

L'ARBITRAGE EN MATIÈRE COMMERCIALE ET DES INVESTISSEMENTS EN AFRIQUE

Sous la direction scientifique de
Gaston KENFACK DOUAJNI

Droit OHADA et droits communautaires africains

2



EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES CONTRE LES PERSONNES DE DROIT PUBLIC LE POINT DE VUE D'UNE PRATICIENNE NON AFRICAINE

BÉATRICE CASTELLANE

Avocate au Barreau de Paris

AMCO, Arbitre International

L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION ET SON CHAMP D'APPLICATION

1. La Cour de cassation, en 2000 dans une affaire Qatar c/Creighton a proclamé que l'engagement pris par un État en signant une clause d'arbitrage CCI dont le règlement prévoit un engagement par les parties d'exécuter la sentence implique de la part de cet État une renonciation à son immunité d'exécution.

2. De nombreux règlements d'arbitrage contiennent des dispositions analogues et il faut comprendre la jurisprudence Qatar comme concernant toute clause d'arbitrage en général et pas seulement une clause CCI. Ce droit commun ne s'applique pas quand il y a une convention internationale comme la Convention de Washington de 1965 (CIRDI) qui établit une règle inverse en préservant aux États le bénéfice de l'immunité d'exécution, ce qui montre que la solution Qatar ne va pas de soi.

3. Que reste-t-il de cette jurisprudence seize années plus tard ?

LE PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION

4. Traditionnellement, comme nous le savons, le domaine des immunités, de juridiction (ce qui couvre également la procédure d'exequatur)

ou d'exécution a évolué au cours du siècle dernier de l'immunité absolue à l'immunité relative.

5. La raison en est l'évolution du rôle de l'État dans l'économie. Si celui-ci prend des responsabilités dans l'économie, alors la justification de sa protection érigée pour ses activités régaliennes, souveraines de puissance publique, par le droit international public ne se justifie plus.

6. S'agissant de l'immunité d'exécution, l'évolution s'est traduite par une distinction établie par la jurisprudence entre les biens ou les fonds affectés à une activité commerciale et les biens ou les fonds affectés à une activité de service public (Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1969, Englander et 2 novembre 1971, Clerget). Autrement dit, si les biens servent à l'exercice d'un service public (y compris les services diplomatiques), ils ne sont a priori pas saisissables, c'est-à-dire qu'ils sont couverts par l'immunité d'exécution. En revanche, si les biens sont des richesses de l'État ou des propriétés en sa qualité d'opérateur économique, ils sont saisissables c'est-à-dire qu'ils ne sont pas couverts par l'immunité d'exécution.

L'immunité d'exécution, limitée ainsi aux biens réservés aux services publics, est donc en ce sens, relative, puisqu'on a enlevé du champ d'application de l'immunité d'exécution, les biens qui relèvent d'une activité économique de l'État.

Mais cela n'est pas tout.

7. La jurisprudence est à nouveau intervenue avec l'affaire Eurodif, jugée en 1984 (Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 1984), pour préciser qu'il fallait en plus un lien entre le bien saisi de l'État et l'activité économique sur laquelle repose la demande en justice. L'arrêt Eurodif a eu pour conséquence que l'Iran ne pouvait pas invoquer son immunité d'exécution.

8. On peut s'interroger à perte de vue sur la signification de la jurisprudence Eurodif.

Est-elle une décision de circonstance liée au contexte particulier de cette affaire ?

9. La saisie effectuée par Eurodif portait sur une créance d'un milliard de francs (à l'époque) que détenait l'Iran sur le CEA, laquelle était garantie par la France pour le développement par l'industrie française du nucléaire en Iran, à l'époque du Shah.

10. Ou bien cette jurisprudence était-elle une manière de revenir sur la distinction fondamentale entre biens affectés à des services publics et les biens de l'activité économique de l'État en excluant de la saisie les

biens industriels et commerciaux non affectés à l'activité concernée par le litige? Autrement dit, les biens non affectés aux services publics et qui ne sont pas affectés à la demande en justice restent-ils couverts par l'immunité d'exécution et donc sont-ils non saisissables?

11. Quoi qu'il en soit, l'évocation de la restriction apportée par la jurisprudence Eurodif ne reviendra – à ma connaissance – dans la jurisprudence de la Cour de cassation que vingt ans plus tard (Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2005, Rép. Dém. Congo). Le créancier devra faire la preuve que les biens ou les fonds sont des biens privés ou affectés aux services publics à sa demande selon la jurisprudence Eurodif. Or, dans la pratique, l'État n'indique rien quant à l'affectation des biens.

12. La jurisprudence va développer l'idée selon laquelle une renonciation n'est efficace pour pratiquer une saisie sur les comptes des missions diplomatiques que si cette renonciation est « expresse et particulière (ou spécifique) » selon les arrêts récents de la Cour de cassation rendus dans les affaires de la République d'Argentine (Cass. civ. 1^{re}, 28 septembre 2011), une exigence qu'elle vient d'étendre, non plus seulement aux fonds des missions diplomatiques, mais également aux biens de l'État en général (Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2013, NML c/République d'Argentine).

13. La faveur donnée à l'arbitrage par la jurisprudence Qatar paraît bien avoir été emportée par la jurisprudence ultérieure dans ses derniers développements dans les affaires concernant la République d'Argentine (du 28 septembre 2011 et du 28 mars 2013 dans l'affaire de la République d'Argentine). Pour les créanciers d'un État, la tâche est ardue. Où s'arrête la nécessité de la précision quant aux biens qui pourront être saisis en vertu d'une renonciation expresse et spécifique?

14. Il faut bien voir les coûts supplémentaires qu'il faudra exposer dans la rédaction des contrats avec les États quand il faudra prévoir ces listes, et aussi l'insécurité que cela génère, car quel est le degré de spécificité à atteindre?

15. En revenant sur l'exigence d'une renonciation expresse et spécifique, la Cour de cassation donne à penser que la jurisprudence Qatar, d'après laquelle la signature d'une clause d'arbitrage vaut renonciation générale à l'immunité d'exécution, n'avait jamais existé.

16. Toutefois, la Cour de Cassation est revenue sur l'exigence d'une renonciation spécifique dans l'arrêt *Commisimpex c/République du Congo*¹.

1 - Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, *Commisimpex c/République du Congo*. Voir Annexe 3 Jurisprudence.

En effet, la Haute juridiction a affirmé que les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des États n'exigent pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution.

17. Par cet arrêt, la Cour de cassation écarte l'exigence d'une renonciation spéciale, après la renonciation expresse. La renonciation par un État à son immunité d'exécution affecte l'ensemble des biens de l'État et s'applique, aux avoirs bancaires d'une mission diplomatique dont le régime, à cet égard perd toute autonomie.

18. Par l'arrêt du 13 mai 2015, la Cour de cassation exige non plus une renonciation spéciale, mais simplement une renonciation expresse de l'État, ou plus généralement de la personne morale de droit public, à son immunité d'exécution².

19. Or par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II, le législateur français a évolué vers ce qui a été perçu comme « une certaine sécurité non seulement juridique mais également diplomatique... »³ des États étrangers, en adoptant un article 59 ainsi conçu :

« Art. L.111-1-1. - Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un État étranger que sur autorisation préalable du Juge par ordonnance rendue sur requête.

« Art. L.111-1-2. - Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée visant un bien appartenant à un État étranger ne peuvent être autorisées par le juge que si l'une des conditions suivantes est remplie :

« 1° L'État concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure ;

« 2° L'État concerné a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure ;

« 3° Lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État concerné et que le bien en question est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.

2 - Sur cet arrêt v. M. Laazouki, « Réactivation des clauses générales de renonciation à l'immunité d'exécution des États », *la semaine juridique Édition générale* n° 26, 29 juin 2015, 759.

3 - C. Sportes et S. Simon, « Immunité d'exécution : quand la législation nationale peut venir au soutien du droit international coutumier », <http://larevue.squirepattonboggs.com>, 12 mai 2016.

« Pour l'application du 3°, sont notamment considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales, les biens suivants :

« 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'État 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 des fonctions militaires ;

« c) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;

« d) Les biens faisant partie d'une exposition d'objet d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;

« e) Les créances fiscales ou sociales de l'État.

« Art. L.111-1-3. - Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de **renonciation expresse et spéciale** des États concernés. »

20. Il résulte de ces dispositions inspirées de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens que le créancier qui souhaite saisir en France les biens d'un État étranger devra, d'une part, solliciter à cet effet l'autorisation du Juge de l'exécution et, d'autre part, justifier que l'une des conditions spécifiées plus haut est remplie.

21. On relèvera au passage que contrairement à l'arrêt du 13 mai 2015 de la Cour de Cassation qui exigeait une simple renonciation expresse par l'État étranger à son immunité d'exécution, la loi française du 9 décembre 2016 réinstalle une renonciation expresse et spéciale à ladite immunité.

22. En attendant l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁴, la France met ainsi en œuvre cet instrument international ; ceci ne manquera pas d'éclairer la jurisprudence française sur la question des immunités d'exécution.

4 - Sur cette convention, voir Gaston Kenfack Douajni « Les États parties à l'OHADA et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » in *Rev. Camerounaise arb.* n° 32, janvier à mars 2006, p. 3 et s.

UN MOT ENCORE À PROPOS DES ORGANISMES PUBLICS DISTINCTS DE L'ÉTAT

23. D'après la jurisprudence, les organismes publics distincts de l'État répondent de leurs dettes sur les biens de leur patrimoine (*Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} octobre 1985, Sonatrach*).

24. Mais il existe des situations où l'entité publique va répondre des dettes de l'État selon ce que l'on appelle la théorie des émanations, c'est-à-dire quand l'organisme public n'a pas, dans les faits, une indépendance fonctionnelle suffisante de l'État ni de patrimoine distinct de celui de l'État (*Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2007, Sté. Nat. Hydrocarbures du Cameroun et Winslow*, et 6 février 2007, Sté nationale du Congo).

Un créancier de l'État peut donc chercher à exécuter sur les biens de l'émanation ainsi que nous le montre cette jurisprudence rendue à propos de sociétés d'État africaines pour lesquelles il a été fait abstraction de la personnalité morale pour les assimiler à l'État qui les a organisées.

25. En conclusion, on est en droit de se demander si les jurisprudences rendues en matière d'immunité d'exécution ne sont pas souvent des décisions de circonstances.

La complexité de la matière juridique des immunités d'exécution s'explique aussi par le contexte politique et diplomatique très délicat dans lequel les décisions sont rendues.

The Enforcement of Arbitral Awards against State Entities

—

The Point of View of a Non-African Practitioner

Beatrice Castellane

Avocat at the Paris Bar

Former Member of the Council of the Bar

<http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/en/>

State Immunity from Enforcement of Awards and its Scope

1. In *Qatar v Creighton* (2000), the French Supreme Court found that a State who signed an ICC arbitration clause waived its right of immunity from enforcement of the award, given that pursuant to the ICC rules, both parties to an arbitration clause agree to execute the award.
2. Numerous arbitration rules contain similar provisions and it is necessary, therefore, to interpret the *Qatar* jurisprudence as being relevant to all arbitration clauses in general and not just those of the ICC. This jurisprudence does not apply when there is an international convention, such as the Washington Convention of 1965 (ICSID), which provides a rule to the contrary preserving State immunity, thus the *Qatar* solution should not be taken for granted.
3. Where does this jurisprudence stand 16 years later?

The Principle of State Immunity From Enforcement of Awards

4. As we know, the issues of immunity, jurisdiction (which also includes the process for enforcing an award) and enforcement of awards have evolved during the last century from an absolute immunity to a qualified privilege.
5. The reason being the evolution of a State's role in the economy. If State entities have interests in the economy, the justification for protection put in place for their sovereign activities, can no longer be justified in international public law.
6. Turning to state immunity when it comes to the enforcement of awards, according to jurisprudence a distinction exists between goods or funds used for a commercial activity and goods or funds used for public services¹. As a result, if the goods are used for public services (including diplomatic services), they cannot, *a priori*, be seized i.e. they fall within the exception of State immunity. On the other hand, if the goods are part of the State's wealth, or belong to the State as a result of its economic activities, they may be seized i.e. they do not fall within State immunity. State immunity when it comes to goods used for public services is therefore qualified, as goods which stem from the economic activity of the State do not benefit from State immunity. But this is not where it ends.
7. Jurisprudence once again played its part in the development of State immunity in the case of *Eurodif* (1984) where it was held that a link between goods seized and the economic activity on which the request was based was also required. Pursuant to the decision in *Eurodif*, Iran was unable to rely on its State immunity in enforcement proceedings.

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 11 February 1969, Englander and 2 November 1971, Clerget

8. One might lose sight of the importance of the *Eurodif* case. After all, is it simply a decision which arose solely due to the particular facts of the case or does it have a wider importance?
9. The order to seize goods which was sought by *Eurodif* was based on a debt of one billion francs (at that time) held by Iran over the French Atomic Energy Commission, whose guarantor was France, in view of the development of the French nuclear industry in Iran during the Shah era.
10. Perhaps the *Eurodif* jurisprudence was a way to revive the distinction between goods attributed to public services and goods that fall within the economic activity of the State, excluding the seizure of industrial and commercial goods that do not relate to the activity which was the subject of the arbitration. In other words, are goods which are not attributed to public services and which are not linked to the claim covered by State immunity, goods which cannot be seized?
11. In any event, the limitation outlined in the *Eurodif* case was – to my knowledge – only reinvoked in a French Supreme Court case 20 years later². The creditor must, therefore, depending on its position, prove that the goods/ funds are either private goods or relate to public services pursuant to *Eurodif*. However, in practice States do not typically categorise their goods in such a way.
12. According to jurisprudence, a waiver of State immunity is not effective when it comes to seizing bank accounts relating to diplomatic missions, unless the waiver is “express and specific” according to recent cases of the French Supreme Court based on cases involving Argentina³. This requirement has recently been extended to State goods in general⁴.
13. The privileged treatment given to arbitration by the *Qatar* case seems to have been ignored by subsequent jurisprudence in cases involving Argentina⁵. For those who are creditors of a State, it is an arduous task. Where does the need for precision stop when it comes to an “express and specific” waiver and the specification of goods which may be seized?
14. One must have in mind the additional costs to be expended if drafting contracts with States when such lists are necessary. Furthermore, one must also be mindful of the uncertainty that such lists generate in relation to the degree of specification required.
15. Turning back to the requirement of an “express and specific” waiver, the French Supreme Court seems to have ignored the *Qatar* case, following which the agreement to an arbitration clause results in a general waiver of State immunity from enforcement of awards.
16. Nevertheless, the French Supreme Court did not apply the requirement of a specific waiver in the case of *Commisimpex v the Republic of Congo*⁶. Indeed, France’s Supreme Court confirmed that the rules as to the enforcement of awards regarding State immunity in customary international law, only required an express waiver of State immunity.
17. In this case, the French Supreme Court dismissed the requirement of a specific waiver, if an express waiver is provided. The waiver by a State of its immunity from execution affects all its goods and also applies to assets relating to diplomatic missions.

² Cass. civ. 1^{re}, 25 January 2005 Rép. Dém. Congo

³ Cass. civ. 1^{re}, 28 September 2011)

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 March 2013, *NML v Argentinian Republic*

⁵ *Republic of Argentina*, (28 September 2013) and (28 March 2013)

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 May 2015, *Commisimpex v the Republic of Congo*. See annex 3

18. In a case of 13 May 2015, the French Supreme Court also found that States do not need to provide a specific waiver, but rather an express waiver. In general, this must be provided by the relevant public authority⁷.
19. However, by law n°2016-1691 of 9 December 2016 regarding transparency, the fight against corruption and the modernisation of business activity, also known as the Sapin II law, the French legislator has evolved towards a perceived “*level of certainty, not only legal but also diplomatic...*”⁸ for foreign States in adopting article 59 according to which:

Article L.111-1-1.

Provisional or enforcement measures cannot be applied to the property of a foreign State unless there is prior authorisation by a judge in an order issued upon request.

Article L.111-1-2.

Provisional or enforcement measures concerning a property belonging to a foreign State cannot be authorised by a judge unless one of the following conditions is satisfied:

- 1° The State concerned has expressly consented to the application of such measure;*
- 2° The State concerned has reserved or affected this property to the satisfaction of the claim which is the purpose of the proceedings;*
- 3° When a judgment or an arbitral award has been rendered against the State concerned and the property at issue is specifically in use or intended to be used by the State concerned for other than government non-commercial purposes and is linked to the entity against which the proceedings are initiated.*

For the application of point 3°, the following property is in particular considered as property specifically used or intended to be used by the State for government non-commercial purposes:

- a) property, including any bank account, which is used or intended to be used in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or its delegations to organs of international organizations or to international conferences;*
- b) property of a military character or properties used or intended to be used in the performance of military functions;*
- c) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;*
- d) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale;*
- e) tax or social debts of the State.*

Article L.111-1-3.

Provisional or enforcement measures cannot be taken on the property, including bank accounts, used or intended to be used for the exercise of functions of diplomatic missions of the foreign States

⁷ See M. Laazouki, “Réactivation des clauses générales de renonciation à l’immunité d’exécution des États”, *la semaine juridique Édition générale* n°26, 29 June 2015, 759

⁸ C. Sportes and S. Simon, « Immunité d’exécution : quand la législation nationale peut venir au soutien du droit international coutumier », <http://larevue.squirepattonboggs.com>, 12 May 2016

*or their consular posts, special missions, or their missions to international organizations unless there is an **express and special** waiver by the States concerned”.*

20. As a result of these provisions inspired by the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, a creditor who wishes to seize State goods in France, must firstly request the authorisation to do so from the judge responsible for the enforcement of arbitral awards. Secondly, a creditor must demonstrate that one of the conditions set out above has been met.
21. It is worth noting that contrary to the French Supreme Court decision of 13 May 2015 which required a simple express waiver by the State as to its immunity, the French law of 9 December 2016 revives the requirement for an “express and specific” waiver of immunity.
22. In awaiting the entry into force of the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property⁹, France has put into place the above text which will certainly help clarify French case law regarding the question of State immunity.

A word about public authorities which are distinct from the State

23. Pursuant to jurisprudence on this point, public authorities which are distinct from the State are responsible for their own debts on goods relating to their assets¹⁰.
24. However, there are cases where the public authority is responsible for State debts pursuant to the principle of emanation, i.e. when the public body has not, on the facts, functioned with sufficient independence from the State or does not have assets which are distinct from those of the State¹¹. A state creditor can in such circumstances, seek to enforce awards against goods which stem from such an activity. This can be seen in jurisprudence relating to African state-owned entities whereby the public authority has been equated to the State that organised it.
25. **In conclusion**, one is right to question whether decisions relating to State immunity are simply made on a case-by-case basis. The complexity of this subject may also be explained by political and diplomatic factors which are delicate in the decisions which are reached.

⁹ See Gaston Kenfack Douajni « Les États parties à l’OHADA et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » in *Rev. Camerounaise arb* n°32, January to March 2006, p. 3 onwards

¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1st October 1985, *Sonatrach*

¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 14 November 2007, *Sté. Nat. Hydrocarbures du Cameroun c/ Winslow*, and 6 February 2007, *Sté nationale du Congo*