

**Par Claudia  
Annacker et  
Robert T. Greig \***

\* Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton, Paris.<sup>1</sup>

# Immunité des Etats et arbitrage

## I. Introduction

**1**  
Les auteurs remercient vivement leurs collègues de Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton des bureaux de New York, Paris, Rome et Francfort pour leur précieuse contribution.

**2**  
Série des traités européens <sup>74</sup>.

**3**  
L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse.

**4**  
Le Portugal.

**5**  
(1983) 22 I.L.M. 292. Le projet de convention a été adopté le 21 janvier 1983 par le Comité juridique interaméricain.

**6**  
« Buenos Aires Revised Draft Articles for a Convention on State Immunity of the International Law Association », Association du droit international, Rapport de la soixante-sixième conférence tenue à Buenos Aires, du 14 au 20 août 1994.

**7**  
« Les aspects récents des immunités de juridiction et d'exécution des Etats », Institut de Droit International, Session de Bâle 1991, <[www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991\\_bal\\_03\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_03_fr.PDF)> (tous URL mentionnés valables en décembre 2004).

**8**  
« Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens » *Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II, partie 2, p. 21.

**9**  
Voir Déclarations sur la Convention sur les immunités juridictionnelles dans *Les délégations à la Sixième Commission saluent la finalisation du projet de Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Sixième Commission de l'Assemblée générale, Communiqué de presse AG/J/3259, 25 octobre 2004, <[www.un.org/News/fr-press/docs/2004/AGJ3259.doc.htm](http://www.un.org/News/fr-press/docs/2004/AGJ3259.doc.htm)>.

**10**  
Article 30 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

Les règles de droit en matière d'immunité des Etats relèvent du droit international coutumier et d'une convention régionale, la Convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972 <sup>2</sup>, qui compte à ce jour huit Etats adhérents <sup>3</sup> et un Etat signataire <sup>4</sup>. La Convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats de 1983 <sup>5</sup> n'est pas entrée en vigueur. Les efforts réalisés depuis des décennies par l'Association du droit international <sup>6</sup>, l'Institut de Droit International <sup>7</sup> et la Commission du droit international des Nations Unies (ci-après « CDI ») <sup>8</sup> pour codifier ces règles témoignent de la nature controversée de certains aspects liés à l'immunité des Etats.

Une convention universelle sur l'immunité des Etats devrait très prochainement voir le jour. Les efforts de la CDI en la matière ont abouti à l'adoption, le 9 novembre 2004, de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (« Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats ») par la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale des Nations Unies. L'Assemblée générale a adopté la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats le 2 décembre 2004 et l'a ouverte à la signature le 17 janvier 2005 pendant une période de deux ans. Cette convention, qui a été largement accueillie par les Etats <sup>9</sup>, entrera en vigueur le trentième jour suivant la date de sa trentième ratification <sup>10</sup>.

Seront examinées ci-après les dispositions de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats applicables aux relations entre immunité des Etats et arbitrage. Notons dès à présent qu'il existe des différences entre, d'une part, les dispositions de cette convention 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. La présente étude se concentre sur les questions les plus controversées :

- Un Etat qui a accepté de se soumettre à l'arbitrage peut-il néanmoins bénéficier de l'immunité de juridiction en matière de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale qui a été rendue contre lui (« question de la reconnaissance et de l'exécution ») ?
- Cet Etat bénéficie-t-il d'une immunité de juridiction générale dans le cadre des procédures de contrôle ou son immunité est-elle limitée aux procédures portant sur un arbitrage commercial (« question de l'arbitrage non commercial ») ?
- Quels sont les tribunaux nationaux qui disposent du lien de juridiction nécessaire pour exercer un pouvoir de contrôle dans le cadre d'un arbitrage impliquant un Etat étranger (« question du lien de juridiction ») ?

## II. La Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats

Le principal article de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats traitant de l'arbitrage est l'article 17.

Cet article prévoit que :

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 à l'annulation de la sentence arbitrale, à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement.

Cette convention prend donc position sur chacune des questions controversées.

### A. La question de la reconnaissance et de l'exécution

Dans le cadre d'un arbitrage CCI se déroulant à Paris, une société américaine a obtenu une sentence arbitrale contre la Hongrie pour violation d'un contrat d'entreprise commune (*joint venture*). Elle cherche à obtenir la reconnaissance et l'exécution de cette sentence devant le tribunal de commerce de Paris. La Hongrie invoque alors l'immunité. Le tribunal de commerce de Paris est-il compétent pour reconnaître et exécuter la sentence contre la Hongrie ?

L'existence d'une convention d'arbitrage implique renonciation par l'Etat à son immunité de juridiction dans les procédures relatives à la confirmation et à l'annulation d'une sentence arbitrale<sup>11</sup>, mais n'affecte pas l'immunité de l'Etat à l'égard des mesures de contrainte antérieures et postérieures à la sentence, y compris l'exécution. A moins qu'un Etat n'ait consenti à la prise de mesures antérieures à la sentence dans l'énoncé même de la convention d'arbitrage ou selon les termes d'un contrat écrit, d'un traité bilatéral ou multilatéral, ou d'une déclaration faite devant le juge, l'Etat bénéficie de l'immunité à l'égard de toute mesure de contrainte antérieure à la sentence<sup>12</sup>. De même, aucune mesure de contrainte postérieure à la sentence ne peut être prononcée, à l'exception de celles prises à l'encontre des biens « spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat ou par une personne publique autrement qu'à des fins de service public non commerciales » dans l'Etat du for, ces biens ne bénéficiant pas, en général, de l'immunité d'exécution<sup>13</sup>.

L'article 17 repose sur le concept du consentement implicite à se soumettre au pouvoir de contrôle d'un tribunal qui serait compétent en l'espèce pour trancher des questions liées à la convention d'arbitrage<sup>14</sup>. Alors que le consentement à l'arbitrage n'implique pas, en tant que tel, renonciation à l'immunité de juridiction devant un tribunal qui serait compétent pour statuer sur le différend au fond, le consentement

11

Article 17 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats. Ce principe a été mis en exergue dans la décision de la Cour fédérale du Canada du 23 décembre 2003 dans l'affaire *TMR Energy Ltd. c. Ukraine*, 2003 FC 1517. La Cour a maintenu la saisie d'un avion-cargo à Goose Bay, Terre-Neuve, pour exécuter une sentence arbitrale contre l'Ukraine au motif qu'un Etat qui est partie à une convention d'arbitrage prévoyant une procédure d'arbitrage dans un pays signataire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (Convention de New York), sans réserver son immunité de juridiction, renonce implicitement à son immunité en matière de reconnaissance de la sentence.

12

Article 18 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

13

Article 19 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

14

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-huitième session, UN Doc A/41/10, *Annuaire de la Commission du droit international* 1986, vol. II, partie 2, p. 65.

d'un Etat à un arbitrage commercial implique l'acceptation de toutes les « conséquences naturelles et logiques découlant de l'arbitrage commercial »<sup>15</sup>. L'article 17 respecte le principe généralement reconnu selon lequel la renonciation à l'immunité de juridiction n'implique pas renonciation à l'immunité d'exécution<sup>16</sup> et, par conséquent, n'inclut pas les procédures d'exécution des sentences arbitrales<sup>17</sup>. Ainsi, l'exécution d'une sentence arbitrale ou d'un jugement s'y rapportant requiert un consentement exprès, à moins que la sentence ou le jugement ne soit dirigé contre des biens affectés à la satisfaction de la créance en cause ou des biens utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales (article 19).

L'article 17, tel qu'adopté par la CDI en 1991, ne portait pas sur les procédures de reconnaissance. La CDI était divisée sur la question de savoir si la renonciation automatique d'un Etat à l'immunité de juridiction devant une juridiction de contrôle s'applique aux procédures de reconnaissance. Le rapporteur spécial Motoo Ogiso a considéré la procédure de reconnaissance comme étant le « point final » de la procédure d'arbitrage plutôt que la première étape de l'exécution, ou comme étant « le complément normal du caractère obligatoire de la convention d'arbitrage ». Il en a conclu qu'un Etat partie à une convention d'arbitrage ne devait pas bénéficier de l'immunité en matière de reconnaissance<sup>18</sup>. La CDI a exclu de l'article 17 la reconnaissance d'une sentence, car elle était interprétée dans de nombreuses procédures nationales de droit civil comme un premier pas vers l'exécution<sup>19</sup>. La Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, au contraire, ne prévoit pas l'immunité de juridiction en matière de reconnaissance des sentences arbitrales, alors qu'elle exige une renonciation explicite à l'exécution contre des biens non commerciaux et non affectés à la satisfaction de la créance en cause.

Selon la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, dans notre exemple, le tribunal de commerce de Paris serait donc compétent, dans le cadre d'une procédure arbitrale contre la Hongrie, pour reconnaître la sentence et la convertir en jugement. En revanche, en l'absence de renonciation expresse à l'immunité d'exécution, le tribunal de commerce de Paris n'aurait aucune compétence, dans le cadre d'une procédure contre la Hongrie, pour faire exécuter la sentence contre des biens non commerciaux et non affectés à la satisfaction de la créance en cause.

## B. La question de l'arbitrage non commercial

La Croatie révoque une autorisation d'investissement accordée à une société britannique. Or, la Croatie a consenti à soumettre les différends relatifs à l'investissement à l'arbitrage de la CCI. La société britannique saisit alors la Haute Cour anglaise (*English High Court*) d'une demande d'ordonnance prescrivant la tenue d'une procédure arbitrale. La Croatie bénéficie-t-elle d'une immunité de juridiction devant la Haute Cour anglaise ?

Une transaction commerciale désigne, entre autres, tout contrat de vente de biens ou de prestation de services, tout contrat de prêt ou autre transaction de nature financière, ou tout autre contrat ou transaction de nature commerciale, industrielle ou portant sur la fourniture de biens ou de services, à l'exclusion uniquement des contrats de travail<sup>20</sup>. A la demande du Royaume-Uni, l'annexe de la Convention des

<sup>15</sup>  
*ibid.* p. 66.

<sup>16</sup>  
L'article 20 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats est explicite sur ce point.

<sup>17</sup>  
Septième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens par M. Sompong Sucharitkul, *Annuaire de la Commission du droit international* 1985, vol. II, partie 1, p. 26.

<sup>18</sup>  
Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens par M. Motoo Ogiso, UN Doc A/CN.4/422 et Add.1, *Annuaire de la Commission du droit international* 1989, vol. II, partie 1, p. 78.

<sup>19</sup>  
Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session, UN Doc A/45/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, partie 2, p. 40.

<sup>20</sup>  
Article 2(1)(c) de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

Nations Unies sur l'immunité des Etats, qui fait partie intégrante de la convention, comprend un « point convenu » relatif à la compréhension de l'article 17 et précise que l'expression « transaction commerciale » recouvre les « questions d'investissement ». Si un Etat soumet à l'arbitrage un différend ne portant pas sur une transaction commerciale, l'immunité juridictionnelle en matière de contrôle des tribunaux nationaux s'applique toujours.

Le projet de convention de la Commission du droit international sur l'immunité des Etats, tel qu'il a été adopté à titre provisoire en première lecture, contenait entre crochets deux expressions alternatives visant à circonscrire l'exception relative à une convention d'arbitrage : « contrat de caractère commercial » et « en matière civile ou commerciale »<sup>21</sup>. Alors que certains Etats ont fait remarquer que toute restriction concernant la portée de la non-immunité en matière d'arbitrage devait être écartée, ou que l'expression moins restrictive « en matière civile ou commerciale » devait être adoptée<sup>22</sup>, les efforts visant à étendre la portée de l'exception d'arbitrage ont apparemment échoué. La CDI a décidé de limiter la non-immunité aux arbitrages portant sur les « transactions commerciales ». Il a été précisé à juste titre que les motifs de cette restriction n'étaient pas convaincants<sup>23</sup>. L'exception d'arbitrage en matière d'immunité repose sur le consentement de l'Etat. La nature de la demande ne devrait donc pas être un élément déterminant.

Dans notre exemple, il semble, de prime abord, que la Croatie bénéficie de l'immunité devant la Haute Cour anglaise, étant donné que la révocation d'une autorisation d'investissement ne constitue pas une transaction commerciale. La société anglaise pourrait toutefois prétendre qu'un litige portant sur la révocation d'une autorisation d'investissement est une transaction commerciale au sens de l'article 17 de la convention tel qu'interprété dans l'annexe.

### C. La question du lien de juridiction

Une société française soumet un litige relatif à un contrat de services pétroliers régi par le droit anglais, à un arbitrage CCI à Vienne, arbitrage qui donne lieu à une sentence prononcée à l'encontre du Pakistan. La société française demande alors confirmation de la sentence devant la cour de district des Etats-Unis du district sud de New York (*US District Court Southern District of New York*). Le Pakistan peut-il alors invoquer son immunité de juridiction ?

La Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats expose l'Etat qui a accepté de soumettre à l'arbitrage un différend commercial, au pouvoir de contrôle de tout tribunal, « compétent en l'espèce ». L'expression « tribunal compétent en l'espèce » fait référence à la compétence du tribunal pour exercer le pouvoir de contrôle selon le droit national de l'Etat du for, y compris les règles du droit international privé<sup>24</sup>. Bien que formellement, aucun lien ne soit exigé entre l'objet du litige ou le lieu de l'arbitrage ou encore la loi applicable et l'Etat exerçant le pouvoir de contrôle, les législations nationales ne prévoient, en général, aucune compétence de contrôle à l'égard de procédures arbitrales autres que celles qui ont un lien avec l'Etat du for. La Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (« Convention de New York »)<sup>25</sup> crée toutefois le lien de juridiction nécessaire avec l'Etat du for chaque fois qu'elle est applicable à la sentence arbitrale. Les principales exceptions concernent les cas où la

<sup>21</sup> *Annuaire de la Commission du droit international* 1986, vol. II, partie 2, p. 65.

<sup>22</sup> Voir les commentaires du Royaume-Uni, de l'Australie et des cinq pays nordiques, dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1988, vol. II, partie 1, p. 96.

<sup>23</sup> C. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius, 1988, p. 69.

<sup>24</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, UN Doc. A/C.4/SER.A/1991/Add.1 (partie 2), *Annuaire de la Commission du droit international* 1991, vol. II, partie 2, p. 56

<sup>25</sup> 330 Recueil des traités des Nations Unies 38.

partie étatique n'a pas adhéré à la Convention de New York et où l'Etat du for n'y a adhéré que sur la base de la réciprocité.

Dans notre exemple, la société française obtiendrait gain de cause quant à la compétence de la juridiction new-yorkaise à l'égard du Pakistan dans le district sud de New York. Certains pourraient penser que le lien de juridiction nécessaire n'est pas établi par la Convention de New York, car le Pakistan a signé la convention mais ne l'a pas encore ratifiée et les Etats-Unis ont fait une déclaration subordonnant son application à la réciprocité<sup>26</sup>. Toutefois, s'agissant de la réciprocité, le pays visé n'est pas le Pakistan mais l'Autriche où la sentence a été rendue et qui est partie à la Convention de New York. La Convention de New York fournit donc bien le lien de juridiction nécessaire et le Pakistan serait débouté de son allégation d'immunité.

### III. Les principaux effets de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats dans certains pays

#### A. France

Comme de nombreux pays de tradition romano-germanique, la France n'a pas adopté de législation sur l'immunité des Etats. Les tribunaux français appliquent directement les règles du droit international coutumier relatives aux immunités des Etats, y compris la règle selon laquelle les biens de l'Etat utilisés à des fins commerciales ne bénéficient pas, en général, de l'immunité d'exécution.

Les tribunaux français ont établi une distinction claire entre la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Ils ont estimé que la confirmation d'une sentence arbitrale n'était que « la conséquence nécessaire de la sentence » et ont de ce fait rejeté l'immunité d'un Etat étranger dans les procédures de reconnaissance<sup>27</sup>.

Les tribunaux français étaient divisés sur le principe général consistant à dire que le consentement d'un Etat à l'arbitrage privait ce dernier de l'immunité de juridiction quant à l'exécution de la sentence arbitrale contre des biens non commerciaux. Plusieurs affaires soutiennent la proposition selon laquelle l'acceptation de l'arbitrage n'implique pas en elle-même et par elle-même une renonciation à l'immunité d'exécution, laquelle ne peut résulter que d'actes manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer<sup>28</sup>. La cour d'appel de Rouen dans l'affaire *Société Bec Frères c. Office des Céréales de Tunisie* a estimé qu'en acceptant de se soumettre à un arbitrage *ad hoc*, le département ministériel tunisien a renoncé à son immunité d'exécution<sup>29</sup>. Ces divergences semblent toutefois se dissiper, du moins dans le contexte d'une clause d'arbitrage CCI, depuis l'arrêt de la Cour de cassation *Creighton c. Qatar*<sup>30</sup>. Alors que le Qatar a expressément accepté de se soumettre à un arbitrage conforme au règlement d'arbitrage de la CCI, la Cour, se fondant sur l'article 24 du règlement d'arbitrage de la CCI de 1988, selon lequel « les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer », a déclaré que l'Etat avait implicitement renoncé à son immunité d'exécution<sup>31</sup>. Il est difficile de savoir si cette décision serait applicable à d'autres conventions d'arbitrage que la convention CCI ou d'autres conventions

26

Article 1(3) de la Convention de New York.

27

Voir *République fédérale socialiste de Yougoslavie c. Société européenne d'études et d'entreprises*, trib. gr. inst. Paris, 6 juillet 1970, (1971) 98 J.D.I. 131 ; *Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la république populaire du Congo*, cour d'appel de Paris, 26 juin 1981, (1981) 108 J.D.I. 843.

28

Voir *République islamique d'Iran et a. c. Eurodif*, cour d'appel de Paris, 21 avril 1982, (1983) 72 Rev. cr. dr. internat. privé 101.

29

*Société Bec Frères c. Office des Céréales de Tunisie*, cour d'appel de Rouen, 20 juin 1996, [1997] Rev. arb. 263.

30

*Société Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2000, Bull. civ. 2000.I.135, N° 207.

31

« Qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel a violé les principes et texte susvisés. »

comportant un libellé similaire. Par exemple, il n'est pas sûr que la Cour de cassation statue dans le même sens que la cour d'appel de Rouen s'agissant d'un arbitrage *ad hoc*.

L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats à l'égard de la France pourrait remettre en question la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Creighton c. Qatar*. La convention nécessite en effet que l'Etat « ait expressément consenti à l'application de [...] mesures de contrainte postérieures au jugement, telles que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution [...] contre des biens d'un Etat ». Puisque la Cour de cassation a soutenu que, selon les termes de l'article 24(2) du règlement d'arbitrage de la CCI de 1988, le Qatar avait implicitement renoncé à l'immunité d'exécution, l'exigence d'une renonciation explicite à son immunité concernant les mesures d'exécution, par opposition à un engagement explicite d'avoir recours à l'arbitrage et d'exécuter la sentence, ne serait pas remplie. La Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats rendrait certainement inopérante la décision de la cour d'appel de Rouen qui a déduit de la seule acceptation par l'Etat de recourir à l'arbitrage *ad hoc*, la renonciation de ce dernier à se prévaloir de son immunité d'exécution.

## B. Australie

Comme de nombreux pays de *common law*, l'Australie a adopté une législation sur l'immunité des Etats. En vertu de l'article 17(2) de la loi australienne de 1985 sur l'immunité des Etats étrangers (*Foreign States Immunities Act 1985*)<sup>32</sup>, si l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les procédures portant sur une transaction ou un fait et que « l'Etat étranger est partie à une convention d'arbitrage qui prévoit de soumettre à l'arbitrage un différend portant sur la transaction ou sur le fait, alors, sous réserve d'une stipulation contraire prévue dans la convention, l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les procédures prévoyant la reconnaissance comme obligatoire en tout état de cause, ou l'exécution, d'une sentence rendue dans le cadre de l'arbitrage, quel que soit le lieu où la sentence a été rendue ». Ainsi, à moins que la convention d'arbitrage conclue par un Etat ne prévoie expressément une exception en matière d'exécution, l'acceptation de se soumettre à l'arbitrage entraîne, selon la loi australienne sur l'immunité des Etats étrangers, renonciation à l'immunité, y compris dans les affaires portant sur les biens non commerciaux de l'Etat.

Concernant la question de la reconnaissance et de l'exécution, si l'Australie ratifiait la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats ou y adhérerait, il lui appartiendrait de modifier l'article 17 de la loi sur l'immunité des Etats étrangers, dans la mesure où cet article prévoit que l'existence d'une clause d'arbitrage suffit à considérer que l'Etat a renoncé à son immunité, même en ce qui concerne ses biens non commerciaux.

Concernant la question de l'arbitrage non commercial, l'article 17 de la loi australienne ne limite pas l'exercice du pouvoir de contrôle aux transactions commerciales. Il autorise les tribunaux australiens à exercer cette compétence dans toutes les procédures pour lesquelles l'Etat ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction. Les tribunaux australiens devraient, pour appliquer la Convention des Nations Unies sur

<sup>32</sup> Loi n° 196 de 1985, (1986) 25 I.L.M. 716.

l'immunité des Etats, limiter l'exercice du pouvoir de contrôle aux transactions commerciales telles que définies dans la convention.

Concernant la question du lien de juridiction, la compétence des tribunaux australiens en matière de reconnaissance et d'exécution s'étend, selon la loi australienne sur l'immunité des Etats étrangers, à une sentence arbitrale quel que soit le lieu où cette sentence a été rendue. En pratique, il n'existe aucune différence sur ce point entre le régime légal actuel et celui qui résulterait de l'adhésion de l'Australie à la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, car l'Australie est partie à la Convention de New York sans restriction de réciprocité, et cette convention fournit le lien de juridiction nécessaire dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

### C. Etats-Unis d'Amérique

En 1988, le Congrès a modifié la loi sur l'immunité des Etats étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act* <sup>33</sup>) en vue de codifier la portée de l'immunité de juridiction dans les procédures visant à faire exécuter une convention d'arbitrage conclue par un Etat étranger ou pour confirmer une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'une telle convention <sup>34</sup>, et dans le cadre de l'exécution d'un jugement fondé sur une ordonnance reconnaissant une sentence arbitrale <sup>35</sup>.

Concernant la question de la reconnaissance et de l'exécution, la section 1610(a)(6) de la loi sur l'immunité des Etats étrangers est, semble-t-il, nettement moins restrictive que les dispositions de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, car elle permet l'exécution sur n'importe quel bien de l'Etat, sans renonciation expresse de la part de ce dernier. Toutefois, cette disposition s'applique sous réserve de la condition générale posée par la section 1610(a) qui dispose que pour ne pas bénéficier de l'immunité d'exécution, les biens d'un Etat étranger situés aux Etats-Unis doivent « être utilisés pour une activité commerciale aux Etats-Unis ». Etant donné que la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats comprend, dans son article 19(c), une exception parallèle concernant l'immunité des biens autres que ceux utilisés par l'Etat à des fins de service public non commerciales, les dispositions de la loi sur l'immunité des Etats étrangers semblent être en accord avec les dispositions analogues de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

Concernant la question de l'arbitrage non commercial, la section 1605(a)(6), qui régit les actions tendant, d'une part, à faire exécuter une convention d'arbitrage passée entre un Etat étranger et une personne privée et d'autre part, à entériner une sentence rendue sur le fondement d'une telle convention, n'indique pas que le différend doit nécessairement porter sur une transaction commerciale. Par conséquent, s'ils devaient adhérer à la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, les Etats-Unis devraient limiter leur pouvoir de contrôle aux conventions d'arbitrage portant sur des transactions commerciales.

<sup>33</sup> 28 U.S.C. § 1602-1611.

<sup>34</sup> 28 U.S.C. § 1605(a)(6).

<sup>35</sup> 28 U.S.C. § 1610(a)(6).

Concernant la question du lien de juridiction, la section 1605(a)(6) indique qu'un lien de juridiction est nécessaire entre l'arbitrage et les Etats-Unis. Selon la section 1605(a)(6)(B), il existe un lien suffisant lorsque « la convention d'arbitrage ou la sentence est régie ou peut être régie par un traité ou toute autre convention

internationale en vigueur à l'égard des Etats-Unis exigeant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales », ce qui évoque la Convention de New York et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international de 1975 (« Convention interaméricaine »)<sup>36</sup>. L'exigence d'un lien de juridiction sera remplie dans pratiquement tous les cas d'arbitrage se déroulant dans tous les Etats autres que ceux qui ne sont pas parties à la Convention de New York ou à la Convention interaméricaine<sup>37</sup>. Certains penseront que ce fondement indépendant de compétence ne s'applique pas uniquement aux transactions commerciales. Conformément à l'article 1(3) de la Convention de New York, les Etats-Unis ont fait une déclaration excluant les sentences rendues dans le cadre de différends non commerciaux<sup>38</sup>, et la Convention interaméricaine, selon ses termes, ne s'applique qu'aux différends nés à l'occasion de transactions commerciales. Hormis les divergences concernant la définition de la transaction commerciale, le lien de juridiction résultant des conventions en vigueur à l'égard des Etats-Unis est en accord, dans la majorité des cas, avec l'exigence d'une transaction commerciale posée par la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

La section 1605(a)(6)(A) dispose que le lien de juridiction est suffisant lorsque l'arbitrage a lieu ou devrait avoir lieu aux Etats-Unis, et n'introduit aucune restriction quant à la nature de la transaction, commerciale ou autre. Par conséquent, afin d'être en accord avec la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, il conviendrait de restreindre la section 1605(a)(6)(A) aux transactions commerciales, soit par une interprétation judiciaire<sup>39</sup> soit par un amendement législatif.

## D. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la loi de 1978 sur l'immunité des Etats (*State Immunity Act 1978*) prévoit que « lorsqu'un Etat a accepté par écrit de soumettre à l'arbitrage les litiges nés ou à venir, cet Etat ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les procédures relatives à l'arbitrage intentées devant les tribunaux du Royaume-Uni »<sup>40</sup>. Cette formulation appelle une discussion sur chacune des trois questions abordées jusqu'ici.

Concernant la question de la reconnaissance et de l'exécution, il s'agit de déterminer si les procédures « relatives à l'arbitrage » incluent les procédures de reconnaissance et d'exécution. Les commentateurs partisans d'une interprétation large de cette formulation font référence à l'origine du texte, et notamment à l'omission d'une exception portant sur les procédures d'exécution d'une sentence qui était incluse dans le projet de loi jusqu'à ce qu'il soit présenté au Parlement<sup>41</sup>. De façon apparemment indépendante, l'article 13(2) prévoit qu'une procédure d'exécution de

<sup>36</sup> Série des traités de l'OEA n° 42; (1975) 14 I.L.M. 336.

<sup>37</sup>

Les Etats-Unis ont fait une déclaration conformément à l'article 1(3) de la Convention de New York et ont émis une réserve à la Convention interaméricaine limitant leur obligation de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères à celles rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant.

<sup>38</sup>

Cette déclaration est rédigée ainsi : « La Convention s'applique seulement aux différends issus de relations juridiques – contractuelles ou non – que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial. »

<sup>39</sup>

Alors qu'il n'est fait aucune référence directe aux questions commerciales dans la section 1605(a)(6)(A) de la loi sur l'immunité des Etats étrangers, le premier paragraphe de la section 1605(a)(6) prévoit que cette disposition concerne les questions susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage selon le droit des Etats-Unis. L'une des approches visant à déterminer les questions « susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage » selon le droit des Etats-Unis consiste à faire référence à la loi américaine sur l'arbitrage (*Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C.A.) qui couvre *prima facie* les clauses d'arbitrage dans « une transaction maritime ou un contrat attestant une transaction relative au commerce ». Un tribunal

américain pourrait réconcilier la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats avec la section 1605(a)(6)(A) de la loi sur l'immunité des Etats étrangers en interprétant l'article 9 de la loi américaine sur l'arbitrage comme

exigeant que le litige soit de caractère commercial.

<sup>40</sup> Article 9(1), UK State Immunity Act 1978.

<sup>41</sup> Hansard, HL (5th series), vol. 389,

col. 1516-1517 (16 mars 1978). H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p. 270 ; J. Crawford, « International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions » (1984) 44 *British Yearbook of International Law* 113.

sentence arbitrale ne peut pas s'appliquer, en général, sur les biens d'un Etat, à moins que celui-ci n'y ait expressément consenti par écrit ou que les biens soient actuellement utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales<sup>42</sup>. Les commentateurs de l'article 9 ne semblent pas interpréter la restriction contenue à l'article 13(2) comme limitant la formulation de l'article 9<sup>43</sup>. La législation en vigueur au Royaume-Uni semble donc être en contradiction avec l'article 17 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats et devrait, afin de s'y conformer, être limitée aux types de procédures énoncés audit article, si le Royaume-Uni venait à ratifier la convention.

Concernant la question de l'arbitrage non commercial, les termes de la section 9 ne limitent pas l'arbitrage aux transactions commerciales. La législation en vigueur au Royaume-Uni semble donc de nouveau être en contradiction avec l'article 17 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats et devrait être restreinte.

Concernant la question du lien de juridiction, il semble que, selon le droit en vigueur au Royaume-Uni, il ne soit pas nécessaire de prouver un quelconque lien de juridiction avec le Royaume-Uni. Toutefois, comme le Royaume-Uni (ainsi que presque tous les Etats dans lesquels un arbitrage est susceptible de se dérouler), est partie à la Convention de New York, et que cette convention établit le lien de juridiction pour l'exercice du pouvoir de contrôle, il est peu probable, en pratique, que la législation du Royaume-Uni détermine la compétence des juridictions en violation de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats. Cela dit, sur le plan formel, la législation du Royaume-Uni pourrait étendre la compétence à une sentence rendue dans des Etats tels que le Kenya, le Liechtenstein ou l'Iraq, qui ne sont pas encore parties à la Convention de New York.

## E. Italie

Comme d'autres pays de tradition romano-germanique, l'Italie n'a pas adopté de législation sur l'immunité des Etats. Selon l'article 10 de la Constitution italienne, le droit international coutumier fait partie du droit italien, y compris les règles du droit coutumier relatives à l'immunité des Etats.

Il n'existe en Italie presque aucune jurisprudence publiée sur l'exception d'arbitrage en matière d'immunité des Etats. Comme la Norvège l'a énoncé lors de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats va constituer une avancée majeure, garantissant la sécurité juridique aux Etats et à leurs tribunaux<sup>44</sup>. Hormis l'Italie et la Norvège, de nombreux pays profiteront également de la codification des règles de droit en matière d'immunité des Etats.

## IV. Arbitrage CIRDI

La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (« Convention CIRDI ») institue son propre système d'examen des sentences arbitrales qui exclut les procédures d'examen devant

<sup>42</sup>

L'exception portant sur les biens commerciaux ne s'applique pas à l'encontre des Etats parties à la Convention européenne sur l'immunité des Etats, à moins que la procédure ne porte, entre autres, sur l'exécution d'une sentence arbitrale.

<sup>43</sup>

H. Fox, *supra* note 41, p. 270; J. Crawford, *supra* note 41, p. 113.

<sup>44</sup>

Communiqué de presse GAL/3259, *supra* note 9.

les tribunaux nationaux. De plus, le recours exclusif énoncé à l'article 26 exclut généralement l'intervention des tribunaux nationaux pendant la procédure d'arbitrage. Bien que la Convention CIRDI, dans son article 53, affirme le caractère définitif et obligatoire de la sentence dans des termes similaires aux autres instruments de l'arbitrage international, y compris le règlement d'arbitrage de la CCI, elle comprend aussi, dans son article 54, des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui sont indépendantes de celles de la Convention de New York et des autres règles de droit nationales et internationales relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'article 54 prévoit que chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif. L'article 55 de la Convention CIRDI confirme expressément que le droit en vigueur relatif à l'immunité d'exécution n'est pas affecté.

Dans son Commentaire sur l'article 17 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, la CDI conclut, au vu de la nature exclusive et autonome de l'arbitrage CIRDI, que le consentement à l'arbitrage CIRDI ne peut en aucun cas être interprété comme une renonciation à l'immunité de juridiction devant un tribunal compétent en l'espèce pour exercer le pouvoir de contrôle dans le cadre d'un arbitrage commercial, tel qu'un arbitrage CCI ou un arbitrage sous l'égide de l'Association américaine d'arbitrage <sup>45</sup>.

Compte tenu du fait que l'article 55 de la Convention CIRDI garantit expressément l'immunité d'exécution, le fait de soumettre un différend à l'arbitrage CIRDI ne peut pas être interprété comme une renonciation à l'immunité d'exécution. On peut toutefois se demander si le consentement à un arbitrage CIRDI sera considéré par certains tribunaux nationaux comme une renonciation implicite dans le cadre d'une procédure de reconnaissance ? Par exemple, dans l'affaire *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Sénégal* <sup>46</sup>, la Cour de cassation française a appliqué la distinction française traditionnelle selon laquelle l'*exequatur* ne constitue pas en lui-même un acte d'exécution de nature à entraîner l'immunité d'exécution de l'Etat et a ainsi confirmé l'ordonnance d'*exequatur* <sup>47</sup> du tribunal de grande instance de Paris. C'est à juste titre, cependant, que le commentaire de la CDI affirme qu'un Etat qui est partie à un arbitrage CIRDI a accepté de se soumettre à un régime international et indépendant et, de ce fait, n'a pas consenti au contrôle des tribunaux nationaux <sup>48</sup>.

## V. Conclusion

Un praticien pourrait se poser la question de savoir si, dans la pratique, l'exception d'arbitrage en matière d'immunité des Etats telle qu'énoncée dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats peut être citée devant les tribunaux nationaux avant l'entrée en vigueur de la convention. La réponse est suggérée dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats.

Une partie en litige devant un tribunal national, qui souhaite invoquer l'exception d'arbitrage telle que figurant dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats, peut prétendre que la convention, y compris l'exception d'arbitrage, en tant

<sup>45</sup>

*Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II, partie 2, p. 57.

<sup>46</sup>

*Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Sénégal*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, (1999) 113 *International Law Reports* 440.

<sup>47</sup>

Voir également l'affaire *Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la République Populaire du Congo*, cour d'appel de Paris, 26 juin 1981, (1981) 108 *J.D.I.* 843, confirmant un *exequatur* accordé à l'encontre du Congo par le tribunal de grande instance de Paris, et affirmant que l'ordonnance d'*exequatur* n'est pas un acte d'exécution mais un acte préalable aux mesures d'exécution, et que le juge saisi d'une demande de reconnaissance et de exécution ne pouvait, sans excéder sa compétence, s'immiscer dans la phase ultérieure de l'exécution, à laquelle se rapporte la question de l'immunité d'exécution (article 55).

<sup>48</sup>

Comparer C. Schreuer, *supra* note 23, p. 90 et s.

qu'expression du consensus actuel au sein de la communauté internationale, reflète le droit international coutumier en vigueur. Compte tenu du peu de jurisprudence existant sur l'exception d'arbitrage dans de nombreux pays, cet argument aura en effet un intérêt pratique. Toutefois, le préambule de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats dispose que celle-ci « contribuerait à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine », laissant ainsi de la place à l'argument selon lequel une disposition particulière de la convention ne reflète pas l'état actuel du droit international coutumier.