

Bruxelles (9ème ch.) 17 janvier 2013

Note

L'immunité de juridiction de l'État étranger et de sa banque centrale intervenant dans le cadre d'une crise bancaire

Frédéric DOPAGNE

Chargé de cours aux Universités de Louvain (UCL), de Liège (ULg) et de Lille (UCL), avocat au barreau de Bruxelles

Dans la tourmente de l'« affaire Fortis », nul ne s'attendait, sans doute, à ce que des aspects de droit international se retrouvent au cœur des arguments échangés par les parties dans le cadre du contentieux initié, devant le juge belge, par la masse des « petits actionnaires ». L'arrêt annoté s'avère, ne serait-ce qu'à ce titre, assez remarquable. Il l'est toutefois davantage en raison, plus fondamentalement, de la motivation – relativement longue – qu'il consacre, comme le jugement entrepris avant lui ⁽¹⁾, à la question de l'immunité de juridiction de l'État étranger et de sa banque centrale, autrement dit l'interdiction pour les tribunaux du for de juger ceux-ci, à défaut de leur consentement. Cette motivation pourrait, en effet, témoigner d'une certaine inflexion de la jurisprudence belge sur ce point.

Il sied de rappeler que la procédure puise son origine dans un certain nombre d'interventions des États belge, luxembourgeois et néerlandais, destinées à « sauver » le groupe Fortis, déstabilisé par la crise financière mondiale ayant éclaté en septembre 2008. S'agissant du volet néerlandais, ces interventions ont pris ultimement la forme d'un accord conclu à Bruxelles, le 3 octobre 2008, entre les Premiers ministres et ministres des Finances belges et néerlandais. Aux termes de cet accord, formalisé dans un « *term sheet* » signé le même jour, et approuvé aussitôt par le conseil d'administration de Fortis, il était notamment décidé que l'État néerlandais acquerrait, pour un prix de 16,8 milliards d'euros, les actions représentatives du capital des sociétés anonymes Fortis Bank Nederland, Fortis

Verzekeringen Nederland et Fortis Corporate Insurance.

S'estimant préjudiciés par ce rachat, les actionnaires reprochent à l'État néerlandais d'avoir méconnu l'engagement, qu'à leur estime il aurait pris quelques jours auparavant, de recapitaliser Fortis Bank Nederland à hauteur de 4 milliards d'euros en prenant une participation de 49,9 %, et de s'être rendu tiers complice d'un excès de pouvoir commis par le conseil d'administration de Fortis (l'approbation de l'accord revenant, selon les actionnaires, à l'assemblée générale). Il est également fait grief à l'État néerlandais, ainsi qu'à *De Nederlandsche Bank* – celle-ci combinant, selon l'arrêt annoté, « le rôle de banque nationale et d'autorité de contrôle des institutions financières néerlandaises » –, d'avoir adopté une attitude contraire au principe de bonne foi (entre autres, en s'opposant à la reprise d'ABN Amro par la Deutsche Bank), et d'avoir commis un abus de faiblesse à l'encontre de Fortis (en rachetant à vil prix, selon les actionnaires, les actions des entités néerlandaises du groupe). En un mot, c'est donc la responsabilité quasi-délictuelle des Pays-Bas et de leur banque centrale qui est mise en cause par les demandeurs, ces derniers n'étant pas parties à l'accord du 3 octobre 2008, prévoyant la cession des actions.

Le premier juge ayant accueilli les déclarations de l'État néerlandais et de sa banque centrale, fondés l'un et l'autre sur l'immunité de juridiction, les actionnaires centrent leur appel sur cette question. Dans l'arrêt annoté, la cour confirme très largement la décision querellée, à la fois quant à l'inexistence d'un « préjudice matériel » au sens de l'article 11 de la Convention de Bâle, qui aurait eu pour effet d'écarter l'immunité (1), quant à la qualification de l'opération en cause comme un acte *jure imperii* (2), et quant à l'extension de l'immunité à la banque centrale (3). Pas plus que le jugement *a quo*, l'arrêt d'appel ne souffle mot du conflit éventuel entre l'immunité et le droit d'accès au juge (4).

⁽¹⁾ Comm. Bruxelles (8^e ch.), 8 décembre 2009, *J. T.*, 2010, p. 145.

1. L'absence d'un « préjudice matériel », au sens de l'article 11 de la Convention de Bâle

C'est en se fondant sur l'article 15 de la Convention européenne sur l'immunité des États, signée à Bâle le 16 mai 1972, que les Pays-Bas invoquaient leur immunité de juridiction. Pareille base juridique n'est pas monnaie courante dans le contentieux, la Convention n'étant en vigueur qu'entre huit États. La Belgique et les Pays-Bas y étant parties, il est toutefois naturel qu'il en soit fait application en l'espèce.

La cour écarte l'exception à l'immunité visée à l'article 11 de la Convention. Ce n'est pas que le fait incriminé – l'acquisition de la totalité des actions des filiales néerlandaises – ne serait pas « survenu sur le territoire de l'État du for », ou que « l'auteur du dommage » n'y aurait pas été « présent au moment où ce fait est survenu » : ces conditions d'application de l'article 11 paraissent rencontrées en l'occurrence, des membres du gouvernement néerlandais s'étant, comme le relevait le tribunal de commerce, « spécialement déplacés [à Bruxelles] pour l'occasion ». L'inapplicabilité de l'exception tient plutôt à l'absence d'un « préjudice corporel ou matériel » résultant du fait litigieux. À cet égard, la cour, tout en s'abstenant de faire référence, comme l'avait fait le premier juge, au rapport explicatif de la Convention⁽²⁾, ne considère pas moins que l'article 11 vise exclusivement l'hypothèse d'une atteinte à des « biens tangibles ». Sans se prononcer directement sur le point de savoir si les actions d'une société anonyme appartiennent à cette catégorie – ce qui était explicitement dénié dans le jugement entrepris –, elle constate, un rien ironique peut-être, que, en supposant même que tel soit le cas, les fautes alléguées « n'ont entraîné aucun dégât matériel aux titres qui n'ont pas été altérés ». En outre, et ceci nous semble plus décisif, elle refuse d'assimiler la moins-value dont se plaignaient les actionnaires à un dégât matériel.

Ce dernier aspect, mettant en cause une tentative d'interprétation « évolutive » de la notion de préjudice matériel, est certes tranché d'une façon qui pourra paraître passablement laconique. Sur le fond, cependant, l'on ne peut que rappeler le caractère exceptionnel de l'article 11 par rapport à la règle de l'article 15, et, partant, la nécessité d'une interprétation stricte de la dérogation à l'immunité. De ce point de vue, élargir la notion de préjudice matériel à toute atteinte au patrimoine, y compris l'affectation à la baisse de valeurs économiques par nature intangibles, paraît conférer à l'exception une portée considérable qui, selon toute vraisemblance, ne correspond pas à ce que les États contractants étaient disposés à accepter. Le fait que le rapport explicatif de la Convention cite les actes de concurrence déloyale parmi les cas dans lesquels l'article 11 n'est pas applicable⁽³⁾, tend à confirmer cette compréhension de l'exception.

2. Un acte *jure imperii*, compte tenu de son « contexte »

Afin de tenir en échec l'immunité de juridiction invoquée par les Pays-Bas, les demandeurs s'appuyaient encore sur l'article 24 de la Convention de Bâle. La disposition prévoit un mécanisme assez original permettant à un État partie de déclarer qu'en dehors même des cas relevant des articles 1^{er} à 13 de la Convention – à savoir, les cas dans lesquels celle-ci écarte l'immunité de juridiction –, ses tribunaux pourront connaître d'une action contre un autre État partie dans la mesure où ils pourraient en connaître si elle était dirigée contre un État non partie, étant entendu toutefois que l'immunité de juridiction devra être reconnue à l'État défendeur pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (*jure imperii*). L'idée ayant justifié l'insertion de l'article 24 est qu'il peut exister des actes de gestion (*jure gestionis*) – échappant à l'immunité au regard du droit international coutumier, car la souveraineté n'est pas alors en jeu – au-delà des hypothèses visées aux

⁽²⁾ Lequel fournit un commentaire détaillé, rédigé dans le cadre du processus de négociation de la Convention. Il est disponible sur conventions.coe.int.

⁽³⁾ *O.c.*, § 48.

articles 1^{er} à 13 de la Convention ⁽⁴⁾. L'article 24 autorise les États parties à sortir, en quelque sorte, du cadre conventionnel et à faire application, vis-à-vis des autres États parties, du régime de l'immunité de juridiction tel qu'il résulte du droit international coutumier ⁽⁵⁾.

La Belgique ayant fait la déclaration en question au moment de ratifier la Convention ⁽⁶⁾, la cour s'engage sur cette voie. Que les Pays-Bas aient également fait la déclaration, ne semble pas avoir d'incidence, contrairement à ce que pourrait laisser entendre la référence qu'y fait l'arrêt annoté: rien n'indique que l'État défendeur doit lui-même avoir fait la déclaration pour que celle de l'État du for puisse produire son effet conformément à l'article 24.

Renvoyée au droit international coutumier – et, ajoute-t-elle, aux « principes généraux du droit », lesquels paraissent toutefois difficilement pouvoir être émancipés des règles coutumières ⁽⁷⁾ –, la cour vérifie si, à la lumière de ce droit, l'opération en cause relève des actes *jure imperii* couverts par l'immunité de juridiction ou, comme le prétendaient les actionnaires, des actes *jure gestionis* soustraits à cette immunité ⁽⁸⁾. C'est sur ce point que l'arrêt se révèle, sans doute, le plus intéressant, en ce qu'il ne s'inscrit que partiellement dans la continuité de la jurisprudence belge existante.

Classiquement, celle-ci, dans la lignée d'un arrêt de cassation resté célèbre, du 11 juin 1903 ⁽⁹⁾ – prononcé, du reste, dans une affaire mettant en cause l'État néerlandais –,

départage actes de souveraineté et actes de gestion en fonction de la « nature » de l'acte ⁽¹⁰⁾. Le tout est de s'accorder sur les critères permettant de déterminer concrètement cette dernière. Selon l'arrêt de 1903, si l'État étranger « fait ce que des particuliers peuvent faire », il ne peut être considéré comme ayant mis en œuvre la puissance publique. Poussé à l'extrême, un tel critère conduit à tenir pour accompli *jure gestionis* tout acte de l'État dont la *forme* juridique est, en soi, accessible aux particuliers (contrat, etc.). Appliquée au cas d'espèce, cette conception stricte du critère dégagé par la Cour de cassation aurait amené le juge à conclure que le rachat du pôle néerlandais de Fortis s'analyse en un acte *jure gestionis*, le *term sheet* dans lequel la transaction fut formalisée n'étant certainement pas, comme tel, une forme juridique réservée à l'État. Ce n'est pas cependant le raisonnement adopté par la cour d'appel. Celle-ci, après s'être référée à l'arrêt de 1903, juge assurément qu'« il ne peut (...) être soutenu que des particuliers auraient pu faire ce que les États [belge et néerlandais] ont fait » ⁽¹¹⁾. L'affirmation ne semble toutefois pas reposer sur quelque inaccessibilité intrinsèque de la forme utilisée aux particuliers, mais plutôt sur l'absence – toute circonstancielle pour sa part – d'un « investisseur privé (...) dispos[ant] des capacités financières suffisantes », cette donnée ayant « contrain[t] » les États à « se substituer au marché ». L'analyse se déplace, de la sorte, vers le « contexte » de l'acte litigieux. La cour l'indique d'ailleurs ouvertement: « [E]n droit international public, la seule na-

⁽⁴⁾ Rapport explicatif, *o.c.*, § 96. Ces hypothèses ne correspondent d'ailleurs pas nécessairement toutes à des actes *jure gestionis* exclusivement. L'article 11, par exemple, semble viser les actes *jure imperii* également – sans quoi il aurait, au demeurant, été superflu pour la cour de s'interroger sur son applicabilité (voy. *supra*, 1), dès lors qu'elle concluait, par ailleurs, que l'acte ici en cause était un acte *jure imperii*.

⁽⁵⁾ Le rapport explicatif précise qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération les *traités* conclus avec des États tiers (*ibid.*)

⁽⁶⁾ *M.B.*, 10 juin 1976.

⁽⁷⁾ Voy. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, pp. 349 et s.

⁽⁸⁾ Il est bien établi dans la coutume internationale que seuls les actes *jure imperii* de l'État peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction: voy. C.I.J., *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, 3 février 2012, *Rec.*, 2012, §§ 59 et 61.

⁽⁹⁾ *Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. État néerlandais (ministère du Waterstaat)*, *Pas.*, 1903, I, p. 294.

⁽¹⁰⁾ Voy. p. ex. Bruxelles (8^e ch.), 10 mars 1993, *Rafidain Bank et crts c. Consarc Corporation et crts*, *J.T.*, 1994, p. 787, obs. J. VERHOEVEN; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 3 mai 2012, *CSC et FGTB c. États-Unis d'Amérique*, *J.T.T.*, 2012, p. 343; Civ. Gand (7^e ch.), 1^{er} octobre 2013, *V. et al. c. Saint-Siège et al.*, *R.W.*, 2013-2014, p. 507. Dans ce dernier jugement, rendu en matière de responsabilité extracontractuelle, le tribunal se réfère plus avant au critère de la « faute [de l'État] étrangère à l'ordre politique », avancé par l'arrêt de cassation de 1903.

⁽¹¹⁾ Ce que l'État belge a fait importe peu en l'espèce, seul l'acte de l'État néerlandais étant en cause.

VI. Droit public économique – Economisch publiekrecht

ture de l'acte, pris isolément de son contexte, ne peut (...) constituer le seul critère prépondérant ». Confirmant l'approche du premier juge, la cour s'appuie ainsi sur divers éléments censés révéler – par-delà la forme particulière empruntée – la nature véritable de la transaction: outre l'absence d'investisseurs privés, le fait que les négociations ont été menées d'État à État, en concertation avec la Commission européenne au titre du régime des aides d'État, ou encore le fait que l'opération en cause s'est inscrite dans le cadre plus large d'un plan de sauvetage dont un autre volet – l'émission d'obligations d'État – est jugé ressortir « par sa nature » de l'exercice de la puissance publique. De ce « contexte », la cour déduit que le rachat d'actions a relevé, en l'espèce, des « prérogatives de l'État néerlandais, qui lui sont conférées en vue d'assurer la stabilité de son système financier et de protéger son économie », en d'autres termes de ses « activités régaliennes », et qu'il a donc été accompli *jure imperii*.

D'un recours explicite au « contexte » en tant que critère déterminant de l'étendue de l'immunité, l'on trouve, semble-t-il, peu de traces à ce jour dans la jurisprudence belge. L'approche contextuelle est, en revanche, pratiquée par plusieurs jurisprudences étrangères – principalement de *common law*⁽¹²⁾ – pouvant s'autoriser, à cet égard, d'une décision de la *House of Lords* du 16 juillet 1981⁽¹³⁾. Le critère paraît, en tout cas, 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 peut ne pas vouloir ignorer lors de l'examen de celui-ci – sans que cela signifie aucunement que l'appréciation de ces circonstances échapperait au contrôle de la Cour de cassation. La prise en compte du contexte nous semble, dès lors, pouvoir jouer, comme l'illustre à nos yeux l'arrêt an-

noté, un rôle utile dans la détermination de la nature profonde de l'acte litigieux, à la manière d'un tempérament à la rigueur quelquefois excessive, pouvant résulter d'une attention portée exclusivement à la forme de l'acte.

Le contexte, dira-t-on, déguise jusqu'à un certain point le *but* de l'acte. Le tribunal de commerce s'en était expressément défendu, prenant le soin de préciser qu'« en prenant en compte [l]e contexte de péril économique majeur (...), [il] ne fai[sait] pas – pour autant – du but poursuivi par le gouvernement néerlandais le critère de son appréciation ». Force est néanmoins de reconnaître que telle paraît bien être la portée ultime du recours au contexte⁽¹⁴⁾. L'arrêt annoté trahit pareille réalité: ses motifs consacrés à la description du contexte sont, en fait, imprégnés d'un vocabulaire lié à l'objectif – d'intérêt général – poursuivi par l'acte en cause, une référence explicite au « but » se retrouvant même dans un paragraphe liminaire dédié à la « [n]ature » et à l'« étendue » de l'intervention des Pays-Bas. Faut-il s'en offusquer? Sans doute point. Si la finalité ne saurait, d'évidence, constituer, *a priori* et de façon exclusive, le paramètre de l'immunité – sous peine de risquer de procurer à celle-ci une étendue virtuellement absolue, tant il est vrai qu'en dernière analyse le but de tout acte quelconque de l'État est toujours l'intérêt du service public –, il ne devrait toutefois pas être exclu qu'elle puisse, le cas échéant dans le cadre d'une prise en considération plus globale du « contexte », concourir à l'appréciation de la qualité en laquelle l'État est intervenu. Il peut y avoir là, encore une fois, un moyen d'ajuster la solution, peut-être déraisonnable, qu'une application mécanique du critère formel est susceptible de produire. La jurisprudence belge n'ignore pas totalement cette option⁽¹⁵⁾. La Cour d'appel de Bruxelles a certes, en 1993, refusé explicitement de s'y rallier⁽¹⁶⁾. Il ne semble pas, en revanche,

⁽¹²⁾ Voy. not. les réf. citées par St. WITTICH, « Articles 2(1)(c) and (2) and (3) », in R. O'KEEFE et Chr. J. TAMS (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary*, Oxford University Press, 2013, p. 70, notes 111-112.

⁽¹³⁾ *I° Congreso Del Partido*, I.L.R., vol. 64, p. 307.

⁽¹⁴⁾ En ce sens, X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 105-106.

⁽¹⁵⁾ Voy. ainsi, récemment, en matière de bail des locaux de la mission diplomatique, J.P. Etterbeek, 8 juillet 2011, *International Business & Trade S.A. c. République des Seychelles*, R.G. 10A7139, inédit.

⁽¹⁶⁾ Bruxelles (8^e ch.), 10 mars 1993, précité.

qu'en soi l'arrêt de la Cour de cassation de 1903 l'exclue, la nature de l'acte – telle que révélée par la possibilité ou non pour un particulier d'accomplir celui-ci – y fût-elle présentée comme le critère prédominant.

Que, sur le principe, l'on soit sensible ou non à l'invocation du contexte de l'acte – et, à travers lui, du but de l'acte –, deux éléments particuliers évoqués dans l'arrêt annoté retiennent l'attention, en ce que l'un et l'autre auraient pu, selon toute vraisemblance, constituer, pris en eux-mêmes et donc indépendamment de l'analyse du contexte au titre de laquelle l'arrêt les mentionne, une indication décisive de la nature souveraine de l'opération en cause. D'une part, l'assimilation à une nationalisation, présente dans le jugement dont appel et que la cour approuve expressément. La nationalisation est, en effet, à n'en pas douter – ne serait-ce que parce que seul l'État peut y procéder – un acte *jure imperii*⁽¹⁷⁾, et il paraît sensé d'admettre que les actes qui lui sont analogues, appellent une qualification identique⁽¹⁸⁾. D'autre part, la décision de la Commission européenne de tenir les mesures de sauvetage adoptées par la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas pour compatibles avec les règles sur les aides d'État aux banques en temps de crise. S'il y a « aide d'État », il semble, en effet, difficilement contestable – ne serait-ce que parce que seul l'État peut l'octroyer – que l'intervention de ce dernier ne se situe pas dans la sphère des actes *jure gestionis*.

La nature particulière – un État, en l'espèce la Belgique – du partenaire à la transaction du 3 octobre 2008, dans laquelle s'est matérialisé le rachat d'actions litigieux et qui constitue la source de la prétention des demandeurs, aurait-elle pu, de même, conduire, à elle seule, à la conclusion selon laquelle cette transaction

a été effectuée *jure imperii* par les Pays-Bas? La cour d'appel n'évoque pas cet aspect, hors une allusion – dans le cadre de l'analyse du contexte de l'acte – au fait que « les négociations ont été menées d'État à État ». Le problème semble, à dire vrai ne guère se rencontrer dans la jurisprudence, l'acte à l'égard duquel l'immunité de juridiction est invoquée par l'État étranger étant rarement – fût-ce au contentieux de la responsabilité aquilienne – un accord entre ce dernier et un autre État (celui du for ou un autre)⁽¹⁹⁾. Dans un arrêt ancien, la Cour d'appel de Bruxelles a certes estimé que « conclure des accords de commerce (...) avec des pays étrangers » constituait un acte de puissance publique⁽²⁰⁾; s'agissant d'un *obiter dictum*, il est toutefois malaisé d'apprécier le poids réel spécifiquement accordé par la cour à la nature étatique du partenaire. Le problème paraît, à l'analyse, appeler une réponse en deux temps. Avant tout, l'accord est-il un traité? Dans l'affirmative, il y a de bonnes raisons de penser – ne serait-ce que parce que seul l'État peut s'engager par traité – que sa conclusion est accomplie *jure imperii*, quel que soit, par ailleurs, son objet (le cas échéant « commercial »). La question n'est pas abordée dans l'arrêt annoté, lequel se réfère à un « accord » sans examiner plus avant la nature juridique de celui-ci. S'agissant d'un accord entre deux États, l'on est naturellement enclin à considérer, de prime abord, qu'il y a là un traité, les États s'accordant en principe par traité, en leur qualité de sujet du droit des gens. L'hypothèse d'un *contrat* entre États, soumis alors à un droit national, ne saurait assurément être exclue⁽²¹⁾. En l'espèce, les informations manquent toutefois – spécialement quant à une éventuelle clause de droit applicable –, qui permettraient de considérer que les Pays-Bas et la Belgique ont entendu

⁽¹⁷⁾ En ce sens, s'agissant de la zaïrianisation, Bruxelles (2^e ch.), 16 mars 1989, *S.A. Biocare c. Gécamines et République du Zaïre*, *J.T.*, 1989, p. 548. Voy. également I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, 1998, p. 131.

⁽¹⁸⁾ En ce sens, voy. Trib. féd. suisse, 19 janvier 1987, *S. c. République socialiste de Roumanie et Vaud*, ATF 113 Ia 172 S. 176.

⁽¹⁹⁾ C'est une situation voisine, mais distincte, que vise la Cour suprême de Suède dans *Municipality of Västerås v. Iceland*, 30 décembre 1999, *I.L.R.*, vol. 128, p. 705: l'immunité est reconnue, mais à l'égard du contrat conclu avec le demandeur – un particulier – dans un domaine réglementé par un accord intergouvernemental auquel l'État défendeur et l'État du for sont parties, non à l'égard de la conclusion par l'État défendeur de l'accord intergouvernemental lui-même.

⁽²⁰⁾ Bruxelles, 4 décembre 1963, *Société anonyme 'Dbllelmes et Masurel' c. Banque centrale de la République de Turquie*, *Pas.*, 1965, II, p. 42 (nous accentuons).

⁽²¹⁾ Voy. gén. J. VERHOEVEN, *o.c.*, pp. 373-374.

s'accorder autrement que par traité⁽²²⁾. Quand bien même s'agirait-il d'un contrat – il s'agit de la deuxième étape de la réponse –, la nature étatique du cocontractant de l'État défendeur semble, ici encore, devoir plaider en faveur de l'interprétation selon laquelle ce dernier a agi *jure imperii*. Telle est, à tout le moins, la solution se dégageant de l'article 10, § 2, *a*, de la Convention des Nations Unies du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁽²³⁾ – sur laquelle la cour s'abstient de s'appuyer (hors une référence à la définition de la « transaction commerciale » à l'article 2, § 2) sans doute parce que, outre qu'elle n'est pas encore en vigueur et que la Belgique, si elle en est signataire depuis 2005, ne l'a pas à ce jour ratifiée, la Convention n'a même pas été signée par les Pays-Bas⁽²⁴⁾. L'article 10, § 2, *a*, rétablit, en effet, automatiquement l'immunité de juridiction – écartée en principe par l'article 10, § 1^{er}, dans toute « procédure découlant » d'une « transaction commerciale » – lorsque ladite transaction – qui peut être un « contrat »⁽²⁵⁾ – a été conclue « entre États ». À s'en tenir à cette disposition, en considérant même que l'accord belgo-néerlandais du 3 octobre 2008 représente une « transaction commerciale », et que la procédure intentée en l'espèce – une action en responsabilité extracontractuelle – « découle » de cette transaction, l'immunité aurait donc, sans doute, pu être maintenue sur cette (seule) base⁽²⁶⁾.

3. L'extension de l'immunité à la banque centrale

Il n'était pas contesté entre parties que *De Nederlandsche Bank*, une société dont l'État

néerlandais est l'unique actionnaire et dont la mission de service public est fixée par la loi, est une « entité » au sens de l'article 27, § 1^{er}, de la Convention de Bâle – à savoir une entité distincte de l'État et disposant de la capacité d'ester en justice –, et qu'elle bénéficie partant de l'immunité de juridiction, conformément à l'article 27, § 2, de la même Convention, pour les actes qu'elle accomplit *jure imperii*. L'approche est, du reste, indépendamment même de l'article 27, en harmonie avec la jurisprudence belge, celle-ci paraissant accorder l'immunité de juridiction aux organismes distincts de l'État et nantis de prérogatives de puissance publique, dès lors que l'acte a effectivement été accompli dans l'exercice de ces prérogatives⁽²⁷⁾: sans donc avoir davantage égard au statut organique de l'entité en cause, c'est le caractère *jure imperii* ou *jure gestionis* qui, comme pour l'État lui-même, détermine le bénéfice de l'immunité.

À cet égard, « [p]ar identité de motifs » avec ce qui a été décidé pour l'État néerlandais – ce qui est peut-être quelque peu simplificateur, car il semble que les fautes imputées à la banque centrale n'étaient pas exactement identiques aux griefs formulés à l'encontre du premier défendeur, ce qui se conçoit puisque la banque n'était pas formellement partie prenante à l'opération d'acquisition des actions –, la cour conclut, sans motivation additionnelle, à l'applicabilité de l'immunité, ce qui suppose qu'elle tient les actes litigieux de la banque centrale pour effectivement accomplis *jure imperii*. L'on notera que le premier juge avait pris soin de préciser que la « preuve » du caractère *jure gestionis* incombait aux demandeurs⁽²⁸⁾. L'arrêt d'appel n'évoque pas explicitement cet aspect. Il semble, en réalité, qu'il

⁽²²⁾ Le premier juge faisait néanmoins référence aux « contrats concernés par le litige », sans autre développement toutefois.

⁽²³⁾ A/RES/59/38, 2 décembre 2004.

⁽²⁴⁾ Ce qui n'empêche pas le *Hoge Raad* de considérer que certaines de ses dispositions reflètent le droit international coutumier, et d'en faire application à ce titre: 5 février 2010, *Royaume du Maroc c. X*, n° 08/02855, *N.J.B.*, 2010, p. 492.

⁽²⁵⁾ Voy. explicitement la définition à l'art. 2, § 1^{er}, *c*, de la Convention, et le commentaire du projet d'art. 10, point 7, *Ann. C.D.I.*, 1991, vol. II, 2^e partie, p. 35.

⁽²⁶⁾ Voy. cependant la critique de l'article 10, § 2, *a*, dans C. KESSEDJIAN et Chr. H. SCHREUER, « Le projet d'articles de la Commission du Droit international des Nations Unies sur les immunités des États », *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 312.

⁽²⁷⁾ Voy. ainsi C. trav. Bruxelles, 30 mars 1990, *Collée c. Gécamines commerciale*, *J.T.T.*, 1991, p. 9; C. trav. Bruxelles, 1^{er} février 1980, *Castanheira c. Office commercial du Portugal*, *J.T.T.*, 1980, p. 274; Bruxelles, 4 décembre 1963, précité.

⁽²⁸⁾ Voy. not., en ce sens, Cass. fr., 28 mai 2002, *Crts Daninos c. Société tunisienne de banque, Banque centrale de Tunisie, société Banque franco-tunisienne, État tunisien*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 296.

n'y ait pas là une question de fait, qui commanderait, à proprement parler, l'administration d'une « preuve » par l'une ou l'autre des parties, mais plutôt une question de droit, qu'il revient ultimement au juge de trancher – à la lumière, bien entendu, des arguments avancés par les plaideurs. Dans ce cadre, toutefois, l'on comprendrait difficilement – ne serait-ce que parce que la responsabilité internationale de l'État du for, dont le juge est l'organe, est potentiellement en cause – que le juge n'accorde pas *a priori* le plus grand poids à l'invocation de l'immunité de juridiction par l'État défendeur, et qu'il n'exige point de la partie adverse une argumentation particulièrement élaborée quant à la nature prétendument non souveraine de l'acte en cause.

Un débat – dont l'on ne perçoit pas bien le sens – semble avoir animé les parties autour de l'incidence de l'illégalité éventuelle de la conduite de *De Nederlandsche Bank*. L'arrêt annoté rejette l'idée selon laquelle une telle illégalité aurait un impact sur la détermination de l'étendue de l'immunité. À bon droit car, si le juge devait prendre en compte l'illégalité alléguée du comportement – laquelle n'est d'ailleurs rien d'autre que la raison même de l'action en justice et de la prétention à l'immunité que celle-ci suscite – dans l'appréciation de l'immunité de juridiction, il se prononcerait, en réalité, déjà sur le fond, ce qui reviendrait à nier cette immunité ⁽²⁹⁾.

4. Le droit d'accès au juge

L'arrêt annoté ne souffle mot du droit d'accès au juge (art. 6 C.E.D.H.). C'est, manifestement, que les actionnaires n'ont pas soutenu que le leur était affecté, en l'occurrence, par l'immunité de juridiction reconnue aux défendeurs. À dire vrai, il ne l'est pas, en

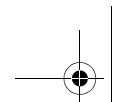
effet, dès lors que l'on s'accorde sur le fait que l'immunité octroyée en l'espèce l'a été dans le respect des règles applicables du droit international. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est fixée en ce sens ⁽³⁰⁾: l'immunité de juridiction de l'État, qui poursuit le but légitime d'« observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État », n'emporte pas de restriction disproportionnée au droit – non absolu – d'accès au juge, aussi longtemps qu'elle « reflète une règle de droit international généralement reconnu en matière d'immunité des États » – ce que la Cour de Strasbourg se réserve le pouvoir, non négligeable, de contrôler. Des décisions belges récentes font une correcte application de ce raisonnement ⁽³¹⁾.

Le tribunal de commerce avait, dans le jugement *a quo*, précisé que « si les demandeurs et intervenants persistent, il leur est loisible d'actionner devant les tribunaux des Pays-Bas ». Le motif intervient après que le tribunal ait fait droit aux déclinatoires de juridiction de l'État néerlandais et de sa banque centrale, fondés sur l'immunité de juridiction, mais aussi à ceux de Fortis Utrecht et Fortis Insurance – deux sociétés de droit néerlandais attirées devant le premier juge –, fondés, pour leur part, sur l'article 22, § 2, du Règlement Bruxelles I. Le motif n'est donc pas lié spécifiquement au débat portant sur l'immunité de juridiction. L'on peut, dès lors, difficilement y voir un constat spécifique de l'existence d'une voie alternative permettant aux demandeurs d'obtenir réparation – voie alternative dont dépendrait, selon le juge saisi, l'admissibilité de l'immunité au regard de l'article 6 C.E.D.H. Pareil constat n'aurait pas été sans ambiguïté. L'existence d'un re-

⁽²⁹⁾ Voy., en ce sens, C.I.J., 3 février 2012, précité, § 60. La référence par la cour à l'arrêt *Lechouritou* (C.J.C.E., C-292/05, 15 février 2007, *Rec.*, 2007, p. I-1519) n'est pas, en revanche, sans ambiguïté, le prononcé concernant, en soi, l'applicabilité matérielle de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et non l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

⁽³⁰⁾ Voy. princ. *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, req. 35763/97; *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, req. 37112/97; *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, req. 31253/96; *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, req. 15869/02; *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011, req. 34869/05; *Oleynikov c. Russie*, 14 mars 2013, req. 36703/04.

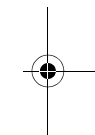
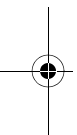
⁽³¹⁾ C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 3 mai 2012, précité (confirmant Trib. trav. Bruxelles, 23 avril 2010 et 4 octobre 2010, R.G. 3702/09, *De Juristenkrant*, 6 avril 2011, p. 6); Civ. Gand (7^e ch.), 1^{er} octobre 2013, précité. Voy. également, *mutatis mutandis*, s'agissant de l'immunité d'exécution de l'État, Bruxelles, 26 avril 2010, R.G. 2008/AR/2441, inédit.



VI. Droit public économique – Economisch publiekrecht

cours alternatif a certes été retenue dans un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles comme critère déterminant pour reconnaître l'immunité de juridiction à l'État défendeur⁽³²⁾. Un tel raisonnement n'est cependant pas celui qu'adopte la Cour de Strasbourg, celle-ci vérifiant plutôt (voy. ci-avant) la conformité de l'immunité accordée à l'État avec (ce qu'elle estime être) le droit international en vigueur. Il s'est, en outre, vu explici-

tement dénier toute pertinence par la Cour internationale de Justice, laquelle a déclaré qu'elle « ne voit, dans la pratique des États – dont découle le droit international coutumier –, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un État à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation »⁽³³⁾.



⁽³²⁾ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 6 janvier 2010, R.G. 2009/AB/46982, inédit.

⁽³³⁾ C.I.J., 3 février 2012, précité, § 101.

