

II. Sur la violation alléguée de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

35. Le requérant dit avoir été privé de son droit d'accès à un tribunal en raison de l'immunité de juridiction invoquée par son employeur et retenue par les juges internes. Il invoque l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, dont les dispositions pertinentes sont ainsi libellées :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

B. Sur l'observation de l'article 6, § 1^{er}.

2. Appréciation de la Cour.

a) Principes généraux.

46. La Cour rappelle (...) l'article 6, § 1^{er}, consacre le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect (...).

47. Toutefois, le droit d'accès à un tribunal, reconnu par l'article 6, § 1^{er}, n'est pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État. Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient en revanche à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention; elle se doit de vérifier que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation au droit d'accès à un tribunal ne se concilie avec l'article 6, § 1^{er}, que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Waite et Kennedy c. Allemagne*, gde ch., n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I, *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni*, gde ch., n° 28945/95, § 98, CEDH 2001-V, *Fogarty*, précité, § 33, et *Cudak*, précité, § 55).

48. (...) Aussi la Cour ne doit-elle pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention, mais elle doit également tenir compte des principes pertinents du droit international, y compris ceux relatifs à l'octroi de l'immunité aux États (*Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, § 43, *Rec.*, 1996-VI, *Fogarty*, précité, et *Cudak*, précité, § 56).

49. Dès lors, on ne saurait, de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6, § 1^{er}, des mesures prises par une haute partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États (...).

51. Ainsi, dans les cas où l'application de la règle de l'immunité juridictionnelle de l'État entrave l'exercice du droit d'accès à la justice, la Cour doit rechercher si les circonstances de la cause justifiaient cette entrave.

52. La Cour rappelle également que pareille limitation doit poursuivre un but légitime et

que l'immunité des États, consacrée par le droit international, est issue du principe *par in parem non habet imperium*, en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État (*Cudak*, précité, § 60, et *Al-Adani*, précité, § 54). Elle a estimé que l'octroi de l'immunité à un État dans une procédure civile poursuivait le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États par le respect de la souveraineté d'un autre État (*ibidem*).

53. En outre, la restriction litigieuse doit également être proportionnée au but poursuivi. La Cour rappelle à cet égard que l'immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine, en particulier avec l'adoption de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens par l'Assemblée générale des Nations unies en 2004 (*Cudak*, précité, § 64). (...).

b) Application de ces principes au cas d'espèce.

55. La Cour rappelle tout d'abord que dans l'affaire *Cudak*, qui concernait le licenciement d'un membre du personnel local d'une ambassade, elle a jugé que les restrictions au droit d'accès à un tribunal poursuivaient un but légitime (*Cudak*, précité, § 62). Elle ne voit aucune raison de parvenir à une autre conclusion en l'espèce.

56. Il convient dès lors d'examiner à présent la question de savoir si la restriction litigieuse au droit d'accès du requérant à un tribunal était proportionnée au but poursuivi.

58. En conséquence, il est permis de considérer que les dispositions de la Convention de 2004 s'appliquent à l'État défendeur, au titre du droit international coutumier (*Cudak*, précité, § 67), ce dont la Cour tiendra compte en examinant si le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6, § 1^{er}, a été respecté.

60. Par ailleurs, la Cour estime que le requérant, qui n'était ni agent diplomatique ou consulaire du Koweït ni ressortissant de cet État, ne relevait d'aucune des exceptions énumérées à l'article 11 de la Convention de 2004. Or la Cour rappelle que ce dernier consacre la règle de l'absence d'immunité de juridiction des États concernant les contrats de travail, sauf exceptions limitativement énumérées.

67. En conclusion, en accueillant l'exception tirée de l'immunité de juridiction et en rejetant la demande du requérant, sans motivation pertinente et suffisante, et nonobstant les dispositions applicables du droit international, les juridictions françaises ont failli au maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité. Elles ont ainsi porté atteinte à la substance même du droit du requérant à accéder à un tribunal.

68. Partant, il y a eu violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

OBSERVATIONS

Une nouvelle déclinaison jurisprudentielle de l'érosion de l'immunité de juridiction des États

Les immunités des États, déclinées lors de litiges les opposant à des particuliers, ont toujours été controversées. Si elles sont perçues comme des protections nécessaires par les États bénéficiaires, les particuliers y étant confrontés seront quant à eux enclins à les considérer comme des avantages injustifiés. Ces deux composantes à l'esprit, nous comprenons bien que les débats portent en général sur la portée de ces immunités et les exceptions qu'il convient d'y apporter.

L'arrêt *Sabeh El Leil c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme rend compte de la conciliation qu'il convient d'opérer entre, d'une part, l'immunité de juridiction accordée aux États, d'autre part, le droit d'accès à un tribunal tel que prescrit par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'affaire concernait un comptable de l'ambassade du Koweït à Paris qui cherchait à attirer l'État koweïtien devant les juridictions françaises afin de contester le bien-fondé de son licenciement. Si sa requête avait été entendue en première instance, c'était lors de l'appel et du pourvoi en cassation que son action avait avorté en raison de l'immunité de juridiction excipée par le Koweït. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant cherchait à faire condamner la France; alléguant avoir été privé de son droit d'accès à un tribunal en raison du privilège immunitaire retenu par les juges français. En effet, ce bénéfice octroyé à l'État employeur avait conduit à ce que les juridictions de l'État du for ne se saisissent guère du litige concluant à l'irrecevabilité des demandes.

Après nous être intéressés au principe immunitaire (1), nous étudierons les bases juridiques et les raisons d'être de l'immunité de juridiction étatique (2) pour finalement nous intéresser à sa portée (3) laquelle pose question dans l'arrêt commenté.

1. Principe

Le privilège immunitaire est un processus d'échappement au droit impliquant que l'organe qui l'applique normalement ne le fasse guère, et ce en raison de la qualité particulière du sujet bénéficiant de l'immunité¹. Ce concept d'immunité se divise entre, d'une part, l'immunité de juridiction, d'autre part, l'immunité d'exécution. Tandis que la première consiste en l'interdiction faite au juge de statuer sur la licéité du comportement de son bénéficiaire, la seconde vise quant à elle l'interdiction faite à quelque organe d'autoriser, ou de procéder, à un acte matériel d'exécution consistant souvent en une opération de saisie ou de blocage de ses avoirs². Quoiqu'elles soient fortement liées,

(1) M. COSNARD, « Immunités », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, pp. 801 et s.

(2) F. POIRAT, « Les immunités des sujets de droit international (États et organisations internationales) », *Droit*

l'arrêt *Sabeh El Leil c. France* traitant spécifiquement de l'immunité de juridiction, seule celle-ci fera l'objet du présent commentaire³.

C'est lors d'un conflit entre, d'une part, un État, d'autre part, un particulier, personne physique ou morale, que se rencontre l'immunité de juridiction. Le différend entre le sujet international et le sujet privé naît de leur mise en relation qui est généralement volontaire comme dans le cas d'un contrat, mais qui peut également être fortuite⁴. Pour résoudre leur litige, le particulier cherche à attirer l'État devant un organe juridictionnel d'un autre État afin qu'il statue sur le litige les opposant. Mais, afin de se protéger et de ne pas avoir à intervenir dans la procédure lancée contre lui, l'État adversaire fera valoir son privilège immunitaire⁵. L'immunité de juridiction s'oppose donc à ce qu'un particulier assigne un État devant les tribunaux d'un autre État, et ce afin qu'ils statuent sur un litige l'y opposant.

L'invocation de l'immunité de juridiction ne soulève pas une question de compétence, mais une question de pouvoir du juge. Le juge pourrait donc avoir compétence juridictionnelle, mais celle-ci serait confrontée à un obstacle quant à son exercice. Ainsi, l'État qui invoque le bénéfice d'une immunité devra opposer une fin de non-recevoir et non soulever une exception d'incompétence.

2. Bases juridiques et raisons d'être de l'immunité de juridiction étatique

Le principe d'immunité de juridiction des États est d'origine coutumière. Cette règle va recevoir diverses traductions légales notamment à travers différentes conventions⁶ parmi lesquelles la Convention européenne sur les immunités des États⁷ et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁸. Alors que la première se caractérise par son succès relativement limité⁹, la seconde, relativement récente, représente au

mieux la codification de la règle coutumière existant en la matière¹⁰.

Le fondement du privilège immunitaire se retrouve dans la maxime *in parem non habet jurisdictionem* traduisant l'idée selon laquelle les égaux n'ont pas de juridiction l'un à l'égard de l'autre. Ainsi, ce sont les principes d'indépendance, de souveraineté ou encore d'égalité des États, différents principes coutumiers du droit international public, qui sont à l'origine des immunités accordées aux États¹¹.

Que l'on se laisse convaincre par ces raisons d'être ou non, il est clair que le principe immunitaire est le résultat d'un équilibre à trouver entre deux exigences que sont, d'une part, la nécessité pour l'État du for de ne pas entraver l'exercice des missions souveraines de puissance publique de l'État étranger, d'autre part, la nécessité pour l'État étranger de respecter les lois et règlements de l'État du for¹².

3. Portée de l'immunité de juridiction étatique

L'immunité de juridiction des États a longtemps été considérée comme absolue, et ce jusqu'au début du siècle passé où sa contestation grandissante conduisit à ce qu'en soit réduite la portée¹³. Il apparaît qu'aujourd'hui la plupart des États font application du principe de l'immunité restreinte et pensent ainsi obéir au droit des gens; ceci nous permettant de conclure que cette restriction appartient au droit international coutumier¹⁴. Cette dernière se traduit également dans la Convention des Nations unies laquelle commence par procéder à l'énonciation, en son article 5, du principe de l'immunité de juridiction des États devant les tribunaux d'autres États pour ensuite en réduire la portée, et ce en faisant état de différentes procédures lors desquelles les États ne pourront guère invoquer d'immunité.

Deux raisons principales expliquent la limitation de l'immunité des États. Alors que la pre-

mière (3.1), classique, découle du fait que les actes posés par les États ne sont plus uniquement souverains, la seconde (3.2), morale, se fonde sur la difficile conciliation du privilège immunitaire avec certains droits de l'homme. À ce sujet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est édifiante ayant été à plusieurs reprises amenée à se prononcer sur la probable antinomie entre immunités et droits de l'homme rencontrée notamment dans l'arrêt *Sabeh El Leil c. France* étudié.

3.1. La restriction classique

La fonction première du privilège immunitaire étant de protéger la souveraineté de l'État, les détracteurs de l'immunité absolue vont partir du principe selon lequel si elle n'est pas en jeu, il n'y a pas lieu d'accorder d'immunité. Avec l'intervention croissante de l'État dans la sphère économique, il est apparu que celui-ci n'avait plus pour unique rôle celui d'acteur souverain¹⁵. La question centrale est donc celle de savoir si un acte posé par un État relève de la souveraineté ou non¹⁶.

Ainsi, la limitation classique de l'immunité se fonde sur la distinction entre les actes de souveraineté (*jure imperii*) et les actes de gestion (*jure gestionis*). Alors que les premiers peuvent donner lieu à l'invocation d'une immunité de juridiction par un État assigné devant les juridictions d'un autre État, ce sera différent pour les seconds pour lesquels l'État sera traité comme un quelconque justiciable.

Cette distinction semble se retrouver dans la Convention des Nations unies avec un partage entre les activités étatiques publiques couvertes par l'immunité de juridiction et les activités où l'État est jugé comme agissant à l'instar d'une personne privée pour lesquelles il n'y a pas d'immunité. C'est essentiellement à travers les hypothèses de transactions commerciales et de contrats de travail que la dichotomie trouve écho. À côté de cela, la Convention des Nations unies va également reprendre des exceptions qui ne peuvent entrer dans la distinction classique¹⁷. Pour différents actes, on ne cherchera donc pas à savoir s'ils ont été posés dans la sphère souveraine ou non; le seul fait d'y être confronté entraînant l'absence d'immunité pour l'État.

Intéressons-nous à l'hypothèse des contrats de travail, objet du désaccord dans l'arrêt *Sabeh El Leil c. France*, et à leur déclinaison dans la Convention des Nations unies. La Convention reprend la tendance selon laquelle sont généralement exclus du champ de l'immunité les con-

international des immunités : contestation ou consolidation?, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 14.

(3) Pour une étude sur l'immunité d'exécution, voy. J. VERHOEVEN, « La jurisprudence belge et le droit international de l'immunité d'exécution », *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 869-895.

(4) Un exemple généralement cité est celui de l'accident de la circulation occasionné par une personne représentant l'État et dont serait victime une personne privée, laquelle chercherait alors à mettre en œuvre la responsabilité de l'État (M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes - Face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 15).

(5) Remarquons qu'il s'agit ici d'une hypothèse différente de celle des immunités personnelles octroyées aux organes des sujets internationaux lesquelles visent à protéger l'exercice de leurs fonctions.

(6) La référence à la coutume ne disparaît pas pour autant, étant donné qu'aucun texte ne semble être exhaustif. Dans le sens de ce propos, voy. le préambule de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, où il est stipulé que « les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions qui n'ont pas été réglées dans les dispositions de la présente Convention ».

(7) Cette Convention a été signée à Bâle le 16 mai 1972 par le Conseil de l'Europe.

(8) Cette Convention a été adoptée le 2 décembre 2004 par l'Assemblée générale des Nations unies par la résolution A/RES/59/38. Nous la mentionnerons par la suite avec le terme « Convention des Nations unies ».

(9) Ce sont uniquement huit pays qui l'ont ratifiée parmi lesquels figure la Belgique. Voy. E. K. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law - Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin, Springer, 2005, p. 327.

(10) Notons que la Convention des Nations unies est le fruit d'un long travail de la Commission de droit international qui avait été invitée par l'Assemblée générale des Nations unies à se pencher sur la question des immunités et ce à la lumière des jurisprudences nationales sur le sujet. Le travail de cette Commission se décline pour l'essentiel en un projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté en 1991 et en un rapport d'un comité spécial mis sur pied par la Commission en 2003, lesquels représentent la genèse de la Convention des Nations unies. Notons qu'à la date du 3 octobre 2011, cette Convention n'était pas en vigueur; la condition suspensive des trente ratifications prévue en son article 30 n'étant guère remplie. Source : http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=III-13&chapter=3&lang=fr

(11) Pour une critique de ces fondements, voy. H. FOX, *The law of state immunity*, 2^e éd., Oxford, Oxford university press, 2008, pp. 61 et s. Sans remettre ces fondements en question, Mc Gregor est d'avis qu'ils doivent recevoir néanmoins une portée évolutive dans leur justification de l'immunité, postulant notamment que « if immunity derives from sovereignty, its meaning, extent, and impact must also be contingent on the current scope of sovereignty » (L. MC GREGOR, « Torture and State Immunity : Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty », *EJIL*, 2007, p. 916).

(12) R. DE GOUTTES, « À propos de l'immunité de juridiction des États étrangers », *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui - Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 123.

(13) C'est un arrêt précurseur de la Cour de cassation belge qui fera jurisprudence en la matière (Cass., 1^{re} ch., 11 juin 1903, *Pas.*, 1903-I, p. 294).

(14) L. CORBION, note sous Cass. fr., ch. soc., 25 janvier 2005, *Journ. dr. intern. (France)*, 2005, p. 1146.

(15) Cogen fait alors remarquer que « de problematiek van jurisdictionele immuniteit van staten is actueel omdat staten niet enkel optreden als overheid (...) » (M. COGEN, *Handboek Internationaal Recht*, 3^e éd., Maastricht, Kluwer, 2003, p. 109).

(16) On passe donc d'un régime d'immunité *ratione personae* absolue des États à un régime d'immunité *ratione materiae* relative; le principe d'immunité n'étant plus attaché à la personne de l'État mais à ses actes (J. CANDRIAN, *L'immunité des États face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels : immunité de juridiction des États et droits de l'homme, immunité d'exécution des États et de leurs biens culturels*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 125-126).

(17) À savoir les atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou les dommages aux biens, la propriété, la possession et l'usage de biens, la propriété intellectuelle et industrielle, la participation à des sociétés ou autres groupements ou encore les navires dont un État est le propriétaire ou l'exploitant.

trats de travail conclus entre État et particulier, et ce considérant que l'État s'y comporte comme un simple particulier ne posant donc pas d'acte de souveraineté¹⁸. Cependant, il existe des cas où l'immunité ne sera pas écartée quoique l'on soit en présence d'un tel contrat. Ainsi, l'article 11 de la Convention, après avoir postulé la règle selon laquelle il n'existe pas d'immunité de juridiction pour les litiges concernant les contrats de travail conclus par les États, va énumérer en son paragraphe 2, différents cas de figure dans lesquels l'État pourra exciper son privilège. Ces cas d'acceptation se fondent sur différents critères que sont la nature de l'activité de l'employé¹⁹, son statut, l'objet de l'action, le lien territorial entre l'employé et l'État du for ou encore les intérêts en matière de sécurité.

3.2. La restriction morale

En marge de la restriction classique, une autre limitation à la portée de l'immunité de juridiction des États, découle de l'affirmation croissante des droits fondamentaux tel le droit d'accès à un tribunal. Il en résulte donc un dépassement de la dichotomie entre acte de souveraineté et acte de gestion donnant lieu à une forme d'exception à l'immunité ne prenant plus en compte le caractère public ou privé de l'acte passé par l'État, mais les conséquences qui lui sont attachées. Substantiellement, cette nouvelle restriction au privilège immunitaire naît de la difficile conciliation entre, d'une part, un État bénéficiant de l'immunité, d'autre part, un particulier qui, en raison de cette immunité, ne parvient pas à faire valoir ses droits.

La Cour européenne des droits de l'homme, dont l'arrêt commenté est issu, a été amenée à se prononcer sur l'opposition. Devant la Cour, les requérants, personnes privées, cherchaient à faire condamner l'État du for qui avait fait droit à l'invocation du bénéfice immunitaire par un État avec lequel ceux-ci étaient initialement en conflit²⁰. Leur argument consistait à dire qu'en accordant l'immunité, l'État du for avait méconnu certains aspects de la Convention européenne des droits de l'homme. Et c'est généralement l'article 6, § 1^{er}, de cette même Convention qu'ils invoquaient, postulant que le droit au juge y étant prescrit avait été mis à mal par le principe immunitaire²¹.

(18) U. KOHLER, « L'immunité des États à l'égard des contrats de travail », *State Practice Regarding State Immunities – La pratique des États concernant les immunités des États*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 69.

(19) La situation où l'immunité de juridiction est la plus fréquemment reconnue est celle concernant un litige entre un État et un de ses employés qui a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique. Pour un exemple de jurisprudence sur la détermination de la nature du travail, voy. : C.T. Bruxelles, 4^e ch., 19 juin 2007, *JTT*, 2007, p. 451.

(20) Il convient de souligner que l'immunité de juridiction étatique ne constitue en soi qu'une simple limitation du droit d'accès au juge et ce, car le plaignant a toujours la possibilité de s'adresser, bien que cela puisse être dans les faits compliqué, aux tribunaux de l'État qu'il désire traduire en justice. L'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous apprend que la Cour, bien que reconnaissant la possibilité de recourir aux tribunaux de l'État défendeur, considère que cela puisse être irréaliste en pratique. Elle ajoute qu'en imposant l'utilisation peut entraîner de sérieuses difficultés qui seraient alors incompatibles avec le respect du droit d'accès à un tribunal (C.E.D.H., gde ch., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, n° 15869/02, motif 36).

(21) Constatons qu'il a également été question devant la Cour strasbourgeoise de la question de la possibilité

À propos de la conciliation entre immunité de juridiction des États et droit d'accès au juge, il nous semble que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme puisse être divisée en deux périodes : l'avant-Convention des Nations unies (3.2.1) et l'après (3.2.2).

3.2.1. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'avant-Convention des Nations unies.

La Cour s'est prononcée pour la première fois le 21 novembre 2001 dans trois arrêts que sont l'arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*²², l'arrêt *McElhinney c. Irlande*²³ et l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*²⁴, lesquels témoignent d'un raisonnement substantiellement similaire.

Lors de l'analyse de la violation alléguée de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de la réception du privilège immunitaire, la Cour va commencer par se poser la question de l'applicabilité de l'article pour conclure par l'affirmative²⁵. Elle va alors s'interroger sur son observation et procèdera en différentes étapes.

Elle va d'abord rappeler l'existence du droit au juge contenu dans l'article 6, § 1^{er}, de la Convention et en souligner le caractère fondamental²⁶. Ensuite, la Cour va stipuler que ce droit n'est pas absolu et se prête à des limites implicitement admises; commandant de par sa nature une réglementation étatique. Les États peuvent ainsi y poser des réserves pour autant que ces dernières ne restreignent pas l'accès au juge d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. La Cour rappelle alors qu'il lui revient de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention et déclare que de tel-

pour un État d'invoquer son privilège immunitaire afin de ne pas avoir à répondre de la violation d'une norme de *jus cogens* dans le cadre d'une action civile en dommages et intérêts relative à cette méconnaissance. Voy. à cet égard C.E.D.H., gde ch., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, n° 35763/97.

(22) C.E.D.H., gde ch., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, n° 37112/97. Dans cette affaire, il était initialement question d'un litige entre une ressortissante irlandaise et les États-Unis lesquels étaient accusés de discrimination sexuelle lors d'un refus de candidature à un poste de secrétaire à l'ambassade américaine de Londres. Les États-Unis avaient alors excipé leur immunité de juridiction face aux juridictions anglaises que Mme Fogarty avait saisies.

(23) C.E.D.H., gde ch., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, n° 31253/96. Il était à l'origine question d'un fonctionnaire de police irlandais qui prétendait avoir été brutalisé par des soldats britanniques. La procédure intentée contre le Royaume-Uni prit fin lorsque la High Court irlandaise fit droit à l'argument de l'immunité.

(24) C.E.D.H., gde ch., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001. Dans cette affaire, M. Al-Adsani, à la double nationalité britannique et koweïtienne, cherchait à obtenir des dommages et intérêts de l'État koweïtien pour des actes de torture commis par ses autorités. Il avait donc engagé une procédure au Royaume-Uni dont les juridictions avaient refusé de se saisir de l'affaire en raison du privilège immunitaire excipé par le Koweït.

(25) Dans les trois arrêts de 2001, les gouvernements défendeurs plaidaient que l'immunité de juridiction n'était pas un simple obstacle procédural, mais qu'elle touchait au contenu matériel du droit revendiqué, le rendant inexistant. De là, ils postulaient que l'article 6, dont l'application repose sur l'existence d'un droit de caractère civil, était inapplicable. La Cour, d'avis que l'immunité de juridiction est un obstacle procédural, va décliner l'argument et reconnaître qu'elle est en proie à des contestations à caractère civil justifiant dès lors l'applicabilité de l'article 6.

(26) La Cour reprend ainsi sa jurisprudence de l'arrêt *Goldner c. Royaume-Uni* (C.E.D.H., arrêt *Goldner c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70).

les limitations sont conciliables avec l'article 6, § 1^{er}, si, d'une part, elles tendent à la poursuite d'un but légitime, d'autre part, il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

La Cour affirme que la reconnaissance de l'immunité poursuit bien un but légitime et ce étant d'avis que « (...) l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »²⁷.

Il convient également de déterminer si la restriction est proportionnée au but poursuivi. Après avoir rappelé que la Convention devait, 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, la Cour va dire qu'on ne peut considérer de façon générale comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal des mesures qui reflètent des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États.

À propos de ces principes, la Cour dira dans le motif 38 de l'arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni* qu'« aucune tendance ne se manifeste en droit international vers un assouplissement du principe de l'immunité des États en ce qui concerne les questions de recrutement dans les missions étrangères ». Dans le motif 38 de l'arrêt *McElhinney c. Irlande*, elle dira qu'« on ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'actions pour des dommages ainsi causés par des *acta jure imperii* ou, qu'en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises ». Finalement, dans le motif 61 de l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, elle affirmera que « nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture ».

Eu égard à ces constatations, la Cour conclura que les limites posées au droit d'accès au juge par les États dont les juridictions avaient accordé le privilège immunitaire ne sont guère disproportionnées. Et de là, elle poursuivra en disant qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme par l'État ayant octroyé l'immunité de juridiction²⁸.

(27) Arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, motif 34, arrêt *McElhinney c. Irlande*, motif 35 et arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, motif 54.

(28) À propos de la conclusion tirée par la Cour, de Frouville dira que par rapport à ce qu'il se passait dans les différents droits nationaux des États membres, cette jurisprudence donnait « l'impression d'aller à contre-courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits de l'homme » (O. DE FOUVRILLE, « Chronique "Conseil de l'Europe" », *Journ. dr. intern.* (France), 2002, p. 278).

3.2.2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'après-Convention des Nations unies.

Après un silence de quelques années, la Cour a de nouveau eu à connaître de la question de la conciliation entre droit au juge et immunité de juridiction étatique à travers trois arrêts que sont l'arrêt *Cudak c. Lituanie*²⁹, l'arrêt *Guadagnino c. Italie et France*³⁰ et l'arrêt *Sabeh El Leil c. France*, objet du présent commentaire. Dans ces différentes affaires, la Cour va reprendre sa façon de procéder des arrêts antécédents laquelle va cependant aboutir à la conclusion que violation du droit d'accès au juge il y a eu.

Ayant analysé l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er}, et l'ayant reconnue³¹, la Cour va ensuite s'attarder à la question de son observation. Elle va réaffirmer la possibilité de restrictions au droit d'accès au juge pour autant que celles-ci poursuivent un but légitime et soient proportionnées au but visé. Alors que dans les trois affaires, la première condition est au nom de la courtoisie et du respect de la souveraineté entre États remplies, c'est la seconde qui pose difficulté.

Pour évaluer la proportionnalité de l'atteinte occasionnée par l'invocation de l'immunité de juridiction, la Cour va, comme pour ses arrêts de 2001, se référer aux principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États. Et c'est à ce niveau précis que les choses changent. Ainsi, après avoir souligné que l'immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine, elle va se baser sur la Convention des Nations unies pour déterminer la position du droit international face aux privilèges immunitaires. Quoique la Convention ne soit pas encore en vigueur, la Cour s'y référera toutefois, considérant que le texte représente le droit international coutumier tel qu'il est aujourd'hui.

Les trois affaires ayant trait à des litiges concernant des contrats de travail, c'est sur l'article 11 de la Convention des Nations unies que la Cour va se baser. Selon celui-ci, sont en principe soustraits à l'application de la règle de l'immunité les contrats de travail entre un État et une personne physique pour un travail accompli sur le territoire d'un autre État, et ce à l'exception de quelques hypothèses³². Aucune des problématiques des affaires ne rencontrant ces dernières, elles devaient être soustraites à l'application de l'immunité; chose que les États avaient méconnu en octroyant le bénéfice de l'immunité.

(29) C.E.D.H., gde ch., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, n° 15869/02. Il était question en l'espèce d'une personne engagée comme secrétaire par l'ambassade de Pologne à Vilnius qui, ayant été licenciée et cherchant à être indemnisée, s'était vue opposer l'immunité de juridiction par la Pologne alors qu'elle avait lancé une procédure devant les juridictions lituaniennes.

(30) C.E.D.H., arrêt *Guadagnino c. Italie et France*, 18 janvier 2011, n° 2555/03. Dans cette affaire, c'était un contrat de travail avec l'École française de Rome qui était à l'origine du litige. La requérante avait alors introduit une requête tant devant les juridictions italiennes que devant le Conseil d'État français qui tous deux avaient refusé de se déclarer compétents pour connaître du différend et ce en raison de l'immunité de juridiction étatique.

(31) Voy. les motifs 39 à 47 de l'arrêt *Cudak c. Lituanie*, 47 à 49 de l'arrêt *Guadagnino c. Italie et France* et 36 à 42 de l'arrêt *Sabeh El Leil c. France* pour plus de précision.

(32) Voy. *supra*.

La Cour conclut en disant qu'en accueillant l'exception tirée de l'immunité de juridiction, les juridictions nationales ont failli au maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité et ont de la sorte porté atteinte à la substance même du droit du requérant à accéder à un tribunal. Dès lors, la Cour affirme que l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme a été violé.

3.2.3. Critiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Comme nous l'avons vu, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans ses premières décisions, donné la priorité à l'immunité de juridiction par rapport au droit d'accès au juge et a ainsi, au regard des évolutions qui tendent à réduire le champ d'application des immunités, témoigné d'une attitude timorée³³. Et c'est précisément l'ampleur de ces tendances à la réduction, que la Cour semblait considérer comme faibles, qui la conduisit à ne pas faire échec au privilège immunitaire. Mais eu égard à leur accentuation et à leur récente déclinaison dans la Convention des Nations unies³⁴, la Cour ne pouvait plus s'en affranchir et se retrouva obligée de se mettre au diapason. Et c'est exactement ce qu'il va se passer dans les arrêts postérieurs à l'adoption de cette Convention.

Dès lors que le temps et l'évolution du droit international semblent avoir eu raison de l'attachement de la Cour à l'idée de l'immunité des États³⁵, il semble que ce soit désormais la critique du raisonnement développé par la Cour qui est la plus intéressante.

Premièrement, quant à l'argument de la Cour selon lequel les immunités de juridiction des États contribuent au but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie entre États souverains, il semble qu'il puisse être contesté en raison du fait que cette observance procède davantage de motifs d'ordre diplomatique que d'une règle internationale obligatoire. De surcroît, soulignons l'anachronisme de l'argument qui semble être en contradiction avec le fait que la Convention est un instrument vivant devant être interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui³⁶.

(33) I. PINGEL, « Rapport introductif », *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004, p. 13. Cette attitude timorée traduisait la volonté de la Cour de « ne pas troubler, dans toute la mesure possible, l'ordonnement des règles du droit international général » (J.-F. FLAUS, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 166).

(34) Tigroudja souligne que dans le cas des trois arrêts de 2001, la Cour ne disposait d'aucun corpus de règles internationales précis expliquant sa prudence lors de l'examen de la question de savoir si les problématiques en jeu étaient ou non couvertes par le privilège immunitaire (H. TRIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles d'États », obs. sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, *R.B.D.I.*, 2001, p. 530).

(35) Notons que la limitation à l'immunité est intervenue au sujet des contrats de travail pour lesquels, il ne fait plus de doute qu'ils impliquent une restriction à l'immunité. Pour des sujets plus controversés tels la violation d'une norme de *jus cogens*, la Cour ne semble guère encore battre en brèche le privilège immunitaire.

(36) F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004, p. 26. Le juge Loucaides dira dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt *McElhinney c. Irlande* que la doctrine de l'immunité des États est anachronique et incompatible avec les exigences de justice et de prééminence du droit.

Deuxièmement, la Cour analyse la proportionnalité de la restriction constituée par l'immunité de juridiction en ayant simplement égard aux principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États. La Cour ne va pas, comme pour les arrêts *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Reagan c. Allemagne*³⁷, s'intéresser à la question de savoir si d'autres modes de règlement étaient prévus pour faire face au conflit du particulier avec le sujet international³⁸.

Nous sommes tentés de critiquer ce *modus operandi* faisant fi d'un réel contrôle de proportionnalité lequel devrait, selon nous, consister en une mise en balance de la restriction par rapport aux substituts qui lui sont apportés³⁹. Ce n'est pas ce que fait la Cour qui se borne à considérer que la limitation du droit au juge, résultant de l'octroi de l'immunité de juridiction, est proportionnée dès lors qu'elle reflète des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États. Il nous semble donc qu'opérant de la sorte, la Cour ne statue en rien sur le caractère proportionné de l'atteinte au droit au juge.

4. Conclusion

L'analyse de l'immunité de juridiction des États démontre que sa mise en œuvre est complexe et qu'elle ne cesse d'attiser les débats avec au centre de la polémique la question de sa portée. Ainsi, l'enjeu de la question des immunités est de résoudre par un équilibre, la tension existant entre la nécessité de protection du sujet de droit international et celle de l'individu.

C'est précisément le droit au juge qui semble être le droit qui souffre le plus de l'obstacle constitué par l'immunité. À propos des litiges concernant des contrats de travail, si l'on peut se réjouir de l'influence de la Convention des Nations unies sur la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme assurant désormais le respect du droit fondamental menacé, il n'en demeure pas moins que les lacunes de la solution laissent un goût d'inachevé.

Justin VANDERSCHUREN

(37) C.E.D.H., gde ch., arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, n° 26083/94 et C.E.D.H., gde ch., arrêt *Beer et Reagan c. Allemagne*, 18 février 1999, n° 28934/95. Ces arrêts concernaient la question de la conciliation entre l'immunité de juridiction octroyée à des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal. Pour une étude critique de cette jurisprudence européenne, voy. H. TRIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 83-106.

(38) Par souci d'exhaustivité, notons cependant qu'une référence est faite aux « voies alternatives » dans l'arrêt *McElhinney c. Royaume-Uni* au motif 39, mais non dans une mesure telle que dans les arrêts relatifs aux immunités de juridiction des organisations internationales.

(39) Concernant les deux arrêts relatifs aux organisations internationales, bien que la proportionnalité s'évalue au regard de l'existence d'une voie alternative raisonnable offerte au requérant pour faire valoir ses droits, le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme n'est guère exempt de tout reproche. Il nous semble lacunaire en ce que la Cour se limite à constater que la Convention de l'organisation internationale institue un organe pour connaître de ses différends avec les particuliers sans davantage s'interroger sur celui-ci. Il aurait été opportun de se pencher notamment sur son indépendance ou son impartialité faute de quoi nous pouvons penser que la Cour, quoiqu'ayant constaté qu'il existait une voie alternative, n'a guère analysé son efficacité.