

CHAPITRE 26

L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
ET LE DROIT FRANÇAIS DES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT ÉTRANGER

BRUNO POULAIN*

Le système spécifique du CIRDI présuppose l'exécution spontanée de la sentence par l'Etat¹. Il est souvent rappelé que l'exécution spontanée des sentences CIRDI serait favorisée par au moins deux facteurs. En premier lieu, un facteur de réputation des Etats auprès de leurs bailleurs de fonds. Le CIRDI étant une institution membre du groupe de la Banque mondiale², les Etats contractants de la Convention de Washington, qui dépendent financièrement des interventions de ce groupe, sont naturellement incités à exécuter les sentences rendues par les tribunaux CIRDI. En second lieu, un facteur de réputation dans la communauté des Etats. A défaut d'exécution d'une sentence CIRDI, un Etat est susceptible d'être attiré devant la Cour internationale de Justice par l'Etat d'origine de l'investisseur³. C'est dire combien les atteintes portées à l'investissement étranger sont, par nature, des questions quasi diplomatiques, qui touchent aux relations entre bailleurs de fonds, Etat d'origine et Etat hôte de l'investissement. C'est dire aussi combien l'exécution forcée de la sentence

* Bruno POULAIN, Docteur en droit et avocat, Cabinet Ernst and Young.

¹ Sur cette présupposition, v. le commentaire sous l'article 55 de la Convention de Washington, in *The ICSID Convention, A Commentary*, 2nd ed., Ch. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR (eds), Cambridge, CUP, 2010, p. 1152.

² Pour mémoire, on rappellera que la Banque mondiale est composée de cinq institutions : la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale de développement (IDA), la Société financière internationale (IFC), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et le CIRDI.

³ L'article 27 de la Convention de Washington prévoit qu' « aucun Etat n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend » et son article 64 prévoit que « tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de toute partie au différend (...) ». A ce jour, nous n'avons pas connaissance d'un précédent dans lequel l'Etat d'origine de l'investisseur aurait initié la saisie de la Cour internationale de Justice pour faire constater le manquement de l'Etat condamné au titre de ses obligations CIRDI. En revanche, il existe des exemples de sanctions imposées par l'Etat d'origine des investisseurs qui ne parviennent pas à obtenir l'exécution de sentences CIRDI. C'est ainsi que les Etats-Unis ont par exemple suspendu l'Argentine du bénéfice de leur système de préférences généralisées pour répliquer à la non-exécution de sentences CIRDI rendues au bénéfice de certains de leurs investisseurs (en l'occurrence les sociétés *Azurix* et *Blue Ridge Investments*).

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE II – CHAPITRE 26

contre l'Etat hôte est une voie subsidiaire aux négociations entre Etats concernés. *A priori* dissuasif pour les Etats, le système CIRDI n'en est pas moins un système controversé⁴ et les cas de non-acceptation des sentences par certains Etats condamnés⁵, comme les cas plus radicaux de dénonciation de la Convention de Washington⁶, peuvent laisser planer quelques incertitudes sur leur exécution. En somme, si le système du CIRDI présuppose l'exécution spontanée des sentences par les Etats contractants, il ne la garantit pas.

Dans les cas où l'exécution forcée de la sentence devient nécessaire, le créancier de l'Etat doit, en général, commencer par faire reconnaître cette sentence par l'ordre interne de l'Etat sur le territoire duquel il entend procéder à l'exécution forcée⁷. On doit alors distinguer le régime spécifiquement applicable aux sentences CIRDI du régime qui est applicable aux sentences rendues sous l'égide d'autres centres d'arbitrage comme, par exemple, celui de la Chambre de commerce internationale de Paris ou celui de la Stockholm Chamber of Commerce. Alors que, pour ces dernières, les modalités de la reconnaissance de la sentence ont été uniformisées du fait d'une large adoption par les Etats, dont la France, de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁸, les sentences CIRDI se démarquent par le fait qu'elles ne sont pas soumises au contrôle du juge national⁹

⁴ F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris, Pedone, 2006.

⁵ C'est notamment le cas des sentences CIRDI rendues contre l'Argentine à la suite de la crise économique ayant ébranlé cet Etat au début de ce siècle. L'Argentine conteste le fait qu'elle doive privilégier les investisseurs internationaux à ses propres opérateurs économiques. La lourdeur des condamnations cumulées nuit également à l'exécution des sentences CIRDI par cet Etat. Et les réticences de l'Argentine ne risquent pas de cesser, surtout depuis que certains tribunaux CIRDI ont admis que les obligations souveraines détenues par certains porteurs étrangers pouvaient également constituer des investissements protégés au sens des TBI, solution venant perturber le jeu des clauses d'action collective et la cohérence des offres d'échange pour la réorganisation de la dette de cet Etat. V. CIRDI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, aff. n° ARB/07/05, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011 ; CIRDI, *Ambiente Ufficio S.p.A and Others v. The Argentine Republic*, aff. n° ARB/08/9, décision sur la compétence et la recevabilité du 8 février 2013.

⁶ La Bolivie a dénoncé la Convention du CIRDI le 2 mai 2007, dénonciation ayant pris effet le 3 novembre 2007. L'Equateur a dénoncé la Convention du CIRDI le 6 juillet 2009, dénonciation ayant pris effet le 7 janvier 2010. Le Venezuela a dénoncé la Convention du CIRDI le 24 janvier 2012, dénonciation ayant pris effet le 25 juillet 2012.

⁷ Il faut néanmoins indiquer ici que (i) les mesures conservatoires contre les biens de l'Etat défendeur peuvent être disponibles devant le juge français avant toute sentence au fond (pour l'arbitrage CIRDI, v. notamment Cass. 1^{ère} civ., 18 novembre 1986, n° 85-11324, *Atlantic Triton v. Guinée*) et que (ii) les mesures conservatoires contre les biens de l'Etat peuvent être également disponibles devant le juge français avant l'exequatur de la sentence.

⁸ La Convention de New York de 1958 compte aujourd'hui 148 Etats parties. Si nous employons ici l'expression « relativement », c'est qu'il s'agit de marquer le fait que l'absence d'une instance dédiée qui serait en charge de l'application et de l'interprétation uniforme de ce texte implique nécessairement quelques disparités dans sa mise en œuvre par les juridictions nationales. On peut notamment citer ici les exceptions de *personal jurisdiction* ou de *forum non conveniens*, telles que les pratiquent les tribunaux nord-américains et qui peuvent paraître constituer un ajout aux seules conditions visées par la Convention de New York.

⁹ L'absence de contrôle des juges nationaux sur les sentences CIRDI est notamment justifiée par le fait que le système CIRDI organise ses propres procédures de contrôle des sentences, telles que décrites à l'article 52 de la Convention.

L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL ET LE DROIT FRANÇAIS DES IMMUNITÉS

et sont reconnues par les Etats contractants comme l'égal de jugements définitifs rendus par leurs propres tribunaux¹⁰. Elles échappent ainsi aux contraintes des procédures d'exequatur et des voies de recours disponibles à leur encontre. Toute procédure qui ne serait pas limitée à la seule vérification de l'authenticité de la sentence peut être considérée comme contraire à la Convention de Washington¹¹.

La reconnaissance de la sentence arbitrale une fois obtenue, son exécution forcée pourra avoir lieu. Cependant, lorsque la partie récalcitrante est un Etat, l'exécution forcée peut venir se heurter à un dernier écueil, à savoir l'immunité d'exécution dont bénéficient les biens de l'Etat étranger sur le territoire d'un autre Etat. Le système CIRDI n'a pas formulé de règles uniformes en la matière. Il se borne à renvoyer au droit de l'Etat sur le territoire duquel l'investisseur entend faire procéder à l'exécution forcée de la sentence. En vertu de l'article 55 de la Convention de Washington, « aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger ». Dans le système CIRDI, le droit des immunités d'exécution reste une compétence réservée des Etats¹².

Le principe coutumier de l'immunité de l'Etat étranger trouve son fondement dans le respect dû aux souverainetés. L'égalité ou l'absence de hiérarchie théorique entre Etats imposerait qu'un Etat s'abstienne de tout acte d'autorité à l'encontre d'un autre Etat et à l'encontre des biens de cet Etat qui sont situés sur son territoire¹³. En France, la question de l'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat étranger a relevé, et relève toujours aujourd'hui, de l'appréciation des tribunaux¹⁴. Le principe de l'immunité des Etats étrangers a

¹⁰ L'article 54 prévoit que « [c]haque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente 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 d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. (...) ». Et v. *infra* chapitre 27.

¹¹ Sur ce thème et l'originalité du système CIRDI, v. A. GIARDINA, « L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *RCDIP*, 1982, p. 273. En France, la reconnaissance simplifiée des sentences CIRDI a été reconnue par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 juin 1981 relatif à l'exécution d'une sentence rendue dans l'affaire CIRDI, *SARL Benvenuti & Bonfant v. République du Congo*, ARB/77/2. On doit signaler ici que les sentences qui sont rendues en application du règlement de procédure et de conciliation et d'arbitrage pour les marchés de travaux, de fournitures et de services financés par le Fonds européen de développement (FED) semblent bénéficier d'un régime similaire à celui reconnu aux sentences CIRDI. L'article 33.3 de ce règlement prévoit en effet que « (...) tout Etat membre reconnaît toute sentence rendue en application du présent règlement de procédure comme obligatoire et en assure l'exécution sur son territoire, comme s'il s'agissait du jugement définitif de l'une de ses propres juridictions ».

¹² Sur le thème des immunités et de l'exécution des sentences CIRDI et des sentences investisseur-Etat en général, v. notamment A.K. BJORKLUND, « State Immunity and the enforcement of Investor-State Arbitral Awards », in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009, p. 302 et, du même auteur, « Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: the Repolitization of International Investment Disputes », *The American Review of International Arbitration*, 2010, vol. 21, n° 1-4, p. 211.

¹³ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8e éd., Paris, LGDJ, pp. 497 et s.

¹⁴ Les interventions du législateur en la matière n'ont été que ponctuelles. La première est l'article L. 111-1 du récent Code des procédures civiles d'exécution qui reprend les termes de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Cette disposition pose le

PARTIE II – CHAPITRE 26

été posé pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 1849, *Gouvernement espagnol c. Lambeze et Pujol*, arrêt suivant lequel : « un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger »¹⁵. Pour ce qui concerne plus précisément l'immunité d'exécution, c'est en 1885 que la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt *Veuve Cartier-Terrasson*, qu'« il est de principe absolu en droit qu'il n'appartient pas au créancier de l'Etat, même pour s'assurer l'exécution d'une décision judiciaire obtenue contre celui-ci, de faire saisir arrêter, entre les mains d'un tiers, les deniers ou autres objets qui sont la propriété de l'Etat ». L'immunité des Etats étrangers était alors considérée comme absolue.

Prenant acte du développement des activités commerciales des Etats et, corollairement, de la nécessité de ne pas priver les partenaires commerciaux des Etats de tout recours, une distinction s'est ensuite progressivement 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 un tel privilège. L'immunité de l'Etat étranger s'est alors cantonnée aux seules activités de puissance publique, l'Etat étranger revêtant les habits de commerçant se trouvant alors privé de l'attribut exorbitant du droit commun¹⁶. 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'arbitrage¹⁷. Elle a également conduit les juges français, dans le cadre de l'affaire *Creighton* sur laquelle nous reviendrons plus en détail, à déduire de la seule souscription par l'Etat d'une clause compromissaire la renonciation de cet Etat étranger à son immunité d'exécution, solution résolument avant-gardiste¹⁸. La jurisprudence française, à l'instar de la plupart des pays occidentaux, a ainsi évolué vers une conception des immunités dite restreinte¹⁹. Mais, alors que, à la faveur de cette évolution, certains Etats ont

principe de l'immunité d'exécution et prévoit que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ». La seconde disposition est l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier français qui prévoit que « ne peuvent être saisis les biens de toute nature, notamment les avoirs de réserves de change, que les banques centrales ou les autorités monétaires étrangères détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'Etat ou des Etats étrangers dont elles relèvent. Par exception (...), le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de poursuivre l'exécution forcée dans les conditions prévues par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution s'il établit que les biens détenus ou gérés pour son propre compte par la banque centrale ou l'autorité monétaire étrangère font partie d'un patrimoine qu'elle affecte à une activité principale relevant du droit privé ».

¹⁵ *Dalloz* 1849, 1, p. 5, *Sirey* 1849, 1, p. 81, note Devilleneuve.

¹⁶ Cass. 19 février 1929, *URSS c. Association France Export* ; Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1969, *Société Levant Express Transport c. Chemins de fer du gouvernement iranien*.

¹⁷ C'est ainsi que la Cour de cassation a pu estimer qu'un Etat ne pourra valablement invoquer l'immunité de juridiction s'il signe un contrat comportant une clause compromissaire : Cass. 1^{ère} civ., 18 novembre 1986, *Société européenne d'études et d'entreprises*.

¹⁸ Paris, 12 décembre 2001, note Ph. Leboulanger, *Rev. arb.*, 2003, p. 417.

¹⁹ Certains Etats, et notamment les Etats communistes, ont conservé une conception absolutiste de leur propre immunité et de celle de l'Etat étranger en dépit de leurs interventions commerciales ou

L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL ET LE DROIT FRANÇAIS DES IMMUNITÉS

opté pour légiférer en la matière²⁰, la France a préféré maintenir une approche plus flexible.

On doit alors d'emblée souligner que, dans le cadre de l'arbitrage investisseur-Etat, et notamment de l'arbitrage 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 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*. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec le consentement que l'Etat peut donner lorsqu'il agit en tant qu'opérateur du commerce international. Ainsi, et notamment lorsque l'investisseur plaignant n'est pas lié à l'Etat défendeur autrement qu'au travers du cadre légal et réglementaire établi par cet Etat et applicable à l'investissement, l'arbitrage investisseur-Etat pourra avoir pour objet de mettre en cause des actes législatifs, réglementaires et individuels de cet Etat, actes qui auront été adoptés dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. En d'autres termes, l'arbitrage investisseur-Etat peut constituer dans certains cas un véritable outil de contrôle des actes de puissance publique de l'Etat, certains diront une claire remise en cause de sa souveraineté. Reste à savoir si cette caractéristique peut justifier une différence de traitement entre arbitrage investisseur-Etat et arbitrage commercial du point de vue de l'immunité de l'Etat et de ses biens.

Pour revenir au droit français des immunités de l'Etat étranger, la question des biens saisissables de l'Etat étranger demeure une question relativement complexe, peu compatible avec le principe de sécurité juridique. Certains biens des Etats tirent leur immunité de régimes internationaux spécifiques auxquels la France a adhéré. On peut notamment citer la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961) et la Convention de Vienne sur les immunités consulaires (1963)²¹. Au-delà de ces régimes spéciaux, et de la distinction entre les biens qui sont affectés à des activités commerciales de l'Etat et ceux qui ne le sont pas, la jurisprudence varie dans l'exercice d'une conciliation entre trois contraintes. La première de ces contraintes est de veiller à ce qu'un créancier de

économiques. C'est notamment le cas de la Chine. D. QI, « State Immunity, China and Its Shifting Position », *Chinese Journal of International Law*, 2008, vol. 7, n° 2, pp. 307-337. A Hong-Kong, le fonds FG Hemisphere Associates LLC s'est ainsi récemment heurté à la doctrine de l'immunité absolue en voulant saisir des avoirs de la République démocratique du Congo.

²⁰ On peut notamment citer les législations anglo-saxonnes et le *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976 aux Etats-Unis, le *State Immunity Act* de 1978 en Grande-Bretagne, le *State Immunity Act* de 1985 au Canada. Pour une étude de droit comparé du droit des immunités, v. l'étude de F. KNOEPFLER, « L'immunité d'exécution contre les Etats », *Rev. arb.*, 2003, pp. 1018 et s.

²¹ On peut également citer la Convention sur les missions spéciales (1969), la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale (1973), la Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (1975), auxquelles on doit ajouter les nombreux accords bilatéraux de siège conclus entre Etats. On peut citer également la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles concernant l'immunité des navires d'Etat et à laquelle la France est partie.

PARTIE II – CHAPITRE 26

l'Etat étranger ne demeure pas sans recours²². La seconde de ces contraintes est de veiller à ce que de tels intérêts particuliers ne portent pas atteinte à la continuité de la puissance et du service publics de l'Etat concerné. La troisième de ces contraintes, à la fois plus subjective et plus officieuse, consiste à s'assurer que la décision rendue est diplomatiquement acceptable, au sens large²³.

Une affaire a bien illustré les contraintes qui pèsent sur le droit des immunités de l'Etat étranger en France. Il s'agit de l'affaire *Noga*. Cette société de droit suisse aura passé plus d'une décennie à tenter des saisies sur les biens de la Fédération de Russie présents ou en transit sur le territoire français, offrant ainsi aux observateurs une actualité juridique de base en matière d'immunité diplomatique et des biens d'Etats. Toutes les tentatives de saisies de la société Noga ayant échoué, cette société a fini par se faire condamner par la Cour d'appel de Paris à indemniser la Fédération de Russie pour le préjudice d'image et de réputation qui aurait résulté de la campagne de discrédit conduite à son encontre. La Cour a en effet estimé que « la compagnie Noga a cherché à jeter le discrédit sur le gouvernement de la Fédération de Russie en faisant procéder à la saisie de biens qui ont une haute valeur symbolique (...) ; de nombreux organes de presse se sont fait l'écho des procédures de saisies engagées contre les organismes russes (...) en dénonçant qu'il s'agissait de biens "russes" de sorte que la publicité faite autour de ces mesures a porté atteinte à la réputation et à l'image de la Fédération de Russie qui, dans l'esprit du public, a été regardée comme étant un Etat mauvais payeur, ce qui correspondait au but de dénigrement et à l'intention de nuire recherchés par la compagnie Noga (...) »²⁴. Se dégage de cette décision inédite une directive à l'adresse des créanciers poursuivants. Ces créanciers sont invités à poursuivre discrètement leurs procédures d'exécution contre les Etats. Ils sont également invités à se détourner des biens « qui ont une haute valeur symbolique »²⁵. La décision ainsi rendue par la Cour

²² Notamment sous la pression de la jurisprudence de la CEDH qui impose aux Etats de concilier respect du droit coutumier et droit au recours sur le fondement de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen.

²³ Pour une illustration de cette considération, v. P. RAMBAUD, « Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire *Liamco* devant le juge français », *AFDI*, 1979, pp. 820-834. P. Rambaud souligne, dans cette affaire, le rôle prépondérant du parquet. La matière est imprégnée de contraintes diplomatiques en réalité assez variées et le juge français est aujourd'hui pris à la croisée de plusieurs feux. Il prend en considération l'efficacité de l'arbitrage. Paris veut rester une place importante de la pratique de l'arbitrage international et cela implique que les juges donnent un maximum d'efficacité aux sentences arbitrales, y compris en cas d'exécution forcée contre les Etats. Il est dans le même temps sensible aux exigences des fonds souverains ou apparentés. Il est clair qu'une politique trop favorable aux créanciers des Etats pourrait provoquer une fuite des capitaux de ces Etats vers des contrées plus sûres, comme en Chine ou à Hong-Kong par exemple où, comme nous l'avons déjà dit, la doctrine de l'immunité absolue a toujours cours. Le poids de l'Etat concerné sur l'échiquier diplomatique est également un paramètre important.

²⁴ Paris, 21 juin 2011, *Fédération de Russie c. Compagnie Noga*.

²⁵ Pour mémoire, la Compagnie Noga a tenté en vain de saisir les biens ou avoirs de différentes entités apparentées à l'Etat russe : ceux de la Banque centrale de Russie, de la Banque du commerce extérieur de Russie, de l'Agence spatiale russe Roscosmos, du Centre de recherches spatiales TsSKB-Progress, de l'agence d'information Ria Novosti, de l'ambassade de la Fédération de Russie et de la délégation permanente de la Fédération de Russie près de l'UNESCO. La Compagnie Noga avait également tenté de saisir en 2000 le navire école Sedov alors amarré dans le port de Brest, ainsi

L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL ET LE DROIT FRANÇAIS DES IMMUNITÉS

d'appel de Paris, et sur laquelle la Cour de cassation n'a pas trouvé à redire²⁶, paraît sévère au regard d'un droit jurisprudentiel et, donc, par nature ouvert à l'argumentation. De plus, l'apparition d'une catégorie de biens « ayant une haute valeur symbolique », laquelle, comme nous le verrons, n'est pas *a priori* pertinente pour déterminer la saisissabilité d'un bien de l'Etat étranger, renforce encore l'impression d'une matière où les appréciations discrétionnaires des juges viennent brouiller les efforts de mise en cohérence.

A tel point que la question de l'adoption d'un texte de loi pour régir en France la matière des immunités des Etats étrangers vient naturellement à l'esprit. Un tel texte aurait certainement l'avantage d'encadrer l'appréciation des juges et, corrélativement, de renforcer la sécurité juridique des créanciers comme des Etats. Mais certains diront qu'un tel texte n'est plus aujourd'hui opportun, compte tenu notamment de l'adoption en 2004 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (ci-après, la Convention sur les immunités de 2004). Cette convention est l'aboutissement de longs travaux préparatoires²⁷ et un progrès apparent pour la sécurité juridique, notamment dans les Etats qui n'ont ni législation, ni pratique jurisprudentielle établie en la matière. La coutume internationale se voit ainsi codifiée et des règles uniformes sont donc posées pour régir les conditions dans lesquelles les tribunaux d'un Etat peuvent ordonner la saisie de biens d'un Etat étranger²⁸.

que des avions militaires de type Mig et Sukhoi lors du salon international du Bourget de 2001. La Compagnie Noga a enfin tenté de saisir des toiles de Monet, Cézanne et Manet que le musée Pouchkine de Moscou avait mises à la disposition d'une exposition organisée par la Fondation Pierre Gianadda à Martigny en Suisse.

²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 27 février 2013, n°11-27751.

²⁷ Les travaux ayant abouti à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens ont commencé en 1977. Par la résolution 32/151 du 19 décembre 1977, l'Assemblée générale des Nations Unies a invité la Commission du droit international (CDI), organe subsidiaire de l'Assemblée générale composé d'experts élus par elle, à travailler sur le sujet des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, en vue de la codification et du développement progressif du droit international en la matière. En 1991, la CDI a adopté, en deuxième lecture, un projet comprenant vingt-deux articles, assortis de commentaires, et a recommandé à l'Assemblée générale de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour étudier ce projet d'articles et conclure une convention en la matière. Par la résolution 46/55 du 9 décembre 1991, l'Assemblée générale a décidé de constituer un groupe de travail pour étudier, compte tenu des commentaires et observations des gouvernements, les questions de fond que soulevait le projet d'articles adopté par la CDI, afin de promouvoir une convergence générale de vues et d'augmenter ainsi les chances d'aboutir à la conclusion d'une convention. Par la résolution 55/150 du 12 décembre 2000, l'Assemblée générale a établi un comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, ouvert à tous les Etats membres des Nations Unies et aux Etats membres des institutions spécialisées, aux fins de poursuivre le travail effectué par les groupes de travail de la CDI, de consolider les points de convergence et de régler les questions en suspens. Lors de sa dernière réunion, du 1er au 5 mars 2004, le comité spécial a achevé ses travaux par l'adoption d'un rapport contenant le texte du projet de convention en s'inspirant du projet d'articles adopté par la CDI en 1991 et des discussions menées au sein du groupe de travail à composition non limitée de la sixième commission de l'Assemblée générale. Le texte de la Convention a été finalement adopté par la résolution 59/38 du 2 décembre 2004.

²⁸ G. HAFNER, L. LANGE, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », *AFDI*, 2004, pp. 45-76. Pour un rapprochement entre la Convention sur les immunités de 2004 et le droit français, v. A. de NANTEUIL, « L'application en France des règles

PARTIE II – CHAPITRE 26

La France a approuvé ce texte le 12 août 2011²⁹. Même s'il manque encore une quinzaine de ratifications à la date de la rédaction de ce chapitre pour que cette convention puisse entrer en vigueur, celle-ci semble néanmoins faire déjà partie intégrante du droit positif français. C'est en tout cas l'opinion de la Cour européenne des droits de l'homme qui a eu l'occasion de rappeler, à un moment où l'approbation de cette convention par la France n'était pas encore effective, et dans une affaire où l'immunité de juridiction de l'Etat du Koweït devant les tribunaux français était en cause, qu'il est un principe de droit international bien établi qu'une convention peut lier un Etat non contractant dans la mesure où les dispositions de cette convention reflètent le droit coutumier international ainsi codifié³⁰. Cette vision semble avoir été acceptée par la jurisprudence française qui, en qualité d'Etat contractant, vise désormais expressément cette convention pour trancher les litiges qui lui sont soumis par les créanciers poursuivants et les Etats débiteurs récalcitrants. Dans un arrêt récent relatif aux tentatives de saisies de la société NML Capital Ltd.³¹, la Cour de cassation s'est ainsi fondée sur « le droit international coutumier, tel que reflété par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens »³².

Cependant, comme nous allons le voir, la pratique jurisprudentielle française, bien qu'inspirée de la coutume internationale et déjà complexe, n'est pas parfaitement en ligne avec le texte de la Convention sur les immunités de 2004. Le texte de cette convention, lequel reprend pour l'essentiel le texte d'un projet d'articles élaborés par la CDI en 1991, ne nous paraît pas non plus complètement

internationales relatives aux immunités : l'impact de la future entrée en vigueur de la Convention de 2004 sur l'évolution de la jurisprudence française », *AFDI*, 2010, pp. 808 et s.

²⁹ Pour les travaux préparatoires, v. Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens par Mme E. Guigou, 4 mai 2011.

³⁰ Cf. CEDH Grande Chambre, 29 juin 2011, *SABEH EL LEIL c. France*. Dans cette affaire, était en cause le caractère contraignant de l'article 11 de la Convention sur les immunités de 2004 sur les autorités françaises dans le cadre d'un différend entre une ambassade et l'un de ses ex-employés.

³¹ Un autre candidat à la chronique judiciaire semble donc vouloir prendre aujourd'hui la place de la Compagnie Noga dans le cœur des commentateurs. Il s'agit de la société NML Capital Ltd. Basé aux îles Caïmans, ce fonds « vautour » s'illustre aujourd'hui dans ses tentatives de saisies tous azimuts des actifs de la République argentine afin, notamment, de recouvrer des créances liées à l'émission d'obligations souveraines par cet Etat. Il a récemment tenté de saisir le navire de guerre argentin ARA Libertad alors à quai dans le port de Tema au Ghana. Le Tribunal international de la mer a néanmoins ordonné la mainlevée de l'immobilisation de cette frégate par ordonnance du 15 décembre 2012 en se fondant sur l'immunité dont jouit de coutume cette catégorie de navires. En France, il a récemment tenté de saisir, à titre conservatoire, (i) les comptes des missions diplomatiques de la République argentine (Cass. 1^{ère} civ., 28 septembre 2011, n° 09-72.057), (ii) entre les mains de la BNP Paribas des créances portant sur des sommes dont la succursale argentine de cette banque aurait été redevable auprès des autorités argentes au titre de contributions sociales et fiscales (Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450), (iii) entre les mains de la société Air France des créances portant sur des sommes dont la succursale argentine de cette société aurait été redevable auprès des autorités argentes au titre de diverses contributions et taxes (Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n° 11-13.323), (iv) ou encore entre les mains de la société Total Austral des créances portant sur des sommes dont la succursale argentine de cette société aurait été redevable auprès des autorités argentes, à titre de redevances pétrolières, du fait de son activité d'exploitation de gisements pétroliers situés sur le territoire argentin (Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938).

³² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450.

L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL ET LE DROIT FRANÇAIS DES IMMUNITÉS

adapté à l'arbitrage investisseur-Etat qui, il est vrai, s'est considérablement développé et démocratisé postérieurement à cette date. La sécurité juridique promise n'est donc pas aussi évidente. Nous examinerons ces difficultés sous l'angle le plus simple pour traiter de notre sujet et qui consiste à évaluer en premier lieu l'impact du consentement de l'Etat étranger à l'arbitrage investisseur-Etat sur ses immunités avant de s'en remettre à la distinction qui est traditionnellement faite entre biens de l'Etat étranger affectés à des activités commerciales et biens de l'Etat étranger affectés à des activités souveraines pour distinguer les biens de l'Etat qui sont saisissables de ceux qui ne le sont pas.

I. LE CONSENTEMENT DE L'ETAT À L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ETAT,
LE JUGE ET LES IMMUNITÉS

Avant d'en venir au catalogue des biens saisissables de l'Etat, il convient de répondre à quelques questions préliminaires. Il s'agit notamment de savoir si, hors la présence de l'Etat à la procédure ou à défaut d'initiative de l'Etat partie à la procédure, le juge saisi de demandes faites contre un Etat étranger ou à l'encontre des biens de cet Etat peut soulever d'office le moyen de l'immunité. Et il s'agit de se poser cette question dans le cas plus spécifique où ces demandes sont parallèles ou consécutives à une procédure d'arbitrage investisseur-Etat. De même, nous répondrons à la question de savoir si le consentement de l'Etat à l'arbitrage investisseur-Etat peut avoir un impact sur le périmètre des biens saisissables de l'Etat.

A. La question de l'immunité de l'Etat étranger ayant consenti à l'arbitrage investisseur-Etat doit-elle être soulevée d'office par le juge saisi ?

Cette première question illustre bien les évolutions et les difficultés de la matière. En droit français, l'immunité de l'Etat défendeur serait un moyen d'ordre public qui doit être soulevé d'office par le juge saisi³³. La jurisprudence récente de la Cour de cassation a néanmoins semblé vouloir laisser à l'Etat, peut-être compte tenu de l'évolution de son rôle et d'un abandon d'une conception absolutiste de l'immunité, la maîtrise de son privilège. Dans un arrêt du 7 janvier 1992 relatif à un contrat de travail, la première chambre civile de la Cour de cassation a dénié à l'immunité de juridiction de l'Etat le rang de moyen d'ordre public en considérant que « l'immunité de juridiction dont peut bénéficier un Etat étranger n'est pas absolue et n'est garantie par aucun traité international auquel la France serait partie ; que cette immunité est un privilège qui ne peut être invoqué que par l'Etat qui se croit fondé à s'en prévaloir »³⁴. En 1993, cette même chambre a une nouvelle fois estimé dans une affaire concernant une contestation de propriété entre l'Estonie et la Russie que « l'immunité de juridiction dont peut bénéficier un Etat étranger n'est pas absolue ; qu'elle ne peut être invoquée que par l'Etat qui se croit fondé à s'en prévaloir, lorsqu'il n'y

³³ C. KESSEDIAN, *Répertoire international Dalloz*, v. Les immunités, juin 2011, p. 9.

³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 janvier 1992, n° 90-43790.