

Séminaire de l'Union Internationale des avocats et

de l'Ordre des avocats du Sénégal

28 février 2014

L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales

L'exécution des sentences arbitrales contre un Etat étranger dans la Jurisprudence de la Cour de cassation française

Depuis plus de trente ans, la France dispose d'un droit moderne de l'arbitrage¹, dont plusieurs pays européens se sont inspirés², droit qui est considéré comme l'un des plus favorables à l'arbitrage existant dans le monde.³

Dans ce même esprit, la jurisprudence des juridictions françaises et en particulier celle de la Cour de cassation, s'est employée à reconnaître l'arbitrage comme une forme de justice à part entière⁴, et même, en matière internationale, comme un mode normal de règlement des différends. Ainsi, ont été développées de nombreuses règles matérielles telles que le principe de faveur à l'arbitrage et la reconnaissance de l'arbitrage comme un ordre juridique autonome⁵.

En effet, au cours des dernières décennies, la Cour de cassation a eu le souci d'assurer « l'efficacité de l'arbitrage »⁶ et ce, tant à l'égard de la convention d'arbitrage que de la sentence.

¹ Décrets n°80-354 du 14 mai 1980 et n°81-500 du 12 mai 1981 intégrés dans le code de procédure civile sous les articles 1442 et suivants.

² Les juristes français ont également inspiré la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) lors de la rédaction de la loi type sur l'arbitrage commercial international.

³ Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international » *Recueil Dalloz Etudes et commentaires/chronique*-20 janvier 2011-n°3 p.175

⁴ Ibid.

⁵ Emmanuel Gaillard « La Jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage internationale » *Revue de l'arbitrage* 2007.697

⁶ Cass.civ.1^{ère}, 7 juin 2006, Copropriété maritime Jules Verne c/ Sté American bureau of shipping et autres, Bull. civ ; I, n°287 p.251

S'il est indéniable que l'efficacité de l'arbitrage a effectivement été assurée s'agissant de la convention d'arbitrage⁷ et de la sentence en droit commun de l'arbitrage⁸, en revanche s'agissant de l'exécution de la sentence arbitrale à l'encontre des Etats étrangers, lesquels, bien que liés par une convention d'arbitrage, peuvent refuser ensuite d'exécuter la sentence, la jurisprudence, et notamment celle de la Cour de cassation, a été beaucoup plus fluctuante.

Il convient de rappeler cependant que dans le domaine de l'arbitrage commercial, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 que de nombreux Etats ont ratifiée, y compris la France⁹, a facilité l'exécution des sentences arbitrales. De même, en droit de l'investissement, le développement de l'arbitrage résulte depuis quelques années des traités bilatéraux d'investissement (TBI) qui contiennent des clauses compromissaires qui renvoient généralement à la juridiction du Centre International pour le règlement des Investissements

⁷ V. E. Gaillard « La Jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage internationale » art. cit.

-interprétation d'une clause aux termes contradictoires : Cass.civ.1^{ère} 20 février 2007, Sté UOP NV c/ Sté BP France et autres, Bull. civ. I n°62 p.56.

-validité de la clause d'arbitrage par référence : Cass.civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, pourvoi N°98-21548, Sté Prodexport c/ Sté FMT Productions et autres, non publiée au Bulletin.

-présomption de clause d'arbitrage : Notamment Cass. civ. 1^{ère} 6 février 2001, Peavey company c/ Organisme général des fourrages et autres, Bull. civ. I n°22 p.15 ; Cass. civ. 1^{ère} 28 mai 2002, Sté Burkinabè des ciments et métaux c/ Sté des ciments d'Abidjan, Bull. civ. I n°146 p.112 ; Cass. Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, Cie d'assurances AXA Corporate Solutions et autres c/ Nemesis shipping Bull. civ. I n°420, p. 351.

-autonomie de la convention d'arbitrage : ancienneté et constance de la solution française Cass.civ. I 7 mai 1963 « arrêt Gosset » JCP 1963 II.13405 note B.Goldman ; V. ci-dessus arrêt Sté Burkinabè du 28 mai 2002.

-principe de compétence-compétence qui permet à l'arbitre dont la compétence est contestée de poursuivre sa mission et se prononcer lui-même sur les objections avancées : Cass.com. 21 février 2006 Sté Belmarine et autres c/ Sté Trident Marine Agency INC et autres, Bull.civ. IV n°41 p.42.

Et ce quel que ce soit le lieu du siège du tribunal arbitral : V. arrêt Jules Verne du 7 juin 2006.

⁸ V. E. Gaillard « La Jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage internationale » art. cit

Des règles fermement établies par la jurisprudence de la Cour de cassation ont concouru pour assurer l'efficacité de la sentence en droit commun de l'arbitrage :

-l'interdiction de critiquer la sentence pour des griefs qui n'ont pas été soulevés devant le tribunal arbitral : Cass.civ.1^{ère} 6 mai 2003, SOPIP c/ El Banco Arabe Espanol, Bull. civ. I n°102 p.80 ; Cass.civ.1^{ère} 6 juillet 2005 Sté AIC c/ Sté Skanska et autre Bull. civ. I n°301 p.251 et Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique Bull. civ. I n°302 p.252

-abandon du contrôle de la contradiction de motifs susceptible d'être contenue dans la sentence faisant l'objet d'un contrôle de l'annulation ou de l'exécution devant le juge français : Cass. Civ.1^{ère} 14 juin 2000, Sté Inter Arab Investment Guarantee Corporation c/ BAIL, Bull. civ. I n°181 p.117 ; Cass.civ.1^{ère} 3 novembre 2004, Sté Auchan c/ Sté Puerto Loisirs pourvoi n°01-03262 inédit

S'agissant cependant du contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international, la jurisprudence de la Cour de cassation est fluctuante. Le caractère effectif et concret de la violation de l'ordre public appréciée au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence est reconnu depuis longtemps. L'exigence de son caractère flagrant (Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 2000, Verhoeft c/ Moreau pourvoi n°98-11799, inédit) a permis à la cour d'appel de Paris (affaires Thalès) d'adopter une position qui a été très critiquée par la doctrine. Ce n'est que récemment, que la Cour de cassation dans un arrêt Emirates Telecommunications Corporation c/ Planor Afrique du 10 juillet 2013 (Cass.civ. 1^{ère} pourvoi n° 12-13.351 inédit) revient à la notion de violation de l'ordre public qui ne doit être qu'effective et concrète.

⁹ La France a ratifié la Convention en 1959 qui est entrée en vigueur la même année.

Internationaux (Convention CIRDI de Washington du 18 mai 1965). Néanmoins, si le régime applicable aux sentences CIRDI se distingue de celui d'autres centres d'arbitrage, notamment quant à la reconnaissance des sentences, échappant ainsi à l'exéquatur et aux voies de recours concernant cette procédure, le règlement CIRDI renvoie, quant à l'exécution forcée des sentences, aux législations nationales saisies de cette exécution et prévoit expressément (article 55) qu'il ne peut être fait « *exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger* ».

Dans ce contexte, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international institué par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, devenu nécessaire pour moderniser certaines dispositions des décrets de 1980-81, intégrer des pratiques issues d'autres droits et de la jurisprudence française, n'a pas innové en ce qui concerne le problème de l'exécution des sentences contre les Etats étrangers d'un créancier confronté à l'immunité d'exécution dont bénéficient les biens de l'Etat étranger sur le territoire d'un autre Etat. Dans le même temps, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004¹⁰, qui n'est toujours pas entrée en vigueur, a codifié la coutume internationale et posé des règles uniformes pour régir les conditions dans lesquelles les juridictions d'un Etat peuvent ordonner la saisie de biens d'un Etat Etranger¹¹.

Après un rappel de la position de la Cour de cassation sur la question de l'immunité de l'Etat étranger(I), l'accent sera mis sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger qui a consenti à l'arbitrage (II), puis sur les biens de l'Etat étranger qui peuvent en principe échapper à cette immunité (III) et enfin sur les biens insaisissables de l'Etat étranger (IV).

I- Evolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question de l'immunité de l'Etat étranger

Dès le 19^{ème} siècle, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'immunité de juridiction de l'Etat étranger qui interdit le prononcé d'une décision contre un Etat étranger et son prolongement, l'immunité d'exécution qui protège ledit

¹⁰ Ratification par la France L. n°2011-734, 28 juin 2011 : JO 29 juin 2011,p.10953.

¹¹ Bruno Poulain « L'arbitrage investisseur-Etat et le droit français des immunités de l'Etat étranger » <http://cbpavocats.com/wp-content/uploads/2013/05/Arbitrage-investisseur-Etat-et-immunit%C3%A9s.pdf>

Etat des mesures d'exécution forcée sur ses biens. Cette immunité, en ses deux régimes, est considérée alors comme absolue.

Ainsi, dans un arrêt du 22 janvier 1849, la Cour a posé pour la première fois, le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers en affirmant : « *un gouvernement ne peut être soumis pour les engagements qu'il contracte à la juridiction d'un Etat étranger* »¹².

Et c'est en 1885, qu'elle a affirmé, dans un arrêt Dame Terrasson veuve Carrattier : « *Il est de principe absolu, en droit, qu'il n'appartient pas au créancier de l'Etat, même pour 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* »¹³.

La jurisprudence a opéré ensuite un changement, en passant d'une immunité absolue à une immunité restreinte, qui s'explique notamment par le développement des relations commerciales des Etats.

Par deux arrêts des 19 février 1929 et 15 décembre 1936¹⁴ concernant des actes de commerce passés par la représentation commerciale de l'URSS en France, a été consacrée cette règle de l'immunité restreinte, fondée sur la distinction des actes d'autorité, accomplis « *jure imperii* », qui manifestent la souveraineté de l'Etat étranger, et des simples actes de gestion, accomplis « *jure gestionis* » comme une personne privée.¹⁵

Cette distinction, largement reprise dans la doctrine, a été adoptée ensuite par de très nombreux arrêts de la Cour de cassation¹⁶, puis a amené la Cour, sur la question de l'immunité de juridiction, à écarter celle-ci lorsque l'Etat a souscrit

¹² Cass. civ. 22 janvier 1849, Gouvernement espagnol c/ Lambèze et Pujol, DP 1849-1 p. 5

¹³ Cass.civ.5 mai 1885, Dame Terrasson veuve Cartier c/ Direction générale impériale des chemins de fer d'Alsace-Lorraine, Bull. civ. 1885, n°108 p.188-189

¹⁴ URSS c/ Association France Export DP 1929 1 p. 73, note Savatier

¹⁵ Régis de Gouttes « Evolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers » Rapport de la Cour de cassation 2003,

http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/juridiction_etats_6262.html Cité par R. de Gouttes : Rapport du conseiller Castets

dans l'affaire « Procureur Général de la Cour de cassation c/ Vestwig et autres" Req. 5 février 1946 - Sirey 1947.1 p. 137: "L'Etat agit tantôt comme souverain en vertu de sa supériorité politique appelée "puissance publique", tantôt comme non souverain suivant les données du droit privé, en se plaçant sur le pied d'égalité avec un particulier. En conséquence, l'immunité joue pour les actes de souveraineté de l'Etat, elle reste étrangère "aux actes de simple gestion ordinaire".

¹⁶ Arrêt précité Cass. req. 5 février 1946, S. 1947 I p. 137 ; Cass. civ. 1^{ère} 25 février 1969, Bull. civ. I n°86.

dans le cadre de son activité commerciale une clause d'arbitrage¹⁷ et sur la question de l'immunité d'exécution, dans l'arrêt Creighton du 6 juillet 2000, de considérer que l'Etat a renoncé à son immunité d'exécution par la souscription d'une clause compromissoire¹⁸. Cette solution, jugée avant-gardiste par certains auteurs, critiquée par d'autres, n'a pas eu de suite, comme il sera vu ci-après.

De même, la question des biens saisissables de l'Etat étranger a fait l'objet d'une jurisprudence pour le moins fluctuante, car elle a dû en même temps, permettre au créancier d'un Etat étranger de disposer de recours, ne pas porter atteinte à la continuité de la puissance et du service publics et rendre des décisions diplomatiquement acceptables¹⁹

L'affaire Noga est une illustration de ces difficultés à juger la question de l'immunité de l'Etat étranger en France. Cette société de droit suisse, après avoir tenté sans succès de saisir les biens de la Fédération de Russie sur le territoire français, a été condamnée finalement par la Cour d'appel de Paris²⁰ à indemniser la Fédération de Russie pour le préjudice subi du fait de la publicité faite autour de ces mesures « *portant sur des biens* » (...) (*ayant*) *une haute valeur symbolique* », publicité qui a porté atteinte à l'image et à la réputation de l'Etat russe, selon l'arrêt. Sur pourvoi de la société Noga, la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 février 2013, n'a pas critiqué la décision de la Cour d'appel²¹.

A la suite de la ratification par la France en 2011, de la convention sur les immunités de 2004²², la Cour de cassation, dans des arrêts récents sur lesquels nous reviendrons²³, vise désormais « *le droit international coutumier tel que reflété par la convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 (...)* », suivant

¹⁷ Cass.civ. 1^{ère} 18 novembre 1986, Yougoslavie c/ SEEE Civ. I n°266 p.254

¹⁸ Cass.civ. 1^{ère} Creighton Ltd c/ Gouvernement de l'Etat du Qatar Bull. civ. I n°207 p.135

¹⁹ B. Poulain « L'arbitrage investisseur-Etat et le droit français des immunités de l'Etat étranger » art.cit.

Il note la pression qu'exerce la jurisprudence de la CEDH qui impose aux Etats de concilier respect du droit coutumier et droit au recours sur le fondement de l'art.6§1 de la convention EDH et cite l'article du professeur Patrick Rambaud « les suites d'un différend pétrolier : l'affaire Liamco devant le juge français »

Annuaire français de droit international vol.25 1979 pp.820-834.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1979_num_25_1_2191

²⁰ CA Paris 21 juin 2011 Fédération de Russie c/ Sté Noga

²¹ Cass. civ. 1^{ère} Civ. I, 27 février 2013, n°11-27751, non publié au bulletin

²² La convention n'est pas encore entrée en vigueur, en raison d'un nombre de signatures insuffisant. Voir les travaux parlementaires sur le projet de loi de ratification de la convention au Sénat.

<http://www.senat.fr/rap/110-073/110-0731.html>

²³ les arrêts NML c/ République argentine du 28 mars 2013 : n°11-450 (saisie entre les mains de BNP Paribas), n°11-13323 (Air France), n°10.25938 (Total Austral).

en cela la jurisprudence de la CEDH²⁴, pour se déterminer sur l'existence d'une renonciation à l'immunité d'exécution d'un Etat étranger (en l'espèce, la République d'Argentine) et se prononcer sur le caractère saisissable de certains biens.

La convention de 2004 prévoit en son article 17 que l'Etat lié par une clause d'arbitrage ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat compétent 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, c) à la confirmation ou au rejet de la sentence arbitrale, à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement.

Elle ne vise pas expressément l'immunité d'exécution.

La Cour de cassation a considéré que l'immunité d'exécution ne pouvait être invoquée par l'Etat étranger au stade de la procédure d'exequatur de la sentence arbitrale²⁵, mais qu'en revanche elle pouvait l'être lors de l'exercice des voies d'exécution contre les biens de l'Etat²⁶.

II- L'immunité d'exécution de l'Etat étranger qui a consenti à l'arbitrage

Dans un arrêt République islamique d'Iran c/ Eurodif du 21 avril 1982²⁷, la cour d'appel de Paris a refusé de dire que l'engagement des parties d'exécuter la sentence aux termes de l'ancien article 24-2 du règlement d'arbitrage de la CCI²⁸ valait renonciation à l'immunité d'exécution. Elle a affirmé ainsi que cette stipulation constituait «*un engagement de se soumettre volontairement à la sentence et d'en reconnaître la force obligatoire mais ne contient aucune allusion à l'immunité d'exécution dont une partie pourrait éventuellement bénéficier*» et qu'on ne pouvait admettre que la stipulation d'une clause compromissoire impliquait par elle-même une renonciation à l'immunité d'exécution.

²⁴ CEDH, Grande chambre, 21 novembre 2001, Al-Adsani/Royaume-Uni, requête n° 35763/97, Forgy/Royaume-Uni, req. n° 37112/97, Mc Elhinney/Irlande, req. n° 31253/96 ; 12 décembre 2002, Kalogeropoulou e.a. /Grèce et Allemagne, req. n° 59021/00 ; Grande chambre, 23 mars 2010, Cudak/Lituanie, req. n° 15869/02, 29 juin 2011, Sabeh El Leil/France, req. n° 34869/05

²⁵ Cass. civ. 1^{ère} 18 novembre 1986 cit. ; Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 1991, Sté SOABI c/ Etat du Sénégal, Bull. civ. I n°193 p.127.

²⁶ B. Poulain « L'arbitrage investisseur-Etat et le droit français des immunités de l'Etat étranger » art.cit.

²⁷ CA Paris 21 avril 1982, République islamique d'Iran c/ Eurodif J.D.I 1983. 145

²⁸ Art.24-2 CCI : « *Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au présent règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer.* »

En 1992 cependant, cette même cour d'appel considérait que le recours à l'arbitrage selon le règlement de la CCI d'un Etat impliquait l'engagement d'exécuter la sentence conformément audit règlement²⁹.

C'est dans cet état de la jurisprudence, qu'est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation Société Creighton Ltd c/Gouvernement de l'Etat du Qatar du 6 juillet 2000, cassant une décision de la cour d'appel de Paris qui avait ordonné la mainlevée de saisies conservatoires opérées par la société Creighton en exécution de sentences arbitrales définitives, au motif qu'il n'était pas établi « *par la société Creighton Limited que l'Etat du Qatar ait renoncé à l'immunité d'exécution et que le fait d'avoir accepté une clause d'arbitrage ne peut faire présumer la renonciation à cette immunité, qui est distincte de l'immunité de juridiction* ».

La Cour de cassation affirmait alors « *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* »³⁰.

La cour d'appel de renvoi, dans un arrêt du 12 décembre 2001, a même considéré que la conclusion d'une clause compromissoire impliquait la renonciation à l'immunité d'exécution³¹.

Cette jurisprudence a été critiquée au motif qu'il fallait notamment une clause compromissoire claire et non ambiguë, ce qui n'était pas le cas de la disposition du règlement de la CCI visée par l'arrêt Creighton³²; que l'immunité d'exécution n'avait d'intérêt que lorsqu'elle portait sur les biens insaisissables, qu'il n'y avait pas contradiction entre le caractère obligatoire de la sentence et l'immunité d'exécution, l'exécution ne pouvant porter alors que sur les biens de l'Etat étranger affectés à son activité commerciale; que cette jurisprudence était contraire aux dispositions de la convention de 2004³³, qui distingue renonciation à l'immunité de juridiction et renonciation à l'immunité

²⁹ CA Paris 9 juillet 1992, Norbert Beyrard France c/ RCI, Rev. Arb. 1994.133

³⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 6 juillet 2000, Creighton c/Gouvernement de l'Etat du Qatar, Bull. civ. I n°207 p.135

³¹ CA Paris, 12 décembre 2011 Rev.Arb.2003.417

³² L'article 24 alors applicable stipulait :«Par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer ».

³³ Articles 17,19 et 20

d'exécution et allait au-delà des exigences de la CEDH³⁴ en matière de droit d'accès à un tribunal et de droit à l'exécution de la décision de justice³⁵.

Or, comme il a été mentionné précédemment, dans sa jurisprudence récente, notamment les arrêts du 28 mars 2013, NML c/ République d'Argentine³⁶, la Cour de cassation semble avoir entendu les critiques puisque, se référant expressément à la jurisprudence de la CEDH et à la convention de 2004, elle limite le droit à exécution d'un créancier par l'immunité opposée par l'Etat étranger sur certains de ses biens.

Il faut alors s'interroger sur la réponse donnée par la Cour de cassation à la détermination des biens de l'Etat étranger qui peuvent en principe être saisis en exécution d'une sentence arbitrale, malgré l'immunité d'exécution (ceux affectés à l'activité commerciale de l'Etat étranger), de ceux qui ne le peuvent pas (ceux affectés à l'activité souveraine ou de service public de l'Etat), enfin de ceux qui ne le sont pas en principe mais peuvent l'être du fait de la renonciation de l'Etat à son immunité d'exécution.

III- L'exception à l'immunité d'exécution de l'Etat étranger sur les biens affectés à l'activité commerciale

En 1984, la Cour de cassation dans un nouvel arrêt opposant Eurodif à la République islamique d'Iran³⁷, avait considéré que l'immunité d'exécution dont jouissait l'Etat étranger était de principe, mais qu'elle pouvait être exceptionnellement écartée ; il en était ainsi lorsque le bien saisi avait été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donnait lieu à la demande en justice³⁸.

La Cour d'appel de Paris est revenue ensuite dans un arrêt du 9 juillet 1992³⁹, à une solution où elle s'est bornée à exiger qu'il soit établi que le bien saisi

³⁴ Voir JP de la CEDH note 20

³⁵ B. Poulain « L'arbitrage investisseur-Etat et le droit français des immunités de l'Etat étranger » art.cit.

³⁶ Voir arrêts du 28 mars 2013 note 19. Il convient de noter qu'il s'agissait en l'espèce d'une décision d'une juridiction américaine. Une clause de renonciation à l'immunité d'exécution était insérée dans des contrats .

³⁷ Cass.civ. 1ère 14 mars 1984, Eurodif c/ République islamique d'Iran Bull. civ. I. n°98

³⁸ Sommaire de l'arrêt Eurodif précité du 14 mars 1984 : n'a pas légalement justifié sa décision la Cour d'appel qui, pour donner mainlevée de la saisie conservatoire de la créance d'un Etat étranger sur l'Etat français et le C.E.A., se borne à relever que cette créance porte sur les fonds dont ceux-ci sont débiteurs à l'égard de celui-là et qui doivent lui faire retour sans être grevés d'aucune affectation, puisque le gouvernement étranger décidera souverainement de leur utilisation dans l'exercice de ses compétences internes, et que dès lors, la créance porte sur des fonds publics et bénéficie de l'immunité d'exécution ; qu'en effet, la Cour d'appel, qui avait constaté qu'en vertu d'accords internationaux liant les deux Etats la créance avait pour origine des fonds affectés par l'Etat étranger à la réalisation d'un programme commun, dont la rupture par l'Etat étranger donnait lieu à la demande, était tenue, pour trancher la question de l'immunité, de rechercher la nature de cette activité

³⁹ Arrêt Norbert Beyrard France c/ RCI cité note 25.

n'était pas affecté à une activité souveraine ou de service public de l'Etat étranger.

Puis est intervenu l'arrêt de renvoi⁴⁰ après l'arrêt de la Cour de cassation Creighton qui, de façon plus précise, a affirmé qu'étaient saisissables les biens utilisés ou prévus pour être utilisés à des fins commerciales.

Dans ce dernier état, la jurisprudence retient donc le principe d'une immunité d'exécution relative : si le bien saisi n'est pas affecté à une activité souveraine ou de service public de l'Etat étranger ou s'il est utilisé à des fins commerciales, l'immunité d'exécution est écartée.

Qu'en est-il de la convention de 2004, à laquelle la Cour de cassation nous l'avons vu précédemment, se réfère désormais dans ces derniers arrêts ?

La convention de 2004 distingue entre biens affectés aux activités souveraines et biens affectés aux activités commerciales mais en son article 19 prévoit des restrictions :

« Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si et dans la mesure où:

a) L'Etat 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; ou

iii) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties; ou

b) L'Etat a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou

c) Il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée. »

La convention pose ainsi le principe d'une interdiction de toute mesure de contrainte postérieure à la décision contre les biens de l'Etat assorti d'exceptions, notamment le c) où a contrario les mesures peuvent s'appliquer aux biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales mais avec une condition : les mesures de contraintes doivent porter sur des biens ayant un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.

⁴⁰ CA Paris 12 décembre 2001 Creighton Ltd c/ Etat du Qatar cité note 27

La jurisprudence française est donc moins stricte que les termes de la convention.

Une autre difficulté est survenue dans l'exécution des sentences contre l'Etat étranger⁴¹ : qu'en est-il des entités qui, tout en étant distinctes de l'Etat accomplissent des missions qui les assimilent à l'Etat ? Peut-on saisir les biens de ces entités en exécution d'une décision contre l'Etat étranger ?

Selon la convention de 2004, article 2 1/ iii), le terme « Etat » comprend les établissements ou organismes d'Etat ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'entité sera une émanation de l'Etat si elle dispose d'une gestion et d'un patrimoine autonomes. Dans une affaire *Bec frères c/ Office des céréales de Tunisie*⁴², la Cour a cassé une décision d'une cour d'appel qui avait validé des saisies pratiquées sur l'Office par une société créancière de l'Etat tunisien : *« la tutelle, voire le contrôle, d'un Etat sur une personne morale exercé notamment au travers de ses dirigeants, ainsi que la mission de service public dévolue à celle-ci, ne suffisent pas à la faire considérer comme une émanation de l'Etat impliquant son assimilation à celui-ci ; que la cour d'appel, en statuant comme elle la fait et sans expliquer en quoi l'office des céréales de Tunisie ne disposait pas d'un patrimoine distinct de celui de l'Etat tunisien, n'a pas donné de base légale à sa décision »*.

La position de la Cour de cassation, exprimée à plusieurs reprises, a pour conséquence de mettre à la charge du créancier une preuve qui sera souvent difficile à rapporter.

Ainsi, les juges du fond sont allés jusqu'à reprocher au créancier saisissant de ne pas être à même de prouver le caractère fictif de l'autonomie d'une banque étatique⁴³.

En revanche, une cour d'appel a pu relever le caractère fictif de l'autonomie pour un établissement industriel et commercial, la société Nationale des pétroles du Congo, contre laquelle des saisies avaient été diligentées en exécution d'une sentence arbitrale rendue contre la République du Congo. Il a été jugé ainsi que cette société constituait une personne morale en réalité

⁴¹ Selon la convention de 2004, article 2 1/ iii), le terme Etat comprend les établissements ou organismes d'Etat ou autres entités dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat

⁴² Cass.civ.1^{ère} 4 janvier 1995, *Sté Bec frères c / Office des céréales de Tunisie*, Bull. civ. I n°6 p5

⁴³ CA Paris 1^{er} septembre 2005, *Sté Central Bank of Irak c/ Sté Hochtieff*, *Rev.arb.* 2006.214

fictive et une émanation de la République du Congo⁴⁴. Le même jour 23 janvier 2003, la cour d'appel a rendu un second arrêt dans une affaire similaire opposant la société nationale des pétroles du Congo à un créancier qui avait opéré des saisies sur les comptes de la société congolaise en exécution d'un jugement de la High court of Justice de Londres. Un pourvoi ayant été formé contre la décision de la cour d'appel, la Cour de cassation s'est prononcée le 6 février 2007, en faisant sienne l'analyse des juges d'appel : « *la société SNCP n'était pas statutairement dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et (...) son patrimoine se confondait avec celui de l'Etat, elle devait être considérée comme une émanation de la République du Congo* »⁴⁵.

De même, la Cour de cassation, dans un arrêt Winslow B & T c/Sté Nationale des Hydrocarbures du Cameroun (SNH), a validé l'analyse de la cour d'appel de Paris : « *dès lors que la société SNH n'était pas statutairement dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et que son patrimoine se confondait avec celui de l'Etat, elle devait être considérée comme une émanation de la République du Cameroun* »⁴⁶.

IV- L'immunité d'exécution de l'Etat étranger sur ses biens insaisissables

Les biens de l'Etat étranger qui ne peuvent être saisis sont ceux qui ne sont pas utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales. Il s'agit en effet, de ne pas porter atteinte à la continuité de la puissance et du service publics de l'Etat étranger en opérant des saisies sur des biens liés à son activité souveraine.

La convention de 2004 a prévu en son article 21 une liste⁴⁷ non exhaustive de biens qui sont en principe insaisissables.

⁴⁴ CA Paris 23 janvier 2003, Walker international c/ République du Congo G.P.30 et 31 mai 2003

⁴⁵ Cass.civ. 1^{ère} 6 février 2007, République du Congo et SNPC c/ Connecticut Bank of commerce, Bull. civ.I. n°52 p.46

⁴⁶ Cass. Civ.1^{ère} 14 novembre 2007, Winslow c/ SNH Bull.civ.I. n°355

⁴⁷ Article 21 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 : **1.** Les catégories de biens d'Etat ci-après ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'al. c) de l'art. 19: **a)** Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales; **b)** Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de fonctions militaires; **c)** Les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat; **d)** Les biens faisant partie du patrimoine

Ainsi, la Cour de cassation dans deux de ses trois arrêts du 28 mars 2013 visant la convention de 2004 a considéré qu'à bon droit, la cour d'appel de Paris avait déclaré nulles les saisies opérées par le créancier en exécution d'une décision rendue à l'encontre de la République d'Argentine portant « *sur des créances fiscales et sociales de l'Etat argentin, c'est-à-dire sur des ressources se rattachant nécessairement à l'exercice par cet Etat, des prérogatives liées à sa souveraineté* »⁴⁸. Dans le troisième arrêt, la Cour de cassation a adopté également la position de la cour d'appel de Versailles qui a ordonné la mainlevée de saisies conservatoires opérées sur le fondement de créances qui « *se rattachaient nécessairement à l'exercice par l'Etat argentin des prérogatives liées à sa souveraineté, ces créances correspondant à des contributions fiscales ou parafiscales ayant pour origine le pouvoir régalien de l'Etat et pour vocation le financement d'autres prérogatives régaliennes* »⁴⁹.

Notons que les trois arrêts font état de l'absence de renonciation expresse de l'Etat argentin à son immunité d'exécution portant sur le type de biens, objet des saisies litigieuses.

Ainsi, au regard de la convention de 2004 et de la jurisprudence française, la tâche du créancier poursuivant consiste à démontrer que les saisies opérées ne portent pas sur des biens appartenant aux catégories visées ci-dessus ou bien que l'Etat étranger a renoncé à se prévaloir de son immunité d'exécution sur ces catégories.

Il faut donc apporter la preuve qu'un bien n'est pas utilisé ou destiné à être utilisé par l'Etat à des fins de service public non commerciales.

Or, sur qui repose la charge de la preuve de l'affectation du bien ? La convention de 2004 ne dit rien et en France, c'est le juge qui doit se prononcer.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation dans un arrêt du 28 septembre 2011 concernant toujours la société NML et la République d'Argentine. Il s'agissait en l'espèce d'une saisie conservatoire sur les comptes de l'ambassade d'Argentine entre les mains d'une banque. Adoptant les motifs de la cour d'appel dont l'arrêt était critiqué par le créancier saisissant affirmant qu'on faisait peser sur lui « *une charge de la preuve d'absence d'affectation diplomatique des biens saisis particulièrement disproportionnée puisqu'elle semble en réalité*

culturel de l'Etat ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente; e) Les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente.

2. Le par. 1 est sans préjudice de l'art. 18 et des al. a) et b) de l'art. 19.

⁴⁸ Arrêts du 28 mars 2013 n°11-10450 et 11-13323 cités note 19

⁴⁹ Arrêt du 28 mars 2013 n°10-25938

impossible à rapporter, compte tenu de la nature des biens saisis », la Cour de la cassation a considéré, d'une part, que « les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique », d'autre part, que « les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de sorte qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale »⁵⁰

Un auteur⁵¹ a relevé en outre que, s'agissant des catégories de biens citées par l'article 21 de la convention de 2004, celles correspondant à des biens considérés comme insaisissables du fait de leur appartenance à un patrimoine, tels les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire, ledit article est en contradiction avec les dispositions du code monétaire et financier français. Celui-ci prévoit en son article L.153-1 le principe d'insaisissabilité « des biens de toute nature 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 » mais aménage une exception : « le créancier muni d'un titre exécutoire peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de poursuivre l'exécution forcée dans les conditions prévues par la partie législative du code 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 ».

Récemment, la Cour d'appel de Paris dans une ordonnance du 17 janvier 2012 a ainsi statué sur le fondement de l'article L 153-1 du code monétaire et financier en considérant que l'exception prévue à cet article devait s'appliquer car il était rapporté la preuve que le patrimoine litigieux du débiteur -en l'espèce, la Banque des Etats de l'Afrique Centrale- était affecté à une activité relevant du droit privé⁵².

A notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur le sujet. Cependant, on peut supposer, comme le fait l'auteur, qu'en cas de saisie effectuée dans les conditions prévues par l'article 153-1, preuve étant rapportée que le patrimoine de l'Etat saisi était bien affecté à une activité principale relevant du droit privé, un Etat puisse revendiquer l'application de l'article 27 de la convention de 2004 sur le règlement des différends, qui

⁵⁰ Cass.civ . 1^{ère} 28 septembre 2011, Sté NML c/ République Argentine et autres, Bull. civ. I. n°153

⁵¹ B. Poulain « L'arbitrage investisseur-Etat et le droit français des immunités de l'Etat étranger » art.cit

⁵² CA Paris 17 janvier 2012, Monsieur Y c/ BEAC http://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/75056/2012/1/17/11_12878/

prévoit en cas d'échec des négociations entre deux Etats parties ou plus, la saisine de la Cour internationale de Justice⁵³.

Dans la plupart des décisions rendues par les juridictions françaises et notamment par la Cour de cassation, l'Etat étranger avait renoncé à son immunité d'exécution.

En effet, la clause compromissoire ou le contrat liant l'Etat étranger à une partie peut comporter une renonciation de l'Etat étranger à son immunité d'exécution⁵⁴.

Cependant, même devant des clauses de renonciation claires et non ambiguës, le juge français, dans la jurisprudence la plus récente, adopte une position très protectrice de l'Etat étranger.

Dans les faits, à l'exception de l'arrêt Creighton rendu par la Cour de cassation le 6 juillet 2000, aux termes duquel il était statué que l'engagement de l'Etat étranger signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence conformément à l'article 24 du règlement d'arbitrage de la CCI valait renonciation de l'Etat à l'immunité d'exécution, la jurisprudence est très réticente à donner effet à de tels engagements et ce, sur des fondements différents : Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques , Convention des Nations Unies de 2004.

Ainsi, immédiatement après l'arrêt Creighton, la Cour d'appel de Paris dans une des affaires Noga contre la Fédération de Russie, affirmait que les formules utilisées dans les contrats de prêt pour justifier de la renonciation à l'immunité d'exécution⁵⁵ par les parties ne manifestaient pas « *la volonté non équivoque de l'Etat emprunteur de renoncer en faveur de son cocontractant personne morale de droit privé à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter que cette société commerciale puisse le cas échéant entraver le*

⁵³ La CIJ s'est prononcée le 3 février 2012 dans l'affaire Allemagne c/ Italie en matière d'immunité juridictionnelle et d'immunité d'exécution (§4, n°109 et suivants) <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>

⁵⁴ Voir les contrats miniers conclus par la République de Guinée prévoyant une clause de renonciation des parties à leurs immunités de juridiction et d'exécution <http://www.contratsminiersguinee.org/>

⁵⁵ « (...) Les parties renoncent à exercer un recours à l'encontre de la sentence arbitrale et l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en relation avec le présent contrat." (...) déclarations et garanties : e) (i) l'emprunteur est assujéti, relativement à ses obligations au titre du présent contrat au droit civil et commercial. (ii) les emprunts effectués par l'emprunteur au titre des présentes et l'exécution et la fourniture et le respect de ses obligations au titre du présent contrat par l'emprunteur constituent des actes de nature privée et commerciale. (iii) l'emprunteur ne pourra se prévaloir ni pour lui-même, ni pour ses actifs ou revenus, d'aucune immunité de poursuite judiciaire, d'exécution forcée, de saisie ou d'autres procédures judiciaires en rapport avec ses obligations au titre de ce contrat ».

fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger »⁵⁶.

Récemment, dans l'arrêt précité du 28 septembre 2011, la Cour de cassation a affirmé que « *selon le droit coutumier international, les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient pour leur fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale* »⁵⁷.

La Cour de cassation, dans ses arrêts du 28 mars 2013 qui visent la convention de 2004, laquelle ne précise pas les formes que devrait respecter la renonciation à l'immunité d'exécution, considère, dans chacun de ces arrêts et notamment l'arrêt n°10-25.938, qu'en « *l'absence de mention expresse et spécifique des créances* » (sur lesquelles s'opérait la saisie) « *dans la clause de renonciation figurant aux contrats d'émission d'obligations et au contrat de service financier auquel ces derniers étaient soumis* », la cour d'appel avait exactement déduit « *que la République argentine n'avait pas renoncé à son immunité d'exécution sur ces créances* »⁵⁸.

Comme on le voit, la jurisprudence française et notamment celle de la Cour de cassation dans ses derniers arrêts, exige que la renonciation à l'immunité d'exécution soit expresse et spéciale, mentionne les biens ou les catégories de biens pour lesquels elle a été consentie.

Dans l'avenir, les créanciers avisés, prendront soin de rédiger des contrats ou des clauses d'arbitrage répondant aux exigences de la Cour de cassation.

Ces créanciers peuvent-ils également se prévaloir de l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 octobre 2011⁵⁹ rendu dans une affaire opposant des salariées, à leur ancien employeur l'Etat du Koweït, arrêt qui consacre la responsabilité de l'Etat français sur le fondement de la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques pour le préjudice lié à l'immunité d'exécution invoquée par un Etat étranger, rendant impossible l'exécution des jugements le condamnant

⁵⁶ CA Paris 10 août 2000 Noga c/ Fédération de Russie <http://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/75056/2000/8/10/6936166/>

⁵⁷ Cass.civ. 1^{ère} 28 septembre 2011 cité note 45

⁵⁸ Cass.civ. 28 mars 2013 n° 10-25938

⁵⁹ CE, sect.14 octobre 2011, n°329788 à 329791 JurisData n°2011-021633

à paiement et notamment la saisie des comptes bancaires de son ambassade ?⁶⁰

Selon le rapporteur public dans cette affaire ⁶¹, cette reconnaissance du caractère indemnisable du préjudice rejoint l'esprit de la jurisprudence de la CEDH, qui considère que « *l'octroi de l'immunité à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats par le respect de la souveraineté d'un autre Etat* »⁶² ; cependant, pour déterminer si l'immunité est admissible, au regard de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme « *il importe d'examiner si les requérants disposent d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention* »⁶³.

Ainsi, face à une sentence arbitrale dont ils démontreraient que l'exécution est impossible du fait de l'immunité d'exécution dont bénéficie l'Etat étranger, les créanciers, sur le fondement de cet arrêt du Conseil d'Etat dont les termes sont généraux, pourraient se référer aux mêmes bases légales et conventionnelles invoquées dans l'affaire du Conseil d'Etat pour obtenir réparation du préjudice qu'ils ont subi.

De fait, l'équilibre entre immunité d'exécution de l'Etat étranger et droit du créancier à l'exécution d'une décision arbitrale contre l'Etat n'est pas aisé à trouver.

Catherine Bolteau-Serre
magistrat

Conseiller technique du ministre de la Justice du Sénégal

⁶⁰ Pierre Chevalier et Rachel Le Cotty « Reconnaissance internationale d'une immunité d'exécution autonome au profit des Etats pour le fonctionnement de leur mission diplomatique : étendue, régime et conséquences, procédures n°5, mai 2012, étude 2, Lexis-Nexis

⁶¹ Ibid.

⁶² CEDH, Grande chambre, 23 mars 2010, n°15869/02, Cudak c/Lituanie

⁶³ CEDH, 18 février 1999, 26083/94 Waite et Kennedy c/Allemagne