

***Les Incidences Politiques de la Souveraineté sur l'Arbitrage :
Reconnaissance et Continuité des Etats
Revue de l'Arbitrage 2003, N°3***

Bruno Leurent et Jean-Christophe Honlet

Salans

9, rue Boissy d'Anglas

75008 Paris

France

Tél : 33.1.42.68.48.00

Fax : 33.1.42.68.15.45

E-mail : bleurent@salans.com

E-mail : jhonlet@salans.com

LES INCIDENCES POLITIQUES DE LA SOUVERAINETÉ SUR L'ARBITRAGE : RECONNAISSANCE ET CONTINUITÉ DES ÉTATS

par

Bruno LEURENT et Jean-Christophe HONLET

Avocats au Barreau de Paris – Salans

RÉSUMÉ

Les bouleversements politiques intervenus depuis le début des années 1990 ont donné un regain d'actualité aux questions de la continuité de l'Etat et de la portée en ce domaine de la reconnaissance d'Etat ou de son refus. L'arbitrage commercial international a eu à prendre en compte les situations nées de ces événements. 1) Sujet de droit, l'Etat est partie à des accords contenant des conventions d'arbitrage. Un examen de l'effet sur ces accords de la disparition ou du démembrement de l'Etat conduit à constater que l'arbitrage a absorbé sans trop de difficultés ces situations, la reconnaissance de l'Etat n'ayant pas joué de rôle majeur à cet égard. 2) Source de droit, l'Etat fournit à l'arbitrage un cadre juridique, à travers les centres d'arbitrage sous son contrôle, son régime de reconnaissance et d'exécution des sentences ou son droit applicable au fond. Des difficultés sont ici intervenues, qui ont nécessité des adaptations, la reconnaissance d'Etat demeurant toutefois sans incidence. La non-reconnaissance par la communauté internationale de situations internationalement illicites se présente comme un cas distinct, dont l'arbitre doit tenir compte.

SUMMARY

The political upheavals that have occurred since the beginning of the 1990s have revived the subject matter of the continuity of States and the impact of State recognition or non-recognition on such continuity. International commercial arbitration has had to take into account situations that arose from such events. 1) As a subject of the law, the State enters into agreements containing arbitration clauses. When examining the effect of the disappearance or the partition of

the State on such provisions, it can be noted that arbitration has easily integrated these situations, the question of State recognition playing no significant role. 2) As a source of the law, the State provides a legal framework to arbitration, through arbitration centers under its control, recognition and enforcement of awards, or through the law applicable to the merits. Some difficulties have arisen in this respect, requiring adaptations, regardless of the question of State recognition. Non recognition by the international community of internationally unlawful situations is a distinct matter, that arbitrators have to take into account.

La continuité de l'Etat et la portée en ce domaine de sa reconnaissance ou de sa non-reconnaissance pouvaient paraître vers 1980 un sujet en voie d'extinction. Presque toutes les juridictions avaient alors fini par se résigner à l'effectivité des situations que leurs gouvernements refusaient de reconnaître ou déclaraient, dans le dernier état de la question, n'avoir pas à reconnaître (1). La reconnaissance et son refus avaient ainsi été vidés de tout effet en droit international privé. Mais l'histoire récente a relancé le sujet.

Deux événements ou séries d'événements ont particulièrement contribué à cette relance. Ce sont la réorganisation de l'espace politique à l'Est de l'Europe et la réaction internationale à l'invasion du Koweït par l'Irak. La réorganisation de la carte politique à l'Est de l'Europe a compris notamment la dissolution de l'Union Soviétique, la désintégration de la Yougoslavie et la division de la Tchécoslovaquie. Là où il y avait trois Etats, il y en a désormais vingt-deux. S'y est ajoutée la réunification de l'Allemagne. Tout cela a donné un regain d'actualité aux règles de la succession d'Etats ainsi que confirmé la nécessité de l'empirisme en de telles circonstances. Le cas de la Yougoslavie a également illustré la portée d'un refus de la communauté internationale de reconnaître la prétention de l'un des Etats nés de la désintégration d'un Etat fédéral à continuer cet Etat fédéral (2).

(1) J. Verhoeven, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI*, T. 192, 1985-III, p. 9-232, spéc. p. 110 et s. ; du même auteur, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 81.

(2) Sur ces questions, cf. not. B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, T. 262, 1996, p. 9-440 ; du même auteur, « Succession d'Etats », *Répertoire Dalloz Droit international*, 1998 ; G. Burdeau et B. Stern (sous la direction de), *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est, Cahiers internationaux du CEDIN-Paris I*, Montchrestien, 1994 ; J. Verhoeven, « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau », *AFDI*, 1993, p. 7 et s. ; H. Ruiz-Fabri, « Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine », *AFDI*, 1992, p. 153 et s.

Mais c'est surtout la réaction internationale à l'invasion et à la tentative d'annexion du Koweït par l'Irak qui a souligné la nouvelle portée d'un refus de reconnaissance d'une annexion, dès lors que ce refus ne procédait plus de positions adoptées individuellement par les Etats mais d'une prise de position collective ordonnée par le Conseil de sécurité (3).

L'arbitrage commercial international a forcément eu à connaître des situations résultant de ces événements (4), puisque les Etats y sont fréquemment parties (I) et qu'en outre, ils lui fournissent, à travers leurs institutions ou règles, les cadres de son exercice (II).

(3) D'autres événements des quinze dernières années méritent d'être retenus au regard des notions de continuité et de reconnaissance de l'Etat : la réunification du Yémen en 1990, l'indépendance de l'Erythrée en 1993, le retour de Hong-Kong à la Chine en 1997 et la perpétuation de la situation particulière de Formose, Etat aujourd'hui généralement non reconnu mais avec qui tous, y compris la Chine populaire à travers Hong-Kong, entretiennent des relations d'ordre économique. On pourrait aussi mentionner l'émergence de l'Autorité Palestinienne comme sujet de l'ordre juridique international. Ces autres événements ont sans aucun doute concouru à maintenir l'intérêt du sujet, mais ils ne semblent pas en avoir substantiellement renouvelé ou modifié les données.

(4) Les décisions publiées des arbitres internationaux sur les conséquences juridiques de ces événements ou, le cas échéant, de refus de reconnaître les situations nouvelles nées de ces événements sont peu nombreuses. Cela s'explique, en premier lieu, par la confidentialité des sentences à laquelle sont attachées les institutions d'arbitrage. Ces dernières ne divulguent les solutions que si elles contribuent à promouvoir une certaine jurisprudence du commerce international. Or, les conséquences juridiques que l'arbitre international a pu être conduit à tirer de ces événements ne sont pas d'une importance essentielle pour la formation de la jurisprudence arbitrale du commerce international. En second lieu, la prise en compte de ces événements dans l'arbitrage commercial international n'a, semble-t-il, ni suscité beaucoup de difficultés, ni conduit à des résultats trop surprenants.

La rareté des décisions arbitrales publiées invite à s'inspirer également des décisions judiciaires pour traiter le sujet. En effet, dès lors que le juge judiciaire déclare n'être plus lié par les positions de son gouvernement sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance des changements intervenus dans la constitution des autres Etats, sa situation ne se distingue plus beaucoup de celle de l'arbitre. N'exprimant l'avis officiel d'aucun gouvernement, tous deux devraient être libres de qualifier juridiquement les situations nouvelles et d'en tirer toutes conséquences de droit. Mais le parallèle aboutira paradoxalement à démontrer que, si l'arbitre et le juge judiciaire ne sont pas liés par une décision de reconnaître ou de ne pas reconnaître prise par un Etat donné, ils sont en revanche tous deux obligés de prendre en compte une même décision si elle émane de la communauté internationale.

I. – L'ÉTAT PARTIE À L'ARBITRAGE

Quand l'organisation politique d'un espace étatique a été globalement transformée et que cette transformation a fait place à des Etats nouveaux, comme cela a été le cas avec les espaces de l'Union Soviétique ou de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, dans quelle mesure l'Etat initial survit-il et dans quelle mesure les engagements de l'Etat initial, disparu ou non, passent-ils aux Etats nouveaux (5) ?

Les principes et les pratiques du droit international public laissent en cette matière une large place à l'empirisme et à la négociation. On aurait pu craindre que cela donne lieu à des difficultés insurmontables quand les Etats transformés étaient parties à des arbitrages. Mais tel ne semble pas avoir été le cas. C'est sans trop de difficultés que l'arbitrage commercial international a absorbé ces situations nouvelles.

A) Les principes et pratiques de droit international public

1) *Continuation et succession*

Avec le morcellement d'un espace étatique, la première question qui se pose est de savoir si l'un des Etats de la nouvelle organisation politique de l'espace concerné continue la personne juridique de l'Etat initial ou si, au contraire, l'Etat initial ayant complètement disparu, aucun des Etats nouveaux n'est censé en continuer la personnalité, tous les Etats nouveaux étant alors considérés comme successeurs (6). La réponse dépend largement de l'histoire et de divers facteurs objectifs tels que les poids respectifs des Etats entre lesquels le territoire de l'Etat initial est partagé. Mais elle dépend surtout des conclusions

(5) La question ne se pose qu'en cas de succession d'Etats. En particulier, un simple changement de gouvernement n'affecte pas la continuité de l'Etat, et ne donne pas lieu à succession d'Etats. Aux termes d'une abondante jurisprudence internationale, l'Etat reste tenu par l'ensemble des engagements contractés par ses gouvernements successifs. Cf. Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002, n^o 351.

(6) Aux termes des articles 2 respectifs des Conventions de Vienne de 1978 et 1983 sur la succession d'Etats, « l'expression "succession d'Etats" s'entend de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire ».

qu'en tirent ces Etats entre eux et, plus encore, qu'en tirent les Etats tiers. Et il est normal en pareille matière que des considérations d'opportunité, politiques ou stratégiques, ne soient pas absentes des conclusions auxquelles on parvient (7).

Les quinze Républiques qui composaient l'Union soviétique ayant pris leur indépendance d'août à décembre 1991, la Russie, l'Ukraine et la Biélorussie ont, peu après le référendum sur l'indépendance de l'Ukraine, tiré à Minsk le 8 décembre 1991 la conclusion « *que l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques comme sujet de droit international a cessé d'exister* » et elles ont décidé de fonder entre elles la Communauté des Etats Indépendants (CEI). Selon cette logique, l'Union Soviétique ayant disparu comme sujet de droit international, sa personnalité juridique internationale n'aurait dû être continuée par aucune des trois Républiques fondatrices de la CEI, et toutes autres conséquences, parmi lesquelles la disparition de son siège au Conseil de sécurité, être déduites. Les inconvénients d'une telle approche auraient été graves et multiples. Aussi, le tir fut-il très vite corrigé. Dès l'accession de la plupart des Républiques d'Asie Centrale à la CEI le 21 décembre 1991 à Alma Ata, les Etats membres de la nouvelle communauté exprimèrent leur soutien à la Russie pour qu'elle continue l'appartenance de l'Union Soviétique à l'ONU, y compris comme membre permanent du Conseil de sécurité, ainsi qu'aux autres organisations internationales. En d'autres termes, la Fédération de Russie continuerait la personnalité juridique de l'Union Soviétique et c'est cette position qui a été adoptée par la communauté internationale. La Fédération de Russie a donc de droit siégé à l'ONU et occupé le siège permanent au Conseil de sécurité sans avoir à solliciter aucune admission, à la différence des autres Etats de la CEI (sauf la Biélorussie et l'Ukraine, déjà membres) ou des Etats baltes.

Dans le cas de la Yougoslavie, la prétention de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-Monténégro) à continuer la République socialiste fédérative de Yougoslavie (regroupant Serbie, Monténégro, Macédoine, Slovénie, Croatie et Bosnie-Herzégovine) n'a pas été reconnue par la communauté des Etats. La République fédérale n'a pas été autorisée à occuper le siège à l'ONU de la République socialiste fédérative et, à l'instar

(7) B. Stern, « Rapport de synthèse » in *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, précité, p. 379.

des autres Etats nés de la décomposition de la République socialiste fédérative, elle a dû se résigner à solliciter son admission en tant qu'Etat successeur, ce qui fut fait en novembre 2000 après la chute du gouvernement Milosevic (8).

On notera que, à la différence de ce qui s'est passé dans la CEI, il n'y a jamais eu dans le cas yougoslave de consensus entre les nouveaux Etats pour désigner l'un d'eux comme continuateur. De plus, l'histoire des Balkans et les poids respectifs des Etats nouveaux en termes démographiques et économiques ne fournissaient pas de directions claires. La situation n'était pas évidente, mais des facteurs subjectifs comme l'indignation soulevée par la politique de purification ethnique que le gouvernement Milosevic poursuivait ont dû jouer un rôle important dans le refus de la communauté internationale de reconnaître le statut d'Etat continuateur à la République fédérale. Il ressort en tous cas qu'il est « *constant qu'en cas de difficulté* (sur la continuation de l'Etat initial) *la volonté des tiers, c'est-à-dire la reconnaissance ou la non reconnaissance par les autres membres de la communauté internationale est un critère déterminant de cette continuité* », selon la formule de la Cour d'appel de Paris (9), approuvée par la Cour de cassation (10), dans des différends relatifs à l'emploi des avoirs de la Banque nationale de Yougoslavie.

Le cas de la dissolution de la Tchécoslovaquie le 1^{er} janvier 1993 a été beaucoup plus simple puisque la République tchèque et la République slovaque sont convenues entre elles de prendre toutes deux la position de successeurs à l'Etat tchécoslovaque.

2) Succession en matière de biens et dettes et en matière de traités

On peut s'interroger sur l'existence de règles positives de droit international pour déterminer, en l'absence d'arrangements *ad hoc*, si et dans quelle mesure les Etats qui existent après la transformation intervenue dans l'organisation politique d'un territoire

(8) La République fédérale de Yougoslavie a été renommée « Serbie et Monténégro » suite à l'adoption d'une nouvelle constitution le 4 février 2003.

(9) Cour d'appel de Paris, 1^{re} Ch. C, 27 février 1997, *République fédérale de Yougoslavie, Banque nationale de Yougoslavie c/ République de Croatie et autres*, n° 96/87001.

(10) Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1999, *Bull.* I, n° 262 ; cf. également les décisions en ce sens de la Cour suprême autrichienne des 17 décembre 1996 et 28 janvier 1997, *ILM*, vol. 36, 1997, p. 1520, citées par B. Stern, « La succession d'États », *RCADI*, précité, p. 416 et 417.

recueillent les avoirs et les dettes de l'Etat initial et, en relation avec ces créances et dettes, l'obligation de se soumettre à l'arbitrage souscrite par l'Etat initial. En effet, la Convention de Vienne du 8 avril 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat n'est pas entrée en vigueur. Quant à la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités, dont les principes sont pertinents pour les clauses compromissaires conclues par voie de traité, elle ne lie qu'un très petit nombre d'Etats. Mais, il existerait au moins un accord général pour considérer que nombre des règles formulées dans ces conventions doivent s'appliquer à titre de droit coutumier (11). Les multiples références faites à ces règles par la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie (dite Commission Badinter) illustrent cet accord (12).

Au nombre de ces règles coutumières, l'une des plus importantes est celle énoncée à l'article 36 de la Convention de 1983 sur la succession aux biens, archives et dettes d'Etat : « *une succession d'Etats ne porte pas atteinte, en tant que telle, aux droits et obligations des créanciers* ». En l'absence d'Etat continueur comme dans le cas yougoslave, la disparition de l'Etat initial n'entraînera donc pas l'extinction de la dette. Celle-ci passera nécessairement aux Etats successeurs.

Une deuxième règle est que le partage des biens et dettes d'Etat doit normalement faire l'objet d'un accord entre l'Etat prédécesseur et les Etats successeurs ou entre les Etats successeurs. La Convention de 1983 propose divers principes de répartition à mettre en œuvre pour parvenir à un résultat équitable dans ce partage :

— l'attribution à l'Etat successeur des biens immobiliers situés sur son territoire ainsi que des biens mobiliers affectés à l'exercice des fonctions étatiques sur ce territoire (Articles 14, §.2 ; 15, §.1 et 17) ;

— la répartition des autres biens dans des proportions équitables entre les Etats successeurs (la mesure de la proportion équitable pouvant être indiquée par des facteurs tels que la population, sa contribution au revenu national, sa contribution fiscale, etc.) (Article 18) ;

(11) B. Stern, « Succession d'Etats », *Répertoire Dalloz Droit international*, précité, n° 13.

(12) A. Pellet, *AFDI*, 1991, p. 329-348 ; *AFDI*, 1992, p. 220-238 ; *AFDI*, 1993, p. 286-304.

— la répartition des dettes générales selon une clé de répartition analogue à celle des biens de l'Etat (Articles 37 à 41).

A défaut d'accord, ces principes pourraient trouver à s'appliquer directement, mais alors avec toutes les incertitudes et imprévisions attachées à une telle application directe.

Dans la Convention de 1983, ces principes s'appliquent seulement aux dettes d'Etat telles que définies dans la Convention, c'est-à-dire les dettes de l'Etat envers d'autres Etats ou sujets du droit international (Article 33). Les dettes de l'Etat envers des personnes privées (13) sont en dehors du domaine de la Convention. Mais, dès lors que ces mêmes principes sont appliqués à titre de règles coutumières, on ne voit pas pour quelles raisons les dettes de l'Etat initial envers les personnes privées devraient y échapper.

En plus de ces principes précisés par la Convention de 1983, une règle coutumière non controversée prévoit l'attribution des dettes localisées (c'est-à-dire des dettes affectées à une utilisation spécifique sur une portion définie du territoire de l'Etat initial) à l'Etat successeur sur le territoire duquel la dette est localisée (14).

S'agissant des obligations de l'Etat, et notamment des clauses compromissaires, conclues par voie de traité, c'est aux règles applicables aux successions d'Etats en matière de traités qu'il y a lieu de se référer. La Convention de 1978 n'étant en vigueur qu'entre un petit nombre d'Etats, ce sont surtout les règles coutumières qui s'appliqueront. La pratique des Etats semble être que la succession universelle aux traités en cas d'unification ou de séparation d'Etats n'opère que moyennant la régularisation par l'Etat successeur d'une notification de succession (15).

(13) La doctrine distingue bien les deux types de dettes. Cf. G. Burdeau, in *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, précité, p. 261 ; B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, précité, p. 344.

(14) B. Stern : « La succession d'Etats », *Répertoire Dalloz international*, 1998, § 40 ; dans le même sens, « *La répartition [des dettes d'Etat] s'opère au premier chef selon le principe de territorialité (...)* » article 11, § 1 de la Résolution de l'Institut de droit international « La succession d'Etats en matière de biens et de dettes », Vancouver, 2001, Rapporteur : G. Ress.

(15) B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, précité, p. 136 et s., 148-150, 268 et s. ; cf. également sur cette question, Ph. Pazartis, *La succession d'Etats aux traités multilatéraux à la lumière des mutations territoriales récentes*, Préf. P.-M. Eisemann, Paris, Pedone, 2002.

3) *Accords entre Etats sur la succession*

Dans les cas de réorganisation de l'espace politique dans l'ex-Union Soviétique, en Tchécoslovaquie et en Yougoslavie, des accords ont effectivement été conclus entre Etat continuateur et Etats successeurs ou entre Etats successeurs pour répartir les avoirs et dettes.

La Fédération de Russie et les autres Etats issus de l'Union Soviétique, à l'exception des Etats baltes qui considèrent n'avoir jamais été juridiquement membres de l'Union Soviétique, ont d'abord pris la position en 1991, notamment dans un Mémoire du 28 octobre 1991, qu'ils étaient successeurs de l'Union Soviétique et solidairement responsables de la dette extérieure de l'Union Soviétique. Un Traité du 4 décembre 1991 « sur la succession aux dettes et avoirs extérieurs de l'URSS », a fixé les contributions respectives des divers Etats successeurs, (61,34 % pour la Russie, 16,37 % pour l'Ukraine et le reste saupoudré entre les autres républiques). Selon le Mémoire du 28 octobre 1991 et le Traité du 4 décembre 1991, la Fédération de Russie n'était donc qu'un successeur parmi d'autres, bien que de loin le plus important. Mais, dès 1992, la Fédération de Russie a commencé à se substituer aux autres Etats successeurs dans le paiement de la dette, adoptant à l'égard des tiers la position d'un Etat continuateur et s'appropriant en contrepartie les biens et avoirs de l'URSS à l'étranger. Ce changement et son acceptation par les tiers ont été achevés par des déclarations conjointes signées à Paris le 2 avril 1993 (16).

Dans le cas de la Yougoslavie, ce n'est qu'après la chute du gouvernement Milosevic et l'acceptation par la République fédérale de Yougoslavie de sa position d'Etat successeur de la République socialiste fédérative que les efforts de Sir Arthur Watts, négociateur spécial pour la succession d'Etats en ex-Yougoslavie, ont pu aboutir. L'accord du 29 juin 2001 pose les principes du partage des biens et dettes de l'ex-République socialiste fédérative entre ses cinq Etats successeurs, en s'inspirant largement de la Convention de 1983 (17). Différents pourcentages de répartition ont été

(16) B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, précité, p. 398 et s.

(17) L'accord est disponible sur le site internet du Haut-Représentant en Bosnie-Herzégovine (<http://www.ohr.int/ohr-dept/legal/succession>). Cf. C. Stahn, « *The agreement on succession issues of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia* », *American Journal of International Law*, 2002, p. 379 et s.

adoptés en fonction des types de biens et dettes (18). L'accord établit également un *Standing Joint Committee* pour le règlement des difficultés d'application pratique.

En Allemagne, la question a été réglée par le Traité d'unification du 31 août 1990 entre la République fédérale Allemande (RFA) et la République démocratique allemande (RDA) (19). Compte tenu des particularités de cette réunification, notamment au regard de la Constitution de la RFA, ce traité s'est écarté substantiellement des principes posés par la Convention de 1983 en cas d'unification d'Etats. Alors que les Articles 16 et 39 de la Convention prévoient en cas d'unification le passage pur et simple de tous les biens et de toutes les dettes des Etats prédécesseurs à l'Etat successeur, le traité a dérogé largement à cette règle simple. Afin que les biens apportés à l'Etat fédéral correspondissent à la définition des missions de l'Etat fédéral, compte tenu à la fois de son régime économique et de la délimitation des compétences entre les *Länder* et l'Etat fédéral, le transfert de biens a été beaucoup moins complet que le résultat auquel aurait conduit une simple application de la Convention. Les biens en excédent sont passés aux *Länder* ou à la *Treuhand*, ou encore ont fait l'objet de montages particuliers, comme pour le patrimoine des postes ou des chemins de fer Est-allemands. Les dettes ont ensuite été réparties afin de correspondre à cette distribution des biens.

B) Les transformations de l'Etat partie au contrat devant l'arbitre du commerce international

Les règles rappelées ci-dessus sont des règles de droit international public, mais elles ne cessent pas d'être nécessaires si le débiteur ou le créancier de l'Etat est une personne privée. Ces règles doivent alors servir à fonder la compétence *ratione personae* de l'arbitre à l'égard des Etats résultant de la réorganisation de l'espace étatique initial ou le passage à ces Etats des droits et obligations substantiels de l'Etat initial (20).

(18) Par exemple, les avoirs de l'ex-Yougoslavie à l'étranger (à l'exception des actifs auprès de la Banque des Règlements Internationaux) ont été répartis suivant la clé retenue par le Fonds Monétaire International (15,50 % pour la Bosnie-Herzégovine, 23 % pour la Croatie, 7,50 % pour la Macédoine, 16 % pour la Slovénie et 38 % pour la République fédérale de Yougoslavie).

(19) B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, précité, p. 210-211 et 408-411.

(20) Le terme de passage, usuel en matière de succession d'Etats, est préféré à celui de cession ou transfert.

1) *Passage de la clause compromissoire*

Chaque fois que les règles de succession d'Etats en matière de biens et dettes ou en matière de traités (lorsque l'engagement de recourir à l'arbitrage résulte d'un traité) sont susceptibles d'avoir fait passer la clause compromissoire à l'Etat demandeur ou défendeur, l'arbitre doit exercer sa compétence-compétence. La compétence finalement retenue dépendra de la succession de l'Etat aux droits et obligations résultant du contrat lui-même ou du traité.

Les sentences publiées ou dont on a pu avoir connaissance sur le passage de la clause compromissoire aux Etats successeurs n'ont pas fait apparaître de contestations de la compétence arbitrale fondées sur la succession d'Etats.

Dans les affaires *Lauder c/ République tchèque et CME Czech Republic B.V. c/ République tchèque* (21), la compétence du Tribunal arbitral à l'égard de la République tchèque était fondée sur des traités bilatéraux d'investissement signés par la Tchécoslovaquie. Dans les deux affaires, la République tchèque, Etat successeur de la Tchécoslovaquie, n'a pas tiré argument de règles relatives à la succession d'Etats pour fonder les exceptions d'incompétence qu'elle a par ailleurs soulevées.

Il en a été de même dans un arbitrage CCI, ayant donné lieu à une sentence rendue en 1994 (22), au sujet d'un contrat conclu la veille de la réunification avec le Ministère de la Défense de la RDA pour l'achat d'importantes quantités de matériels militaires. La RFA, dont l'acheteur du matériel prétendait exiger l'exécution de ce contrat conclu en dernière minute avec le Ministère de la Défense de la RDA, a contesté sur le fondement des dispositions contractuelles et de la loi allemande être obligée par le contrat. Mais elle n'a pas contesté la compétence du tribunal arbitral fondée sur la clause compromissoire stipulée dans ce contrat.

Dans l'affaire hautement contentieuse *Noga c/ Fédération de Russie*, portant sur un contrat ayant été signé en avril 1991, soit

(21) *World Trade and Arbitration Materials*, vol. 14, n° 3, juin 2002, p. 109 et s.; *Bull. ASA*, 2002.249, note B. Bezdeck.

(22) Sentence non publiée. Le recours en annulation contre cette sentence a été rejeté par Paris, 1^{re} Ch. C, 19 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999.601, 3^e esp., note Ch. Jarrosson.

préalablement à l'éclatement de l'URSS (décembre 1991), le refus surprenant du Tribunal fédéral de première instance de New York d'accorder l'exequatur de la sentence aux Etats-Unis n'est nullement fondé sur un problème de continuité de l'ex-République socialiste fédérative Soviétique de Russie ou de succession à cette République, mais seulement sur les problèmes qu'il était possible au défendeur, la Fédération de Russie, de susciter en droit russe à partir des personnifications juridiques distinctes de l'ex-République et de la Fédération de Russie, d'une part, et de leurs gouvernements, d'autre part (23).

2) *Passage des droits et obligations substantiels*

Sur le plan des droits et obligations substantiels, les réorganisations politiques ont suscité plus de difficultés. Deux d'entre elles méritent ici d'être mentionnées. L'une est l'opposabilité au co-contractant de l'Etat initial des accords entre Etats attribuant la dette du contrat selon d'autres principes que ceux de la Convention sur la succession d'Etats aux biens et dettes, l'autre est le risque de détournements à la faveur de la dislocation des relations économiques qui existaient entre diverses entités de l'Etat initial.

a) La question de l'opposabilité au co-contractant de l'accord entre Etats

La question de l'opposabilité au co-contractant de l'accord entre Etats réglant la dévolution des dettes de l'Etat initial s'est posée dans l'arbitrage relatif à la vente d'armements de la RDA ayant donné lieu à la sentence CCI précitée. Le demandeur à l'arbitrage prétendait exiger de la RFA, seul Etat subsistant après la réunification, l'exécution de ce contrat curieusement signé le dernier jour de l'existence de la RDA. Pour rejeter la demande, l'arbitre unique s'est essentiellement fondé sur ce que le contrat signé par le Ministère de la Défense de la RDA prévoyait expressément la nécessité d'une ratification par les autorités de la RFA pour son entrée en vigueur. Mais l'arbitre a aussi laissé entendre dans un *obiter dictum* que, ces dispositions

(23) *US District Court, Southern District of New York*, 19 septembre 2002, *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 17, #10, octobre 2002, C-1 : *Bull. ASA*, 2003,147.

n'auraient-elles pas été stipulées, le contrat ne serait pas pour autant passé à la République fédérale, et ceci en raison du fait que le traité de réunification n'organisait pas un transfert universel du patrimoine de la RDA à la RFA. Ainsi, selon l'arbitre, l'accord entre Etats qui aboutit à empêcher le passage du contrat à l'Etat qui existera seul après l'unification, est opposable au co-contractant qui est un tiers à cet accord. La proposition peut surprendre, mais elle est parfaitement acceptable si elle est replacée dans le contexte de l'affaire. Non seulement le contrat litigieux était soumis au droit allemand, mais il était de plus postérieur au traité de réunification, de sorte que le traité faisait partie du droit allemand applicable à la date du contrat et que son application ne pouvait pas constituer une surprise pour le co-contractant de dernière heure de la RDA.

Selon nous, la solution aurait dû être différente si le contrat avait été antérieur au traité de réunification. Les particularités de l'accord pris entre les Etats concernés pour se répartir les biens et dettes auraient alors constitué une circonstance imprévue pour le co-contractant. Celui-ci aurait donc pu se prévaloir de l'entière protection du principe exprimé à l'article 36 de la Convention sur la succession d'Etats aux biens et dettes, selon lequel la succession d'Etats ne doit pas en tant que telle porter atteinte aux droits des créanciers, et dont une conséquence logique, implicitement suggérée par le Professeur Brigitte Stern, pourrait même être d'imposer une solidarité entre tous les Etats tenus à la dette (24).

b) Les complications nées de la dislocation des relations économiques

Un deuxième cas qui suscite la réflexion est celui des sociétés d'Etat ou départements ministériels (qu'on appellera ici globalement les sociétés d'exportation) qui avaient dans les pays socialistes le monopole du commerce extérieur et qui l'ont généralement gardé jusqu'au bout pour le commerce des armes. Ces sociétés étaient presque toujours domiciliées dans la capitale. Ainsi, dans le cas de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, ces sociétés domiciliées à Belgrade intervenaient en qualité de commissionnaires des sociétés de production de toutes les Républiques de l'Etat fédéral. Moyennant une com-

(24) B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, précité, p. 361.

mission comprise entre 1 et 5 % du prix du contrat, elles prenaient la position de partie dans les contrats d'exportation et géraient administrativement ces contrats, à charge pour elles de reverser de 95 à 99 % des recettes aux sociétés de production. S'il était recouru à l'arbitrage, c'est en leur propre nom que ces sociétés étaient demanderesse ou défenderesse dans les procédures. Compte tenu de la longueur des délais de paiement généralement accordés par les entreprises yougoslaves, le montant des créances accumulées sur l'étranger au nom de ces sociétés d'exportation était devenu considérable en 1991. Avec la désintégration conflictuelle de la République socialiste fédérative, ces sociétés d'exportation ont très souvent cessé d'exécuter leurs obligations de mandataires à l'égard de leurs commettants, les sociétés de production, dont le siège était désormais situé dans les républiques nouvellement indépendantes. La question a été encore envenimée par des changements intervenus dans les statuts et l'actionnariat des sociétés d'exportation, qui laissaient craindre la possibilité de détournements par leurs nouveaux actionnaires ou dirigeants.

On a toutes raisons de penser que des sociétés de production de Slovénie, Croatie, Macédoine ou Bosnie-Herzégovine ont engagé elles-mêmes des procédures arbitrales pour obtenir le paiement des sommes dues en vertu de contrats dans lesquels elles n'avaient pas la qualité de partie. On ignore l'accueil que les arbitres ont réservé à ces demandes, tant sur le plan de la compétence *ratione personae* qu'au fond. Mais on relève que ces mêmes entreprises ont soumis à la Commission des Réparations des Nations Unies des demandes en paiement des sommes dues en vertu de contrats conclus avec l'Irak. Si ces demandes n'ont pas abouti, cela n'a pas été en raison d'un défaut de qualité pour agir mais seulement en raison de l'ancienneté de la dette qui empêchait de considérer que le non-paiement était une conséquence directe de l'invasion du Koweït.

De même, des arbitrages ont été engagés par l'un ou l'autre des avatars des sociétés d'exportation yougoslaves pour paiement d'exportations réalisées avant la désintégration de l'Etat fédéral. Une défense évidente pour les acheteurs était de soutenir que, compte tenu de la désintégration de l'ex-Yougoslavie, les sommes ne pouvaient plus être réclamées par les seules sociétés d'exportation serbes qui avaient perdu leur vocation fédérale et semblaient agir désormais pour leur propre compte. Les affaires dont on a connaissance ayant été transigées, on ne

sait pas le sort que l'arbitre aurait réservé à de telles défenses. Mais il semble qu'il serait entré dans son rôle de veiller, au nom de l'ordre public international, à ce que l'utilisation de contrats de commission anciens dans le contexte de la dislocation politique et économique de l'Etat fédéral ne pût pas servir à des détournements.

3) *Impact de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance*

L'exemple yougoslave a montré dans les années 1990 un regain d'importance de la reconnaissance d'Etat, dont le rôle semblait être devenu presque nul dans les années 1980. Mais ce même exemple a aussi fait ressortir que l'acte pris en compte n'est plus tant une reconnaissance isolée du nouvel Etat par tel ou tel Etat que sa reconnaissance par la communauté des Etats (25).

Cependant, comme la reconnaissance et la non-reconnaissance demeurent essentiellement des actes politiques, les conséquences à en déduire pour le juge ou l'arbitre ne sont pas évidentes. Il ne semble pas en particulier que la non-reconnaissance doive aboutir à nier à l'entité qu'on refuse de reconnaître comme Etat toute personnalité ou capacité juridiques, notamment celles requises pour être partie à une procédure. Quand le juge français reconnaissait dans l'affaire *Clerget* (26) l'immunité de juridiction à l'Etat non reconnu de la République du Nord Vietnam, n'en peut-on déduire *a pari* ou *a fortiori* qu'il lui reconnaissait aussi les personnalité et capacité juridiques requises pour être défendeur devant les tribunaux français ? De même, le fait que la France ait cessé de reconnaître la République chinoise de Taiwan du jour où elle a noué des relations diplomatiques avec Pékin n'empêche pas, semble-t-il, la République de Taiwan de se constituer dans des procédures devant les tribunaux français. Le refus de nombreux Etats de reconnaître la République de Taiwan n'empêche pas davantage celle-ci d'être partie à des arbitrages. Il en est semble-t-il de même pour

(25) Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, précité, n° 370.

(26) Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 1971, *Clerget c/ Représentation commerciale de la République démocratique du Viêt-Nam et autres*, *Rev. crit. DIP*, 1972.310, note P. Bourel.

l'Autorité Palestinienne (cf. *Bull. CCI*, 2003, vol. 14, n° 1, p. 9). Ces solutions ne peuvent qu'être approuvées, particulièrement quand l'Etat non reconnu a une existence effective incontestable et qu'il est même un important partenaire économique.

La question est plus délicate s'il manque à l'entité qu'on refuse de reconnaître la consistance d'un Etat effectif ou si le refus de reconnaissance est imposé par la communauté des Etats. Ces deux éléments étaient réunis dans deux affaires CCI n° 6474 et 6476 où le défendeur était la « République du Transkei » (27), l'un des bantoustans du régime d'apartheid sud-africain, pseudo Etat satellite sans beaucoup de consistance effective, que la résolution 402 (1976) du Conseil de sécurité de l'ONU (28) interdisait de reconnaître. Cette résolution prohibait aussi tout commerce avec ce territoire. La « République du Transkei » plaidait l'incompétence du tribunal arbitral, car, soutenait-elle de manière quelque peu paradoxale, se déclarer compétent à son égard aurait équivalu à commercer avec elle au mépris de considérations d'ordre public international et de *jus cogens*. Le tribunal arbitral a refusé de faire droit à cette défense au terme d'une motivation dont l'abondance pouvait sembler traduire quelque embarras, mais dont se dégageaient essentiellement le principe de bonne foi et la proposition que « *la non-reconnaissance des Etats étrangers ou des gouvernements étrangers est généralement considérée comme non pertinente en droit international privé* » (29).

Cette sentence est à comparer avec les décisions ultérieures des juridictions françaises et autrichiennes dans les affaires des avoirs de la Banque nationale de Yougoslavie. Ces juridictions avaient à déterminer si la République fédérale de Yougoslavie était le seul propriétaire des devises déposées à l'étranger par la Banque nationale avant l'éclatement de la fédération. La

(27) *Yearbook Commercial Arbitration*, 2000, p. 279 et s. Le nom du défendeur n'apparaît pas dans la version publiée de la sentence n° 6474. Il apparaît en revanche dans les décisions du Tribunal fédéral suisse prises en suite de ces sentences : ATF, 13 octobre 1992, 4P.126/1992 et 4P.128/1992, ATF, 25 novembre 1993, 4P.104/1993, non publiées.

(28) Résolution adoptée le 22 décembre 1976 par laquelle le Conseil de sécurité « *approuve* » et fait sienne la résolution 31/6 A de l'Assemblée générale des Nations Unies du 26 octobre 1976.

(29) Sentence CCI 6474, précitée, p. 284. Il est à noter que le droit applicable était le droit suisse et que, de plus, la Suisse n'était pas membre des Nations Unies à l'époque de cette sentence.

réponse dépendait du point de savoir si la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-Monténégro) était le continuateur ou simplement un successeur de la République socialiste fédérative. Tant la Cour suprême autrichienne que la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation (30) ont jugé que c'était la position adoptée par la Communauté des Etats tiers, en d'autres termes, leur reconnaissance ou non des prétentions de la République fédérale de Yougoslavie ou des autres républiques, qui était décisive.

Au-delà des apparences, nous pensons que ces décisions ne sont pas inconciliables avec la sentence du tribunal arbitral dans l'affaire CCI précitée. En effet, ce dernier avait pris soin de ne jamais appeler « Etat » la « République du Transkei » qu'il désignait dans sa sentence comme le « territoire » ou la « République du territoire ». De plus, si le tribunal arbitral lui a reconnu une certaine personnalité juridique, sans se prononcer sur ses prétentions étatiques, c'était seulement pour lui permettre de répondre des contrats qu'elle avait signés.

II. - L'ETAT EN TANT QU'OFFRANT L'UN DES CADRES JURIDIQUES DE L'ARBITRAGE

Même quand l'Etat n'est pas partie au contrat contenant la convention d'arbitrage, la réorganisation politique de son territoire est susceptible d'affecter l'arbitrage chaque fois que l'Etat réorganisé fournit à l'arbitrage, soit l'un de ses cadres procéduraux, soit le droit applicable au fond.

A) Les centres d'arbitrage rattachés à l'Etat

Chacun se souvient que les Etats socialistes avaient mis en place, sous l'égide de leurs Chambres de commerce et d'industrie, des institutions d'arbitrage pour régler le contentieux des contrats internationaux conclus par leurs entreprises ou sociétés d'exportation. Et, quelle que fût l'indépendance des arbitres dans l'exercice de leurs fonctions, ils étaient rattachés à l'Etat et

(30) Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1999, précité.

demeuraient sous son contrôle. La disparition, la division ou la réorganisation de l'Etat devaient forcément avoir des répercussions sur l'existence et l'organisation de ces centres d'arbitrage (31).

La disparition de l'Union Soviétique a entraîné la dissolution de la Chambre de commerce et d'industrie de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques. Ont été ensuite créées des Chambres de commerce et d'industrie dans la Fédération de Russie ainsi que dans les autres Etats nouvellement indépendants.

En Russie, un arrêté du Soviet suprême de la Fédération de Russie, en date du 20 décembre 1993, a décidé que la Cour d'arbitrage précédemment attachée à la Chambre de commerce et d'industrie de l'URSS reprendrait son activité sous l'égide de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie. La position prise en Russie a donc été que, de même que la Fédération de Russie continuait l'URSS, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie continuait la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de l'URSS. En outre, il ne semble pas que les changements intervenus dans le règlement de l'institution d'arbitrage, à l'occasion de ce passage de la Chambre de commerce et d'industrie de l'Union Soviétique à la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie, eussent été substantiels.

En raison de cette continuation, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie s'est reconnue compétente chaque fois qu'elle a été saisie sur le fondement de clauses compromissaires stipulées avant 1991 désignant la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de l'URSS, même quand la partie ex-soviétique était établie dans une autre république que la Fédération de Russie (32). Les recours en annulation contre ces sentences

(31) W. Melis, « Continuation et succession en matière d'arbitrage international » in *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, précité, p. 353.

(32) Tribunal de Moscou, affaire n° 148, 10 février 1995, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1997.294 ; sentence du 20 octobre 1998, Affaire n° 31/1998, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1999.236 ; M.G. Rozenberg, *Praktika Mezhdunarodnogo Kommercheskogo arbitrazhnogo suda. Nauchno-prakticheskiy kommentariy* [La pratique de la Cour d'arbitrage commercial international : Commentaires - (publication en langue russe)], Moscou, Mejdnarodny Center of Financovo-Ekonomicheskogo Razvitiia, 1997.

fondés sur une incompétence du centre d'arbitrage ont tous, à notre connaissance, été rejetés. De même, l'appel de l'ordonnance accordant l'exequatur à une telle sentence a-t-il été rejeté par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Caviar Petrossian*, au motif que la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de l'URSS et la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie ne formaient « *en réalité qu'une seule et unique institution d'arbitrage dont seule la dénomination a changé au fil des années* » (33). La jurisprudence suisse a de même reconnu cette continuité dans le cadre d'actions en exécution (34).

En Yougoslavie, une position similaire a été adoptée par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de la République de Yougoslavie, anciennement Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, les changements ayant affecté le règlement d'arbitrage n'ayant été, eux aussi, que peu substantiels (35).

En Allemagne, le traité d'unification du 31 août 1990 avait prévu que la loi sur l'arbitrage de la RDA continuerait de s'appliquer après le 3 octobre 1990 aux procédures arbitrales engagées avant cette date. En revanche, ce serait la loi sur l'arbitrage de la République fédérale qui s'appliquerait aux arbitrages engagés après cette date. En vue de ces changements, la Chambre de commerce extérieur de la RDA prit la décision, le 1^{er} septembre 1990, juste avant sa dissolution, de changer la dénomination de sa Cour d'arbitrage en « Cour d'arbitrage de Berlin » et de céder l'institution d'arbitrage ainsi rebaptisée à une Association de soutien de l'arbitrage créée à cet effet (36). Dans la plupart des cas, les parties à une clause compromissoire désignant la Chambre de commerce extérieur ont accepté de signer des avenants à la clause ou des compromis désignant la Cour d'arbitrage de Berlin. Mais, dans le cas où l'une des parties

(33) Paris, 1^{re} Ch. C, 25 mars 1999, *JDI*, 2000.66, note Ph. Kahn ; *RTD com.*, 1999.656, obs. E. Loquin.

(34) M. Shaer, « Problèmes d'exécution des sentences à l'étranger », *Zakonodatelstvo i Ekonomika*, 29 mai 1995, n° 9-10, p. 103-104 (publication en langue russe).

(35) J. S. Perovic, *La convention d'arbitrage en droit international*, Belgrade, 2000, p. 106 s.

(36) H. Strohbach, « Arbitration in Berlin Three Years After The Watershed – Taking Stock », *Mealey's International Arbitration Report*, septembre 1993, p. 12 et s.

s'est refusée à signer un tel avenant ou compromis, le *Bundesgerichtshof* a jugé le 20 janvier 1994 que la disparition de la Chambre de commerce extérieur de la RDA avait entraîné la disparition de la Cour d'arbitrage qui lui était attachée et, qu'en conséquence, la clause d'arbitrage désignant cette Cour était caduque (37).

La succession des centres d'arbitrage n'a pas été plus simple en Tchécoslovaquie. La division de l'État tchécoslovaque entre la République tchèque et la République slovaque a entraîné la liquidation de la Chambre de commerce et d'industrie tchécoslovaque et la création dans chacun des États successeurs d'une nouvelle Chambre de commerce. Chacune des deux Chambres de commerce a créé sa propre Cour d'arbitrage. Mais, la situation a été compliquée en République tchèque par le refus de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce tchécoslovaque de se dissoudre, au motif qu'elle avait une personnalité distincte. Cela a suscité des contentieux entre la Chambre de commerce tchèque et la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce tchécoslovaque, qui n'ont été réglés que par une intervention législative. La loi tchèque n° 223/1994 a fusionné les centres d'arbitrage de la Chambre de commerce tchécoslovaque et de la Chambre de Commerce tchèque.

Bien que les changements intervenus dans les centres d'arbitrage sur les territoires de l'ex-Union soviétique et en Europe de l'Est fussent une conséquence des transformations intervenues dans l'organisation politique de ces territoires, il ne semble pas que des questions de reconnaissance d'État soient intervenues dans le règlement des difficultés nées des changements dans ces centres. En effet, le problème n'était pas de déterminer une continuité entre États. Il était de déterminer si le centre d'arbitrage proposé aux parties après la réorganisation politique des territoires présentait, institutionnellement et de par la teneur de ses règles, une suffisante identité ou similarité avec le centre désigné dans la clause d'arbitrage pour considérer qu'il était substantiellement le même que celui désigné dans la clause

(37) A notre connaissance, l'arrêt n'est pas publié en langue française ou anglaise mais il y est fait référence dans un arrêt de l'*Oberlandsgericht* (Cour d'appel) de Dresde du 5 décembre 1994, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1997,270 ; cf. également, W. Melis, « Continuation et succession en matière d'arbitrage international » in *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, précité, p. 354 ; P. Schlosser « La jurisprudence récente de la Cour fédérale allemande », *Rev. arb.*, 1995,663.

compromissoire. Si le centre d'arbitrage existant était trop différent du centre initialement choisi, la clause d'arbitrage devait être jugée caduque ; et, en l'absence d'un nouvel accord des parties, il ne pouvait être question d'imposer au défendeur un centre ou un type d'arbitrage autre que celui qui avait été prévu. En effet, ainsi que la Cour de cassation l'a rappelé dans l'affaire *Tarom*, jugée suite à la modification du centre d'arbitrage roumain, « seule la volonté des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel » (38).

B) La reconnaissance et l'exécution des sentences rendues dans les Etats non reconnus

La reconnaissance ou la non-reconnaissance des nouveaux Etats apparus à l'occasion de ces bouleversements politiques n'étaient pas plus susceptibles de jouer un rôle concernant l'exécution des sentences arbitrales rendues sur leur territoire. Cela est évident en France où le droit de l'arbitrage pose en postulat que la sentence internationale n'est intégrée dans aucun ordre juridique (39). Mais la même solution devait aussi prévaloir dans la plupart des autres pays, puisque, à la suite des tribunaux suisses, leurs juridictions se sont ralliées à la thèse de l'effectivité selon laquelle, probablement sous la réserve de l'ordre public, la reconnaissance ou la non-reconnaissance de l'Etat ne doivent pas produire d'effet de droit international privé (40).

Le Tribunal fédéral suisse avait jugé en 1967 dans l'affaire *Billerbeck* que l'absence de reconnaissance de la RDA par la Suisse ainsi que par la communauté internationale ne faisait pas obstacle à la reconnaissance et à l'exécution en Suisse d'une sentence rendue en RDA par la Chambre pour le commerce extérieur de la RDA, le Tribunal fédéral relevant que,

(38) Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, *The Levant Shipping Company c/ Romanian Air Transport Tarom*, *Rev. arb.*, 2002.214 ; *JDI*, 2003.139, note E. Loquin ; *Bull.* I, n° 94, p. 73. Cf. également, sur l'arrêt d'appel, B. Stern, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2000.403 et E. Loquin, *RTD com.*, 1999.659.

(39) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman in *International Commercial Arbitration*, E. Gaillard & J. Savage éd., La Haye, Kluwer Law International, 1999, n° 270.

(40) J. Verhoeven, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI*, précité, spéc. p. 110 et s.

nonobstant sa non-reconnaissance, « *la RDA est en tous cas un territoire juridique indépendant et doit être considéré comme un Etat aussi bien du point de vue du droit international privé que du point de vue de la procédure civile internationale* » (41). Le même raisonnement avait lieu de s'appliquer aux sentences rendues sur le territoire de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie, indépendamment des changements intervenus et de la reconnaissance ou non-reconnaissance des nouveaux Etats.

On aurait pu imaginer d'invoquer la non-reconnaissance des nouveaux Etats pour s'opposer à l'exécution de la sentence lorsque l'Etat dans lequel l'exécution était recherchée avait fait usage de la réserve de réciprocité en ratifiant la Convention de New York. Mais, là encore, n'eût-ce pas été prêter un effet de droit international privé à la reconnaissance d'Etat ? De plus, les dispositions du droit propre de l'Etat où l'exécution était recherchée auraient généralement suffi pour permettre la reconnaissance ou l'exécution de la sentence. C'est ce qu'indique un arrêt de la Cour d'appel de Hamm (Allemagne) du 6 juillet 1994, selon lequel, à supposer qu'une absence d'adhésion de la Croatie à la Convention de New York pût faire obstacle à l'application de cette Convention, la sentence rendue sur le territoire de l'ex-République fédérative de Yougoslavie pouvait être de toute manière reconnue et exécutée en application de la loi allemande (42).

C'est seulement dans le contexte israélo-arabe que l'on trouve, à notre connaissance, un cas où le refus de reconnaissance d'un Etat semble de nature à empêcher l'exécution des sentences. En effet, la Jordanie ayant déclaré en ratifiant la Convention de New York qu'elle n'entendait pas « *être tenue* » par les sentences « *faites par Israël* » ou « *auxquelles un Israélien est partie* » et des déclarations analogues ayant été faites par le Koweït et par Bahrein, Israël y a répondu en déclarant qu'il adopterait « *une attitude de complète réciprocité* » (43).

(41) *JDI*, 1970.439, obs. Lalive ; *Annuaire suisse de droit international*, 1967, p. 283. C'est un raisonnement du même type que l'on retrouve dans les affaires CCI n° 6474 et 6476 précitées.

(42) *Yearbook Commercial Arbitration*, 1997.707.

(43) Déclarations remises les 23 juin 1980 et 22 septembre 1988 par le Gouvernement israélien au Secrétaire général des Nations Unies.

C) La reconnaissance et l'exécution des sentences dans les Etats nouveaux

1) La Convention de New York et les Etats nouveaux

La plupart des nouveaux Etats apparus depuis la fin des années 80 sont devenus membres de la Convention de New York. Ils y sont devenus parties soit en tant qu'Etat continuateur (Fédération de Russie) (44), ce qui ne nécessite aucune formalité particulière, soit en tant qu'Etats successeurs, ce qui a été le cas de la plupart des nouveaux Etats de l'ex-URSS (à l'exception des Etats baltes), de tous les Etats issus de l'ex-Yougoslavie et des Républiques tchèque et slovaque. Chacun de ces nouveaux Etats a régularisé une notification de succession aux obligations de son Etat prédécesseur. Les Etats baltes, qui refusent la position de successeur de l'URSS, ayant toujours contesté la légalité internationale de leur annexion, ont accédé à la Convention en tant que parties nouvelles, par une déclaration d'accession. Des problèmes de droit transitoire se sont sans doute posés durant la période qui s'est écoulée entre l'indépendance des nouveaux Etats et leurs déclarations de succession ou d'accession, généralement de plusieurs années.

2) La Convention de New York et les Etats réunifiés (RFA et RDA), la situation de Hong Kong

La RDA ayant été absorbée par la RFA, la Convention de New York a continué de s'appliquer à l'ensemble des sentences dont la reconnaissance ou l'exécution était demandée sur le territoire de l'Allemagne réunifiée (45).

(44) Les tribunaux russes ont commencé à appliquer la Convention de New York sur le territoire de la Fédération de Russie quelques semaines seulement après la disparition de l'URSS, cf. Tribunal de District de Moscou, 23 janvier 1992, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1994.710 et 12 octobre 1992, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1996.666 ; J.-M. Hertzfeld, « *The Status of Arbitration Agreements and the Arbitral Process in the States of the former Soviet Union* », *Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, 1993, p. 27 ; H. Strohbach, « *Commercial arbitration in eastern Europe today* », *Rivista dell'arbitrato*, I, 1993, p. 141.

(45) C. Witz et R.-C. Schultze, « *La réunification de l'Allemagne et ses conséquences sur le droit de l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1991.599.

Le retour de Hong Kong à la Chine a en revanche créé une situation inattendue. Avant ce retour, la Convention de New York s'appliquait à la reconnaissance et l'exécution à Hong Kong des sentences rendues en Chine populaire, notamment des nombreuses sentences rendues sous l'égide du CIETAC à Pékin. A partir de 1997, ces sentences ont perdu leur caractère de sentences étrangères et la Convention leur est devenue inapplicable. La reconnaissance et l'exécution de ces sentences à Hong Kong s'en est trouvée compliquée. Ces difficultés n'ont été résolues qu'en 2000 par l'adoption d'un texte transposant en substance dans l'ordre interne de Hong Kong par rapport au reste de la Chine populaire un régime équivalent à celui de la Convention de New York (46).

D) L'application du droit substantiel

1) Règlement du conflit de lois en présence d'un Etat nouveau

L'apparition d'un Etat nouveau oblige l'arbitre à choisir entre le droit de l'Etat ancien et celui de l'Etat nouveau pour déterminer le droit substantiel applicable. Deux considérations semblent ici pertinentes : d'une part le respect de la volonté des parties, telle qu'exprimée ou déduite des circonstances de l'espèce ; d'autre part la nécessité d'assurer une certaine sécurité juridique aux parties impliquées dans un rapport de droit concerné par un changement de souveraineté (47).

2) Application du droit substantiel de l'Etat non reconnu

Quand la règle de conflit désigne le droit d'un Etat non reconnu pour gouverner au fond le règlement d'un différend

(46) T. Cheng, « *Experience in enforcing arbitral awards in Asia – a Hong Kong perspective* », *International Arbitration Law Review*, 2000, vol. 3, n° 6, p. 185.

(47) C.T. Ebenroth, G. Reiner, R. Boizel, « *Succession d'Etats et droit international privé* », *JDI*, 1996.5. Sur les questions monétaires, cf. G. Burdeau, « *Monnaie et succession d'Etats dans l'Europe de l'Est* », in *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, précité, p. 226 et s. et « *L'exercice des compétences monétaires par les Etats* », *RCADI*, t. 212, 1988, p. 211-370, spéc. p. 271-319.

privé, presque tous les tribunaux étatiques ont fini par se rallier à la thèse de l'effectivité (48). Ils appliquent le droit effectivement appliqué sur le territoire de l'Etat non reconnu. Comme l'énonçait la Cour de cassation dans l'affaire *Stroganoff*, « le défaut de reconnaissance d'un gouvernement étranger ne permet pas au juge français de méconnaître les lois de droit privé édictées par le gouvernement antérieurement à sa reconnaissance pour le territoire sur lequel il exerçait effectivement son autorité » (49). L'éthique internationale peut ne pas toujours y trouver son compte, mais il y a un accord général sur ce que cette solution est censée mieux servir l'intérêt des parties que l'application du droit d'un Etat disparu ou dont l'autorité n'est plus effective, de plus en plus fictif au fur et à mesure que l'écoulement du temps consolide la situation de fait (50). *A fortiori*, l'arbitre, qui ne se prononce au nom d'aucun Etat n'a-t-il, lui, à s'aligner sur la politique extérieure d'aucun gouvernement. Il ne peut qu'appliquer le droit de l'Etat non reconnu. Peut-il pour autant appliquer dans tous les cas le droit d'un Etat qui n'aurait de titre à s'appliquer qu'en vertu d'une situation internationalement non reconnue, telle une annexion opérée en violation de la Charte de l'ONU, et non seulement d'une non-reconnaissance de l'Etat ?

3) Application du droit substantiel en présence d'une situation internationalement non reconnue

Un arrêt rendu le 16 mai 2002 par la Chambre des Lords dans une affaire *Kuwait Airways* (51) apporte sur ce sujet plus qu'une

(48) J. Verhoeven, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI*, précité, p. 110 et s. ; une résolution de 1993 de l'Institut de droit international appelle les tribunaux nationaux à appliquer le droit international privé indépendamment des politiques extérieures des Etats : « L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 65, 1993, I, p. 428 et s.

(49) Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1973, *Stroganoff*, *Rev. crit. DIP*, 1975.426, note Y. Loussouarn ; *JDI*, 1974.859, note B.G.

(50) P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP*, 1979.1, spéc. p. 19 ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2001, p. 285.

(51) *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co* (2002) 2 WLR 1353 ; LQR, 2003, 1-8 ; *Cambridge Law Journal*, 2002, p. 499.

nuance. Les avions de Kuwait Airways ayant été enlevés par l'Irak aux premières heures de son invasion du Koweït en 1990 et un décret irakien en ayant transféré la propriété à la société Iraqi Airways, ces avions subirent des détériorations pendant qu'ils étaient entre les mains d'Iraqi Airways. Sa responsabilité étant recherchée devant le juge anglais, Iraqi Airways invoquait pour sa défense sa propriété des avions selon le droit irakien en vigueur à l'époque des faits, la règle de conflit de lois applicable devant le juge anglais désignant ce droit. A se tenir à la simple effectivité de la situation, cette défense aurait dû prévaloir. Mais elle a été balayée par la *Court of Appeal* puis par la Chambre des Lords. La décision des Lords est fondée sur le caractère internationalement illicite de l'invasion du Koweït, qui, la décision y insiste, était démontré par la Résolution 662 du Conseil de sécurité déclarant l'illicéité et la nullité de l'annexion du Koweït et appelant tous les Etats à ne pas reconnaître cette annexion, ainsi qu'à s'abstenir de tout acte susceptible d'être interprété comme une reconnaissance. De manière remarquable, la décision ne se rapporte pas à un refus de reconnaissance par le gouvernement de Sa Majesté ; elle se rapporte au refus de reconnaissance par la communauté des Etats. De manière tout aussi remarquable, Lord Steyn fait une mention spéciale de « *la communication magistrale du Professeur Pierre Lalive à l'ICCA sur "L'ordre public transnational (ou réellement international)" et l'arbitrage international* » (52) et des traités sur l'arbitrage international qui lui ont emboîté le pas, pour conclure que le refus de donner effet au décret irakien transférant la propriété des avions était une illustration de cet ordre public réellement international (et non seulement de l'ordre public anglais, qui, seul, aurait pu être invoqué) (53).

Ainsi, couplée avec l'ordre public international, la reconnaissance est incontestablement de retour. Mais la reconnaissance dont il s'agit n'est plus l'acte individuel de tel ou tel Etat ; c'est un acte de la communauté des Etats, comme pour déterminer le

(52) P. Lalive, « *Transnational (or Truly international) Public Policy and International Arbitration* », *Congress Series*, Kluwer, 1986.257 ; « *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international* », *Rev. arb.*, 1986.329 ; pour un panorama plus récent sur cette question, cf., J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Préf. Ph. Fouchard, Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999 ; C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Préf. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001.

(53) *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, précité, §. 115.

statut des Etats, successeurs ou continuateurs, sur les territoires désormais partagés de l'ex-Union Soviétique ou de l'ex-Yougoslavie. Ainsi, au cours de ces quinze dernières années serait apparue une tendance selon laquelle, conjointe ou collective, la reconnaissance serait devenue un élément constitutif de l'effectivité des situations. Mais, après le coup porté au multilatéralisme par les récents événements en Irak, on peut s'interroger sur le point de savoir si cette tendance se poursuivra.