour la sauvegarde de l'organisation économique de l'État et qu'enfin, le retrait litigieux concerne l'intérêt général dans la mesure où il a pour vocation principale de mettre fin au procès.

27-Elle indique qu'en tout état de cause, le droit au retrait au litigieux, qui a pour effet automatique de mettre fin au procès en cours, constitue une mesure d'ordre procédural relative à l'extinction de l'instance dès lors qu'il naît avec le procès et disparaît avec lui et que la protection légale qu'il offre est ainsi attribuée au retrayant en sa qualité de « défendeur au procès » et non simplement en celle de débiteur.

28-La République Démocratique du Congo fait également valoir que les conditions de mise en œuvre du retrait litigieux sont remplies car la créance, objet de la procédure arbitrale, était litigieuse tant au jour de la cession opérée entre la société Energoinvest et la société FG Hemisphere, qu'au jour de la notification du retrait par la République Démocratique du Congo, la créance conservant son caractère litigieux tout au long d'une procédure d'appel contre une ordonnance d'exequatur.

29-La République Démocratique du Congo estime qu'elle est redevable envers la société FG Hemisphere, du fait de l'exercice de son droit de retrait litigieux, de la contrepartie en euros de la somme de (...) USD. Elle ajoute que le retrait litigieux opère comme une condition résolutoire légale, restituant le retrayant dans le droit litigieux de manière rétroactive ; que le cessionnaire est réputé n'avoir jamais été titulaire de ce droit et que dès lors les mesures d'exécution engagées par la société FG Hemisphere, sur le fondement des droits litigieux, sont annulées de sorte que cette dernière est tenue de lui rembourser la somme de (...) USD. La République Démocratique du Congo soutient ainsi qu'elle ne peut être redevable envers la société FG Hemisphere que de la contrepartie en euros de la somme de (...) USD.

30-Elle ajoute qu'il doit être tenu compte de la part du prix du retrait correspondant à la créance faisant seule l'objet de la présente procédure, à savoir ici les créances issues de l'Accord de Crédit 1980 et de la Convention de rééchelonnement et qu'il est nécessaire pour la Cour de se prononcer séparément sur l'exercice du retrait litigieux dans les deux procédures parallèles de sorte qu'il convient de déterminer la part du prix du retrait correspondant à chacune des créances litigieuses.

31-La République Démocratique du Congo propose d'appliquer au montant du prix du retrait le coefficient de 40,08% qui résulte du rapport entre (1) la valeur nominale de la créance issue de l'Accord de Crédit 1980 et de la Convention de rééchelonnement telle qu'établie au jour de l'introduction de la procédure arbitrale (soit (...) USD) et (2) la valeur totale des créances cédées au même jour (soit(...) USD) et qu'appliqué au prix global de retrait de (...) USD calculé ci-dessus, ce coefficient de 40,08 % fixe la part du prix du retrait correspondant à la créance issue de l'Accord de Crédit 1980 et de la Convention de rééchelonnement à(...) USD.

32-Elle estime nécessaire d'opérer une seconde compensation légale au titre des condamnations prononcées à l'encontre de la société FG Hemisphere dans la présente instance à hauteur de (...) euros de sorte que la République Démocratique du Congo s'estime quitte contre le versement à la société FG Hemisphere de la contrevaletur en euros la somme de (...) USD.

33-La République Démocratique du Congo expose en outre qu'il n'existe aucune incompatibilité entre l'exercice du retrait litigieux et le principe compétence-compétence dès lors qu'en admettant le retrait litigieux, le juge de l'exequatur ne remet pas en cause le fond du litige puisqu'il ne fait que constater si les conditions de l'exercice du retrait, qui n'affecte que la manière dont la sentence peut être exécutée, sont remplies.

34-Elle indique également que l'exercice du retrait litigieux est conforme d'une part, à l'article 1520 du code de procédure civile et à l'article V de la Convention de New-York car il n'implique pas un examen de la sentence mais qu'il constitue une forme d'exécution de celle-ci et d'autre part, à la Convention européenne des droits de l'homme car aucune violation des droits de propriété du créancier ne peut être alléguée dans la mesure où par l'exercice du retrait litigieux, ce dernier se retrouve dans la même position que le créancier-cédant original et qu'aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait être constatée puisque le retrait litigieux n'est qu'une forme d'exécution des créances. Elle soutient que l'exercice du retrait litigieux rend tout simplement le contrôle de la sentence sans objet.

35-La République Démocratique du Congo fait enfin valoir que l'admission du retrait litigieux ne mènerait à aucune incertitude sur le sort de la créance dans le contexte international car ce dernier porte ses effets, de prime abord, dans l'ordre juridique interne français et que le droit français admet l'exequatur de sentences annulées au siège, et ajoute que l'admission du retrait litigieux par le juge de l'annulation n'aurait pas d'effets néfastes car ce droit est ancien, qu'il est connu du système juridique français et qu'il est commun à d'autres juridictions.

36-En réponse, la société FG Hemisphere fait valoir que la Cour de cassation n'a ni jugé recevable la demande de retrait litigieux ni jugé que le juge de l'exequatur avait le pouvoir d'instruire une telle demande, la Cour de cassation ayant uniquement censuré la motivation des juges du fond et jugé que le retrait litigieux « affecte l'exécution de la sentence ».

37-Elle soutient que la demande de retrait litigieux formulée par la République Démocratique du Congo doit nécessairement être rejetée dès lors que le retrait litigieux est incompatible avec le régime de contrôle des sentences en ce que :

-En vertu du principe compétence-compétence, le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, sur la question de la loi applicable aux droits de la République Démocratique du Congo et, le cas échéant, sur la recevabilité et le bien-fondé

de la demande de retrait litigieux ;

-Le retrait litigieux ne peut être exercé que devant un juge ayant le pouvoir de statuer au fond, pouvoir que n'a pas le juge de l'exequatur dès lors que l'exercice de ce droit de retrait est subordonné à l'existence d'un procès portant sur une contestation sur le fond du droit. Elle précise que le fait que la sentence – et non pas la créance – puisse faire l'objet d'une procédure en vue de son insertion dans l'ordre juridique ne remet aucunement en cause le fait que la créance ne puisse plus être contestée sur le fond ;

-L'admission d'une demande de retrait litigieux dans le cadre d'une procédure d'appel de l'ordonnance d'exequatur, reviendrait non seulement à priver le créancier du droit de voir la sentence contrôlée mais également de le priver de la possibilité de la faire déclarer exécutoire et par conséquent de la faire exécuter sur le territoire français ;

-L'admission de la demande de retrait litigieux par le juge de l'exequatur constituerait une violation des articles 1520 et 1525 du code de procédure civile et de la Convention de New York de telle sorte que l'article VII de la Convention de New York ne pourrait plus être invoqué au soutien de l'applicabilité systématique du droit français dès lors que celui-ci, en retenant une cause d'inefficacité de la sentence que la Convention ne prévoit pas, serait moins favorable que l'article V de la Convention de New York ;

-L'admission de la demande de retrait litigieux par le juge du contrôle excéderait son pouvoir en ce qu'elle emporte de faire droit à une demande de compensation qui excède les pouvoirs du juge de contrôle qui serait ainsi chargé d'évaluer la créance comme le ferait un juge de l'exécution ;

-L'admission de la demande de retrait litigieux par le juge de l'exequatur constituerait une violation du droit au respect des biens et à une exécution effective et dans un délai raisonnable des décisions de justice protégés par la Convention européenne des droits de l'homme ;

-L'admission de la demande de retrait litigieux par le juge de l'exequatur créerait une dangereuse incertitude sur le sort de la Sentence et plus généralement des sentences arbitrales internationales.

38-La société FG Hemisphere soutient en outre que l'article 1699 du code civil n'est pas applicable en l'espèce aux droits du débiteur-cédé qui sont soumis au droit suisse. Elle précise à cet égard qu'en présence d'une cession de créance internationale, la loi applicable aux droits du débiteur cédé est la loi du contrat qui a donné naissance à l'obligation, c'est à dire la loi de la créance cédée. Elle indique qu'en l'espèce, l'article 6 de l'accord de crédit du 2 avril 1980 conclu entre la République Démocratique du Congo et la société Energoinvest prévoit l'application du droit suisse.

39-Elle soutient que le retrait litigieux prévu aux articles 1699 et suivants du code civil, et non dans le code de procédure civile, ne constitue pas une règle de procédure internationale dès lors que par son exercice, le débiteur cédé éteint sa dette et qu'il ne peut donc s'agir que d'un droit substantiel.

40-La société FG Hémisphère ajoute que l'article 1699 du Code civil ne peut en aucun cas être qualifié de loi de police faute de lien de rattachement de l'affaire avec la France puisque le seul lien avec cette dernière est la demande d'exequatur en France de la sentence arbitrale qui ne saurait constituer un lien de rattachement « suffisant » avec la France.

41-Elle ajoute que pour être qualifiée, par le juge, de loi de police elle doit remplir la double condition d'être une disposition impérative et d'être jugée cruciale pour les intérêts publics de la France et qu'une fois qualifiée, la règle ne trouvera à s'appliquer que si la situation en cause rentre dans son champ d'application. Elle précise que l'article 1699 du code civil n'est pas impératif puisqu'il est une faculté offerte au débiteur cédé et ne constitue pas une disposition cruciale pour lutter contre la spéculation.

42-Enfin, la société FG Hémisphère expose qu'indépendamment du fait que le droit français n'est pas applicable, aucune des conditions permettant l'application du retrait litigieux n'est ici réunie dès lors que le retrait litigieux n'est pas exercé devant un juge qui a compétence pour statuer au fond, le juge de l'exequatur n'étant pas le juge du fond mais le juge de la Sentence, qu'aucun procès portant sur le fond de la créance n'est pendant et que la créance cédée n'a jamais fait et ne fait toujours pas l'objet d'une quelconque contestation sur le fond, la République Démocratique du Congo reconnaissant sa dette depuis l'origine dans la mesure où elle n'a jamais, ni dans le cadre de la procédure arbitrale ni même dans le cadre de la présente procédure, formulé la moindre contestation sur le principe ou sur le quantum de la créance.

SUR CE,

43-L'exercice du droit de retrait litigieux est susceptible d'affecter indirectement l'exécution de la sentence en ce qu'il affecte directement le montant de la créance fixée par celle-ci.

44-Ce faisant, l'examen du moyen tiré de l'exercice du droit litigieux ne constitue pas un grief pouvant conduire le juge à remettre en cause le fond du litige et à réviser la sentence et qui, pour ce seul motif, échapperait au juge du contrôle de l'exequatur.

45-Pour autant, l'exercice du droit de retrait litigieux devant le juge du contrôle de l'exequatur, n'a pas pour effet de modifier et d'étendre les pouvoirs de ce juge au-delà des cas prévus par la loi.

46-A cet égard, il convient de rappeler que dans le cadre de ce contrôle, en application de l'article 1525 du code civil, la « cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520 » (souligné par la Cour).

47-Au terme de l'article 1520 précité, le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

48-Il ressort de ces dispositions que ne figure pas dans les cas de refus possibles de l'exequatur l'exercice d'un droit au retrait litigieux.

49-Dans ces conditions, cette demande, impropre à faire obstacle à une telle exequatur sera rejetée, sans préjudice du débat qui pourrait naître à l'occasion de l'exécution forcée de cette sentence devant le juge compétent.

Sur le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire

50-La République Démocratique du Congo fait valoir que le Tribunal arbitral a violé le principe fondamental du contradictoire, principe directeur du procès protégé par les articles 14, 15 et 16 du Code de procédure civile ainsi que par l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme en s'abstenant de s'assurer de la communication effective à la République Démocratique du Congo de chacun des actes de procédure et en modifiant le calendrier procédural de sorte à exclure la participation de la République Démocratique du Congo.

51-Elle considère qu'à ce titre, les arbitres doivent s'assurer de la communication de tous les éléments de la procédure, y compris les éléments communiqués par l'une des parties et que la notification n'est réputée accomplie que sur preuve d'envoi et de réception, les arbitres devant faire preuve d'une vigilance accrue en matière de contradictoire en présence d'une partie non-comparante.

52-La République Démocratique du Congo indique qu'il ne peut lui être reproché de n'avoir invoqué une violation du principe du contradictoire que devant le juge de l'exequatur car les deux conditions nécessaires à la renonciation posées par l'article 1466 du Code de procédure civile, un silence en connaissance de cause et sans motif légitime, ne sont pas remplies et qu'en tout état de cause le principe de renonciation n'est pas applicable à une partie défaillante à un arbitrage.

53-En réponse, la société FG Hémisphère fait tout d'abord valoir que la République Démocratique du Congo a renoncé à invoquer la violation des principes du contradictoire et d'égalité des armes dès lors qu'elle invoque pour la première fois ce moyen devant le juge de l'exequatur. Elle rappelle, qu'en vertu du principe d'estoppel ainsi que de l'obligation de réaction et de bonne foi, il appartient aux parties à l'arbitrage de dénoncer les irrégularités susceptibles d'affecter la procédure arbitrale, dès qu'elles en ont connaissance, si elles veulent se réserver le droit de s'en prévaloir ultérieurement au soutien d'un recours à l'encontre de la sentence ou de l'ordonnance d'exequatur.

54-Elle fait ensuite valoir, qu'en vertu du principe du contradictoire, une partie est réputée présente dès lors qu'elle a été régulièrement convoquée et par conséquent aucune atteinte au principe du contradictoire n'est caractérisée si la partie assignée a été dûment appelée et donc été en mesure d'être entendue. Elle ajoute qu'au cours de la procédure, le principe du contradictoire suppose que l'ensemble des pièces ait été porté à la connaissance de toutes les parties et que celles-ci aient disposé d'un « temps utile » pour faire valoir leurs moyens et prétentions, que les arbitres supportent une obligation de résultat de rendre leurs sentences dans les délais impartis, cette obligation de célérité résultant à la fois de l'article 1464 alinéa 3 du code de procédure civile, de la jurisprudence de la Cour de cassation et du règlement d'arbitrage établi par la Chambre de Commerce Internationale.

55-La société FG Hémisphère fait encore valoir que la République Démocratique du Congo était présente à la procédure car elle est intervenue à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure arbitrale à des dates où, selon elle, la situation du pays était marquée par une instabilité politique et des affrontements armés. Elle ajoute que le principe de la contradiction a été parfaitement respecté pendant l'instance arbitrale car la République Démocratique du Congo a expressément manifesté son intention de se défendre et de participer à la procédure arbitrale et que le principe du contradictoire a été respecté lors de la transmission des pièces de la procédure car tous les documents ont été adressés à l'adresse indiquée par la République du Congo par l'intermédiaire de DHL et de TNT, des expéditeurs reconnus pour la sécurité des envois.

SUR CE,

56-Il résulte de l'article 1520, 4° du code de procédure civile que le recours en annulation est ouvert si le principe de la contradiction n'a pas été respecté.

57-Le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire.

Sur la recevabilité de ce moyen ;

58-Aux termes de l'article 1466 du code de procédure civile « *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

59-En l'espèce, il n'est pas contesté que la République Démocratique du Congo n'a pas participé à l'instance arbitrale après avoir signé l'Acte de Mission et qu'elle conteste avoir eu connaissance des actes de procédure la concernant de sorte qu'il ne peut lui être opposé une renonciation présumée à se prévaloir du non-respect du principe de la contradiction « en connaissance de cause ».

Sur le bien-fondé de ce moyen ;

60-En l'espèce, il convient de relever que la République Démocratique du Congo conteste avoir eu communication de certains des actes de la procédure arbitrale et précisément le calendrier provisionnel de procédure du 3 mai 2002, la convocation du 3 juillet 2002 à l'audience de procédure à Zurich du 12 septembre 2002, le mémoire en défense régularisé par la SNEL le 9 septembre 2002, le calendrier révisé du 13 septembre 2002, la convocation du 7 novembre 2002 aux audiences de plaidoiries des 9 et 10 décembre 2002 et le procès-verbal du 13 décembre 2002 relatif à l'audience du 9 décembre 2002.

61-Force est de constater que la preuve matérielle de l'envoi « par DHL », telle que mentionnée sur ces actes à la République Démocratique du Congo n'est pas produite.

62-Cependant, il n'est pas contesté que la République Démocratique du Congo avait été informée de la requête d'arbitrage. Il ressort ainsi de la sentence que par lettre du 3 août 2021, le Ministre de la Justice et Garde des sceaux « *a fait connaître que son ministère a la compétence pour représenter l'Etat Congolais dans la procédure d'arbitrage et a proposé d'avoir des discussions avec la demanderesse afin de rechercher un règlement amiable du litige* » (§24).

63-La République Démocratique du Congo reconnaît en outre avoir reçu les courriers envoyés par le secrétariat de la CCI jusqu'au 18 décembre 2001.

64-Il ressort également des éléments versés, qu'elle a bien aussi eu communication d'un courrier de la CCI du 14 juin 2002, au terme duquel la CCI accuse réception de l'Acte de mission signée par la « partie défenderesse n°1 », soit la République Démocratique du Congo, ce qui signifie que celle-ci avait bien aussi signé l'Acte de Mission et l'avait renvoyé à la CCI.

65-Il en résulte que la République Démocratique du Congo était parfaitement informée de l'instance arbitrale et qu'elle apparaît au demeurant sur tous les courriers de procédure en tant que partie « Défenderesse n°1 ».

66-La République Démocratique du Congo ne pouvait en conséquence s'en désintéresser totalement et se devait d'agir avec célérité et loyauté, qualités qui impliquent aussi de se préoccuper par une démarche proactive du déroulement de l'instance arbitrale et si besoin d'alerter le secrétariat de la CCI en cas d'absence de réception des courriers fixant les échéances nécessaires au bon déroulement de l'instance arbitrale dont elles ne pouvait ignorer qu'ils allaient lui être adressés régulièrement.

67-Telle n'a pas été l'attitude de la République Démocratique du Congo qui comme l'a relevé le tribunal arbitral ne s'est « *manifestée qu'à deux reprises* », le 3 août 2001 et le 8 juin 2002 (date du renvoi à la cour de l'acte de mission signé par la RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO) (§74) et qui précise que les « *deux actes mentionnés ci-dessus confirment (s'il le fallait) que la défenderesse n°1 a bien connu l'existence de la demande d'arbitrage et qu'elle a été constamment informée du déroulement de la procédure arbitrale. Toutes les communications faites aux parties par le secrétariat de la Cour, de même que tous les ordres et toutes les communications du tribunal arbitral lui ont été notifiées* » (§75).

68-Cette attitude a manifestement été volontaire de la part de la République Démocratique du Congo alors que par un courrier du 14 juin 2002 la CCI l'avait invitée à faire parvenir à la CCI « dans les meilleurs délais, son numéro de fax afin d'accélérer les communications qui lui sont adressées ». Il ne résulte pas des pièces versées que la République Démocratique du Congo ait transmis ce numéro, de sorte que sur l'ensemble des autres actes de procédures communiquées aux parties, ceux à sa destination, en ce compris ceux qu'elle conteste avoir effectivement reçu, mentionnent qu'ils ont été transmis par « DHL ».

69-En outre, il résulte des pièces versées que la République Démocratique du Congo avait donné un mandat de représentation à plusieurs conseils et notamment à M.(...). Est ainsi joint à la lettre du 3 août 2001 le mandat que le Ministre de la Justice, garde des sceaux a donné notamment à ce dernier pour le représenter dans le cadre des négociations avec la société Energoinvest.

70-A cet égard, par courriel du 9 août 2001, M. (...) s'est adressé au conseil de la société Energoinvest pour lui rappeler être « chargé du suivi du dossier Energoinvest contre la RDC ».

71-La République Démocratique du Congo ne justifie nullement avoir mis fin à ce mandat après l'échec des négociations et en avoir dûment informé la CCI et/ou la société Energoinvest étant observé qu'il ressort des courriers émanant de la CCI que la République Démocratique du Congo y est mentionnée avec plusieurs représentants dont M. (...) et ce notamment dans le courrier du 5 novembre 2001 ayant pris acte de l'échec du processus de règlement amiable et invitant les parties à régler la provision pour frais d'arbitrage. Le nom de ce représentant figure en outre bien encore dans plusieurs courriers autres que le secrétariat de la CCI a adressé à la République Démocratique du Congo, après même l'échec de la négociation, et notamment le 4, le 7 et le 18 décembre 2001, que cette dernière ne conteste pas avoir reçu.

72-De même, il ressort des pièces que le 14 août 2002, le conseil de la société Energoinvest a adressé un courriel à M. (...) pour lui donner connaissance du courrier qu'il adressait au tribunal arbitral en vue de l'audience de procédure prévue le 12 septembre 2002. Enfin, par courriel du 5 novembre 2002, il informait également celui-ci du courrier qu'il adressait au tribunal pour solliciter confirmation de la tenue de l'audience les 9 et 10 décembre 2002.

73-Il ressort de ces éléments que M. (...), désigné comme représentant du ministre de la justice de la République Démocratique du Congo, était également parfaitement informé de la date de l'audience de procédure pour fixer le calendrier de procédure mais aussi de celle de l'audience des plaidoiries.

74-Ayant choisi délibérément de se désintéresser de la poursuite de l'instance arbitrale, la République Démocratique du Congo n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter.

75-Le moyen tiré du non-respect du principe du contradictoire sera en conséquence rejeté.

Sur le moyen d'annulation tiré de la contrariété à l'ordre public international

76-La République Démocratique du Congo fait valoir que le Tribunal arbitral a méconnu le principe d'égalité des armes en s'abstenant de prendre en compte les circonstances exceptionnelles auxquelles était confrontées la République Démocratique du Congo et que cela constitue une violation de l'ordre public international. Elle indique que l'état de guerre est une circonstance exceptionnelle qui déclenche l'application de règles particulières et qu'en raison de ces circonstances, la République Démocratique du Congo s'est trouvée dans une impossibilité matérielle manifeste de suivre la procédure et d'y participer pour se défendre, que ce soit de manière orale ou écrite.

77-La République Démocratique du Congo fait également valoir que la contrariété à l'ordre public, susceptible de provoquer l'infirmité de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale, résulte du fait que les sociétés Energoinvest et FG Hemisphere ont, par des manœuvres frauduleuses consistant en un montage juridique complexe, occulté la réalité de la cession de créance intervenue le 20 juillet 2001.

78-En réponse, la **société FG Hémisphère** fait valoir que lors de l'introduction de la procédure arbitrale était en place un Ministre de la Justice et Garde des Sceaux, ce qui confirme la continuité de l'État et le fonctionnement de l'appareil gouvernemental, et que ses représentants n'ont jamais communiqué sur une quelconque impossibilité due à la guerre et qu'elle n'était dès lors pas confrontée à une impossibilité matérielle. Elle ajoute qu'aucune fraude ni contrariété à l'ordre public international n'est caractérisée dès lors que la Sentence et l'accord de crédit sur lequel elle se prononce, intervenus entre des parties qui ne sont pas françaises pour la réalisation d'un contrat qui n'est pas soumis au droit français et qui portait sur l'exécution d'un marché qui n'a pas été réalisé en France et que le siège de l'arbitrage n'était même pas en France, ne présente aucun lien de rattachement quelconque avec la France.

79-Elle indique qu'en tout état de cause, le processus de cession de créance est parfaitement légal, qu'il a été envisagé en deux temps, la signature d'un « participation agreement » le 20 juillet 2011 et la remise de la signification de cession par la société FG Hémisphère à la société Energoinvest dans le but de parvenir à un règlement amiable avec la Demanderesse.

SUR CE,

Sur le non-respect de l'égalité des armes ;

80-L'égalité des armes, qui constitue un élément du procès équitable protégé par l'ordre public international, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris les preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à son adversaire.

81-Le principe d'égalité des armes relève de l'ordre public international de protection, de sorte qu'il est loisible à une partie de renoncer à son bénéfice.

82-En l'espèce, la République Démocratique du Congo considère que compte tenu de la situation politique et militaire interne à l'époque de l'arbitrage, le tribunal arbitral aurait dû « *veiller au respect des droits de la défense en procédant à un aménagement de la procédure afin d'assurer que tous les moyens aient été mis en œuvre pour garantir l'exercice des droits de la défense* ».

83-Cependant, il convient de relever que la République Démocratique du Congo a accepté et même signé l'Acte de Mission en juin 2002, alors même que les événements qu'elle évoque comme l'ayant empêchée de se consacrer à cette instance arbitrale étaient passés ou en cours, et notamment « *l'assassinat du président (...)* » survenu le 16 janvier 2001, et « *les affrontements entre les armées du Rwanda et de l'Ouganda dans la ville de Kinsangani ou les attaques de milices rebelles dans la région de Nyakunde* » entre juin et octobre 2002.

84-Si le gouvernement de la République Démocratique du Congo a été limogé à la suite du décès du président (...), son fils (...) ayant pris sa succession, un nouveau gouvernement a été constitué par décret dès le 14 avril 2001 portant nomination des membres du gouvernement et notamment de M. (...) comme Ministre de la Justice et Garde des Sceaux qui a au demeurant donné un mandat le 3 août 2001 à plusieurs personnes dont M. (...) pour conduire des négociations avec la société Energoinvest.

85-II ressort en outre des pièces versées aux débats, et notamment du « Dictionnaire de référence des dates et des événements historiques en République Démocratique du Congo » produit par cette dernière que le conflit survenu sur son territoire s'est atténué à partir de l'année 2002 et ce en raison du « Dialogue Inter-Congolais » pour la réconciliation nationale initié depuis octobre 2001 au point que l'Union européenne a annoncé en janvier 2002 la reprise de l'aide envers ce pays, suspendue depuis 1991, et que la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International lui ont également accordé des crédits de plusieurs centaines de millions de dollars à compter de juin 2002. De même, la situation interne en République Démocratique du Congo ne l'a pas empêchée de déposer le 28 mai 2002 une requête auprès de la Cour Internationale de Justice de La Haye contre la République du Rwanda dénonçant l'agression armée et notamment l'invasion en août 1998 de Goma et de Bukavu ainsi que les massacres et pillages de ses ressources naturelles.

86-Ces éléments tendent à démontrer que malgré une situation politique et militaire très tendue son territoire et particulièrement à l'Est, événements qualifiés de « première guerre mondiale africaine » en ce qu'ils impliquaient alors plusieurs Etats de la Région (notamment le Rwanda et l'Ouganda), la République Démocratique du Congo n'était pas dépourvue de gouvernement et de structure administrative et qu'elle avait en outre une connaissance précise du litige l'opposant avec la société Energoinvest, dont elle assurait le suivi malgré les événements intérieurs qu'elle subissait.

87-Consciente de cette situation, la République Démocratique du Congo n'a pas pour autant, alors qu'elle avait connaissance de l'instance arbitrale, fait connaître au tribunal une quelconque difficulté pour suivre cette instance ou même sollicité en raison de la situation politique et militaire interne, une suspension de cette instance afin de lui permettre de s'y consacrer, ayant fait le choix de s'en désintéresser.

88-Ce faisant, la République Démocratique du Congo n'est pas fondée à se prévaloir d'une méconnaissance du principe de l'égalité des armes alors qu'ayant délibérément choisi de ne pas suivre l'instance arbitrale, elle ne s'est jamais prévalu de telles difficultés devant le tribunal arbitral, sans pouvoir raisonnablement soutenir avoir été dans l'impossibilité matérielle de le faire savoir audit tribunal et à tout le moins solliciter une suspension de l'instance.

89-Ce moyen sera en conséquence rejeté.

Sur l'allégation de fraude ;

90-La République Démocratique du Congo soutient en substance que la fraude résulte du « montage juridique complexe » qui a eu pour effet d'occulter la réalité de la cession de créance intervenue selon elle dès 2001 et ayant eu pour effet de tromper le tribunal arbitral sur l'identité réelle des parties à l'arbitrage, le véritable demandeur étant la société FG Hemisphere, fonds vautour, et non la société Energoinvest.

91-Cependant, d'une part, il n'est justifié ni même allégué d'aucune production devant les arbitres de pièces frauduleuses, de faux documents ou témoignages et le seul fait de soutenir qu'une cession de créance ait pu intervenir avant la procédure arbitrale et n'être signifiée au débiteur cédé que postérieurement, n'est pas de nature à caractériser une telle fraude à l'arbitrage.

92-D'autre part, si la République Démocratique du Congo soutient que cette manœuvre l'a privée de se prévaloir en 2001 de son droit au retrait litigieux, il n'est pas justifié que l'exercice de ce droit de retrait était applicable alors que le contrat initial était régi par le droit suisse, qui ne connaît pas ce mécanisme, de sorte qu'aucune fraude à la loi française, qui n'était pas applicable à la cession de créance, ne peut être caractérisée.

93-Ce moyen sera en conséquence rejeté.

Sur les frais et dépens ;

94-Il y a lieu de condamner la République Démocratique du Congo, partie perdante, aux dépens.

95-En outre, elle doit être condamnée à verser à la société FG Hemisphere, qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme de 50 000 euros.

IV-DISPOSITIF

Par ces motifs, la cour :

1-Rejette la demande de retrait litigieux formulée par la République Démocratique du Congo sur le fondement de l'article 1699 du code civil français ;

2-Rejette l'appel de l'ordonnance d'exequatur interjeté par la République Démocratique du Congo à l'encontre de la sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral siégeant à Zurich constitué sous l'égide de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de commerce internationale le (...) dans l'affaire n°(...) ;

3-Condamne la République Démocratique du Congo à payer à la société FG Hemisphere Associates une somme de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

4-Condamner la République Démocratique du Congo aux dépens.

La greffière

Le Président

Najma EL FARISSI

François ANCEL

