

**L'AFFAIRE DE L'ARA LIBERTAD ET L'IMMUNITÉ
DES NAVIRES DE GUERRE EN DROIT INTERNATIONAL**

Andrea CALIGIURI
*Chercheur en droit international
Université de Macerata (Italie)*

Résumé

L'article étudie le sujet très particulier de l'immunité des navires de guerre. Dans une perspective historique, l'analyse fait référence à la naissance de la règle de l'immunité absolue des navires d'Etat affirmée pour la première fois dans la jurisprudence anglo-saxonne et à la doctrine internationale classique qui justifiait le concept d'immunité à travers la formulation de la théorie du « territoire flottant » ou de l'« extraterritorialité ». Cependant, après la Première Guerre Mondiale, la règle de l'immunité absolue des navires d'Etat n'est plus défendue par la majorité des Etats de la communauté internationale. A la lumière du développement progressif des activités de l'Etat dans la sphère traditionnelle des intérêts privés, le refus de l'immunité aux navires d'Etat employés à des fins commerciales pousse les juristes à élaborer des critères pour distinguer ces navires de l'ensemble des autres navires d'Etat. En particulier, le statut d'immunité qui caractérise le navire de guerre est lié à la notion d'« organe militaire » de l'Etat du pavillon. C'est pour cette raison qu'il est reconnu aux navires de guerre une immunité absolue en haute mer et dans les eaux territoriales ou intérieures d'un Etat étranger. Cette immunité sera confirmée dans les conventions les plus importantes régissant le droit de la mer, comme les Conventions de Genève de 1958 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Le critère qui permet de distinguer les navires de guerre de l'ensemble des autres navires d'Etat concerne donc l'activité à laquelle les navires sont affectés et non pas la qualité publique ou privée du propriétaire des navires. Récemment, l'affaire ARA Libertad, un navire-école de la Marine argentine, bloqué dans un port du Ghana, semble avoir remis en cause la règle de l'immunité des navires de guerre. L'aspect juridique principal soulevé par cette affaire porte sur la question de savoir si la règle sur l'immunité, qui est inscrite dans l'article 32 de la CNUDM, est applicable aux navires de guerre qui se trouvent dans les eaux intérieures ou dans les ports d'un Etat côtier. Ce point a été abordé par l'ordonnance du TIDM rendue dans cette affaire. Toutefois, l'affaire met aussi au centre du débat la question de la renonciation à l'immunité du navire de guerre par l'Etat du pavillon et aux modalités pour formuler une telle renonciation. Ce dernier point, qui n'a pas fait l'objet d'une analyse dans l'ordonnance du TIDM, est exploré dans cet article. Le sujet de l'immunité des navires de guerre offre un autre élément de réflexion. Comme il est démontré dans cette étude, l'immunité est justifiée quand les navires d'Etat fonctionnent en tant qu'organe de l'Etat du pavillon. Néanmoins, la question qui se pose est celle de savoir si, dans le cas des épaves des navires de guerre, qui ne revêtent pas de telles fonctions, l'immunité persiste. Bien qu'il n'y ait pas de règles de droit international coutumier ou conventionnel qui offrent

l'immunité souveraine aux épaves de navires de guerre, divers arguments sont généralement avancés à l'appui du maintien de cette immunité. On doit ajouter les positions prises par la plupart des puissances maritimes – passées et présentes – qui vont dans le sens qu'aucun Etat ne peut agir sur l'épave d'un navire de guerre sans l'autorisation de l'Etat du pavillon. Sur ce point, l'étude analyse la pratique la plus récente et décrit les tendances évolutives du droit international en la matière.

Abstract

The article surveys the formation and evolution of the rule of immunity of State ships in customary international law, with particular reference to immunity of warships. Since the First World War, the immunity of warships has been justified on the grounds that the ship is a "military body" of the flag State. It follows that warships enjoys the absolute immunity on the high seas and in the territorial or internal waters of a foreign State. The 1958 Geneva and 1982 Montego Bay Conventions, as well as other sectoral conventions, confirmed the absolute immunity enjoyed by warships on the high seas. In this context, with reference to the recent ARA Libertad case, the article examines the application of immunity of warships in the internal waters and ports of third States and how the flag State may waive such immunity. Finally, taking into account the State practice, the article focuses on the question of the extension of the rule of immunity to the wrecks of warships.

I. INTRODUCTION

I.1 L'affaire *ARA Libertad* et la remise en cause de la règle sur l'immunité des navires de guerre

Récemment, l'affaire *ARA Libertad*, un navire-école de la Marine argentine, bloqué dans un port du Ghana, semble avoir remis en cause l'immunité des navires de guerre.

La frégate *ARA Libertad* était partie en juin 2012 de Buenos Aires pour un tour devant l'amener dans différents pays. Le 1^{er} octobre elle était entrée dans le port de Tema, au Ghana, en vertu d'une invitation officielle du Gouvernement ghanéen¹. Toutefois, le 2 octobre 2012, sur requête du fonds d'investissement américain NML Capital, Ltd (« NML »), la Haute Cour of Justice d'Accra, a adopté une ordonnance d'injonction interlocutoire et de conservation provisoire du navire *ARA Libertad*². L'ordonnance, qui a eu comme résultat l'immobilisation du navire à quai avec son équipage, avait été prononcée en exécution d'un jugement de la District Court des Etats-Unis pour le South District de New York contre l'Argentine obtenu par NML le 18 décembre 2006. Le jugement américain condamnait la République d'Argentine à payer au fonds d'investissement plus de 284 millions de dollars en défaut de paiement d'obligations argentines achetées par NML.

Dans son jugement, le juge ghanéen a reconnu la possibilité d'immobiliser l'*ARA Libertad* en raison du fait que l'Argentine n'avait pas la possibilité d'invoquer l'immunité souveraine de son navire de guerre parce que le contrat qui réglait l'émission des obligations argentines prévoyait une clause litigieuse de renonciation explicite d'une telle immunité³.

¹ Le Gouvernement du Ghana a autorisé cette visite le 4 juin 2012 et notifié sa décision au Gouvernement de l'Argentine par voie diplomatique, au moyen de notes échangées entre leurs représentations respectives à Abuja (Nigéria): voir Notes de l'Ambassade d'Argentine à Abuja au Haut Commissariat du Ghana EE/206/12 du 21 mai 2012, EE/209/12 du 24 mai 2012, EE/218/12 du 19 juin 2012, EE/229/12 du 21 juin 2012, EE/238/12 du 28 juin 2012, EE/280/12 du 28 août 2012, EE/315/12 du 25 septembre 2012, Note ABJ/CON/38 Vol. 8 du Haut Commissariat du Ghana à Abuja à l'Ambassade d'Argentine dans cette ville du 4 juin 2012.

² High Court of Justice (Division commerciale), Accra, Ordonnance d'injonction interlocutoire et de conservation provisoire du navire *ARA Libertad*, jugement du 2 octobre 2012.

³ La clause litigieuse est rédigée comme suit : « La République s'est irrévocablement soumise, aux termes du Contrat d'agence fiscale, à la compétence de tout tribunal étatique ou fédéral de New York siégeant dans le Quartier de Manhattan, Ville de New York, et des tribunaux de la République argentine (les "Tribunaux Spécifiés"), pour connaître de toutes poursuites, actions ou procédures diligentées à son encontre ou à l'encontre de ses biens, actifs ou revenus au titre des valeurs mobilières de cette série ou du Contrat d'agence fiscale (une "Procédure Connexe"), excepté au titre de toutes actions engagées en vertu des lois fédérales américaines sur les valeurs mobilières. La République a renoncé, aux termes du Contrat d'agence fiscale, à s'opposer à une Procédure Connexe engagée devant ces tribunaux en soulevant l'exception d'incompétence territoriale ou en prétendant que la Procédure Connexe a été portée devant un tribunal incompétent pour tout autre motif. La République convient qu'un jugement définitif non susceptible d'appel, prononcé dans le cadre d'une telle Procédure Connexe (le "Jugement Connexe") sera définitif et aura force obligatoire à son égard, et pourra être exécuté devant tout Tribunal Spécifié ou devant tous autres tribunaux à la compétence desquels la République peut ou pourra être soumise (les "Autres Tribunaux") en vertu d'une action en exécution de ce jugement [...] Dans la mesure où la République ou l'un quelconque de ses revenus, actifs ou biens serait en droit, dans tout ressort de compétence d'un tribunal spécifié, devant lequel une procédure connexe pourra à tout moment être engagée à son encontre ou à l'encontre de l'un quelconque de ses revenus, actifs ou biens, ou dans tout ressort de compétence d'un tribunal spécifié ou de tout autre tribunal devant lequel des poursuites, une action ou une procédure pourront à tout moment être

Le 22 octobre 2012, l'Argentine a décidé de porter à la connaissance du Secrétaire général des Nations Unies l'affaire *ARA Libertad*. D'après le Ministre des affaires étrangères argentin, M. Hector Timerman, Ban Ki-Moon s'était engagé à « recourir aux bons offices de son bureau pour parler au gouvernement du Ghana et échanger des opinions sur les moyens de régler ce conflit »⁴. Quelques jours auparavant, le Président du Conseil de Sécurité, l'ambassadeur du Guatemala M. Gert Rosenthal, avait été saisi par l'Argentine. Toutefois, il avait affirmé que cette affaire ne menaçait pas la paix et la sécurité internationales rendant par conséquent incompétent le Conseil de Sécurité, tout en rappelant que « *le droit de la mer protège les navires militaires des gouvernements membres, leur donnant un statut diplomatique* »⁵.

Finalement, le 30 octobre 2012, l'Argentine a engagé une procédure arbitrale contre le Ghana dans le différend relatif à l'immobilisation de la frégate. De plus, le 14 novembre 2012, l'Argentine a présenté au Tribunal international du droit de la mer (TIDM) une demande en prescription de mesures conservatoires⁶ en invoquant l'immunité souveraine de son navire de guerre, et, le 15 décembre 2012, le Tribunal a émis son ordonnance⁷.

Avant d'examiner les aspects juridiques soulevés par l'affaire du navire-école de la Marine argentine, il semble opportun de proposer une reconstruction historique de l'affirmation de la règle sur l'immunité des navires de guerre en droit international et de son évolution. Ensuite, l'article abordera la question de l'interprétation et de l'application de la règle sur l'immunité cristallisée à l'article 32 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), avec une référence à la décision citée du TIDM. Finalement, il est fondamental, pour donner une représentation exhaustive du champ d'application de la règle sur l'immunité des navires de guerre, de porter l'attention sur la question épineuse de la reconnaissance de cette immunité aux épaves de navires de guerre.

engagées, au seul effet d'obtenir l'exécution forcée ou l'exequatur de tout Jugement Connexe, de se prévaloir d'une immunité de juridiction devant ce tribunal, d'une immunité lui permettant de se soustraire à toute mesure de compensation, à toute mesure de saisie antérieure au jugement, ou à toute mesure de saisie postérieure au jugement, ou d'une immunité lui permettant de se soustraire à l'exécution d'un jugement ou à toute autre procédure légale ou judiciaire ou à toute autre voie de droit, et dans la mesure où cette immunité lui serait reconnue devant l'une quelconque des juridictions précitées, la République s'est irrévocablement obligée à ne pas revendiquer cette immunité et a irrévocablement renoncé à celle-ci, dans la plus large mesure autorisée par les lois de cette juridiction [...] ».

⁴ Voir l'article *L'Argentine somme le Ghana de libérer sa frégate sous peine de poursuites*, paru le 11 décembre 2012 sur *Afriqinfos*, disponible sur <http://www.afriqinfos.com/articles/2012/11/12/largentine-somme-ghana-liberer-fregate-sous-peine-poursuites-212888.asp>.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Pour le texte relatif à l'introduction d'instance par l'Argentine, voir *Demande en prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 14 novembre 2012, disponible sur le site : http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Request_provisional_measures_Fr_rev.pdf

⁷ Tribunal international du droit de la mer, *Affaire de l'«ARA Libertad» (Argentine c. Ghana)*, Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 2012.

II. UNE PERSPECTIVE HISTORIQUE DE LA NAISSANCE DE LA RÉGLE DE L'IMMUNITÉ

II.1. La pratique des cours anglo-saxonnes et la naissance de la règle de l'immunité absolue pour les navires d'Etat

La règle de l'immunité absolue des navires d'Etat fut affirmée pour la première fois dans la jurisprudence anglo-saxonne. En particulier, la Cour suprême des Etats-Unis en 1812, dans l'affaire bien connue *The Schooner Exchange*⁸, affirmait : « *[a public armed ship] constitutes a part of the military force of the nation; acts under the immediate and direct command of the sovereign; is employed by him in national objects. He has many and powerful motives for preventing those objects from being defeated by the interference of a foreign State. Such interference cannot take place without affecting his power and his dignity* ». Le même principe fut proclamé par une cour anglaise dans l'affaire *The Constitution*, en 1879⁹.

Comme démontre la pratique des Etats, pendant tout le XIX^{ème} siècle, la règle de l'immunité absolue fut étendue à tous les navires d'Etat, y compris ceux en service commercial. Seulement à partir de la fin de la Première Guerre Mondiale, la règle de l'immunité absolue trouve des limitations par voie conventionnelle. Avec les traités de paix conclus avec l'Allemagne (article 281 du Traité de Versailles) et l'Autriche (article 233 du Traité de Saint-Germain)¹⁰, on écarte d'une façon générale l'immunité en ce qui concerne l'activité commerciale des Etats vaincus. Successivement, la règle de l'immunité relative s'affirme par voie conventionnelle entre les Etats contractants le Statut de Genève sur le régime international des ports maritimes du 9 décembre 1923¹¹ et la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat du 10 avril 1926¹².

On doit noter que l'immunité des navires d'Etat dédiés au commerce était déjà critiquée par les tribunaux de l'Italie, de la France et de la Belgique¹³, mais il était défendu, pendant toute la période entre les deux guerres mondiales, dans les tribunaux des deux puissances maritimes de l'époque, le Royaume-Uni et les Etats-Unis, qui avaient donné vie à la règle de l'immunité absolue, bien que leurs Gouvernements aient commencé à ratifier des traités limitatifs de cette immunité. En outre, l'immunité absolue des navires d'Etat indépendamment de leurs fonctions était soutenue aussi par l'Union Soviétique, un Etat à économie collectiviste¹⁴.

⁸ United States Supreme Court, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 7 Cranch 116 116 (1812), 24 février 1812.

⁹ Court of Admiralty, *The Constitution*, 4 P.D. 39 (1879).

¹⁰ Voir aussi les dispositions analogues du Traité de Trianon avec la Hongrie (article 216), du Traité de Neuilly avec la Bulgarie (article 161) et du Traité de Sèvres avec l'Empire ottoman (article 268).

¹¹ Le Statut de Genève est entré en vigueur le 26 juillet 1926.

¹² La Convention de Bruxelles est entrée en vigueur le 8 janvier 1937. On doit noter que cette Convention a codifié les principes proclamés par le Comité maritime international dans les résolutions adoptées sur l'immunité des navires marchands d'Etats aux réunions de Londres en 1922, de Göteborg en 1923 et de Gênes en 1925.

¹³ Walton, *State Immunity in the laws of England, France, Italy and Belgium*, dans *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1920, pp. 252-258. Voir aussi VITANYI, *L'immunité des navires d'Etat - I*, dans *Revue néerlandaise de droit international*, 1963, p. 33 ss., pp. 57-61.

¹⁴ La position de l'Union Soviétique a subi avec le temps une évolution, avec la création d'entreprises d'Etat avec une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat et donc une autonomie dans les transactions

En 1926, dans l'affaire *Pesaro*, la Cour suprême des Etats-Unis affirmait clairement que la jurisprudence *Exchange* s'appliquait à tout navire d'Etat utilisé à des fins commerciales¹⁵. La jurisprudence américaine subordonnait l'immunité à la double condition de la détention actuelle et effective du navire par un Gouvernement étranger et à son affectation à des fins d'utilité publique. Dans l'affaire du navire italien *Pesaro*, lequel ne faisait pas partie de la force navale ou militaire italienne au moment de l'arrestation, la Cour suprême avait soutenu la demande du défendeur en reconnaissant l'immunité puisque le navire avait été contrôlé et détenu par l'Etat italien. Le juge Van Devanter, au nom de la majorité, avait déclaré : « *We think the principles [of sovereign immunity] are applicable alike to all ships held and used by a government for a public purpose, and that when, for the purpose of advancing the trade of its people or providing revenue for its treasury, a government acquires, mans and operates ships in the carrying of trade, they are public ships in the same sense that warships are* »¹⁶. L'autorité de cette affaire sera fortement diminuée seulement par les affaires *Ex parte Peru*¹⁷, et *Mexico v. Hoffman*¹⁸. En particulier, dans le dernier cas, la Cour Suprême avait unanimement refusé l'immunité à un navire de commerce appartenant mais pas possédé par le Gouvernement mexicain.

En 1952, comme en témoigne la lettre du Conseiller juridique du Département d'Etat J. B. Tate à l'Attorney General, les États-Unis abandonnent officiellement la théorie absolue de l'immunité souveraine et adoptent la vision restrictive en vertu de laquelle l'immunité devant les tribunaux américains devrait être accordée par rapport à des causes découlant d'actions publiques ou gouvernementales d'un État étranger, et non par rapport à celles qui découlaient d'actions commerciales ou privées. Cette position fut suivie par les cours américaines à partir de l'affaire *Alfred Dunhill of London, Inc., Petitioner, v. The Republic of China et al.*¹⁹.

En Angleterre, les deux *leading cases* en ce qui concerne notre domaine sont les affaires *The Parlement Belge* (1880)²⁰ et *The Port Alexandre* (1919)²¹. Le principe affirmé dans ces affaires est l'individuation de la qualité de « *public property* » comme critère décisif pour reconnaître l'immunité aux navires d'Etat étrangers. Pour les tribunaux anglais la déclaration de l'Etat étranger sur le caractère des biens impliqués dans l'affaire était suffisante pour reconnaître l'immunité. Pour cette raison, l'immunité était reconnue aux navires d'Etat affectés au commerce international. La règle de l'immunité absolue appliquée aux navires d'Etat fut soutenue jusqu'en 1974. À ce moment-là, dans l'affaire *The Philippine Admiral*, le Privy Council affirmait que

commerciales. Pour approfondir, voir Vitanyi, *L'immunité des navires d'Etat - II*, dans *Revue néerlandaise de droit international*, 1963, p. 156 ss., pp. 175-177.

¹⁵ US Supreme Court, *Berizzi Brothers Co. v. S.S. Pesaro*, 271 U.S. 562 (1926), 7 juin 1926.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ US Supreme Court, *Ex parte Peru*, 318 U.S. 578, 63 S.Ct. 793, 87 L.Ed. 1014 (1943).

¹⁸ US Supreme Court, *Mexico v. Hoffman*, 324 U.S. 30, 65 S.Ct. 530, 89 L.Ed. 729 (1945).

¹⁹ US Supreme Court, *Alfred Dunhill of London, Inc. v. The Republic of China et al.*, 425 U.S. 682 (96 S.Ct. 1854, 48 L.Ed.2d 301), 24 mai 1946. Pour une analyse approfondie de la pratique américaine en matière d'immunité des navires d'Etat, voir Yiannipoulos, *Foreign Sovereign Immunity and the Arrest of State-owned ships : The Need for an Admiralty Foreign Sovereign Immunity Act*, dans *Tulane Law Review*, 1982-1983, p. 1274 ss.

²⁰ Court of Appeals, *The Parlement Belge*, (1880) 5 P.D. 197. Pour un commentaire de cette affaire, voir Marasinghe, *A Reassessment of Sovereign Immunity*, dans *Ottawa Law Review*, 1977, p. 474 ss., pp. 482-487.

²¹ Une synthèse de l'affaire *The Port Alexandre* est faite dans *American Journal of International Law*, 1920, p. 273 ss.

l'immunité ne pouvait pas être reconnue au navire d'Etat utilisé par un Gouvernement étranger ou par une personne privée pour des activités commerciales²².

II.2. Des théories classiques du « territoire flottant » et de l'« extraterritorialité » au concept de navire de guerre comme organe militaire de l'Etat

Pour la doctrine internationale classique, le concept d'immunité absolue des navires de guerre avait été justifié à travers la formulation de la théorie du « territoire flottant » ou de l'« extraterritorialité ». En particulier, la référence à l'une ou à l'autre qualification était liée à la présence du navire, respectivement, en haute mer ou dans les eaux sous la juridiction d'un Etat tiers. Souvent, les deux concepts étaient entendus comme interchangeables s'ils étaient spécifiquement faits référence aux navires d'Etat.

Le concept de « territoire flottant » était utilisé pour expliquer l'immunité de tous les navires qui se trouvent en temps de paix en haute mer²³. La fiction juridique d'un territoire flottant de l'Etat du pavillon était affirmée sur la base de la conviction que « *le navire ne peut pas être legibus solutus par le fait qu'aucune souveraineté territoriale ne s'exerce en haute mer ; or les seules lois applicables sont alors celle de l'Etat national, leur application ayant sa raison en soi* »²⁴. Toutefois, comme la Cour permanente de Justice internationale notait dans l'affaire du *Lotus*, le principe de l'immunité absolue des navires en haute mer n'exclue pas qu'un Etat pourrait, sur son propre territoire,

²² *The Owners of the Ship « Philippine Admiral » (Philippine flag) v. Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd and Another*, F.Ct., C.A. No. 53 of 1973, 26 avril 1974. Voir aussi le jugement dans l'affaire *The Cristina* (1938), où Lord Maugham illustre l'évolution historique de la règle de l'immunité des navires d'Etat : « *Half a century ago foreign governments very seldom embarked in trade with ordinary ships, though they not infrequently owned vessels destined for public uses, and, in particular, hospital vessels, supply-ships, and surveying or exploring vessels. There were doubtless very strong reasons for extending the privilege long possessed by ships of war to public ships of the nature mentioned. But there has been a very large development of state-owned commercial ships since the Great War, and the question as to whether the immunity should continue to be given to ordinary trading ships has become acute. Is it consistent with sovereign dignity to acquire a tramp-steamer and to compete with ordinary shippers and ship-owners in the markets of the world? Doing so, is it consistent to set up the immunity of a sovereign, if, owing to the want of skill of captain and crew, serious damage is caused to the ship of another country? Is it also consistent to refuse to permit proceedings to enforce a right of salvage in respect of services rendered, perhaps at great risk, by the vessel of another country? Is there justice or equity, or for that matter, is international comity being followed, in permitting a foreign government, while insisting on its own right of indemnity, to bring actions in rem or in personam against our own nationals? / My Lords, I am far from relying merely on my own opinion as to the absurdity of the position which our courts are in if they must continue to disclaim jurisdiction in relation to commercial ships owned by foreign governments. The matter has been considered over and over again of late years by foreign jurists, by English lawyers, and by business men, and with practical unanimity they are of opinion that, if governments or corporations formed by them choose to navigate and trade as ship-owners, they ought to submit to the same legal remedies and actions as any other ship-owner* ». La jurisprudence anglaise a été suivie par les autres pays du Commonwealth ; voir, par exemple, pour l'Afrique du Sud, *Lendlease Finance Co (Pty) Ltd c. Corporation de Mercadeo Agricola & Others*, 1975 (4) SA 387 (c).

²³ Voir Vattel, *Droit des gens*, Livre II, chapitre VII, par. 80 : « *le domaine d'une nation s'étend à tout ce qu'elle possède à juste titre. Ce domaine comprend ses possessions, et par ses possessions il ne faut seulement entendre ses terres, mais tous les droits dont elle jouit* ». Dans le Livre I, chapitre XIX, par. 216, Vattel regarde les vaisseaux d'une nation « *comme des portions de son territoire, surtout quand ils voguent sur une mer libre, puisque l'Etat conserve sa juridiction dans ses vaisseaux* ».

²⁴ Liszt, *Das Völkerrecht, systematisch dargestellt*, V éd., Berlin, 1907, p. 92 ; Gidel, *Le droit international public de la mer*, Tome I, Chateauroux, 1932, pp. 239-250 ; Dendias, *Sur la théorie de la territorialité des navires de commerce*, dans *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, 1961, p. 188.

exercer sa juridiction sur des actes qui se sont passés à bord d'un navire marchand étranger en haute mer²⁵.

Le concept de l'« extraterritorialité » était utilisé pour justifier l'immunité des seuls navires d'Etat se trouvant dans la mer territoriale ou dans les eaux intérieures d'un Etat étranger²⁶. En expliquant ce concept, le régime juridique des navires d'Etat fut assimilé à celui des ambassades²⁷. Donc, les navires étrangers qui échappaient à la règle de l'immunité étaient seulement les navires commerciaux privés. Selon cette théorie, les navires d'Etat étaient néanmoins tenus de se conformer aux lois et aux règlements de la navigation, sanitaires, douaniers et d'une façon générale à un nombre de prescriptions de police applicables à l'usage des eaux étrangères dans lesquelles ils se trouvaient. La seule possibilité qui s'offrait à l'Etat côtier en cas de violation de ses lois et règlements était l'adoption de sanctions d'ordre diplomatique, comme la requête au navire étranger de quitter le port dans un délai fixé librement par l'Etat côtier.

Après la Première Guerre Mondiale, l'existence d'une règle sur l'immunité absolue des navires d'Etats n'est plus défendue par la majorité des Etats de la communauté internationale et les théories du « territoire flottant » et de l'« exterritorialité », pour justifier l'immunité, sont rejetées définitivement²⁸. Le refus de l'immunité aux navires d'Etat employés à des fins commerciales pousse les juristes à élaborer des critères pour distinguer ces navires de l'ensemble des autres navires d'Etat. Le statut d'immunité qui caractérise le navire de guerre est lié en particulier, à la notion d'« organe militaire » de l'Etat du pavillon. Cette nouvelle conception de l'organe militaire, qui est constituée de la combinaison d'un élément physique, le navire de guerre, et d'un élément humain, l'équipage du navire, est affirmée par les juristes des principaux Etats maritimes²⁹.

La nouvelle conception ne change pas le champ d'application de l'immunité accordée aux navires de guerre. Ces navires jouissent de l'immunité absolue en haute mer et dans les eaux territoriales ou intérieures d'un Etat étranger. Cette immunité sera confirmée dans les conventions régissant le droit de la mer, qu'il s'agisse d'instruments à vocation générale, comme les Conventions de Genève de 1958 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, ou de conventions sectorielles, comme la

²⁵ Cour permanente de Justice internationale, Affaire du *Lotus* (France c. Turquie), arrêt n° 9, 7 septembre 1927, Série A – No. 10, Recueil des arrêts, 1927.

²⁶ Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, IV éd. Tome I, Paris, 1864, p. 178-206 ss.

²⁷ Voir l'affaire *Schooner Exchange c. McFaddon* où le juge Marshall évoque la notion d'extraterritorialité appliquée aux ambassades : « *It is impossible to conceive, says Vattel, 'that a Prince who sends an ambassador or any other minister can have any intention of subjecting him to the authority of a foreign power; and this consideration furnishes an additional argument, which completely establishes the independency of a public minister. If it cannot be reasonably presumed that his sovereign means to subject him to the authority of the prince to whom he is sent, the latter, in receiving the minister, consents to admit him on the footing of independency; and thus there exists between the two princes a tacit convention, which gives a new force to the natural obligation.' Equally impossible is it to conceive, whatever may be the construction as to private ships that a prince who stipulates a passage for his troops, or an asylum for his ships of war in distress, should mean to subject his army or his navy to the jurisdiction of a foreign sovereign. And if this cannot be presumed, the sovereign of the port must be considered as having conceded the privilege to the extent in which it must have been understood to be asked.* » Pour une brève histoire du concept de l'extraterritorialité des navires de guerre, voir, Ruini, *I corpi di truppa all'estero nel diritto internazionale generale. Premesse storiche*, dans *Comunicazioni e Studi*, 1956, p. 254 ss., pp. 325-334.

²⁸ Voir, par exemple, Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, 1928, p. 110 ; Baldoni, *Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères*, Recueil des Cours, 1938, III, p. 189 ss.

²⁹ Voir, Miele, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, 1961, p. 168 et les auteurs cités à la note 18.

Convention pour la prévention de la pollution par les navires de 1973, la Convention internationale sur l'assistance en mer de 1989 et celle sur la saisie conservatoire des navires de 1999.

II.3. L'importance de la définition de « navire de guerre » dans le passage de l'immunité absolue à l'immunité relative reconnue aux navires d'Etat

Dans l'affaire *Exchange*, seuls les navires d'Etat armés étaient qualifiés de navires de guerre. La qualification des navires de guerre était définie par leurs finalités. Encore en 1956, la sentence de la Cour Permanente d'Arbitrage dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)* affirmait que les navires de guerre devaient « être susceptibles de participer effectivement, grâce à leur armement, aux opérations militaires »³⁰ et que la réquisition des navires privés « ne transforme pas, par elle-même, en navires de guerre des navires privés de commerce ou des paquebots privés; ces derniers ne passent dans cette catégorie que par leur affectation aux mêmes buts que les navires, de combat. Inversement, le simple fait qu'un navire reste propriété privée ne suffit pas à lui dénier le caractère de navire de guerre, du moment et aussi longtemps qu'il est susceptible de participer aux opérations de combat »³¹.

Le développement progressif des activités de l'Etat dans la sphère traditionnelle des intérêts privés va troubler la pratique qui reconnaissait une immunité constitutive à tout navire d'Etat. Dès la première moitié du XX^{ème} siècle, la pratique de la majorité des Etats adopte une nouvelle solution : le refus de l'immunité aux navires d'Etat employées à des fins commerciales. Toutefois, la difficulté réelle concerne le critère qui permet de distinguer ces navires de l'ensemble des autres navires d'Etat.

En particulier, à la suite de la Première Guerre Mondiale, l'Institut de droit international, à la session de Stockholm, en 1928, proposait la distinction entre « navires privés » et « navires effectuant un service gouvernemental et non commercial »³². Le critère utilisé par l'Institut était tiré de l'activité à laquelle le navire est affecté et non sur la qualité, publique ou privé, du propriétaire du navire.

Dans la catégorie « effectuant un service gouvernemental et non commercial » sont compris les bâtiments militaires et les bâtiments employés à un service public civil (article 9). En particulier, les bâtiments militaires sont distingués en :

³⁰ Cour Permanente d'Arbitrage, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, sentence : 24/27 juillet 1956, Recueil des sentences arbitrales, Vol. XII, pp. 155-269, p. 213.

³¹ *Ibidem*, p. 216.

³² Institut de droit international, *Règlement sur le régime des navires de mer et de leurs équipages dans les ports étrangers en temps de paix*, Session de Stockholm – 1928. On doit rappeler que à la Session de La Haye, en 1898, dans le *Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers*, l'Institut de droit international avait distingué pour les temps de paix ce qu'il appelait la « marine militaire » et la « marine marchande », qualifiant la marine militaire comme composée par les « navires de guerre », les « navires étrangers qui sont mis expressément à la disposition des chefs d'Etat ou de leurs envoyés officiels » ; les « navires armés en course qui, pendant la guerre, seraient porteurs de commissions régulièrement délivrées par l'Etat belligérant à la nationalité duquel ils appartiennent » ; et les « navires exclusivement affectés par l'Etat au service postal ». Comme l'a souligné Gidel « l'insuffisance de cette classification a été mise en lumière au moment de la guerre mondiale », avec « la multiplication des catégories de navires qui coopèrent à la guerre navale moderne » : Gidel, *Le droit international public de la mer*, cité, p. 97.

- a) navires de guerre, c'est-à-dire « tous bâtiments sous le commandement d'un officier de la marine de l'Etat, montés par un équipage de la marine militaire et autorisés à porter le pavillon et la flamme de la marine militaire ou tous signes extérieurs distinctifs prescrits par les règlements nationaux »³³; et
- b) navires auxiliaires de toute sorte « placés sous l'autorité directe, le contrôle immédiat et la responsabilité de la Puissance de la force militaire de laquelle ils constituent des éléments », y compris les navires-hôpitaux militaires (article 10).

Le même régime juridique est reconnu aux navires étrangers employés au transport ou au service des Chefs d'Etat ou des représentants diplomatiques ; toutefois leur assimilation aux bâtiments militaires est liée à la condition qu'ils appartiennent à la catégorie des yachts d'Etat ou qu'ils soient mis exclusivement à la disposition desdits Chefs d'Etat ou représentants diplomatiques (article 11).

La résolution de Stockholm reconnaît un régime d'immunité absolue aux bâtiments militaires pour leur caractère représentatif mais pas aux bâtiments employés à un service public civil. Ces derniers s'ils sont exclusivement affectés à un service public civil ont des privilèges indispensables à l'accomplissement de leur fonction, c'est-à-dire ils ne peuvent pas être l'objet de saisie, d'arrêt ou de détention par une mesure de justice quelconque ni par aucune procédure judiciaire *in rem* (article 27, par. 2). Les mêmes exemptions sont reconnues aux navires régulièrement affectés par l'Etat aux transports postaux dans les ports entre lesquels ils ont l'obligation d'effectuer leur service (article 28).

La distinction entre catégories est, depuis cette date, fondamentale pour décrire la condition juridique à laquelle sont soumis les navires en mer. La Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) de 1982 font de même. L'article 29 de cette dernière Convention stipule qu'on entend par navire de guerre « tout navire qui fait partie des forces armées d'un Etat et porte les marques extérieures distinctives des navires militaires de sa nationalité, qui est placé sous le commandement d'un officier de marine au service de cet Etat et inscrit sur la liste des officiers ou un document équivalent, et dont l'équipage est soumis aux règles de la discipline militaire ».

Cette définition est proche de celle fournie à l'article 8, par. 2, de la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958³⁴. Le changement le plus important dans la CNUDM réside dans le fait qu'un tel navire n'a plus besoin d'appartenir à la « marine de guerre ». L'emploi du terme générique « forces armées » est destiné à tenir compte de l'intégration des différentes composantes des forces armées dans divers pays, de l'utilisation de bâtiments de mer par certaines armées de terre et forces aériennes, ainsi que de l'existence de gardes-côtes en tant qu'unités distinctes des forces armées de certains Etats.

Enfin, il n'est pas nécessaire d'ajouter qu'on ne peut en aucune façon assimiler aux navires de guerre les navires de commerce armés pour leur propre défense ; ces navires ne perdent pas leur caractère de navires privés.

³³ Cette définition, avec quelques adaptations, était déjà retenue par les articles 1, 2, 3 et 4 de la Convention VII de La Haye relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre de 1907.

³⁴ Article 8, par. 2 : « Aux fins des présents articles, l'expression 'navire de guerre' désigne un navire appartenant à la marine de guerre d'un Etat et portant les signes extérieurs distinctifs des navires de guerre de sa nationalité. Le commandant doit être au service de l'Etat, son nom doit figurer sur la liste des officiers de la flotte militaire, et l'équipage doit être soumis aux règles de la discipline militaire ».

Après avoir vu ce que l'on doit entendre par navire de guerre, on peut aborder la question de l'immunité de cette catégorie de navires d'Etat selon le droit de la mer contemporain.

III. L'IMMUNITÉ DES NAVIRES DE GUERRE SELON LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

III.1. La règle de l'immunité dans les conventions sur le droit de la mer de 1958 et de 1982

Après la Seconde Guerre Mondiale, le processus de codification du droit de la mer, sous les auspices des Nations Unies, a permis de cristalliser le contenu de la règle de l'immunité des navires de guerre et, à travers l'ample nombre de ratifications des Conventions de Genève de 1958 et de la CNUDM de 1982 ensuite, on est confronté aujourd'hui à une attestation de l'acceptation universelle de cette règle. Pour des raisons de simplification, on fera référence aux seules règles relatives à l'immunité de la CNUDM³⁵.

Dans cette Convention, la règle de l'immunité est énoncée dans le contexte du régime juridique indiqué pour chaque zone marine. Donc, on y trouve des articles qui règlementent l'immunité des navires de guerre, d'une part, dans la mer territoriale et la zone contiguë d'un Etat côtier et, d'autre part, pour ces navires en haute mer.

L'article 32 de la CNUDM exprime la règle de l'immunité des navires de guerre, presque dans les mêmes termes que l'article 22 de la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë³⁶. Il stipule : « Sous réserve des exceptions prévues à la sous-section A et aux articles 30 et 31, aucune disposition de la Convention ne porte atteinte aux immunités dont jouissent les navires de guerre et les autres navires d'Etat utilisés à des fins non commerciales ».

Donc, l'immunité est établie avec des exceptions. En effet, les navires de guerre et les autres navires d'Etat utilisés à des fins non commerciales sont sujets aux règles sur le passage inoffensif (sous-section A). En particulier, pour les navires de guerre, il est prévu que s'il « ne respecte pas les lois et règlements de l'Etat côtier relatifs au passage dans la mer territoriale et passe outre, à la demande qui lui est faite de s'y conformer », l'Etat côtier peut exiger que ce navire quitte immédiatement la mer territoriale (article 30). Enfin, l'Etat du pavillon « porte la responsabilité internationale de toute perte ou de tout dommage causé à l'Etat côtier du fait de l'observation par un navire de guerre ou par tout autre navire d'Etat utilisé à des fins non commerciales des lois et règlements de l'Etat côtier relatifs au passage dans la mer territoriale ou des dispositions de la Convention ou d'autres règles du droit international » (article 31)³⁷.

³⁵ Pour une description plus détaillée du régime juridique des navires de guerre selon la CNUDM, voir Oxman, *Le régime des navires de guerre dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, dans *Annuaire français de droit international*, 1982, p. 811 ss.

³⁶ Article 22 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 : « 1. The rules contained in subsection A and in article 18 shall apply to government ships operated for non-commercial purposes. / 2. With such exceptions as are contained in the provisions referred to in the preceding paragraph, nothing in these articles affects the immunities which such ships enjoy under these articles or other rules of international law ».

³⁷ Sur le régime juridique des navires de guerre dans les eaux territoriales d'un Etat tiers, en particulier, en matière de passage inoffensif, voir Cataldi, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano,

Donc, la CNUDM établit un régime juridique très particulier pour les navires de guerre qui se trouvent dans les eaux étrangères, un régime qui se base sur :

- ✓ l'immunité de police, qui revient à interdire tout acte d'investigation à bord du navire de guerre ;
- ✓ l'immunité de justice, qui consiste en l'impossibilité de citer le commandant d'un navire de guerre devant une juridiction étrangère, et de procéder à bord d'un navire de guerre à une mesure de justice telle que la saisie conservatoire ;
- ✓ l'immunité de législation, qui se traduit par le fait que l'ordre juridique de l'Etat côtier ne peut s'appliquer au navire de guerre étranger.

En outre, l'article 95 de la CNUDM affirme que « *Les navires de guerre jouissent en haute mer de l'immunité complète de juridiction vis-à-vis de tout Etat autre que l'Etat du pavillon* ». La même immunité est reconnue aux navires d'Etats utilisés exclusivement pour un service public non commercial³⁸.

L'immunité, dont les navires de guerre et d'Etat jouissent en haute mer, trouve une limite seulement si le navire, dont l'équipage s'est mutiné, commet des actes de piraterie, tels qu'ils sont définis à l'article 101 de la CNUDM ; dans ce cas, les actes « *sont assimilés à des actes commis par un navire [...] privé* » (article 102).

En vertu de l'article 58, par. 2, les règles sur l'immunité des navires de guerre et des navires d'Etats utilisés exclusivement pour un service public non commercial en haute mer s'appliquent à la zone économique exclusive de l'Etat côtier³⁹.

Finalement, l'immunité des navires de guerre est établie par rapport à la préservation et la protection du milieu marin. L'article 236 de la CNUDM affirme : « *Les dispositions de la Convention relatives à la protection et à la préservation du milieu marin ne s'appliquent ni aux navires de guerre ou navires auxiliaires, ni aux autres navires ou aux aéronefs appartenant à un Etat ou exploités par lui lorsque celui-ci les utilise, au moment considéré, exclusivement à des fins de service public non commerciales. Cependant, chaque Etat prend des mesures appropriées n'affectant pas les opérations ou la capacité opérationnelle des navires ou aéronefs lui appartenant ou exploités par lui de façon à ce que ceux-ci agissent, autant que faire se peut, d'une manière compatible avec la Convention* ».

Une première observation relative à cette norme concerne le fait qu'à côté de la notion de « navires de guerre » figure celle de « navires auxiliaires ». La nouvelle notion n'est pas expliquée⁴⁰. Toutefois, il est raisonnable d'affirmer que les navires auxiliaires devraient être assimilés en tout aux navires de guerre pour ce qui touche à leur traitement dans tous les domaines réglés par la Convention.

1990, pp. 216-239 ; De Guttry, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace : regime della navigazione e disciplina delle attività coercitive, profili di diritto internazionale*, Milano, 1994, pp. 21-140.

³⁸ Article 96 de la CNUDM : « *Les navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et utilisés exclusivement pour un service public non commercial jouissent, en haute mer, de l'immunité complète de juridiction vis-à-vis de tout Etat autre que l'Etat du pavillon* ».

³⁹ Article 58, par. 2, de la CNUDM : « *Les articles 88 à 115, ainsi que les autres règles pertinentes du droit international, s'appliquent à la zone économique exclusive dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la présente partie* ».

⁴⁰ Il est raisonnable de considérer la notion de « navires auxiliaires », adoptée par l'Institut de droit international à l'article 10, par. 2, du *Règlement sur le régime des navires de mer et de leurs équipages dans les ports étrangers en temps de paix*, en 1928, toujours d'actualité.

En outre, on doit noter que l'article 236 n'a pas d'égal dans les Conventions de Genève de 1958 parce que ces conventions n'abordaient pas le problème de la protection du milieu marin. Néanmoins, la norme trouve des prédécesseurs dans l'article II, par. 1(d) de la Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures de 1954⁴¹, l'article VII, par. 4, de la Convention de Londres sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets de 1972⁴² et l'article 3, par. 3, de la Convention MARPOL 73/78⁴³.

Donc, la CNUDM reconnaît une tendance, déjà affirmée avec des traités poursuivant des objets plus spécifiques, que les règlements internationaux portant sur la pollution se révèlent inappropriés par rapport à la configuration et à la mission particulière qui est réservée aux navires de guerre.

Bien que l'article 236 soit compris dans la Partie XII de la CNUDM, il règle l'immunité des navires de guerre en matière de milieu marin par rapport à la Convention entière⁴⁴. Aussi, la norme établit une exemption pour les navires de guerre de respecter les lois et règlements de l'Etat côtier en matière de sauvegarde du milieu marin quand ces navires se trouvent dans les eaux territoriales et la zone contiguë de cet Etat. Comme il a été efficacement souligné par la doctrine, l'article 236 « *va plus loin que la seule question de l'immunité de juridiction en matière de pouvoirs de police vis-à-vis d'un Etat autre que l'Etat du pavillon* »⁴⁵.

III.2 L'affaire *ARA Libertad* et l'application de l'immunité aux navires de guerre qui se trouvent dans les eaux intérieures ou les ports d'un Etat côtier

Le point juridique principal soulevé par l'affaire récente de l'*ARA Libertad* porte sur la question de savoir si les règles sur l'immunité des navires de guerre inscrites dans la CNUDM sont applicables aux navires de guerre qui se trouvent dans les eaux intérieures ou dans les ports d'un Etat côtier.

Comme écrit précédemment, le 14 novembre 2012, l'Argentine a présenté au TIDM une demande en indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 290,

⁴¹ Article II de la Convention : « *1. La présente Convention s'applique aux navires immatriculés dans un territoire d'un Gouvernement contractant et aux navires non immatriculés ayant la nationalité de cette Partie, à l'exception: [...] d) Des navires de guerre et des navires employés comme navires auxiliaires de la Marine pendant la durée de ce service* ».

⁴² Article VII, par. 4, de la Convention : « *La présente Convention ne s'applique pas aux navires et aéronefs jouissant de l'immunité d'Etat qui leur est conférée par le droit international. Néanmoins, chaque Partie, par l'adoption de mesures appropriées, veille à ce que de tels navires et aéronefs dont elle est propriétaire ou utilisatrice agissent de manière conforme aux buts et objectifs de la présente Convention et informe l'Organisation en conséquence* ».

⁴³ Article 3, par. 3, de la Convention : « *La présente Convention ne s'applique ni aux navires de guerre ou navires de guerres auxiliaires ni aux autres navires appartenant à un Etat ou exploités par cet Etat tant que celui-ci les utilise exclusivement à des fins gouvernementales et non commerciales. Cependant, chaque Partie doit s'assurer, en prenant des mesures appropriées qui ne compromettent pas les opérations ou la capacité opérationnelle des navires de ce type lui appartenant ou exploités par elle, que ceux-ci agissent d'une manière compatible avec la présente Convention, pour autant que cela soit raisonnable dans la pratique* ».

⁴⁴ Voir Article 236, dans *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, vol. IV, Dordrecht/Boston/London, p. 416 ss., p. 417. Voir aussi Chevillard, *Le principe d'immunité des navires de guerre à l'épreuve du droit européen de l'environnement*, dans *Annuaire du Droit de la Mer*, tome 16, 2011, p. 207 ss.

⁴⁵ OXMAN, *Le régime des navires de guerre dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, dans *Annuaire français de droit international*, 1982, p. 811 ss., p. 819.

paragraphe 5, de la CNUDM. En invoquant l'immunité souveraine de son navire de guerre, l'Argentine demandait au Tribunal « que le Ghana autorise sans condition la frégate ARA Libertad, navire de guerre argentin, à quitter le port de Tema et les eaux relevant de la juridiction du Ghana et à être ravitaillée à cette effet »⁴⁶. Le 15 décembre 2012, le Tribunal a émis son ordonnance⁴⁷.

On doit noter que le Gouvernement du Ghana a soutenu devant au TIDM que « L'interprétation et l'application des règles relatives à l'immunité d'un 'navire de guerre' dans [ses] eaux intérieures n'a rien à voir avec l'interprétation et l'application de la [CNUDM] »⁴⁸.

Comme il est bien connu, l'article 290, paragraphe 5, de la CNUDM affirme que le TIDM peut prescrire des mesures conservatoires s'il considère, *prima facie*, que le tribunal arbitral qui doit être constitué aura compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige⁴⁹. Dans son ordonnance, le TIDM a précisé que les articles 18, 87 et 90 de la Convention, invoqués par l'Argentine, « ne concernent pas l'immunité des navires de guerre dans les eaux intérieures »⁵⁰. Toutefois, il a reconnu que l'article 32 de la Convention constitue une base sur la quelle la compétence *prima facie* du tribunal arbitral pourrait être fondée⁵¹. En particulier, le Tribunal rappelle que l'article 32 de la Convention affirme qu'« aucune disposition de la Convention ne porte atteinte aux immunités dont jouissent les navires de guerre »⁵² sans que ne soit précisé le champ d'application géographique de cet article. Le TIDM précise que « l'article 32 comme certaines dispositions de la partie II [de la Convention] peuvent s'appliquer à toutes les zones maritimes, comme c'est le cas de la définition du 'navire de guerre' figurant à l'article 29 de la Convention »⁵³. Dans un deuxième temps, le TIDM a reconnu l'urgence de la situation et a accueilli la demande de mesures conservatoires.

Pour évaluer l'urgence de la situation, les juges du TIDM ont remis la nature juridique des navires de guerre au centre de l'affaire. Le TIDM a tenu à rappeler que « le navire de guerre est l'expression de la souveraineté de l'Etat dont il bat le

⁴⁶ Demande en prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 14 novembre 2012, cité, paragraphe 72bis.

⁴⁷ Tribunal international du droit de la mer, *Affaire de l'« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana)*, Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 2012.

⁴⁸ Demande en prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Déclaration écrite de la République du Ghana, 28 novembre 2012, paragraphe 12. Le texte est disponible sur :

http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20-Expose_en_Reponse_du_Ghana.pdf.

⁴⁹ Article 290, paragraphe 5 de la CNUDM : « En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoire, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend, agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires. »

⁵⁰ Tribunal international du droit de la mer, *Affaire de l'« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana)*, cité, paragraphe 61.

⁵¹ *Ibidem*, paragraphes 65-66.

⁵² *Ibidem*, paragraphe 63.

⁵³ *Ibidem*, paragraphe 64.

pavillon »⁵⁴. Par conséquent, « selon le droit international général, le navire de guerre jouit de l'immunité, y compris dans les eaux intérieures »⁵⁵. S'appuyant uniquement sur la question de l'immunité du navire de guerre et en insistant sur le fait que « tout acte qui empêche par la force un navire de guerre d'accomplir sa mission et de remplir ses fonctions est une source de conflit qui peut mettre en péril les relations amicales entre Etats »⁵⁶, les juges caractérisent l'urgence par le fait que les mesures prises par les autorités ghanéennes empêchaient l'ARA Libertad « d'accomplir sa mission et de remplir ses fonctions », ce qui portait « atteinte à l'immunité dont jouit ce navire de guerre selon le droit international général »⁵⁷.

La position défendue par l'Argentine et confirmé par l'ordonnance du TIDM rejoint parfaitement les thèses soutenues en majorité par la doctrine⁵⁸.

2.1 La renonciation à l'immunité du navire de guerre par l'Etat du pavillon

Le point le plus intéressant de l'affaire *ARA Libertad* est lié à la question de la renonciation à l'immunité du navire de guerre par l'Etat du pavillon. Ce point, qui a été abordé par les juges ghanéens, n'a pas fait l'objet d'analyse dans l'ordonnance du TIDM. Peut-être, il sera débattu par le tribunal arbitral qui réglera le fond de l'affaire *ARA Libertad*.

Bien que dans le contrat d'émission des obligations argentines, il y a une clause de renonciation générale de l'immunité souveraine, l'Argentine affirme qu'une telle renonciation ne pourrait affecter les actifs militaires ou diplomatiques pour lesquels est nécessaire une renonciation expresse du Gouvernement argentin.

On doit observer que ce point n'est pas réglé par la CNUDM. Comme il a été illustré dans les paragraphes précédents, la Convention établit seulement l'immunité des navires de guerre, mais pas les modalités de sa renonciation par l'Etat du pavillon. Donc, sur ce point, on doit examiner la pratique des Etats, en faisant attention de distinguer entre renonciation à l'immunité de juridiction et renonciation à l'immunité d'exécution des navires de guerre.

Il est généralement admis que l'Etat peut renoncer au bénéfice de l'immunité de juridiction. Cette renonciation peut intervenir à tout moment, soit avant la naissance du litige, soit une fois que le litige est né. Dans tous les cas, la renonciation doit être expresse et peut revêtir soit la forme d'une disposition incluse dans des conventions bilatérales ou multilatérales entre Etats, soit celle d'une clause dans un contrat de droit civil entre l'Etat et une personne privée.

Un exemple très pertinent pour notre sujet est fourni par la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat de 1926, qui prescrit que « les navires de mer appartenant aux Etats ou exploités par eux, les cargaisons leur appartenant, les cargaisons et passagers transportés par les navires d'Etat, de même que les Etats qui sont propriétaires de ces navires ou qui les exploitent,

⁵⁴ *Ibidem*, paragraphe 94.

⁵⁵ *Ibidem*, paragraphe 95.

⁵⁶ *Ibidem*, paragraphe 97.

⁵⁷ *Ibidem*, paragraphe 98.

⁵⁸ On doit souligner que le TIDM, qui émet une position contraire à une partie de la doctrine (voir, en particulier, COLOMBOS, *The International Law of the Sea*, IV éd., 1959, pp. 221-222), ne considère pas l'interférence d'un Etat étranger avec l'exercice de la juridiction de l'Etat du pavillon sur son propre navire de guerre un « acte de guerre », mais seulement une source potentielle de conflit entre les Etats impliqués.

ou qui sont propriétaires de ces cargaisons, sont soumis, en ce qui concerne les réclamations relatives à l'exploitation de ces navires ou au transport de ces cargaisons, aux mêmes règles de responsabilité et aux mêmes obligations que celles applicables aux navires, cargaisons et armements privés ». Dans ce cas, la ratification de la convention peut être évaluée comme une renonciation expresse à l'immunité de juridiction. On peut aussi citer le Traité de Montevideo sur le droit de la navigation commerciale internationale de 1940⁵⁹, qui prévoit une clause de renonciation à l'immunité comparable à celle de la Convention de 1926.

La renonciation à l'immunité de juridiction peut aussi prendre la forme d'une clause insérée dans un contrat de droit civil. Cette solution fut admise par la jurisprudence française déjà au XIX^{ème} siècle, mais elle a trouvé, initialement, une opposition par les tribunaux anglais et japonais. En particulier, la jurisprudence anglaise admettait que l'Etat pouvait refuser de se soumettre le moment venu à la compétence des tribunaux étrangers tout en ayant préalablement accepté leur compétence avec un contrat. Dans ce cas, l'Etat était responsable de la violation du contrat, mais il avait le droit d'invoquer l'immunité de juridiction. Au contraire, les tribunaux japonais ont longtemps refusé de donner effet à toute clause de renonciation incluse dans un contrat entre un Etat et une partie privée parce que la renonciation à l'immunité devait toujours et nécessairement intervenir entre Etats.

Finalement, une fois le litige né, la renonciation à l'immunité de juridiction est présumée si l'Etat défendeur se présente devant le tribunal étranger sans soulever son immunité.

Donc, en tant qu'organe d'Etat le navire de guerre jouit de l'immunité de juridiction des Etats étrangers jusqu'au moment où l'Etat du pavillon ne procède pas à sa renonciation dans les formes décrites très brièvement ci-dessus. Aussi l'article 16, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens de 2004 souligne que l'immunité de juridiction peut être invoquée pour les « navires de guerre et navires auxiliaires, [et] autres navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant et qui sont, pour le moment, utilisés exclusivement, pour un service public non commercial » à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement.

La jurisprudence a aussi admis qu'un Etat pouvait renoncer au bénéfice de l'immunité d'exécution, acceptant que ses biens puissent être saisis hors de son territoire. La renonciation à l'immunité d'exécution a un caractère autonome par rapport à la renonciation à l'immunité de juridiction. Comme la doctrine l'a reconnu, « [l]a nécessité d'une renonciation spéciale au bénéfice de l'immunité d'exécution a été expliquée par le fait, maintes fois souligné par la jurisprudence, que les mesures d'exécution contre les biens d'un Etat étranger sont un acte grave portant plus directement atteinte à la souveraineté de l'Etat que le simple prononcé d'une décision de justice »⁶⁰. Ainsi, dans le cas de renonciation à l'immunité d'exécution, la renonciation doit toujours être expresse. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'affaire *Allemagne c. Italie* : « [...] il lui suffit de constater qu'il existe au minimum une condition qui doit être remplie pour qu'une mesure de contrainte puisse

⁵⁹ *Treaty on the Law of International Commercial Navigation*, Montevideo, 19 mars 1940, dans *American Journal of International Law Supplement*, 1940, p. 109 ss.

⁶⁰ Pingel-Lenuzza, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, 1998, p. 175.

être prise à l'égard d'un bien appartenant à un Etat étranger : que le bien en cause soit utilisé pour les besoins d'une activité ne poursuivant pas des fins de service public non commerciales, ou que l'Etat propriétaire ait expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte, ou encore que cet Etat ait réservé le bien en cause à la satisfaction d'une demande en justice [...] »⁶¹.

Toutefois, les navires de guerre, en tant que partie des actifs militaires, bénéficient d'un régime spécial d'immunité d'exécution. Ce régime spécial découle, par exemple, de l'article 3 de la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat de 1926. Plus récemment, l'article 21, paragraphe 1 (b), de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens de 2004 indique que les « biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de fonctions militaires » font parties des catégories de biens d'Etat qui « 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 »⁶². Le commentaire à cet article, élaboré par la Commission du droit international en adoptant le Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats en 1991 en seconde lecture, indique qu'« [une] renonciation générale ou une renonciation concernant tous les biens situés sur le territoire de l'Etat du for, qui ne mentionnerait aucune des catégories spécifiques, ne suffirait pas à autoriser des mesures de contrainte à l'égard [des biens bénéficiant d'une protection spéciale, y compris les biens militaires] »⁶³. Donc, en droit international, la protection de ces catégories spécifiques de biens est renforcée en exigeant un mode de renonciation à l'immunité plus strict et plus précis⁶⁴.

L'existence d'une protection spéciale et d'une immunité d'exécution absolue par rapport à certaines catégories de biens d'Etat est confirmée par la jurisprudence.

Dans une affaire de 1987, les juges hollandais n'ont pas autorisé une injonction interlocutoire introduite par la société *Wijsmuller Salvage BV* pour obtenir le versement de l'argent de sauvetage du navire de guerre péruvien, *Almirante Grau*. Les juges affirmaient qu'un navire de guerre sert à des fins non commerciales, même lorsqu'il n'est pas « en service »⁶⁵.

La jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis a affirmé la nécessité d'une renonciation expresse à l'immunité d'exécution des actifs militaires s'appuyant sur le *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)* de 1976, dont la section 1611(b)(2) énonce que « *the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution if*

⁶¹ Cour internationale de Justice, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt du 3 février 2012, paragraphe 118.

⁶² Dans le commentaire de la Commission du droit international à l'article 19 (article 21 de la Convention de 2004) du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats, adopté en seconde lecture en 1991, on affirme que « Le mot 'militaire', à l'alinéa b du paragraphe 1, s'applique à la marine, à l'aviation et à l'armée de terre ».

⁶³ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, Vol. II, Partie 2, p. 62.

⁶⁴ Aussi la Convention internationale sur la saisie conservatoire des navires de 1999 (entrée en vigueur le 14 septembre 2011) reconnaît une spécificité aux navires de guerre. L'article 8, paragraphe 2, de cette convention affirme : « La présente Convention n'est pas applicable aux navires de guerre, navires de guerre auxiliaires et autres navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et exclusivement affectés, jusqu'à nouvel ordre, à un service public non commercial ».

⁶⁵ District Court of Amsterdam, *Wijsmuller Salvage BV v ADM Naval Services*, 19 novembre 1987, dans *Netherlands Yearbook of International Law*, 1989, p. 294 ss.

the property is, or is intended to be, used in connection with a military activity and (A) is of a military character, or (B) is under the control of a military authority or defense agency »⁶⁶.

En matière de renonciation à l'immunité d'exécution, on peut citer, par analogie, aussi la pratique relative aux biens de l'État étranger utilisés dans l'exercice des fonctions d'une mission diplomatique qui sont classées dans la catégorie des biens bénéficiant de la protection spéciale⁶⁷.

Par exemple, les tribunaux anglais ont affirmé que « *A contractual waiver of State immunity from jurisdiction and enforcement will not be sufficient to waive the inviolability and immunity of either the premises and/or property of a diplomatic mission, or the private residence and/or property of a diplomatic agent, enjoyed under, respectively, Articles 22 and 30 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations* »⁶⁸. La Cour d'Appel de Paris, dans l'affaire *NOGA*, a adopté une approche similaire : « *La seule mention, dans le contrat litigieux, que 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 ne manifeste pas la volonté non équivoque de cet Etat de renoncer à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter qu'une société commerciale puisse, le cas échéant, entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger* »⁶⁹. L'arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand dans l'affaire *Lydia Scheck* a affirmé que la renonciation à l'immunité consentie par l'Argentine dans ses titres de dette en défaut de paiement ne s'étendait pas spécifiquement aux actifs jouissant d'une protection spéciale en vertu du droit international, tels les actifs diplomatiques, consulaires ou militaires de la République, lesquelles restaient protégés par l'immunité⁷⁰. Ces affirmations sont confirmées aussi par la doctrine⁷¹. Donc une clause générale de renonciation à l'immunité d'exécution ne peut pas couvrir aussi les biens militaires, pour lesquels l'Etat du pavillon doit formuler une renonciation expresse et spécifique.

⁶⁶ Le *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) de 1976 est codifié au Titre 28, paragraphes 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), et 1602-1611 du *Code of Laws of the United States of America*.

⁶⁷ Article 21, paragraphe 1 (a), de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens de 2004.

⁶⁸ Cette affirmation n'est pas démentie par le jugement du 6 juillet 2011 de la Cour Suprême du Royaume-Unis dans l'affaire *NML Capital Limited v Republic of Argentina* [2011] UKSC 31. Dans cette affaire, Lord Phillips avait soutenu, au nom de la majorité des juges, que « *State immunity cannot be raised as a bar to the recognition and enforcement of a foreign judgment if, under the principles of international law recognised in this jurisdiction, the state against whom the judgment was given was not entitled to immunity in respect of the claim* ».

⁶⁹ Cour d'Appel, Paris, 1^{er} Chambre, section A, *Ambassade de la fédération de Russie en France v. Société NOGA*, 10 août 2000.

⁷⁰ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, *Lydia Scheck v Republic of Argentina*, 6 décembre 2006.

⁷¹ Yang, *State Immunity in International Law*, Oxford, 2012, p. 404 et p. 417; Fox, *The Law of State Immunity*, II^{ème} éd., Oxford, 2008, p. 645.

IV. LE RÉGIME JURIDIQUE DES ÉPAVES DE NAVIRES DE GUERRE

IV.1 Les épaves de navires de guerre et leur immunité souveraine : une question ouverte

L'immunité est justifiée quand les navires d'Etat fonctionnent en tant qu'organe de l'Etat. Néanmoins, la question qui se pose est celle de savoir si, dans le cas des épaves des navires de guerre, qui ne remplissent pas de telles fonctions, l'immunité persiste.

Bien qu'il n'y ait pas de règles de droit international coutumier ou conventionnel relatives à l'immunité souveraine des épaves de navires de guerre, deux arguments sont généralement avancés à l'appui du maintien de cette immunité :

- a) ces épaves peuvent contenir des documents sensibles, des systèmes d'armes ou d'autres équipements que l'Etat du pavillon n'a pas intérêt à ce qu'ils entrent en possession d'Etats tiers ; et
- b) il est nécessaire d'accorder une attention particulière aux épaves des navires de guerre en tant que sanctuaires marins militaires, qui conservent les dépouilles de marins tués en service pour leur Etat.

A ces considérations, on doit ajouter les positions prises par la plupart des puissances maritimes – passées et présentes – qui vont dans le sens du principe qu'aucun Etat ne peut interagir avec une épave d'un navire de guerre sans l'autorisation de l'Etat du pavillon.

Par exemple, pour les Etats-Unis, ces épaves – apparemment abandonnées – sont considérées comme la propriété du Gouvernement et sous la responsabilité de la Marine militaire américaine, jusqu'à ce que le Congrès n'en décide autrement⁷². La France soutient le principe d'immunité imprescriptible des épaves des navires d'Etat qu'elles soient immergées sous des eaux étrangères ou internationales⁷³, et le Royaume-Uni a toujours défendu la même position⁷⁴.

Par rapport à cette question, la CNUDM est silencieuse. On doit rappeler que, à la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, la proposition du bloc des Etats socialistes d'affirmer expressément l'immunité souveraine par rapport aux épaves des navires de guerre et un droit de récupérer l'épave seulement pour l'Etat du pavillon ou avec son accord fut rejetée⁷⁵. L'article 303 de la CNUDM se limite à affirmer, d'une part, que les Etats ont « *l'obligation de protéger les objets de caractère archéologique ou historique découverts en mer et coopèrent à cette fin* » (par. 1), et

⁷² Le principe de l'imprescriptibilité des droits de l'Etat du pavillon est affirmé dans le *Statement on United States Policy for the Protection of Sunken Warships* de 19 janvier 2001. Cette position est aussi affirmée par le *Sunken Craft Military Act* de 2004, qui s'applique, toutefois, aux eaux intérieures, territoriales des Etats-Unis et à leur plateau continental.

⁷³ Voir Ministère des affaires étrangères, *Projet de loi autorisant la ratification de la convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique NOR : MAEJ1206777L/Bleue-1. Etude d'impact*, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr/content/download/3131/61456/version/1/file/ei_convention_patrimoine_culturel_subaquatique_cm_18.07.2012-2.pdf.

⁷⁴ Voir le *Protection of Military Remains Act* de 1986.

⁷⁵ Voir C.2 Informal Meeting/44, 16 Aug 1979. La proposition prévoyait que « *sunken warships, as well as sunken vessels, which are only on government non-commercial service continue to enjoy complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State* » et « *can be removed only by the flag State or with its consent* ».

d'autre part, que l'article « ne porte atteinte ni aux droits des propriétaires identifiables, au droit de récupérer des épaves et aux autres règles du droit maritime, ni aux lois et pratiques en matière d'échanges culturels » (par. 3) et qu'il « est sans préjudice des autres accords internationaux et règles du droit international concernant la protection des objets de caractère archéologique ou historique » (par. 4)⁷⁶. Par conséquent, la doctrine généralement affirme qu'aucune immunité n'est reconnue aux épaves de navires de guerre, tout en restant la propriété de l'Etat du pavillon, en raison du fait qu'elles sont dans l'incapacité d'exercer des actes de souveraineté en tant qu'organe militaire de l'Etat⁷⁷.

En la matière, la Convention de l'UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001 est l'instrument pertinent le plus complet⁷⁸. Elle se présente, selon son préambule, comme l'instrument de codification et de développement progressif des règles relatives à la protection et à la préservation du patrimoine culturel subaquatique. La Convention, qui entend par « patrimoine culturel subaquatique » seulement les épaves de navires qui sont immergées depuis 100 ans au moins, définit les épaves des navires d'Etat comme « les navires de guerre et autres navires [...], qui appartenaient à un Etat ou opéraient sous son contrôle, étaient exclusivement utilisés à l'époque où ils ont sombré, à des fins de service public non commercial, qui sont identifiés comme tels et qui répondent à la définition du patrimoine culturel subaquatique » (article 1, par. 8). Toutefois, la Convention ne reconnaît pas une immunité expresse pour ces épaves. L'article 2, par. 8, rubriqué sous les objectifs et les principes généraux, se limite à affirmer que « Conformément à la pratique des États et au droit international, notamment la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, aucune disposition de la [...] Convention ne peut être interprétée comme modifiant les règles du droit international et la pratique des États relatives aux immunités souveraines, ou l'un quelconque des droits d'un État, concernant ses navires et aéronefs d'État ». Cette disposition est ambiguë parce que dans la Convention il y a un double régime pour les navires d'Etat : le régime des navires de guerre et d'autres navires gouvernementaux qui opèrent à des fins non commerciales qui ont une capacité opérationnelle (article 13⁷⁹) et

⁷⁶ On doit rappeler que l'article 149 de la CNUDM précise que « Tous les objets de caractère archéologique ou historique trouvés dans la Zone sont conservés ou cédés dans l'intérêt de l'humanité tout entière, compte tenu en particulier des droits préférentiels de l'Etat ou du pays d'origine, ou de l'Etat d'origine culturelle, ou encore de l'Etat d'origine historique ou archéologique ».

⁷⁷ Voir, en particulier, Jennings, Watts (eds.) *Oppenheim's International Law*, IX éd., London, 196, vol. 1, p. 1165 ; MOMTAZ, *La Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, dans Ndiaye, Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mersah*, Leiden, Boston, 2007, p. 460.

⁷⁸ La Convention est entrée en vigueur le 2 janvier 2009. Parmi les puissances maritimes passées et présentes, la Convention a été ratifiée par l'Espagne (2005), le Portugal (2006) et la France (2013), mais pas par les Etats-Unis, la Fédération de Russie, le Royaume-Uni, l'Italie, les Pays-Bas.

⁷⁹ Article 13 (Immunité souveraine) de la Convention : « Les navires de guerre et autres navires gouvernementaux ou aéronefs militaires jouissant d'une immunité souveraine qui opèrent à des fins non-commerciales, dans le cours normal de leurs opérations et qui ne prennent pas part à des interventions sur le patrimoine culturel subaquatique, ne sont pas tenus de déclarer les découvertes du patrimoine culturel subaquatique au titre des articles 9, 10, 11 et 12 de la présente Convention. Cependant, en adoptant des mesures appropriées ne nuisant pas aux opérations ni aux capacités opérationnelles de leurs navires de guerre et autres navires gouvernementaux ou aéronefs militaires jouissant d'une immunité souveraine qui opèrent à des fins non-commerciales, les États parties veillent à ce que ces navires se conforment, dans la mesure du raisonnable et du possible, aux dispositions des articles 9, 10, 11 et 12 de la présente Convention ».

le régime des épaves des navires d'Etat. Le régime juridique de ces dernières est conçu par rapport à la zone marine où se trouve l'épave. Dans la Zone internationale des fonds marins, l'article 12, par. 7, établi qu'aucun Etat partie n'entreprend ni n'autorise l'intervention sur un navire d'Etat sans le consentement de l'Etat du pavillon. L'article 10, par. 7, règle l'intervention aux fins de la protection d'épaves de navires d'Etat dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental⁸⁰ en raison d'une coopération entre l'Etat côtier et d'autres Etats parties intéressés, mais seulement avec l'accord de l'Etat du pavillon. Finalement, l'article 7, par. 3, de la Convention énonce que, « dans leurs eaux archipélagiques et leur mer territoriale [...], les Etats parties, en vue de coopérer pour l'adoption des meilleures méthodes de protection des navires [...] d'Etat, devraient informer l'Etat du pavillon Partie à la présente convention et, s'il y a lieu, les autres Etats ayant un lien vérifiable, en particulier un lien culturel, historique ou archéologique, en cas de découverte de tels navires et aéronefs d'Etat identifiables ». Les grandes puissances maritimes, qui reconnaissent dans leur majorité le principe de l'immunité imprescriptible des épaves des navires d'Etat, ont trouvé que le texte de l'article 7, par. 3, était ambigu et elles se sont donc abstenues lors des négociations de 2001, après avoir réclamé en vain de remplacer l'expression « devraient informer » avec « doivent consulter »⁸¹.

Dans la pratique, les interventions sur les épaves des navires de guerre sont généralement gérées par un accord entre l'Etat du pavillon et l'Etat côtier qui exerce la juridiction sur la zone marine où l'épave est située. Ces accords n'abordent pas le problème de l'immunité de l'épave du navire de guerre, mais ils font mention seulement de l'Etat du pavillon comme l'Etat qui a un droit de propriété sur l'épave, qui en tant que propriétaire de l'épave donne son autorisation aux actions de protection et de conservation de l'épave organisées par l'Etat côtier⁸². Plus rarement, l'Etat du pavillon renonce avec un acte exprès d'abandon, de don ou de vente, à ses droits sur les épaves des navires de guerre⁸³. Toutefois, on doit signaler que, à défaut d'accord, l'Etat du pavillon revendique généralement l'immunité de l'épave du navire de guerre. Par exemple, en 1968, dans l'affaire *Glomar Explorer*, l'Union Soviétique réclamait

⁸⁰ Sur la base de l'article 8, le régime de protection décrit à l'article 10 est étendu au patrimoine culturel subaquatique dans la zone contigüe.

⁸¹ Voir le texte de la proposition présentée par la Fédération de Russie et le Royaume-Uni et appuyée par les États-Unis, pendant les négociations de la Convention : « Within their internal waters, archipelagic waters and territorial sea, in the exercise of their sovereignty and in recognition of general practice among States, States Parties, with a view to cooperating on the best methods of protecting State vessels and aircraft, shall consult the flag State Party to this Convention and, if applicable, other States with a verifiable link, especially a cultural, historical or archaeological link, with respect to the discovery of such identifiable State vessels and aircraft. Such State vessels and aircraft shall not be recovered without the collaboration of the flag State, unless the vessels and aircraft have been expressly abandoned in accordance with the laws of that State », UNESCO doc. 31 C/COM.IV/DR.5 du 26 octobre 2001.

⁸² Voir les affaires *The Orient*, *The Alabama*, *HSM Birkenhead*, *Old Dutch Shipwrecks*, *HMS Spartan*, *U-boat 171*, *La Belle*. Ces affaires sont cités dans Institut de Droit International, *The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law*, 9^{ème} Commission, Rapporteur : Natalino Ronzitti, dans *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2011, p. 133 ss., pp. 145-148.

⁸³ Voir l'affaire *Le Corossol*, un navire de guerre français coulé en 1693 au large des côtes du Canada. La France n'a pas fait opposition à l'intervention du Canada sur l'épave parce que elle faisait partie de la renonciation des ses droits sur la province canadienne transférée au Royaume-Uni avec le Traité de paix du 10 février 1763. Voir aussi l'accord entre les Pays-Bas et l'Australie du 6 novembre 1972 ; selon cet accord, tout titre sur les épaves de la Compagnie hollandaise des Indes orientales situées au large de l'Etat de l'Australie occidentale est transféré des Pays-Bas à l'Australie.

l'immunité pour son sous-marin coulé et récupéré par les Etats-Unis⁸⁴. La pratique des Etats semble aussi concorder par rapport à la question des épaves récupérées comme proies de guerre. Toutefois, le statut de proie de guerre est reconnu seulement dans le cas où la capture concerne un navire de guerre qui coule et pas un navire déjà coulé. Par exemple, ce principe a été affirmé par le Japon, en 1905, dans l'affaire *Admiral Nakhimov*⁸⁵ et par la Haute Cour de Singapour dans l'affaire *U-boat 895*, en 1980⁸⁶.

Le problème du régime juridique des épaves des navires de guerre est à l'étude de l'Institut de Droit International. Le Rapporteur Ronzitti a constaté que la pratique des Etats semble affirmer que le temps ne fait pas disparaître les droits de l'Etat du pavillon sur les épaves de navires de guerre ; l'immunité de l'épave et le droit de propriété de l'Etat du pavillon sont toujours affirmés, sauf en cas d'abandon ou de transfert du titre de propriété⁸⁷.

L'application de l'immunité souveraine devient plus controversée avec le passage du temps ; en effet, il n'est pas facile de prouver la continuité du « dominium » entre l'Etat du pavillon et un navire de guerre coulé de plus de 100 ans dans les eaux internationales ou territoriales d'un autre Etat. Toutefois, la pratique la plus récente des Etats semble affirmer que le temps ne fait pas disparaître les droits de l'Etat du pavillon sur ces épaves de navires de guerre.

On peut donner l'exemple de l'affaire de *Nuestra Señora de las Mercedes y las Animas*, débattu devant une juridiction des Etats-Unis, qui concernait l'immunité d'un navire de guerre espagnol coulé dans les eaux internationales en 1804. En mai 2007, la société Odyssey Marine Exploration, spécialisée dans la recherche des épaves sous-marines, annonçait avoir découvert le site d'une épave dans l'Atlantique et, de manière clandestine, remontait à la surface son trésor et l'expédiait aux Etats-Unis. L'Espagne qui avait revendiqué l'épave en tant qu'ancienne frégate n'avait pas autorisé l'exploitation. Aux Etats-Unis, la société Odyssey engageait une action devant la justice américaine pour se voir reconnaître la propriété du trésor.

En effet, on doit remarquer que les juges américains n'ont pas appliqué la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la Protection du patrimoine culturel subaquatique, parce que les Etats-Unis ne l'ont pas ratifiée. En outre, on doit souligner que les tribunaux américains, depuis l'affaire *Sea Hunt*⁸⁸, pour résoudre ce type de

⁸⁴ Queneudec, *Chronique du droit de la mer*, dans *Annuaire Français de Droit International*, 1981, pp. 680-681.

⁸⁵ Voir dans *The Japanese Annual of International Law*, 1986, p. 185 : « *Admiral Nakhimov had been captured by Japanese Navy before it sank [...]. In accordance with international law, the right with respect to the captured enemy warships and property aboard them are transferred immediately and finally to the Captor State, therefore, all the rights of the Russian side with respect to Admiral Nakhimov became extinct at the time when the vessel was captured by Japanese Imperial Navy* ».

⁸⁶ L'affaire *U-boat 895* citée dans Institut de Droit International, *The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law*, cité, p. 147.

⁸⁷ Institut de Droit International, *The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law*, cité.

⁸⁸ United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, *Sea Hunt Inc and Commonwealth of Virginia v Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels and others*, 221 F 3d 634 (4th Cir 2000), 21 juillet 2000. Dans l'affaire, les juges appliquaient le Traité d'amitié et de relations générales entre les Etats-Unis et l'Espagne de 1902, qui affirme que dans leurs eaux territoriales les épaves et les cimetières militaires des deux Etats jouissent de l'immunité sur une base de réciprocité, sauf renonciation expresse par l'Etat du pavillon (article X). Le jugement a été confirmé par la Cour Suprême des Etats-Unis du 20 février 2001. Pour un examen approfondi de l'affaire, voir Sclafani, *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessels: Defining a Standard of 'Abandonment' for the Shipwreck of a Sovereign*, dans *Tulane Maritime Law Journal*, 2001, p. 559 ss.

différends, ne se réfèrent plus au *Salvage Law*⁸⁹, car cet arrêt ne s'applique pas aux choses submergées depuis des siècles. Donc, le point central de la question va résider dans l'application de la règle de droit international coutumier qui reconnaît l'immunité souveraine des navires de guerre des Etats étrangers. En l'espèce, l'immunité dont il s'agit était une immunité d'exécution car la procédure se déroulait contre la *res*, l'épave de *Las Mercedes* ; donc il était question de savoir si les tribunaux des Etats-Unis pouvaient ou non adopter des mesures coercitives contre les biens d'un Etat étranger.

Pour trancher la question de l'action *in rem*, les juges se référaient au Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), dont la section 1609, dédiée aux immunités d'exécution, dispose que « *the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment, arrest and execution* ». En l'espèce, la question que devait résoudre le juge était celle de savoir si l'épave était un bien de propriété de l'Espagne, car si c'était le cas, il aurait joui de l'immunité d'exécution. Le juge a déclaré que « *Unquestionably, the Mercedes is the property of Spain – constructed in 1788 by Navy Engineers in the shipyard of the Spanish Navy in Havana, Cuba; commanded by officers and crewed by sailors of the Royal Spanish Navy throughout its service; and designated as a Spanish frigate of war [...] It remains on the Royal Navy's official registry of ships [...]* », par conséquent, l'épave jouit de l'immunité d'exécution car elle constitue toujours un bien appartenant à l'Espagne. En outre, les juges ont affirmé que l'immunité, qui dérive de l'application du FSIA, couvre l'épave entière et donc y compris sa cargaison, même si cette cargaison a été détenue par des particuliers ou a été récupérée dans l'épave⁹⁰.

⁸⁹ La *Salvage Law* américain est un ensemble de règles coutumières selon lesquelles le titre sur des choses abandonnées en mer revient à celui qui en prend possession. La *Salvage Law* fut appliquée dans des arrêts rendus entre 1976 et 1982. Voir sur ce point, Scovazzi, *The Application of « Salvage Law and Other Rules of Admiralty » to the Underwater Cultural Heritage: Some Relevant Cases*, dans Garaballo, Scovazzi (eds.), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage – Before and After the 2001 UNESCO Convention*, Leiden, 2003, p. 19 ss., p. 38.

⁹⁰ United States District Court Middle District of Florida, Tampa Division, *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel*, Case No. 8:07-CV-614-SDM-MAP, 3 juin 2009; United States Court of Appeals for Eleventh Circuit, *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Kingdom of Spain*, Lead Case No. 10-10269-JJ, août 2010. Pour des références plus précises sur les décisions américaines concernant l'affaire de *Nuestra Señora de las Mercedes y las Animas*, voir Scovazzi, *Les épaves de navires d'Etat*, dans *Annuaire français de droit international*, 2006, p. 400 ss., pp. 410-415.