

Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique suisse

par

Etienne Henry*

Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction	265
II. Les immunités juridictionnelles : aspects généraux	265
A. De quelques distinctions terminologiques	266
B. Les immunités d'Etat et la structure de l'ordre juridique international	268
C. Les sources du droit des immunités d'Etat	271
1. Le droit international coutumier	272
2. Les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires de 1961 et 1963	273
3. La Convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972 et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats de 2004	274

* L'auteur tient à remercier les professeurs François Bohnet et Giovanni Distefano pour lui avoir donné l'opportunité de rédiger ces pages ainsi que pour leurs encouragements et la relecture du texte. Par ailleurs, l'auteur a également bénéficié d'une intéressante discussion avec le professeur Robert Kolb sur la question des immunités dans les cas de violations du droit international humanitaire dans le contexte de l'affaire pendant laquelle l'Italie a lutté contre l'Allemagne. Cet échange a été une source d'inspiration lors de la rédaction. Malheureusement, pour des raisons de calendrier, il n'a pas été possible de tenir compte des arguments échangés par les parties à cette affaire lors des plaidoiries.

4. Les Accords de siège avec des organisations internationales ...	277
5. Autres régimes spéciaux	279
III. Immunités, droits de l'homme et <i>jus cogens</i> : l'émergence d'une nouvelle exception ?	280
A. Aperçu de la problématique	282
B. L'état de la question en droit « positif »	285
IV. Le régime applicable aux immunités d'exécution	294
A. Les bénéficiaires du droit à l'immunité d'exécution	295
B. Les relations entre immunité de juridiction et immunité d'exécution	299
C. Les biens couverts par l'immunité	301
1. La théorie restrictive et l'immunité de juridiction	303
2. La théorie restrictive et l'immunité d'exécution	304
3. Catégories spécifiques de biens	309
D. Le cas des organisations internationales	314
V. Aspects procéduraux	316
VI. Conclusion	320

I. Introduction

1. L'institution des immunités juridictionnelles des États se situe à la croisée des chemins du droit international et du droit interne. De par leur fondement conceptuel, intimement lié à la notion typiquement internationaliste d'égalité souveraine des États, elle occupe une place centrale dans la géographie de l'ordre juridique international. Mais par leur mise en œuvre et les conséquences pratiques qu'elles peuvent avoir pour les justiciables, les immunités se manifestent avant tout devant et par le biais des juridictions internes¹. Suite aux développements dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, le principe même de l'immunité subit actuellement une remise en cause face à l'affirmation du droit à l'accès au juge et à l'exécution des décisions. Un passage par ces aspects nous semble ainsi nécessaire pour rendre compte de manière circonstanciée de la pratique suisse en matière d'immunités d'exécution. Après avoir dépeint le contexte normatif dans lequel s'insèrent les immunités juridictionnelles (II.) et touché quelques mots du débat actuel autour de la possible émergence prochaine d'une nouvelle exception aux immunités en cas de violations graves des droits de l'homme (III.), nous nous attaquerons plus spécifiquement à l'exposé du régime des immunités d'exécution dans la pratique suisse (IV.). Nous apporterons finalement quelques éléments de nature procédurale (V.).

II. Les immunités juridictionnelles : aspects généraux

2. Les principes et règles appliqués par les États en matière d'immunités juridictionnelles s'insèrent dans l'ordre juridique international en tant que celui-ci consacre un degré minimal de protection. Il subsiste toutefois de sensibles divergences dans la

¹ Il a été souligné que l'immunité des États est un des canaux principaux par lesquels « les tribunaux ont pris contact avec le droit des gens et qu'ils ont dû en examiner les fondements et les principes » (LALIVE JEAN-FLAVIEN, L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales, RCADI, vol. 84, 1953-III, p. 209).

mise en œuvre des immunités d'Etat, ce « minimum » étant parfois difficile à établir avec certitude. Avant de s'intéresser à la pratique suisse, elle-même largement fondée sur le droit international coutumier, nous exposerons donc quelques aspects généraux du droit des immunités d'Etat en droit international général.

A. De quelques distinctions terminologiques

3. Le terme d'immunité juridictionnelle englobe tant la protection contre la juridiction des tribunaux de l'Etat du for² que contre les mesures de contrainte adoptées dans le cadre d'une procédure d'exécution. L'immunité de juridiction proprement dite se traduit par un droit, pour un Etat ou pour les autres catégories de personnes qui en bénéficient de ne pas être attraites devant les tribunaux d'un Etat tiers³. L'immunité d'exécution, quant à elle, vise les mesures de contraintes antérieures ou postérieures au jugement. Son existence implique que l'Etat ou les personnes couvertes par l'immunité ne soient pas soumis à des mesures de contrainte contre leur personne ou leurs biens⁴. Etant donné les liens intimes entre ces

² Pour qu'une mesure rentre dans le champ d'application du droit à l'immunité de juridiction, il semble devoir exister dans tous les cas un élément de contrainte. Ainsi, la C.I.J. a considéré qu'une simple invitation à comparaître dans le cadre d'une procédure pénale, si elle n'est pas assortie de mesures de contrainte, n'enfreint pas le droit à l'immunité de juridiction d'un chef d'Etat en exercice (Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 237, par. 171).

³ PINGEL ISABELLE, L'immunité des Etats, in TOMUSCHAT CHRISTIAN/THOUVENAIN JEAN-MARC, (Edit.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston 2006, p. 239.

⁴ SUCHARITKUL SOMPONG, Immunities of Foreign States Before National Authorities, RCADI, vol. 149, 1976-I, pp. 122-123 ; LALIVE (n. 1), p. 211. SALMON JEAN (Edit.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles 2001, p. 559. Du point de vue conceptuel, les règles sur l'inviolabilité des missions diplomatiques et consulaires, les privilèges et immunités des chefs d'Etats, des agents diplomatiques et consulaires, des organisations internationales intergouvernementales et de leurs agents sont à considérer comme des *leges speciales* par rapport au principe général des immunités d'Etat (STEINBERGER HELMUT, State Immunity, in BERNHARDT RUDOLF (Edit.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume IV, Amsterdam/Londres/New York/ Oxford/Paris/Shannon/Tokyo 2000, p. 615).

deux institutions, et cela en particulier dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), il convient cependant dans une certaine mesure d'élargir notre propos aux immunités juridictionnelles en général.

4. La nature purement procédurale du droit à l'immunité a souvent été relevée par la doctrine – qui parle à cet égard de barrière ou obstacle procédural de *Verfabrenshinderniss* ou encore de *procedural bar* – et la pratique internationale⁵. La question de l'immunité doit ainsi être distinguée de celle d'un éventuel examen de la conformité au droit international d'actes d'Etats étrangers par des juridictions nationales⁶.
5. La doctrine et la pratique distinguent parfois entre les immunités *ratione personae* et les immunités *ratione materiae*. Les premières, qui s'appliquent aux Etats et à quelques autres sujets de droit international tels que les organisations internationales (O.I.) et le Comité international de la Croix-Rouge⁷, sont attachées à la

⁵ Voir par exemple CourEDH, Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni, Grande Chambre, arrêt du 21 novembre 2001, Requête n° 35763/97, par. 48 ; CourEDH, Affaire Fogarty c. Royaume-Uni, Grande Chambre, arrêt du 21 novembre 2001, Requête n° 37112/97, par. 26 ; CourEDH, McElhinney v. Ireland, Grande Chambre, arrêt du 21 novembre 2001, Requête n° 31253/96, par. 25. Ce caractère purement procédural des immunités se traduit notamment par le fait que les agents diplomatiques au bénéfice d'immunités restent tenus de respecter le droit de l'Etat d'accueil (art. 41 de la Convention Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques).

⁶ A ce sujet, voir WEIL PROSPER, Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers, AFDI, vol. 23, 1977, p. 17, qui relève que cette question, appréhendée par exemple en droit américain par la théorie de l'*Act of State*, relève du droit de fond, contrairement à la question de l'immunité de juridiction.

⁷ En Suisse, l'immunité de juridiction du CICR est régie par l'article 5 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Comité international de la Croix-Rouge en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse du 19 mars 1993 (RS 0.192.122.50). Pour les immunités de juridiction et d'exécution du CICR en droit international général, voir DISTEFANO GIOVANNI, Le CICR et l'immunité de juridiction en droit international contemporain : fragments d'investigation autour d'une notion centrale de l'organisation internationale, RSDIE, vol. 12, 2002, pp. 355-370.

personne juridique elle-même. Les secondes sont de nature fonctionnelle et bénéficient à des organismes, établissements ou personnes tierces en raison de leur fonction d'organes du sujet titulaire au droit à l'immunité *ratione personae* ou du simple fait qu'ils réalisent des tâches relevant des prérogatives de la souveraineté (voir par exemple l'article 38 par. 1^{er} de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques)⁸. Dans certains cas, le droit international confère également une immunité *ratione personae* quasi complète, c'est-à-dire incluant également les actes privés (à quelques exceptions près), à des représentants de l'Etat en raison du rôle primordial qu'ils jouent dans les relations internationales⁹.

B. Les immunités d'Etat et la structure de l'ordre juridique international

6. Les immunités d'Etat sont apparues avec l'émergence du concept d'Etat territorial dépersonnalisé¹⁰. La *ratio juris* de l'institution

⁸ MARCELO KOHEN constate cependant que « La distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* a perdu beaucoup de son importance dès lors que l'approche restrictive de l'immunité a été communément admise » (HAFNER GERHARD/KOHEN MARCELO G./BREAU SUSAN (Edit.), La pratique des Etats concernant les immunités des Etats, Leiden/ Boston 2006, p. 5).

⁹ Il s'agit essentiellement des membres du corps diplomatique (cf. art. 31 par. 1 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques), des chefs d'Etats et de gouvernement ainsi que des ministres des affaires étrangères en exercice et de certains fonctionnaires internationaux de rang hiérarchique élevé. Voir Affaire concernant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 54. Voir aussi TF 5A_745/2010 du 15 décembre 2010, reproduit in SJ 2011 I 260, qui reconnaît une immunité complète à un haut fonctionnaire du Bureau International du Travail.

¹⁰ STEINBERGER (n. 4), p. 616. En fait, la notion d'immunité est parfois considérée comme une exception ou une dérogation au principe de souveraineté territoriale dans la mesure où elle soustrait des individus et des biens à la compétence de l'Etat territorial (N'GUYEN QUOC DINH/DAILLIER PATRICK/FORTEAU MATTHIAS/PELLET ALAIN, Droit international public, 8^e éd., Paris 2009, p. 497). Les ouvrages anciens abordent ainsi la question par le concept d'exterritorialité plutôt que d'immunité. Voir par exemple BONFILS HENRY/FAUCHILLE PAUL, Manuel de droit international public, 3^e éd., Paris 1901, p. 181 ; BLÜNTSCHLI JOHANN KASPAR, Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechts-

découle de la nécessité de concrétiser et de définir la portée du « concept-parapluie »¹¹ d'égalité souveraine des Etats afin d'organiser et de rationaliser la coexistence (pacifique) des souverainetés. La doctrine rattache ainsi cette institution aux principes selon lesquels les activités d'un Etat ne peuvent pas être soumises à la juridiction d'un autre Etat (*par in parem imperium non habet*)¹² ou, en ce qui concerne les privilèges et immunités diplomatiques, au principe selon lequel l'Etat hôte ne doit pas entraver les activités des missions diplomatiques (*ne impediatur legatio*)¹³. Pour reprendre le langage de Georges Abi-Saab, il s'agit ainsi d'un de ces domaines du droit

buch dargestellt, Nördlingen 1868, p. 116, par. 135 ou KLÜBER JEAN-LOUIS, Droit des gens moderne de l'Europe, tome premier, Stuttgart 1819, p. 198, par. 128a. Cette conception n'a plus cours au moins depuis la moitié du XX^e siècle : les immunités étant conçues comme des exceptions à la sphère de validité personnelle plutôt que des limites à la sphère de validité matérielle du principe de territorialité (KELSEN HANS, General Theory of Law and State, Cambridge 1949, p. 234 ; GUGGENHEIM PAUL, Traité de droit international public, 2^e éd., Genève 1954, pp. 398-399 ; C.I.J., Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou), Arrêts des 20 et 27 novembre 1950, vol. II, Plaidoirie de M. Scelle (Pérou), p. 126 : « Cette fiction d'exterritorialité est aujourd'hui totalement abandonnée »). Il convient par ailleurs de souligner que le concept abstrait d'immunité d'Etat est lui-même relativement récent, la question ayant été auparavant abordée uniquement à travers les catégories de personnes et de biens qui en bénéficiaient (SHAW MALCOLM N., International Law, 6^e éd., Cambridge 2008, pp. 697-698).

¹¹ L'expression est tirée de CASSESE ANTONIO, Le droit international dans un monde divisé, Paris 1986, p. 122.

¹² DINSTEIN YORAM, Par in Parem Non Habet Imperium, Israel Law Review, vol. 1, 1966, p. 407 ; LALIVE (n. 1), p. 213.

¹³ SALMON JEAN/SUCHARITKUL SOMPONG, Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat, AFDI, vol. 33, 1987, p. 170. Les immunités des organisations internationales, – elles-mêmes étant des créatures des Etats – et de leurs agents sont quant à elles issues du besoin de garantir l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de leurs fonctions (DÍEZ DE VELASCO MANUEL, Las organizaciones internacionales, 14^e éd., Madrid 2006, p. 83). On peut toutefois considérer qu'elles trouvent leur fondement premier dans la collectivité des Etats qui leur a délégué un tel droit à l'immunité.

international *classique* ou traditionnel, caractérisé par son « obsession de l'Etat »¹⁴.

7. Les immunités d'Etat avaient à leur origine un caractère absolu, dans la mesure où le principe ne connaissait aucune exception¹⁵. Le fort développement au XIX^e siècle des relations commerciales internationales, avec l'implication croissante des Etats dans des activités qui n'étaient pas directement liées à l'exercice des fonctions régaliennes a amené la doctrine, et à sa suite des Etats, à tempérer progressivement cette doctrine de l'immunité absolue, y opposant celle de l'immunité dite limitée, relative ou encore restrictive¹⁶, qui fut adoptée par un nombre croissant d'Etats à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle¹⁷. Elle établit une distinction entre les actes des Etats réalisés dans le cadre de l'exercice des prérogatives de puissance publique (*jure imperii*), pour lesquels l'immunité est garantie et les actes de nature commerciale (*jure gestionis*) pour lesquels l'immunité n'est pas reconnue¹⁸. Cette doctrine est actuellement acceptée par la majorité des Etats¹⁹. La détermination des actes *jure*

¹⁴ ABI-SAAB GEORGES, Cours général de droit international public, RCADI, vol. 207, 1987-VII, p. 78.

¹⁵ Le *locus classicus* en la matière est l'opinion du Juge Marshall de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U.S. 116 (1812). Le Royaume-Uni a longtemps appliqué la doctrine de l'immunité absolue, la pratique évoluant à partir de 1958 pour reconnaître pleinement la doctrine de l'immunité relative en 1976. Voir SHAW (n. 10), pp. 701-705. La conception absolue a également été longtemps défendue par l'URSS en raison du rôle important joué par l'Etat dans la sphère économique dans la conception soviétique (DUPUY PIERRE-MARIE, L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000), RCADI, vol. 297, 2002, p. 177).

¹⁶ Voir notamment l'article 4 du « Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers » adopté par l'Institut de droit international à sa session de Hambourg en 1891.

¹⁷ FINKE JASPER, Sovereign Immunity : Rule, Comity or Something Else ?, EJIL, vol. 21, 2010, p. 861. Les premiers Etats à suivre cette voie furent la Belgique, l'Italie, l'Autriche, la Suisse et l'Egypte (LALIVE (n. 1), p. 215).

¹⁸ BROWNLIE IAN, Principles of Public International Law, 7^e éd., Cambridge 2008, p. 328.

¹⁹ SHAW (n. 10), p. 707 ; JENNINGS ROBERT, WATTS ARTHUR (Edit.), Oppenheim's

imperii et des actes *jure gestionis* pose toutefois de sérieux problèmes pratiques²⁰ ; ce qui a donné lieu à une vaste et complexe pratique des Etats, loin d'être uniforme²¹. Certains Etats appliquent le critère de la nature des transactions concernées alors que d'autres le substituent ou y ajoutent celui du but de la transaction.

C. Les sources du droit des immunités d'Etat

8. La présente section a pour but de présenter brièvement, sans entrer dans les détails des aspects matériels, les principaux régimes applicables dans la pratique suisse en matière d'immunité

International Law, Volume I, 9^e éd., Harlow 1992, p. 360. Voir déjà LALIVE (n. 1), p. 239. La pratique Suisse s'est ralliée à cette conception dès 1918. Voir ATF 44 I 49, p. 54, consid. 4, JT 1918 I 594.

²⁰ D'après HERSCH LAUTERPACHT, par exemple, la distinction est inopérante dans la mesure où l'Etat agit toujours en dernière analyse en défense des intérêts publics et donc en tant que personne publique. Par conséquent, tous les actes *jure gestionis* sont des actes *jure imperii* (LAUTERPACHT HERSCH, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, BYIL, vol. 28, 1951, p. 224). Cette critique semble particulièrement pertinente dans les cas où les tribunaux appliquent le critère du but pour distinguer les actes *jure gestionis* des actes *jure imperii*. Dans ce sens, voir l'arrêt du TF du 8 décembre 2000 reproduit in SJ 2001, p. 203 : « le but poursuivi par l'Etat ne saurait être déterminant, car ce but vise toujours, en dernière analyse, un intérêt étatique ». Voir aussi SORNARAJAH M., Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, ICLQ, vol. 31, 1982, pp. 661-685, p. 669 : « Where a foreign sovereign State in pursuance of a newly formulated general policy seeks to change its existing commercial obligations, a political element creeps into the situation and no amount of pretence will make it disappear. Economic activities of a State are intended to benefit the whole community ». Par ailleurs, ANDREA BIANCHI, au vu de la complexité croissante du régime des immunités juridictionnelles et de l'apparition d'exceptions qui ne relèvent pas des actes *jure gestionis*, telle que ladite « *tort exception* » remet en cause le « modèle théorique fondé sur l'axiome principe/exception pour appréhender chaque règle de ce régime éminemment relatif dans son propre contexte » (BIANCHI ANDREA, L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international, RGDIP, vol. 108, 2004, p. 69).

²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009, p. 1448.

d'exécution. Outre l'article 30a de la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²², qui réserve tant les traités internationaux en vigueur à l'égard de la Suisse que les règles découlant du droit international coutumier²³, seul l'article 92 al. 1 ch. 11) LP traite de l'immunité d'exécution. Cette disposition dispose ainsi que « [s]ont insaisissables : [...] les biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique »²⁴. Pour ces deux raisons (priorité du droit international et absence de règles détaillées dans la législation suisse) c'est donc avant tout les sources du droit international qui feront l'objet de notre examen.

1. Le droit international coutumier

9. En l'absence de Convention internationale couvrant tous les cas d'immunité d'exécution, la jurisprudence et la pratique des autorités fédérales sont largement basées sur le droit international coutumier²⁵.

²² RS 281.1.

²³ Malgré le fait que l'article 30a LP ne mentionne que les traités internationaux, il est admis que la réserve vaut aussi en ce qui concerne le droit coutumier (CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991, pp. 38-39 ; ATF 134 III 127, consid. 5.1 ; STAEHELIN MATTHIAS, Art. 30a, *in* STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Edit.), *Basler Kommentar : Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Bâle 2010, p. 193, N 1). Il s'agit ainsi d'un domaine dans lequel le droit international public prime sur le droit interne et cela sans même que la loi ne le prévoie expressément.

²⁴ Cet article est également applicable au séquestre, en vertu de l'art. 275 LP. Voir CANDRIAN JÉRÔME, *La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens : introduction à une lecture*, SJ 2006 II 114.

²⁵ Voir par exemple ATF 106 Ia 142, consid. 3a, JT 1982 II, p. 72.

2. Les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires de 1961 et 1963

10. Le premier domaine important du droit des immunités ayant fait l'objet d'une codification est celui des relations diplomatiques et consulaires. Les privilèges et immunités du personnel diplomatique et consulaire représentent un des domaines les plus anciens et les plus solidement établis du droit international²⁶. La Suisse étant partie tant à la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques qu'à la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires²⁷, les rapports avec les autres Etats parties seront régis par ces instruments²⁸. La Cour internationale de justice (C.I.J.) a eu en 1979 l'occasion de souligner le caractère fondamental des règles coutumières qu'elle codifie :

« Les Conventions de Vienne, qui codifient le droit des relations diplomatiques et consulaires, énoncent les principes et règles indispensables au maintien de relations pacifiques entre Etats et acceptés dans le monde entier par des nations de toutes croyances, cultures et appartenances politiques »²⁹.

La Suisse est donc liée par ces règles coutumières y compris envers les quelques Etats non parties aux Conventions de Vienne.

²⁶ Ainsi, alors que des pans entiers du droit international, notamment du droit des conflits armés furent largement bafoués durant la première guerre mondiale, les immunités diplomatiques furent généralement respectées (NUSSBAUM ARTHUR, A Concise History of the Law of Nations, New York 1954, p. 231).

²⁷ RS 0.191.02.

²⁸ La quasi-totalité des Etats est partie à la Convention de 1961 (187 Etats parties) et 173 Etats sont parties à la Convention de 1963 [état au 10 août 2011].

²⁹ Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 24, par. 45.

3. La Convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972 et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats de 2004

11. Si les règles applicables en matière de relations diplomatiques et consulaires ont déjà fait l'objet d'une codification fructueuse, la variété des solutions adoptées par les Etats en matière d'immunités d'Etat au sens large a, dans une certaine mesure, empêché la formation de règles coutumières précises et incontestées dans le domaine. Cet état incertain du droit a même mené certains auteurs à remettre en cause l'existence d'obligations en la matière³⁰. Alors que certains Etats disposent d'une législation sur la question des immunités d'Etat³¹, la majorité, dont la Suisse, applique directement ce droit international coutumier aux contours relativement incertains³². L'insécurité juridique que provoque cette situation est toutefois combattue par des projets de codification et d'unification, avec un succès limité jusqu'à aujourd'hui³³.

³⁰ Voir par exemple LALIVE (n. 1), pp. 251 et 275. Une telle opinion n'est actuellement plus défendable, notamment au regard du premier considérant du préambule de la Convention des Nations unies de 2004, selon lequel « les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier ». Voir aussi FINKE (n. 17), pp. 856-857. D'après cet auteur, les Etats reconnaissent un droit à l'immunité des Etats de manière très générale et abstraite, sans qu'il y ait d'accord sur la portée de ce principe dans des cas particuliers.

³¹ C'est notamment le cas des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'Argentine, de l'Australie, du Canada, du Pakistan, de Singapour et de l'Afrique du Sud. Les législations de ces Etats sont reproduites *in* DICKINSON ANDREW/LINDSAY RAE/LOONAM JAMES P. (Edit.), *State Immunity – Selected Materials and Commentary*, Oxford 2004.

³² Pour la pratique des Etats européens, voir HAFNER/KOHN/BREAU, (n. 8). Voir déjà TROBOFF PETER D., *Foreign State Immunity : Emerging Consensus on Principles*, RCADI, vol. 200, 1986-V, pp. 316-318. Voir pour la pratique récente des tribunaux italiens ATTERITANO ANDREA, *Immunity of States and their Organs : the Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years*, IYIL, vol. 19, 2009, pp. 33-56.

³³ Des associations scientifiques privées telles que l'Institut de droit international (sessions de Hambourg en 1891, d'Aix-en-Provence en 1954, et de Bâle) et

12. Au plan régional européen, la Convention européenne sur l'immunité des Etats, conclue le 16 décembre 1972 dans le cadre du Conseil de l'Europe représente le premier instrument conventionnel sur la question³⁴. La Convention est en vigueur à l'égard de la Suisse depuis le 7 octobre 1982. Sa portée pratique est toutefois limitée par le faible nombre d'Etats parties³⁵. Par ailleurs, le TF considère que la Convention de Bâle de 1972 n'atteste pas de manière générale de l'état du droit international coutumier et qu'elle doit être considérée à cet égard avec la plus grande réserve³⁶. Le Conseil fédéral a par ailleurs exprimé son intention de dénoncer ladite Convention « dès que la majorité des Etats parties à la Convention européenne aura ratifié la Convention onusienne et que cette dernière sera entrée en vigueur »³⁷.
13. Sur le plan universel, la question a occupé la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) à partir de 1978³⁸. Celle-ci a adopté en 1991 un Projet d'articles sur les immunités

l'Association de droit international (session de Montréal en 1982) se sont également penchées sur la question. Pour un exposé historique des différents projets de codification et d'unification jusqu'à 1980, voir SINCLAIR IAN, *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*, RCADI, vol. 167, 1980-II, pp. 121-145.

³⁴ STE no. 074 ; RS 0.273.1.

³⁵ En sus de la Suisse, la Convention est en vigueur à l'égard des sept Etats suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni. Voir le site du Bureau des traités du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=8&DF=20/05/2011&CL=FRE> (consulté le 20 mai 2011).

³⁶ Si dans un premier temps, le TF a accueilli assez largement les principes contenus dans la Convention comme reflétant le droit coutumier (ATF 104 Ia 367, consid. 2a : « Die in der "Convention européenne" enthaltenen Grundsätze können immerhin als Ausdruck der Entwicklungstendenz des modernen Völkerrechtes betrachtet und in diesem Sinne mit herangezogen werden »), il est par la suite revenu sur ses pas et a adopté une attitude plus circonspecte vis-à-vis de la Convention européenne (ATF 120 II 405, consid. 3).

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 21), p. 1476.

³⁸ Pour une vue générale des travaux au sein de l'ONU sur la question, se référer au guide analytique accessible sur le site de la CDI : http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_1.htm (consulté le 20 mai 2011).

juridictionnelles des Etats et de leurs biens en lui adjoignant des commentaires³⁹. Le processus de codification a finalement abouti le 2 décembre 2004, après une phase de négociations sur des questions restées controversées, avec l'adoption le 2 décembre 2004 par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens⁴⁰. La Convention entrera en vigueur « le trentième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion » (article 30). A ce jour, onze Etats seulement ont consenti à être liés à ladite Convention, la Suisse l'ayant ratifiée le 16 avril 2010⁴¹. La portée pratique future de ce texte reste ainsi sujette à caution à l'heure actuelle, si ce n'est dans la mesure où ses dispositions peuvent être considérées comme

³⁹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (29 avril-19 juillet 1991), ACDI, 1991 vol. II(2, pp. 12-64 ; accessible en ligne : http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/A_46_10.pdf (consulté le 20 mai 2011). Voir, sur ce projet d'article KESSEDJIAN CATHERINE/SCHREUER CHRISTOPH, Le projet d'articles de la Commission du Droit International des Nations-Unies sur les immunités des Etats, RGDIP, vol. 96, 1992, pp. 299-341.

⁴⁰ Résolution 59/38 de l'Assemblée générale, annexe, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49), accessible en ligne : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/4_1_2004_francais.pdf (consulté le 16 mai 2011). Sur la Convention, voir notamment HAFNER GERHARD/LANGE LEONORE, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, AFDI, vol. 50, 2004, pp. 45-76 ; HAFNER GERHARD/KÖHLER ULRIKE, The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, NYIL, Vol. XXXV, 2004, pp. 3-49 ; STEWART DAVID P., The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, AJIL, vol. 99, 2005, pp. 194-211 ; voir aussi la série d'articles publiés *in* ICLQ, vol. 55, 2006, pp. 395-445 ; pour les liens avec la pratique suisse, voir CANDRIAN, (n. 24), pp. 95-139.

⁴¹ Voir les informations disponibles sur le site internet du bureau des traités des Nations Unies : <http://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280057946> (consulté le 11 août 2011). Voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009, pp. 1443-1478, accessible en ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2009/1443.pdf> (consulté le 16 mai 2011).

reflétant le droit international coutumier en la matière. A cet égard, il convient de mentionner que selon le préambule de la Convention, celle-ci n'a pas seulement pour objet de contribuer à la codification du droit international, mais également à son développement et à l'harmonisation des pratiques nationales. Il est ainsi encore tôt pour affirmer de chacune des règles qu'elle contient si elles reflètent ou cristallisent le droit coutumier en la matière. Limitons-nous à constater que la Convention a déjà reçu un accueil positif à cet égard en doctrine et dans la pratique⁴².

4. Les Accords de siège avec des organisations internationales

14. Les immunités juridictionnelles des O.I. sont généralement fondées sur le traité fondateur⁴³ ou sur les accords de siège conclus avec les Etats d'accueil⁴⁴. La compétence en matière de relations extérieures

⁴² Voir HAFNER/KOHEN/BREAU, (n. 8), p. xii, qui soulèvent que la Convention « est conforme pour l'essentiel à la pratique des Etats européens, si bien que l'on s'attend à voir la Convention exercer également une influence très importante sur la pratique future des Etats » ; STEWART (n. 40), p. 210. Voir aussi CourEDH, Sabeh El Leil c. France, Grande Chambre, arrêt du 29 juin 2011, Requête no 34869/05, par. 18 et 49 (en ce qui concerne l'article 11). Pour la Grande Chambre, la Convention « l'immunité de juridiction des Etats est régie par le droit international coutumier, dont la codification a été réalisée par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens » (par. 18) ; voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL (n. 21), p. 1473 et ATF 134 III 128, consid. 5.1.

⁴³ Voir par exemple l'article 104 de la Charte des Nations Unies, RS 0.120.

⁴⁴ Arrêt du 12 juillet 2010 dans la cause opposant NML Capital Ltd. et EM Limited à la Banque des règlements internationaux, ATF 136 III 383, consid. 4.1. Voir par exemple pour la Suisse l'article 6 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et les Etats parties à la Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) en vue de déterminer le statut juridique en Suisse de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE du 17 novembre 1997, RS 0.192.120.193.1. La liste des accords internationaux conclus par la Suisse en la matière est longue. Voir les traités répertoriés au Recueil systématique du droit fédéral sous la cote RS 0.192.12. ainsi que la Banque de données des traités du DFAE ; <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/intrea/dbstv.html> (consulté le 31 mai 2011).

échoit à la Confédération (art. 54 al. 1 de la Constitution fédérale), qui est ainsi compétente pour négocier et conclure ces accords de siège. Le Parlement a récemment adopté la Loi sur l'Etat hôte (LEH) qui s'adresse avant tout aux autorités fédérales⁴⁵. Il s'agit essentiellement d'une codification de la pratique fédérale en la matière qui se fondait auparavant sur diverses sources⁴⁶. Elle a pour objet principal de donner une base légale au Conseil fédéral pour conclure des accords de sièges (art. 26 LEH), de fixer le cadre légal dans lequel cette activité doit prendre place ainsi que de permettre le maintien de l'attractivité de la Suisse en tant que place internationale. La LEH comprend également des dispositions sur l'aide financière que la Confédération peut offrir à certaines organisations internationales non gouvernementales (OING, cf. définition à l'art. 25 LEH), mais elle exclut expressément l'octroi à celles-ci des privilèges, immunités ou facilités prévus par la loi (art. 24 al. 4 LEH). La LEH ne joue toutefois pas de rôle pratique en matière d'immunités de juridiction dans la mesure où elle réserve le droit international et la législation fédérale en vigueur (art. 1 al. 2 LEH).

15. Dans le système des Nations Unies, des traités multilatéraux ont été adoptés pour régler les questions des privilèges et immunités de l'ONU et des institutions spécialisées. Il s'agit de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946⁴⁷ et de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées du 21 novembre 1947⁴⁸. Bien que la Suisse ne soit pas partie à ces Conventions, leurs dispositions pourraient se révéler utiles à titre d'indication du droit coutumier dans l'hypothèse où surgiraient des questions non prévues par les accords de siège. En effet, en l'absence d'accord, la doctrine considère généralement que

⁴⁵ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités ainsi que les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte du 22 juin 2007, RS 192.12.

⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, FF 2006, p. 7614.

⁴⁷ NATIONS UNIES, Recueil des Traités, vol. 1, p. 15.

⁴⁸ NATIONS UNIES, Recueil des Traités, vol. 33, p. 261.

la reconnaissance d'immunités de juridiction et d'exécution aux O.I., y compris dans les relations avec les Etats tiers, découle du droit coutumier⁴⁹.

5. Autres régimes spéciaux

16. Il convient par ailleurs de mentionner qu'un certain nombre de conventions consacrent l'immunité d'exécution, parfois limitée à des circonstances déterminées, à l'égard de certains objets⁵⁰ : il s'agit de la Convention du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)⁵¹ en ce qui concerne le matériel roulant du chemin de fer et d'autres objets assimilés (art. 18 par. 3 COTIF) ; de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale⁵² qui instaure une immunité de saisie pour les avions en raison de contestations relatives à la propriété intellectuelle (art. 27) ; de la Convention internationale du 29 avril 1958 sur la haute mer⁵³ qui consacre l'immunité absolue pour les navires de guerre en haute mer (art. 8) ainsi que pour les navires d'Etat affectés à des activités non commerciales (art. 9)⁵⁴.

⁴⁹ DOMINICÉ CHRISTIAN, L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales, RCADI, vol. 187, 1984-IV, p. 223 ; VIRALLY MICHEL, Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public, RCADI, vol. 183, 1983-V, p. 259 ; DISTEFANO (n. 7), pp. 361-365 ; LALIVE (n. 1), pp. 304-305.

⁵⁰ Voir STAEHELIN (n. 23), pp. 213-214, n° 58-63.

⁵¹ RS 0.742.403.1.

⁵² RS 0.748.0. Voir aussi la Convention du 29 mai 1933 pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs ; RS 0.748.671.

⁵³ RS 0.747.305.12. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (RS 0.747.305.15) ne porte pas atteinte à ce régime (art. 32, 95 et 96). Voir aussi le régime, plus souple en ce qu'il consacre des exceptions à l'immunité, de l'article 3 de la Convention internationale du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles concernant les immunités de navires d'Etat ; RS 0.747.331.51.

⁵⁴ Le projet initial de la CDI étendait cette immunité aux navires de commerce possédés par des Etats. La négociation qui eut lieu lors de la Conférence internationale de Genève illustre le type d'arguments échangés entre les tenants de la théorie des immunités absolues (URSS, Roumanie, Bulgarie, Tchécoslovaquie)

III. Immunités, droits de l'homme et *jus cogens* : l'émergence d'une nouvelle exception ?

17. Le processus parfois décrit comme l'« humanisation »⁵⁵ progressive du droit international depuis 1945 et plus particulièrement depuis la fin de la guerre froide s'est manifesté en particulier par la reconnaissance des droits de l'homme et de la responsabilité pénale individuelle au niveau international. Ces deux domaines répondent à une logique différente, voire opposée à celle des immunités des Etats, fondée sur les principes de souveraineté territoriale et d'égalité des Etats. Il y a ainsi une antinomie entre les concepts d'immunité des Etats et celle de la justice internationale pour les individus. De manière plus spécifique, cette antinomie se traduit par un conflit de normes entre les règles sur l'immunité des Etats et le droit des individus à l'accès au juge et à l'exécution des décisions. Si l'on pouvait dire, sur le plan idéologique, du droit des immunités juridictionnelles qu'il est symptomatique d'une « obsession pour l'Etat », les droits de l'homme et le droit international pénal sont quant à eux obnubilés par la protection de la dignité humaine. Un observateur a par ailleurs forgé le terme de « droits-de-l'hommisme » pour pointer du doigt certaines erreurs dans lesquelles tombent parfois les apôtres de cette nouvelle tendance⁵⁶ ; ce concept ayant pour pendant celui de « droit-d'étatisme », qui désigne les excès

et celle des immunités relatives (Danemark, Norvège, Colombie, Italie, Japon, Inde, Royaume-Uni, Irlande, Australie, Espagne, Canada, Turquie, Libéria, Panama) ainsi que le déclin de la conception absolue des immunités. UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA, Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Volume IV (Second Committee (High Seas : General Regime)), Doc. A/CONF.13/C.2/SR.6-10, pp. 5-34.

⁵⁵ Voir par exemple MERON THEODOR, *The Humanization of International Law*, La Haye 2006. PINGEL (n. 3), p. 239, qui parle « d'invasion du droit international par les droits de l'homme ».

⁵⁶ Le terme, du moins dans ce contexte, est d'Alain Pellet. Voir PELLET ALAIN, Conférence commémorative Gilberto Amado, « Droits-de-l'hommisme » et droit international, 18 juillet 2000 ; accessible en ligne : <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/52/french/amado.pdf> (consulté le 23 mai 2011).

contraires des courtisans de la raison d'Etat⁵⁷. C'est dans ce contexte général que se situe la problématique brûlante et délicate de l'éventualité du refus de l'immunité juridictionnelle par des juridictions nationales dans des affaires concernant des violations graves des droits de l'homme⁵⁸. La question ne peut toutefois se

⁵⁷ Voir l'Opinion individuelle du Juge Antônio Augusto Cançado Trindade dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), p. 26, par. 106 : « The precious legacy of natural law thinking, evoking the natural law of the right human reason (*recta ratio*), has never faded away, and this should be stressed time and time again, particularly in face of the indifference and pragmatism of the “strategic” *droit d'étatistes*, so numerous in the legal profession in our days ».

⁵⁸ La doctrine récente sur ces questions est particulièrement foisonnante. Si elle ne reconnaît généralement pas encore l'émergence d'une règle claire en la matière, elle est en général – à quelques notables exceptions près (Tomuschat, d'Argent) – au moins *de lege ferenda* favorable à l'émergence d'une exception aux immunités juridictionnelles en cas de violations graves des droits de l'homme. Voir entre autres CAPLAN LEE M., State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens* : A Critique of the Normative Hierarchy Theory, *AJIL*, vol. 97, 2003, pp. 741-781 ; FLAUSS JEAN-FRANÇOIS, Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme, *RSDIE* 2000, pp. 299-324 ; PINGEL ISABELLE, Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste, *RGDIP*, vol. 106, 2002, pp. 893-915 ; BIANCHI (n. 20), pp. 63-98 ; BIANCHI ANDREA, Serious Violations of Human Rights and Foreign States' Accountability Before Municipal Courts, in CHAND VOHRAH LAL/POCAR FAUSTO/FEATHERSTONE YVONNE/FOURMY OLIVIER/GRAHAM CHRISTINE/HOCKING JOHN/ROBSON NICHOLAS (Edit.), *Man's Inhumanity to Man : Essays in Honour of Antonio Cassese*, La Haye/Londres/New York 2003, pp. 149-181 ; FOCCARELLI CARLO, Immunité des Etats et *jus cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers, *RGDIP*, vol. 112, 2008, pp. 761-794 ; FOCCARELLI CARLO, Denying Foreign State Immunity for Commissions of International Crimes, *ICLQ*, vol. 54, 2005, pp. 951-958 ; CANDRIAN JÉRÔME, L'immunité des Etats face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels : immunité de juridiction des Etats et droits de l'homme, immunité d'exécution des Etats et de leurs biens culturels, Zürich/Bâle/Genève 2005 ; TOMUSCHAT CHRISTIAN, L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme, *RGDIP*, vol. 109, 2005, pp. 51-74 ; CAFLISCH LUCIUS, Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme, in BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE/GOWLAND-DEBBAS VERA (Edit.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : Liber amicorum*

résumer à un choc idéologique entre deux conceptions de la fonction du droit international et il existe de nombreux éléments d'ordre juridique à considérer, qu'ils militent en faveur ou en défaveur de l'émergence d'une nouvelle exception au droit des immunités juridictionnelles. L'importance et l'actualité de la question justifient d'y consacrer quelques lignes afin de brosser un tableau schématique de la problématique, sans prétendre bien sûr épuiser la question.

A. Aperçu de la problématique

18. Une théorie parfois avancée pour justifier des exceptions au principe de l'immunité des Etats en cas de violations des droits de l'homme se base sur une vision fonctionnelle de l'égalité souveraine⁵⁹. L'Etat ayant pour fonction première d'assurer un minimum de bien-être et de sécurité à ses ressortissants, il ne pourrait se prévaloir de ce principe à des fins contraires à ces objectifs⁶⁰. Cette théorie peut être rapprochée de celle de la renonciation implicite, selon laquelle les Etats qui commettent délibérément des crimes internationaux renoncent *ipso facto* à leur droit à l'immunité juridictionnelle. Elle a notamment été accueillie par la Cour suprême grecque dans l'affaire Distomo en ce qui concerne l'immunité de juridiction⁶¹.

Georges Abi-Saab, Genève 2001, pp. 651-676 ; VOYIAKIS EMMANUEL, Access to Court v. State Immunity, ICLQ, vol. 52, 2003, pp. 297-332 ; MCGREGOR LORNA, Torture and State Immunity : Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, EJIL, vol. 18, 2008, pp. 903-919 ; NOVOGRODSKY NOAH BENJAMIN, Immunity for Torture : Lessons from *Bouzari v. Iran*, EJIL, vol. 18, 2008, pp. 939-953 ; ORAKHELASHVILI ALEXANDER, State Immunity and Hierarchy of Norms : Why the House of Lords Got It Wrong, EJIL, vol. 18, 2008, pp. 955-970 ; ORAKHELASHVILI ALEXANDER, State Immunity and International Public Order Revisited, GYIL, vol. 49, 2007, pp. 327-365.

⁵⁹ Sur la conception fonctionnelle de la souveraineté, voir, dans le contexte de la discussion relative à la doctrine de la responsabilité de protéger, PETERS ANNE, Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty, EJIL, vol. 20, 2009, pp. 513-544.

⁶⁰ Voir les arrêts rendus dans l'affaire Pinochet, cités *infra*, note 72.

⁶¹ GIANELLI ALESSANDRA, Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini, RDI, vol. LXXXVII, 2004, p. 657. Elle a ce-

19. Le débat actuel s'exprime surtout en terme de conflit de normes entre des règles ayant parfois qui plus est le rang de normes de *jus cogens* interdisant certains comportements (et les conséquences qui en découlent en terme de responsabilité en cas de violation) avec les règles de droit conventionnel ou coutumier en matière d'immunité souveraine⁶² : « comment en effet, admettre en bonne logique, qu'une norme hiérarchiquement prévalante (l'interdiction de la torture) puisse être privée partiellement d'effectivité par une règle de rang inférieur (l'immunité de juridiction civile de l'Etat étranger) »⁶³ ?
20. Certains auteurs contournent cette question en affirmant que les règles de *jus cogens* dont il s'agit (par exemple l'interdiction de la torture) et les règles en matière d'immunité juridictionnelle ne sont pas antinomiques dans la mesure où leur objet est différent. Alors que les premières seraient des règles substantives, les secondes ne relèveraient que du domaine des obligations procédurales⁶⁴. Cette approche n'est toutefois pas convaincante dans la mesure où il est souvent malaisé de distinguer entre ce qui relève de l'un ou de l'autre aspect. Il suffit à cet égard de mentionner la jurisprudence en matière de droit à la vie, dans laquelle le volet procédural est indissociablement lié, voire constitue une partie de l'obligation primaire incombant aux Etats. Lorsque des règles de *jus cogens* ne sont pas applicables, la question se résume alors à une question d'interprétation.

pendant été rejetée par la Cour de Cassation italienne dans l'affaire Ferrini (IOVANE MASSIMO, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court : Opening up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, IYIL, vol. 14, 2004, p. 177). Gianelli mentionne également l'exercice de la juridiction en tant que contre-mesure (op. cit., p. 661).

⁶² Voir par exemple Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (n. 9), Opinion dissidente de M. Al Khasawneh, par. 7 ; PAULSSON JAN, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge 2005, pp. 138-146.

⁶³ FLAUSS JEAN-FRANÇOIS, La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH, No. 53, 2003, pp. 164-165.

⁶⁴ Voir par exemple D'ARGENT PIERRE, Les réparations de guerre en droit international public : la responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre, Bruxelles/Paris 2002, p. 801 ; GATTINI ANDREA, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision, JICJ, vol. 3, 2005, pp. 236-237.

21. Un des arguments souvent avancé en faveur du maintien en état de la prétendue *lex lata* en matière d'immunité est le risque d'abus tels que les affaires politiquement motivées, l'instrumentalisation de la justice nationale des Etats à divers fins, ce qui aurait pour conséquence de troubler les relations internationales. A cela s'ajoute le fait que l'ouverture de la voie juridictionnelle, notamment pour de nombreuses affaires de réparations dans le cas de dommages résultant d'actes de guerre illicites pourrait avoir pour effet une multiplication exponentielle des demandes qui, dessaisissant les gouvernements d'une compétence qui leur échoit traditionnellement⁶⁵, entraînerait un engorgement des tribunaux nationaux des Etats concernés et une décentralisation absolue du contentieux international avec des conséquences difficilement prévisibles⁶⁶. Il existe aussi un risque que certains Etats s'érigent en juges de leurs pairs et leur appliquent leur propre interprétation unilatérale du droit international⁶⁷.

⁶⁵ Les réparations pour dommages de guerre font en effet dans la pratique l'objet d'un règlement collectif négocié entre les ex-belligérants à la fin du conflit. Voir TOMUSCHAT (n. 58), p. 70 et 72, qui relève que ces « jeux procéduraux » représenteraient un risque pour la réconciliation. De manière générale, voir à ce sujet, D'ARGENT (n. 64), en particulier pp. 795-808. Le droit international humanitaire ne semble toutefois pas échapper au courant d'« humanisation » qui traverse le droit international public dans son ensemble. Voir en particulier les conclusions de l'étude de GAETA PAOLA, *Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation ?* in : BEN-NAFTALI ORNA (Edit.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford 2011, p. 326.

⁶⁶ FLAUSS (n. 63), p. 175. Voir aussi BIANCHI (n. 20), p. 77. On notera que l'argument du risque de chaos peut-être retourné selon la perspective dans laquelle on se place. Il a par exemple été utilisé avec succès en faveur de la restriction du droit des immunités... Le délégué italien à la Conférence de Genève sur le droit de la mer de 1958 affirmait ainsi : « With regard to article 33, the Italian delegation considered that caution should be exercised in extending to ships owned or operated by a state the same immunity as that traditionally granted only to warships. Such immunity should not be granted to ships competing with others in free international trade, since inequitable treatment of that sort would be bound to upset the balance of trade and lead to total chaos » (UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA (n. 54), p. 10).

⁶⁷ De telles critiques ont été formulées à l'encontre de la législation nord-américaine.

22. Si l'on tient compte de la prévalence actuelle de la théorie des immunités relatives, il est cependant possible d'appliquer par analogie aux immunités en matières civiles l'argument avancé par le juge Al-Khasawneh à propos des immunités pénales des dirigeants politiques :

« On voit mal pourquoi les Etats accepteraient que leur comportement concernant des domaines importants de leur développement, mais non le comportement criminel de leurs agents, puisse faire l'objet de procédures judiciaires à l'étranger »⁶⁸.

23. En effet, s'il existe des risques d'instrumentalisation politique en matière de violations de règles du *jus cogens*, il n'y a pas de raison de penser que ces risques n'existent pas dans le domaine commercial pour lequel le droit international tend de manière croissante à nier l'immunité de juridiction et d'exécution. Or l'expérience a montré que de telles craintes étaient largement infondées.

B. L'état de la question en droit « positif »

24. Sur le plan normatif, la première brèche substantielle au principe de l'immunité a été portée dans le domaine des immunités pénales. Même si les immunités pénales ne font pas l'objet de cette contribution – elles sont par ailleurs exclues du champ d'application de la Convention des Nations Unies⁶⁹ – leur consanguinité conceptuelle avec les immunités juridictionnelles justifie un bref

Voir par exemple FLAUSS JEAN-FRANÇOIS, Compétence civile universelle et droit international général, in TOMUSCHAT CHRISTIAN/ THOUVENAIN JEAN-MARC, (Edit.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston 2006, pp. 389-392.

⁶⁸ AL KHASAWNEH (n. 62), par. 7. Les montants en jeux dans les affaires *jure gestionis* atteignent parfois des sommes colossales dont le sort est loin d'être indifférent aux Etats, comme par exemple dans l'affaire qui opposait le Moscow Center for Automated Air Traffic Control à la Commission de surveillance du canton de Genève, dans laquelle le commandement de payer indiquait un montant dépassant le milliard de francs (ATF 134 III 122).

⁶⁹ STEWART (n. 40), p. 196.

excursus. La règle coutumière clairement établie en la matière est que les immunités liées à la qualité officielle des individus poursuivis ne sont pas opposables devant une juridiction pénale internationale⁷⁰. La question est plus délicate s'agissant des poursuites pénales devant des juridictions internes. Les divers arrêts rendus à l'occasion de l'affaire Pinochet allaient dans le sens de la consécration d'une exception à la règle pourtant bien établie de l'immunité pénale des anciens chefs d'Etat⁷¹. Cette jurisprudence considère ainsi que les actes tels que la torture ne pouvaient pas, de par leur nature, être considérés comme « réalisés dans l'exercice d'une fonction officielle »⁷². Un tel raisonnement laissait entrevoir

⁷⁰ Ainsi, selon l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, « [l]a situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etats, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine ». Cf. Article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en particulier le second paragraphe : « Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». D'après la pratique de la Cour, ce principe s'applique également aux ressortissants d'Etats non parties au Statut de Rome. Voir *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 mars 2009, ICC-02/05-01/09-3, par. 41-45 ; Decision on the « Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI », 27 juin 2011, ICC-01/11, par. 9. Voir sur ces questions et sur les difficultés posées dans les relations avec les Etats tiers GAETA PAOLA, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ?*, JICJ, vol. 7, 2009, pp. 315-332.

⁷¹ Bien que notre contribution ne soit pas consacrée à la problématique des immunités pénales, nous ne pouvons que suivre le groupe de travail de la C.D.I. lorsqu'il affirme qu'« il ne peut faire aucun doute que cette affaire et la publicité qui l'a entourée ont conforté l'idée que les agents de l'Etat ne devraient pas être fondés à invoquer l'immunité en cas d'actes de torture commis sur leur propre territoire, qu'il s'agisse d'actions intentées au civil ou au pénal ». Rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, Appendice au rapport du groupe de travail, Ann. CDI, 1999, vol. II(2), par. 12, p. 181.

⁷² Arrêt de la Chambre des Lords *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), 24 mars 1999, reproduit in LAUTERPACHT ELIHU/GREENWOOD CHRISTOPHER J./OPPENHEIMER A.G. (Edit.), *International Law Report*, vol. 119, Cambridge 2002, p. 138 ; voir aussi

un possible élargissement des actes pour lesquels des exceptions aux immunités pénales sont reconnues. La C.I.J. a cependant mis un sérieux frein à la possibilité d'une telle évolution à l'occasion de l'affaire Yerodia, qui concernait des poursuites contre un Ministre des affaires étrangères en fonction, de sorte que l'on peut actuellement en conclure qu'il subsiste une obligation de garantir aux chefs d'Etats et aux ministres des affaires étrangères en exercice l'immunité pénale pour les actes commis dans l'exercice de la fonction officielle⁷³.

25. En matière civile, la remise en question des immunités, qui se traduirait par une prétendue « exception droits de l'homme », ne semble pas beaucoup plus avancée⁷⁴. Dans un arrêt souvent cité, concernant un cas où le requérant, qui alléguait avoir été victime d'actes de torture imputables à l'Etat koweïtien s'était vu refuser le droit par les tribunaux britanniques d'assigner l'Etat koweïtien en réparation du dommage subi⁷⁵, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a estimé qu'une restriction au droit d'accès au juge en raison de l'immunité souveraine d'un Etat tiers était justifiée dans la mesure où elle « ne [restreint] pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans

l'arrêt du Tribunal de première instance de Bruxelles du 6 novembre 1998 (ibid., p. 349). Dans le même sens, voir l'arrêt du TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, (IT-95-14), Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, par. 41.

⁷³ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 51-61. La question figure dans le programme de travail de la CDI. Voir le dernier rapport du rapporteur spécial de la CDI, KOLODKIN ROMAN ANATOLEVICH, Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'Etat devant la juridiction pénale étrangère, 10 juin 2010, Doc. A/CN.4/631, pp. 35-61, qui conclut à l'inexistence en droit positif d'exceptions à la règle de l'immunité des représentants de l'Etat tout en faisant des recommandations *de lege ferenda* dans le sens de leur introduction. Le rapport n'a pas encore été examiné par la CDI en plenum.

⁷⁴ Christian Tomuschat relève ainsi, avec une pointe d'ironie, que « [l]es “nouvelles tendances” sont une construction bien faible dans la réalité des faits » (TOMUSCHAT (n. 58), p. 55).

⁷⁵ Affaire Al-Adsani (n. 5), par. 15.

sa substance même »⁷⁶, si elle était fondée sur « le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat »⁷⁷, et enfin qu'une telle restriction n'était en l'occurrence pas disproportionnée⁷⁸. En cela, elle n'a fait qu'interpréter la portée de l'article 6 par. 1^{er} CEDH dans ses rapports avec d'autres règles du droit international de rang équivalent, conformément à la règle coutumière d'interprétation consacrée à l'article 31 par. 3 let. c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁹. Ce faisant, elle

⁷⁶ Affaire Al-Adsani (n. 5), par. 53. La Cour s'est limitée à mentionner cette condition dans la partie de son raisonnement où elle synthétise sa jurisprudence en matière d'accès au juge. Elle n'a toutefois pas expliqué pour quelle raison elle considérerait que la substance de ce droit n'avait pas été affectée en l'occurrence. Selon Pingel, ce point du raisonnement de la Cour est particulièrement contestable. PINGEL (n. 3), p. 242. Voir à ce sujet l'opinion dissidente du juge Loucaides dans l'Affaire McElhinney (n. 5).

⁷⁷ Affaire Al-Adsani (n. 5), par. 54.

⁷⁸ Affaire Al-Adsani (n. 5), par. 56.

⁷⁹ La CourEDH a appliqué un raisonnement analogue dans un arrêt du même jour rendu dans l'affaire Fogarty c. Royaume-Uni, qui concernait une question de relations de travail et d'allégations de harcèlement sexuel à l'encontre d'une employée d'ambassade. Affaire Fogarty (n. 5), par. 34-39. Cette affaire ne présente toutefois pas les mêmes difficultés que l'affaire Al-Adsani car, comme l'ont souligné les juges Caflich, Costa et Vajić, dans leur opinion concordante, la règle de l'immunité souveraine « n'empêch[ait] pas d'appliquer toute disposition de la Convention ayant valeur de *jus cogens* ». Pour une critique de l'arrêt, voir cependant l'opinion dissidente du juge Loucaides. Voir aussi une affaire du même jour concernant une action en indemnisation en dommage corporel suite à un incident frontalier ; Affaire McElhinney (n. 5), par. 34-40. Il n'est toutefois pas exclu que la jurisprudence de la CourEDH évolue à l'avenir, comme le suggère le juge Rozakis dans son opinion dissidente à ce dernier arrêt : « Le fait que le droit sur l'immunité des Etats en était – et en est toujours – à une phase de transition et que la communauté internationale marquait –et marque – une nette préférence pour une limitation de cette immunité à des actes spécifiques des Etats, a pourtant une grande incidence sur le critère de la proportionnalité au regard de la Convention. En d'autres termes, je peux admettre que le fait pour l'Irlande d'invoquer l'immunité des Etats en 1994-1995 servait un intérêt légitime, mais lorsque nous en arrivons à mettre en balance les divers intérêts en jeu, l'exception d'immunité souveraine perd une grande partie de son poids compte tenu de l'évolution du droit international et du statut actuel du droit sur l'immunité des Etats ».

réaffirmait partiellement une jurisprudence antérieure rendue dans le domaine des immunités des O.I.⁸⁰.

26. Cette jurisprudence a été récemment réaffirmée par la Grande Chambre dans l'affaire *Sabeh El Leil c. France* avec toutefois un résultat opposé⁸¹. Dans ce cas, la Cour, a considéré que les conditions n'étaient pas remplies dans la mesure où, de manière générale, le droit coutumier ne consacre plus de droit à l'immunité de juridiction en matière de contrats de travail. D'après l'approche adoptée par la Grande Chambre dans cette affaire, seul le minimum de protection contre la juridiction des tribunaux étrangers garanti par le droit international peut donner lieu à une restriction justifiée du droit à l'accès au juge garanti à l'article 6 par. 1^{er} CEDH et non pas une pratique nationale allant au-delà de ce minimum ; qui n'est de ce fait pas basée sur le droit international. Le raisonnement de la Cour semble ainsi réduire la portée des immunités juridictionnelles au minimum garanti par le droit coutumier et établit une présomption de non-conformité avec la CEDH des pratiques nationales allant au-delà de ce minimum. Le minimum garanti par le droit international évoqué ci-dessus semble ainsi devenir un maximum !
27. Dans l'affaire *Al-Adsani*, la CourEDH a toutefois été contrainte d'examiner également la question du conflit de normes sous l'angle de la hiérarchie normative – le droit des immunités souveraines

⁸⁰ Il s'agit des affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne*, arrêt du 19 février 1999, Requête n° 26083/94, et *Beer et Reagan c. Allemagne*, Grande Chambre, arrêt du 19 février 1999, requête n° 28934/95. Pour la pratique antérieure de la Commission européenne des droits de l'homme, voir CAFLISCH (n. 58), pp. 663-672. Le raisonnement de la CourEDH dans l'affaire *Al-Adsani* a cependant été critiqué au regard du fait que, dans ces affaires, la Cour avait tenu compte dans l'examen de la proportionnalité de la restriction au droit d'accès au juge du fait que les requérants disposaient de moyens alternatifs de revendiquer leurs droits alors qu'il n'existait en l'occurrence aucun moyen alternatif accessible à M. Al-Adsani pour tenter d'obtenir justice (BIANCHI, (n. 20), p. 94). Pour la jurisprudence du TF, qui applique le raisonnement tiré de la jurisprudence de Strasbourg, voir ATF 130 I 325, consid. 4.1 ; voir aussi ATF 136 III 389, consid. 4.5.

⁸¹ Affaire *Sabeh El Leil* (n. 42), par. 49.

d'une part et le droit d'accès au juge découlant de l'article 6 par. 1^{er} CEDH d'autre part⁸². Elle n'a toutefois pas admis que le rang de règle impérative du droit international acquis par l'interdiction de la torture impliquait une perte du droit à l'immunité souveraine⁸³ et en a conclu que la restriction du droit d'accès au juge n'était par conséquent pas injustifiée⁸⁴.

28. Dans l'affaire *Ferrini c. Allemagne* jugée en 2006 par la Cour de cassation italienne, la haute juridiction italienne a confirmé une décision des tribunaux inférieurs qui ont ordonné la saisie de biens appartenant à l'Etat allemand en vertu d'un jugement condamnatore contre celui-ci pour des crimes de guerres (relevant ainsi incontestablement du *jus cogens*) commis par les troupes allemandes en Italie pendant la Seconde Guerre mondiale⁸⁵. Les tribunaux italiens ont par ailleurs accordé l'exequatur à un jugement grec rendu dans des circonstances analogues (affaire *Distomo*)⁸⁶. Suite à ces décisions de justice, les autorités italiennes ont pris des mesures d'exécution à l'encontre de biens appartenant à l'Allemagne, notamment de biens immobiliers sis en Italie. Ces décisions ont donné naissance à un différend entre l'Allemagne et l'Italie qui a été soumis à la Cour internationale de justice⁸⁷. Par une

⁸² Affaire *Al-Adsani* (n. 5), par. 57 à 67.

⁸³ Affaire *Al-Adsani* (n. 5), par. 61.

⁸⁴ Affaire *Al-Adsani* (n. 5), par. 67.

⁸⁵ Le texte de l'arrêt est reproduit in RDI, vol. LXXXVII, 2004, pp. 539-551.

⁸⁶ Cette affaire a fait l'objet d'une requête à la CourEDH suite au refus des autorités grecques d'adopter des mesures d'exécution forcée à l'encontre de l'Allemagne. La Cour, appliquant sa jurisprudence « *Al-Adsani* », a déclaré la requête irrecevable. CourEDH, Affaire *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, Chambre, Décision sur la recevabilité du 12 décembre 2002, requête n° 59021/00. L'arrêt est résumé in AJIL, vol. 95, 2001, pp. 198-201.

⁸⁷ Immunités juridictionnelles de l'Etat (*Allemagne c. Italie*) ; instance introduite par l'Allemagne le 23 décembre 2008 ; voir les informations sur <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=ai&case=143&k=60> (consulté le 28 juin 2011). Ces affaires ont déjà fait couler beaucoup d'encre. Voir notamment, en plus des publications déjà mentionnées, BIANCHI ANDREA, *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, AJIL, vol. 99, 2005, pp. 242-247 ; DE SENA PASQUALE/DE VITTOR FRANCESCA, *State Immunity and Human Rights : The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, EJIL, vol. 16, 2005, pp. 89-112 ; BUONAIUTI

ordonnance du 4 juillet 2011, la Cour internationale de justice a accueilli favorablement la requête en intervention de la République hellénique⁸⁸.

29. Etant donné les désaccords en la matière, l'ampleur des enjeux ainsi que les conséquences importantes que pourrait avoir une évolution du droit dans ce domaine sur les relations internationales, il n'est pas étonnant que la question ait été laissée en-dehors du champ d'application de la Convention des Nations Unies⁸⁹. La position du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale telle qu'elle est affichée dans la déclaration interprétative relative à l'article 12 de la Convention des Nations Unies semble quant à elle entrebâiller la porte à une telle évolution du droit international :

« La Suisse considère que l'art. 12 ne règle pas la question des actions en réparation pécuniaire pour violations graves de droits de l'homme prétendument attribuables à un Etat et commises en dehors de l'Etat du for. Par conséquent, cette convention ne préjuge pas les développements du droit international dans ce domaine. »⁹⁰

30. La question de l'émergence éventuelle d'une nouvelle exception au droit à l'immunité doit être distinguée de celle de l'exercice d'une compétence universelle en matière civile. Dans une affaire récente

FABRIZIO MARONGIU, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione* : la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, 2011, pp. 232-270 ; ATTERITANO ANDREA, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana* : il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, 2011, pp. 271-297.

⁸⁸ Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), Requête de la République hellénique à fins d'intervention, ordonnance du 4 juillet 2011, par. 34.

⁸⁹ Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, Rapport du Président du Groupe de travail, 12 novembre 1999, Doc. A/C.6/54/L.12, par. 12.

⁹⁰ Projet d'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009, p. 1479. Voir aussi les déclarations interprétatives de la Suède et de la Norvège.

opposant un citoyen tunisien alléguant qu'il avait été victime d'actes de torture de la part de l'Etat tunisien et qui avait actionné ce dernier en réparation du tort moral devant les tribunaux de son domicile à Genève, le Tribunal fédéral a eu une occasion de se prononcer sur la question⁹¹. Le citoyen tunisien, qui recourait contre le refus d'entrer en matière de la part de la Cour de justice du canton de Genève a été débouté pour une question de compétence (art. 3 LDIP)⁹². Le Tribunal fédéral a rejeté l'application du for de nécessité prévu à l'article 3 LDIP et considéré qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner le grief lié à l'immunité de juridiction⁹³, qui fondait pourtant la décision de la Cour de justice⁹⁴.

31. Cette jurisprudence, si elle venait à être confirmée, crée cependant une inégalité de traitement entre une situation telle que celle-ci, dans laquelle aucune procédure pénale n'était en cours en Suisse, et le cas dans lequel une telle procédure serait ouverte en Suisse. Par le biais de l'adhésion des parties plaignantes au procès pénal prévu par l'article 119 al. 2 let. b) du Code de procédure pénale fédéral (CPP) qui consacre, en conjonction avec l'article 122 CPP, un droit pour les parties plaignantes dans une procédure pénale à « faire valoir des

⁹¹ Pour plus d'informations sur l'affaire, voir le blog de l'association Trial-CH, qui a assuré la représentation du demandeur : <http://trial-ch-fr.blog.spot.com/2007/05/le-tribunal-fdral-suisse-rejette-une.html> (consulté le 23 mai 2011).

⁹² TF 4C.379/2006 du 22 mai 2007, consid. 3. L'interprétation du Tribunal fédéral peut être qualifiée de formaliste dans la mesure où elle a pour effet de créer une situation de déni de justice vu que le requérant ne disposait pas d'autre for raisonnablement accessible. Il est par ailleurs symptomatique du malaise qui transpire du raisonnement ampoulé du Tribunal fédéral, qu'après avoir procédé à une interprétation historique quelque peu laborieuse, faisant tout reposer sur un terme qui n'est pas nécessairement central dans la disposition en cause, la Haute cour conclue de manière quelque peu contradictoire qu'« il n'est pas possible d'admettre la compétence des tribunaux helvétiques, sauf à violer le *texte clair* de l'art. 3 LDIP » (notre italique).

⁹³ TF 4C.379/2006 du 22 mai 2007, consid. 4.

⁹⁴ En soi, le fait de s'être en premier lieu assuré de sa juridiction n'est pas critiquable : « le tribunal doit s'assurer qu'il est compétent avant d'entamer la procédure d'examen de la demande d'immunité juridictionnelle » (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (n. 39), p. 24).

conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale » (art. 122 al. 1 CPP) et prévoit la compétence du tribunal pénal pour en juger (art. 124 al. 1 CPP) aurait dans ce cas un moyen d'obtenir justice. La compétence du juge pénal en cas d'action civile s'étend aussi aux cas dans lesquels la cause comporte des éléments d'extranéité⁹⁵.

32. Or le CPP reconnaissant dans certains cas la compétence universelle, notamment en matière de torture (voir par exemple l'article 6 al. 1 CPP en conjonction avec l'article 5 para. 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), il en découle que la compétence en matière civile serait plus facile à établir dans le cadre d'une procédure pénale qu'en l'absence d'une telle procédure. Une telle différence de traitement n'est à notre sens pas conciliable avec le droit des victimes à la réparation⁹⁶. Le TF pourrait remédier à cette inégalité de traitement en élargissant l'interprétation qu'il fait de l'article 3 LDIP de manière à accorder la compétence des tribunaux suisses dans les cas où un hypothétique juge pénal serait territorialement compétent pour connaître de la cause pénale. Dans cette perspective, on peut affirmer que le fait pour un Etat d'exercer la compétence universelle en matière civile ne constitue en tout cas pas une violation du droit international. On ne peut cependant pas affirmer dans l'état actuel du droit international conventionnel ou coutumier qu'il existe une obligation générale incombant aux Etats

⁹⁵ ATF 133 IV 171, 181, consid. 9.4 ; voir aussi HEMPEL HEINRICH, Art. 39, *in* SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Edit.), *Basler Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010, p. 246, n° 7 ; TAKEI NAOKI D., Art. 39, *in* SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Edit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 281, n° 12 ; *contra* : JEANNERET YVAN, *L'action civile au pénal*, *in* BOHNET FRANÇOIS (Edit.), *Quelques actions en paiement*, Neuchâtel 2009, p. 113, par. 36.

⁹⁶ Voir à ce sujet la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/60/147 du 16 décembre 2005, intitulée *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*.

d'exercer la compétence universelle en matière civile dans les cas de torture⁹⁷.

33. Au regard de ces éléments, l'impression qui ressort de la motivation du Tribunal fédéral est que celui-ci a choisi de s'appuyer sur un raisonnement d'ordre technique relevant du droit international privé pour éviter de se prononcer sur la position de la Cour de justice de Genève en matière d'immunité de juridiction ; position qui soulevait la délicate question – en particulier eu égard à la politique de la Confédération en matière de droits de l'homme et au rôle de la Suisse et de Genève dans les affaires internationales –, de l'éventuelle exception au droit à l'immunité de juridiction dans les cas de torture. S'il n'a ainsi pas fermé la porte à une évolution à l'italienne ou à la grecque, le Tribunal fédéral a par contre montré qu'il n'est pas particulièrement disposé à s'emparer de la question. Tôt ou tard, celle-ci risque cependant de se poser à nouveau.

IV. Le régime applicable aux immunités d'exécution

34. Notre exposé se basera sur la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁸ et sur les dispositions de la Convention des Nations Unies, dans la

⁹⁷ Voir à cet égard l'arrêt de la Cour d'Appel de l'Ontario, *Bouzari v. Iran*, 2004 CanLII 871 (ON CA), par. 69-95. Voir aussi l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, [2006] UKHL 26, par. 26-27. Dans ces deux affaires toutefois, tant la Chambre des Lords que la Cour d'Appel de l'Ontario n'excluent pas des développements dans ce sens à l'avenir. *Contra* : Affaire *Ferrini* (n. 85), par. 9 ; TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, par. 155. Aux Etats-Unis, la section 1350 du *Alien Tort Act* prévoit la compétence universelle en matière civile pour les délits commis en violation du droit international public ou d'un traité en vigueur à l'égard des Etats-Unis. La section 1605A du *Foreign State Immunity Act* prévoit depuis 2008 une exception à l'immunité dans certaines circonstances spécifiques pour les cas de « personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources for such an act ». Sur cette question voir FLAUSS (n. 67), pp. 385-415 et FLAUSS (n. 63), pp. 156-175.

⁹⁸ Pour une présentation complète mais limitée à la jurisprudence suisse, voir FAVRE

mesure où ce texte reflète un large consensus des Etats. Nous tâcherons également de mettre en relief les différences existantes entre ces deux régimes. Il convient toutefois d’emblée de relever en ce qui concerne le poids à accorder à la Convention des Nations Unies dans l’identification des règles coutumières que la question des « mesures de contrainte contre les biens d’un Etat » compte parmi les cinq questions matérielles particulièrement controversées qui ont fait l’objet d’un processus de négociation s’étalant sur une dizaine d’années avec pour conséquence d’avoir retardé l’adoption de la Convention⁹⁹.

A. Les bénéficiaires du droit à l’immunité d’exécution

35. L’ordre juridique international ne confère un droit à l’immunité qu’à des sujets dudit ordre juridique (principalement les Etats et les O.I.).

DOMINIQUE, L’immunité de juridiction et d’exécution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* FORSTMOSER PETER/HONSELL HEINRICH/WIEGAND WOLFGANG (Edit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis* : Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2005, pp. 471-485. Voir aussi KREN-KOSTKIEWICZ JOLANTA, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Berne 1998 ; EGLI JEAN-FRANÇOIS, L’immunité de juridiction et d’exécution des Etats étrangers et de leurs agents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* Centenaire de la LP, 1989, pp. 201-216 ; FORNI ROLANDO, *Die Gerichts- und Vollstreckungsimmunität fremder Staaten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, ASDI, vol. XLII, 1986, pp. 9-15.

⁹⁹ Sur ces cinq questions, voir en particulier le Rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (n. 71), ainsi que le rapport cité en n. 89 et le rapport intitulé Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, Rapport du Président du Groupe de travail, 10 novembre 2000, Doc. A/C.6/55/L.12. A côté de cette problématique, il s’agissait de la notion d’Etat aux fins de l’immunité, des critères à appliquer pour déterminer si un contrat ou une transaction est de nature commerciale, de la notion d’entreprise d’Etat ou autre entité d’Etat en matière de transactions commerciales et de l’applicabilité des immunités juridictionnelles aux contrats de travail. Hafner et Lange relèvent que l’échec des négociations étaient dû en particulier à des divisions en ce qui concerne les mesures de contrainte et les critères à appliquer pour distinguer les actes de souveraineté des transactions commerciales (HAFNER, LANGE, (n. 40), p. 48).

Du fait que ces sujets agissent par le biais d'organes et d'agents qui seront parfois des personnes distinctes dans les ordres juridiques internes, la détermination des personnes qui pourront invoquer ce droit représente une étape centrale dans l'examen de toute prétention à la reconnaissance d'une immunité juridictionnelle¹⁰⁰.

36. Différents organes ou agents de ces sujets du droit international, tels que les dirigeants politiques (chefs d'Etats et de gouvernement, ministres des affaires étrangères et certains autres ministres)¹⁰¹, les agents diplomatiques et consulaires, les membres de missions des Etats auprès des O.I.¹⁰² ou de missions spéciales¹⁰³, les militaires¹⁰⁴, les fonctionnaires internationaux peuvent ainsi bénéficier de divers degrés d'immunité juridictionnelle selon des régimes spéciaux qui s'appliqueront prioritairement à la Convention des Nations Unies (cf. art. 3 et 26)¹⁰⁵. Nous nous efforcerons de mentionner les questions d'immunité d'exécution dans ces régimes distincts lorsqu'ils font l'objet d'une pratique de la part des autorités suisses dont nous avons pris connaissance au cours de la préparation de

¹⁰⁰ POIRAT FLORENCE, Les immunités des sujets du droit international (Etats et organisations internationales), in VERHOEVEN JOE (Edit.), Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?, Bruxelles 2004, p. 32.

¹⁰¹ Voir VERHOEVEN JOE, Les immunités d'exécution et de juridiction du Chef d'Etat et de gouvernement en droit international, Ann. IDI, vol. 69, 2000-2001, pp. 441-711. Voir aussi BORGHI ALVARO, L'immunité des dirigeants politiques en droit international, Genève/Bâle 2003. Pour un résumé de la pratique internationale, voir DDIP, Avis de droit du 22 février 2001, JAAC 67.35.

¹⁰² Voir la Convention de Vienne du 14 mars 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales. Cette convention n'est toutefois pas entrée en vigueur.

¹⁰³ Voir la Convention de New York du 16 décembre 1969 sur les missions spéciales. NATIONS UNIES, Recueil des Traités, vol. 1400, p. 246 ss. Cette convention est entrée en vigueur pour la Suisse depuis le 21 juin 1985. RS 0.191.2.

¹⁰⁴ La Convention des Nations Unies ne s'applique pas aux activités militaires (STEWART (n. 40), p. 197).

¹⁰⁵ Voir à ce propos la déclaration interprétative de la Norvège : « la Convention ne s'applique pas en présence d'un régime spécial d'immunités, notamment d'immunités *ratione personae*. Ainsi, le fait que les chefs d'Etat soient mentionnés expressément à l'article 3 ne doit pas être interprété comme signifiant que la Convention modifie l'immunité *ratione personae* des autres organes de l'Etat ».

cette étude. Notre analyse restera toutefois centrée sur l'immunité d'exécution des Etats telle qu'elle ressort de la jurisprudence du TF et de la Convention des Nations Unies.

37. Dans tous les cas, il convient de souligner que l'institution juridique a pour fonction de protéger les intérêts de l'Etat (respectivement, des autres sujets du droit international qui sont titulaires d'un droit à l'immunité) et non pas d'instaurer des privilèges personnels en faveur de certains individus. Comme le rappelle très clairement le Préambule de la Convention de Vienne de 1961, et contrairement à ce qu'une certaine « sagesse » populaire aime à croire, « le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentantes des Etats ».
38. L'article 2 par. 1 let. b) de la Convention des Nations Unies inclut divers éléments dans la notion d'« Etat » aux fins de l'interprétation de la Convention. Il s'agit premièrement de « l'Etat et ses divers organes de gouvernement » (ch. i) de ladite disposition). Ces termes comprennent notamment « [le] chef d'Etat, [le] chef de gouvernement, [le] gouvernement central, [les] ministères et [les] services gouvernementaux, [les] départements ministériels ou sous-ministériels, services ou bureaux », ainsi que les organes des branches judiciaires et législatives¹⁰⁶. L'appellation ou l'éventuelle personnalité juridique distincte de ces organes dans l'ordre juridique interne n'a pas d'influence sur leur qualité d'organe¹⁰⁷. En deuxième lieu, la notion d'Etat comprend « [l]es composantes d'un Etat fédéral ou les subdivisions politiques de l'Etat, qui sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine et agissent à ce titre » (art. 2 par. 1 let. b) ch. ii). Cette disposition est en ligne avec la jurisprudence suisse, qui ne reconnaît l'immunité à ces

¹⁰⁶ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (n. 39), p. 14. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, le TF a notamment reconnu l'immunité de juridiction d'un magistrat espagnol pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions (ATF 130 III 136, consid. 2.2).

¹⁰⁷ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (n. 39), p. 15.

entités que dans la mesure où elles exercent effectivement des prérogatives de puissance publique¹⁰⁸. L'article 2 par. 1 let. b) ch. iii) mentionne aussi « [l]es établissements ou organismes d'Etat ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat ». Cette disposition vise à inclure dans la définition d'Etat les entités privées habilitées par le droit interne à exercer des prérogatives de la puissance publique¹⁰⁹. En matière d'immunité d'exécution, la question de l'éventuelle levée du voile en cas d'abus de droit de la part de l'Etat étranger a été laissée ouverte par la Convention des Nations Unies¹¹⁰. Finalement, le terme d'Etat au sens de la Convention comprend également « [l]es représentants de l'Etat agissant à ce titre » (art. 2 par. 1 let. b) ch. iv). Cette disposition est partiellement redondante, dans la mesure où dans la plupart des cas, les représentants de l'Etat sont également des organes au sens du chiffre i). On peut songer par exemple au cas des experts privés mandatés pour représenter un Etat à des fins précises.

39. Dans un premier temps, la jurisprudence du TF a refusé l'immunité aux organismes ou entreprises d'Etats dotés d'une personnalité juridique distincte¹¹¹. Dans un arrêt de 1978 le TF a toutefois émis

¹⁰⁸ ATF 130 III 142, consid. 2.1 : « En ce qui concerne l'immunité des Etats étrangers, et singulièrement l'immunité de juridiction, il faut donc entendre par "Etat étranger", outre la personne étatique elle-même, toute autorité devant être considérée comme un démembrement de l'Etat, délégataire ou dépositaire des fonctions qu'il entend exercer, en application directe de ses compétences en tant qu'Etat souverain, au bénéfice de sa "puissance publique", pour reprendre une terminologie du droit interne ». La pratique suisse ne reconnaît pas de droit à l'immunité *ratione personae* aux démembrements d'Etats fédéraux. L'Etat fédéral est donc seul apte à invoquer l'immunité pour les actes et biens des Etats fédérés couverts par l'immunité *ratione materiae* (HAFNER/KOHEN/BREAU, (n. 8), p. 9).

¹⁰⁹ HAFNER, KÖHLER (n. 40), p. 15.

¹¹⁰ Voir à cet égard les points convenus en ce qui concerne la compréhension de certaines dispositions de la Convention, annexés à la Convention et selon lesquelles « [l]'article 19 ne préjuge ni la question de la « levée du voile dissimulant l'entité », ni les questions liées à une situation dans laquelle une entité d'Etat a délibérément déguisé sa situation financière ou réduit après coup ses actifs pour éviter de satisfaire à une demande, ni d'autres questions connexes ».

¹¹¹ Voir ATF 104 Ia 373, consid. 3 et les références.

des doutes sur cette jurisprudence et a suggéré la possibilité d'exception au principe, tout en laissant indécise la question¹¹². Cette jurisprudence a par la suite été confirmée à plusieurs reprises¹¹³.

B. Les relations entre immunité de juridiction et immunité d'exécution

40. Les mesures de contrainte contre les biens d'un Etat entraînent potentiellement une atteinte plus grave à la souveraineté d'un Etat étranger que le simple fait de le soumettre à la juridiction des tribunaux de l'Etat du for. De là découle une plus grande réticence de certains Etats à adopter la théorie de l'immunité restrictive en ce qui concerne les immunités d'exécution¹¹⁴. Cela explique pourquoi, d'une manière générale, le droit international distingue nettement entre immunité de juridiction et immunité d'exécution et ne permet pas d'inférer une levée ou une exception à l'immunité d'exécution du fait qu'elle existe en matière d'immunité de juridiction¹¹⁵. Le régime applicable dans chaque cas est ainsi bien distinct.

¹¹² ATF 104 Ia 373, consid. 3.

¹¹³ La jurisprudence du TF, qui refusait d'accorder l'immunité à des organismes qui ont une personnalité juridique distincte a évolué avec l'ATF 110 Ia 46, consid. 4.b : « Organismen mit eigener Rechtspersönlichkeit grundsätzlich keine staatliche Immunität beanspruchen können und dass Ausnahmen nur denkbar sind, soweit sie mit staatlicher Hoheitsgewalt (*iure imperii*) gehandelt haben ». Voir aussi l'ATF 120 III 44, consid. 3.a, qui concernait la Kuwait Investment Authority, « une corporation publique constituée par une loi koweïtienne du 20 juin 1982 [...] dotée d'une personnalité juridique distincte, tout en étant dépendante du Ministère des Finances koweïtien. Conformément à ses statuts, le but de cette corporation est d'assurer, au nom et pour le compte du Gouvernement koweïtien, la gestion et l'investissement de différents fonds de l'Etat du Koweït ».

¹¹⁴ REMIRO BROTONS ANTONIO/RIQUELME CORTADO ROSA M./ORIHUELA CALATAYUD ESPERANZA/DÍEZ-HOCHLEITNER JAVIER/PÉREZ-PRAT DURBAN LUIS, *Derecho Internacional*, 2^e éd., Valence 2007, p. 1043. Voir cependant : l'Opinion dissidente des juges Caflisch, Cabral Barreto et Vajić dans l'affaire *McEllhinney* (n. 5) : « la construction de l'immunité absolue de juridiction (et même d'exécution) a commencé à se fissurer dans le premier quart du XX^e siècle ».

¹¹⁵ Voir aussi Affaire *Kalogeropoulou* (n. 86), p. 9. Si la Cour a reconnu que

41. Sur cet aspect, la solution consacrée par la Convention des Nations Unies diffère ainsi de la pratique du Tribunal fédéral, qui ne distingue pas nettement l'immunité d'exécution de l'immunité de juridiction et fait découler la première de la seconde¹¹⁶. Cet état de la jurisprudence suisse nous oblige à aborder brièvement la façon dont le droit international et en particulier la Convention des Nations Unies règlent la question des exceptions à l'immunité de juridiction¹¹⁷.
42. Les Etats ou O.I. pouvant renoncer par avance ou dans des cas précis à invoquer leur droit à l'immunité, il est toutefois bien établi que le droit des immunités a un caractère dispositif¹¹⁸. Si certains instruments prévoient même un devoir de renoncer à l'invoquer « dans tous les cas où, à son avis, l'immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans nuire au but pour lequel l'immunité est accordée » (article IV, section 14 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies)¹¹⁹, l'hypothèse de la renonciation à l'immunité n'est pas toujours prévue dans les accords de siège¹²⁰. La pratique atteste de l'exigence d'une renonciation expresse à invoquer l'immunité d'exécution distincte d'une éventuelle renonciation à invoquer l'immunité de juridiction

« [l']exécution d'un jugement, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 », elle a cependant « [estimé] que si les tribunaux grecs ont condamné l'Etat allemand à payer des dommages-intérêts aux requérants, cela n'emporte pas nécessairement obligation pour l'Etat grec de garantir aux requérants le recouvrement de leur créance au travers d'une procédure d'exécution forcée sur le sol grec ».

¹¹⁶ Voir *infra*, par. 52.

¹¹⁷ Voir *infra*, par. 45-47.

¹¹⁸ REMIRO BROTONS ET AL. (n. 114), p. 1039. Pour un cas d'application en Suisse, voir ATF 134 III 130, consid. 5.3.

¹¹⁹ Voir aussi notamment l'article 21 par. 2 de de l'Accord conclu le 11 mars 1946 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation Internationale du Travail pour régler le statut juridique de cette organisation en Suisse (RS 0.192.120.282) cité dans TF 5A_745/2010, consid. 3.

¹²⁰ Voir décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996 (JAAC, n° 61.75, consid. 4.2).

au sens étroit¹²¹. Les clauses de renonciation peuvent également porter sur des biens affectés à des activités relevant de la puissance publique (art. 21 par. 2 de la Convention des Nations Unies), mais dans ce cas, la clause de renonciation devrait être assez claire et préciser les biens pour lesquels l'Etat renonce à l'immunité d'exécution, faute de ne pas être applicable aux biens affectés à des activités *jure imperii*¹²².

43. Le consentement à l'arbitrage pour un litige n'implique pas de renonciation à l'immunité d'exécution pour ce qui est de la mise en œuvre de la sentence arbitrale si la convention d'arbitrage ou le contrat écrit ne le prévoient pas expressément (art. 19 let. a) ch. ii) de la Convention des Nations Unies)¹²³.

C. Les biens couverts par l'immunité

44. En principe, tous les biens appartenant à un Etat sont couverts par l'immunité d'exécution tant avant qu'après le jugement. Ce principe correspond sans conteste au droit coutumier. Les difficultés surviennent lorsqu'il s'agit de délimiter le champ des exceptions ainsi que des exceptions aux exceptions à ce principe. La

¹²¹ Voir art. 20 Convention des Nations Unies : « le consentement à l'exercice de la juridiction au titre de l'article 7 n'implique pas qu'il y ait consentement à l'adoption de mesures de contrainte » ; art. 32 par. 4 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques : « La renonciation à l'immunité de juridiction pour une action civile ou administrative n'est pas censée impliquer la renonciation à l'immunité quant aux mesures d'exécution du jugement pour lesquelles une renonciation distincte est nécessaire » ; art. II, section 2 de la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

¹²² BERSHEDA VUCUROVIC TETIANA, La saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie auprès des établissements bancaires suisses, PJA 2008, vol. 2, p. 927. Voir ATF 134 III 131, consid. 5.3. En l'espèce, le TF a considéré que la clause, formulée en termes généraux, était assez claire pour permettre également la saisie de biens *jure imperii*.

¹²³ Voir aussi PENGELLEY NICHOLAS, Waiver of Sovereign Immunity from Execution : Arbitration is Not Enough, Journal of International Arbitration, vol. 26, 2009, pp. 859-872 ; BLANE ALEXIS, Sovereign Immunity as a Bar to the Execution to International Arbitral Awards, New York University Journal of International Law and Politics, vol. 41, 2009, pp. 453-505.

Convention de Bâle de 1972, par exemple, en son article 23, exclut l'exécution forcée et les mesures conservatoires « sauf dans les cas et dans la mesure où [l'Etat étranger] y a expressément consenti par écrit »¹²⁴. La Convention des Nations Unies quant à elle instaure des règles distinctes pour les mesures antérieures au jugement (art. 18)¹²⁵ et les mesures postérieures au jugement (art. 19-21). Comme le prévoit l'article 19 de la Convention des Nations Unies, la règle générale dispose que : « [a]ucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat [...] ». Il existe cependant des exceptions au principe de l'immunité d'exécution, qui découlent soit du consentement de l'Etat auquel les biens appartiennent (art. 19 let. a) et b) de la Convention des Nations Unies¹²⁶), soit du caractère commercial de ces biens (art. 19 let. c) de la Convention des Nations Unies). Cette dernière exception fait évidemment référence à la conception restrictive des immunités juridictionnelles. Vu l'importance de la question, il convient d'exposer ici brièvement les critères applicables pour distinguer les contrats ou transactions commerciaux échappant ainsi au domaine

¹²⁴ Les Etats ayant fait une déclaration conformément à l'article 24 de la Convention peuvent cependant déroger à cette interdiction dans leurs relations mutuelles (cf. art. 26 de la Convention ; ce n'est pas le cas de la Suisse). Cette exigence représente un recul par rapport à la pratique antérieure du TF, qui ne connaît pas une telle exigence (KRAFFT CHARLES-MATTHIAS, *La Convention européenne sur l'immunité des Etats et son Protocole additionnel*, ASDI, 1975, p. 23).

¹²⁵ Cette disposition ne permet des mesures antérieures au jugement que dans la mesure où l'Etat étranger y a consenti. Ces règles sont donc plus restrictives que la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. La Norvège a émis une réserve à l'égard de l'article 18.

¹²⁶ Cette disposition exclut l'immunité d'exécution lorsque « a) [l']Etat a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international ; ii) Par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ; ou iii) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties ; ou b) L'Etat a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure ». Le terme « accord international » ne fait pas nécessairement référence à un accord en la forme écrite.

de l'immunité de juridiction au sens étroit. Cela permettra de mettre en relief les différences d'approche en ce qui concerne l'immunité d'exécution.

1. La théorie restrictive et l'immunité de juridiction

45. L'article 2 paragraphe 1^{er} lettre c) donne une définition des « transactions commerciales », pour lesquelles l'immunité de juridiction n'est en principe pas reconnue (cf. art. 10 paragraphe 1^{er} de la Convention). Selon cette disposition, il s'agit de :
- « i) Tout contrat ou transaction de caractère commercial pour la vente de biens ou la prestation de services.
 - ii) Tout contrat de prêt ou autre transaction de nature financière, y compris toute obligation de garantie ou d'indemnisation en rapport avec un tel prêt ou une telle transaction.
 - iii) Tout autre contrat ou transaction de nature commerciale, industrielle ou portant sur la fourniture de biens ou de services, à l'exclusion d'un contrat de travail. »
46. L'article 2 paragraphe 2, qui fut l'objet de longues négociations, permet de prendre également en compte dans certains cas et de manière subsidiaire le critère du but des transactions :
- « Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une "transaction commerciale" » au sens de l'alinéa c du paragraphe 1, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'Etat du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction ».
47. La pratique suisse applique de longue date le critère de la nature de l'acte – et non pas celui de son but – pour déterminer si celui-ci relève de l'exercice de la puissance publique aux fins de l'immunité

de juridiction¹²⁷. L'adoption de l'Arrêté fédéral par lequel les Chambres approuvent la Convention a suscité une certaine opposition en raison de craintes selon lesquelles les dispositions de la Convention pourraient avoir pour effet une modification importante de la pratique actuelle du Tribunal fédéral. Au regard de l'ordre de priorité clairement établi entre les deux critères, celles-ci paraissent exagérées¹²⁸. L'article 2 paragraphe 2 de la Convention des Nations Unies ne devrait pas affecter la pratique du Tribunal fédéral en-dehors des cas où les parties à la transaction ont convenu que le but devait être pris en compte, étant donné qu'elle ne l'autorise en-dehors de cette hypothèse que dans le cas où cela correspond à la pratique de l'Etat du for, ce qui n'est, faut-il le répéter, pas le cas en Suisse. Mentionnons aussi le fait que les articles 11 à 17, sur lesquels nous ne nous arrêterons toutefois pas dans ce cadre, prévoient des règles spéciales qui précisent ou complètent ces principes généraux.

2. La théorie restrictive et l'immunité d'exécution

48. Contrairement au domaine des immunités de juridiction, dans lequel le critère de la nature des transactions litigieuses s'applique de manière prioritaire pour distinguer les différends qui relèvent des prérogatives de puissance publique de l'Etat de ceux qui relèvent de leur activité commerciale (voir art. 2 par. 2 de la Convention des Nations Unies), en matière d'immunité d'exécution, le critère du but ou de l'affectation des biens est déterminant¹²⁹. L'article 19 let. c) de

¹²⁷ Voir ATF 86 I 23, consid. 2 et la jurisprudence constante en la matière ; ATF 86 I 29 ; 104 Ia 374 ; 130 III 136, consid. 2.1 : « Dès 1918, le Tribunal fédéral s'est rallié à cette conception restreinte ou restrictive de l'immunité des Etats, le critère de la nature intrinsèque de l'opération envisagée étant déterminant pour savoir si l'acte fondant la créance litigieuse relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique inscrit dans une activité économique privée, l'Etat étranger intervenant par ses organes dans cette dernière au même titre qu'un particulier ». Pour une liste des actes ayant été considérés comme *jure imperii* et *jure gestionis*, voir ATF 124 III 389, consid. 4a et les références.

¹²⁸ BO 2009 N 1881.

¹²⁹ DDIP, Avis de droit du 28 février 1994, JAAC, vol. 59, 1995, n° 157, pp. 1088-1089 ; ATF 111 Ia 62 ; 110 Ia 43 ; 108 III 107 ; 104 Ia 367.

la Convention des Nations Unies stipule ainsi que « [des mesures] de contrainte postérieure[s] au jugement [...] [peuvent] être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat [...] si et dans la mesure où [...] » :

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

49. L'article 19 c) exige ainsi que « les biens aient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ». L'annexe à la Convention, qui est partie intégrante du texte de la Convention (art. 25), précise que dans ce contexte le terme « entité » « s'entend de l'Etat en tant que personnalité juridique indépendante, d'une entité constitutive d'un Etat fédéral, d'une subdivision d'un Etat, d'un organisme ou d'une institution étatique ou de toute autre entité, dotée d'une personnalité juridique indépendante ». La notion de lien doit être comprise « dans un sens plus large que la propriété ou la possession » (annexe à la Convention).
50. La jurisprudence du Tribunal fédéral quant à elle a admis l'application de la théorie restrictive à l'immunité d'exécution aussi bien qu'à l'immunité de juridiction¹³⁰. Elle pose trois conditions cumulatives à l'exécution forcée de biens situés en Suisse appartenant à un Etat tiers : premièrement, la prétention qui fonde la poursuite doit être liée à l'activité *jure gestionis*¹³¹ ; deuxièmement, la prétention doit également présenter un lien de rattachement suffisant (*Binnenbeziehung*) ; troisièmement, les biens (qui doivent

¹³⁰ Les mesures d'exécution ont toutefois été entièrement exclues entre 1918 et 1926 alors qu'entre 1939 et 1948 la question devait être soumise à l'assentiment du Conseil fédéral, du fait de l'adoption de deux arrêtés du Conseil fédéral. Voir à ce sujet ATF 82 I 88, consid. 9.

¹³¹ ATF 134 III 128, consid. 5.2.1.

évidemment être situés en Suisse) « ne doivent pas être affectés à des tâches incombant à l'Etat comme détenteur de la puissance publique » (voir art. 92 al. 1 ch. 11 LP)¹³².

51. Concernant la première condition, l'exigence que la créance soit liée à une activité *jure gestionis*, elle semble inutilement restrictive au regard de la lettre de la Convention des Nations Unies. Celle-ci distingue en effet très nettement les conditions applicables pour les exceptions à l'immunité de juridiction des conditions applicables aux exceptions à l'immunité d'exécution. En cumulant des conditions relevant de ces deux domaines, le TF semble ainsi restreindre excessivement les possibilités d'exécution. Le seul critère à prendre en compte devrait être à notre sens l'existence d'un jugement exécutoire. A ce stade, la nature *jure gestionis* de la prétention qui a fondé le jugement suisse ou étranger ne devrait plus importer, dans la mesure où le jugement a été rendu en conformité avec l'immunité de juridiction de l'Etat défendeur¹³³. Il n'y a donc plus de raison de limiter les possibilités d'exécution aux prétentions liées à l'activité *jure gestionis*. La jurisprudence du TF à cet égard pourrait, au regard de la jurisprudence de la CourEDH, et notamment du récent arrêt *Sabeh El Leil c. France*, apparaître comme une restriction excessive du droit à l'exécution des jugements.
52. En ce qui concerne la deuxième condition, c'est-à-dire la circonstance de rattachement (*Binnenbeziehung*), elle est liée à la conception particulière des rapports entre immunité de juridiction et immunité d'exécution dans la jurisprudence du TF. Le TF considère ainsi que « le pouvoir d'exécution découle du pouvoir de juridiction »¹³⁴, refusant de distinguer nettement entre immunité de

¹³² ATF 134 III 129, consid. 5.2.3.

¹³³ Sans préjudice de la question controversée de l'exception droits de l'homme, il est maintenant établi que l'immunité de juridiction connaît des exceptions autres que la nature *jure gestionis* de la transaction. C'est le cas par exemple de la *tort exception* (art. 12 de la Convention des Nations Unies) ou d'une situation où l'Etat aurait renoncé à son immunité de juridiction.

¹³⁴ ATF 86 I 23, consid. 4. Voir déjà ATF 82 I 88-89, consid. 10. Plus récemment, voir ATF 124 III 389, consid. 4a : « Par ailleurs, ce qui vaut pour l'immunité de juridiction vaut en principe aussi pour l'immunité d'exécution, la seconde n'étant

juridiction et immunité d'exécution¹³⁵. Pour tempérer et justifier cette approche radicale à l'égard d'une société internationale qui tenait encore largement à la conception absolue de l'immunité, la jurisprudence a cependant exigé une condition additionnelle pour refuser l'immunité d'exécution, à savoir l'existence d'une « circonstance de rattachement » avec la Suisse¹³⁶. Ainsi, la Haute Cour justifiait sa décision de 1918 par le fait que dans cette affaire « la Suisse apparaissait comme le théâtre de toutes les opérations »¹³⁷. La jurisprudence utilise actuellement le terme de « rattachement suffisant » ou de « lien étroit » ; notion qui doit être distinguée de celle, plus large, de « lien suffisant » au sens de l'article 271 al. 1 ch. 4 LP (for du séquestre)¹³⁸. D'après le TF, « [c]e lien est suffisant lorsque le rapport d'obligation est né en Suisse ou qu'il doit y être exécuté, ou lorsque l'Etat étranger a procédé en Suisse à des actes qui sont propres à créer un lieu d'exécution ; il est insuffisant s'il résulte de la seule localisation des biens du débiteur en Suisse ou du seul fait que la créance a été constatée par un tribunal arbitral qui a son siège en Suisse »¹³⁹. Une clause qui octroie au créancier le droit de choisir le lieu d'exécution n'est cependant pas suffisante à cet égard¹⁴⁰.

53. Cette exigence se distingue de celle – inconnue de la jurisprudence du TF – posée par l'article 19 let. c) de la Convention des Nations

qu'une simple conséquence de la première, sous la seule réserve que les mesures d'exécution ne concernent pas des biens destinés à l'accomplissement d'actes de souveraineté ».

¹³⁵ Cette position ne correspond pas à celle de la majorité des Etats (Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, par M. Motoo Ogiso, Rapporteur spécial, Doc. UN A/CN.4/422 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, par. 42, p. 79).

¹³⁶ ATF 82 I 85, consid. 7 ; 56 I 251 ; 86 I 28 ; 104 Ia 370 ; 106 Ia 149-150.

¹³⁷ Dans son arrêt de 1930, le Tribunal fédéral a précisé « qu'il faut ou [que le rapport de droit] soit né ou qu'il doive être exécuté en Suisse, ou tout au moins que le débiteur ait accompli certains actes de nature à créer en Suisse un lieu d'exécution » (ATF 82 I 86, consid. 7). Voir aussi ATF 56 I 251.

¹³⁸ ATF 135 III 613, consid. 4.5.

¹³⁹ ATF 134 III 128/129, consid. 5.2.2. Voir TF 5A_618/2007, consid. 3.2.

¹⁴⁰ ATF 82 I 92, consid. 11.

Unies, selon lequel les biens doivent avoir « un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée »¹⁴¹ et qui a pour effet de restreindre considérablement les biens saisissables. La Convention ne se prononce pas sur la question des mesures d'exécution prises dans des Etats tiers¹⁴². Celle-ci ne semble toutefois pas être contraire au droit coutumier¹⁴³. L'exigence du lien avec la Suisse en ce qui concerne l'immunité juridictionnelle n'est pas une obligation découlant du droit coutumier, mais bien une règle spéciale de compétence propre au droit suisse et d'origine prétorienne¹⁴⁴. Le Tribunal fédéral serait bienvenu d'adapter sa jurisprudence, au risque, dans le cas contraire, de se voir reprocher d'avoir dépassé l'étendue maximale du droit à l'immunité autorisée par la jurisprudence de Strasbourg et de commettre ainsi une restriction disproportionnée du droit à l'exécution des jugements.

54. Par ailleurs, la *ratio juris* qui fonde la condition de la *Binnenbeziehung* dans la jurisprudence du TF ne se justifie plus au regard de l'évolution du droit à l'accès au juge et à l'exécution des décisions. D'après le TF, ce sont ainsi les intérêts de la Suisse qui justifient que les tribunaux connaissent d'affaires impliquant des Etats étrangers lorsqu'elles présentent un lien de rattachement avec la Suisse. Par contre, s'agissant des affaires qui ne présentent pas de tel lien de rattachement, « [l]es intérêts de la Suisse n'exigent pas une telle manière d'agir ; au contraire, il pourrait facilement en résulter des difficultés politiques ou autres »¹⁴⁵. Premièrement, la jurisprudence de la CourEDH implique que la pesée des intérêts en présence devrait tenir compte aussi du droit à l'exécution des décisions¹⁴⁶. En

¹⁴¹ Dans le même sens, voir GIROUD SANDRINE/LEROUX NICOLAS, Switzerland Ratifies the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, International Litigation Newsletter, septembre 2010, p. 40.

¹⁴² HAFNER, KÖHLER (n. 40), p. 39.

¹⁴³ Voir dans ce sens KESSEDJIAN/SCHREUER (n. 39), p. 329.

¹⁴⁴ Le TF l'admet lui-même (ATF 106 Ia 142, consid. 3b, JT 1982 II 73). A ce titre, un examen approfondi des bases légales de ce droit prétorien se justifierait.

¹⁴⁵ ATF 106 Ia 142, consid. 3b, JT 1982 II 73.

¹⁴⁶ Cela avait été déjà admis par le TF dans un arrêt de 1987 (ATF 113 Ia 176, consid. 2). Voir aussi FAVRE (n. 98), p. 475.

deuxième lieu, du moment que l'Etat agissant *jure gestionis* est assimilé à un particulier, on pourrait affirmer que l'extension de l'immunité crée une inégalité de traitement¹⁴⁷. Et troisièmement, si ces arguments se justifiaient largement dans une communauté internationale qui n'avait pas encore accepté généralement le principe de l'immunité d'exécution relative, ils ont perdu beaucoup de poids avec l'émergence d'un consensus général sur le principe de l'immunité relative (et de manière croissante sur des règles relativement précises dans ce domaine).

55. Quant à la troisième condition, qui a par ailleurs été insérée dans la LP lors de la révision de 1997 (art. 92 al. 1 ch. 11) LP), il existe une présomption selon laquelle les biens appartenant aux Etats contre lesquels les mesures d'exécution sont intentées sont assignés à des fins liées à l'activité *jure imperii*¹⁴⁸. Selon le TF, la règle en matière de fardeau de la preuve de l'article 8 CC est applicable par analogie aux procédures de plainte de l'article 17 LP¹⁴⁹. Le TF a toutefois précisé que « les liquidités, en espèces ou créances contre une banque, ne peuvent être soustraites à la saisie que si elles ont été clairement affectées à des buts concrets d'utilité publique, ce qui suppose leur séparation des autres biens »¹⁵⁰. La présomption est donc aisément réfragable. La pratique suisse a notamment affirmé le caractère *jure imperii* et par conséquent reconnu l'immunité d'exécution aux droits de survol des compagnies aériennes¹⁵¹.

3. Catégories spécifiques de biens

56. L'article 21 de la Convention consacre une série d'exceptions à l'exception pour certaines « catégories spécifiques de biens » qui ne

¹⁴⁷ Voir dans ce sens les réflexions de EGLI (n. 98), p. 210.

¹⁴⁸ CANDRIAN (n. 58), p. 386.

¹⁴⁹ ATF 108 III 112, consid. 3.

¹⁵⁰ ATF 134 III 122, consid. 5.2.3 citant l'ATF 111 Ia 65, consid. 7b. D'après Jérôme Candrian, « la preuve de leur affectation ne peut réellement être apportée que par l'Etat étranger défendeur » (CANDRIAN (n. 58), p. 386).

¹⁵¹ DDIP, Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités, Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC n° 2010.7, pp. 76-79.

pourront pas être considérés comme tombant sous le coup de l'article 19 let. c) et pour lesquels le consentement aux mesures d'exécution ne pourra être présumé¹⁵².

57. Il s'agit en premier lieu des biens suivants :

« a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ».

Cette première catégorie est en ligne avec la pratique suisse et avec le régime des Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires. Ainsi, la règle de l'inviolabilité des articles 22 et 30 de la Convention de 1961 ainsi que 31 de la Convention de 1963 protège les locaux diplomatiques et consulaires ainsi que la demeure privée des agents diplomatiques contre toute mesure d'exécution¹⁵³.

¹⁵² Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens - titres et textes adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture : articles 1 à 23, Doc. UN A/CN.4/L.457, p. 94.

¹⁵³ DDIP, Avis de droit du 3 mai 2004, consid. 3, JAAC JAAC 69.116. En ce qui concerne les comptes bancaires et les archives des missions diplomatiques, voir DDIP, avis de droit du 19 septembre 1997, JAAC 62.132. Pour la demeure privée des agents diplomatiques, voir DDIP, Avis de droit du 27 mars 2001, JAAC 67.34. L'arrêt de la Chambre des poursuites et des faillites du canton de Genève du 20 juillet 1990 illustre bien le contraste entre l'immunité de juridiction fonctionnelle des agents diplomatiques et consulaires, dont sont exclues les transactions conclues dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale, et l'inviolabilité absolue des locaux et de la demeure diplomatiques (SJ 1990, p. 628). Voir aussi DDIP, Avis de droit de la Direction du droit international public du 3 mai 2004, JAAC, vol. 69, 2005, n° 116, pp. 1420-1421. Selon cet avis de droit, un contrat de leasing conclu par une ambassade étrangère en Suisse est une transaction de nature privée pour laquelle l'Etat ne peut donc pas se prévaloir de l'immunité de juridiction. Conformément à l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les biens de l'Etat sont cependant protégés par une immunité d'exécution absolue. Voir aussi DDIP, Avis de droit de la Direction du droit international public du 28 février 1994, JAAC, vol. 59, 1995,

La DDIP a eu l'occasion de préciser que l'inviolabilité des locaux consulaires prévue à l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, prévoyant l'inviolabilité des locaux consulaires occupés par des fonctionnaires consulaires de carrière, ne s'étend pas aux locaux occupés par un consul honoraire, ce qui permet d'engager une poursuite en réalisation du gage à leur rencontre¹⁵⁴. Selon un avis de droit de la DDIP, les biens d'une ambassade ne sont cependant plus couverts par l'immunité d'exécution absolue dès qu'ils sont transférés à des personnes tierces¹⁵⁵. Cependant, le TF a considéré que, en ce qui concerne les comptes au nom des Etats, une immunité ne leur est reconnue que dans la mesure où ils sont séparés du reste de la fortune de l'Etat et destinés à financer des activités liées à l'exercice de la puissance publique¹⁵⁶.

58. L'article 21 par. 1 let. b) prévoit également l'immunité d'exécution pour « [l]es biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de fonctions militaires ». Cette

n° 157, pp. 1084-1090. En application de la Convention de Bâle de 1972, les droits d'auteur dus à la SUISA suite à la diffusion d'une œuvre musicale dans une manifestation publique constituaient des actes de nature commerciale, *jure gestionis*, pour lesquels la Convention ne reconnaissait pas le droit à l'immunité de juridiction (art. 8 let c)). La Convention de Bâle consacrant le principe d'immunité absolue en matière d'exécution (art. 23), celle-ci ne pouvait cependant pas être réalisée en l'absence d'une levée volontaire de l'immunité d'exécution. La DDIP applique la même conclusion sous le régime de la Convention de Vienne de 1961 alors qu'elle exclut même la recevabilité des demandes en ce qui concerne les O.I., qui bénéficient selon elle de l'immunité absolue tant en matière de juridiction que d'exécution.

¹⁵⁴ DDIP, 20 janvier 1992, JAAC 57.81. Seuls les biens clairement séparés et affectés aux fonctions consulaires sont couverts par l'immunité d'exécution (ATF 108 III 113, consid. 3 et 4).

¹⁵⁵ DDIP, Avis de droit de la Direction du droit international public du 19 septembre 1997, JAAC, vol. 62, 1998, n° 132, pp. 1047-1048. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si des chèques remis à des employés de l'ambassade qui n'exerçaient pas de tâches diplomatiques et le relevé de compte de l'ambassade étaient saisissables. La DDIP a conclu que seuls les premiers étaient saisissables alors que le second était couvert par la règle de l'inviolabilité des locaux diplomatiques de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961.

¹⁵⁶ ATF 111 Ia 65, consid. 7b, JT 1987 II 154.

catégorie, sans doute inconnue de la pratique suisse, vise en particulier à exclure les biens militaires qui se trouvent sur le territoire de l'Etat en raison de la présence de bases militaires étrangères. Les accords qui prévoient la présence des bases contiennent généralement aussi un régime qui précise les immunités juridictionnelles applicables.

59. Troisièmement, l'article 21 par. 1 let. c) de la Convention des Nations Unies exclut du champ d'application de l'article 19 let. c) « [l]es biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat ». La Convention est à cet égard plus stricte que la pratique suisse, qui n'exclut pas entièrement la saisie des biens appartenant aux banques centrales étrangères. L'article 92 al. 1 ch. 11) LP stipule ainsi que « [s]ont insaisissables : [...] 11) les biens appartenant [...] à une banque centrale étrangère qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique ». Cette disposition ne règle toutefois pas les circonstances dans lesquelles il est permis de conclure que les biens ne sont pas « affectés à des tâches [...] incombant [aux Etats] comme détenteurs de la puissance publique » et peuvent ainsi être saisis ou séquestrés. D'après le TF, les banques centrales ne bénéficiant pas d'une immunité *ratione personae*, il faut examiner au cas par cas pour déterminer si les biens sont couverts par l'immunité ou non, en fonction de leur attribution¹⁵⁷. Dans un arrêt récent, le TF a admis, de manière critiquable, la saisie de comptes bancaires de la Banque centrale de Russie, entité indépendante de l'Etat russe selon le droit interne russe, sur la base du fait qu'ils semblaient appartenir au débiteur, en l'occurrence la Fédération de Russie¹⁵⁸.
60. Les quatrième et cinquième catégories de biens couvertes par l'article 21 sont les suivantes :

¹⁵⁷ ATF 110 Ia 43, consid. 4b. Voir aussi ATF 111 Ia 66, consid. 7b, JT 1987 II 155.

¹⁵⁸ Voir TF 5A_618/2007 du 10 janvier 2008 ainsi que les commentaires critiques de BERSHEDA VUCUROVIC (n. 122), pp. 919-927 en particulier p. 925.

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

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

Dans le contexte suisse, ces dispositions font notamment écho à l'affaire des tableaux du Musée Pouchkine de Moscou (propriété de l'Etat russe), qui furent saisis à la demande d'un créancier de la Fédération de Russie à l'occasion d'une exposition de peinture à la Fondation Gianadda de Martigny. Suite à la saisie par les autorités de poursuites valaisannes, le Conseil fédéral, soucieux d'éviter une crise diplomatique avec la Russie et de permettre un précédent désastreux dans le domaine, ordonna la libération immédiate des tableaux. En l'absence de base légale précise, il dû, pour ce faire, recourir au droit d'urgence, conformément à l'article 184 al. 3 de la Constitution fédérale¹⁵⁹. Le Tribunal fédéral avait auparavant considéré qu'un immeuble destiné à abriter un centre culturel espagnol, était un bien affecté à des activités *jure imperi*¹⁶⁰.

61. En ce qui concerne ces dernières catégories, une protection analogue est également possible en vertu de l'article 13 de la Loi

¹⁵⁹ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral, accessible à l'adresse suivante : <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=21834> (consulté le 22 juillet 2011). Voir sur cette affaire PETER HANSJÖRG, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, in *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*, 2006, pp. 61-66, avec une reproduction d'échanges de courriers et de la décision du Conseil fédéral ainsi que des commentaires critiques de l'auteur. Voir aussi, avec notamment une analyse intéressante du caractère coutumier de la règle posée par la Convention des Nations Unies, ODENDAHL KERSTIN, Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter, *PJA* 2006, pp. 1175-1184. Pour la question de la répartition des frais suscités par la saisie, voir ATF 134 III 177. Les prétentions à la base de cette affaire ont par la suite fait l'objet d'un litige aboutissant à un arrêt du TF suite à la saisie de biens appartenant à la Banque centrale de Russie (ATF 134 III 123). Pour un exposé de la jurisprudence du TF et de la pratique du DFAE en la matière, voir CANDRIAN (n. 58), pp. 351-363.

¹⁶⁰ ATF 112 Ia 155, consid. 5.

fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC)¹⁶¹ qui instaure le système de la garantie de restitution : « [l]a garantie de restitution a pour effet que les particuliers et les autorités ne peuvent faire valoir aucune prétention sur le bien culturel tant qu'il se trouve en Suisse »¹⁶².

D. Le cas des organisations internationales

62. Il convient en premier lieu de rappeler le principe (qui découle de la nature purement procédurale des immunités juridictionnelles) selon lequel l'immunité ne fait pas obstacle à l'obligation incombant aux O.I. de réparer les préjudices qu'elles ou leurs agents, agissant dans le cadre de leurs fonctions, auront fait subir à des tiers¹⁶³.
63. La doctrine a constaté l'inadéquation de la distinction entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*¹⁶⁴. La pratique suisse a en effet rejeté clairement l'application de l'immunité relative aux O.I. et leur reconnaît ainsi une « immunité absolue et complète, ne comportant aucune restriction »¹⁶⁵. Cette différence s'explique par le fait qu'en raison du principe de spécialité – et du principe d'attribution,

¹⁶¹ RS 444.1.

¹⁶² Voir sur cette question CANDRIAN (n. 58), pp. 401-404.

¹⁶³ Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, C.I.J. Recueil 1999, p. 88 et 89, par. 66.

¹⁶⁴ DISTEFANO (n. 7), p. 364. Sur l'immunité d'exécution des O.I., voir ULLRICH GERHARD, Die Immunität internationaler Organisationen von der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit, ZaöRV, vol. 71, 2011, pp. 157-168.

¹⁶⁵ Décision de l'autorité de surveillance en matière de poursuite et faillite du canton de Genève du 9 avril 1997, in Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, 1998 221. Voir aussi ATF 136 III 386, consid. 4.3.1. ; 118 Ib 562, 564-565, consid. 1a. Voir déjà l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 1939 reproduit in SJ 1940, p. 398, qui reconnaît que la Société des Nations était au bénéfice de l'« extraterritorialité » et considère par conséquent que le salaire d'un employé de la SdN ne peut pas être saisi. Dans un arrêt postérieur (ATF 74 III 4), le TF a distingué entre l'ONU et une de ses employées pour affirmer que, bien que l'Organisation fût au bénéfice de l'extraterritorialité, il n'en allait pas nécessairement ainsi de tous ses employés.

sommes-nous tentés d'ajouter¹⁶⁶ – qui régit les activités des O.I., toutes leurs activités sont en lien étroit avec leurs buts statutaires¹⁶⁷. Etablir le pouvoir de cognition des tribunaux de l'Etat hôte pour déterminer quels actes sont conformes aux buts de l'O.I. et lesquels sortent de ce cadre supposerait déjà une atteinte à l'indépendance de l'organisation¹⁶⁸. En contrepartie, des procédures d'arbitrages sont souvent prévues dans les accords de siège pour régler ces différends¹⁶⁹.

64. En ce qui concerne les agents des O.I., conformément à la théorie des actes institutionnels¹⁷⁰, ils ne pourront, à l'exception de quelques cas de fonctionnaires de rangs hiérarchiques élevés dans lesquels les Conventions confèrent le même niveau d'immunité qu'aux diplomates, se prévaloir de l'immunité que pour les actes commis dans l'exercice de leur fonction¹⁷¹. Ainsi, la saisie des salaires de

¹⁶⁶ DíEZ DE VELASCO (n. 13), p. 132. Voir aussi l'avis consultatif de la C.I.J. sur la Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 66, par. 19-21. Voir aussi DOMINICÉ CHRISTIAN, La nature et l'étendue de l'immunité de juridiction des organisations internationales, in : BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ/FOLZ HANS-ERNST/MÖSSNER JÖRG MANFRED/ZEMANEK KARL (Edit.), *Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftrecht : Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1988, pp. 77-93.

¹⁶⁷ ATF 136 III 386, consid. 4.3.1.

¹⁶⁸ ATF 136 III 387, consid. 4.4.2 : « Wenn nationale Gerichte darüber entscheiden können, welche Aktivitäten einer internationalen Organisation mit Blick auf das Funktionieren der Aufgabenerfüllung unbedingt notwendig oder gegenteils rechtsmissbräuchlich sind, so ist deren Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit in Frage gestellt ».

¹⁶⁹ ATF 118 Ib 565, consid. 1b. Voir aussi ATF 136 III 388, consid. 4.4.3 ; 130 I 325, consid. 4.1. Voir à ce sujet DOMINICÉ CHRISTIAN, L'arbitrage et les immunités des organisations internationales, in : DOMINICÉ CHRISTIAN/PATRY ROBERT/REYMOND CLAUDE, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 483-497. ; HABSCHEID WALTHER J., Immunität internationaler Organisation, internationales Schiedsverfahren und anzuwendendes Verfahrensrecht, in : MEIER ISAAK/SIEHR KURT (Edit.), *Rechtskollisionen : Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zürich 1995, pp. 147-158.

¹⁷⁰ DISTEFANO (n. 7), p. 364.

¹⁷¹ MERON THEODOR, Status and independence of the international civil servant, RCADI, vol. 167, 1980-II, pp. 331-332. DíEZ DE VELASCO (n. 13), p. 84.

fonctionnaires non couverts par l'immunité d'une O.I. ne constitue pas nécessairement un obstacle à la réalisation de ses buts statutaires¹⁷², tant qu'il s'agit de cas ponctuels. Le TF ne s'est toutefois pas prononcé sur cette question dans le cas d'une saisie effectuée sans l'accord de l'O.I. concernée. La théorie des actes institutionnels n'a donc pas été reçue avec toutes ses implications dans la pratique du TF. Dans certains cas, l'immunité d'exécution s'étend non seulement aux biens propres de l'O.I. en question mais également à des biens que des Etats tiers leur ont confiés¹⁷³.

65. En pratique, les créanciers s'adresseront à la Mission permanente de la Suisse auprès de l'Office des Nations Unies et des autres O.I. à Genève¹⁷⁴.

V. Aspects procéduraux

66. D'après la C.I.J., il incombe aux Etats étrangers d'invoquer leur droit à l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for :

« L'Etat qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre Etat concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'Etat du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet Etat »¹⁷⁵.

¹⁷² ATF 136 III 386, consid. 4.3.2.

¹⁷³ ATF 136 III 383, consid. 4.2. Il s'agissait en l'espèce de dépôts confiés à la Banque des règlements internationaux par l'Argentine.

¹⁷⁴ ERARD PAULINE, Art. 30a, *in* DALLÈVES LOUIS/FOËX BÉNÉDICT/JEANDIN NICOLAS, (Edit.), Commentaire romand : Poursuite et faillite, p. 92, n° 7. Voir aussi les informations sur le site internet de la Mission permanente : <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intorg/un/unge.html> (consulté le 30 mai 2011).

¹⁷⁵ Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 237, par. 196. On ne saurait toutefois déduire de ce passage que la renonciation peut être implicite. De manière intéressante, la C.I.J. a également affirmé dans cette affaire que le fait pour un Etat d'exiger l'immunité pour certains actes implique en effet que celui-ci en assume la

D'après la jurisprudence du TF, « l'intérêt de l'Etat qui se prévaut de son immunité de juridiction commande [...] que cette question soit résolue avant toute autre »¹⁷⁶. Dans un arrêt relativement récent, le TF a par ailleurs précisé que « le juge ne peut pas soulever d'office [la question de l'immunité de juridiction] mais qu'il doit [la] trancher lorsqu'elle est invoquée »¹⁷⁷. Cette jurisprudence n'est pas conforme à l'article 6 de la Convention des Nations Unies, qui stipule que l'Etat du for « veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité [de l'Etat étranger] est respectée ».

67. En matière d'immunité d'exécution et dans l'hypothèse où le titulaire du droit à l'immunité n'aurait pas ou pas encore informé les autorités, les offices de poursuite constateront d'office le fait qu'un bien est protégé par une immunité d'exécution et ne procéderont pas à la saisie de biens protégés par l'immunité d'exécution (art. 92 al. 1 ch. 11 LP)¹⁷⁸. Les autorités de poursuite pourront également pour la même raison refuser d'exécuter une ordonnance de séquestre¹⁷⁹. De même, il incombe à l'autorité de surveillance de constater d'office le fait que des biens sont insaisissables en raison d'une immunité d'exécution, ce qui entraînera un constat de nullité des mesures éventuellement prises par les offices de poursuite et cela même en-dehors d'une procédure de plainte (art. 22 al. 1 LP).

responsabilité (ibid.). Sur les liens (ou plutôt l'absence de liens) entre la définition de l'Etat aux fins de l'immunité juridictionnelle et les règles d'imputabilité en matière de responsabilité internationale des Etats, voir HAFNER/LANGE (n. 40), pp. 53-54.

¹⁷⁶ ATF 124 III 387, consid. 3b.

¹⁷⁷ ATF 130 III 140, consid. 2.1.

¹⁷⁸ Voir par exemple la situation décrite dans la décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996 (JAAC, n° 61.75).

¹⁷⁹ ATF 108 III 109, consid. 1 : « Le préposé peut [...] refuser d'exécuter le séquestre lorsque les biens à séquestrer appartiennent, de toute évidence ou aux dires mêmes du créancier, à un Etat étranger qui les affecte à des tâches publiques, en particulier lorsqu'ils sont destinés au financement de la représentation diplomatique de ce dernier en Suisse où a lieu le séquestre ».

La sanction à l'ouverture d'une poursuite en violation d'une immunité d'exécution est la nullité¹⁸⁰.

68. En cas de doute sur la propriété des choses ou des droits à saisir, l'office des poursuites devra ouvrir la procédure de revendication des articles 106 à 109 LP¹⁸¹. Quant au moment de la contestation : « la doctrine estime que l'immunité d'exécution (art. 92 al. 1 ch. 11 et art. 275 LP) peut être invoquée au stade de l'opposition au séquestre, et non seulement lors de l'exécution de la mesure »¹⁸². Contrairement aux règles ordinaires (art. 34 et 72 LP) et en raison de l'inviolabilité des locaux diplomatiques et consulaires, la notification d'actes de poursuite auprès des ambassades, consulats ou missions permanentes doit se faire par le biais de la notification diplomatique¹⁸³.
69. Les décisions des offices de poursuite peuvent être attaquées devant les autorités de surveillance (art. 17 à 19 LP)¹⁸⁴. Les décisions des autorités supérieures de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile (art. 19 LP qui renvoie à l'article 72 al. 2 let. a LTF), et cela quelle que soit la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF). La Convention des Nations Unies prévoit un délai minimal de quatre mois pour recourir contre un jugement rendu par défaut contre un Etat étranger (art. 23 par. 3). Lorsque la Convention sera entrée en vigueur et dans les relations avec les Etats parties, ce délai devra être observé en dérogation aux dispositions contraires du droit fédéral. Dans les autres cas, les délais ordinaires seront applicables, le TF ayant considéré dans un arrêt récent qu'il n'existe

¹⁸⁰ TF 5A_745/2010, consid. 3.

¹⁸¹ ATF 134 III 122.

¹⁸² ATF 135 III 610, consid. 4.1, avec des références doctrinales.

¹⁸³ ATF 103 III 4, consid. 2.a. Dans cette affaire, le Département politique fédéral avait toutefois refusé de manière discrétionnaire de procéder à la notification du commandement de payer. On peut s'interroger sur la légalité d'une telle décision au regard des développements de la pratique. DDIP, Notification et immunité, Avis de droit du 13 mars 2008, JAAC, n° 2008.21, pp. 290-291. Voir aussi DDIP, avis de droit du 19 juin 1995, JAAC, n° 60.137. Ces principes ont été repris à l'article 22 de la Convention des Nations Unies.

¹⁸⁴ ATF 108 III 107.

pas de règle de droit international coutumier selon laquelle l'Etat du for serait tenu d'accorder un délai dépassant le délai légal ordinaire¹⁸⁵.

70. Dans les procédures de recours impliquant le droit à l'immunité d'exécution des O.I., le DFAE peut être admis comme partie à la procédure par le TF (art. 102 al. 1 LTF)¹⁸⁶. Le TF a estimé que dans les cas de demande de saisie ou de séquestre contre des biens appartenant à des OI, le fait qu'une autorité cantonale de surveillance ait pris une telle décision d'office sur la base des recommandations du DFAE ne viole pas le principe de la séparation des pouvoirs¹⁸⁷. Le DFAE n'a cependant pas lui-même qualité pour former un recours contre une ordonnance de séquestre visant des biens appartenant à un Etat étranger¹⁸⁸, comme c'est le cas dans d'autres pays (en Italie par exemple). Cette situation est critiquable au regard de l'affaire des tableaux du Musée Pouchkine lors de laquelle le Conseil fédéral a dû intervenir sur la base du droit d'urgence. Il aurait été plus satisfaisant en l'occurrence d'obtenir un tel résultat par le biais d'une procédure judiciaire. Sur le plan international, le fait pour le DFAE de recourir contre une décision considérée comme non fondée permettrait également au gouvernement de prouver sa bonne disposition à l'Etat tiers concerné, dans ce cas la Fédération de Russie.

¹⁸⁵ ATF 136 III 579, consid. 4.3.3. Le TF a notamment considéré que le délai prévu à l'article 23 par. 4 de la Convention des Nations Unies (consid. 4.3.1) et le délai de 60 jours prévu à l'article 16 ch. 4 et 5 de la Convention européenne ne reflètent pas le droit international coutumier, malgré que la Convention européenne continue à refléter les « tendances nouvelles » du droit international coutumier. Par conséquent, même si elle devait se baser sur un délai de deux mois, l'autorité de surveillance disposait du pouvoir d'appréciation prévu à l'article 33 al. 2 LP et a, en l'occurrence, refusé à bon droit de prolonger le délai imparti à l'Etat d'Israël. Sur cette question, voir STEWART (n. 40), pp. 208-209, qui regrette que la Convention n'ait pas instauré de règle générale en la matière.

¹⁸⁶ TF 5A_360/2010 du 12 juillet 2010, consid. 1.4. Il s'agit d'un considérant non publié de l'ATF 136 III 379.

¹⁸⁷ ATF 136 III 391, consid. 4.6.

¹⁸⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 21), p. 1449.

VI. Conclusion

71. Le droit coutumier relatif aux immunités d'exécution tel qu'on peut le percevoir dans la jurisprudence suisse récente n'a pas subi d'évolution considérable. Parallèlement à cette continuité jurisprudentielle, le processus de codification au niveau universel, ayant « abouti » avec l'adoption et la ratification par un certain nombre d'Etats de la Convention des Nations Unies¹⁸⁹ apporte une certaine précision, une systématisation et une rationalisation bienvenues sur des questions telles que la définition de l'Etat en matière d'immunité d'exécution et les catégories de biens protégés. La Convention des Nations Unies semble cependant consacrer certaines orientations qui ne s'accordent pas avec la jurisprudence suisse. C'est le cas en particulier de la condition du lien de rattachement (*Binnenbeziehung*) inconnue de la Convention.
72. De manière plus générale, de nombreuses questions restent sans réponse, en particulier en ce qui concerne la question de l'applicabilité du droit des immunités dans les situations où des règles de *jus cogens* ont été violées et, dans une moindre mesure, à propos de la question plus générale du conflit de normes entre les règles du droit des immunités et les droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur ce dernier point, si elle semblait dans un premier temps relativement inopérante dans la mesure où elle accorde sans nuance la priorité au droit des immunités sur le droit à l'accès au juge semble, dans une affaire récente, infléchir légèrement cette position en faveur d'une interprétation restrictive du droit aux immunités qui oblige les Etats à se limiter au minimum prescrit par le droit international.

¹⁸⁹ Nous mettons le terme abouti entre guillemets car il reste à voir si la Convention récoltera le succès escompté en termes de ratifications et d'adhésions.