

Faut-il interdire au créancier d'un Etat étranger d'avoir accès aux juridictions françaises?

par Renaud Thominet

Avocat au barreau de Paris - Renault, Thominet, Vignaud - Association d'avocats

L'essentiel

L'action des fonds « vautours », créanciers d'Etats souverains, qui mettent en œuvre tous les moyens pour recouvrer leurs créances, quitte à compromettre les plans de rééchelonnement établis au niveau international, est aujourd'hui tellement décriée qu'une proposition de loi à l'Assemblée nationale vise à leur rendre impossible l'accès au juge français. Au regard du régime procédural applicable aux Etats souverains, et à l'aune de la jurisprudence récente, une telle mesure est-elle nécessaire ?

Le règlement des dettes commerciales d'Etats surendettés pose des questions particulièrement difficiles, en particulier aux plans économique et géopolitique. Si les instances de régulation mondiale tentent, depuis de longues années, de mettre en œuvre des procédures de rééchelonnement de la dette, étape nécessaire pour que les Etats pauvres retrouvent un accès aux marchés de capitaux, ces tentatives se trouvent parfois bloquées, du fait de certains créanciers. En effet, il arrive que des créanciers commerciaux refusent de souscrire aux plans de rééchelonnement, préférant essayer de forcer le règlement intégral de leur créance.

Cette situation concerne au premier chef les fonds d'investissements (dits « fonds vautours ») spécialisés dans l'achat, à bas prix, de créances d'entreprises commerciales ou financières sur des Etats surendettés, et qui usent de tous les moyens, en particulier juridiques et judiciaires, pour obtenir le complet paiement de la créance rachetée.

Dès lors qu'elle met en péril les plans dessinés au niveau international, l'action des fonds vautours suscite l'indignation de nombreux responsables politiques, non seulement dans les pays endettés, mais également dans les pays plus riches, à tel point qu'en France une proposition de loi n° 3214 a été déposée le 28 juin 2006 à l'Assemblée nationale, intitulée « Lutte contre l'action des fonds financiers dits « fonds vautours » ».

En substance, ce texte interdit à un créancier d'avoir accès aux juridictions françaises, « lorsqu'il apparaît que l'acquisition de la créance procède d'une spéculation sur les procédures susceptibles d'être intentées contre le cédé ».

On peut s'interroger - sur un plan strictement juridique et indépendamment de tout jugement de valeur - sur la nécessité d'une telle proposition de loi : le droit français serait-il à ce point favorable aux créanciers d'Etats souverains qu'il faille introduire un texte spécial limitant les droits des créanciers qui refusent de voir leur créance rééchelonnée ?

Cette question doit être examinée à l'aune de décisions récentes des juridictions françaises, desquelles il ressort que même si l'Etat étranger n'est pas un justiciable ordinaire, il ne bénéficie pas de protections absolues. En effet, même s'il est acteur du commerce international, et si son caractère souverain lui confère des avantages procéduraux, souvent mal connus des créanciers, ces avantages ne sont pas dirimants (I). Au surplus, lorsqu'il dispose d'un titre contre l'Etat, le créancier, bien qu'il puisse se heurter à des obstacles qui peuvent retarder le recouvrement de sa créance, n'est pas dépourvu de moyens de les contourner (II).

I - Les règles procédurales peuvent rendre complexe (mais pas impossible) l'introduction d'une procédure contre l'Etat étranger

Parce qu'il est, en principe, souverain, l'Etat étranger ne peut être traité par les juridictions nationales comme un justiciable ordinaire. Ainsi, la France, qui respecte le principe de courtoisie entre Etats, a édicté des règles de procédure qui permettent aux instances diplomatiques françaises de contrôler de quelles affaires sont saisis les juges français. Ces règles, dérogeant au droit commun de la procédure civile, sont souvent méconnues des créanciers, ce qui explique qu'elles puissent parfois s'avérer un obstacle (A). Par ailleurs, une fois l'obstacle franchi, l'action contre l'Etat ne pourra prospérer au fond que si elle est recevable, au-delà de l'immunité de juridiction dont ledit Etat peut bénéficier (B).

A - Les règles de notification à un Etat étranger: un faux obstacle pour les créanciers

Dès l'introduction de la demande en justice contre l'Etat étranger, le créancier doit se montrer vigilant : en effet, une assignation destinée à un Etat étranger

doit lui être adressée conformément à des règles dérogatoires du droit commun, visées à l'article 684, alinéa 2 et 3, NCPC. A défaut, il s'expose à devoir réintroduire sa demande.

1 - Des règles sanctionnées par la nullité de l'assignation

L'article 684, alinéa 2 et 3, NCPC impose que la notification à un Etat étranger soit faite par voie diplomatique. Ce texte dispose que l'autorité compétente en France pour opérer la notification (huissier ou greffe de la juridiction) remet l'acte au parquet français compétent, le parquet l'adresse ensuite à la Chancellerie, qui le fait parvenir au ministère des Affaires étrangères français, qui transmet l'acte à l'ambassade de France du pays de destination, qui le communique au ministère des Affaires étrangères du pays destinataire (pour une étude détaillée des règles de notification à un Etat étranger: R. Thominet et G. Le Quillec, *Le régime méconnu des notifications à un Etat étranger*, JCP G 2006. I. 147).

Ces règles doivent être strictement respectées: leur violation étant sanctionnée par la nullité de la notification, en vertu de l'article 693 NCPC, le créancier qui ne les respecte pas risque de devoir faire délivrer une nouvelle assignation, ce qui n'est pas sans occasionner de longs délais.

Cependant, une incertitude existe quant à la nature de la nullité de la notification, la jurisprudence étant partagée entre nullité de fond et nullité de forme. Si certaines décisions des juges du fond ont prononcé la nullité d'un acte sans examiner si l'Etat destinataire articulait un quelconque grief, laissant ainsi croire à une nullité de fond, d'autres ont, à l'inverse, refusé, au visa de l'article 114 NCPC, d'annuler des notifications dès lors que la preuve d'un grief n'était pas rapportée, laissant ainsi penser à une nullité de forme. Une décision récente de la Cour d'appel de Toulouse est venue compliquer le débat, puisqu'elle a décidé en faveur d'une nullité de fond, au visa de l'article 117 NCPC, mais sur un fondement critiquable (elle se réfère à un «défaut de qualité passive» du défendeur, notion étrangère aux dispositions de l'article 684, qui concerne uniquement les voies de notification) (pour une analyse détaillée de la jurisprudence, R. Thominet et G. Le Quillec, note sous Toulouse 9 mai 2006, JCP G 2007. II. 10021).

L'incertitude demeurera donc tant que la Cour de cassation ne se sera pas prononcée. L'enjeu est d'importance pour le créancier, puisque, si elle est simplement formelle, la nullité n'aura de conséquence sur l'assignation que si l'Etat est en mesure de prouver un grief. Or, en pratique, si l'Etat est présent à l'instance, et en mesure de présenter sa défense, le grief paraît difficile à articuler.

2 - Une protection procédurale à laquelle il peut être dérogé

Surtout, la protection que peut trouver l'Etat dans les règles procédurales de notification n'est pas absolue. Si l'Etat a renoncé à ses immunités, en particulier les immunités de notification, il ne peut plus invoquer la protection de l'article 684. Cette solution vient d'être dégagée par la Cour de cassation, en sens inverse de ce qu'avaient jusqu'à présent décidé les juges du fond.

En effet, un arrêt du 6 février 2007 de la première chambre civile de la Cour de cassation (Bull. civ. I, n° 52) précise, pour la première fois, que l'Etat peut valablement renoncer à la protection des règles de notification internationale: dans cette affaire, l'Etat poursuivi par un fonds voutour avait renoncé, dans

le contrat initial servant de base à la créance rachetée par le fonds, à toute immunité, notamment de notification. Alors que la Cour d'appel de Paris avait jugé que les règles de notification à l'Etat étaient d'ordre public (et qu'il ne pouvait donc y être dérogé), la Cour de cassation infirme cette analyse au motif qu'«un Etat peut renoncer au bénéfice des immunités de juridiction et d'exécution, de même qu'aux dispositions protectrices résultant [du texte de l'article 684, alinéa 2 et 3]».

Cette décision ne manquera pas de recevoir application: il est probable que les créanciers commerciaux, déjà prompts à exiger une renonciation aux immunités de juridiction et d'exécution (V. *infra*), et une fois qu'ils auront été instruits de ces règles particulières, insisteront pour que l'Etat y renonce également.

B - L'immunité de juridiction: un obstacle qui peut être contourné, en amont, par les créanciers de l'Etat étranger

Si le créancier est suffisamment prudent dans la délivrance à l'Etat étranger de son acte introductif d'instance, il peut alors former ses demandes au fond, à moins qu'elles soient irrecevables devant les juridictions françaises, ce qui est le cas lorsque l'Etat bénéficie d'une immunité de juridiction (pour un exemple récent, Paris 8 juin 2005, *in D.* 2006. Point de vue. 2476).

La situation du créancier de l'Etat est aujourd'hui évidemment plus favorable que celle qui prévalait jusqu'en 1929: avant cette date, la jurisprudence considérait que tout Etat souverain bénéficiait d'une immunité de juridiction absolue et les tribunaux se déclaraient absolument incompétents, quel que soit le caractère des actes effectués par ces Etats (Cass. 22 janv. 1849, Grands arrêts DIP, Dalloz, n° 47). Cette jurisprudence a pris fin avec un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 1929, qui a distingué pour la première fois les actes de puissance publique des actes de gestion de l'Etat: depuis cet arrêt, l'Etat n'est plus protégé pour ses actes de commerce (*de jure gestionis*) (Cass. req. 19 févr. 1929, D. 1929. 1. 73, note Savatier). Ainsi, en principe, l'Etat ne bénéficie de l'immunité de juridiction que pour les actes qu'il accomplit en qualité de souverain (*de jure imperii*), à savoir non seulement pour les actes de puissance publique mais aussi pour ceux accomplis dans l'intérêt d'un service public.

Or, en pratique, la difficulté pour le créancier est de déterminer si sa créance sur l'Etat étranger est de nature commerciale ou souveraine: par exemple, qu'en est-il de la créance rachetée par un fonds à une entreprise de travaux publics qui avait contracté avec un Etat impécunieux pour la construction d'une route? L'Etat bénéficie-t-il de l'immunité de juridiction? Le créancier devra alors rechercher si le contrat initial, qui fonde sa créance contre l'Etat, a été conclu dans l'intérêt du service public, ou s'il comporte une clause exorbitante du droit commun (critère de l'acte de puissance publique en jurisprudence).

A supposer que le contrat de base avec l'Etat ne soit pas de nature commerciale, le créancier devra alors examiner si ledit contrat comporte une clause de renonciation à l'immunité de juridiction, étant précisé que la renonciation doit être dénuée d'équivoque (ce qui ne signifie pas qu'elle doive nécessairement être explicite: l'Etat qui prend l'initiative d'introduire une procédure, par exemple renonce implicitement mais nécessairement à son immunité d'exécution).

Il apparaît donc que l'Etat poursuivi en paiement peut tenter d'opposer au créancier poursuivant son immunité de juridiction, cette arme étant, en théorie, celle sur laquelle l'Etat a le plus de prise. Toutefois, dans de nombreux cas, les Etats pauvres sont souvent contraints de renoncer à leur immunité de juridiction par leurs partenaires commerciaux ou financiers : à défaut, le partenaire ne prendra pas le risque de conclure avec l'Etat.

En conclusion, si le créancier qui refuse un règlement négocié parvient à franchir les obstacles d'ordre procédural qui viennent d'être examinés - et qui peuvent ralentir, parfois considérablement, son action -, rien ne lui interdit d'obtenir un titre exécutoire contre l'Etat débiteur. Toutefois, au stade de l'exécution, de nouvelles difficultés peuvent se présenter.

II - Les difficultés d'exécution du jugement obtenu contre l'Etat étranger

Une fois sa créance constatée par un titre exécutoire français (ou étranger - le créancier devant dans ce cas faire reconnaître son titre en France), le créancier cherche alors à l'exécuter. Dans le cadre de ces mesures d'exécution, deux questions se posent : soit l'Etat dispose d'actifs en France et la question est de savoir s'ils sont saisissables (A) ; soit l'Etat n'est propriétaire d'aucun actif en propre : la seule possibilité d'obtenir paiement tient alors dans l'existence d'actifs appartenant à des sociétés nationales, à condition pour le créancier de démontrer qu'elles sont des émanations de l'Etat (B).

A - Les actifs appartenant à l'Etat sont-ils saisissables ?

Dès lors qu'il aura identifié des actifs appartenant à l'Etat débiteur, le créancier peut essayer de les saisir, en mettant en œuvre les voies d'exécution disponibles.

Or, comme il résulte de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991, « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ». En effet, toujours à raison de la dignité de l'Etat souverain, le droit français limite la possibilité de paiement forcé aux cas où les biens de l'Etat ne sont pas protégés par l'immunité d'exécution. A la différence de l'immunité de juridiction, la question n'est pas de savoir si l'Etat a agi en qualité de souverain ou de commerçant : en matière d'immunité d'exécution, ce qui importe est de savoir si les biens saisis sont affectés ou non à l'activité souveraine de l'Etat.

Si les biens saisis ont été affectés à l'activité économique, commerciale ou civile de l'Etat relevant du droit privé, la jurisprudence décide, de manière classique, qu'ils peuvent être saisis. C'est le cas, par exemple, de biens immobiliers en France acquis par un Etat pour loger son personnel diplomatique (mais pas l'ambassadeur) (Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 2005. Jur. 616, avis Sainte-Rose).

En revanche, si les biens ne sont pas affectés à une telle activité commerciale, l'enjeu est alors de déterminer si l'Etat a renoncé à son immunité d'exécution. En effet, comme en matière d'immunité de juridiction, il est fréquent que les cocontractants d'un Etat, dès lors qu'ils sont suffisamment puissants, lui imposent une telle renonciation.

A cet égard, la renonciation n'a pas nécessairement à être expresse : la jurisprudence a ainsi admis qu'un Etat pouvait, de manière implicite, renoncer à son immunité d'exécution, par exemple en acceptant une clause d'arbitrage faisant référence à un règlement prévoyant que les parties s'obligent à exécuter la sentence arbitrale (Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, Bull. civ. I, n° 207 ; D. 2001. Chron. 2139, par J. Moury).

Dans ce cadre, la question de la saisissabilité des biens de l'Etat affectés à son activité diplomatique fait l'objet d'un traitement particulier. A cet égard, les juridictions françaises ont eu à connaître de saisies pratiquées sur des comptes bancaires d'ambassades.

Pour la jurisprudence, les comptes d'une ambassade sont protégés par l'immunité diplomatique qui résulte de la convention de Vienne du 18 avril 1961, dès lors que les sommes qui sont déposées sur ces comptes sont affectées à l'exercice de la mission diplomatique. Or, selon un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris, « les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique [et] il appartient dès lors [au créancier] de rapporter la preuve que le compte saisi est affecté à une activité ne relevant pas de l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'ambassade » (Paris 21 sept. 2006, Juris-Data, n° 2006-315151).

Le créancier qui entend saisir les actifs de l'ambassade n'en est donc pas empêché, à condition d'arriver à prouver que les sommes saisies sont utilisées à d'autres fins que celles de la mission diplomatique (étant entendu que le fait que le compte serve à payer les salaires des agents de la mission ne constitue pas la preuve nécessaire).

L'autre possibilité pour le créancier souhaitant saisir les actifs de l'ambassade serait de rapporter la preuve d'une renonciation à l'immunité diplomatique prévue par la convention de Vienne. Dans des arrêts fort remarquables, la Cour d'appel de Paris a, par exception au principe qui admet la renonciation implicite, considéré que la renonciation à l'immunité diplomatique devait être spécifique et que la renonciation générale par un Etat à ses immunités, sans viser expressément celle découlant de la convention de Vienne, ne saurait rendre saisissables les actifs diplomatiques de l'Etat en France (Paris 10 août 2000, D. 2001. Jur. 2157, note Fongaro ; 26 sept. 2001, D. 2001. IR. 3017).

B - Les émanations : une fausse protection pour l'Etat étranger ?

Lorsque l'Etat étranger ne dispose pas en France d'actifs en son nom propre, le créancier peut être tenté de rechercher des actifs au nom d'une personne morale distincte, dont il devra alors démontrer qu'elle est factice : c'est la notion d'émanation. Si la jurisprudence a eu tendance à interpréter de façon restrictive cette notion, on note qu'un courant doctrinal pousse aujourd'hui à diminuer la portée de la protection constituée par les émanations, pour permettre une plus grande efficacité des décisions de justice, et en particulier des sentences arbitrales.

Dans un premier temps, la jurisprudence s'est montrée réticente à laisser les créanciers saisir les actifs de personnes morales apparemment distinctes de l'Etat débiteur. Aussi, les juridictions françaises ont rejeté le seul critère organique : ce n'est pas parce qu'une société nationale est contrôlée par l'Etat

qu'elle est nécessairement une façade juridique derrière laquelle s'abrite l'Etat. Comme le souligne un auteur, «il semble qu'en réalité ce soit l'absence de patrimoine financier et comptable distinct de celui de l'Etat qui doit être établie», la charge de la preuve incombant à celui qui se prévaut de la nature d'émanation de la personne morale (M. Audit, note sous Paris 1^{er} sept. 2005, *in* Rev. arb. 2006. 214).

La charge de la preuve s'avérant particulièrement lourde pour le créancier et ce, d'autant plus que les éléments de preuve relatifs à la personne morale étrangère sont souvent situés dans le pays où elle est établie, l'examen des décisions récentes montre que, de fait, dans la plupart des cas, les juridictions refusent de lever le voile sociétaire et d'attribuer la qualité d'émanation à une entreprise publique.

Toutefois, un contre-exemple notable vient d'être apporté par la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 février 2007 déjà cité. Dans cette affaire, le créancier saisissant était, précisément, un fonds d'investissement. Or, ce créancier ayant rapporté de nombreux éléments de preuve tirés, notamment, de rapports du FMI, la Cour de cassation a reconnu la qualité d'émanation à une société pétrolière détenue par l'Etat et a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris ayant retenu que «dès lors que la société n'était pas statutairement dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et que son patrimoine se confondait avec celui de l'Etat, elle devait être considérée comme une émanation».

Il convient de s'interroger sur la portée de cet arrêt. Si l'attendu sus-cité est très proche de ce qui est généralement décidé par la Cour de cassation, il n'en demeure pas moins que cet arrêt constitue un événement : sur les dix dernières années, et

alors que les chambres civiles de la Cour de cassation ont eu à connaître de huit affaires relatives à des émanations, il s'agit du seul arrêt acceptant de reconnaître la qualité d'émanation à la personne morale concernée. Il faudra encore attendre quelque temps avant de savoir si cet arrêt est une exception, ou s'il consacre, comme le réclament certains auteurs, la fin de la protection tirée de la notion d'émanation.

Pour conclure, on constate donc que, par sa nature même, un Etat étranger poursuivi en France, pour autant qu'il sache utiliser les quelques avantages que lui procure le droit français, peut tenter de décourager les efforts de ses créanciers et retarder le paiement effectif de sa dette. Toutefois, aucun des moyens à sa disposition ne permettra à l'Etat de ne pas la payer, *in fine*. En outre, de telles procédures entraînent nécessairement un coût important pour l'Etat, non seulement financier, mais surtout en termes d'image, les créanciers n'hésitant pas à avoir recours à des moyens de publicité qui entachent la réputation de l'Etat sur les marchés de capitaux.

Dès lors, si la volonté politique est de protéger les Etats contre leurs créanciers, et en particulier les fonds d'investissement, il ne semble pas y avoir d'autre solution que de légiférer. Mais, dans ce cas, on peut se demander s'il est légitime de distinguer entre les «bons» et les «mauvais» créanciers (ces derniers étant les fonds vautours). En effet, parce qu'ils assurent aux cocontractants de l'Etat la possibilité de se voir payer (même partiellement) une créance qui, autrement, risquerait de ne jamais l'être, les fonds vautours n'assurent-ils pas une certaine liquidité des créances et ne permettent-ils pas de favoriser les échanges commerciaux et financiers avec les Etats? Leur couper les ailes, comme le veut la proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale, ne serait-il pas, à terme, contre-productif? ■

La revue qui fait référence DEPUIS 1824



The advertisement features a stack of Dalloz journals on the left and a DVD-ROM disc on the right. The DVD disc is red and white, with the Dalloz logo and a list of contents: Doctrine, Législation, Bibliographie, and Jurisprudence. The background is a dark red gradient.

**La nouvelle version
du DVD-Rom Recueil Dalloz
contient l'intégralité
des 17 dernières années
du Recueil Dalloz**

N°Indigo 0 820 800 017