

L'arbitrage commercial international et l'immunité juridictionnelle des Etats

Manuchehr Tavassoli Naini

Department of law-Faculty of Administrative Sciences and Economics- University of Isfahan- Isfahan – Iran

DOI: 10.30489/CIFJ.2021.255041.1023

ARTICLE INFO

Article history:

Received: 29 October 2020

Accepted: 26 March 2021

Online: 04 May 2021

Keywords:

Arbitrage commercial international, Immunité, Immunités juridictionnelle des Etats, Immunité d'exécution, immunité de juridiction

ABSTRACT

L'une des questions pour les parties privées face à l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers est d'établir un équilibre dans leurs différends avec ces Etats et d'obliger les Etats contractants de se soumettre à la juridiction des tribunaux en ce qui concerne leurs contrats mutuels. La solution est la conclusion de différents types d'accords d'arbitrages commerciaux internationaux entre l'Etat étranger et les parties privées. Pour les parties privées, l'arbitrage en tant que forme de justice privée est devenu la meilleure solution pour éviter le risque de l'immunité des Etats et éventuellement le déni de justice. Le résultat de cette recherche justifie que si dans le domaine de l'immunité de juridiction, on peut présumer qu'en adhérant à une convention d'arbitrage, l'Etat étranger a accepté la compétence de l'arbitre et reconnu par-là implicitement à ne pas invoquer devant lui le bénéfice de l'immunité, ce n'est pas le cas de l'immunité d'exécution et pour chacune de ces immunités une renonciation distincte est nécessaire. La doctrine est partagée sur l'immunité d'exécution et dans la pratique des États, certains acceptent la conception absolue de l'immunité d'exécution et d'autres acceptent l'approche de l'immunité restrictive. Selon « la Convention des Nations Unies sur l'immunités des Etats et de leurs biens » il ne peut être procédé antérieurement au jugement à aucune mesure de contrainte contre les biens d'un État en relation avec une procédure devant un tribunal d'un autre État, excepté si et dans la mesure où l'État a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit. A cet égard il semble qu'un instrument international unifié qui va harmoniser la pratique des États et de fournir une approche unifiée entre les Etats est nécessaire.

Introduction

Les règles régissant les immunités juridictionnelles des Etats en droit international sont principalement d'origine coutumière. Néanmoins, il existe des règles conventionnelles dans ce domaine. Ainsi, on peut mentionner, la Convention européenne sur

l'immunité des Etats de 1972, qui compte à ce jour huit Etats adhérents et un Etat signataire et la Convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats de 1983 qui n'est pas entrée en vigueur. Les efforts réalisés depuis des décennies par la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) pour codifier ces règles témoignent de la nature

controversée de certains aspects liés à l'immunité des Etats. Le résultat des travaux de la CDI est la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004. Le texte de cette convention énumère un certain nombre de cas dans lesquels un Etat contractant ne peut invoquer son immunité de juridiction ou d'exécution. Dans tous les autres cas, ces immunités doivent lui être accordées, le principe étant qu'il est interdit pour un Etat contractant de mettre en œuvre une mesure d'exécution forcée sur les biens d'un autre Etat contractant (<http://www.senat.fr/rap/110-073/110-0731.html>).

L'un des aspects plus récents de l'évolution de la règle de l'immunité juridictionnelle des Etats est la conclusion de différents types d'accords d'arbitrage entre l'Etat étranger et les parties privées (Tavassoli Naini, 2016). A la différence de la juridiction de l'Etat du for qui peut imposer des mesures coercitives, l'arbitrage dépend de la volonté des parties. Ce sont donc les parties qui règlent la juridiction, la loi applicable et désignent le tribunal compétence (Atkeson, 1976, 300). Pour les parties privées, l'arbitrage commercial international en tant que forme de justice privée est devenu la meilleure solution pour éviter le risque de l'immunité des Etats et éventuellement le déni de justice. En effet, l'arbitrage obligeait l'Etat contractant d'accepter la juridiction des tribunaux ainsi désignés. Les Etats ont également essayé de plus en plus d'offrir des conditions plus favorables et plus attrayantes afin d'amener les

parties privées à choisir de faire arbitrer leurs différends sur leurs territoires.

Le résultat de ces accords d'arbitrage plutôt commerciaux est l'encouragement de l'absence d'immunité. Ce rejet de l'immunité touche le pouvoir de supervision du tribunal d'un autre Etat compétent pour se prononcer sur des questions se rapportant à l'accord d'arbitrage. Ce tribunal peut ainsi décider sur les questions telles que la validité d'obligation arbitrale, l'interprétation, la validité de la clause ou de l'accord d'arbitrage, la procédure d'arbitrage et l'annulation des sentences arbitrales. Ici, il convient tout d'abord d'approfondir le but et les avantages du recours à l'arbitrage face à l'immunité des Etats (1) et ensuite, les effets de l'arbitrage sur les immunités des Etats (2).

1. Le but et les avantages de recours à l'arbitrage

L'arbitrage est un mode privé et consensuel de résolution des différends. Ce sont les parties aux différends qui, aux termes d'une clause compromissoire, consentent à soumettre leurs différends nés ou à naître entre elles à un tribunal arbitral privé et dont la sentence sera finale et sans appel. La nature contractuelle de l'arbitrage en fait un outil d'une grande flexibilité quant à sa portée et donc, un mode attrayant de résolution des conflits juridiques pour les parties. Dans un contexte international, l'arbitrage est un mode de résolution de différends plus intéressant pour les parties. En effet, il s'agit d'un système

se voulant neutre et détaché de tout système national. L'essor de l'arbitrage international moderne, tant interétatique, commercial, qu'en matière d'investissement, est relativement récent (Fortier, 2014, 57).

De façon générale, les principaux avantages des clauses d'arbitrage les plus souvent mentionnés sont : une procédure simplifiée; moins de documentation à produire; une plus grande rapidité pour obtenir une décision comparativement au processus judiciaire; son coût généralement moins élevé que le processus judiciaire; l'absence de droit d'appel, sauf exception; et la confidentialité du processus et de la décision, sous réserve d'une requête en homologation de la décision arbitrale ou d'un recours en annulation de celle-ci (Méthot, 2013).

Les parties privées face à l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers et pour établir un équilibre dans leurs différends avec ces Etats ont trouvé que l'accord d'arbitrage est un bon moyen qui leur permet d'obliger les Etats contractants de se soumettre à la juridiction des tribunaux en ce qui concerne leurs contrats mutuels. Ainsi, l'arbitre choisi par les parties peut choisir parmi les lois qui sont normalement rattachées à la question de l'immunité à savoir la loi du lieu d'arbitrage, la loi d'autonomie applicable aux contrats litigieux et celle dont relève le statut de l'Etat étranger (Bourel, 1993,122).

Pour les particuliers, le recours à l'arbitrage présente ainsi un indiscutable avantage par rapport aux moyens classiques que nous avons déjà étudié. Ici, la durée est à

peu près courte. Le coût et les difficultés d'exécution sont moindres et les procédures sont moins complexes. C'est pourquoi un auteur estime que le recours à l'arbitrage peut contribuer au développement des relations économiques internationales entre les opérateurs dans les pays relevant de systèmes juridiques, économiques et sociaux différents (Oppetit, 1985, 4). Ce moyen permet donc aux particuliers d'invoquer facilement la responsabilité de l'Etat étranger, lorsque celui-ci refuse l'arbitrage qu'il a déjà accepté. Ce refus qui constitue un déni de justice peut entraîner la responsabilité internationale de l'Etat étranger (Reymonde, 1985, 523). En bref, les parties privées aux accords d'arbitrage peuvent exclure l'exercice du pouvoir de supervision des tribunaux en choisissant, soit un arbitrage autonome tels que l'arbitrage dû au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), soit considérant les sentences comme définitives excluant par là toute possibilité d'intervention judiciaire à quel que moment que ce soit. Il convient d'ajouter que l'arbitre ne rend pas la justice au nom de l'Etat mais il exécute une mission que lui confient les parties. C'est ainsi que sa tâche n'est pas l'application d'un système de conflits de lois étatiques. Par contre, le recours à l'arbitrage peut changer de la *lex fori* et se rattacher au droit des gens. Par exemple, la sentence ARAMCO a écarté l'application de la loi de Suisse en tant que siège d'arbitrage, car le principe de l'immunité des Etats ne permettait pas le contrôle de l'Etat de siège sur l'arbitrage (Bourel, 1982, 129).

Il convient également de souligner qu'en tout état de cause, les accords d'arbitrages ont une force obligatoire pour les parties, même si leur l'exécution dépend à un moment donné, de la participation des tribunaux. Les effets de ces accords persistent même dans le cas où l'exécution de sentence a été refusée par l'Etat étranger, car la sentence (par exemple, l'affaire « Liamco c. le Libye) peut être considérée comme un facteur positif pour l'obtention d'une solution négociée. De plus, si l'accord arbitral lui-même n'est pas un facteur déterminant, il est malgré tout un bon indice pour calibrer la nature commerciale d'une opération (Broton, 1984, I, 256) qui est depuis quelques années exclue de l'immunité des Etats.

En outre, en raison du caractère contractuel de l'arbitrage, la distinction entre les actes de puissance publique et de gestion n'est pas nécessaire. Les arbitres peuvent juger l'Etat même dans l'exercice de son activité de puissance publique. Ici, l'acceptation d'une clause d'arbitrage par l'Etat ne signifie pas qu'il a abandonné l'exercice de sa souveraineté. Par contre, il accepte par avance les conséquences qui peuvent résulter de l'arbitrage. C'est dans cette perspective qu'on peut poser la question de savoir jusqu'au quel point l'Etat étranger accepte-t-il les conséquences de l'accord et enfin de la sentence arbitrale ? Est-ce que le recours à l'arbitrage peut remettre en cause les deux immunités de l'Etat, à savoir l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution ?

2. L'arbitrage et l'immunité des Etats

L'immunité des Etats est un principe établi du droit international qui est basé sur le principe de l'égalité entre Etats. Il est une doctrine juridique par lequel une entité souveraine (un État) est à l'abri de toute poursuite que ce soit civil ou pénale devant les tribunaux d'une autre entité souveraine (Lew., Mistelis, Kroll, 2003, 744). Il est en outre défini comme une doctrine judiciaire qui empêche un gouvernement souverain ou de ses subdivisions politiques, les ministères et les organismes d'être poursuivi dans un forum judiciaire sans son consentement (Badmus-Busari, 2013, 101).

Aujourd'hui la doctrine restrictive des immunités juridictionnelle des Etats est bien établie même si les critères pour les distinguer demeurent flous. Certains Etats ont adopté des lois affirmant l'approche restrictive pour les actes *jure gestionis*. D'autres Etats, n'ont pas légiféré sur la question, mais leurs tribunaux suivent la doctrine restrictive. Cette approbation quasi-générale de la doctrine restrictive se reflète dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (Convention des Nations Unies), adoptée sans vote par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2004, et prévoyant *inter alia* une exception à l'immunité pour les activités commerciales. La doctrine restrictive s'assure ainsi de l'égalité des parties s'engageant dans des transactions commerciales. Au-delà des activités dites non-souveraines, il existe une « zone grise » où se retrouve une série

d'exceptions à l'immunité de l'Etat parmi eux l'exception à l'immunité à l'égard des accords arbitrages (Costi, 2014, 250-251).

Selon article 17 de Convention des Nation Unies (2004) sur l'effet d'un accord d'arbitrage « Si un État conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant : a) À la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'accord d'arbitrage; b) À la procédure d'arbitrage; ou c) À la confirmation ou au rejet de la sentence arbitrale, à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement ».

En réalité, lorsque l'Etat étranger accepte de recourir à l'arbitrage, il accepte également de se soumettre au pouvoir juridictionnel du tribunal ainsi désigné pour résoudre ses litiges avec les particuliers « qu'ils ne lui sont égaux dans l'ordre international » (Leboulanger, 1985,302). Dans une sentence arbitrale rendue en 1974 sous l'auspice de la Chambre de commerce international (CCI), l'arbitre a rejeté l'exception de l'immunité en invoquant le principe « *pacta sunt servanda* » selon lequel un Etat souverain doit être suffisamment souverain pour faire la promesse qui l'engage aussi bien en droit international qu'en droit interne ». Dans cette situation il existe une sorte d'incompatibilité entre les deux notions de l'immunité et de l'arbitrage. Par conséquent,

l'Etat en raison du caractère volontaire de cette procédure des règlements des litiges ne peut pas invoquer sa souveraineté devant une juridiction arbitrale (Fouchard, 1989, 1-25).

Ainsi, on peut se demander si l'acceptation par un Etat étranger d'une clause d'arbitrage commercial international constitue une renonciation à son immunité. Est-ce que la stipulation d'une clause d'arbitrage constitue un indice significatif du nature privé de l'activité litigieuse ? Est-ce qu'on peut présumer le caractère commercial du contrat lorsqu'il existe un accord d'arbitrage. La réponse peut toucher deux phases de l'immunité juridictionnelle des Etats à savoir l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution.

2-1. Immunité de juridiction

En ce qui concerne l'immunité de juridiction, il semble qu'il existe une unanimité sur l'idée selon laquelle, la souscription d'une clause compromissoire ou la conclusion d'un compromis d'arbitrage par l'Etat étranger ou ses organes entraînent une renonciation implicite à l'immunité de juridiction des Etats (Leboulanger, 1985, 299). Le fait qu'un Etat se soumette à l'arbitrage, quel que soit le siège de l'arbitrage, implique une renonciation à l'immunité dudit Etat quant à la reconnaissance d'une sentence éventuelle (Delaume, 1981, 809). Selon un auteur, la théorie de la renonciation implicite en ce qui concerne les accords d'arbitrages est en train de gagner du terrain et la stipulation d'un

accord d'arbitral étant une hypothèse où cette renonciation à l'immunité peut se produire (Brotons, 1984, 257).

Néanmoins, on ne peut pas dire qu'essentiellement la stipulation d'une clause d'arbitrage est indice significatif de caractère commercial de l'activité en cause. Selon M. Bourel, « sans doute l'arbitrage est un mode fréquent de règlement des différends dans le domaine des relations économiques internationales, mais la nature commerciale de ces relations ne saurait dépendre exclusivement de l'existence d'une clause d'arbitrage » (Bourel, 1982, 128). Il demande que l'appréciation de la renonciation à l'immunité dans un accord d'arbitrage doive être très stricte. Le juge doit être persuadé que les considérations des termes avec lesquels l'accord a été rédigé et les circonstances présentes dans chaque cas, précisent concrètement la volonté claire, non-équivoque de l'Etat étranger à renoncer à son immunité. Il ajoute que la portée d'une clause d'arbitrage quant au jeu de l'immunité est la fonction de la volonté des parties. Une telle clause révèle une intention manifeste et non-équivoque de l'Etat qui peut être interprété comme une renonciation à l'immunité de juridiction chez les arbitres ou les juges. Il appartient donc aux juges de fonder l'appréciation selon les circonstances, pour savoir si une telle clause comporte la renonciation à l'immunité (Bourel, 1982, 132). En dernière analyse, M. Bourel propose que cette clause dans certaines conditions puisse être utilisée en tant que moyen complémentaire, soit pour

déterminer le domaine de l'immunité quant aux actes qui y sont soumis, soit pour établir une renonciation implicite à l'immunité de l'Etat étranger (Bourel, 1982, 135).

Si, la conclusion des accords d'arbitrage est actuellement considérée comme une renonciation implicite à l'immunité de juridiction. Il est donc accepté que l'immunité n'existe pas à propos du pouvoir de supervision du tribunal d'un autre Etat compétent pour se prononcer sur des questions se rapportant à l'accord d'arbitrage, telles que la validité de l'obligation de se soumettre à l'arbitrage, l'interprétation de clause d'arbitrage et l'annulation des sentences arbitrales. Il est également accepté que le consentement à l'arbitrage tout seul ne constitue pas une renonciation à l'immunité de juridiction. Cela veut dire que l'Etat accepte seulement les conséquences naturelles et logiques d'un arbitrage commercial envisagé.

De plus, il semble que dans la pratique seulement les accords d'arbitrage entre les Etats et les personnes physiques et morales peuvent faire objet de cette exception. En bref, les accords d'arbitrages commerciaux entraînent une exception tacite de pouvoir de supervision du tribunal d'un autre Etat. Toutefois, comme une sentence arbitrale belge précise, l'Etat et ses organes peuvent invoquer leur immunité en ce qui concerne les actes d'autorité accomplis *jure imperii* et pas pour les contrats purement administratifs. Ce qui exclut les contrats internationaux de droit privé du champ d'application de l'immunité. Autrement dit, dans les contrats d'arbitrage

c'est la nature de l'activité qui joue un rôle très important. Cependant, sur le critère de la nature il n'y a pas l'unanimité et parfois certains tribunaux comme la Cour de cassation italienne selon le but ou la finalité de l'acte, acceptent et refusent le recours à l'immunité (De Ritis v. United States, 1971). Il est alors le principe général selon lequel les États étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion (Mélin, 2020).

On doit alors d'emblée souligner que, dans le cadre de l'arbitrage investisseur-Etat, et notamment de l'arbitrage du CIRDI, l'Etat n'agit pas, en principe, en tant que partenaire commercial. Il agit en tant qu'hôte de l'investissement. A ce titre, en consentant à l'arbitrage investisseur-Etat, que ce soit par la conclusion d'une convention d'arbitrage, d'un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou par l'adoption d'une offre générale d'arbitrage insérée dans un code des investissements, l'Etat renonce à faire valoir son immunité de juridiction également pour ce qui concerne ses actes *jure imperii* (Bruno, 2015).

2-2. Immunités d'exécution

Si dans le domaine de l'immunité de juridiction, on peut présumer qu'en adhérant à une convention d'arbitrage, l'Etat étranger a accepté la compétence de l'arbitre et reconnu par-là implicitement à invoquer devant lui le

bénéfice de l'immunité, ce n'est pas le cas de l'immunité d'exécution. Nous avons déjà souligné que pour chacune de ces immunités une renonciation distincte est nécessaire. Ici, on peut se demander si la souscription à une clause d'arbitrage comprend également une renonciation à l'immunité d'exécution?

Selon la Convention des Nations Unies sur immunités des Etats et de leurs biens à l'égard des mesures de contraintes antérieures au jugement l'article 18 de cette Convention qu'« Il ne peut être procédé antérieurement au jugement à aucune mesure de contrainte, telle que saisie ou saisie-arrêt, contre les biens d'un État en relation avec une procédure devant un tribunal d'un autre État, excepté si et dans la mesure où : a) L'État a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international; ii) Par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ».

A cet égard, la doctrine est partagée. Selon M. Oppetit, il est choquant qu'un Etat qui a accepté l'arbitrage puisse refuser l'exécution de sentence rendue contre lui. Il demande que l'immunité d'exécution ne renie pas l'engagement de l'Etat sur la juridiction, mais sur la suite logique de cette juridiction, ce qui veut dire : l'exécution de la décision (Bourel, 1982, 137). D'après un autre auteur, la renonciation de l'Etat à son immunité d'exécution doit être appréciée strictement, car la seule souscription d'une clause d'arbitrage ne suffit pas à impliquer à cette renonciation (Broton, 1984, 259). Pour un autre juriste, la clause d'arbitrage ne signifie pas en soi une acceptation d'exécution de sentence arbitrale.

Elle exprime la soumission des parties à la compétence du tribunal ainsi désigné. Mais là s'arrête son rôle (Bourel, 1982, 138)

Selon Blane, alors que l'immunité d'exécution reste la dernière forteresse ou le dernier bastion de l'immunité des Etats, cette forteresse manque une fondation solide. Les tentatives du régime d'arbitrage international d'encourager l'activité de l'Etat et les flux de capitaux en fournissant protections pour les investisseurs privés, y compris en permettant aux investisseurs de régler les différends par le biais d'une procédure d'arbitrage international au lieu de propres tribunaux du souverain (Blane, 2009, 505).

Un autre pense à la différence de ce principe dont elle dérive logiquement et qui a fait l'objet d'une consécration dans certaines législations relatives à l'arbitrage commercial international, la renonciation des personnes publiques à l'immunité d'exécution en cas de stipulation d'une convention d'arbitrage est un principe d'origine. Il a été clairement posé dans la jurisprudence suisse et se retrouve précisément dans un arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu dans le cadre du différend opposant le Royaume de Grèce et la banque *Julius Bär*. L'Etat grec en l'espèce, s'opposait à l'exécution de la sentence rendue à son encontre en brandissant son immunité d'exécution. Le Tribunal fédéral rejeta cet argument et motiva clairement sa décision en ces termes : « *dès l'instant qu'on admet dans certains cas qu'un Etat étranger peut être partie devant les tribunaux suisses à un procès destiné à fixer ses droits et ses obligations découlant d'un rapport juridique dans lequel il*

est intervenu, il faut admettre aussi qu'il peut faire en Suisse l'objet des mesures propres à assurer l'exécution forcée du jugement rendu contre lui. Sinon ce jugement serait dépourvu de l'essence même de la sentence d'un tribunal, à savoir qu'elle peut être exécutée même contre le gré de la partie condamnée (Fadaz, 2008) (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, ATF 82175).

Ainsi pour certain, le principe posé de la renonciation au privilège d'immunité d'exécution en cas de stipulation d'une convention d'arbitrage repose sur l'idée selon laquelle l'immunité d'exécution étant la conséquence logique de l'immunité de juridiction, la renonciation au premier induit celle de la seconde. Ce raisonnement opérant un lien indissociable entre les deux principes est d'une cohérence imparable : on ne saurait en effet concevoir qu'un Etat accepte de se soumettre à la justice pour ensuite en renier les conséquences (Fadaz, 2008).

Mais en réalité, la présomption de renonciation des personnes publiques à l'immunité d'exécution en cas de stipulation d'une convention d'arbitrage ne concerne que les biens affectés à une activité commerciale et économique. Les biens des personnes publiques destinés à une activité de service public et relevant des prérogatives de puissance publique étant exclus du domaine du principe, seule une renonciation expresse pourra permettre des mesures d'exécution forcée sur ceux-ci. Cette précision a été notamment apportée par la Cour de cassation

française dans l'arrêt *Eurodif c Iran* (1984): Elle correspond à la distinction classique opérée entre l'Etat souverain et l'Etat commerçant dans la délimitation du domaine des immunités. Le principe de la renonciation à l'immunité d'exécution en cas de stipulation d'une convention d'arbitrage a encore été affirmé par la jurisprudence française dans des litiges assez récents survenus entre des Etats et des multinationales étrangères (<http://www.memoireonline.com>). La Cour de cassation française dans l'affaire, *Commisimpex c/ République du Congo* (2015) en confirmant la validité de la saisie des comptes bancaires de l'ambassade de la République du Congo, modifie sa position sur les renonciations des États à leur immunité d'exécution; elle invite à s'interroger sur la validité au fond de ces renonciations (Alland, Fleury Graff, 2016,1).

Il semble que, l'exécution n'est pas la même chose que la condamnation. La pratique des Etats montre qu'une exécution sur les biens et capitaux de l'Etat étranger ou sur ses émanations comme les banques centrales portent des atteintes sérieuses à sa souveraineté et à sa dignité et provoquent parfois les tensions diplomatiques auxquelles sont sensibles les organes judiciaires. Par contre, le recours à l'immunité d'exécution engendre une inégalité de traitement entre l'Etat et son contractant, puisque l'Etat étranger peut toujours invoquer son immunité alors que l'investisseur étranger est inhabile à soulever une telle exception. Avec l'émergence des contrats d'arbitrages et leur caractère

volontaire, l'exécution des sentences arbitrales pose moins de problèmes, mais on peut se demander est-ce que l'Etat étranger est obligé d'accepter l'exécution d'une sentence arbitrale?

En règle générale, l'objectif naturel de toute sentence est d'être exécuté, même contre la volonté des condamnés. Toutefois, il est possible qu'une sentence ne le soit pas en vertu du privilège de l'immunité des Etats. De plus, les jugements arbitraux n'ont pas une force exécutoire comme les sentences de tribunaux étatiques et l'immunité d'exécution peut les priver d'effet. Il est vrai que l'exécution des sentences arbitrales montre un progrès limité, mais en fait, l'Etat étranger peut invoquer son immunité d'exécution avec succès pour empêcher l'exécution des sentences ainsi rendues. Ce recours à l'immunité d'exécution est après la prononciation des jugements arbitraux et devant les juges étatiques pour empêcher les mesures d'exécution. Le recours est possible durant la procédure arbitrales pour empêcher les mesures provisoires et conservatoires. Par exemple, l'Etat Iranien dans l'affaire *Eurodif* a invoqué son immunité à l'encontre d'autorisation des mesures de saisie conservatoire sur une créance de cet Etat. Selon certains auteurs, il est constant que le fait de consentir à une convention d'arbitrage n'affecte en rien le jeu de l'immunité d'exécution (Fouchard, Gaillard, Goldman, 1996, 470). Cela signifie que le problème d'exécution des sentences arbitrales persiste encore et l'affaire *Liamco* contre la Libye en Suisse, Suède, France et aux Etats-Unis en est

ainsi un très bon exemple. Dans cette affaire, malgré l'acceptation de lever de l'immunité de juridiction, l'exécution de sentence est suspendue à cause de l'immunité d'exécution. La Cour d'appel de Paris dans l'affaire « Eurodif-Sofidif » (1982) a confirmé que la prétendue de renonciation de l'Etat iranien à son immunité de juridiction, n'impliquerait nullement une renonciation corrélative à son immunité d'exécution (Rev, arb, 1982, 204).

Le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire SEEE ayant mis aux prises la Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises S.A et l'Etat yougoslave (la société avait sans succès essayé de faire exécuter en France une sentence prononcée en Suisse contre la Yougoslavie) jugea que la renonciation à son immunité de juridiction par la Yougoslavie résultant de l'arbitrage, ne pouvait automatiquement entraîner un abandon de l'immunité d'exécution (Lalive, 1989, 381).

La position adoptée par la Cour de cassation française dans l'arrêt *Etat du Qatar c/ Société Creighton* en juillet 2000, permet de nourrir l'espoir - aussi infime soit-il - d'une évolution future des mentalités vers l'abandon du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques en matière d'arbitrage commercial international. En l'espèce, la haute Cour décida en effet que : « *l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale impliquait renonciation de cet*

Etat à l'immunité d'exécution » (Thery, 2001, 18).

La Cour fédérale allemande dans un arrêt du 30 janvier 2013 a répondu à cette question que le fait qu'un Etat étranger se soit contractuellement soumis à une procédure arbitrale signifie-t-il que cet Etat entend également renoncer à son immunité dans le cadre de la procédure d'exécution forcée ? Cette Cour commence par poser une distinction entre deux étapes de l'exécution forcée d'une sentence arbitrale prononcée à l'étranger contre un Etat étranger : la première phase concerne la reconnaissance de la sentence comme titre exécutoire, laquelle consiste en une procédure de jugement *sui generis*, la seconde phase concerne l'exécution forcée au sens étroit du terme. La demande portait ici sur la première phase, pour laquelle des règles distinctes de la phase d'exécution forcée proprement dite seraient applicables. Selon la Cour fédérale, si un Etat étranger a contractuellement accepté de se soumettre à la juridiction d'un tribunal arbitral afin de résoudre un litige, une interprétation de cet accord permettant à ce même Etat de faire appel à son immunité afin de faire échec à la reconnaissance de cette sentence par les tribunaux allemands, et par là à son exécution (forcée), serait contraire aux objectifs poursuivis par un tel accord. Cette contradiction serait d'autant plus évidente, d'après la Cour, que l'exécution forcée sur des objets dont l'Etat concerné ne se sert pas dans le cadre de ses activités régaliennes est en principe légalement possible, sans qu'il soit

besoin d'une autorisation ou d'une renonciation par cet Etat à son immunité (Schlegel, 2013).

Face à l'obstacle quant à l'exécution des sentences arbitrales, deux moyens sont prévisibles. L'un, l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat national et l'autre, l'interposition d'une demande contre l'Etat condamné devant la CIJ en alléguant la violation de ses obligations conventionnelles. En ce qui concerne la Convention de CIRDI, ces deux moyens sont prévus respectivement dans les articles 27 et 64 de cette convention. Mais dans les accords bilatéraux, ces solutions sont également envisageables. Selon M. Delaume en revanche, en ce qui concerne les sentences, d'autres solutions ont été envisagées. Par exemple, la sentence inexécutée l'affaire *Liamco c. Libye* a été un facteur positif pour l'obtention d'une solution négociée. Mais la solution plus logique était la limitation de champ d'application de l'immunité d'exécution.

La pratique de certains Etats montre cette position. Par exemple, le Tribunal de district de Colombie aux Etats-Unis dans l'affaire « *Brich Shipping Co v. The Embassy of the United Republic of Tanzanie* » a refusé la demande de l'immunité de l'état tanzanien. Selon le tribunal, en acceptant l'obligation de se soumettre à toute sentence rendue aux fins du contrat et à la confirmation d'une telle sentence par le tribunal compétent, la Tanzanie doit être considérée comme ayant renoncé à son immunité d'exécutif.

La Chine, par contre, qui a également signé la Convention, a rejeté l'idée voulant que signer la Convention revenait à adopter la théorie restrictive. Dans l'affaire *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC* ([2011] HKCFA 43), le Bureau du Commissaire du Ministère des affaires étrangères a expliqué ce qui suit : la Chine n'a pas changé de position concernant le maintien de l'immunité absolue et n'a jamais appliqué ou reconnu la doctrine ou théorie dite « restrictive » (Webb, 2019).

Il est même intéressant de préciser que certaines conventions qui précisent l'obligation de l'Etat d'exécuter la sentence arbitrale rendue, ne limitent pas l'immunité d'exécution. C'est le cas de la Convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissantes d'autres Etats (Convention de CIRDI). Cette convention élimine tout recours à l'immunité de juridiction dans son article 54 (par.1) et précise l'obligation de l'Etat contractant d'exécuter la sentence rendue dans cette Convention. Par contre, l'article 55 de cette Convention précise que l'article 54 ne pose aucun obstacle pour l'immunité d'exécution dudit Etat.

La question délicate et controversée de l'exécution des sentences arbitrales s'occupe jusqu'à présent une place importante dans le domaine de l'immunité des Etats. C'est dans cette optique que certaines lois, (sauf la loi canadienne et loi américaine qui sont muettes sur ce point) l'absence de l'immunité de juridiction a été acceptée dès lors qu'un Etat

est partie à un accord avec une personne privée aux termes duquel il accepte par écrit que son différend soit soumis à un arbitrage. La loi australienne par rapport à d'autres essaye d'exposer cette exception en détail en ce qui concerne le pouvoir de juridiction des tribunaux du for. Elle propose une voie moyenne qui autorise les tribunaux nationaux à ordonner l'exécution d'une sentence rendue contre un Etat étranger dès lors que celui-ci n'aurait pas bénéficié de l'immunité. Autrement dit, à l'exception de la renonciation expresse ou implicite mais clairement indiqué, les tribunaux nationaux peuvent ordonner à l'exécution d'une sentence rendue contre un Etat étranger dès lors que celui-ci n'aurait pas bénéficié de l'immunité. L'article 9 de la loi anglaise sur l'immunité des Etats va ainsi très loin en refusant de l'immunité dans toutes les hypothèses d'exécution de sentence arbitrale. Cet article accepte le refus de l'immunité dans tous les accords d'arbitrage. Selon la loi australienne dans son article 17, cette non-immunité est valable sauf stipulation contraire contenue dans cet accord. Il est également prévu que cette stipulation est valable devant les instances tendant à faire exercer par les tribunaux un contrôle sur l'arbitrage, y compris les instances tendant à faire prononcer un jugement sous forme d'opinion juridique sur la validité et les effets de cet accord et sa portée (Foreign States Immunities Act 1985).

Enfin, il est vrai qu'il existe des différences entre, d'une part, les dispositions de Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et,

d'autre part, la jurisprudence et la législation en vigueur sur l'immunité des Etats en France, en Australie, aux Etats Unis, au Royaume-Uni et en Italie. Mais, il nous semble que si la Convention entre en vigueur, nous pouvons nous attendre à de nombreux problèmes impliquant l'immunité souveraine découlant des aléas de la législation nationale à disparaître et sur l'interprétation de la Convention par les tribunaux nationaux et même par les tribunaux d'arbitrage. Surtout dans la mesure des agences relié à l'Etat, mais pas étroitement à constituer des organes centraux de gouvernement, reste un problème récurrent dans la Convention des Nation Unies sur l'immunité des Etats (Maniruzzaman ,2005,5).

Conclusion

La doctrine de l'immunité absolue des Etats était en vigueur à une époque où l'Etat n'intervenait pas dans la vie privée. Au moment où les Etats s'engageaient dans des transactions commerciales avec des acteurs non-étatiques, ils ne pouvaient se cacher derrière cette doctrine, puisqu'elle privait « les partenaires commerciaux des Etats de tout recours juridique. Ci-après une distinction s'est opérée entre activités souveraines de l'Etat (*acta jure imperii*), pour lesquelles les Etats doivent toujours bénéficier de l'immunité, et activités privées de cet Etat (*acta jure gestionis*) pour lesquelles il n'est pas justifié que l'Etat puisse utilement invoquer une telle immunité. L'immunité de l'Etat étranger s'est

alors cantonnée aux seules activités de puissance publique. Cette conception a conduit, assez naturellement, à écarter l'immunité de juridiction de l'Etat lorsque celui-ci a souscrit, dans le cadre de son activité commerciale, une clause d'arbitrage commercial international. Ainsi, il est admis dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats que lorsqu'un Etat conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'accord d'arbitrage; à la procédure d'arbitrage; ou à la confirmation ou au rejet de la sentence arbitrale, à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement.

Si dans le domaine de l'immunité de juridiction, on peut présumer qu'en adhérant à une convention d'arbitrage, l'Etat étranger a accepté la compétence de l'arbitre et reconnu par-là implicitement à invoquer devant lui le bénéfice de l'immunité, ce n'est pas le cas de l'immunité d'exécution. Selon la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, il ne peut être procédé antérieurement au jugement à aucune mesure de contrainte, telle que saisie ou saisie-arrêt, contre les biens d'un Etat en relation avec une procédure devant un tribunal d'un autre Etat, excepté si et dans la mesure où l'Etat a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués par une convention d'arbitrage ou un

contrat écrit. Il semble en droit positif dans deux cas l'immunité d'exécution des Etats est écartée. Le premier est la renonciation explicite et univoque de l'Etat à son immunité et le second est lorsque le bien à saisir est affecté à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé, et qu'il fait l'objet de la demande en justice.

Dans la pratique des Etats, certains maintiennent encore à cet égard une conception absolue de l'immunité d'exécution, à leur égard l'Etat souffre d'aucune exception, même en matière commerciale. D'autres, accepte l'approche de l'immunité restrictive sur les biens appartenant à l'Etat et est affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé et ignorent l'immunité d'exécution. Enfin, il semble, la doctrine est partagée sur ce sujet et à la lumière des différences dans la pratique des Etats entre les approches de l'immunité absolue et restrictive, ce qui est nécessaire est un instrument juridique international unifié qui va harmoniser la pratique des Etats à cet égard et de fournir une approche unifiée entre les Etats.

Bibliographie :

1. Alland (D), Fleury Graff (T), (2016)
« Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution »,
Revue critique de droit international
privé, Dalloz,
2. Atkeson (T.B), Perkins (P)
et Wyatt (M), (1976)
**« The revised state
justice bill on foreign
immunity »** time for
action, AJIL, vol. 70
3. Audit (M), (2014), **« La renonciation
par un État à son immunité
d'exécution »**, Brill , Nijhoff, 2014
4. Badmus-Busari (F), (2013), **Sovereign
immunity and enforcement of
awards in international commercial
arbitration**, International Commercial
Arbitration, Tulane Law School, LLM
5. Blane (A), (2009) **Sovereign
immunity as a bar to the execution
of international arbitral awards**,
International law and politics, Vol.
41:453
6. Blane (A), (2009), **Sovereign
immunity as a bar to the execution
of international arbitral awards**,
International law and politics, Vol.
41:453,
7. Bourel (P), (1993), **Jurisclasseur de
droit international**, fasc. 581
8. Bourel (P), (1982), **« Arbitrage
international et immunités des
Etats étrangers, à propos d'une
jurisprudence récente »**, Rev. Arb
9. Brotons (A.R), (1984), **« La
reconnaissance et l'exécution des
sentences arbitrales étrangères »**,
RCADI
10. Bruno (P), (2015), **L'arbitrage
transnational et le droit français des
immunités de l'Etat étranger**, : Droit
international des investissements et de
l'arbitrage transnational Sous la dir. de
Charles Leben, éditions A. Pedone
11. Costi (A), (2014), **L'immunité de
jurisdiction de l'Etat en matière de
procédure civile: position de la cour
internationale de justice**, 20 NZACL
Yearbook
12. Crawford (J), (1983), **"International
Law and Foreign Sovereign"**.
Distinguishing Immune transactions.
BYIL
13. Delaume (G.R), (1981), **« L'arbitrage
transnational et les tribunaux
américaines »**, JDI
14. Delaume (G.R), (1984), **« L'arbitrage
transnational et les tribunaux
nationaux »** JDI
15. Fortier L. Yves , Lespérance
Annie(2014), **La contribution des
Nations Unies à l'arbitrage
international**, McGill Journal of
Dispute Resolution(Revue de
règlement des différends de McGill) ,
Vol 1:1

16. Fadaz (S. T. A-K) (2008), « **Le régime juridique de l'arbitrage commercial international** », Université de Lomé (TOGO), in www.memoireonline.com,
17. Fouchard (Ph), (1989), « **L'arbitrage commercial international** », Jurisclasseur de droit international, fasc, 585-1, pp. 1-25. Fasc 586-2, pp. 1-28, fasc 586-7-1, pp. 1-18, fasc 586-7-3
18. Fouchard (P0, Gaillard (E)m Goldman (B), (1996) « **Traité de l'arbitrage commerciale international** », LITEC
19. Liu (O), (2016), **L'exécution des sentences arbitrales étrangers- étude comparative la France et la Chine**, Université Paris II- Panthéon-Assas
20. Maniruzzaman(A.F.M), (2005), **State enterprise arbitration and sovereign immunity issues**, *Dispute Resolution Journal*, vol. 60, no. 3
21. Méthot Catherine, Paquette André , (2013), **Avantages et inconvénients des clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux**, *Ratio*, Bulletin trimestriel d'information juridique à l'intention des professionnels de la comptabilité, de la gestion et des finances, Numéro 21, in http://www.lavery.ca/data/publication/1674_fr
22. Oppetit (B), (1985), « **Les Etats et l'arbitrage international** » *Esquisse de systématisation* *Rev, arb*
 - a. Jacquet (J.M), (1989), « **L'Etat opérateur du commerce international** », *JDI*, 3
23. Lalive (J.F), (1989),« **Quelques observations sur l'immunité d'exécution des Etats et l'arbitrage international** », Kluwer, Academic Publishers
24. Leboulanger (Ph), (1985) « **Les contrats entre Etats et entreprises étrangers** », Paris,
 - a. *Economica*, XIII.
25. Lew, J., Mistelis, L., and Kroll, S.,(2003), « **Comparative International Commercial Arbitration** » The Hague- London- New York : Kluwer Law International
26. Mélin (F), (2020),« **Immunité de juridiction des États étrangers et relation de travail** », *Dalloz*. *Actualité*
27. Paulsson (J),(1981), « **L'immunité restreinte entérinée par la jurisprudence suédoise dans le cadre de l'exequatur d'une sentence arbitrale étranger rendu à l'encontre d'un Etat** », *JDI*
28. Reymonde (Claude), (1985), « **Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage** », *Rev. arb*
29. Schlegel Audrey Eugénie, (2013), **Le poids de l'immunité des Etats étrangers dans la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales selon la Cour Fédérale allemande**, *Nov* 25
30. Tavassoli Naini (M), (2016), **Immunité juridictionnelle des Etats**, Editions Universitaires Européennes

31. They Philippe, (2001), « **Feue l'immunité d'exécution ?** », in GP2001, n°163
32. Webb (Ph), (2019), « **Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens** », Médiathèque de droit international des Nations Unies, Nations Unies, in www.un.org/law/avl