DOCTRINE

4 L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2

Régis Bismuth

professeur à l'école de Droit de Sciences Po

Résumé

Les règles relatives à l'immunité d'exécution de la loi Sapin 2 ont été l'objet de vifs débats dans le cadre desquels les considérations diplomatiques étaient prédominantes. Il en résulte un nouveau droit des immunités d'exécution plus protecteur pour les États. En particulier, la loi Sapin 2 modifie la procédure applicable aux mesures de contrainte visant les biens d'États étrangers en les subordonnant à une autorisation judiciaire préalable qui risque, en pratique, de rendre plus complexes les démarches des créanciers. Elle clarifie également les règles applicables afin de déterminer le caractère saisissable du bien visé, lequel dépend essentiellement de son usage actuel ou potentiel ainsi que de la présence d'une renonciation par l'État à son immunité d'exécution, protégeant spécifiquement dans ce cadre les biens diplomatiques. Alors que l'intention était à l'origine de définir un cadre juridique en conformité avec celui de la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, il s'avère que le texte définitif s'en éloigne sur de nombreux points importants. C'est à l'aune de ces éléments que des doutes peuvent être exprimés quant à la conformité de certains aspects de ce nouveau dispositif avec les exigences de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Summary

The provisions of the Sapin 2 Law governing State immunity from execution gave rise to a vigorous debate in which diplomatic concerns were prevalent. This has resulted in a new legal framework more protective of State interests. In particular, enforcement measures targeting State assets are now subject to a new procedure of prior judicial authorization which, in practice, may complicate the enforcement of creditors' rights. The new statute also clarifies the rules applicable to determining if assets are seizable which depends on their use or intended use by the State as well as whether the State has waived its immunity from execution. Within this framework, the statute protects especially diplomatic property. While the original intent was to devise a new framework based on the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of State and their Property, it turns out that it significantly deviates from this treaty on certain issues. This is why doubts might be raised as to whether the new statute is in line with the requirements of the European Convention on Human Rights.

INTRODUCTION

1 – Si nous nous en tenons à son intitulé, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique [1], n'a a priori rien à voir avec la question de l'immunité d'exécution dont bénéficient les biens des États étrangers. Et si nous venions à être persuadés d'un lien de cette nature, ce n'est manifestement pas dans son Titre IV désigné *« Du renforcement de la régulation financière »* que nous aurions imaginé trouver les dispositions intéressant l'immunité d'exécution, juste à la suite de nouvelles règles relatives aux abus de marché et aux pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Il est également surprenant qu'un sujet aussi sensible ait été abordé dans un texte discuté devant le Parlement dans le cadre d'une procédure législative accélérée [2], et ce, sans que soient traitées des questions qui auraient pu être intégrées à un dispositif législatif intéressant le droit des immunités, à savoir les immunités d'exécution des organisations internationales ou l'immunité de juridiction.

2 – L'examen attentif des travaux législatifs réserve aussi quelques surprises montrant à quel point les questions traitées se placent au croisement de multiples intérêts, publics et privés, souvent entremêlés et parfois contradictoires. La lecture du compte rendu des débats de la séance du 7 juillet 2016 au Sénat est à cet égard particulièrement instructive [3]. Entre 22h25 et 00h30 [4], alors que plus de vingt millions de téléspectateurs vibraient devant un France-Allemagne en demi-finale du championnat d'Europe de football et que se déversaient dans les rues de la capitale des supporteurs célébrant bruyamment la qualification, à quelques encablures de là, sénateurs et membres du gouvernement discutaient de plusieurs amendements concernant les dispositions relatives aux immunités d'exécution. Trois sujets étaient principalement abordés.

Le premier concernait l'ancien article 24 – dorénavant article 59 de la loi Sapin 2 – qui constitue le cœur du dispositif et modifiant le Code des procédures civiles d'exécution pour ce qui concerne les mesures conservatoires et d'exécution pouvant être prises sur un bien appartenant à un État étranger. Le ministre Michel Sapin indiqua que les nouvelles règles envisagées (nécessité d'une autorisation judiciaire préalable, conditions relatives à la renonciation, catégories de biens saisissables et protection renforcée des biens diplomatiques) permettent de protéger les biens des États étrangers « dans le cadre de la

1. *JO 10 déc. 2016, n° 287.*
2. Il faut néanmoins préciser « qu'aucune disposition constitutionnelle n'impose au Gouvernement de justifier l'engagement de la procédure accélérée » et qu'en conséquence le recours à cette procédure ne requiert aucunement de caractériser une situation d'urgence *(Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, Loi relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, § 4)*.
3. *JO Sénat, 2016, p. 12422 et s., n° 76 s. (C.R.).*
4. Nous ne disposons que d'informations relatives à l'heure de début et l'heure de fin de la séance pendant laquelle ont été traités plusieurs éléments de la loi Sapin 2 sans pouvoir dire précisément à quel moment ont été précisément débattus les points relatifs aux immunités d'exécution *(V. JO Sénat, p. 12523 et p. 12566, n° 76 s. (C.R.))*.

Convention de l'ONU de 2004 » [5] (la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens) car certaines initiatives des créanciers sont « très dommageable[s], y compris de nos relations diplomatiques », mentionnant au passage les cas de « la Russie aujourd'hui ; [et de] l'Argentine hier » [6].

Le second concernait l'ancien article 24 *bis* – dorénavant article 60 de la loi Sapin 2 – qui instaure un régime plus restrictif d'immunité pour l'exécution de titres de créances de certains État en situation de défaut et dont l'objectif est, selon le ministre, « de lutter contre ce que l'on appelle parfois " les fonds vautours " ou, en tout cas, contre les comportements anormaux d'un certain nombre de fonds spéculatifs » [7].

Le troisième sujet abordé se rapportait à l'amendement n° 699 présenté par le sénateur Pillet au nom de la commission des lois insérant un nouvel article L. 212-2 au Code des procédures civiles d'exécution interdisant la saisie-attribution lorsque le paiement de la créance entre les mains du tiers saisi est inopposable au débiteur saisi devant un tribunal étranger [8]. Cette proposition, qui n'a finalement pas été intégrée dans la version finale de la loi Sapin 2, semblait assez surprenante car elle ne porte pas sur la question de l'immunité d'exécution. Elle l'était beaucoup moins surprenante lorsque l'on sait que plusieurs entreprises françaises redevables de certaines charges sociales, taxes ou redevances à un État étranger ont été visées par des saisies-attributions initiées par des créanciers de cet État (ce fut par exemple le cas de Total ou Air France dans le cadre des saisies opérées en France visant l'Argentine) [9] sans pour autant que ces mesures aient un effet libératoire au regard des juridictions de l'État étranger, faisant ainsi risquer ces entreprises de payer deux fois. Comme le notait le sénateur, « la situation actuelle coûte très cher à nos sociétés installées à l'étranger, en particulier celles qui exportent et contribuent ainsi à notre balance commerciale » [10].

3 – Les éléments évoqués dans le cadre de ces quelques heures de travaux parlementaires conduisent à soulever plusieurs questions. Pourquoi légiférons-nous en matière d'immunité d'exécution ? Le fait-on pour préserver nos relations diplomatiques et/ou ne pas froisser certains États avec lesquels le rapport de force est complexe ? Pour trouver un instrument régulateur ou correcteur aux problèmes d'endettement souverain ? Pour préserver la compéti-

5. *Ibid., p. 12540.*
6. *Ibid.*
7. *Ibid., p. 12544.*
8. *Ibid., p. 12546* (proposition qui se lisait ainsi : « Lorsque, sans faute du tiers saisi, le paiement de la créance saisie entre les mains du même tiers est, devant un tribunal étranger, inopposable au débiteur saisi, et sauf renonciation expresse et irrévocable du débiteur à poursuivre le tiers, la saisie-attribution est privée d'effet »).
9. V. *R. Bismuth, NML c/ Argentine – Commentaire joint des arrêts : Cass. 1re civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057 (NML c/ Argentine) : JurisData n° 2011-020356. – Et Cass. 1re civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938 (NML c/ Argentine et Total Austral) : JurisData n° 2013-005622 ; n° 11-10.450 (NML c/ Argentine) : JurisData n° 2013-005665 ; n° 11-13.323 (NML c/ Argentine et Air France) : JurisData n° 2013-005668, in A. Pellet & A. Miron (dir.), Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public : Paris, Dalloz, 2015, p. 633 et s.*
10. *JO Sénat, 2016, p. 12547, n° 76 s. (C.R.).*

tivité de nos entreprises et notamment de nos champions nationaux ? Et si nous n'arrivons pas à atteindre l'un ou plusieurs de ces objectifs, peut-on à la place aller jusqu'à modifier le droit applicable aux saisies présentant un caractère international ? Ces questions doivent aussi nous conduire à de nouvelles interrogations. Instaurer un cadre plus restrictif en matière d'immunité d'exécution n'affecte-t-il pas également la faculté des entreprises françaises d'obtenir le règlement de leurs créances sur des États étrangers ? Cela affecte-t-il l'attractivité de Paris en tant que place d'arbitrage dans la mesure où l'exécution des sentences s'en trouvera complexifiée ? Les « petits créanciers » des États tels que les salariés de missions diplomatiques se trouvant dans l'impossibilité de faire exécuter un jugement à leur bénéfice ne risquent-ils pas d'être les premières victimes de ce nouveau dispositif bien davantage que des fonds d'investissements qui disposent d'autres moyens de pression ? Et de manière plus générale, s'il est certain que le droit des immunités souveraines est traversé par des considérations et contraintes politiques et économiques, jusqu'à quel point est-il envisageable à ces fins de modifier voire de manipuler au niveau national ces règles qui s'inscrivent, il faut le rappeler, au cœur d'équilibres délicats résultant d'un long processus de formation du droit international coutumier ?

4 – Au regard des travaux préparatoires et du contenu final de la loi Sapin 2, il est possible de formuler les remarques suivantes. En premier lieu, pour ce qui concerne l'arbitrage des différends intérêts en présence, le nouveau droit des immunités d'exécution a été conçu afin de rendre plus contraignantes en France les mesures d'exécution visant les biens d'États étrangers et notamment les biens diplomatiques. Cela a été réalisé en réponse aux procédures visant en France des biens appartenant à la Russie dans le sillage de l'arbitrage Yukos [11] (n'a-t-on d'ailleurs par parlé à l'époque de « l'amendement Poutine » ?) [12] mais aussi en ayant à l'esprit le contentieux argentin de la dette souveraine. L'étude d'impact du projet de loi notait d'ailleurs de manière explicite que « ces mesures auront un impact positif sur les relations diplomatiques de la France » [13].

En second lieu, sur le plan juridique, les autorités entendaient placer ces nouvelles règles dans l'orbite de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens de 2004, ratifiée par la France en 2011 [14], non entrée en vigueur, mais reflétant dans une large mesure le droit international coutumier comme l'a relevé la Cour internationale de Justice (CIJ) [15] ou la Cour de cassation française [16]. L'ambition était de s'arrimer

11. *B. Tranchant, L'immunité étatique et l'exécution en France des sentences arbitrales internationales : RGDIP 2017, n° 3, p. 838 et s.*
12. *F. Nodé-Langlois, L'amendement Poutine adopté dans la loi Sapin 2 : Le Figaro, 10 juin 2016.*
13. *Étude d'impact – Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : NOR : FCPM1605542L/Bleue-1, 30 mars 2016, p. 95.*
14. *L. n° 2011-734, 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.*
15. La CIJ a indiqué que cette convention apporte « un éclairage sur le contenu du droit international coutumier » sur la base « [d'une] pratique étatique particulièrement importante [qui] se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière [...] ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la

à cet instrument objectif et légitime afin, par la loi, de mettre un terme à ce que l'étude d'impact caractérise « le caractère fluctuant de la jurisprudence en matière d'immunité d'exécution » [17], faisant ici référence à l'arrêt Commissimpex de 2015 [18] qui revenait sur les arrêts NML c/ Argentine de 2013 [19]. De manière assez surprenante, les membres du gouvernement ou parlementaires se prévalaient de la conformité de leurs propositions à cette même convention alors que celles-ci divergeaient [20]. L'examen des travaux préparatoires montre surtout que la convention de 2004 a été un élément de légitimation des différentes propositions et que si le texte définitivement voté s'en inspire sur quelques points, cela ne signifie pas pour autant qu'il est conforme à la convention. Il s'en écarte d'ailleurs sur de nombreux aspects. Il en est de même de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 qui a pu être évoquée dans le cadre des travaux préparatoires [21] sans pour autant qu'elle ne soit pertinente sur l'ensemble des aspects, par exemple pour ce qui concerne l'immunité des comptes en banque des missions diplomatiques.

5 – L'étude des dispositions de la loi Sapin 2 relatives à l'immunité d'exécution requiert donc une attention toute particulière afin de déterminer leur portée et la manière dont elles affectent les règles jusqu'alors applicables, et pour identifier les différents obstacles pratiques que rencontreront les créanciers dans le cadre de la mise en œuvre de ce dispositif qui n'apparaissent pas de manière explicite à la lecture du texte. Au-delà des disciplines qu'elles instaurent, ces dispositions doivent également être examinées de manière critique, en particulier en s'interrogeant sur leur conformité au droit international coutumier, à certaines exigences constitutionnelles ainsi qu'à la Convention européenne des

---

Commission du droit international puis de l'adoption de la Convention des Nations Unies » *(CIJ, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant)), 3 févr. 2012 : Rec. CIJ, p. 99, § 55 et 66)*. Pour ce qui concerne la question plus spécifique de l'immunité d'exécution, la Cour a souligné « qu'il ne lui est pas nécessaire pour les besoins de la présente affaire de déterminer si l'article 19 (de la Convention de 2004) [...] reflète dans tous ses éléments le droit international coutumier en vigueur » mais 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 » *(§ 117-118)*.

16. V. par ex., *Cass. 1re civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938, 11-10.450 et 11-13.323, NML c/ Argentine, Total Austral et Air France : JDI 2013, comm. 10, p. 899, Rapp. A. Maîtrepierre, note G. Cuniberti ; Rev. crit. DIP 2013, p. 671 note H. Muir Watt ; R. Bismuth, préc. note 9.*
17. *Étude d'impact, préc. note 13, spéc. p. 91.*
18. *Cass. 1re civ., 13 mai 2015, n° 13-17.751, Commissimpex : JurisData n° 2015-011133 ; Rev. crit. DIP 2015, p. 652, note H. Muir Watt ; JDI 2016, comm. 4, p. 141, note S. El Sawah, Ph. Leboulanger ; D. 2015, p. 1936, note S. Bollée ; AJIL 2017, p. 453, note E. Glucksmann.*
19. Pour les arrêts rendus dans le cadre de l'affaire NML, *V. note 16.*
20. V. par ex., dans la même séance au Sénat du 7 juillet 2016 déjà mentionnée, le ministre soulignant que la proposition d'amendement du gouvernement s'inscrivait « dans le cadre de la convention de l'ONU de 2004 » *(JO Sénat, 2016, p. 12540, n° 76 S. (C.R.))* alors que l'amendement proposé par la commission a selon le rapporteur « transposé fidèlement la convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 » *(Ibid., p. 12541)*.
21. V. par ex. l'avis du Conseil d'État *(CE, 24 mars 2016, n° 391262, § 27)* indiquant que les dispositions du projet de loi « respectent également les règles procédant de la coutume internationale [...] qui est en cohérence avec la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ».

Droits de l'Homme. Il ressort de cette analyse que si le législateur entendait, par ce texte, conférer au droit de l'immunité de l'exécution une stabilité jusqu'alors malmenée par une jurisprudence fluctuante, le dispositif est loin d'être exempt de toute critique et reste fragile sur de nombreux aspects, lesquels résultent essentiellement des considérations diplomatiques ayant gouverné l'élaboration de la loi.

Notre étude portera essentiellement sur l'article 59 de la loi Sapin 2 qui vient insérer les articles L. 111-1-1 à L. 111-1-3 au Code des procédures civiles d'exécution. Deux questions méritent d'être abordées dans ce cadre. En premier lieu, la loi Sapin 2 modifie la procédure applicable aux mesures de contrainte (expression utilisée pour désigner à la fois les mesures conservatoires et d'exécution forcée) visant les biens d'États étrangers en les subordonnant à une procédure d'autorisation judiciaire préalable (**I**). En second lieu, elle clarifie les règles applicables afin de déterminer le caractère saisissable du bien visé, lequel dépend essentiellement de son usage actuel ou potentiel ainsi que de la présence ou non d'une renonciation par l'État étranger à son immunité d'exécution (**II**).

I. – L'ADJONCTION D'UN OBSTACLE PROCÉDURAL DISCUTABLE : L'AUTORISATION JUDICIAIRE PRÉALABLE

6 – Le nouvel article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que *« des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un État étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête »*. Cette nouvelle procédure d'autorisation judiciaire préalable répond principalement à une volonté de filtrer les demandes abusives des créanciers mais a pour effet d'ériger des obstacles difficilement surmontables pour certains créanciers de bonne foi (**A**). De surcroît, l'examen du dispositif montre que sa légalité est douteuse, en particulier au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (**B**).

A. – Une procédure destinée à filtrer les demandes abusives mais aux effets excessivement restrictifs

7 – En instaurant une autorisation judiciaire préalable, l'article L. 111-1-1 constitue une exception à la règle de droit commun en matière d'exécution forcée selon laquelle *« le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur » (CPC d'exéc., art. L. 111-2)*, charge au juge d'intervenir a posteriori des mesures de saisie afin d'en contrôler la régularité dans l'hypothèse d'une contestation [22]. Les mêmes règles de droit commun prévalent en matière de mesures conservatoires puisque dans cette hypothèse « une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire » *(CPC d'exéc., art. L. 511-2)*. Le

22. *D. Mouralis, Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution : CAPJIA 2017, p. 189, § 15.*

calendrier classique (mesure de contrainte) / (intervention du juge) est donc inversé.

1° Une procédure pavée de bonnes intentions

8 – Cet article L. 111-1-1 a connu « moult péripéties parlementaires » [23] car les commissions des deux chambres se sont prononcées contre son insertion dans la loi Sapin 2 et il a été systématiquement réintégré à l'initiative du Gouvernement qui tenait particulièrement à cette disposition, et ce, jusqu'à son adoption définitive. L'objectif véhiculé à première vue par cette disposition est parfaitement louable. Il s'agit de permettre au juge de contrôler la mesure de contrainte sollicitée afin de s'assurer de sa conformité aux dispositions substantielles de la loi Sapin 2 qui seront examinées ci-après (censées être fondées sur la Convention des Nations Unies de 2004) et éviter ainsi de placer l'État sur le territoire duquel les biens sont localisés en violation de ses obligations internationales. Par exemple : est-ce que le bien visé peut-être saisi en l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution ? Est-ce que le bien visé est utilisé ou destiné à être utilisé dans le cadre de fonctions diplomatiques et requiert donc une renonciation expresse et spéciale ?

Selon le Gouvernement, ce contrôle s'est avéré nécessaire afin de neutraliser des procédures abusives menées par certains créanciers qui exploitaient des mesures d'exécution à la légalité douteuse dans une stratégie de harcèlement procédural. Comme le notait Michel Sapin au Sénat, « certains créanciers qui savent que leur demande n'est pas forcement tout à fait légitime ou solide la mettent néanmoins en œuvre par le biais d'huissiers ne connaissant pas forcément l'ensemble des subtilités du droit international. Au bout du compte, plusieurs mois après, ils sont déboutés. Mais, entre le moment où ils font fermer tel ou tel consulat ou saisir tel ou tel bien et celui où la justice remet les choses en ordre, le créancier s'est trouvé en situation de force pour discuter avec l'État concerné. Cela ne nous paraît pas être une bonne chose » [24]. De la même manière l'étude d'impact soulignait que cette procédure « se justifie [...] par la complexité des vérifications à opérer pour s'assurer de la saisissabilité des biens » [25].

Exit donc l'huissier de justice à la compétence trop fragile en droit international pour séparer le bon grain de l'ivraie parmi les demandes des créanciers. Peut-être la compétence de la très grande majorité des juges de l'exécution en France était également en cause car le nouvel article R. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution créé par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 prévoit que *« le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Paris est seul compétent pour statuer sur la demande d'autorisation prévue à l'article L. 111-1-1 [...] »*. Cette règle de compétence spéciale peut surprendre. Peut-elle se justifier par la haute technicité du contentieux (par exemple comme celle qui

23. *J. Heymann, La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 : JCP G 2017, 102.*
24. *JO Sénat, 2016, p. 12540, n° 76 S. (CR).*
25. *Étude d'impact, préc. note 13, p. 94.*

concerne le contentieux des actes de l'Autorité de la concurrence) *(C. com., art. L. 464-7)* ou pour des raisons touchant à la sécurité nationale (par exemple en matière de terrorisme) *(CPP, art. 706-17 et 706-25-2. – CSI, art. L. 229-1, L. 229-4 et L. 229-5)* ? Peut-elle se justifier par la matière internationale en cause lorsque l'on sait par exemple que dans le domaine sans doute plus complexe qu'est celui de l'arbitrage international, le juge d'appui est le président du TGI de Paris, mais « sauf clause contraire » *(CPC, art. 1505)* ? On peut légitimement en douter et s'interroger sur les motivations consistant à centraliser le contentieux de l'immunité d'exécution à Paris. La matière ne fait certes pas partie du contentieux quotidien du juge de l'exécution, mais elle n'est pas excessivement technique au point de la confier à une seule juridiction destinée à se spécialiser dans cette matière.

9 – La procédure d'autorisation judiciaire préalable pour ce qui concerne les mesures de contrainte visant les biens des États étrangers n'était pas totalement étrangère au droit français. L'article L. 153-1 du Code monétaire et financier prévoyait en effet déjà que si les biens des banques centrales étrangères ne peuvent en principe être saisis, par exception, *« le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de poursuivre l'exécution forcée dans les conditions prévues par la partie législative du code des procédures civiles d'exécution s'il établit que les biens détenus ou gérés pour son propre compte par la banque centrale ou l'autorité monétaire étrangère font partie d'un patrimoine qu'elle affecte à une activité principale relevant du droit privé »* [26]. Les débats au Sénat montrent que cette disposition [27] a pour objectif d'améliorer « la compétitivité de la place du Paris [...] pour la gestion des biens et des actifs des banques centrales étrangères », que ce soit au sein de la Banque de France ou des institutions financières privées, ce qui suppose de leur « offrir une sécurité suffisante » [28]. Difficile d'être plus clair !

La mise en œuvre de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier a montré qu'il rendait extrêmement complexe une éventuelle mesure de saisie car il appartient au créancier d'établir que les biens visés sont affectés à une activité principale relevant du droit privé ce qui peut s'avérer impossible compte tenu du secret bancaire. Cela avait conduit certains créanciers à contester cette disposition dans le cadre d'une QPC qui de manière très surprenante n'a pas été transmise par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel au motif que « la

26. On peut relever que la formulation est légèrement différente de celle de l'article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui précise que les *« mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un État étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête »* alors que l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier évoque l'autorisation du juge *« de poursuivre l'exécution forcée »* qui aurait pu être interprété de manière à faire intervenir le juge a posteriori après la mise en œuvre de la mesure de contrainte. – Sur ces aspects, V. *Régis Bismuth, Débat autour de la conventionnalité de l'immunité spéciale des biens des banques centrales étrangères en France : JCP G 2016, 739 et s.*
27. Intégrée au Code monétaire et financier à l'issue de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.
28. Propos de Philippe Marini, *JO Sénat CR 5 juill. 2005, p. 5133-5134.*

question ne présente pas un caractère sérieux » [29]. C'est ce qui avait aussi conduit à douter de la conformité du dispositif avec la CEDH [30] et nous aurons l'occasion d'y revenir. On peut néanmoins souligner que le gouvernement était parfaitement conscient des obstacles impliqués par l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier et que c'est en connaissance de cause de ses effets qu'il a été étendu des biens des banques centrales à l'ensemble des biens des États étrangers.

10 – La procédure d'autorisation judiciaire préalable a été également intégrée dans certains droits étrangers et en particulier en Belgique. La loi belge du 23 août 2015 a en effet inséré dans le Code judiciaire un nouvel article 1412 *quinquies « régissant la saisie de biens appartenant à une puissance étrangère ou à une organisation supranationale ou internationale de droit public »* indiquant entre autres que le créancier *« peut introduire une requête auprès du juge des saisies afin de demander l'autorisation de saisir les avoirs d'une puissance étrangère »*. On ne manquera pas de relever l'expression *« puissance étrangère »*, assez déroutante au XXI^e^ siècle tant elle renvoie à un vocabulaire plus courant au XIX^e^ où fleurait bon la doctrine de l'immunité absolue.

Cette disposition a été contestée devant la Cour constitutionnelle belge, donnant lieu à une décision que nous évoquerons par ailleurs [31]. On peut toutefois souligner deux éléments des travaux préparatoires de cette loi qui font écho au nouveau dispositif français : en premier lieu, les propos du ministre soutenant la législation indiquant que « les saisies peuvent être faites actuellement dans un laps de temps si bref et parfois sans intervention d'un juge qu'on ne peut pas présumer de la part de ceux qui y participent d'une connaissance parfaite du droit international » [32] et, en second lieu, le fait que « le législateur s'est par ailleurs inspiré de la procédure similaire [...] qui établit l'insaisissabilité de principe des avoirs détenus ou gérés par les banques centrales étrangères et les autorités monétaires internationales en Belgique ainsi que l'exception à ce principe lorsque le créancier peut démontrer que les avoirs qu'il entend saisir sont exclusivement affectés à une activité économique ou commerciale de droit privé » [33].

2° Une procédure neutralisant en pratique les démarches des créanciers

11 – Le gouvernement français mettait l'accent sur la dimension protectrice pour les créanciers de la procédure d'autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête en ce qu'elle permettait au juge de se prononcer sans procédure contradictoire, neutralisant ainsi le risque que l'État débiteur soit averti de cette initiative et ne délocalise les avoirs à l'étranger. C'est au demeurant la position retenue par le Conseil constitutionnel français

29. *Cass. 2^e^ civ., 11 juill. 2013, n° 13-40.036, QPC, Novoparc Healthcare International c/ Central Bank of Iraq : JurisData n° 2013-015454 ; LPA 19 nov. 2013, p. 13, note J. Lasserre Capdeville.*
30. *Régis Bismuth, préc. note 26, p. 739 et s.*
31. *C. const. belge, arrêt 48/2017, 27 avr. 2017 : Moniteur belge, 12 juin 2017, p. 63563 et s.*
32. *Ibid., § B.23.2. (Doc. parl., Ch., 2014-2015, DOC 54-1241/005, p. 9).*
33. *Ibid., § B.23.3.*

lorsqu'étaient évoquées les atteintes aux droits des créanciers. Le Conseil s'est limité à ce titre à indiquer que l'absence de débat contradictoire « préserve le créancier d'un déplacement des biens visés par la mesure conservatoire ou d'exécution forcée » [34].

La réalité des procédures d'exécution visant les États étrangers est toutefois toute autre et le contentieux résultant de la mise en œuvre de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier a déjà donné un aperçu des obstacles quasi insurmontables qui vont se dresser devant les créanciers. Dans le cadre d'une saisie de compte bancaire, comment le créancier peut-il rapporter la preuve de la destination commerciale ou non, diplomatique ou non des fonds visés alors que le juge lui oppose le secret bancaire ? La question s'était posée devant la Cour constitutionnelle belge et celle-ci a simplement indiqué que la preuve pesant sur le créancier pour ce qui concerne l'utilisation des biens « ne parait pas impossible à rapporter dans tous les cas » [35]. Autant dire que nous sommes loin des procédures de *discovery* adoptées par des juridictions américaines et visant les fonds de la République argentine dans le cadre du contentieux l'opposant à ses créanciers [36] ! L'argument de la cour belge semble expéditif et il est très difficile d'appréhender la viabilité de la procédure d'autorisation préalable sans l'analyser conjointement avec les règles substantielles concernant les catégories ainsi que la destination des biens saisissables et celles concernant le secret bancaire. Au demeurant, la Cour constitutionnelle belge notait dans la même décision que compte tenu de l'inviolabilité des « extraits de compte et documents bancaires [qui] constituent des archives et documents protégés par l'article 24 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 », l'État saisi « ne saurait être contraint de les produire en justice, de sorte que le juge ne pourrait contraindre le débiteur, puissance étrangère, à prouver l'utilisation de ces fonds à des fins de service public non commerciales » [37].

Il convient aussi d'être lucide sur ce qu'il est susceptible d'arriver en pratique. En l'absence de toute mesure de sauvegarde des fonds en amont et compte tenu qu'il est possible que les États puissent être tenus informés des tentatives de saisie à une phase très préliminaire du litige, il n'est pas exclu, comme le soulignait la Commission des lois du Sénat qui avait désapprouvé le principe de l'autorisation préalable, que cette procédure « permettrait à l'État étranger de déplacer les biens les plus mobiles à l'instar d'un compte bancaire » [38] et que finalement « la réforme proposée serait susceptible de priver les créanciers de toute capacité à obtenir l'exécution d'une décision de justice définitive prononcée en leur faveur » [39].

34. *Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, § 72.*
35. *Cour constitutionnelle, préc. note 31, § B.25.2.*
36. *C. Kleiner, Les affaires relatives à la dette souveraine argentine – Un contentieux collectif et transnational en quête de règles et de tribunal : AFDI 2015, p. 771.*
37. *Ibid., § B.26.2.*
38. *Sénat, Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, n° 712, t. 1, 22 juin 2016, p. 144.*
39. *Ibid.*

La procédure d'autorisation préalable était justifiée par la volonté du Gouvernement d'aboutir à un risque zéro de violation des règles applicables en matière d'immunité d'exécution. Si tout a été mis en œuvre afin d'atteindre cet objectif, c'est toutefois surtout vers un risque zéro pour les créanciers de bonne foi d'obtenir une mesure d'exécution que tend ce dispositif. C'est à l'aune de ce constat que mérite d'être examinée la légalité de la procédure d'autorisation préalable.

B. – Une procédure à la légalité douteuse

12 – Les moyens de contrôle à l'aune desquels la légalité de la procédure d'autorisation préalable de la loi Sapin 2 pourraient être examinée et les dispositifs de contrôle susceptibles d'être déployés sont multiples. Il n'est certainement pas possible de les étudier tous en détail et nous nous limiterons donc à ceux qui présentent un intérêt particulier, à savoir plus précisément la question de la conformité du dispositif au droit international des immunités tel que reflété par la Convention des Nations Unies de 2004 et au droit de la CEDH. Alors que ces deux corps de règles sont distincts quant à leur origine, c'est pourtant leur analyse combinée qui offre les perspectives les plus prometteuses pour contester la procédure d'autorisation préalable.

Nous pourrions évoquer également la question de la conformité du dispositif aux exigences constitutionnelles françaises. Le rapporteur du texte au Sénat considérait en effet que cette procédure d'autorisation préalable portait « une atteinte manifestement excessive au droit des créanciers ainsi qu'au droit d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles, tous deux garantis par la Constitution » [40]. En dépit du caractère convaincant des arguments avancés dans ce cadre, il faut constater que le Conseil constitutionnel n'a pas effectué un contrôle approfondi de la loi Sapin 2, se limitant « laconiquement » [41] à constater l'objectif d'intérêt général que constitue la protection de la propriété des personnes publiques étrangères [42] ainsi que la protection contre le risque de dissipation des actifs [43]. Il rejoignait ainsi la frilosité avec laquelle la Cour de cassation a examiné une question similaire pour ce qui concerne la constitutionnalité de cette procédure pour les biens des banques centrales en refusant sa transmission au Conseil constitutionnel sans s'interroger sur son caractère raisonnable ou sa proportionnalité [44]. Au demeurant, la même chose peut être dite pour ce qui concerne l'analyse faite par le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi qui soulignait que l'ensemble des dispositions, et notamment la procédure d'autorisation préalable, « étaient strictement conformes au droit

40. *Sénat, Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Nouvelle lecture), n° 79 t. 1, 26 oct. 2016, p. 74*. Le rapporteur se réfère notamment aux décisions suivantes : *Cons. const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (pour ce qui concerne le droit des créanciers). – *Cons. const., 6 mars 2015, n° 2014-455 QPC, M. Jean de M. : JurisData n° 2015-004847* (pour ce qui concerne le droit d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles).
41. *B. Tranchant, préc. note 11, p. 843.*
42. *Cons. const., n° 2016-741 DC, préc. note 34, § 69.*
43. *Ibid., § 72.*
44. *Cass. 2e civ., 11 juill. 2013, n° 13-40.036, préc. note 29.*

international » [45], « ne soulevaient pas de difficulté constitutionnelle, ni ne se heurtaient aux stipulations de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales » [46]. Une analyse plus poussée indique toutefois qu'il serait particulièrement délicat de délivrer un brevet de conformité de cette procédure d'autorisation préalable au droit international ainsi qu'à la CEDH.

1° La conformité de la procédure à la Convention des Nations Unies de 2004

13 – Il convient dans un premier temps de se pencher sur la question de la conformité de la procédure d'autorisation préalable à la Convention des Nations Unies de 2004. Il n'est pas difficile de constater que la Convention des Nations Unies de 2004 n'exige aucunement une telle autorisation dans le cadre de ses articles 18 et 19 relatifs aux mesures de contraintes respectivement antérieures et postérieures au jugement. Cela n'a été nié ni par l'étude d'impact (cette autorisation est « non exigée par les traités internationaux dont la France est signataire » [47]), ni par le ministre dans le cadre des travaux parlementaires, Michel Sapin déclarant : « Je le dis d'emblée, cette disposition n'est pas nécessaire pour respecter la convention des Nations Unies » [48] – mais rajoutant dans la foulée : « Elle n'y est pas contraire non plus ».

La question se pose dès lors de savoir si une condition additionnelle à la mise en œuvre d'une mesure de contrainte visant des biens d'États étrangers, non prévue par la Convention de 2004 mais non explicitement interdite par elle, constitue une violation du droit international. Si l'on se place dans une logique de hiérarchie des normes serait-il possible de soulever la non-conformité de cette autorisation préalable au droit international (ou plus précisément son inconventionalité lorsque la convention sera entrée en vigueur une fois atteint le seuil de trente ratifications) ? Cette question doit nous conduire à examiner le statut du droit international des immunités et notamment la question de savoir s'il n'est constitué que d'obligations interétatiques ou si certaines de ses règles sont susceptibles de générer symétriquement des droits au bénéfice des particuliers. Nous avons eu l'occasion de souligner que « 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 car le droit international des immunités se conçoit comme un plancher et non comme un plafond » [49]. Cette idée trouve un appui dans la position exprimée par la CIJ dans l'affaire Immunités juridictionnelles. Considérant « qu'il ne lui est pas nécessaire pour les besoins de la présente affaire de déterminer si l'article 19 de la Convention de 2004 [...] reflète dans tous ses éléments le droit international coutumier en vigueur », elle souligne néanmoins qu'il « lui suffit de constater *qu'il existe au minimum une condition*

45. *CE, avis, 24 mars 2016, n° 391262, préc. note 21, § 27.*
46. *Ibid., § 27.*
47. *Étude d'impact, préc. note 13, p. 94.*
48. *JO Sénat, 2016, p. 12541, n° 76 S. (C.R.).*
49. *R. Bismuth, préc. note 9, p. 646.*

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 » [50]. L'État respecte donc le droit international des immunités s'il se place au minimum dans l'une de ces situations lorsqu'il exerce une mesure de contrainte visant le bien d'un État étranger [51] et il peut dès lors accorder des protections supplémentaires à l'instar d'une autorisation judiciaire préalable non prévue par la Convention des Nations Unies.

2° La conformité de la procédure aux exigences de la CEDH

14 – Si cette nouvelle procédure d'autorisation judiciaire préalable n'est par elle-même pas contraire à la convention de 2004, le fait qu'elle ne soit pas prévue par elle offre un éclairage différent lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité de ce dispositif à la CEDH.

La jurisprudence de la cour de Strasbourg a depuis longtemps considéré que les exigences de l'article 6 de la CEDH n'impliquent pas seulement le droit à ce que sa cause soit entendue ou celui d'obtenir une décision de justice mais intègre également l'exécution des décisions car le droit à un tribunal « 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 » [52]. Les droits patrimoniaux du créancier peuvent aussi s'en trouver affectés au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention [53]. Ce droit à obtenir l'exécution des décisions n'est toutefois pas absolu et peut faire l'objet d'une limitation si celle-ci « tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » [54].

Le respect par les États du droit international des immunités fait partie des buts légitimes dont la Cour tient compte. Elle doit en effet « autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États » [55]. Elle en a conclu « [qu]'on ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante *qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États* » [56].

50. *CIJ, Immunités juridictionnelles de l'État, préc. note 15, § 117-118.* (Nous soulignons).
51. Qui seront discutées infra (II).
52. *CEDH, 19 mars 1997, n° 18357/91, Hornsby c/ Grèce, § 40.*
53. *CEDH, 24 sept. 2013, n° 43892/04, Pennino c/ Italie, § 53 et s. – CEDH, 24 sept. 2013, n° 43870/04, De Luca c/ Italie, § 39.* – .Ces affaires sont d'ailleurs mentionnées dans le rapport du Sénat, *préc. note 38, p. 144*.
54. *CEDH, 18 févr. 1999, n° 26083/94, Waite et Kennedy c/ Allemagne, § 59.*
55. *CEDH, 21 nov. 2001, n° 35763/97, Al-Adsani c/ Royaume-Uni, § 55.*
56. *Ibid., § 56.* (Nous soulignons).

La marge d'appréciation des États en la matière est donc restreinte et la question qui doit guider la juridiction nationale afin de s'assurer du respect des exigences de l'article 6 de la CEDH est la suivante : en accueillant l'exception tirée de l'immunité souveraine, les limitations imposées au requérant vont-elles au-delà de ce que prescrit le droit international lorsqu'elles confèrent une protection additionnelle à l'État étranger ? En d'autres termes, la protection va-t-elle au-delà de ce que prescrit la Convention des Nations Unies de 2004 ? Cette démarche a été celle de la Cour de Strasbourg dans l'affaire Cudak c/ Lituanie où elle a reconnu que « l'immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine » [57] et qu'il fallait tenir compte des exceptions à l'immunité existant en droit international coutumier tel que reflété par la Convention des Nations Unies, en l'occurrence dans cette affaire l'exception de l'article 11 relative aux contrats travail. En accordant à l'État étranger une protection additionnelle allant au-delà du plancher du droit international, la Haute Parie contractante a « failli à maintenir un rapport raisonnable de proportionnalité » [58], outrepassant sa marge d'appréciation et violant ainsi les exigences de l'article 6 de la CEDH.

15 – C'est à l'aune de ces éléments que mérite d'être examinée la conformité à la CEDH du nouvel article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution [59]. Comme nous l'avons constaté, la procédure d'autorisation préalable implique dans certaines situations (notamment pour ce qui concerne les saisies des comptes bancaires) une quasi-insaisissabilité *de facto* si l'on tient compte de la répartition de la charge de la preuve, du secret bancaire et du risque de dissipation des fonds.

Une question similaire a déjà été posée aux juridictions françaises lorsque a été testée la conventionalité de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier dans une affaire intéressant une saisie conservatoire de fonds appartenant à la Central Bank of Iraq. La Cour d'appel de Versailles avait en 2015 balayé l'argument en se limitant à rappeler le « but légitime tel que le respect des règles internationales généralement reconnues en matière d'immunité des États » et que si « l'article L. 153-1 met à la charge du créancier une preuve difficile, quant à la nature des fonds et leur affectation, il n'instaure pas une preuve impossible », concluant ainsi qu'il n'existe pas de « restriction disproportionnée » à l'article 6 de la CEDH [60]. L'affaire a été portée devant la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 11 janvier 2018, a identiquement conclu que cette disposition « ne porte pas une restriction disproportionnée au droit à l'exécution au regard du but légitime poursuivi et ne méconnaît pas les exigences du procès équitable », de même que la charge de la preuve qui découle de ces dispositions « n'a pas pour

57. *CEDH, gde ch., 23 mars 2010, n° 15869/02, Cudak c/ Lituanie, § 64 : JurisData n° 2010-030716.*
58. *Ibid., § 74.*
59. Dans le même sens, V. *S. Bollée, Les dispositions de la loi Sapin 2 relatives à l'immunité d'exécution : D. 2016, p. 2560.*
60. *CA Versailles, 16e ch., 1er oct. 2015, n° 14/05200 : JurisData n° 2015-027713 ; JCP G 2016, 739, note R. Bismuth.*

effet de violer le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable » [61].

Les analyses de la Cour d'appel de Versailles et de la Cour de cassation – dont on peut rappeler qu'elle a considéré que la question de la constitutionnalité de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier « ne présente pas un caractère sérieux » [62] – ont été particulièrement expéditives en comparaison avec l'examen minutieux conduit par la Cour EDH dans le cadre par exemple de l'affaire Cudak c/ Lituanie. Il serait donc prématuré de dire qu'est clos le débat de la conventionalité de l'article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution en l'absence d'une position claire des juges strasbourgeois sur cette question.

Dans tous les cas, un tel examen de conventionalité requerra, au-delà de l'analyse d'un texte présenté comme permettant à l'État d'assurer le respect du droit des immunités, une étude de ses effets pratiques lorsqu'il est mis en œuvre par les juridictions. Ces questions sont aussi difficilement dissociables de celles relatives à l'utilisation ou à l'affectation du bien visé par la mesure de contrainte qu'il convient à présent d'explorer.

II. – LA DÉLIMITATION DU PÉRIMÈTRE DES BIENS DE L'ÉTAT ÉTRANGER SAISISSABLES

16 – Une fois le juge de l'exécution du TGI de Paris saisi sur requête, celui-ci doit déterminer si le bien visé peut faire l'objet d'une mesure de contrainte. La loi Sapin 2 vient sur ces aspects clarifier un régime de l'immunité d'exécution qui avait été défini par une jurisprudence instable dans le sillage du contentieux de la dette argentine. Principalement deux situations doivent être envisagées : en l'absence (A) ou en présence (B) d'une renonciation à l'immunité d'exécution. Le nouveau dispositif est *prima facie* inspiré de la Convention des Nations Unies de 2004, notamment ses article 18, 19 et 21. Il convient toutefois de mettre en lumière les ajustements qui ont été réalisés dans texte final et qui apparaissent contestables.

17 – Nous ne mentionnons que brièvement et préalablement l'article 60 de la loi Sapin 2, au demeurant non codifié dans le Code des procédures civiles d'exécution, qui instaure une discipline spécifique destinée à faire échec à la stratégie des « fonds vautours » [63]. Ne peut en effet être autorisée une mesure de contrainte à l'initiative du détenteur d'un titre de créance à l'encontre d'un État étranger lorsque les trois conditions suivantes sont remplies : 1) l'État figurait sur la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement établie par le comité de l'aide au développement de l'OCDE lorsqu'il a émis le titre de créance en question, 2) le titre a été acquis par le détenteur lorsque l'État se trouvait en situation de défaut ou avait proposé une modification du contrat d'émission, 3)

61. *Cass. 2e civ., 11 janv. 2018, n° 16-10.661 : JurisData n° 2010-030716. – B. Haftel, La Cour de cassation, la cohérence et la sécurité juridique – À propos du nouveau revirement dans l'affaire Commisimpex : D. 2018, p. 541*
62. V. *préc. note 34.*
63. *JO Sénat, 2016, p. 12542-12546, n° 76 S. (CR).*

la situation de défaut devant dater de moins de 48 mois au moment où le détenteur du titre sollicite l'autorisation du juge. En substance, l'article 60 n'intéresse pas le régime général de l'immunité d'exécution mais poursuit un objectif similaire à celui de certaines législations anti-*holdouts* (ou créanciers récalcitrants) qui ont été adoptées au Royaume-Uni ou en Belgique [64]. La logique sous-jacente est donc celle de la gestion des situations d'insolvabilité des États afin d'inciter les créanciers à participer à des mécanismes d'action collective [65].

On peut néanmoins relever dans cette section que l'article 60(V) dispose que « *pour l'application du présent article, sont assimilés à l'État étranger l'État central, les États fédérés et leurs établissements publics* ». Cette définition de l'État n'a pas été étendue aux dispositions de l'article 59, lequel n'a pas fait le choix d'intégrer la définition de l'État qui figurait dans la Convention des Nations Unies de 2004. En tout état de cause, l'article 60(V) restreint l'admissibilité de ces mécanismes protecteurs aux seuls instruments financiers de l'État central, des États fédérés et de leurs établissements publics. Les autres types de subdivisions territoriales (municipalités, régions, etc.) ne sont pas mentionnées et ne peuvent bénéficier de ces dispositions protectrices.

A. – Le périmètre des biens saisissables en l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution

18 – En l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution, la jurisprudence française a longtemps été guidée par la position dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt Eurodif de 1984 dont l'attendu de principe soulignait que si l'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe, « que toutefois elle peut être exceptionnellement écartée ; qu'il en est ainsi 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 » [66]. Les conditions posées étaient donc restrictives car il fallait établir un lien entre le bien saisi et l'activité à l'origine de la demande en justice qui devait relever du droit privé qui est difficile à prouver en pratique. Eurodif soulève aussi plusieurs questions d'interprétation de même qu'en liant la question de l'immunité à la nature de l'activité qui donne lieu à la demande, l'arrêt suggérait un chevauchement des questions d'immunité de juridiction et d'exécution [67]. On peut d'ailleurs se demander si l'attendu de principe formulé par la Cour de cassation n'était finalement pas significativement influencé par les faits de l'affaire Eurodif pour laquelle on pouvait d'ailleurs douter qu'elle s'inscrivait dans le cadre d'une « activité économique ou

64. Une proposition de loi visant à lutter contre l'action des fonds financiers dits « fonds vautours » avait d'ailleurs été introduite devant l'Assemblée nationale en 2006 et 2007. Sur ces aspects, V. *R. Bismuth, L'émergence d'un " ordre public de la dette souveraine " pour et par le contrat d'emprunt souverain ? Quelques réflexions inspirées par une actualité très mouvementée : AFDI, 2012, p. 499 et s.*
65. *S. Bollée, préc. note 18, spéc. p. 2560.*
66. *Cass. 1re civ., 14 mars 1984, n° 82-12462, SA Eurodif et Sofidif c/ République islamique d'Iran : JDI 1984, p. 598, note B. Oppetit ; Rev. crit. DIP 1984, p. 644, note J.-M. Bischoff.*
67. *F. Giansetto, Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'État : Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 377 et s.*

commerciale relevant du droit privé » dans la mesure où elle se rapportait au programme franco-iranien de production et de distribution d'énergie nucléaire.

19 – La loi Sapin 2 rompt avec cette approche et instaure une discipline qui, du moins apparemment, se rapproche de celle de la Convention des Nations Unies de 2004. Afin de mieux saisir ces évolutions, les dispositions pertinentes de la loi et de la convention sont reproduites en miroir dans le tableau suivant :

Loi Sapin 2 (Article 59)	Convention des Nations Unies de 2004
Art. L. 111-1-2 (du code des procédures civiles d'exécution) Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée visant un bien appartenant à un État étranger ne peuvent être autorisées par le juge que si l'une des conditions suivantes est remplie : (...) 3° Lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État concerné et que le bien en question est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.	**Article 19 – Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement** 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 : (...) 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.
« Pour l'application du 3°, sont notamment considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales, les biens suivants : a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ; b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires ; c) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ; d) Les biens faisant partie d'une exposition d'objet d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ; e) Les créances fiscales ou sociales de l'État.	**Article 21 – Catégories spécifiques de biens** 1. Les catégories de biens d'État ci-après ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c de l'article 19 : a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ; b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de fonctions militaires ; c) Les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État ; d) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ; e) Les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente.

20 – À titre préalable, on peut relever qu'en l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution, des mesures de contrainte ne peuvent être sollicitées que postérieurement à un jugement ou une sentence arbitrale. En ce sens les solutions de la loi et de la convention convergent [68]. Au-delà de cet aspect, deux aspects méritent d'être abordés : la question de l'identification de l'entité saisissable et celle de l'identification des biens saisissables au sein de l'entité.

1° Identification de l'entité saisissable

21 – Il est possible de constater une rupture avec la jurisprudence Eurodif sur un aspect important qui ouvre de nouvelles perspectives aux créanciers [69]. Alors qu'Eurodif reposait sur une approche que l'on pourrait désigner comme « substantielle » (l'existence d'un lien entre le bien saisi et l'activité à l'origine de la demande), la loi Sapin 2 adopte une approche *« personnaliste »* (« le bien [...] entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ») de même que la convention avec une formulation légèrement différente (« des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ») [70]. Cela signifie donc que le périmètre des biens du débiteur susceptibles d'être visés par le créancier est beaucoup plus large puisque l'ensemble de son patrimoine est potentiellement concerné avec les limites quant à l'utilisation du bien qui seront évoquées ci-après. Le juge de l'exécution a déjà eu l'occasion d'abandonner l'approche de la jurisprudence Eurodif pour des saisies pratiquées antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi Sapin 2 mais jugées postérieurement en retenant par exemple que « selon le droit international coutumier, l'affectation des biens saisis à une opération relevant du droit privé constitue une condition suffisante, sans qu'il soit nécessaire que les biens saisis aient un lien avec la demande ayant fait l'objet de la procédure » [71]. Le JEX a d'ailleurs souligné de manière remarquable qu'aller au-delà de ce plancher prescrit par le droit international coutumier n'était pas admis par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

On peut également s'interroger sur le sens que peuvent avoir les expressions « entretient un lien avec l'entité » ou « ont un lien avec l'entité ». Il faut à cet égard se tourner vers l'annexe de la Convention des Nations Unies qui indique que « l'expression « les biens qui ont un lien avec l'entité [...] s'entend dans un sens plus large que la propriété ou la possession ». Sont dès lors concevables des saisies qui visent des biens qui auraient été frauduleusement transférés par cette entité à des tiers afin d'éviter des mesures de saisie.

68. L'article 18 de la Convention des Nations Unies de 2004 relatif à *« l'immunité des États à l'égard des mesures de contraintes antérieures au jugement »* ne se réfère en effet qu'aux seuls cas de a) renonciation à l'immunité d'exécution et b) de réservation ou d'affectation de biens à la satisfaction de la demande.
69. *B. Tranchant, préc. note 11, spéc. p. 850 et s.*
70. Le projet de convention des Nations Unies de 1991 retenait les deux approches substantielle ou personnaliste. L'ancien article 18(c) se référait en effet aux biens qui « ont un lien avec la demande qui fait l'objet de cette procédure ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée » *(CDI, Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs : Annuaire de la Commission du Droit International, 1991, vol. II(2), p. 58)*.
71. *TGI Paris, 9 mai 2017, n° 18/83221, États-Unis c/ Bellelis.*

L'approche personnaliste retenue par la loi et la convention signifie aussi que doivent en principe être respectées les distinctions entre les personnes morales de droit public interne. Il est en effet possible en l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution de procéder à une mesure de contrainte visant les biens d'une des composantes de l'État (l'État personne morale de droit interne, un démembrement organique ou territorial de l'État) qu'à partir du moment où la décision juridictionnelle qui sert de fondement à cette mesure a été obtenue à l'encontre de cette composante de l'État. En d'autres termes, il ne serait pas possible de saisir en France les biens de la province du Québec si le débiteur est la province de l'Ontario ou le Canada.

Cette solution résultant de l'approche personnaliste pourrait être différente si le débiteur est l'État (par exemple le Canada) et qu'il renonce à l'immunité d'exécution, renonciation susceptible, selon sa formulation et l'autorité qui y consent, de constituer un engagement international de l'État en tant que personne morale de droit international et qui porte ainsi sur l'ensemble de ses organes et donc de ses démembrements organiques ou territoriaux. Il faut également souligner de manière plus générale que la possibilité de ne procéder à des saisies que contre l'entité débitrice ne fait pas obstacle à ce que soient visées ses émanations. Cela est d'ailleurs permis par la jurisprudence française [72] et l'annexe à la convention de 2004 qui indique que « l'article 19 ne préjuge ni la question de la " levée du voile dissimulant l'entité ", ni les questions liées à une situation dans laquelle une entité d'État a délibérément déguisé sa situation financière ou réduit après coup ses actifs pour éviter de satisfaire à une demande, ni d'autres questions connexes ».

2° Identification des biens saisissables au sein de l'entité saisissable

22 – Une fois identifiée l'entité ou ses émanations sur lesquelles des saisies peuvent être pratiquées, il faut délimiter plus précisément le périmètre des biens saisissables car certains biens font l'objet d'une protection spécifique et ne peuvent être saisis que dans l'hypothèse d'une renonciation à l'immunité d'exécution [73]. En l'absence d'une telle renonciation, seuls le bien « spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales » est saisissable.

Sur ce point, il n'existe pas de différence notable entre la loi et la convention qui utilise également la double négation qui ne sert pas la clarté du texte (en mentionnant au passage la triple négation de l'article 21(1) de la convention). Des divergences se manifestent toutefois lorsque les deux textes dressent des listes de bien considérés comme « spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé

72. « Il est admis que le droit de poursuite du créancier est étendu en cas de confusion des patrimoines notamment aux organismes publics qui dépendent d'un État étranger au point de n'en être qu'une émanation. La qualification d'émanation de l'État, question de fait, doit être appréciée en fonction de l'indépendance fonctionnelle et de l'autonomie de patrimoine de l'entité concernée qui sont les attributs de la personnalité morale » *(CA Paris, 27 juin 2017, n° 16/08522, Veteran Petroleum c/ Arianespace et Roscosmos)* (le créancier n'arrivant pas à démontrer en l'espèce que l'agence spatiale russe Roscosmos est une émanation de la Fédération de Russie).

73. *V. n° (II)(B).*

par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales ». Dans les deux textes sont mentionnés les biens diplomatiques et militaires, ceux faisant partie du patrimoine culturel, les archives et les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne peuvent donc être saisis en l'absence de renonciation. La loi Sapin 2 ne mentionne pas les biens des banques centrales contrairement à la convention, mais une référence à ceux-ci est déjà réalisée dans l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier.

La principale différence réside dans le paragraphe e) du texte de la loi Sapin 2 qui inclut dans cette liste *« les créances fiscales ou sociales de l'État »* alors qu'il n'y est fait aucunement référence dans la convention. Compte tenu de l'usage de l'adverbe « notamment », la convention suggère certes que la liste n'est pas limitative, mais cette adjonction soulève plusieurs questions. Elle est tout d'abord davantage inspirée du contentieux français de l'immunité d'exécution que d'une pratique susceptible de refléter la coutume internationale. Les contentieux de la dette argentine en France ayant donné lieu aux arrêts de la Cour de cassation du 28 mars 2013 concernaient en effet des mesures d'exécution se rapportant à des créances fiscales et sociales dues par des entreprises françaises [74]. Les travaux préparatoires montrent en ce sens une volonté de protéger les activités étrangères des entreprises françaises plus qu'ils ne procèdent d'une réflexion sur ce que sont des biens « spécifiquement utilisés ou destiné à être utilisés par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales ». Se pose par ailleurs la question de ce que constitue une créance fiscale ou sociale. Si l'on rebondit sur l'exemple de l'affaire NML c/ Argentine où il était question de redevances pétrolières, peut-on considérer comme « fiscales » des redevances qui ne sont pas imposées unilatéralement par l'État mais qui font l'objet d'une négociation contractuelle entre celui-ci et l'opérateur économique ? Si la réponse est négative, cela pourrait exposer d'autant plus ces biens aux possibles saisies des créanciers. Considère-t-on comme « fiscal » ou « social » ce qui est considéré comme tel au regard du droit de l'État saisi ? Le cas échéant, cela est annonciateur de bien des difficultés pour le juge de l'exécution !

Enfin, la loi Sapin 2 laisse ouverte la question de savoir ce que constitue un bien *« spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé »* par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales. On sait que la notion « d'affectation » issue de la jurisprudence Eurodif avait soulevé des questions d'interprétation [75]. Si la notion d'usage apparaît plus objective que celle d'affectation, les choses sont moins claires lorsqu'il s'agit de déterminer l'utilisation possible du bien. Cela nous renvoie à la question des créances fiscales ou sociales. Lorsque l'on consulte la liste des biens non saisissables en l'absence de renonciation (biens diplomatiques, militaires, culturels, etc., actifs des banques centrales), on constate qu'il s'agit en grande majorité de biens (une ambassade, un navire militaire, etc.) dont l'usage est, sauf preuve contraire, objectivement rattaché à une fonction

74. *R. Bismuth, préc. note 9, spec. p. 637.*
75. *S. El Sawah, Les immunités des États et des organisations internationales – Immunités et procès équitable : Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 268 et s.*

souveraine. Les choses sont moins évidentes pour les comptes en banques, sommes d'argent ou actifs financiers. Certes certaines d'entre-elles (par exemple les créances fiscales et sociales) peuvent être quant à leur origine rattachée à l'exercice de prérogatives de souveraineté, mais comment déterminer quel serait leur usage ? De plus, et cela nous renvoie aux discussions précédentes en ce qui concerne l'autorisation préalable du juge : comment prouver l'usage d'un bien tel qu'un compte bancaire d'ambassade à des fins autres que diplomatiques (par exemple pour l'achat de matières premières) si le secret bancaire y fait obstacle ? Et si le juge s'aventurait à ordonner (par exemple au tiers saisi) des mesures d'instruction pour obtenir des preuves de l'usage d'autres catégories de biens, comment préserver l'efficacité de la saisie sollicitée si celle-ci n'intervient qu'en aval, laissant ainsi la possibilité à toute personne telle que le tiers saisi d'alerter l'État de la procédure en cours et de délocaliser le bien visé par la mesure ?

23 – Ainsi, malgré un cadre qui semble plus lisible et favorable aux créanciers que celui résultant de la jurisprudence Eurodif, les possibilités de saisie pour les créanciers en l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution devraient en pratique se limiter à certains actifs difficilement délocalisables à bref délai comme ceux se rapportant à des biens immobiliers. Ce fut le cas par exemple dans une décision récente où a été acceptée par le juge de l'exécution la saisie portant sur des loyers versés aux États-Unis en contrepartie de la location d'un bien immobilier utilisé à usage de bureaux [76].

B. – Le périmètre des biens saisissables en présence d'une renonciation à l'immunité d'exécution

24 – Avant d'aborder la question spécifique du régime de la renonciation, on peut constater que l'article 111-1-2(2) du Code des procédures civiles d'exécution dispose que des mesures de contrainte visant un bien d'État étranger peuvent être autorisées si *« l'État concerné a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure »*. Cette disposition est directement inspirée de la Convention des Nations Unies [77] et concerne le cas où, par exemple, l'État étranger aurait affecté des biens en garantie ou consenti à d'autres sûretés [78]. Cette hypothèse peut d'ailleurs s'appréhender comme un cas où l'État a expressément renoncé à son immunité d'exécution pour un bien identifié dans le cadre d'un litige précis. Elle a le mérite de la clarté et ne soulève pas de difficulté particulière.

25 – Les choses ne sont pas aussi évidentes pour ce qui concerne les dispositions de la loi Sapin 2 applicables en matière de renonciation à l'immunité d'exécution qui permet – du moins en théorie – d'élargir le périmètre des biens saisissables pour les créanciers en y intégrant ceux qui ne sont pas réputés être utilisés ou destinés à être utilisés par l'État « autrement qu'à des fins de service public non commerciales ». Le Code des procédures civiles

76. *TGI Paris, 9 mai 2017, n° 18/83221, États-Unis c/ Bellelis.*
77. En particulier ses articles 18(b) et 19(b)
78. *H. Herman & G. Hanotin, Le nouveau régime applicable aux mesures conservatoires et mesures d'exécution prises contre des États étrangers issu de la loi Sapin 2 : Gaz. Pal. 2017, n° 18, p. 14.*

d'exécution s'écarte de la Convention des Nations Unies de 2004 sur des aspects importants. À l'instar de la disposition spécifique relative aux *« créances fiscales et sociales »* précédemment évoquée, le texte est davantage le résultat de considérations nationales que d'une volonté de suivre le sillon tracé par la convention de 2004.

1° Les modalités générales de renonciation

26 – Le premier point de divergence entre la loi et la convention concerne les modalités de renonciation. Si l'on met de côté la question de la renonciation spéciale pour les biens diplomatiques qui sera évoquée ci-après, tant la loi que la convention indiquent que l'État doit avoir « expressément consenti » à l'application d'une telle mesure de contrainte, lesquelles peuvent inclure aussi bien les mesures postérieures qu'antérieures au jugement [79]. Notons que la loi utilise le singulier (« une telle mesure ») et la convention le pluriel (« de telles mesures »). La formule au pluriel laisse une plus grande liberté interprétative au juge dans le sens où la clause de renonciation formulée de manière générale (par exemple un engagement d'exécuter une sentence) fait référence à toutes les mesures d'exécution envisageables postérieurement au jugement. Du texte de la loi qui a recours au singulier pourrait être exigée la mention spécifique de la mesure d'exécution envisagée, donnant ainsi la possibilité au juge de contrôler de manière plus restrictive les clauses de renonciation. Par ailleurs, la convention fait notamment référence à une renonciation faite *« par un accord international »* ou *« une convention d'arbitrage ou un contrat écrit »*. Une telle mention n'existe pas dans le nouvel article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution, faisant craindre à certains [80] une remise en cause de la jurisprudence Creighton qui reconnaissait que l'engagement pris par l'État d'exécuter la sentence dans le cadre d'un règlement d'arbitrage « impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution » [81].

2° Les modalités spéciales de renonciation pour les biens diplomatiques

27 – Alors que la Convention des Nations Unies ne prescrit qu'un régime unique de renonciation, le nouvel article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution impose des modalités de renonciation spécifiques lorsque les biens susceptibles d'être saisis relèvent de l'exercice de fonctions diplomatiques. Plus précisément cet article dispose que *« des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions*

79. L'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution mentionne dans ce cadre de manière générale les *« mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée »* (alors qu'en l'absence de renonciation il évoquait les mesures prises *« lorsque d'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendue »*). Pour la Convention des Nations Unies, il faut se référer aux article 18 (mesures antérieures au jugement) et 19 (mesures postérieures au jugement) qui sont rédigées de manière identique sur ces points.

80. *D. Mouralis, préc. note 22, n° 86.*

81. *Cass. 1re civ., 6 juill. 2000, n° 98-19.068, Creighton c/ Qatar : JurisData n° 2000-002829 ; Bull. civ. I, n° 207 ; JDI 2000, p. 1054, note I. Pingel-Lenuzza ; Rev. arb. 2001, p. 114, note P. Leboulanger.*

spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés ».

Une telle déviation de la Convention des Nations Unies ne peut se comprendre sans revenir rapidement sur la jurisprudence fluctuante de la Cour de cassation sur le sujet et qui doit beaucoup au contentieux de la dette argentine. Dans un arrêt du 28 septembre 2011, la cour, se fondant sur « le droit international coutumier », retient que les missions diplomatiques bénéficient « d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale » [82]. Dans trois arrêts du 28 mars 2013, la même première chambre civile, se fondant cette fois sur « le droit international coutumier, tel que reflété par la Convention des Nations Unies », énonce que « si les États peuvent renoncer [...] 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 » [83]. La condition de renonciation spéciale est ainsi étendue à l'ensemble des biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques alors que la Cour avait en 2011 justifié l'exigence de renonciation spéciale pour les biens diplomatiques compte tenu du caractère autonome des immunités diplomatiques. C'est l'une des raisons pour lesquelles ces décisions qui semblent s'inscrire dans un mouvement d'extension de l'immunité sont en réalité discordantes quant à leur fondement [84]. Peut-être consciente de la fragilité de sa jurisprudence, la même première chambre civile retient en 2015 que même pour les biens des missions diplomatiques, « le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution » [85]. Ironiquement, c'est dans sa décision qui ne mentionne pas la Convention des Nations Unies que la Cour de cassation adopte la position qui s'y conforme.

Quoique conforme au droit coutumier, l'arrêt Commissimpex a, selon ce que désigne pudiquement l'étude d'impact de la Loi Sapin 2, occasionné « des difficultés diplomatiques » [86] et celles-ci ont été sans doute la principale raison de l'adoption du nouvel article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution. Ces impératifs politiques plus que juridiques transparaissent même dans l'arrêt Commissimpex du 10 janvier 2018 de la Cour de cassation qui contredit dans la même affaire ce qu'elle désigne comme étant « la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015 » en mettant en œuvre de manière rétroactive les dispositions de la loi Sapin 2, et ce, alors « qu'elles ne s'appliquent pas au présent litige ». Pour justifier sa position, la même première chambre civile souligne dans un passage déconcertant que « compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière

82. *Cass. 1re civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057, NML c/ Argentine : JurisData n° 2011-020356 ; JDI 2012, comm. 9, p. 668, note G. Cuniberti ; Rev. crit. DIP 2012, p. 124, note H. Gaudemet-Tallon.*
83. *Cass. 1re civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938, 11-10.450 et 11-13.323, préc. note 9.*
84. Pour notre critique, V. *R. Bismuth, préc. note 9, p. 638 et s.*
85. *Cass. 1re civ., 13 mai 2015, n° 13-17.751, préc. note 18.*
86. *Étude d'impact, préc. note 13, p. 93.*

identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle » [87].

Dans la mesure où elles s'écartent de ce que prescrit la Convention des Nations Unies, la question de la conformité à la CEDH des dispositions de la Loi Sapin 2 concernant les modalités de la renonciation lorsqu'il s'agit de biens diplomatiques mérite d'être soulevée. La Cour constitutionnelle belge est d'avis que l'immunité spéciale des biens diplomatiques justifiant une renonciation spéciale trouve sa source dans la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, ce qui permet d'assurer la conformité de ce dispositif avec les exigences de la jurisprudence de la CEDH [88]. Elle décide ainsi de censurer la condition de renonciation spéciale figurant dans la loi belge mais uniquement en ce qu'elle s'applique « aux biens qui ne sont pas affectés à l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de la puissance étrangère ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales » [89].

28 – La position de la Cour européenne des Droits de l'Homme sera-t-elle identique ? Si tel était le cas, l'article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution serait préservé. L'argument tenant au caractère spécifique de l'immunité diplomatique est toutefois discutable dans la mesure où la Convention de Vienne de 1961 n'inclut aucune disposition spécifique relative aux modalités de renonciation à l'immunité d'exécution des biens de la mission [90].

Mais au-delà de ce débat, il ne faut pas perdre de vue qu'une immunité d'exécution pour les biens diplomatiques justifiant une renonciation spéciale pourrait se cristalliser en droit international coutumier. L'enjeu essentiel pour les créanciers n'est pas la possibilité de saisir les biens effectivement strictement utilisés dans le cadre de la mission diplomatique telle qu'une ambassade mais de pouvoir disposer des procédures adéquates leur permettant d'obtenir des preuves actuellement inaccessibles quant à l'usage actuel ou éventuel de biens formellement désignés comme « diplomatiques ». Sans de telles garanties dans le domaine probatoire, la clause de renonciation spéciale – qui ne pouvait être pleinement envisagée par les créanciers ayant conclu des conventions antérieurement à la mise en place de ces nouveaux dispositifs – pourrait inciter les États à désigner comme diplomatiques des biens (tels que des comptes bancaires) qui ne le sont aucunement.

***

29 – Notre analyse aurait pu nous laisser penser que les créanciers d'État se trouvant dans la situation la plus fragile pour obtenir des mesures d'exécution sont ceux qui ne peuvent se prévaloir d'une renonciation par l'État à son immunité d'exécution.

87. *Cass. 1re civ., 10 janv. 2018, n° 16-22.494, Commissimpex ; JDI 2018, comm. 8, p. 570, note J.-S. Bazille et R. Bismuth.*
88. *C. const. belge, arrêt 48/2017, 27 avr. 2017, préc. note 31, § B20.1.*
89. *C. const. belge, arrêt 48/2017 du 27 avril 2017, préc. note 31, § B21.*
90. Sur ces aspects, V. *R. Bismuth, préc. note 9, p. 640.*

Il est vrai que l'expérience montre que des personnes comme les anciens employés d'ambassade qui ne peuvent en général se prévaloir d'une telle renonciation sont dans la situation la plus précaire. Face à l'obstacle de l'immunité d'exécution, ils n'auront pas d'autre choix que de saisir la juridiction administrative afin d'engager la responsabilité sans faute de l'État du fait de la coutume ou des conventions internationales [91]. Il reviendra donc au contribuable français de supporter les conséquences financières de l'invocation avec succès par l'État étranger de son immunité d'exécution.

Les entreprises créancières d'États, bénéficiant ou pas d'ailleurs d'une renonciation à l'immunité d'exécution, pourraient être tentées face aux difficultés d'exécution de revendre à vil prix leur créances à des fonds financiers spécialisés dans le recouvrement des dettes souveraines. Certains précédents récents montrent que ce marché secondaire peut être particulièrement trouble. À titre d'illustration, Vivendi attendait depuis 1997 le règlement d'une créance sur l'Argentine et, compte tenu des difficultés d'exécution, se décidait à céder sa créance au fonds financier Gramercy pour 25 % de sa valeur en étant réglé en obligations argentines, lequel fonds était déjà secrètement en négociation avec l'Argentine à qui il a revendu cette créance pour plus de 60 % de sa valeur [92]. Les obstacles auxquels sont confrontés les créanciers du fait du renforcement des règles relatives à l'immunité d'exécution pourraient donc favoriser le développement d'un marché secondaire des dettes souveraines dominés par des acteurs opaques, susceptible de favoriser des malversations et de faire prévaloir des vieilles et peu louables techniques de recouvrement. Cela serait un effet collatéral bien regrettable d'une loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Mots-Clés : Immunité d'exécution - Loi Sapin 2 - Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens

91. *CE, sect., 14 oct. 2011, n° 329788, Om Hashem Saleh et a. : JurisData n° 2011-021633 ; Lebon, p. 473 ; RFDA 2012, p. 38, note C. Cerda-Guzman.*
92. *I. Couet, Le double jeu de l'Argentine avec les fonds vautours : Les Echos, 28 oct. 2013, p. 28.*