

S.21.0003.F

Conclusions de Monsieur le procureur général A. HENKES:

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 24 juin 2020 par la cour du travail de Bruxelles (RG 2016/AB/957).

Rapporteur: Monsieur le président de section Christian Storck.

II. Faits de la cause et antécédents de la procédure

1. Les faits de la cause et les antécédents de la procédure, tels qu'ils résultent des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, se résument comme suit.

Le demandeur a engagé la défenderesse, en qualité de réceptionniste et dactylographe, au sein du personnel de son ambassade en Belgique. Le litige les opposant a trait au respect, par le demandeur, des obligations lui incombant en vertu de ce contrat et de la législation belge.

Le demandeur n'a pas soutenu devant les juges du fond que les tribunaux belges sont sans juridiction pour connaître du procès¹. Il a par contre affirmé, devant la cour du travail, que l'accueil de certaines des demandes de la défenderesse violerait l'immunité de juridiction dont il bénéficie comme État étranger.

Le pourvoi du demandeur critique l'arrêt attaqué en ce qu'il fait droit à deux demandes auxquelles il opposait cette immunité.

2. La première des deux décisions critiquées par le pourvoi est celle par laquelle l'arrêt statue sur la demande de « paiement des doubles pécules de vacances pour la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 30 juin 2012 et de déclaration à l'ONSS desdits pécules ».

Le demandeur avait soutenu que cette demande était partiellement prescrite.

La défenderesse répliquait en se prévalant de l'article 26 du titre préliminaire du code de procédure pénale.

Cette disposition, dans sa version issue de la loi du 10 juin 1998, prévoit que « l'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique ».

Or, dans un arrêt du 12 février 2007, la Cour a considéré que « l'infraction qui consiste à ne pas payer les pécules de vacances suivant les règles et dans les délais prescrits est consommée par la seule omission d'y satisfaire au moment où le paiement doit être exécuté, de sorte que la prescription de l'action publique née de cette infraction prend cours dès ce moment » et que, « toutefois, si plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même résolution criminelle et ne constituent ainsi qu'une seule infraction, celle-ci n'est

¹ Le jugement du tribunal du travail de Bruxelles relève expressément que « la compétence du tribunal n'est pas contestée par le Royaume du Swaziland ».

entièrement consommée et la prescription de l'action publique ne prend cours, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable, sauf interruption ou suspension de la prescription »².

La défenderesse considérait dès lors que, puisque la prescription de l'action publique n'a pris cours qu'avec la dernière infraction et que son action civile ne se prescrit pas avant l'action publique, le demandeur ne pouvait se prévaloir de la prescription.

Le demandeur a critiqué ce raisonnement en soutenant que son immunité de juridiction implique qu'aucune action publique ne peut se concevoir à son égard et, partant, pour ce motif, que l'article 26 du titre préliminaire de procédure pénale ne pouvait trouver à s'appliquer.

L'arrêt rejette l'exception de prescription en considérant ce qui suit:

« Le [demandeur] invoque ainsi disposer d'une immunité pénale en vertu du droit international public sans préciser le fondement de cette immunité (traités, coutumes internationales,...).

Cette immunité qui est vraisemblablement la même que celle qui est reconnue par des traités internationaux aux chefs d'États et qui est reconnue comme reflétant le droit international coutumier [...] est une immunité de juridiction pénale qui a été traduite à l'article 1er bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Elle empêche des poursuites pénales ainsi que des actes de contraintes.

Une telle immunité ne fait aucunement obstacle à l'application de l'article 26 du titre préliminaire du code de procédure pénale qui n'est qu'une simple loi de procédure déterminant les délais applicables à une action civile résultant d'une infraction ».

3. La seconde décision critiquée par le pourvoi est celle par laquelle l'arrêt attaqué assorti d'une astreinte certaines condamnations que la cour du travail prononce et a prononcées contre le demandeur.

Le demandeur soutenait que son immunité de juridiction s'oppose à ce qu'une astreinte puisse lui être imposée. Il invoquait notamment, à l'appui de sa défense, l'article 24 de la Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

Par un premier arrêt du 6 novembre 2019, la cour du travail a rouvert les débats afin que les parties s'expliquent tant sur l'absence de ratification de cette convention par la Belgique que sur le fait que l'entrée en vigueur de cette convention requiert qu'elle ait été ratifiée par trente états.

L'arrêt attaqué commence par écarter les prétentions du demandeur à voir rejeter la demande d'astreinte sur la base des articles 18 et 19 de la convention, que le demandeur a invoqués pour la première fois dans ses conclusions après réouverture des débats. L'arrêt considère que « l'invocation par le [demandeur] des articles 18 et 19 de la Conventions des Nations unies du 2 décembre 2004 est un moyen nouveau qui sort du cadre de la réouverture des débats et ne doit dès lors pas être rencontré par la cour ».

² Cass. 12 février 2007, RG S.06.0051.F, *Pas.* 2007, n° 82.

Concernant l'article 24 de la convention, l'arrêt rappelle d'abord la position des parties. Il note que le demandeur admet qu'elle n'a pas été à ce jour ratifiée par la Belgique et qu'elle n'est pas encore en vigueur internationalement, mais fait valoir que cet article fait partie « du droit international coutumier de l'ordre juridique interne belge » et s'oppose à ce que des condamnations lui soient imposées sous peine d'une astreinte. Il relève par ailleurs que la défenderesse « conteste que la règle de l'article 24 ferait partie du droit coutumier, même si selon la doctrine, la convention reflète sous certains points le droit coutumier ».

Procédant à sa propre appréciation de la question, la cour du travail admet tout d'abord que l'article 24 de la convention peut être interprété comme prohibant l'astreinte.

Toutefois, dès lors que la convention n'est pas entrée en vigueur, l'arrêt estime que la règle de l'article 24 ne doit trouver à s'appliquer que si elle doit être considérée comme exprimant une coutume internationale.

A l'issue d'un examen de la question, l'arrêt arrive à la conclusion que le demandeur « ne justifie pas à suffisance les raisons pour lesquelles la règle contenue dans l'article 24.1 de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 constituerait une règle de droit coutumier international » et décide « qu'il n'existe pas de raison de refuser à [la défenderesse] les astreintes demandées, qui sont conformes aux dispositions de l'article 1385*bis* du Code judiciaire ».

Le dispositif de l'arrêt attaqué assortit donc d'une astreinte des condamnations qu'il prononce, ainsi que des condamnations prononcées antérieurement par une première décision de la cour du travail.

III. Exposé des moyens de cassation

4. Le pourvoi comporte deux moyens, le second étant divisé en deux branches.

Le premier moyen est dirigé contre la décision de l'arrêt statuant sur la demande de « paiement des doubles pécules de vacances pour la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 30 juin 2012 et de déclaration à l'ONSS desdits pécules ».

Le second moyen est dirigé contre la décision de l'arrêt d'assortir d'astreintes les condamnations prononcées par la cour du travail (en ce compris une condamnation prononcée par un premier arrêt du 6 novembre 2019).

A) Premier moyen

5. Le moyen est pris de la violation des règles suivantes :

- le principe fondamental de droit international de l'égalité souveraine des États, consacré par les articles 1^{er}, § 2, et 2, § 1^{er}, de la Charte des Nations unies ;

- la règle de droit international coutumier « par in parem non habet imperium » ;

- la règle de droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction, telle qu'elle figure à l'article 11, paragraphe 1^{er}, de la Convention des Nations Unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée par la Belgique le 22 avril 2005 ;

- la règle de droit international coutumier consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité pénale des chefs d'État et de gouvernement en exercice ;
- la règle de droit international coutumier consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité pénale des États étrangers ;
- les articles 1^{er}, § 2, et 2, § 1^{er}, de la Charte des Nations unies ;
- l'article 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice annexé à la Charte des Nations unies ;
- les articles 5 et 11 de la Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée par la Belgique le 22 avril 2005 ;
- les articles 1^{er}*bis*, 3, 4, tel que d'application avant sa modification par la loi du 8 juin 2017, 4, en sa version actuelle, et 26 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale ;
- les articles 46^{ter} et 54, 2^o, tel que d'application avant son abrogation par la loi du 6 juin 2010, de la loi coordonnée du 28 juin 1971 relative aux vacances annuelles des travailleurs salariés ;
- les articles 162, alinéa 2, 3^o, tel que d'application avant sa modification par la loi du 25 avril 2014, et 101, alinéa 3, du Code pénal social du 6 juin 2010.

6. Le moyen réitère l'argumentation que le demandeur avait soutenue devant les juges d'appel.

Il expose en substance :

- que l'État étranger en tant que tel bénéficie d'une immunité de juridiction pénale en droit international ;
- que cette immunité s'oppose à ce qu'une disposition légale de droit interne permette l'exercice de poursuites pénales à l'encontre d'un État étranger ;
- que cette immunité de juridiction pénale s'oppose à toute action civile, fondée sur le même comportement prétendument attribuable à cet État, à l'encontre de ce même État devant les juridictions pénales ou civiles d'un autre État,
- que l'article 11 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui permet certaines actions relatives aux contrats de travail, ne déroge pas à ces principes puisqu'il n'aborde pas la question de la responsabilité de l'État étranger en raison de comportements qui pourraient entraîner des poursuites pénales et que les exceptions à l'immunité doivent être interprétées de manière restrictive.

Il en déduit que les juges d'appel ne pouvaient faire application de l'article 26 du titre préliminaire du code de procédure pénale, dès lors que ce dernier requiert que l'action publique puisse être mise en œuvre contre celui envers qui est dirigée la demande dont il est prétendu qu'elle est prescrite, ce qui ne se conçoit pas lorsque cette personne est un État

qui bénéficie de l'immunité de juridiction pénale, ceci étant précisément le cas du demandeur.

B) *Second moyen*

7. Le second moyen critique l'arrêt en ce que, après la réouverture des débats, il statue sur la demande d'astreinte.

1) Première branche

8. La première branche du moyen critique l'arrêt en ce qu'il accorde l'astreinte après avoir considéré que « l'invocation par le [demandeur] des articles 18 et 19 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 est un moyen nouveau qui sort du cadre de la réouverture des débats et ne doit dès lors pas être rencontré ».

Il est soutenu que, par cette motivation, la cour du travail, dès lors qu'elle était encore saisie, à défaut de décision définitive sur ce point, de la question de la compatibilité de l'astreinte avec l'immunité de juridiction du demandeur, a manqué au devoir incombant au juge d'appliquer aux faits spécialement invoqués devant elles les dispositions qui s'imposent.

Elle aurait ainsi méconnu le principe général du droit suivant lequel il appartient au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et de relever, le cas échéant, d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions. La violation des articles 19, alinéas 1^{er} et 2, et 775 du Code judiciaire, est également invoquée par le demandeur (dans l'hypothèse, croit-on comprendre, où l'arrêt aurait considéré que la cour du travail avait déjà épuisé sa juridiction sur la question litigieuse).

L'arrêt violerait également, par voie de conséquence, la règle « de droit international coutumier en matière d'immunité des États étrangers, telle qu'elle figure aux articles 18, 19 et 20 de la Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » et les « articles 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice annexé à la Charte des Nations unies [...], 18, 19 et 20 de la Convention des Nations Unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[...], et 1385**bis**, premier et troisième alinéas, et 1385**quater**, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire ».

2) Seconde branche

9. La seconde branche du moyen soutient qu'en prononçant une astreinte à charge du demandeur, l'arrêt a violé plusieurs normes qui interdiraient pareille chose :

- le principe fondamental de droit international de l'égalité souveraine des États, consacré par les articles 1^{er}, § 2, et 2, § 1^{er}, de la Charte des Nations unies ;

- la règle de droit international coutumier « par in parem non habet imperium », en vertu de laquelle un État souverain ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État souverain ;

- la règle de droit international coutumier en matière d'immunité, telle qu'elle figure à l'article 24.1 de la Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée par la Belgique le 22 avril 2005 ;

- les règles de droit international coutumier en matière d'immunité, telle qu'elles figurent aux articles 18, 19 et 20 de la Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée par la Belgique le 22 avril 2005 ;

- les articles 1^{er}, § 2, et 2, § 1^{er}, de la Charte des Nations unies.

10. Le moyen, en cette branche, affirme en substance que le prononcé d'une astreinte est contraire au prescrit des articles 18, 19, 20 et 24.1 la Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui traduisent la coutume internationale en matière d'immunité de juridiction.

IV. De l'immunité de juridiction pénale, civile et d'exécutions des États et de la coutume internationale dans l'œuvre jurisprudentielle de la Cour

11. Avant de répondre à proprement parler aux moyens, il me paraît utile de refaire brièvement le point sur certaines questions de droit international public soulevées dans la présente cause, et qui ont trait tant à l'immunité de juridiction (restreinte) et d'exécution des États qu'au positionnement de la Cour quant à ce dans le cadre d'un pourvoi.

A) De L'immunité de juridiction pénale des États

12. Dans l'histoire du Droit des gens la responsabilité pénale d'un État n'existe pas parce que, notamment, à la base, les systèmes pénaux des États ne connaissent pas le concept de responsabilité pénale d'une personne morale. L'infraction requiert un comportement individuel imputable à une personne physique.

La mise en place dans les régimes juridiques européen d'un système de responsabilité des personnes morales est de facture récente. En Belgique, c'est l'article 5 du Code pénal – non visé par le demandeur –, introduit dans le code par la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales, qui l'organise³. Dans sa rédaction initiale, ce texte prévoyait que « ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement [...] : l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les organes territoriaux intra-communaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale ».

La loi du 11 juillet 2018⁴ a supprimé l'exception dont bénéficiaient les pouvoirs publics, spécialement l'État belge, tout en prévoyant qu'il ne peut être prononcé à leur égard qu'une simple déclaration de culpabilité.

13. Avant 1999, les poursuites pénales contre un État étranger et, partant, celle de l'immunité de juridiction pénale de cet État, ne pouvaient pas être envisagés. Depuis lors, la question ne s'est pas posée.

³ Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *MB*, 22 juin 1999, p. 23.411. Pour la France, voy. J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, p. 19.

⁴ Loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, publiée au *MB* du 20 juillet 2018, p. 58.484.

Cela s'explique sans nul doute par le fait que personne, en Belgique, ne paraît avoir considéré que l'article 5 du Code pénal pourrait avoir autorisé des poursuites pénales contre les États étrangers. Personne n'a jamais soutenu que le législateur a voulu rendre le mécanisme applicable à des personnes morales de droit public autres que celles relevant du droit belge.

La Belgique ne permet dès lors pas la mise en cause de la responsabilité pénale des États étrangers.

Toute autre interprétation de l'article 5 du Code pénal contreviendrait d'ailleurs au droit international. En effet, même si la question n'a pas été particulièrement étudiée, il semble qu'il existe un principe coutumier d'immunité *pénale* absolue des États.⁵

B) De l'immunité de juridiction civile (restreinte) des États étrangers

14. Ce principe est distinct de la règle de l'immunité de juridiction que la Cour a rappelée pour la dernière fois dans son arrêt du 6 décembre 2019⁶.

Elle énonce dans cette cause que « L'immunité de juridiction des États est la règle de droit coutumier international qui interdit aux juridictions d'un État d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti.

Cette règle reçoit exception lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion.

Pour déterminer si un acte accompli par un État l'a été dans l'exercice de la puissance publique, il convient d'avoir égard à la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli. »

Cette règle est en effet conçue pour répondre aux questions que posent les actions *civiles* dirigées contre les États étrangers. Si elle s'appliquait en matière pénale, elle impliquerait que les États étrangers doivent répondre pénalement des conséquences pénales de leurs actes de gestion, *quod non*.

15. Si l'on peut donc suivre le moyen en ce qu'il affirme que l'État étranger ne peut être poursuivi pour une infraction commise sur le territoire belge, il ne s'ensuit pas qu'il faudrait admettre, comme le soutient le demandeur, que cette immunité de juridiction pénale interdit à la Belgique de permettre la mise en œuvre, à l'encontre de l'État étranger, devant les tribunaux belges, de l'action civile fondée sur l'infraction.

L'action civile est régie par le principe de l'immunité de juridiction restreinte que la Cour a rappelé dans son arrêt du 6 décembre 2019 précité.

Cette règle comporte deux éléments: (i) le principe, selon lequel « l'immunité de juridiction des États est la règle de droit coutumier international qui interdit aux juridictions d'un État

⁵ Sur le caractère absolu de l'immunité pénale, voy. H. FOX et P. WEBB, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 89. Le Hoge Raad der Nederlanden est actuellement saisi d'une question portant sur l'étendue de l'immunité de juridiction en matière pénale. Il s'agit d'une affaire concernant la saisie répressive de billets de banque par la Banque centrale du Surinam, expédiés à Hong-Kong et interceptés à l'aéroport de Schiphol. Voy. les conclusions de l'avocat général relatives à cette affaire (ECLI_NL_PHR_2021_88) : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2021:88>.

⁶ Voy. Cass. 6 décembre 2019, RG C.18.0282.F, *Pas.* 2019, nr. 650, www.juportal.be, avec les concl. de M. de Koster, avocat général, également publié au *J.T.*, 2020, p. 596.

d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti » et (ii) l'exception qui prévoit que le principe ne s'applique pas « lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion ».

Il importe peu, pour l'application de l'exception, que l'acte de gestion soit également constitutif d'une infraction.

Il ne ressort pas non plus de cette règle que la personne lésée, dans l'appréciation des conséquences civiles de l'acte de gestion dommageable de l'État étranger, ne puisse, aux fins de déterminer le délai de prescription applicable à son action, se prévaloir de ce que cet acte constitue une infraction dans le chef dudit État et faire application de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui soumet une telle action à un régime de prescription particulier.

Cette analyse semble correspondre à celle qui est défendue par la très rare doctrine qui paraît s'être intéressée à la question. Je renvoie ici à l'ouvrage de Hazel Fox et Philippa Webb, dans son édition de 2013, où les auteurs écrivent:

« *So far as the exercises of criminal jurisdiction against a State is concerned, our conclusion in this section is that, while it is highly improbable that municipal courts will directly prosecute foreign States for conduct which constitutes a crime under municipal law, it is to be expected that the application of the restrictive doctrine will permit claims for compensation where a foreign State has committed in the forum State or authorized the commission there of acts of a criminal nature* »⁷.

C) *De la coutume de droit international et de la détermination de son contenu*

16. Par un arrêt du 12 mars 2001 la Cour a exercé pour la première fois un contrôle directement fondé sur la coutume internationale⁸.

D'autres arrêts ont suivi. Dans sa toute récente contribution aux *Liber amicorum P.A. Foriers*, M. LEMAL en fait un relevé exhaustif. Je me permets par conséquent de le citer *in extenso* :

« Depuis lors, de nombreux arrêts ont confirmé cette évolution. Certains d'entre eux méritent une attention particulière. L'arrêt du 12 février 2003⁹ est remarquable à un double titre. D'une part, il substitue d'office au motif erroné de la décision attaquée un motif fondé sur une règle coutumière internationale. D'autre part, il consacre la primauté de cette règle coutumière sur une disposition de droit interne auquel il applique le principe d'interprétation conforme. Par son arrêt du 22 novembre 2012¹⁰, la Cour a, pour la première fois, cassé une décision pour violation d'une règle coutumière internationale. Cet arrêt doit être rapproché de

⁷ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 95. (Traduction libre) : « En ce qui concerne l'exercice de la compétence pénale à l'égard d'un État, notre conclusion dans cette section est que, bien qu'il soit hautement improbable que les tribunaux locaux poursuivent directement les États étrangers pour un comportement qui constitue un crime en vertu du droit du for, il faut s'attendre à ce que l'application de la doctrine restrictive permette des demandes d'indemnisation lorsqu'un État étranger a commis dans l'État du for ou y a autorisé la commission d'actes de nature criminelle ».

⁸ Cass. 12 mars 2001, RG S.99.0103.F, *Pas.* 2001, n° 126.

⁹ Cass 12 février 2003, RG P.02.1139.F, *Pas.* 2003, n° 98 avec concl. de M. DU JARDIN, procureur général.

¹⁰ Cass. 22 novembre 2012, RG C.11.0688.F, *Pas.* 2012, n° 630 avec concl. de M. LECLERCQ, procureur général.

celui du 11 décembre 2014¹¹, qui, statuant sur la même règle coutumière, précise que le juge étatique qui identifie et interprète une règle coutumière internationale n'est pas tenu de "constater, dans sa décision, l'existence d'une pratique générale, admise par une majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière". Enfin, par son arrêt du 6 décembre 2019¹², la Cour a, pour la seconde fois, accueilli un moyen déduit de la violation d'une règle coutumière internationale. On relèvera qu'en outre, cet arrêt rejette une fin de non-recevoir déduite d'une règle coutumière dont la Cour a dénié l'existence »¹³.

A cette énumération, il faut ajouter un arrêt du 4 mai 2019¹⁴ que l'auteur examine plus loin dans son exposé, dès lors qu'il concerne plus spécialement la question de la détermination par la Cour du contenu de la coutume internationale.

17. Ces arrêts contiennent divers enseignements concernant *le rôle de la Cour dans la détermination du contenu de la coutume internationale*.

Ils confirment que la Cour, appelée à contrôler le respect de la coutume internationale par le juge du fond, se trouve dans une position délicate. Elle doit exprimer un droit non écrit, ce qui est déjà en soi difficile, mais, de surcroît, un droit qui lui échappe en partie, parce qu'il est l'œuvre commune des Nations et se crée dès lors partiellement hors du système juridique auquel la Cour appartient.

Ce problème a été souligné par la doctrine dès les prémices de la consécration d'un contrôle direct par la Cour de l'application de la coutume internationale par le juge du fond.

Dans sa note déjà citée, parue à la *Revue belge de droit international* de 1967, F. RIGAUX expliquait ce qui suit:

« 29. La première obligation de la Cour, si elle doit, un jour, exercer une telle fonction [NDA : un contrôle direct du respect de la coutume], sera de constater le principe de droit international dont la violation est alléguée devant elle. Cette tâche diffère notablement de l'affirmation du contenu de la loi nationale. Non tant en raison de ce qui sépare un texte de droit écrit d'une règle coutumière, celle-ci plus rebelle à une affirmation distincte, que parce que le droit international général relève d'un ordre qui dépasse infiniment le cercle d'attributions d'une cour suprême nationale. Quand elle interprète la loi nationale ou en comble les lacunes, et jusqu'à ce que le législateur vienne, le cas échéant, contester son interprétation, la Cour de cassation ne saurait se tromper. En disant le droit, elle dégage souverainement, pour tous les organes de l'État dont elle unifie la jurisprudence, le sens, la portée et le contenu de la loi, texte inerte auquel la jurisprudence des tribunaux donne vie et contours.

En revanche, pour poser un principe de droit international, elle doit interroger d'autres sources de droit que sa propre jurisprudence et, dégageant le contenu d'un précepte qui s'est formé en dehors d'elle, elle risque, nécessairement, sinon de se tromper, au moins de prendre parti dans une controverse doctrinale que sa seule autorité est impuissante à trancher. Si malencontreuse qu'en soit l'expression, l'ancienne formule d'après laquelle l'affirmation du contenu de la coutume internationale est une "question de fait", n'est pas privée de toute

¹¹ Cass. 11 décembre 2014, RG C.13.0537.F, *Pas.* 2014, n° 782 avec concl. de M. LECLERCQ, procureur général.

¹² Cass. 6 décembre 2019, RG C.18.0282.F, *Pas.* 2019, nr. 650, www.juportal.be, avec les concl. de M. de Koster, avocat général, également publié au *J.T.*, 2020, p. 596.

¹³ M. LEMAL, *op. cit.*, pp. 1586-1587, n° 4.

¹⁴ Cass. 4 mai 2019, RG S.15.0051.N, *Pas.* 2019, n° 138.

signification : on en retiendra que, pour la Cour de cassation, il s'agit d'un travail de "reconstitution", c'est-à-dire de constatation d'un principe de droit qui s'est formé en dehors de l'ordre juridique national et dont l'évolution est soustraite à l'action des organes nationaux.

30. Pour l'homogénéité et l'intégrité du droit international général, l'interprétation qui en serait faite par les cours suprêmes nationales ne laisse pas de présenter certains inconvénients. Si le principe de droit international allégué dans le pourvoi est incertain ou controversé, la Cour de cassation devra choisir l'interprétation jugée par elle la plus correcte. Ce faisant, elle unifie la jurisprudence nationale sur le point litigieux, ce qui clôt toute discussion dans l'ordre interne. La généralisation de cette procédure dans les divers pays ne risque-t-elle pas d'entraîner une "régionalisation" du droit des gens, les cours suprêmes se divisant sur l'interprétation de la règle controversée?

Si ce danger est, malgré tout, préférable à l'impossibilité, jusqu'ici affirmée, de faire valoir devant la Cour de cassation le moyen pris de la violation d'un principe de droit international général, il doit rendre les juridictions suprêmes nationales très attentives à ce qui sépare cette fonction nouvelle de celle qu'elles ont, traditionnellement, assumée. La source de droit international s'impose aux investigations de la Cour de cassation d'une manière beaucoup plus contraignante que ne le fait la loi nationale »¹⁵.

L'examen des arrêts rendus en matière de coutume internationale confirme que, comme F. RIGAUX l'appelaient de ses vœux, la Cour a été extrêmement attentive aux limites de sa nouvelle fonction. Lorsque la coutume est certaine, elle n'a pas hésité à l'affirmer. Elle n'a pas non plus hésité à refuser de reconnaître la nature coutumière de règles invoquées par les parties.

18. Concernant la recherche du contenu du droit coutumier, il doit être fait mention d'un problème particulier: celui de *l'attribution d'un caractère coutumier à des règles écrites contenues dans un instrument international non obligatoire*.

Comme le note M. LEMAL, « s'il est indéniable que les traités, notamment en ce qu'ils codifient certaines règles coutumières existantes, jouent un rôle important dans l'identification de ces règles, cette méthode n'est pas pour autant absolument décisive. Le projet de conclusion 11 sur la détermination du droit international coutumier précise à cet égard qu'« [u]ne règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier ». Selon le commentaire de ce texte, « l'expression "peut refléter" indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu ». En outre, la codification d'une règle coutumière n'exclut pas une possible évolution de cette règle. Par ailleurs, la codification n'implique pas non plus la consécration de la règle dans tous ses aspects »¹⁶.

Concernant plus particulièrement la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, l'auteur relève « bien que cette convention ne soit pas entrée en vigueur, faute de ratification par le nombre d'États requis, son article 11, qui détermine les conditions auxquelles un État peut se prévaloir de son immunité de juridiction dans les procédures relatives à un contrat de travail, a été considéré

¹⁵ F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 64-65, n° 29-30. Comp. J. SALMON, *op. cit.*, p. 257 et suiv.

¹⁶ M. LEMAL, *op. cit.*, p. 1590, n° 9.

par la Cour comme l'expression d'une règle coutumière ». L'auteur vise ici l'arrêt de la Cour du 4 mars 2019.

Il ajoute toutefois immédiatement que « par contre, s'agissant de la règle de l'immunité de juridiction des États en ce qui concerne les procédures relatives à des transactions commerciales, il peut être déduit des arrêts de la Cour des 23 octobre 2015 et 6 décembre 2019 que celle-ci n'a pas considéré que les articles 2.2 et 10 de la même convention codifiaient une règle rigoureusement arrêtée dans tous ses aspects, notamment quant aux critères permettant de départager les actes de gestion des actes de souveraineté. En effet, ces arrêts considèrent, dans une formulation proche de celle d'un arrêt du 11 juin 1903, que, "pour déterminer si les actes accomplis par un État ou une entité d'un État l'ont été dans l'exercice de la puissance publique, il convient d'avoir égard à la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État ou cette entité est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli" »¹⁷.

19. L'éminent auteur souligne ainsi la dimension nécessairement casuistique du travail de découverte du droit coutumier, que renforce l'obligation de la Cour de ne se prononcer que dans la limite des moyens dont elle est saisie.

D'aucun, moins familiarisé avec les contraintes que la procédure impose au juge, spécialement au juge de cassation, peine parfois à l'admettre¹⁸.

Si l'on accepte que la Cour, comme c'est sa mission, recherche les éléments constitutifs d'une pratique coutumière, même si elle ne s'étend pas sur la question dans l'énoncé de la règle de droit, il n'y a aucune contradiction à ce que telle disposition conventionnelle soit analysée comme traduisant une coutume préexistante, voire a suscité l'apparition d'une coutume, tandis que telle autre reste dépourvue d'effets. La chose s'explique par le fait que, dans un cas, la Cour a considéré que les éléments constitutifs d'une coutume sont présents, mais non dans l'autre.

Si, comme l'indiquait déjà F. RIAUX, la Cour doit constater le droit international coutumier, elle n'est pas tenue de consigner dans son arrêt tous les éléments qui l'ont menée à découvrir la règle que, seule, elle doit mentionner.

L'obligation de mentionner les éléments constitutifs de la coutume internationale, qui n'est pas imposée par les principes qui gouvernent la mission du juge, ne l'est pas non plus, selon la Cour, par l'article 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans son arrêt du 12 décembre 2014, la Cour a en effet décidé qu' « il ne résulte pas de cette disposition que le juge étatique qui identifie et interprète une règle coutumière internationale est tenu de constater, dans sa décision, l'existence d'une pratique générale, admise par une majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière »¹⁹.

¹⁷. p. 1590-1591, n° 9.

¹⁸ Cons. F. DOPAGNE, « Le juge belge et l'immunité de juridiction de l'État étranger : à propos de l'approche du droit international coutumier », qui dans une note fouillée, publiée au *Journal des Tribunaux* en 2020 *J.T* (p. 581), s'interroge ainsi sur les discrédances entre l'arrêt du 4 mars 2019 et ceux des 23 octobre 2015 et 6 décembre 2019.

¹⁹ M. le professeur DOPAGNE, dans sa contribution précitée, après avoir une dernière fois rappelé la nécessité d'établir la nature coutumière d'une règle conventionnelle par une pratique généralisée et l'*opinio iuris*, affirme que « la Cour de cassation de Belgique semble se retrancher à cet égard derrière une conception passablement rigide de l'adage *iura novit curia*, puisqu'elle considère qu' "[i]l ne résulte pas de [l'article 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice] que le juge étatique qui identifie et interprète une règle coutumière internationale est tenu de constater, dans sa décision, l'existence d'une pratique générale, admise par une

D) *De l'immunité d'exécution d'un État étranger*

20. Le moyen, en sa seconde branche, invite à vérifier si les articles 18, 19, 20 et 24.1 de la *Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* expriment l'état actuel de la coutume internationale en matière d'immunité d'exécution des États.

La Quatrième partie de ladite Convention, où ces articles sont logés, concerne l'« *Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte en relation avec une procédure devant un tribunal* ».

Aux termes de l'article 18, qui concerne l'« *Immunité des États à l'égard des mesures de contraintes antérieures au jugement* », « Il ne peut être procédé antérieurement au jugement à aucune mesure de contrainte, telle que saisie ou saisie-arrêt, contre les biens d'un État en relation avec une procédure devant un tribunal d'un autre État, excepté si et dans la mesure où :

a) L'État 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 d'un différend entre les parties; ou

b) L'État a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure.

L'article 19, qui se rapporte à l'« *Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement* », dispose que « Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où:

a) L'État 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'État a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou

c) Il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'État 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.

L'article 20 relatif à l'« *Effet du consentement à l'exercice de la juridiction sur l'adoption de mesures de contrainte* » dispose que « Dans les cas où le consentement à l'adoption de mesures de contrainte est requis en vertu des articles 18 et 19, 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 ».

majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière" » (p. 586). Enoncer que la conception de la Cour serait *passablement rigide* aurait sans doute mérité une plus ample explication.

Suivant l'article 24.1, consacré aux « *Privilèges et immunités en cours de procédure devant un tribunal* », « 1. Toute omission ou tout refus par un État de se conformer à une décision du tribunal d'un autre État lui enjoignant d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte déterminé ou de produire une pièce ou divulguer toute autre information aux fins d'une procédure n'entraîne pas de conséquences autres que celles qui peuvent résulter, quant au fond de l'affaire, de ce comportement. En particulier, aucune amende ou autre peine ne sera imposée à l'État en raison d'une telle omission ou d'un tel refus ».

21. A l'issue de l'examen développé ci-dessous, je pense devoir conclure que seul l'article 19, qui se rapporte à l'*Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement*, et ne les autorisant que sous diverses conditions restrictives, traduit complètement une coutume internationale.

On rappelle qu'il est généralement admis qu'une Convention non entrée en vigueur peut exprimer la coutume internationale. Tel est le cas si la Convention codifie des règles de droit international coutumier qui existaient à la date de la conclusion du traité, si elle a abouti à la cristallisation des règles de droit international coutumier qui avaient commencé à émerger avant cette date ou si elle a servi de point de départ à une pratique générale acceptée comme étant le droit, partant, a engendré une nouvelle règle de droit international coutumier²⁰.

Ce n'est pas parce que la Cour, dans son arrêt du 4 mars 2019, a reconnu, à la suite d'autres juridictions internationales et nationales, que l'article 11 de la convention a acquis un statut coutumier, qu'il faut considérer que l'ensemble des dispositions de la convention exprimerait désormais la coutume internationale.

Les commentateurs de la Convention, s'ils reconnaissent volontiers l'autorité qui s'attache à un projet longuement négocié par la communauté internationale, restent extrêmement prudents.

Concernant plus spécialement la quatrième partie de la Convention, dont relèvent les articles invoqués par le demandeur, la doctrine rappelle systématiquement que les textes relatifs à l'immunité d'exécution ont été longuement débattus²¹. Dès lors qu'ils réalisent une synthèse entre des conceptions divergentes de l'immunité d'exécution, ils intègrent des éléments nouveaux.

On cite: « *How far do the provisions of Part IV of the Convention reflect customary international law? This is part of the wider question concerning the Convention as a whole, and retains all its importance, since there are very few relevant treaties, or treaty provisions, in force. The Convention itself is not (yet) in force, and it may well be a very long time, if ever, before it is binding, as a treaty, for most States. Nevertheless, the signs are there that many of its provisions are already viewed by international and domestic courts, by governments, and by writers as reflecting customary international law. This is likely to become even more the case with the passage of time. But it remains important to assess the Convention's provisions individually to see how far this is justified. The provisions on measures of constraint, when negotiated, probably involved a degree of progressive development as well as codification. But the reception of these provisions by States over time, including their adoption by the General Assembly without a vote, means that courts and*

²⁰ Cf. la conclusion 11.1 de la résolution de l'Assemblée générale du 20 décembre 2018, A/RES/73/203.

²¹ G. HAFNER et L. LANGE, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45, ici p. 68.

tribunals called on to apply customary international law in this field may well regard the content of this Part as largely reflecting custom. At the very least they will treat its provisions as an important element in the identification of the rules of customary international law in this field »²².

22. Pour ce qui est de l'immunité d'exécution, G. HAFNER et L. LANGE écrivent à propos de la Convention que « Le régime des mesures de contrainte a certainement constitué un des problèmes les plus délicats à résoudre. En effet, les mesures de contrainte contre un État sont perçues comme des atteintes plus importantes à la souveraineté de l'État étranger que la simple soumission à la juridiction. C'est pour cette raison que les restrictions à l'immunité admises en matière de juridiction ne se retrouvent pas à propos de l'exécution, qui apparaît comme 'le dernier bastion des immunités'. C'est pourquoi le régime de l'immunité de juridiction est traité séparément du régime de l'immunité d'exécution dans la convention, ainsi que dans la convention européenne. De manière générale, on peut admettre que les dispositions de la quatrième partie de la convention expriment bien une règle coutumière lorsqu'elles énoncent, explicitement ou implicitement, le principe d'une immunité de l'État face aux mesures de contraintes »²³.

Par contre, en ce qu'elles précisent concrètement, dans des points de détails, les aspects de cette immunité, les choses sont plus compliquées. Il n'est pas exclu qu'elles expriment également des règles coutumières, mais la chose n'est pas certaine.

23. Le Hoge Raad der Nederlanden affirme le caractère coutumier de la règle de l'article 19 dès 2016 dans l'affaire *Morning Star International Corporation c. Gabon*²⁴. Cet arrêt refuse également, explicitement, de voir dans l'article 18 une règle coutumière, en ce qu'il consacre des règles plus strictes que celles qui prévalent dans la pratique des États.

L'arrêt, rendu sur question préjudicielle, expose ce qui suit :

²² M. WOOD, « Immunity from Jurisdiction and Immunity from Measures of Constraint », dans *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 13, ici p. 17.

(Traduction libre) : « Dans quelle mesure les dispositions de la partie IV de la Convention reflètent-elles le droit international coutumier ? Cette question fait partie de la question plus large concernant la Convention dans son ensemble, et conserve toute son importance, étant donné qu'il y a très peu de traités, ou de dispositions de traités, pertinents en vigueur. La Convention elle-même n'est pas (encore) en vigueur, et il faudra sans doute attendre très longtemps, voire jamais, avant qu'elle ne soit contraignante, en tant que traité, pour la plupart des États. Néanmoins, tout porte à croire que nombre de ses dispositions sont déjà considérées par les tribunaux internationaux et nationaux, par les gouvernements et par les auteurs comme reflétant le droit international coutumier. Il est probable que ce sera encore plus le cas avec le temps. Mais il reste important d'évaluer individuellement les dispositions de la Convention pour voir dans quelle mesure cela est justifié. Les dispositions relatives aux mesures de contrainte, lorsqu'elles ont été négociées, ont probablement fait l'objet d'un certain développement progressif et d'une codification. Mais la réception de ces dispositions par les États au fil du temps, y compris leur adoption par l'Assemblée générale sans vote, signifie que les cours et tribunaux appelés à appliquer le droit international coutumier dans ce domaine pourraient bien considérer le contenu de cette partie comme reflétant largement la coutume. À tout le moins, ils traiteront ses dispositions comme un élément important dans l'identification des règles du droit international coutumier dans ce domaine ».

Voy. Également Ch. BROWN et R. O'KEEFE, « Part IV : State Immunity from Measures of Constraint in Connection with Proceedings before a Court », dans *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 289.

²³ G. HAFNER et L. LANGE, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45, ici p. 68.

²⁴ Hoge Raad der Nederlanden, 30 septembre 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236.

« 3.4.3. Naar de thans in Nederland als ongeschreven internationaal publiekrecht geldende regels genieten vreemde staten immuniteit van executie, maar is deze niet absoluut. Staatseigendommen met een publieke bestemming zijn echter in elk geval niet vatbaar voor gedwongen executie.

3.4.4. In het arrest Ahmad/Staat is overwogen dat het hiervoor in 3.4.3 vermelde oordeel steun vindt in de op 2 december 2004 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen, maar door Nederland niet geratificeerde en nog niet in werking getreden *Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property* (hierna: VN-Verdrag) en dat dit verdrag een codificatie behelst van het internationale gewoonterecht met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen. Dit laatste vindt steun in de preambule van dat verdrag die onder meer vermeldt: “*Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law*”, “*Believing that an international convention on the jurisdictional immunities of States and their property would enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area*” en “*Taking into account developments in State practice with regard to the jurisdictional immunities of States and their property*”.

Uit het voorgaande volgt niet dat alle bepalingen van het VN-Verdrag als internationaal gewoonterecht kunnen worden aangemerkt. In dit verband is van belang dat het arrest Ahmad/Staat moet worden gelezen in de context van de daarin aan de orde zijnde vraag of beslag op eigendommen met een publieke bestemming is uitgesloten. Daarbij ging het om eigendommen als bedoeld in art. 21 VN-Verdrag, welke bepaling in deze zaak niet speelt.

3.4.5. De immuniteit van staten is geregeld in de art. 18 en 19 van het VN-Verdrag. Art. 19 sluit executiemaatregelen tegen eigendommen van een vreemde staat uit, tenzij en voor zover (onderdeel a) de staat op de daar vermelde wijze uitdrukkelijk heeft ingestemd met het nemen van zodanige maatregelen, (onderdeel b) de staat eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de desbetreffende vordering, of (onderdeel c) vastgesteld is dat de eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden en zich bevinden op het grondgebied van het forum (met dien verstande dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte).

Art. 18 VN-Verdrag maakt conservatoire maatregelen in de hiervoor genoemde, in art. 19 onderdelen a en b VN-Verdrag vermelde gevallen van instemming door de vreemde staat mogelijk. De hiervoor genoemde, in art. 19 onderdeel c VN-Verdrag vermelde uitzondering ontbreekt evenwel in art. 18 VN-Verdrag.

3.4.6. Zoals volgt uit de hiervoor in de aanvang van 3.4.4 vermelde overweging van het arrest Ahmad/Staat, kan art. 19 VN-Verdrag als vastlegging van internationaal gewoonterecht worden aangemerkt. In deze zaak kan in het midden blijven of dit ook geldt voor het zogenoemde samenhangvereiste dat aan het slot van onderdeel c van die bepaling wordt gesteld en dat hiervoor in 3.4.5 tussen haakjes is weergegeven.

Art. 18 VN-Verdrag kan echter, voor zover daarin de in art. 19 VN-Verdrag onderdeel c vermelde uitzondering ontbreekt, niet als vastlegging van internationaal gewoonterecht worden aangemerkt, nu in veel staten het treffen van conservatoire maatregelen tegen een

vreemde staat in de in art. 19 onderdeel c bedoelde situatie toelaatbaar wordt geacht. Voorafgaand aan de totstandkoming van het VN-Verdrag was de onder meer in Nederland geldende opvatting dat conservatoire beslagen ten laste van eigendommen van vreemde staten in dezelfde gevallen mogelijk zijn als executiemaatregelen [...]. Blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis bevat art. 18 VN-Verdrag dan ook een compromis tussen uiteenlopende internationale opvattingen en gewoonten, bij welk compromis niet is gekozen voor de zojuist genoemde opvatting [...].

Ook de Staat stelt zich in dit geding op het standpunt dat in de gevallen dat executiemaatregelen kunnen worden genomen tegen eigendommen van vreemde staten, ook conservatoir beslag mogelijk is ».

En Belgique, on doit citer l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 48/2017 du 27 avril 2017. La cour était saisie de recours en annulation de la loi du 23 août 2015 « insérant dans le Code judiciaire un article 1412quinquies régissant la saisie de biens appartenant à une puissance étrangère ou à une organisation supranationale ou internationale de droit public », introduits par la société de droit des Iles Caïmans « NML Capital Ltd » et par la société de droit de l'Île de Man « Yukos Universal Limited ».

Cet article vise à déterminer, en droit belge, les conditions dans lesquelles les biens des États étrangers sont susceptibles d'être saisis.

Sur le fond, la société de droit des Iles Caïmans, *NML Capital Ltd* exposait qu'elle investissait notamment dans le domaine de la dette souveraine et qu'elle pouvait donc être amenée à pratiquer en Belgique des mesures d'exécution forcée à l'encontre de biens qui appartiennent à des puissances étrangères, comme cela avait été le cas à l'égard de l'Argentine. Elle faisait valoir qu'elle était donc susceptible d'être directement et défavorablement affectée par la loi attaquée.

De même, la société *Yukos Universal Limited*, dont le siège social est établi à l'Île de Man, exposait que la Cour permanente d'arbitrage de La Haye avait, le 18 juillet 2014, condamné la Russie à lui payer une somme s'élevant à plus d'un milliard de dollars. Elle estimait dès lors disposer d'un intérêt suffisant à attaquer la loi du 23 août 2015 qui l'empêche potentiellement de réaliser sa créance sur les biens appartenant à la Russie et sis en Belgique.

La Cour constitutionnelle était saisie de divers moyens critiquant la différence de traitement entre les créanciers de débiteurs privés, les créanciers de pouvoirs publics belges et les créanciers d'État étranger.

Dans l'examen de ces moyens, la cour a rappelé que le traitement différencié des créanciers d'États étrangers pouvait se justifier, pour autant que le droit belge leur assure un traitement qui soit conforme au droit international, ce qui, naturellement, l'a amené à déterminer le contenu de ce dernier. Pour ce faire, elle a notamment évoqué la Convention du 2 décembre 2004 précitée, dont les dispositions « peuvent être considérées comme indicatives de la coutume internationale actuelle en matière d'immunité d'exécution des États ». Elle a également relevé que, par la loi attaquée, le législateur avait l'intention d'anticiper sur la ratification de cette convention. Du reste, elle considère que les règles coutumières de droit

international établissent le principe de l'immunité d'exécution couvrant les biens des puissances étrangères²⁵.

V. Discussion

A) Premier moyen

1) Rappel

24. Le premier moyen soutient en substance que lorsqu'un État étranger commet une infraction sur le territoire d'un autre État, l'immunité de juridiction s'oppose à l'exercice de poursuites pénales à l'encontre de l'État étranger et qu'elle s'oppose également à toute action civile, fondée sur le même comportement prétendument attribuable à cet État, à l'encontre de ce même État devant les juridictions pénales ou civiles d'un autre État.

En outre, l'article 11 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui permet certaines actions relatives aux contrats de travail, ne déroge pas à ces principes puisqu'il n'aborde pas la question de la responsabilité de l'État étranger en raison de comportements qui pourraient entraîner des poursuites pénales et que les exceptions à l'immunité doivent être interprétées de manière restrictive.

2) Appréciation

25. Le moyen manque en droit.

26. Le moyen repose tout entier sur l'affirmation qu'un État étranger, qui ne peut être poursuivi pour une infraction commise sur le territoire de l'autre État, ne peut dès lors pas l'être davantage civilement sur le même fondement délictuel.

Dans la section IV (A et B) précédant la présente discussion, j'ai montré que ce raisonnement ne correspond pas à l'état du droit coutumier international.

De cet examen ressort que :

1° la règle de droit coutumier international de l'immunité des États interdit aux juridictions d'un État d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti ;

2° cette règle reçoit exception lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion ;

²⁵ L'examen s'est alors mué en un contrôle de la conformité de la loi à la convention reflétant la coutume internationale. Au final, la disposition légale n'a été censurée qu'à la marge, au motif qu'elle décrivait l'une des hypothèses où le recouvrement forcé est possible d'une manière (subtilement) plus restrictive que l'article 19 de la Convention. La Cour fait aussi état de ce que « B.13.1. Il ressort des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme citées en B.10 [CEDH, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2002, Kalogeropoulou e.a. c. Grèce et Allemagne; voy. également CEDH, grande chambre, 21 novembre 2001, Al-Adsani c. Royaume-Uni ; 21 novembre 2001, Fogarty c. Royaume-Uni ; 21 novembre 2001, Mc Elhinney c. Irlande] que les limitations du droit d'accès au juge et du droit à la protection des biens découlant de l'immunité d'exécution reconnue à l'égard de biens appartenant à des États étrangers sont admises dès lors qu'elles reflètent les règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États. »

3° si l'action relative à un acte de gestion d'un État étranger se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction prévue par la législation de l'État dont les juridictions sont saisies, l'immunité de juridiction pénale des États étrangers s'oppose à ce que l'État étranger fasse l'objet de poursuites répressives ;

4° l'immunité de juridiction pénale des États étrangers ne fait pas obstacle à l'exercice contre eux d'une action civile fondée sur cette infraction ;

5° dans son action civile, la personne lésée peut se prévaloir de l'application de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui détermine les délais applicables à une action civile résultant d'une infraction.

B) *Second moyen*

1) *Seconde branche*

a) Rappel

27. Le moyen, en cette branche, pour faire grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé plusieurs astreintes à charge du demandeur, soutient que le juge belge était tenu de faire application de la coutume internationale relative à l'immunité de juridiction des États, *telle que celle-ci résulte du texte des articles 18, 19, 20 et 24.1 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.*

Le demandeur n'affirme pas que ladite Convention, dont il admet qu'elle a simplement été signée par la Belgique le 22 avril 2005, sans être ratifiée, serait obligatoire dans l'ordre juridique belge. Il se borne à affirmer, en se prévalant de l'arrêt précité de la Cour du 4 mars 2019, que cette Convention exprime formellement le droit coutumier international applicable. Les règles qu'elle énonce seraient donc obligatoires pour le juge belge, malgré l'absence de ratification.

Ceci lui permet d'invoquer les règles exprimées par les articles 19 et 24.1 dont il prétend qu'elles interdisaient au juge belge de le condamner sous astreinte.

b) Appréciation

28. A l'issue de l'examen présenté ci-avant dans la section IV (C) relatif à la question de savoir si les articles 18, 19, 20 et 24.1 de la Convention précitée expriment l'état actuel de la coutume internationale en matière d'immunité d'exécution des États, j'ai estimé devoir conclure que, sous réserve de l'article 19, qui se rapporte à l'*Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement*, et ne les autorisant que sous diverses conditions restrictives, le moyen, en cette branche, sur ces fondements, manque en droit.

29. En outre, s'il résulte aussi de cet examen que le moyen, en ce qu'il se prévaut de l'article 24.1 de la Convention du 2 décembre 2004, manque en droit, il doit être ajouté que l'on ne voit pas bien en quoi cette disposition, à supposer qu'elle ait constitué l'état de la coutume, aurait pu interdire à la cour du travail d'assortir d'une astreinte les condamnations qu'elle prononce.

L'article 24.1 dispose, sous l'intitulé « privilèges et immunités en cours de procédure devant un tribunal », que « toute omission ou tout refus par un État de se conformer à une décision du tribunal d'un autre État lui enjoignant d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte

déterminé ou de produire une pièce ou divulguer toute autre information aux fins d'une procédure n'entraîne pas de conséquences autres que celles qui peuvent résulter, quant au fond de l'affaire, de ce comportement. En particulier, aucune amende ou autre peine ne sera imposée à l'État en raison d'une telle omission ou d'un tel refus ».

Ce texte a un champ d'application limité par les termes soulignés. Il pourrait prohiber le prononcé d'une astreinte pour assortir une obligation procédurale de l'État. Il ne traite par contre pas du prononcé d'une astreinte à l'appui de la décision sur le fond du droit²⁶.

30. Il reste maintenant à examiner, si l'article 19 de la Convention, en tant qu'il exprime la coutume internationale, interdisait à la cour du travail de prononcer une astreinte à charge de l'État étranger.

Selon le demandeur, la règle coutumière exprimée par cette disposition interdisait au juge d'appel de prononcer une astreinte à sa charge, dès lors que l'astreinte constitue une mesure de contrainte.

Je partage cette lecture.

Il est admis que la notion de mesure de contrainte sur les biens, qui est utilisée par cet article, est un concept générique qui vise toutes les contraintes qui sont exercées sur l'État, y compris les contraintes qui ne visent pas directement les biens, mais sont *ad personam*.

Suivant Ch. BROWN et R. O'KEEFE, « *The expression 'post-judgment measures of constraint' used in Article 19 is a generic term intended to embrace all measures of a judicial and related executive character capable of being taken against or in relation to property in connection with, and subsequent to the handing down of judgment in, court proceedings, with a view to executing that judgment. The illustrative examples in Article 19 itself, namely attachment, arrest, and execution, give a useful and obviously non-exhaustive indication of the sorts of measures to which the provision relates. The ILC commentary elaborates further, explaining that the measures of constraint referred to in the post-judgment context in draft article 18 covered not only attachment and arrest but also 'other forms of saisie, saisie-arrêt and saisie-exécution including enforcement of arbitral award[s] [and] sequestration'.*

The formulation 'post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State' might be taken at first glance to exclude from the ambit of Article 19 those post-judgment measures of constraint directed not, like attachment, arrest, and execution, against a State's property as such but against the State itself in relation to its use or disposal of that property—that is, measures of constraints in personam such as an injunction or order for specific performance or for the recovery of land or other property. But such an exclusion would be unreasonable, first, in that the applicability of Article 19 would arbitrarily depend on the formal characterization of a measure under municipal law and, secondly, in that Article 19 would run counter to the State practice it seeks to codify, which expressly or by necessary implication prohibits (subject to exceptions) the giving of relief against a State by way of injunction or order. In this light, interpretative recourse to the travaux préparatoires is permitted, and these reveal clearly that the words 'post-judgment

²⁶ Comp. G. HAFNER et L. LANGE, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45, spéc. pp. 68-71. Voy. T. GAZZINI, « Article 24 », dans *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 363.

measures of constraint... against property of a State' are to be taken to encompass 'all ... measures of judicial constraint under domestic law' »²⁷.

31. Je suis dès lors d'avis que l'arrêt attaqué n'a pu, sans violer la coutume internationale fixant une immunité d'exécutions des États, reproduite à l'article 19 précité, décider d'assortir d'astreintes les condamnations prononcée par la cour du travail à charge du demandeur.

Le moyen, en sa seconde branche, est, sur cette défense, fondé.

2) Première branche

32. Il n'y a pas lieu d'examiner la première branche du moyen, qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue.

VI. Conclusion

33. Cassation de l'arrêt attaqué en tant qu'il assortit d'astreintes les condamnations prononcées contre le demandeur;

Rejet du pourvoi pour le surplus.

²⁷ Ch. BROWN et R. O'KEEFE, « Article 19 », dans *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 317.

(Traduction libre) : « L'expression "mesures de contrainte postérieures au jugement" utilisée à l'article 19 est un terme générique destiné à englober toutes les mesures de caractère judiciaire et d'exécution connexe susceptibles d'être prises à l'encontre de biens ou en relation avec ceux-ci, dans le cadre d'une procédure judiciaire et après le prononcé du jugement, en vue de l'exécution de ce dernier. Les exemples donnés par l'article 19 lui-même, à savoir la saisie, la rétention et l'exécution, donnent une indication utile et évidemment non exhaustive du type de mesures visées par la disposition. Le commentaire de la CDI va plus loin en expliquant que les mesures de contrainte mentionnées dans le contexte postérieur au jugement dans le projet d'article 18 couvrent non seulement la saisie et la saisie-arrêt, mais aussi "d'autres formes de saisie, de saisie-exécution et de saisie-arrêt, y compris l'exécution des sentences arbitrales et le séquestre".

La formulation "les mesures de contrainte postérieures au jugement, telles que la saisie, l'arrestation ou l'exécution, contre les biens d'un État" pourrait être considérée à première vue comme excluant du champ d'application de l'article 19 les mesures de contrainte postérieures au jugement dirigées non pas, comme la saisie, l'arrestation et l'exécution, contre les biens d'un État en tant que tels, mais contre l'État lui-même en ce qui concerne l'utilisation ou la disposition de ces biens - c'est-à-dire les mesures de contrainte *in personam* telles qu'une injonction ou une ordonnance d'exécution spécifique ou de récupération de terres ou d'autres biens. Mais une telle exclusion serait déraisonnable, d'une part, parce que l'applicabilité de l'article 19 dépendrait arbitrairement de la qualification formelle d'une mesure en droit interne et, d'autre part, parce que l'article 19 irait à l'encontre de la pratique étatique qu'il cherche à codifier, qui interdit expressément ou implicitement (sous réserve d'exceptions) l'octroi de mesures contre un État par voie d'injonction ou d'ordonnance. Dans ces conditions, il est permis de recourir, à titre interprétatif, aux travaux préparatoires, dont il ressort clairement que les termes "mesures de contrainte post-judiciaires ... contre les biens d'un État" doivent être considérés comme englobant "toutes ... les mesures de contrainte judiciaire prévues par le droit interne" ».