

COUR DE CASSATION

Comptes bancaires de la mission diplomatique – Coutume internationale – État étranger – Immunité d'exécution

Civ. 1^{re}, 28 sept. 2011, n° 09-72.057, Société NML Capital Ltd c/ République Argentine

(*Bull.* 2011, I, n° 153 ; *JDI* 2012. 668, note G. Cuniberti ; *Rev. crit. DIP* 2012. 124, note H. Gaudemet-Tallon ; *RD banc. fin.* 2012, n° 1, p. 39, note S. Piedelièvre ; *ibid.*, n° 3, p. 42, note F. J. Crédot et Th. Samin ; *Banque et Droit* 2012, n° 145, p. 25, note G. Affaki et J. Stoufflet ; *JCP E* 2012, p. 42, note J. Stoufflet ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 57-59, p. 18, note C. Brenner ; *ibid.*, n° 34-35, p. 36, note J. Morel-Maroger ; *Procédures* 2012, n° 5, p. 6, note P. Chevalier et R. Le Cotty)

Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, n° 10-25.938, Société NML Capital Ltd c/ République Argentine et Société Total Austral

Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, n°s 11-10.450 et 11-13.323, Société NML Capital Ltd c/ République Argentine, Société NML Capital Ltd c/ République Argentine et Société Air France

(*Bull. civ.*, I, n° 62, 63 et 64 ; *JDI* 2013, n° 3, comm. 10, p. 899, rapport A. Maitrepierre, note G. Cuniberti ; *RGDIP* 2013, n° 2, p. 195, rapport P. Chevalier ; *D.* 2013, n° 25, p. 1728, note D. Martel ; *D.* 2013, n° 34, p. 2293, note S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2013, n° 3, p. 671, note H. Muir Watt ; *Revue des Contrats* 2013, n° 4, p. 1485, note M. Laazouzi ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 187, p. 23, note A. Bolze ; *JCP* 2013, n° 15, p. 406, note J.-B. Donnier ; *RTD civ.* 2013, n° 2, p. 427 ; *Procédures* 2013, n° 6, p. 13, note R. Perrot)

ARRÊTS

Société NML Capital Ltd c/ République Argentine

Mais attendu que, selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des États étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'État accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale ; que cette immunité s'étend, notamment, aux fonds déposés sur les comptes bancaires de l'ambassade ou de la mission diplomatique ; que la cour d'appel en a exactement déduit que, l'exécution forcée et les mesures conservatoires n'étant pas applicables aux personnes bénéficiant d'une immunité d'exécution en application de l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 9 juillet 1991, il devait être donné mainlevée de la saisie conservatoire dès lors que les fonds de la mission

634 GRANDES DÉCISIONS FRANÇAISES DE DROIT INTERNATIONAL 53

diplomatie argentine bénéficiaient de cette immunité de sorte que, faute de renonciation particulière et expresse à celle-ci, la renonciation de la République Argentine, à l'égard du créancier, à l'immunité d'exécution des États était inopérante ; que le moyen n'est pas fondé ;

(...)

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient exactement, d'abord, que les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique, puis, que les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de sorte qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale ; qu'en l'absence de preuve contraire, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire, d'abord, que les comptes relatifs à l'attaché à la défense, à l'armée argentine, à la force aérienne, à la Fondation argentine aidant les étudiants, à l'Office du tourisme et à la délégation argentine à l'Unesco relevaient de la souveraineté de l'État et étaient parties intégrantes de la mission diplomatique, ensuite que la provenance des autres fonds était indifférente dès lors que seule leur affectation à la réfection des locaux de l'ambassade importait ; que le moyen n'est pas fondé ;

[Rejet].

Société NML Capital Ltd c/ République Argentine et Société Total Austral

Attendu que, selon le droit international coutumier, tel que reflété par la Convention des Nations Unies, du 2 décembre 2004, sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, si les États peuvent renoncer, par contrat écrit, à leur immunité d'exécution sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques, il ne peut y être renoncé que de manière expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, d'une part, que les créances faisant l'objet des saisies conservatoires en cause se rattachaient nécessairement à l'exercice par l'État argentin des prérogatives liées à sa souveraineté, ces créances correspondant à des contributions fiscales ou parafiscales ayant pour origine le pouvoir régalién de l'État et pour vocation le financement d'autres prérogatives régaliennes et, d'autre part, l'absence de mention expresse et spécifique de ces créances dans la clause de renonciation figurant aux contrats d'émission d'obligations et au contrat de service financier auquel ces derniers étaient soumis, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturer la loi étrangère invoquée au troisième moyen et abstraction faite des motifs critiqués par la deuxième branche du premier moyen, que la République argentine n'avait pas renoncé à son immunité d'exécution sur ces créances ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

[Rejet].

Société NML Capital Ltd c/ République Argentine et Société NML Capital Ltd c/ République Argentine et Société Air France

Attendu que, selon le droit international coutumier, tel que reflété par la Convention des Nations Unies, du 2 décembre 2004, sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, si les États peuvent renoncer, par contrat écrit, à leur immunité d'exécution sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques, il ne peut y être renoncé que de manière expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie ; qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour

européenne des droits de l'homme (CEDH, Grande chambre, 21 nov. 2001, Al-Adsani/Royaume-Uni, req. n° 35763/97, Forgyat/Royaume-Uni, req. n° 37112/97, Mc Elhinney/Irlande, req. n° 31253/96 ; 12 déc. 2002, Kalogeropoulou e.a. /Grèce et Allemagne, req. n° 59021/00 ; Grande chambre, 23 mars 2010, Cudak/Lituanie, req. n° 15869/02, 29 juin 2011, Sabeh El Leil/France, req. n° 34869/05), qu'il convient d'interpréter la Convention[*] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de manière à la concilier le plus possible avec les autres règles du droit international, dont cette dernière fait partie intégrante, telles que celles relatives à l'immunité des États étrangers, de sorte que le droit d'accès à un tribunal, tel que garanti par l'article 6 de cette Convention, et dont l'exécution d'une décision de justice constitue le prolongement nécessaire, ne s'oppose pas à une limitation à ce droit d'accès, découlant de l'immunité des États étrangers, dès lors, que cette limitation est consacrée par le droit international et ne va pas au-delà des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États ;

Et attendu qu'ayant relevé, d'une part, que les saisies litigieuses portaient sur des créances fiscales et sociales de l'État argentin, c'est-à-dire sur des ressources se rattachant nécessairement à l'exercice par cet État des prérogatives liées à sa souveraineté et, d'autre part, que les contrats d'émission d'obligations ne prévoyaient aucune renonciation expresse de la République argentine à son immunité d'exécution sur ses ressources de nature fiscale ou sociale, la cour d'appel en a exactement déduit que les saisies litigieuses étaient nulles ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

[Rejet].

OBSERVATIONS

- 1 Ayant pour origine le vaste contentieux opposant le fonds d'investissement NML à l'État argentin, les arrêts du 28 septembre 2011 et du 28 mars 2013 ont donné l'occasion à la Cour de cassation de préciser le régime de l'immunité d'exécution dont bénéficient les États étrangers. Fondant ces quatre décisions sur « le droit international coutumier », la Cour y adopte une position singulière en ce qui concerne les règles applicables aux clauses de renonciation à l'immunité d'exécution. Cette jurisprudence surprenante ne peut toutefois se comprendre isolément de la bataille judiciaire planétaire qui a opposé ces deux parties.
- 2 L'Argentine avait procédé en 2000 à l'émission de plusieurs obligations sur le marché financier new-yorkais. Traversant une grave crise économique, elle décida d'interrompre le service de sa dette en adoptant un moratoire en décembre 2001. Dès juin 2001, avant le défaut de paiement et alors que la solvabilité de l'État argentin était fortement détériorée, et jusqu'en septembre 2003, le fonds NML procéda à l'acquisition d'obligations argentines à un prix équivalant à la moitié de leur valeur

* N.B. : Le premier arrêt (n° 11-10.450) mentionne la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Le second (n° 11-13.323) utilise l'expression « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». À cette exception près, les extraits des deux arrêts ici reproduits sont strictement identiques.

nominale. L'Argentine a ensuite sollicité une restructuration de sa dette auprès de ses créanciers, dont plus de 90 % acceptèrent une décote par le biais d'opérations d'échange de titres conduites en 2005 et 2010. Ces opérations de restructuration étant strictement volontaires, certains porteurs d'obligations (désignés comme les « *holdouts* »), dont NML, ont préféré initier les procédures permettant le recouvrement de l'intégralité de leur créance. La documentation contractuelle de l'émission obligataire incluant une clause attributive de juridiction renvoyant vers les tribunaux new-yorkais en cas de différend, et l'Argentine ayant renoncé à son immunité de juridiction, NML obtint la condamnation de l'État argentin au remboursement du nominal et des intérêts, entre autres par un jugement l'*United States District Court for the Southern District of New York* du 18 décembre 2006. Son exécution a ensuite été recherchée en France par le biais de multiples saisies conservatoires occasionnant subséquemment les arrêts du 28 septembre 2011 et du 28 mars 2013 de la Cour de cassation.

- 3 Obtenir la condamnation de l'État débiteur pour non-exécution du contrat obligataire est une chose, recouvrer effectivement les sommes accordées en est une autre. Pour ce faire, NML a déployé une stratégie agressive afin de localiser des actifs argentins pouvant faire l'objet de mesures de saisie, lesquelles ont été systématiquement contestées par l'Argentine (M. G. Kohen, « La portée et la validité... », p. 201 s.). Ce contentieux de l'exécution s'est même prolongé jusque devant le Tribunal international du droit de la mer qui a ordonné la mainlevée de l'immobilisation de la frégate argentine *ARA Libertad* qui avait été obtenue par NML (TIDM, ord. du 15 déc. 2012, *Ara Libertad (Argentine c/ Ghana)*, aff. n° 20).
- 4 La possibilité de saisir les biens d'un État est soumise au régime particulier de l'immunité d'exécution, distinct de celui de l'immunité de juridiction, que la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens du 2 décembre 2004 (ci-après « Convention des Nations Unies de 2004 », non encore entrée en vigueur) désigne sous l'expression « immunité des États à l'égard des mesures de contraintes » (IV^e partie). Ces arrêts de la Cour de cassation de 2011 et 2013 concernent justement l'une des conditions par lesquelles l'immunité d'exécution peut être levée, à savoir le consentement de l'État à l'application de mesures de contraintes. NML se fondait sur la documentation contractuelle de l'émission obligataire qui incluait une clause de renonciation, laquelle, pour ce qui ne concerne que les mesures de contrainte, stipulait que « [d]ans la mesure où la République ou l'un de ses revenus, avoirs ou biens aurait droit [...] à toute immunité [...] de saisie préalable au jugement, de saisie à l'appui de l'exécution d'un jugement, d'exécution d'un jugement [...], la République a irrévocablement convenu de ne pas faire valoir et a irrévocablement renoncé à cette immunité dans toute la mesure permise par le droit de cette juridiction ». Cette clause comprenait cependant une limitation précisant « qu'aucune saisie préalable au jugement ou à l'appui de l'exécution d'un jugement ne pourra être ordonnée par les tribunaux de la République [argentine] ».

- 5 NML sollicite ainsi en France plusieurs saisies conservatoires avant même l'obtention de l'*exequatur* du jugement new-yorkais de 2006, procédure permettant de surprendre le débiteur et d'éviter que ses biens ne soient déplacés vers d'autres juridictions et mis hors d'atteinte des créanciers (G. Cuniberti, *JDI* 2012. 673). Les saisies réalisées visaient, pour ce qui concerne l'arrêt de 2011, plusieurs comptes bancaires détenus en France par la mission diplomatique argentine. Celles ayant donné lieu aux trois arrêts de 2013 portaient sur des sommes dont les succursales argentines d'entreprises françaises (BNP Paribas, Air France et Total Austral) étaient redevables à l'État argentin au titre de contributions fiscales et sociales ou de redevances relatives à l'exploitation de gisements pétroliers. La République d'Argentine (et les tiers saisis en ce qui concerne les créances sur les trois entreprises françaises) sollicitèrent la mainlevée des saisies pratiquées à la demande de NML, demandes acceptées par le juge de l'exécution (TGI Paris, 23 juin 2009, n° 09/81807 ; TGI Nanterre, 19 nov. 2009, n° 09/09357 ; TGI Paris, 14 déc. 2009, n° 09/84811 ; TGI Bobigny, 12 janv. 2010, n° 09/14263, non publiés). En appel, la société NML demanda l'infirmité de ces jugements et le prononcé de la validité des saisies conservatoires pratiquées. La cour d'appel de Versailles (9 sept. 2010, n° 09/09640, non publié) et celle de Paris rejetèrent ces demandes et confirmèrent la mainlevée des saisies litigieuses, la juridiction parisienne relevant que l'immunité d'exécution ne pouvait être levée « faute pour les contrats d'émission [...] de prévoir une renonciation expresse de la République Argentine à l'insaisissabilité de ses ressources de nature fiscale et sociale » (9 déc. 2010, n° 10/00390 ; 27 janv. 2011, n° 10/03378, non publiés). La cour d'appel de Paris avait déjà rejeté la même demande en ce qui concerne la saisie des fonds de la mission diplomatique en relevant que ceux-ci bénéficiaient « d'une immunité d'exécution autonome par rapport aux autres biens de l'État accréditant [et] que la renonciation à cette immunité ne [pouvait] être qu'expresse », et que la documentation contractuelle ne prévoyait pas « cette renonciation pour les biens affectés aux missions diplomatiques » (1^{er} oct. 2009, n° 09/14114).
- 6 La Cour de cassation rejeta les pourvois formés par NML en soulignant que l'on ne peut renoncer aux immunités d'exécution « que de façon expresse et spéciale ». En exigeant qu'elle soit également « spéciale », en 2011, pour les biens diplomatiques puis, en 2013, pour « les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques », la Haute Juridiction a procédé à un élargissement à double détente des conditions de renonciation à l'immunité d'exécution, et ce, au prix d'une déformation du droit international coutumier censé fonder ses décisions (I). Au-delà d'une identification critiquable de la norme coutumière, les carences de ces décisions résident surtout dans leurs implications et l'insécurité juridique qui en résulte (II).

I. – « Expresse » mais aussi « spéciale » : un élargissement à double détente contestable des conditions de renonciation à l'immunité d'exécution

7 Prenant leur source dans les mêmes principes, l'immunité d'exécution se distingue l'immunité de juridiction car l'atteinte à la souveraineté de l'État revêt une intensité plus importante lorsqu'il s'agit de le soumettre à une mesure de contrainte. Alors que l'immunité d'exécution a longtemps été considérée comme le prolongement de celle de juridiction, ces deux privilèges obéissent dorénavant à des régimes distincts. Si l'immunité d'exécution est de principe, elle n'est toutefois plus absolue, le juge français ayant eu l'occasion, en particulier depuis le début des années 1980, de forger son régime en identifiant les exceptions dans lesquelles elle peut être levée (P. Bourel, « Conflits de juridictions... », n° 206 s.). Sans recenser de façon exhaustive les exceptions qui ont été admises (v. C. Kessedjian, « Immunités », n° 110 s.), il faut souligner que les juridictions françaises ont entendu enraciner leur jurisprudence dans le droit international coutumier (v. aussi sur l'immunité de juridiction, Civ. 22 janv. 1849, *Lambège et Pujol**) bien que les expressions employées aient été variées et qu'il arrivât à la Cour de cassation de se référer aux « principes du droit international régissant les immunités des États étrangers » (Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, *République démocratique du Congo*, n° 03-18176, *Bull.* n° 39 p. 31), voire aux « principes du droit international privé régissant les immunités des États étrangers » (Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *SA Eurodif et Sofidif c/ République islamique d'Iran*, n° 82-12462, *Bull.* n° 98 ; relevant que l'immunité d'exécution « peut être exceptionnellement écartée [...] lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice »). Dans ses arrêts de mars 2013, la Cour de cassation s'est aussi fondée sur « le droit international coutumier » mais, en exigeant que la renonciation aux immunités d'exécution soit à la fois « expresse et spéciale », elle s'est démarquée de ce prescrit la norme coutumière se limitant à seule renonciation expresse (B). Cette jurisprudence ne constitue toutefois que le second acte d'une première évolution marquée par l'arrêt de septembre 2011 où ces conditions de renonciation avaient été appliquées à l'immunité diplomatique (A).

A. – Un élargissement initialement limité aux biens des missions diplomatiques

8 L'affaire *NML c/ Argentine* a donné pour la première fois l'occasion à la Cour de cassation de se prononcer en 2011 sur la renonciation à l'immunité d'exécution pour les biens affectés aux missions diplomatiques. En 2000, la cour d'appel de Paris avait forgé dans l'affaire *Noga* un régime spécial de renonciation à l'immunité d'exécution pour les biens diplomatiques qui sera plus tard repris en substance par la Cour de cassation. Se fondant sur la Convention de Vienne sur les relations

diplomatiques du 18 avril 1961 et aux règles « du droit international coutumier pour les questions non réglées par cette Convention », la cour d'appel avait retenu que les immunités des missions diplomatiques étaient « inhérentes à la conduite des relations internationales » et obéissaient « à un régime spécifique, distinct de celui applicable aux immunités d'exécution accordées par ailleurs aux États et qui dérivent des principes du droit international public ». Elle en avait déduit qu'une clause indiquant que l'État « renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale » ne manifestait pas « la volonté non équivoque de l'État [...] de renoncer [...] à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution » (Paris, 10 août 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France c/ Société Noga*, JDI 2001. 116, note I. Pingel-Lenuzza).

- 9 Dans le cadre de l'affaire *NML c/ Argentine*, l'arrêt d'appel du 1^{er} octobre 2009 (préc.) s'appuyait aussi sur la Convention de Vienne de 1961 et le droit international coutumier afin de retenir que les fonds de la mission diplomatique bénéficient d'une « immunité d'exécution autonome par rapport aux autres biens de l'État accréditant », nécessitant dès lors une renonciation visant spécifiquement ces biens, laquelle n'apparaissait pas dans la documentation contractuelle des emprunts obligataires. Cette solution est entérinée par la Cour de cassation le 28 septembre 2011, laquelle consacre l'autonomie de l'immunité d'exécution diplomatique impliquant une exigence de renonciation « expresse et spéciale ». S'il se réfère principalement au « droit international coutumier », cet arrêt doit toutefois plus largement être appréhendé avec, en arrière-plan, la Convention de Vienne de 1961 ratifiée par l'Argentine et la France ainsi que la Convention des Nations Unies de 2004, non encore entrée en vigueur mais ratifiée par la France trois mois avant la décision de la Cour de cassation (Loi n° 2011-734 du 28 juin 2011 autorisant la ratification de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *JO* 29 juin 2011, p. 10953). Comme la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de le souligner, cette convention apporte « un éclairage sur le contenu du droit international coutumier » (CIJ, 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant))*, § 66).
- 10 Que les missions diplomatiques bénéficient d'une immunité d'exécution et que celle-ci s'étende à leurs fonds et comptes bancaires ne souffre aucune discussion. Si la Convention de Vienne de 1961 ne les mentionne pas de façon explicite, ils bénéficient toutefois de cette immunité dans la mesure où ils participent l'accomplissement des fonctions des missions diplomatiques (A. Reinisch, « European Court Practice... », p. 811 s.). Cela a été consacré par la Convention des Nations Unies de 2004 qui précise que « [...] les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique [...] » sont considérés utilisés « à des fins de service public non commerciales » (Article 21(1)(a)) ce qui exclut, sauf renonciation, toute mesure de contrainte à leur endroit (Article 19(c)). Cette immunité couvre donc même, comme dans l'affaire NML, les comptes destinés à aider les étu-

dians argentins ou ceux de l'office de tourisme argentin car la Convention de Vienne de 1961 précise que les fonctions d'une mission diplomatique incluent le développement des « relations économiques, culturelles et scientifiques entre l'État accréditant et l'État accréditaire » (Article 3(1)(e)). En ce sens, il n'est pas excessif de dire que les missions diplomatiques bénéficient d'une immunité « autonome » car certains des biens qui s'y rattachent (comme ceux affectés aux activités touristiques) peuvent donner lieu à des transactions de nature commerciale constituant, hors du contexte diplomatique, des actes *jure gestionis* ne bénéficiant pas de l'immunité (v. également l'Article 3 de la Convention des Nations Unies de 2004).

- 11** Le cœur du problème résidait davantage dans la question de savoir à quelles conditions de renonciation à l'immunité d'exécution étaient soumis les biens de la mission diplomatique. La Cour de cassation a déduit du « caractère autonome » de l'immunité d'exécution de ces biens une exigence de renonciation « expresse et spéciale ». Elle n'a ainsi pas donné effet à la clause par laquelle l'Argentine renonçait « à toute immunité », celle-ci étant « expresse », mais ne désignant pas spécifiquement les immunités diplomatiques. Cette condition de renonciation spéciale n'apparaît toutefois pas être prescrite par le droit international coutumier. La Convention des Nations Unies de 2004 précise en effet que les biens d'un État utilisés à des fins de service public non commerciales ne peuvent faire l'objet d'une mesure de contrainte sauf si l'État « a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués [...] par [...] un contrat écrit » (Articles 18(a) et 19(a)). Aucune distinction n'est d'ailleurs opérée entre les biens de l'État et les biens de l'État affectés aux missions diplomatiques. Aussi, l'article 21 de la même convention précise justement que les biens « utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique » sont présumés être « utilisés à des fins de service public non commerciales ».
- 12** La Convention de Vienne de 1961 n'inclut quant à elle aucune disposition relative à la renonciation l'immunité d'exécution des biens de la mission diplomatique. Seul son article 32 indique que « l'État accréditant peut renoncer à l'immunité notamment des agents diplomatiques, que celle-ci « doit toujours être expresse » et que les mesures d'exécution doivent faire l'objet d'une « renonciation distincte » à la renonciation à l'immunité de juridiction. Il est donc très délicat d'y déceler une « exigence de renonciation spécifique et expresse » dont « on peut aussi tirer argument » (H. Gaudemet-Tallon, p. 132).
- 13** Il faut néanmoins préciser que même si la Convention des Nations Unies de 2004 ou celle de Vienne de 1961 ne prévoient pas de condition de renonciation « spéciale » pour les biens diplomatiques, il n'est pas exclu qu'elle soit énoncée dans certaines législations internes. Ainsi, la législation australienne est l'une des rares indiquant que « *[a] waiver does not apply to property that is diplomatic property [...] unless a provision in the agreement expressly designates the property as property to which the waiver applies* » (*Foreign States Immunities*, 1985, Article 31(4)). La législation américaine interdit les mesures d'exécution

sur les biens effectivement affectés aux missions diplomatiques même en présence d'une clause de renonciation, consacrant ainsi leur insaisissabilité (*Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976, Article 28 U.S.C 1610(a)(4)(B)). Partant, les droits nationaux consacrent un régime d'immunité d'exécution des biens diplomatiques soit identique à celui des autres biens (nécessité d'une renonciation expresse), soit renforcé par rapport à ces derniers (nécessité d'une renonciation expresse et spéciale ou insaisissabilité absolue). Cette pratique insuffisamment uniforme ne doit toutefois pas conduire à conclure à l'inexistence d'une coutume internationale relative aux mesures d'exécution visant des biens diplomatiques. Elle suggère davantage le besoin d'identifier les exigences minimales reconnues par une pratique étatique suffisamment représentative en deçà desquelles de telles mesures ne seraient pas acceptables. C'est en ce sens que la Convention des Nations Unies de 2004 retient la seule condition « plancher » d'une renonciation expresse (v. aussi *infra* § 28). Calquer la règle coutumière en matière d'immunités sur la pratique la plus exigeante (par exemple ici l'insaisissabilité absolue) pourrait aboutir *in concreto* au maintien de la doctrine de l'immunité absolue.

- 14 Le fondement du « droit international coutumier » employé par la Haute Juridiction pour exiger une renonciation « expresse et spéciale » est donc fragile. Cependant, la Cour de cassation a, *via* cette décision, commencé à influencer la position d'autres juridictions étrangères. Peu avant cet arrêt, la cour d'appel de Bruxelles avait jugé en juin 2011 dans une affaire similaire entre NML et l'Argentine (Bruxelles (17^e) 21 juin 2011, RG 2009/AR/338, *RBDI* 2012. 312, note P. d'Argent) que la clause litigieuse était « expresse, univoque et claire » et avait rejeté l'argumentation argentine sur l'exigence d'une renonciation spéciale (sur cet arrêt, v. S. El Sawah et J. E. Vinuales, p. 884). Dans un arrêt de novembre 2012, la Cour de cassation de Belgique, suivant les conclusions du procureur général J.-F. Leclercq citant l'arrêt français de septembre 2011, adopte toutefois une position inverse en indiquant que « le caractère autonome de l'immunité d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques » implique « une renonciation spécifique » (Cass. (1^{re} ch.), 22 nov. 2012, n^o C.11.0688F).
- 15 L'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2011 ne doit pas être isolé du contexte politique sensible qu'est le contentieux et la restructuration de la dette argentine et il est concevable « que les juridictions françaises veuillent empêcher les effets dévastateurs qu'auraient les saisies de tels comptes » (H. Gaudemet-Tallon, p. 133). La solution retenue reflète donc une vision circonstancielle du droit international coutumier, ce qui s'est vérifiée dix-huit mois plus tard avec les trois arrêts du 28 mars 2013.

**B. – Un élargissement subséquent étendu à tous les biens
« utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques »**

- 16 Les saisies conservatoires initiées par NML ayant abouti aux arrêts de 2013 visaient des redevances et contributions fiscales et sociales dont les

succursales argentines d'entreprises françaises étaient redevables envers l'État argentin. Au-delà des questions relatives à l'intérêt à agir des tiers saisis, à la possibilité pour eux d'invoquer l'immunité d'exécution et à la localisation de ces créances qui ont été soulevées dans ce contentieux (R. Perrot, p. 14 ; G. Cuniberti, *JDI* 2013. 915), la Cour de cassation s'est penchée sur les conditions de renonciation à l'immunité d'exécution exigées pour ces actifs. Alors qu'elle justifiait en 2011 l'exigence d'une renonciation « expresse et spéciale » par le caractère « autonome » de l'immunité d'exécution dont bénéficient les biens affectés aux missions diplomatiques, elle étend ici cette condition à tous les biens « utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques », précisant ainsi que la clause de renonciation doit mentionner « les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie ».

17 Toujours fondée sur le « droit international coutumier », et s'appuyant sur la Convention des Nations Unies de 2004, la Cour de cassation s'éloigne radicalement de sa jurisprudence libérale *Creighton*. Visant les « principes du droit international régissant les immunités des États étrangers », elle avait estimé, dans un arrêt du 6 juillet 2000, qu'un engagement pris par un État d'exécuter une sentence arbitrale selon les termes du règlement d'arbitrage CCI constituait une renonciation à son immunité d'exécution (Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, *Société Creighton Ltd c/ Qatar*, n° 98-19.068, *Bull.* n° 207, p. 135 ; v. aussi, Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, *Société Nationale des Pétroles du Congo c/ AF-CAP et Connecticut Bank of Commerce*, n° 04-13.108, *Bull.* n° 52 p. 46). La nouvelle condition de renonciation « spéciale » posée par la Cour en 2013 constitue un « revirement de jurisprudence radical » (G. Cuniberti, *JDI* 2013. 916) dont le bien-fondé en droit international coutumier n'est pas établi.

18 La Convention des Nations Unies de 2004 ne codifie certainement pas l'ensemble du droit international coutumier sur la question des immunités des États et de leurs biens (X. Yang, *State Immunity...*, p. 456 s.), mais la disposition commune de ses articles 18 et 19 relative à la renonciation à l'immunité d'exécution en constitue un reflet fidèle. La CIJ avait certes souligné à propos de l'ensemble des dispositions relatives aux mesures de contraintes de l'article 19 qu'elles « ont donné lieu à de longues et difficiles discussions » et qu'il ne lui appartenait pas « de déterminer si l'article 19 précité reflète dans tous ses éléments le droit international coutumier en vigueur » (CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État*, préc., § 117). Elle avait toutefois souligné, se référant à des précédents allemand, suisse, britannique et espagnol, qu'il « lui suffit de constater qu'il existe au minimum une condition qui doit être remplie pour qu'une mesure de contrainte puisse être prise à l'égard d'un bien appartenant à un État étranger : que le bien en cause soit utilisé pour les besoins d'une activité ne poursuivant pas des fins de service public non commerciales, ou que l'État propriétaire ait expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte, ou encore que cet État ait réservé le bien en cause à la satisfaction d'une demande en justice » (*ibid.*, § 188, italiques ajoutées). La condition d'un consentement exprès à l'application de mesures de contraintes a également été entérinée par

l'Institut de droit international (Session de Bâle (1991), *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États*, Article 5), par la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972 (article 23) et reflète la position de nombreux droits nationaux (X. Yang, *State Immunity...*, p. 390 s. ; C. Brown et R. O'Keefe, « Article 18 », p. 303 s.). Si l'on peut identifier parfois l'exigence d'une renonciation « expresse » adossée à celle d'une renonciation « écrite » (I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des États...*, p. 305 s.), il est très contestable d'identifier en droit international coutumier une condition de renonciation « spéciale » pour les biens de l'État utilisés à des fins publiques, celle-ci n'apparaissant ni dans les législations nationales ni dans le résultat des travaux de codification.

- 19 Cette appréhension biaisée du droit international coutumier résulte d'une lecture orientée de la Convention des Nations Unies de 2004, de l'arrêt de la CIJ de 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* et de la clause de renonciation, mais également d'une prise en compte disproportionnée des travaux de la Commission du droit international antérieurs à l'adoption de la Convention. Si cela n'apparaît pas explicitement dans les trois arrêts de la Cour de cassation, ces éléments se retrouvent au sein des rapports remis respectivement dans ces affaires par l'avocat général Pierre Chevalier (*RGDIP* 2013. 203 s.) et la conseillère rapporteure Agnès Maïtrepierre (*JDI* 2013. 899 s.).
- 20 Sur le terrain de la Convention des Nations Unies de 2004, l'argumentation reposait sur le caractère non limitatif de la liste dressée par l'article 21(1) des catégories de biens qui « ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement » utilisés à des fins autres que publiques au sens de l'article 19(c). L'adverbe « notamment » indique, et ce, à juste titre, que d'autres biens peuvent être considérés utilisés à des fins publiques que ceux qui y sont listés ((a) biens diplomatiques, (b) biens militaires, (c) biens de la banque centrale, (d) biens faisant partie du patrimoine culturel et (e) biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique). L'objet de cette énumération est clairement d'établir une présomption de la nature publique de ces biens, l'article 19(c) précisant que les biens n'entrant pas dans ces catégories (par exemple les biens affectés à des activités commerciales) peuvent faire l'objet de mesures de contrainte postérieures au jugement lorsqu'ils « ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée », et ce, sans besoin de caractériser une renonciation à l'immunité d'exécution (S. Bollée, *D.* 2013. 2294). Toutefois, la conseillère rapporteure a considéré que, des « catégories spécifiques de biens » (titre de l'article 21) requièrent une renonciation « spécifique », et ce, alors que l'article 21(2) indique très clairement que l'article 21(1) est « sans préjudice » des articles 18(a) et 19(a). Le rapport de l'avocat général va plus loin en se fondant sur un passage de l'arrêt de la CIJ de 2012 qui précise qu'une mesure de contrainte peut « être prise à l'égard d'un bien appartenant à un État étranger » si l'État a « expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte » (CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État*, préc., § 118). Il en a déduit

que « [p]our la CIJ, un État peut ainsi renoncer au bénéfice de son immunité à l'égard d'un bien (renonciation spéciale) [...] à condition que l'État y ait expressément consenti (renonciation expresse) » (souligné par l'auteur) (*RGDIP* 2013. 227).

- 21 Afin de confirmer ces interprétations élastiques de la Convention et de la jurisprudence de la CIJ, ces deux rapports s'appuient essentiellement sur une phrase du commentaire de la CDI de 1991 du premier projet de convention sur les immunités d'États (*RGDIP* 2013. 226 ; *JDI* 2013. 906). Il y était indiqué à propos de l'article 19 de ce projet (dorénavant article 21) : « [u]ne renonciation générale ou une renonciation concernant tous les biens situés sur le territoire de l'État du for, qui ne mentionnerait aucune des catégories spécifiques, ne suffirait pas à autoriser des mesures de contrainte » (*Ann. CDI*, 1991, vol. II(2), p. 62). Le choix de se reposer sur un passage isolé d'un commentaire de l'ancienne version de la Convention est d'autant plus discutable que la solution retenue s'oppose à celle découlant d'une interprétation de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité postérieur et qu'une ancienne proposition de rédaction de la convention exigeant une renonciation spéciale n'avait pas été retenue par la CDI (G. Cuniberti, *JDI* 2013. 923). Au soutien de leur thèse, les deux rapports ne font d'ailleurs référence qu'à une seule et même jurisprudence de la cour d'appel de Hambourg du 16 juillet 2009 (*RGDIP* 2013. 227 ; *JDI* 2013. 910). Ils ne mentionnent pas la décision convaincante et solidement motivée du Tribunal fédéral suisse d'août 2007, indiquant que « [l]a renonciation par un État à son immunité d'exécution est possible, en tous les cas si elle est expresse » (15 août 2007, *Moscow Center for Automated Air Traffic Control c/ Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites du canton de Genève*, n° 7B.2/2007, § 5.3.1 ; *ASA Bulletin* vol. 26, n° 1, 2008, p. 141).
- 22 Ayant élaboré cette lecture de la Convention des Nations Unies de 2004, il était aisé pour la Cour de cassation de constater que la clause de renonciation insérée dans la documentation contractuelle de l'emprunt obligataire ne comprenait qu'une renonciation expresse à « toute immunité », mais pas de renonciation « spéciale » visant les actifs saisis. Les créances visées étaient considérées par la Cour comme des ressources « se rattachant nécessairement à l'exercice par cet État des prérogatives liées à sa souveraineté », elles constituaient selon elle des « biens utilisés ou destinés à être utilisés par l'État » à des fins publiques (v. aussi *infra* § 33 s.). Cette question de l'affectation aurait d'ailleurs dû n'avoir aucune conséquence car la renonciation visait également les biens affectés à des fins publiques. Comme l'a souligné le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt du 15 août 2007, « soit les biens saisis relèvent de l'activité *iure gestionis* de l'État russe et la clause de renonciation est superflue faute d'immunité ; soit il s'agit de biens de l'État affectés à l'exercice de la puissance publique, qui tombent sous le coup de la renonciation expresse » (Arrêt 7B.2/2007, préc.). Il a aussi ajouté que l'État « ne saurait en particulier prétendre que la renonciation ne vise que des actes *iure gestionis* pour lesquels précisément aucune immunité n'existe. Cela

reviendrait à priver la clause de renonciation de toute portée » (*ibid.*, § 5.3.3).

- 23 Les positions dégagées par la Cour de cassation dans ses arrêts de 2011 et de 2013 sont donc discutables. *Prima facie* concordantes et se plaçant dans le même mouvement jurisprudentiel, elles présentent en réalité une dissonance majeure car la Cour de cassation avait en premier lieu déduit l'exigence de renonciation spéciale du caractère autonome des immunités diplomatiques. Or, il est délicat d'identifier une immunité « autonome » pour les autres biens de l'État affectés à des fins publiques. Le « caractère autonome » de l'immunité diplomatique ne justifiait donc pas une nouvelle condition de renonciation à l'immunité d'exécution. Au-delà de ces controverses quant à ses fondements ou sa cohérence d'ensemble, ce sont davantage les implications de cette nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation qui sont sujettes à caution.

II. – Un élargissement des conditions de renonciation à l'immunité d'exécution problématique quant à ses implications

- 24 L'évaluation biaisée du droit international par la Cour de cassation présente également des risques. Cette lecture du droit des immunités est difficilement compatible avec les exigences résultant du droit à un procès équitable (A). Elle apparaît aussi problématique quant à l'insécurité juridique qu'elle est conduite à générer dans la pratique contractuelle (B).

A. – Un élargissement problématique quant à sa compatibilité avec les exigences du droit à un procès équitable

- 25 L'immunité dont bénéficient les États est susceptible d'entraver le droit à un tribunal tel que garanti par l'article 6 de la Conv. EDH. Ce droit ne se limite pas à celui que sa cause soit entendue et à l'obtention d'une décision de justice mais intègre aussi l'exécution de la décision car « ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie » (CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, n° 18357/91, *Rec.* 1997-II, p. 495, § 40). Il n'est cependant pas absolu et une limitation peut être admise « si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (CEDH 18 févr. 1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, n° 26083/94, *Rec.* 1999-I, p. 429, § 59).
- 26 La Cour de Strasbourg a eu l'occasion de préciser que le respect du droit international résultant de la mise en œuvre des immunités souveraines par les juridictions nationales constituait un but légitime. Elle a d'ailleurs relevé, chose rappelée par la Cour de cassation en 2013, que la Conv. EDH doit, au regard de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, s'interpréter en tenant compte de toute règle de droit international applicable entre les parties et donc, y compris

celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États. Elle a ainsi indiqué que l'on « ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal [...] des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États » (CEDH 21 nov. 2001, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, n° 35763/97, *Rec.* 2001-XI, p. 117, § 54 s.).

- 27 Le recours au droit des immunités n'offre toutefois pas un blanc-seing aux juridictions nationales qui doivent tenir compte de la tendance à une « érosion certaine » de la doctrine de l'immunité absolue des États, notamment pour les contrats de travail conclus entre un État et une personne physique et visés à l'article 11 de la Convention des Nations Unies de 2004 (CEDH 23 mars 2010, *Cudak c/ Lituanie*, n° 15869/02, *Rec.* 2010-III, p. 121, § 64). La mise en œuvre des immunités souveraines satisfera aux critères de légitimité et de proportionnalité si elle reflète et, comme le souligne la Cour de cassation en 2013, « ne va pas au-delà des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États ». Le brevet de conventionnalité délivré par la Cour de cassation à sa propre jurisprudence dans ces deux arrêts est contestable car, justement, les limitations posées à l'exécution étaient fondées par une appréhension du droit des immunités souveraines qui outrepassait ce que prescrivait le droit international coutumier.
- 28 Le choix d'un État d'offrir aux autres États, par sa législation ou ses juridictions, une protection plus étendue en matière d'immunités que celle prescrite par la coutume ne constitue pas en soi une violation du droit international. Le droit international des immunités se conçoit comme un plancher et non comme un plafond : l'État doit garantir aux autres États l'immunité souveraine minimale prescrite par le droit international mais demeure libre, en droit international général, de l'étendre au-delà. L'État ne violerait pas les règles spécifiques relatives au droit des immunités en étendant ces dernières car il s'agit d'un droit des États qui, en l'état actuel du développement du droit international, ne crée pas de façon symétrique des droits au profit des personnes privées qui se heurtent aux immunités souveraines. Les droits nationaux peuvent ainsi consacrer une immunité d'exécution diplomatique identique à celle des autres biens de l'État utilisés à des fins publiques (pas de renonciation spéciale) ou renforcée (nécessité d'une renonciation spéciale ou insaisissabilité absolue) (v. *supra* § 13). L'exigence d'une renonciation expresse (mais pas nécessairement spéciale) constitue le plancher fixé par la coutume internationale. La CIJ a d'ailleurs noté qu'il « lui suffit de constater qu'il existe au minimum une condition qui doit être remplie pour qu'une mesure de contrainte puisse être prise » (italiques ajoutées), et notamment « que l'État propriétaire ait expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte » (CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État*, préc., § 118). Cette idée de « plancher » se retrouve d'ailleurs dans la clause de renonciation souscrite par l'Argentine et indiquant qu'elle « a irrémédiablement accepté de ne pas s'en prévaloir et a irrémédiablement renoncé à une telle immunité dans la mesure la plus étendue autorisée

par les lois dudit ressort » (italiques ajoutées), suggérant que le droit national en matière d'immunités est susceptible de s'écarter du minimum prescrit par le droit international.

- 29 Ainsi, sous l'angle du droit international des immunités et sans tenir compte de la stipulation contractuelle indiquant que la renonciation devait être « la plus étendue », rien n'empêchait la Cour de cassation de mettre en œuvre des standards nationaux plus exigeants que la coutume et d'élaborer cette condition de la renonciation « expresse et spéciale ». Cependant, elle s'est sensiblement écartée du plancher fixé par le droit international selon lequel une simple renonciation expresse (le cas en l'espèce) permet d'écarter l'immunité d'exécution. En choisissant d'aller « au-delà des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États » et en ne donnant pas effet à la renonciation contractuelle, la position de la Cour de cassation n'a, à l'évidence, pas respecté les exigences du droit à un procès équitable résultant de l'Article 6(1) de la Conv. EDH tel que l'interprète la Cour de Strasbourg. Si le droit international laisse donc une certaine latitude aux États en matière d'immunités souveraines, celle-ci est restreinte par d'autres obligations internationales (ou constitutionnelles) relatives à la protection des droits fondamentaux, lesquelles constituent une source progressive d'érosion des immunités souveraines en droit international (v. S. El Sawah, *Les immunités des États...*).
- 30 Si la question de leur compatibilité avec la Conv. EDH se pose, les solutions retenues par les arrêts de la Cour de cassation dans les affaires argentines soulèvent d'autres problèmes car leur mise en œuvre dans la pratique contractuelle semble davantage génératrice d'insécurité juridique.

B. – Un élargissement problématique quant à ses conséquences sur la pratique contractuelle

- 31 Outre les droits fondamentaux, les renonciations aux immunités souveraines insérées dans les contrats conclus entre États et personnes privées constituent un autre élément devant être pris en considération par les juridictions nationales lorsqu'elles s'aventurent à élaborer un régime du droit des immunités plus favorable aux États que ce que prescrit la règle coutumière. Il s'agit non seulement de trouver un équilibre entre le respect du droit international et celui des contrats légalement formés, mais aussi de s'assurer que les exigences en matière de renonciation posées par le droit de l'État où la levée de l'immunité sera sollicitée soient suffisamment stables et cohérentes afin de garantir la sécurité juridique des relations contractuelles. Une jurisprudence hésitante et fluctuante présente d'ailleurs *in fine* le risque que les personnes privées ne subordonnent leurs relations avec les entités souveraines à des conditions encore plus strictes, par exemple, en matière d'emprunts souverains, en exigeant une prime de risque bien supérieure.
- 32 La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation pose en premier lieu la question de l'application dans le temps de l'appréhension de la règle

coutumière par le juge national. Elle a en effet mis en œuvre une nouvelle approche de la renonciation aux immunités d'exécution plus stricte que celle résultant du droit international en l'appliquant à des clauses contractées à une époque où les exigences étaient différentes en la matière. Il en résulte donc une application rétroactive d'un nouveau droit des immunités tel qu'appréhendé par la juridiction nationale. La question se pose donc de savoir si le juge ne devrait pas tenir compte des règles coutumières applicables à la date de la conclusion du contrat, par analogie à la matière législative où les contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle demeurent en principe régis par la loi en vigueur au moment de leur conclusion. Il s'agit d'ailleurs d'une règle d'une valeur constitutionnelle étant admis que « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant » (Cons. const. 13 janv. 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, n° 2002-465 DC, Rec. 43). Il aurait été délicat pour la Cour de cassation d'identifier un tel motif d'intérêt général car la jurisprudence de 2013 ne fait qu'ajouter une condition à la renonciation à l'immunité d'exécution par voie contractuelle et aménager le cadre juridique de la renonciation, et ce, sans manifester l'idée que la renonciation serait en elle-même contraire à une forme d'ordre public (pour cette opinion, v. M. G. Kohen, *op. cit.*, p. 210 s.).

33 Une deuxième conséquence de cette jurisprudence réside dans l'incertitude qu'elle fait peser sur les rédacteurs des clauses de renonciation, notamment ceux représentant les personnes privées. La difficulté majeure réside dans l'identification des « biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques » qui, selon les arrêts de 2013, doivent faire l'objet d'une renonciation « expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou les catégories de biens pour lesquels la renonciation est consentie ». La Cour de cassation s'est en effet implicitement référée au caractère non limitatif de la liste des biens destinés à des fins publiques mentionnée à l'article 21(1) de la Convention des Nations Unies de 2004 afin d'étendre l'exigence de renonciation « spéciale ». Or, s'il est envisageable d'exiger des cocontractants de mentionner dans une clause de renonciation des catégories de biens en prenant appui sur une liste où ces catégories sont préalablement et expressément énumérées au sein d'une convention internationale en vigueur (ce qui n'était pas le cas de celle de 2004), il semble impraticable d'exiger d'eux d'y mentionner des catégories largement indéterminées ou indéterminables de biens qui seraient susceptibles d'être identifiées postérieurement par des juridictions nationales.

34 De plus, la terminologie employée dans ce cadre par la Cour de cassation soulève quelques interrogations. Celle-ci se réfère aux « biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques » alors que l'article 21(1) de la Convention des Nations Unies de 2004 évoque des « biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales ». Cette dernière catégorie est plus restreinte dans la mesure où

elle n'intègre pas les entreprises d'État impliquées dans des activités de service public commercial. Il est donc envisageable que les arrêts du 28 mars 2013 affectent par ricochet – voire rendent également obsolètes – la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux émanations d'État (v. not., Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, *Société nationale des pétroles du Congo*, préc. ; Civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, *Société nationale des hydrocarbures c/ Société Winslow B & T*, n° 04-15.388, *Bull.* n° 355). En effet, soit une entité n'est pas considérée comme une émanation et, dès lors, ses actifs ne pourront faire l'objet de mesure d'exécution ; soit elle est considérée comme telle et il est aisé de prouver que ses biens, même affectés à des activités commerciales, sont utilisés directement ou indirectement à des fins publiques, permettant ainsi de neutraliser toute mesure d'exécution.

35 La méthodologie employée par la Cour de cassation pour caractériser des biens de l'État comme étant utilisés à des fins publiques est d'ailleurs sujette à caution. Sans se prononcer sur la nature exacte des créances qui ont fait l'objet d'une saisie – notamment celles résultant des redevances pétrolières dont la nature fiscale ou parafiscale est discutable – il est incontestable qu'une créance fiscale a pour origine l'exercice de prérogatives souveraines. La Cour de cassation semble néanmoins amalgamer l'origine souveraine des fonds et leur affectation à des fins publiques en soulignant que ces créances correspondent « à des contributions fiscales ou parafiscales ayant pour origine le pouvoir régalien de l'État » et ont « pour vocation le financement d'autres prérogatives régaliennes ». Il apparaît excessif d'indiquer que les ressources fiscales financeront nécessairement des « prérogatives régaliennes ». D'ailleurs, la Cour de cassation dans l'arrêt du 28 septembre 2011 se refusait à réaliser une telle jonction entre l'origine des fonds et leur destination afin de qualifier ceux-ci de biens diplomatiques. Elle relevait « que la provenance des autres fonds était indifférente dès lors que seule leur affectation à la réfection des locaux de l'ambassade importait ». Il en résulte dès lors une asymétrie troublante : alors que des fonds ayant pour origine une activité de nature privée peuvent être affectés à des activités publiques, des fonds ayant une origine « régalienne », ont nécessairement « pour vocation le financement d'autres prérogatives régaliennes ».

36 La révision de la pratique contractuelle en réaction à la jurisprudence française s'avère donc complexe. Elle implique le recours à des listes positives de renonciations (biens, catégories de biens ou émanations d'État pouvant faire l'objet d'une mesure de contrainte) ce qui risque de se traduire en pratique dans les contrats par des clauses excessivement détaillées, s'efforçant d'identifier et d'anticiper tout bien ou catégorie de biens futurs pouvant être saisis. Ces clauses pourraient d'ailleurs, par effet boomerang, être encore plus défavorables aux États. Les termes et l'esprit de la Convention des Nations Unies de 2004 commandent davantage le recours à des listes négatives de renonciation (liste des biens ou catégories de biens ne pouvant faire l'objet d'une mesure de contrainte) qui permettent à l'État de cibler précisément les biens qu'il souhaite protéger. L'Argentine a d'ailleurs choisi d'exclure de la clause de renonciation les biens militaires et ceux affectés aux missions diplomatiques

et consulaires dans la documentation contractuelle relative aux emprunts ultérieurs à ceux qui ont donné lieu à ce contentieux (M. G. Kohen, *op. cit.*, p. 205).

- 37 L'arrêt du 28 septembre 2011 pose également, en aval, un autre problème. Après avoir affirmé qu'une renonciation expresse n'autorisait pas la saisie des biens affectés aux missions diplomatiques de l'Argentine, la Cour de cassation indique que « les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique » et, en conséquence, « qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale ». Relevons subsidiairement que la distinction n'est pas opérée entre, d'une part, les biens affectés à des missions diplomatiques et, d'autre part, ceux affectés à des activités publiques autres que diplomatiques ou utilisés pour une activité privée ou commerciale. Au-delà de cet élément presque annonciateur de sa jurisprudence de 2013, l'*onus probandi* exigé par la Cour de cassation rend extrêmement difficile, sinon impossible, au créancier de rapporter la preuve d'une affectation à des fins autres que diplomatiques. D'une part, le juge pourra refuser d'ordonner à la mission diplomatique la publication intégrale des mouvements sur ses comptes afin de déterminer la nature de leur utilisation et, d'autre part, il sera extrêmement complexe pour le créancier de prouver la nature de l'utilisation future d'une somme d'argent déposée sur un compte d'une mission diplomatique (F. J. Crédot et Th. Samin, p. 42 s.). Il en résulte une quasi-insaisissabilité *de facto* des comptes bancaires des missions diplomatiques, lesquels pourront être perçus par les États comme permettant de protéger leurs biens non diplomatiques de toute initiative de saisie. Du paradis fiscal au sein duquel évolue le fonds NML (incorporé aux îles Caïman) au paradis des immunités souveraines institué par la Cour de cassation, il n'y a finalement qu'un pas.

Régis Bismuth

Bibliographie

P. Bourel, « Conflits de juridictions – Immunités de juridiction et d'exécution », *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-50, 1993 ; I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; A. Reinisch, « European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures », *EJIL*, vol. 17, n° 4, 2006, p. 803-836 ; J.-B. Donnier, « Immunités d'exécution », *J.-Cl. Int.*, fasc. 496, 2006 ; C. Kessedjian, « Immunités », *Rép. internat.* 2011, 32 p. ; S. El Sawah, *Les immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; X. Yang, *State Immunity in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2012 ; C. Ryngaert, « Embassy Bank Account and State Immunity from Execution : Doing Justice to the Financial Interests of Creditors », *Leiden Journal of Interna-*

tional Law, vol. 26, n° 1, 2013, p. 73-88 ; R. O. Keefe, C. J. Tams et A. Tzanakopoulos (eds.), *The United Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property – A commentary*, Oxford, OUP, 2013 ; C. Brown et R. O’Keefe, « Article 18 », *in ibid.* p. 293-307 ; M. G. Kohen, « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l’immunité des États », *in* M. G. Kohen et D. Bentolila (dir.), *Mélanges en l’honneur du professeur Jean-Michel Jacquet. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis 2013, p. 201-213.

Voir aussi dans cet ouvrage :

Civ. 6 avr. 1826, *Lambège et Pujol*, v. comm. n° 2.