

Doctrines

Le juge belge et l'immunité de juridiction de l'État étranger : à propos de l'approche du droit international coutumier, par F. Dopagne 581

Droits d'enregistrement sur les jugements et arrêts : lorsqu'une condamnation en cache une autre, par G. Rulkin et T. Sion 587

Jurisprudence

■ Immunité des États - Licencement d'un employé d'ambassade - Étendue de l'immunité de juridiction - Convention des Nations unies sur les immunités des États - Fonctions du travailleur dans l'exercice de la puissance publique - Absence du pouvoir de lier l'État accréditant
Cass., 3^e ch., 4 mars 2019, note 595

■ Immunité des États - Acquisition d'immeubles par une mission diplomatique - Responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle - Renonciation à l'immunité de juridiction - Étendue de l'immunité de juridiction - Acte accompli par l'État dans l'exercice de la puissance publique - Contexte de l'acte - Cassation pour violation de la coutume internationale
Cass., 1^{re} ch., 6 décembre 2019, note 596

■ I. Faillite - Curateur - Qualité en laquelle il est assigné - Responsabilité personnelle (non) - II. Droit judiciaire - Défaut de qualité vs. Erreur commise dans la mention de la qualité du défendeur - Irrecevabilité vs. Nullité - III. Faillite - Curateur - Obligation de se renseigner sur les contrats conclus par le failli
Trib. entr. Hainaut, div. Charleroi, 1^{er} avril 2020 596

Chronique

Bibliographie - Coups de règle - Dates retenues.



MANUEL PRATIQUE D'IMPÔT DES SOCIÉTÉS
Laurence Deklerck
Attendue tant par les praticiens de la comptabilité et de la fiscalité que par les juristes, la nouvelle édition du Manuel pratique d'impôt des sociétés est à présent disponible.
> Cahiers de fiscalité pratique
640 p. • 130,00 € • 11^e édition 2020
www.larcier.com
orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
19 septembre 2020 - 139^e année
29 - N° 6825
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Le juge belge et l'immunité de juridiction de l'État étranger : à propos de l'approche du droit international coutumier

Bien connue est la difficulté qu'il peut y avoir, pour le juge interne, à appréhender le droit international coutumier au moment de statuer sur l'immunité de juridiction d'un État étranger. Deux arrêts de la Cour de cassation gagnent à être confrontés sur ce plan. L'un (p. 595), rendu au contentieux du travail, se singularise par la promptitude avec laquelle le juge suprême s'appuie sur la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (adoptée en 2004 mais non entrée en vigueur) afin d'apprécier l'étendue de l'immunité, sans autre mobilisation apparente des critères précédemment dégagés dans sa propre jurisprudence en la matière. L'autre (p. 596), prononcé dans un autre type de litige, confirme tout au contraire cette jurisprudence classique. Il y a pourtant place à cet égard pour une approche unifiée, qui reconnaît au texte de la Convention précitée sa juste place dans l'identification et l'interprétation de la règle coutumière d'immunité.

Appelé à déterminer l'étendue de l'immunité de juridiction d'un État étranger, le juge belge se fonde le plus souvent sur le droit international coutumier. Rares sont en effet les traités applicables en pareille hypothèse, en tout cas les traités multilatéraux¹. La Convention européenne sur l'immunité des États, du 16 mai 1972 (« la Convention de Bâle »)², ne lie la Belgique que vis-à-vis des sept autres États qui y sont parties³. La Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée le 2 décembre 2004 (« la Convention des Nations unies »)⁴, n'est, pour sa part, pas entrée en vigueur à ce jour faute d'un nombre suffisant de ratifications⁵ ; la Belgique, qui l'a signée en 2005, ne l'a pas ratifiée jusqu'à présent⁶. Ces données sont peu susceptibles d'évoluer fondamentalement : la Convention de Bâle ne devrait plus connaître de nouvelles ratifications, tandis que la Convention des Nations unies, à supposer qu'elle entre en vigueur et soit ratifiée par la Belgique, ne trouverait à s'appliquer qu'entre celle-ci et les autres parties⁷ — à savoir un nombre relativement limité d'États, sauf pour la Convention à enregistrer une accélération des adhésions une fois en vigueur.

Dans ce contexte d'assez large pauvreté conventionnelle, où la coutume se taille dès lors la part du lion — et persistera vraisemblablement à le faire dans un avenir prévisible — il n'est pas inintéressant de se pencher brièvement sur l'approche, par le juge belge, de la règle coutumière gouvernant l'immunité de juridiction de l'État étranger. Deux arrêts de la Cour de cassation, que publie cette

(1) Un exemple de traité bilatéral est l'Accord du 27 novembre 1959 entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement belge concernant les sépultures américaines (*R.T.N.U.*, vol. 366, p. 333), en cause récemment dans C.T. Liège, 3^e ch., 14 juin 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 61. Pour une perspective critique sur le sort réservé à l'Accord en question dans cet arrêt, voy. P. D'ARGENT, A. DE VAUCLEROY, F. DOPAGNE et E. LANOTTE, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2012-2017) », *R.B.D.I.*, 2018, p. 232, n° 66.

(2) S.T.E., n° 74, disponible sur <https://rm.coe.int/16800730da>.

(3) Allemagne, Autriche, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suisse.

(4) Annexe à A/RES/59/38, disponible sur <https://undocs.org/fr/a/res/59/38>.

(5) L'article 30, § 1^{er}, de la Convention exige 30 ratifications. On en compte actuellement 22.

(6) Un avant-projet de loi d'assentiment a été transmis à la section de législation du Conseil d'État, laquelle a cependant estimé que la Convention était un traité mixte et devait donc recueillir également l'assentiment des parlements des communautés et régions (avis 61.234/VR du 10 mai 2017).

(7) Sauf si ces autres parties à la Convention des Nations unies sont simultanément parties à la Convention de Bâle, auquel cas ce sera cette dernière qui s'appliquera dans les relations avec la Belgique (article 33 Convention de Bâle, et article 26, Convention des Nations unies). Voy. cependant H. FOX et Ph. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3^e éd., Oxford University Press, 2015, p. 296.

livraison du *J.T.*^{7bis}, incitent d'autant plus à l'exercice qu'ils révèlent sur ce point des « méthodologies » nettement distinctes. L'un, émanant de la troisième chambre, paraît s'écarter de l'approche habituellement suivie par la Haute juridiction afin d'apprécier l'étendue de l'immunité au regard du droit international coutumier. L'autre, prononcé peu après par la première chambre, confirme au contraire cette approche. Les lignes qui suivent esquissent une évaluation de ces conceptions respectives et suggèrent *in fine* une forme de conciliation entre celles-ci.

1 La jurisprudence de 2019 de la Cour de cassation

Le premier des arrêts précités a été rendu par la Cour de cassation le 4 mars 2019 (« l'arrêt *États-Unis* »)⁸. L'affaire concernait le licenciement d'un travailleur au service de l'ambassade des États-Unis, dont on sait qu'il n'avait pas la nationalité américaine⁹ et qu'il avait été initialement recruté comme « supply clerk » (« employé pour le stock ») puis promu à la fonction de « supervisor customs & shipping » (« chef douane et expéditions »). Congédié pour motif grave — entre autres faits, l'établissement et la signature d'une attestation en faisant usage du nom et de la fonction de son supérieur hiérarchique ainsi que du papier à lettre et du sceau de l'ambassade — l'intéressé avait contesté la mesure avec succès, obtenant du juge du travail à la fois le rejet de l'immunité de juridiction invoquée de part adverse et l'octroi d'une indemnité de licenciement sur le fond¹⁰.

La troisième chambre de la Haute juridiction rejette le pourvoi dans lequel les États-Unis avançaient un moyen unique pris de la violation de l'immunité de juridiction. Elle juge en effet l'immunité non applicable. Le prononcé intervient au titre du droit international coutumier, aucun traité en vigueur entre la Belgique et les États-Unis ne gouvernant la question de l'immunité en l'espèce. Il est néanmoins explicitement et fortement influencé par le texte de l'article 11 de la Convention des Nations unies. On l'a dit, celle-ci n'est pas en vigueur et n'a pas à ce jour été ratifiée par la Belgique ; elle n'a par ailleurs été ni ratifiée ni même signée par les États-Unis. Son article 11 porte sur l'immunité de juridiction dans les litiges « se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de [l'État du for] ». Selon l'article 11, § 1^{er}, l'État étranger ne peut invoquer l'immunité dans une telle procédure, à moins que les États concernés n'en conviennent autrement. Aux termes de l'article 11, § 2, « [l]e paragraphe 1 ne s'applique pas » — et l'immunité est donc réputée applicable — dans six situations, la première d'entre elles (article 11, § 2, a) étant celle où « l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique ». Dans l'arrêt *États-Unis*, la Cour de cassation considère qu'aussi bien le paragraphe 1^{er} que le paragraphe 2, a), de l'article 11 reflètent le droit international coutumier¹¹. Approuvant l'analyse des juges d'appel, qui avaient refusé de regarder les fonctions du travailleur licencié comme participant à l'exercice de la puissance publique, elle estime dès lors justifiée leur décision d'écarter l'immunité des États-Unis.

Le second des arrêts précités a été prononcé par la Cour de cassation le 6 décembre 2019 (« l'arrêt *Russie* »)¹². Des énonciations de l'arrêt et des conclusions de l'avocat général de Koster, il ressort que l'affaire concernait l'acquisition projetée, par la Fédération de Russie, d'un ensemble d'immeubles à construire destinés à servir de logement au per-

sonnel de sa mission permanente auprès de l'Union européenne. Une lettre d'intention avait été rédigée dans ce cadre. Une société partie aux négociations avait réclamé à la Russie le paiement d'une somme en se fondant soit sur l'existence d'un accord de cet État ayant pour objet le paiement à la société de ladite somme à titre d'indemnisation en cas de renonciation de la Russie à l'acquisition des immeubles visés dans la lettre d'intention, soit, à défaut de preuve de cet accord, sur l'article 1382 du Code civil, en raison des conditions dans lesquelles les pourparlers entre les parties avaient été rompus. La société avait obtenu, devant la cour d'appel de Bruxelles, le rejet de l'immunité de juridiction de la Russie, au motif que « le critère permettant de distinguer, du point de vue de l'immunité de juridiction, l'acte de souveraineté de l'acte de gestion, n'est pas celui de sa finalité mais celui de sa nature (...) ou de sa forme », et que les actes posés par la mission permanente de la Russie en vue de l'acquisition des immeubles « relèvent de la gestion et ne constituent pas des actes par lesquels s'exerce la souveraineté de la [Russie] ».

Sur pourvoi de la Russie, la première chambre de la Haute juridiction casse l'arrêt attaqué. Sans se prononcer elle-même sur l'applicabilité de l'immunité dans le litige en cause — question qu'il reviendra à la cour d'appel de renvoi de trancher — elle censure le critère utilisé par le juge *a quo* afin d'apprécier l'étendue de l'immunité. Selon la Cour de cassation, en effet, il n'y a pas immunité au regard du droit international coutumier — aucun traité en vigueur entre la Belgique et la Russie ne gouvernait la question de l'immunité en l'espèce¹³ — 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 ; et, à cet égard, « [p]our 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 ». La Cour juge dès lors que l'arrêt querellé, qui a conclu en l'occurrence de des actes de gestion « en se fondant uniquement sur la nature ou la forme de ces actes sans examiner la qualité en laquelle la [Russie] est intervenue compte tenu du contexte dans lequel ces actes ont été accomplis », a violé la règle coutumière internationale prévoyant l'immunité de juridiction des États étrangers.

Plusieurs aspects de ces deux arrêts de cassation relèvent d'un commentaire approfondi de chaque décision. Il en va notamment ainsi, dans l'arrêt *États-Unis*, de l'interprétation particulièrement stricte selon laquelle l'exercice de la puissance publique par le travailleur — qui, selon l'arrêt, est censé valoir à l'État le bénéfice de l'immunité — « exige » que le travailleur puisse « lier » l'État par sa signature, et exclut en outre l'ensemble des « actes purement préparatoires » de l'employé ; et, dans l'arrêt *Russie*, de la dénégation de toute existence d'une règle coutumière « en vertu de laquelle l'État (...) qui conclut au fond avant de se prévaloir de son immunité de juridiction ou qui introduit une demande reconventionnelle, est présumé renoncer à son immunité de juridiction ». Dans les lignes qui suivent, l'on confronte plutôt les deux décisions sur le plan de ce qui aurait sans doute dû leur être commun, à savoir l'approche de la règle coutumière régissant l'immunité de juridiction de l'État étranger. C'est bien sur cette même règle coutumière, en effet, que la Haute juridiction dit s'appuyer dans l'un et l'autre cas au moment de déterminer l'étendue de l'immunité ; au demeurant, les contentieux respectifs présentaient un profil loin d'être totalement dissemblant puisqu'il s'agissait, ici et là, d'un litige concernant une mission diplomatique, et plus précisément une relation contractuelle nouée — ou, s'agissant de l'arrêt *Russie*, dont il était à tout le moins allégué qu'elle avait été nouée¹⁴ — par la mission diplomatique au nom de l'État accréditant¹⁵. La règle coutu-

(7bis) Pp. 595-596.

(8) RG n° S.15.0051.N, *États-Unis d'Amérique c. P.V.N.*

(9) L'on ignore en revanche s'il avait la nationalité belge ou sa résidence permanente en Belgique, et s'il relevait donc de ce qu'il est convenu d'appeler le « personnel local » de la mission.

(10) C.T. Bruxelles, 3^e ch., 27 juin 2014, RG n° 2012/AB/1095, inédit. Cet arrêt reconnaît toutefois l'immunité de juridiction « absolue » de l'État défendeur en ce qui concerne spécifiquement la demande d'imposition d'une astreinte en cas de non-délivrance des documents sociaux ; référence est faite sur ce point à

l'article 24 de la Convention des Nations unies.

(11) L'arrêt ne saurait être lu comme se prononçant sur le caractère coutumier ou non des lettres b) à f) de l'article 11, § 2, en tant que tels. Il précise en revanche explicitement que le droit coutumier reconnaît bel et bien des critères de l'immunité autres que l'engagement en vue de l'accomplissement de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique (« une série de critères parmi lesquels »). En tout état de cause, vu qu'il admet que certaines procédures en matière de contrats de travail appellent l'immunité selon le

droit coutumier, l'arrêt censure la jurisprudence ancienne selon laquelle le droit coutumier écarterait l'immunité dans tout litige portant sur un contrat de travail (voy. C.T. Bruxelles, 4^e ch., 22 septembre 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 104, jugeant que reflète la coutume internationale l'article 5, § 1^{er}, de la Convention de Bâle [prévoyant la non-invocabilité de l'immunité en matière de contrats de travail], et non son article 5, § 2 [réservant trois situations où l'immunité est applicable en pareille matière]).

(12) RG n° C.18.0282.F, *Fédération de Russie c. G.F.*

(13) La Russie a signé la Convention

des Nations unies en 2006 et, à l'instar de la Belgique, ne l'a pas ratifiée à ce jour. Elle n'est par ailleurs pas partie à la Convention de Bâle.

(14) La société invoquait en effet en ordre principal un « accord » de la Russie de lui payer une certaine somme ; à titre subsidiaire, elle se fondait sur l'article 1382 du Code civil.

(15) L'État accréditant est partie au contrat et défendeur à l'instance compte tenu de l'absence de personnalité juridique distincte de la mission elle-même (voy. par exemple C.T. Bruxelles, 24 novembre 2010, RG n° 2009/AB/52232, inédit, et, généralement, J. SALMON, *Manuel de*



mière d'immunité se révèle pourtant appréhendée par le juge suprême de manière tout à fait différente selon l'arrêt (la chambre) en cause.

2 L'approche « classique » de la règle coutumière d'immunité, applicable à tout contentieux

Depuis plus d'un siècle, la jurisprudence belge délimite l'immunité coutumière de juridiction de l'État étranger au moyen de la distinction entre actes de souveraineté (*jure imperii*) et actes de gestion (*jure gestionis*) : la Cour de cassation de Belgique est, du reste, traditionnellement présentée comme ayant fait œuvre pionnière sur le plan de la formulation d'une règle coutumière internationale d'immunité restreinte, en jugeant dès 1903 que l'immunité était effectivement limitée aux actes de souveraineté¹⁶. Depuis, le critère spécifique appelé à déterminer ce qui a été accompli *jure imperii* et ce qui l'a été *jure gestionis* a fait l'objet d'interprétations diverses, centrées tantôt sur la finalité de l'acte en cause, tantôt sur sa forme, étant entendu qu'entre les manifestations les plus radicales de l'une et l'autre de ces approches, le juge belge a régulièrement tenté de réaliser un compromis entre celles-ci, fût-ce au prix de nuances ou de combinaisons qui pourraient paraître étroitement liées aux circonstances de l'espèce¹⁷. L'étendue de l'immunité persiste donc aujourd'hui à être entourée d'une part d'incertitude. La Cour de cassation semble toutefois s'en accommoder. Dans un arrêt de principe du 23 octobre 2015, rendu par la première chambre dans l'affaire dite *Fortis*, elle a en effet jugé que « [p]our 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 »¹⁸. Le paramètre du « contexte » avancé dans cet attendu impose au juge de prendre en considération les circonstances entourant l'acte concerné, afin de révéler la nature profonde de ce dernier et la qualité en laquelle l'État étranger est intervenu. Si elle fait la part belle à l'appréciation du juge, une telle approche « contextuelle » paraît en tout cas, comme nous l'écrivions au sujet de l'arrêt d'appel prononcé dans cette même affaire *Fortis*, en phase avec la réalité judiciaire, faite inévitablement d'un ensemble de circonstances entourant l'acte à raison duquel l'immunité est invoquée, circonstances qui peuvent s'avérer indissociables de cet acte spécifique et que le juge intégrera dès lors naturellement dans l'examen de celui-ci¹⁹.

L'on aurait sans doute pu s'attendre à ce que la « méthodologie » précitée soit, au moins dans ses grandes lignes, appliquée dans l'arrêt *États-Unis* : en d'autres termes, à ce que la Cour de cassation, d'une part, situe son raisonnement sur l'applicabilité de l'immunité dans le cadre de la *summa divisio* — éprouvée — entre actes de souveraineté et actes de gestion, et, d'autre part, tranche en l'occurrence entre l'une et l'autre catégories à la lumière, ultimement, du contexte de l'acte en cause — critère que la première chambre avait pris soin de dégager moins de quatre ans auparavant dans l'arrêt *Fortis*. Certes, dans le cadre de ce dernier arrêt, l'État étranger concerné — les Pays-Bas — était, comme la Belgique, partie à la Convention de Bâle. La Cour ne s'est pas pour autant prononcée à cette occasion au titre de la seule Convention de Bâle. La Belgique avait fait, en effet, la déclaration visée à l'article 24, § 1^{er}, de la Convention de Bâle, entraînant que, « [n]onobstant les dispositions de l'article 15 », et « en dehors des cas relevant des articles 1 à 13 », ses tribunaux « pourront connaître de procédures engagées contre un autre État contractant dans la mesure où ils peuvent en connaître contre des États qui ne sont pas parties à la présente Convention », étant entendu que « [c]ette déclaration ne

porte pas atteinte à l'immunité de juridiction dont jouissent les États étrangers pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperii*) ». Via la déclaration belge, la Cour de cassation était donc amenée à déterminer si les Pays-Bas auraient bénéficié de l'immunité devant les tribunaux belges à défaut d'être un État partie à la Convention de Bâle, c'est-à-dire, concrètement, au regard du droit international coutumier. C'est précisément à ce titre qu'intervient l'attendu précité de l'arrêt *Fortis* : comme l'a confirmé le commentateur de l'arrêt²⁰, c'est bien l'étendue de l'immunité en vertu du droit international coutumier qu'y définit la Cour de cassation, le droit international coutumier étant en l'occurrence rendu applicable par l'effet de l'article 24, § 1^{er}, de la Convention de Bâle. Partant, l'approche retenue dans l'arrêt *Fortis*, et en particulier le critère du contexte de l'acte, ont vocation à s'appliquer à toute prétention à l'immunité de juridiction qu'un État étranger fonderait sur le droit international coutumier devant le juge belge, que cet État soit ou non partie à la Convention de Bâle. L'arrêt *Russie* le confirme désormais de manière on ne peut plus limpide : alors même que la Convention de Bâle — non ratifiée par la Russie — était hors de cause, et que le litige était du reste d'une nature sensiblement différente de celle de l'affaire *Fortis*, la Cour de cassation, après avoir reproduit à peu près littéralement l'attendu de principe formulé dans l'arrêt *Fortis*²¹, y censure ouvertement le juge du fond ayant négligé d'examiner « la qualité en laquelle la [Russie] est intervenue compte tenu du contexte dans lequel [l]es actes ont été accomplis », à savoir des éléments de l'approche prescrite dès l'arrêt *Fortis*.

Il n'y avait donc pas *a priori* de raisons de ne point mobiliser l'enseignement de la jurisprudence *Fortis* s'agissant de l'immunité invoquée dans l'affaire *États-Unis* ; portant, comme dans cette dernière affaire, sur un litige de type (principalement) contractuel lié à l'activité d'une mission diplomatique, l'arrêt *Russie* tend au demeurant à le confirmer *a posteriori*. Rien ne porte à croire que les litiges en matière de contrats de travail obéiraient, en droit international coutumier, à un régime qui dispenserait le juge (belge) de déterminer, dans chaque cas d'espèce, si l'acte spécifique en cause — dans l'affaire *États-Unis*, un licenciement — a été accompli par l'État *jure imperii* ou *jure gestionis*. Il n'y a, selon nous, place ici pour aucune originalité dans le traitement de la question immunitaire : il reste en effet à démontrer que celle-ci devrait dans ce domaine être approchée autrement que selon les principes dégagés par la Cour de cassation dans son arrêt fondateur de 1903, prolongés dans son arrêt *Fortis* et confirmés dans son arrêt *Russie*. Évoquer, comme le fait l'arrêt *États-Unis*, une « exception » particulière à l'immunité de juridiction en matière de contrats de travail, dont l'appréciation de la portée pourrait s'opérer indépendamment du recours à la *summa divisio* entre actes de souveraineté et actes de gestion²², c'est déjà adopter la structure du régime d'immunité propre à la Convention des Nations unies, dont l'approche consiste en effet à définir les catégories particulières de litiges dans lesquelles le principe de l'immunité est écarté (voy. articles 5 et 11, § 1^{er}, de la Convention).

À cet égard, il est intéressant de relever que, dans l'arrêt *Fortis* puis dans l'arrêt *Russie*, la Cour de cassation s'est gardée, au moment de définir l'étendue de la règle d'immunité selon la coutume internationale, de se référer à l'article 10 de la Convention des Nations unies, prévoyant — selon une configuration très similaire en soi à celle de l'article 11 — la non-invocabilité de l'immunité en cas de « procédure découlant d'une « transaction commerciale » effectuée par l'État défendeur avec « une personne physique ou morale étrangère » (article 10, § 1^{er}), et le rétablissement de l'immunité dans deux situations particulières (article 10, § 2). Ce qui contraste de manière saisissante avec la place de choix réservée à la « logique » et à la lettre de l'article 11 de la Convention dans l'arrêt *États-Unis* (voy. *infra*). Compte tenu des faits en cause dans les affaires *Fortis* et *Russie*, pourtant, il n'aurait pas été dénué de sens de se référer aux conditions de l'article 10, § 1^{er}, et le cas échéant à celles de l'article 10, § 2²³ —

droit diplomatique, Bruylant-Delta, 1994, pp. 172-173).

(16) Cass., 11 juin 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 294.

(17) Voy. généralement J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, pp. 737-738.

(18) RG n° C.14.0322.F, R.C.J.B., 2018, p. 5, note P. D'ARGENT.

(19) F. DOPAGNE, « L'immunité de juridiction de l'État étranger et de sa question centrale intervenant dans le

cadre d'une crise bancaire », note sous Bruxelles, 9^e ch., 17 janvier 2013, D.A.O.R., 2014, p. 124.

(20) P. D'ARGENT, « L'immunité de juridiction des États étrangers : une question de contexte », note sous Cass., 23 octobre 2015, R.C.J.B., 2018, pp. 22-23.

(21) La filiation avec l'arrêt *Fortis* est explicite dans les conclusions de l'avocat général de Koster (p. 4).

(22) Lorsque l'arrêt *Russie* évoque

une « exception », c'est pour sa part dans la définition même de la *summa divisio* entre actes de souveraineté et actes de gestion (la règle coutumière d'immunité « 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 »). Il y a là, à vrai dire, une limite plus qu'une exception : l'exception, à proprement parler, vise la si-

tuation où l'immunité serait inapplicable alors même que l'acte a été accompli *jure imperii*, par exemple en vertu de ce qu'il est convenu d'appeler l'« exception territoriale » (voy. à cet égard C.J., *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, 3 février 2012, C.J. Recueil 2012, p. 127, § 64).

(23) Dans l'un et l'autre cas, l'on aurait pu légitimement se demander, en particulier, s'il y avait eu « transaction

dans le cadre, bien sûr, de l'identification et de l'application du droit international coutumier. Le silence de ces deux arrêts sur la Convention des Nations unies ne s'explique donc pas, selon toute vraisemblance, par le fait qu'aucune disposition de celle-ci n'aurait été, manifestement, pertinente *ratione materiae* aux fins du litige, par opposition à l'article 11 dans l'affaire *États-Unis* : pertinent, l'article 10 l'était potentiellement, dans l'affaire *Fortis* comme dans l'affaire *Russie*²⁴. Ce silence s'explique-t-il plutôt par le fait que, par opposition à l'article 11 dans l'affaire *États-Unis*, qui avait été invoqué dans la décision entreprise devant la Cour de cassation²⁵, l'article 10 n'aurait pas quant à lui été visé par le juge *a quo*²⁶ ? C'est sans doute attribuer, au raisonnement du juge du fond, trop d'influence sur le processus — autonome — d'identification de la règle coutumière internationale par le juge de cassation. Que la Cour ne mentionne même pas l'article 10 signifie-t-il alors qu'elle refuse d'y voir l'expression de règles coutumières ? Ce n'est pas établi. Le fait est néanmoins que la première chambre, dans les arrêts *Fortis* et *Russie*, approche la règle coutumière d'immunité d'une façon ostensiblement déconnectée de la Convention.

À vrai dire, une approche fondée en dernière analyse sur le contexte, comme celle défendue dans l'arrêt *Fortis* et confirmée depuis dans l'arrêt *Russie*, se serait avérée d'autant plus pertinente dans l'affaire *États-Unis* que, lorsqu'est en cause le contentieux du travail des missions diplomatiques, un pan non négligeable de la pratique étatique contemporaine (lois et jurisprudences nationales en matière d'immunités des États étrangers) s'appuie effectivement sur le contexte de l'acte litigieux — à savoir l'emploi dans le cadre spécifique d'une mission diplomatique — afin de décider de l'applicabilité de l'immunité de l'État accréditant²⁷. Cette dernière méthode a peut-être ses limites, la Cour européenne des droits de l'homme paraissant en tout cas considérer que l'État du for ne saurait, sans porter atteinte de manière disproportionnée au droit d'accès au juge que le particulier puise dans l'article 6 CED.H., reconnaître l'immunité à l'État étranger au seul motif de l'occupation du travailleur au service d'une mission diplomatique, sans motivation supplémentaire²⁸. Cela n'empêche toutefois pas en soi, et l'on y reviendra plus loin, que le critère du contexte puisse être ici mis en œuvre, d'une façon sans doute quelque peu plus fine, et qu'il puisse remplir, au contentieux du travail des missions diplomatiques également, le rôle que lui réserve l'arrêt *Fortis* et dont l'applicabilité plus générale est désormais confirmée par l'arrêt *Russie*, à savoir concourir au dévoilement de la nature profonde de l'acte en cause et de la qualité en laquelle l'État étranger est intervenu.

3 Au contentieux du travail, une approche de la règle coutumière d'immunité exclusivement fondée sur la Convention

C'est une tout autre image qui ressort de l'arrêt *États-Unis*. Celui-ci, tout en prenant soin d'indiquer d'emblée qu'il se situe sur le terrain du droit

international coutumier, est manifestement influencé au plus haut point par les dispositions de la Convention des Nations unies, les termes de l'article 11, § 1^{er}, et de l'article 11, § 2, a), étant littéralement reproduits aux fins mêmes de l'énoncé de la règle coutumière ; les mots « dans l'exercice de la puissance publique », qualifiant les fonctions particulières dont l'employé peut être appelé à s'acquitter, sont, du reste, placés entre guillemets²⁹, ce qui témoigne de l'emprunt à un texte conventionnel en lieu et place d'une formulation de la règle coutumière qui appartiendrait en propre au juge. La Convention a-t-elle représenté la seule source d'inspiration de la Cour au moment d'identifier le droit international coutumier sur lequel celle-ci fondera sa décision ? C'est en tout cas ce que la rédaction de l'arrêt laisse entendre, aucun autre élément de la pratique étatique n'étant évoqué sur ce plan. Compte tenu de l'empressement avec lequel l'arrêt cherche le soutien du texte de la Convention en tant que reflet de la règle coutumière énoncée, et de la faveur pour la Convention que trahit sa mise en avant à l'exclusion de tout autre élément qui aurait pu effectivement rendre compte de la dite règle coutumière, il ne subsiste, nous semble-t-il, guère de doute quant au fait que la Convention a constitué à tout le moins un puissant déterminant dans l'identification du droit applicable ; à un point tel qu'une lecture superficielle de l'arrêt pourrait faire croire que c'est en fait le prescrit de la Convention qui est appliqué.

La distinction entre actes de souveraineté et actes de gestion de l'État étranger est, en tout cas, absente du prononcé³⁰. L'on dira sans doute qu'elle peut être reconstruite *a posteriori*, l'acte en cause étant, dans cette optique, forcément de gestion puisque l'immunité a été *in fine* rejetée. Outre qu'il y aurait là une singulière inversion de perspective, il faut toutefois bien voir que ce n'est pas la Cour de cassation elle-même qui cherche à opérer une telle « réconciliation » entre l'approche « classique » du droit international coutumier de l'immunité de juridiction des États étrangers et le « système » de la Convention : la Cour, tout au contraire, met exclusivement ses pas dans ceux de la Convention, et, adoptant ouvertement son approche — à savoir, on l'a dit, un principe d'immunité assorti d'exceptions particulières (voy. articles 5, 10 et s., de la Convention) — se limite à énoncer une règle coutumière propre aux différends en matière de contrats de travail avec une personne physique, selon laquelle l'État employeur « ne peut invoquer » l'immunité sauf dans certaines circonstances. Ce qui, d'évidence, n'est pas la même chose que de faire application des *limites* de l'immunité de juridiction en vérifiant si l'acte en cause se situe dans le domaine — restreint aux actes *jure imperii* — couvert par celle-ci³¹.

À cet égard, l'arrêt *États-Unis* paraît bien apporter une consécration à la tendance constatée, depuis quelques temps déjà, dans la jurisprudence des juges du fond statuant au contentieux du travail des missions diplomatiques (et, plus largement, au contentieux du travail des États étrangers)³² : l'identification du régime coutumier d'immunité est largement centré sur la Convention, qui se trouve d'emblée mobilisée à cette fin, et dont la simple existence et le libellé se voient pratiquement accorder une foi décisive sur ce plan. L'évolution n'est assurément pas limitée aux cours et tribunaux belges³³. Que la Cour de cassation la valide sans apparemment guère de difficulté n'interpelle pas moins,

commerciale » au sens de l'article 2, § 1^{er}, c) (et partant de l'article 10, § 1^{er}) de la Convention (dans l'affaire *Russie*, s'agissant de l'« accord » d'indemnisation allégué). Et, au moins dans l'affaire *Fortis*, l'on aurait pu légitimement se demander, en particulier, s'il n'y avait pas eu « transaction commerciale entre États » au sens de l'article 10, § 2, a), de la Convention.

(24) À noter que, dans l'arrêt *Russie*, la Cour ne fait pas plus allusion aux articles 8 et 9 de la Convention au moment de statuer — au regard du droit coutumier — sur l'argument de la renonciation à l'immunité, alors que ces dispositions contiennent une réglementation en la matière. Comp. la référence (prudente) à l'article 8, § 4, de la Convention dans les conclusions de l'avocat général de Koster (p. 4).

(25) C.T. Bruxelles, 3^e ch., 27 juin 2014, RG n° 2012/AB/1095, inédit.

(26) Ce qui est le cas de l'arrêt d'ap-

pel dans l'affaire *Fortis*, muet sur l'article 10 (Bruxelles, 9^e ch., 17 janvier 2013, D.A.O.R., 2014, p. 113). L'on ignore s'il en va de même de l'arrêt d'appel dans l'affaire *Russie* ; les énonciations qu'en rapporte en tout cas la Cour de cassation et l'avocat général de Koster ne contiennent pas de référence à l'article 10.

(27) Voy. les références fournies notamment par U. KÖHLER, « L'immunité des États à l'égard des contrats de travail », in Conseil de l'Europe, G. HAFNER, M. KOHEN et S. BREAU (dir.), *La pratique des États concernant les immunités des États*, Brill-Nijhoff, 2006, pp. 80-84, ainsi que par J. FOAKES et R. O'KEEFE, « Article 11 », in R. O'KEEFE et C. J. TAMS (éd.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary*, Oxford University Press, 2013, pp. 187-188.

(28) C.E.D.H., 8 novembre 2016,

Naku c. Lituanie, n° 26126/07, § 95.

(29) Point 2 de l'arrêt.

(30) Une référence (incidente) à la notion d'« *acta iure imperii* » est certes opérée mais, non sans confusion, elle paraît en réalité viser uniquement les fonctions particulières dont l'employé peut être appelé à s'acquitter dans l'exercice de la puissance publique — au sens de l'article 11, § 2, a), de la Convention — non l'acte de souveraineté de l'État que constitue l'emploi du travailleur lorsque — selon l'article 11, § 2, a), de la Convention — celui-ci a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique.

(31) Sur la différence entre la *summa divisio* actes de souveraineté/actes de gestion et la configuration principe/exceptions, voy. A. ORAKHELASHVILI, « Jurisdictional Immunity of States and General International Law - Explaining the *Jus Gestionis* v. *Jus Imperii* Divide », in T. RUYTS, N. ANGELET et

L. FERRO (éd.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 108-109.

(32) Voy. entre autres C.T. Liège, 3^e ch., 14 juin 2017, J.T.T., 2018, p. 61 ; C.T. Bruxelles, 4^e ch., 7 octobre 2015, J.T.T., 2016, p. 135 ; C.T. Bruxelles, 4^e ch., 18 février 2014, J.T.T., 2014, p. 434 ; C.T. Bruxelles, 2^e ch., 3 mai 2012, J.T.T., 2012, p. 343 (litige collectif du travail).

(33) Voy. ainsi la jurisprudence italienne recensée dans P. ROSSI, « Controversie di lavoro e immunità degli Stati esteri : tra codificazione e sviluppo del diritto consuetudinario », *Riv. dir. int.*, 2019, p. 35, notes 122 et 124. À noter toutefois que cette jurisprudence est postérieure à l'adhésion de l'Italie à la Convention des Nations unies en 2013.



tant il y a là un changement de paradigme par rapport à l'approche privilégiée dans sa jurisprudence antérieure, y compris l'arrêt *Fortis*, et confirmée depuis dans l'arrêt *Russie*.

L'attrait du juge interne pour la Convention s'explique assez naturellement par la commodité qu'il y a, d'évidence, pour ce juge, à pouvoir relier son raisonnement à un texte écrit, loin des affres de la mise au jour de règles coutumières dont les éléments constitutifs — pratique générale et *opinio juris* des États³⁴ — pourront bien souvent lui paraître fuyants ou à tout le moins d'un usage malaisé. De ce point de vue, l'on comprendra sans doute qu'il soit tentant d'anticiper en quelque sorte l'entrée en vigueur de la Convention et de lui reconnaître une place de choix dans le traitement de la question immunitaire. La question est alors toutefois de savoir ce qui explique que, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, un tel recours à la Convention soit (à ce jour ?) limité au contentieux du travail, et cela alors même que la Convention n'était pas dépourvue de dispositions potentiellement pertinentes pour les besoins des affaires *Fortis* et *Russie* — dans lesquelles la Cour l'a ignorée (voy. *supra*).

Un autre facteur, plus profond, semble en tout état de cause être à l'œuvre, lié à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Celle-ci, en effet, dans le cadre de son examen de la compatibilité de l'immunité de juridiction de l'État avec le droit d'accès au juge dont jouissent les particuliers (article 6 de la Convention EDH), s'assure que l'immunité reflète des « règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États »³⁵, à savoir le droit international coutumier en la matière³⁶. À cette fin, la Cour européenne n'hésite pas à prendre appui, de manière exclusive, sur les dispositions de la Convention des Nations unies, et en particulier son article 11 : la Cour européenne répute celui-ci applicable à l'État du for (défendeur devant elle) au titre du droit international coutumier, même si cet État n'a pas ratifié la Convention (et même si l'État étranger dont l'immunité était en cause devant le juge du for ne l'a d'ailleurs pas ratifiée non plus), dès lors que l'État du for « ne s'y est pas non plus opposé »³⁷. Dans cette lignée, et c'est ici le point crucial, la Cour de Strasbourg sanctionne ouvertement, sur le terrain de l'article 6 de la Convention EDH, le juge national qui, dans son appréciation de l'étendue de l'immunité, aurait manqué de « pr[en]dre en considération » « les dispositions de l'article 11 de la Convention », et qui aurait ainsi reconnu l'immunité « nonobstant les dispositions applicables du droit international »³⁸. Le juge de Strasbourg impose donc sa méthodologie au juge national : sous peine de violer l'article 6 de la Convention EDH, ce dernier paraît se voir, pratiquement, contraint de faire application — fût-ce au visa formellement du droit international coutumier — des « dispositions de l'article 11 de la Convention », alors même que celle-ci n'est pas en vigueur, que l'État dont il est l'organe ne l'a pas ratifiée et que l'État étranger invoquant l'immunité n'y est pas plus partie. Force est de constater que c'est très exactement ce que la Cour de cassation a fait dans l'arrêt *États-Unis* — sans référence expresse à la jurisprudence strasbourgeoise précitée mais peut-on réellement croire que cette dernière ait été ignorée par la Haute juridiction ? De nouveau, l'on peut néanmoins se demander alors pourquoi la Cour de cassation ne s'estime apparemment pas (à ce jour ?) tenue d'adopter une approche

identique dans les contentieux autres que celui du travail : il existe en effet, dans d'autres domaines, une « pression » à peu près comparable de la part de la Cour européenne, poussant le juge national à se référer à aussi aux dispositions de la Convention des Nations unies³⁹, y compris l'article 10⁴⁰ — ignoré par la Cour de cassation dans les affaires *Fortis* et *Russie* (voy. *supra*).

La prégnance du « modèle » strasbourgeois dans le contentieux du travail met d'autant plus mal à l'aise que l'on peut être pour le moins hésitant face à la précipitation avec laquelle la Cour européenne conclut à la nature coutumière de « l'article 11 » de la Convention. Des appréciations sévères ont à cet égard été émises en doctrine⁴¹. Elles touchent principalement à l'absence à peu près totale, dans les décisions de la Cour européenne, de référence à la pratique effective et à l'*opinio juris* des États, essentielles pourtant à la formation de toute règle coutumière ; le problème est d'autant plus aigu que, s'agissant des litiges en matière de contrats de travail, et notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la nature des fonctions du travailleur, la pratique existante se caractérise par une grande diversité et une approche souvent casuistique⁴², la jurisprudence des tribunaux nationaux révélant même fréquemment des appréciations contradictoires dans des situations factuelles pourtant identiques (par exemple, le licenciement d'un membre du personnel d'une mission diplomatique chargé d'une fonction donnée⁴³). La critique de la doctrine a par ailleurs porté, ici encore à bon droit, sur l'ambiguïté considérable qu'il y a à s'appuyer, comme le fait la Cour de Strasbourg, sur le projet d'article 11 élaboré par la Commission du droit international, en semblant prendre pour acquis que ce dernier et l'article 11 de la Convention sont en quelque sorte interchangeables⁴⁴ alors qu'il est patent que le projet d'article 11 n'a, précisément, pas été repris comme tel à l'article 11 de la Convention⁴⁵. En outre, force est de constater que des contradictions internes traversent dans ce domaine la jurisprudence strasbourgeoise. Ainsi, la Cour européenne s'était montrée, dans son premier arrêt relatif au contentieux du travail des missions diplomatiques, nettement plus nuancée quant à l'état possible du droit international coutumier : évoquant « une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité des États dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi », elle ajoutait toutefois aussitôt que, « lorsqu'une procédure concerne un emploi dans une mission ou une ambassade étrangère, la pratique internationale se partage sur la question de savoir si l'immunité de l'État continue de s'appliquer et, dans l'affirmative, si elle vaut pour les différends relatifs aux contrats de l'ensemble du personnel ou seulement à ceux des membres de la mission qui occupent des postes élevés »⁴⁶. Un constat circonstancié qui, sans explication, ne se retrouvera que sous une forme tronquée dans la décision suivante de la Cour européenne en la matière⁴⁷, puis passera proprement aux oubliettes dans sa jurisprudence ultérieure, comme si l'adoption entre-temps de la Convention des Nations unies — pourtant suivie d'un processus de ratification à ce jour laborieux — avait eu pour effet, à elle seule, d'oblitérer les divisions de la pratique étatique relevées par la Cour européenne. L'incohérence interne de la jurisprudence strasbourgeoise ressort encore de la lecture d'un récent arrêt dans lequel il est estimé « qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir ce point »⁴⁸, notam-

(34) Voy. généralement J. VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 321-334.

(35) Voy. notamment C.E.D.H., 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, § 56.

(36) Voy. notamment C.E.D.H., 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, n° 15869/02, § 67.

(37) Voy. notamment C.E.D.H., 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, n° 34869/05, § 54. Cette dernière condition n'est même pas visée dans C.E.D.H., *Guadagnino c. Italie et France*, précité, § 70 (concernant l'École française de Rome et non une mission diplomatique).

(38) C.E.D.H., 25 octobre 2016, *Radunovic et autres c. Monténégro*, n° 45197/13, §§ 80-81 ; *Sabeh El Leil c. France*, précité, §§ 66-67.

(39) Voy. ainsi, s'agissant de l'article 22, § 1^{er}, c), i), et § 2, de la Convention, C.E.D.H., 17 juillet 2002, *Wallishauser c. Autriche*, n° 56/04, §§ 68-72.

(40) Voy. C.E.D.H., 14 mars 2013, *Oleynikov c. Russie*, n° 36703/04, §§ 66, 68, 71-72 (la Russie est, comme la Belgique, simple signataire de la Convention).

(41) Voy., parmi d'autres, R. PAVONI, « The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity : Does the End Justify the Means ? », in A. VAN AAKEN et I. MOTOC (éd.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 271 et s. ; A. SANGER, « The State Immunity Act and the Right of Access to a Court », *Cambr. L. Journ.*, 2014, p. 2 ; D. J. BEDERMAN, « *Sabeh El Leil v. France* », *A.J.I.L.*, 2012, p. 130 ; P. ROSSI, *op. cit.*, pp. 16-20. Voy. également les conclusions du 24 mai 2012 de l'avocat général P. Mengozzi dans l'affaire C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire*, point 26.

(42) Voy. notamment H. FOX, « Employment Contracts as an Exception to State Immunity : Is All Public Service Immune ? », *B.Y.I.L.*, 1995, p. 98 ; X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 194-196 ; P. WEBB, « The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes : The New Human Rights Dilemma ? », *E.J.I.L.*, 2016, p. 750.

(43) Voy. ainsi, concernant le licenciement d'un chauffeur, les décisions contradictoires suivantes : reconnaissance de l'immunité dans Cour suprême de Norvège, 3 avril 2004, *ILDC 23 (NO 2004)*, et Cour suprême d'Irlande, 12 mars 1992, *Irish Rep.*, 1992, vol. 2, p. 484 ; rejet de l'immunité dans Tribunal fédéral suisse, 16 novembre 1994, *ATF*, 120, II, 400, et Tribunal suprême espagnol, 10 février 1986, *Aranzadi*, 1986, n° 727.

(44) Voy. notamment C.E.D.H., *Cudak c. Lituanie*, précité, §§ 66-67 et 69.

(45) Voy. J. FOAKES et R. O'KEEFE, *op. cit.*, pp. 190 et 199.

(46) C.E.D.H., 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97, § 37. L'arrêt poursuivait : « L'on ne peut assurément pas dire que le Royaume-Uni soit seul à prétendre que l'immunité s'applique aux actions intentées par les agents des missions diplomatiques ou que, en accordant cette immunité, le Royaume-Uni s'écarte de normes internationales actuellement admises ». L'affaire concernait, certes, le recrutement et non le licenciement d'un employé d'ambassade, mais cette considération est abordée « [p]ar ailleurs » dans un paragraphe distinct de l'arrêt (*ibidem*, § 38).

(47) C.E.D.H., *Cudak c. Lituanie*, précité, § 63.

(48) Le point en question était la di-



ment relativement à la nature de [l'article 11, § 2, e), de la Convention] en tant que règle de droit international coutumier⁴⁹, la Cour européenne semblant ainsi oublier qu'elle n'avait pas hésité précédemment à affirmer la valeur coutumière de « l'article 11 » dans son ensemble. Ces diverses critiques ne peuvent être ici développées plus avant. Il suffit de noter que, enjoint par le juge de Strasbourg d'épouser son approche, le juge national qui — comme la Cour de cassation dans l'arrêt *États-Unis* — s'engage effectivement sur cette voie se retrouve, par ricochet, forcément exposé aux critiques qui ont pu être adressées à la Cour européenne. Sauf pour le juge national à introduire davantage de nuance dans son approche de la règle coutumière d'immunité.

4 Concilier les approches de la règle coutumière d'immunité

Il nous semble en effet possible de faire droit à l'exigence de « pris[er] en considération » des dispositions de la Convention des Nations unies, que la Cour européenne fait découler de l'article 6 de la Convention EDH, sans pour autant verser dans la reconnaissance, à ces dispositions, d'un poids exorbitant analogue à celui qu'accorde manifestement l'arrêt *États-Unis* au texte de l'article 11 de la Convention. Il s'agit, pour le juge (du fond ou de cassation), de faire remplir à la Convention une fonction plus modeste, dans le cadre de l'appréciation de ce qui, au regard du droit international coutumier, a été accompli *jure imperii* ou *jure gestionis* en tenant compte du contexte de l'acte en cause. Et cela au contentieux du travail autant que dans les autres types de litige.

Après tout, la Cour internationale de Justice elle-même, au moment de déterminer, dans l'importante affaire *Allemagne c. Italie*, les règles coutumières internationales régissant les immunités de l'État, analyse certes les dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies (qui, dans cette affaire, n'avait pas été ratifiée par les États concernés), mais cette analyse s'intègre dans un examen nettement plus large de la pratique et de l'*opinio juris* des États, examen qui inclut de nombreux renvois aux législations nationales, aux décisions des tribunaux internes, aux prises de position des États, etc.⁵⁰ : la Convention est, en d'autres termes, prise en compte en tant qu'élément parmi d'autres, dont il échet de s'assurer de la concordance avec la pratique existant par ailleurs. Ce même rôle, nettement plus raisonnable s'agissant d'un instrument qui à ce jour demeure, fondamentalement, non applicable en tant que tel à défaut d'être en vigueur⁵¹, peut parfaitement être attribué à la Convention par le juge interne lorsque celui-ci est à son tour appelé à identifier les contours de la règle coutumière d'immunité : se forgeant sa propre idée de la pratique et de l'*opinio juris*, le juge interne prendra à cette occasion le libellé de la Convention en considération, et sous-pèsera la valeur qu'il y a lieu de lui accorder à la lumière des autres éléments pertinents, quitte à ce que ce libellé soit « disqualifié » s'il appert qu'il s'écarte de la pratique dominante.

Au demeurant, s'il n'est pas contestable — conformément à une jurisprudence établie⁵² — qu'une règle énoncée dans un traité, même non en vigueur, « peut refléter » une règle de droit international coutumier, soit que la règle conventionnelle a « codifié » une règle coutumière existante à la date de conclusion du Traité, soit qu'elle a « abouti à la

crystallisation » d'une règle coutumière « qui avait commencé à émerger avant la conclusion du Traité », soit encore qu'elle a « servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle » coutumière, encore faut-il qu'il soit dûment « établi » que l'on se situe dans l'un de ces trois cas de figure⁵³, ce qui signifie clairement « qu'il ne suffit pas d'examiner le texte d'un traité pour déterminer si une règle conventionnelle reflète une règle du droit international coutumier » : « dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (avec l'acceptation comme étant le droit) »⁵⁴. Il est vrai 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 majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière »⁵⁵. Quelles que soient les hésitations que l'on peut avoir face à une telle posture, celle-ci n'implique pas, en tout état de cause, que, s'agissant de l'identification et de l'interprétation des règles coutumières gouvernant l'immunité de juridiction des États étrangers, la Convention des Nations unies soit mise sur un piédestal comme le fait l'arrêt *États-Unis*.

En tout état de cause, il convient d'appréhender chaque disposition de la Convention de manière individuelle, toutes n'entretenant pas le même rapport avec le droit international coutumier. Dans le cas spécifique de l'article 11, au vu de l'absence particulière d'homogénéité de la pratique internationale comme souligné plus haut, une prudence toute spéciale s'indique, et ses dispositions devraient donc d'autant moins être prises pour argent comptant en termes de droit international coutumier. Le juge belge devrait plutôt s'y reporter, en quelque sorte, à titre d'appoint, dans une forme d'ultime vérification des conclusions dégagées par ailleurs quant à l'applicabilité de l'immunité⁵⁶. L'exercice a, quoi qu'il en soit, vocation, nous semble-t-il, à prendre place — en tout cas aussi longtemps que la Convention n'est pas applicable en tant que telle au litige porté devant le juge — dans le cadre d'une appréciation plus globale du contexte de l'acte en cause, destinée à éclairer — conformément à la direction imprimée dans l'arrêt *Fortis* et réitérée dans l'arrêt *Russie* — la nature de cet acte et la qualité en laquelle l'État étranger est intervenu. C'est l'ensemble des circonstances entourant l'acte de l'État — les fonctions exercées par le travailleur, mais aussi le cadre régalién spécifique de la mission diplomatique, la nationalité du travailleur, les circonstances du recrutement, le type de titre de séjour dans l'État accréditaire, l'objet de l'action en justice, les tribunaux désignés par une éventuelle clause d'élection de for, etc. — qui, rendant compte le plus fidèlement de la complexité de la réalité, permettront au juge d'apprécier si l'État a simplement agi *jure gestionis* et non *jure imperii*⁵⁷. Une part de casuistique subsiste ainsi indéniablement, y compris au contentieux du travail. Dans le domaine des immunités de l'État de manière générale, celle-ci paraît toutefois inévitable, et, au demeurant, permet sans doute de préserver une certaine dynamique dans le cadre du droit international coutumier.

Frédéric DOPAGNE

Chargé de cours à l'UCLouvain, avocat au barreau de Bruxelles

vergence entre la notion de « résidence permanente » dans l'article 11, § 2, e), de la Convention et la notion de « résidence habituelle » dans le projet d'articles antérieur de la Commission du droit international.

(49) C.E.D.H., 5 février 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, n° 16874/12, § 62.

(50) C.J., *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce [intervenant])*, 3 février 2012, C.J. Recueil 2012, p. 99, spécialement §§ 54-55, 61, 64, 66, 69-78, 83-89, 101, 115-118, 129-130.

(51) Et qui, même en vigueur, restera comme tel inapplicable pour le juge

belge aussi longtemps qu'il n'aura pas été ratifié par à la fois la Belgique et l'État étranger dont l'immunité est en cause (voy. *supra*).

(52) C.J., *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, 20 février 1969, C.J. Recueil 1969, p. 30, § 27, p. 38, § 62, p. 41, § 71.

(53) Conclusion 11.1 des « Conclusions sur la détermination du droit international coutumier », dont l'Assemblée générale des Nations unies a pris note et qu'elle porte à l'attention des États « et de qui-conque peut être amené à intervenir

dans la détermination de règles du droit international coutumier », y compris donc le juge national : résolution A/RES/73/203 du 20 décembre 2018, § 4 et Annexe (disponible sur http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/RES/73/203&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=F).

(54) Commentaire de la Conclusion 11, point 4, in *Rapport de la Commission du droit international - Soixante-dixième session (30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018)*, A/73/10, p. 153, disponible sur <https://undocs.org/fr/A/73/10>.

(55) Cass., 1^{re} ch., 11 décembre 2014, RG n° C.13.0537.F.

(56) Voy., en ce sens semble-t-il, C.T. Anvers, 2^e ch., 17 mars 2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 181, qui, après avoir examiné le contexte (en tout cas le statut de fonctionnaire consulaire de l'intéressé et la nature de ses fonctions), « toetst af » ses constatations, « [v]oor de volledigheid », à la lumière de l'article 11 de la Convention (laquelle est néanmoins, de manière excessive, tenue dans son ensemble pour reflétant le droit international coutumier).

(57) Voy. par exemple, avec des références mesurées à l'article 11 de la Convention, cour d'appel de La Haye, 27 juillet 2007, *N.Y.I.L.*, 2008, p. 392.