

CH_VB 150000071 vom 20. November 2007

Bundesverwaltung, 2007-11-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000071

FR: CH_VB 150000071 du 20 novembre 2007

IT: CH_VB 150000071 del 20 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (RS 0.975.2)

E. 2

SEBASTIEN MANCIAUX, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 2004, p. 136.

E. 3

ICSID Review, 1999, p. 251ss.

E. 4

«For the purpose of the Convention, a mixed economy company or government-owned company corporation should not be disqualified as a «national of another Contracting State» unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function» (CIRDI/ICSID Review, 1999, p.258).

Avis de droit

VPB/JAAC/GAAC 2008 185

2. Traitement à accorder aux investissements effectués directement ou indirectement par un Etat

a) Notion d'investissement

La notion d'investissement dans les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements conclus par la Suisse est très extensive et englobe la propriété de biens mobiliers et immobiliers, les investissements en portefeuille, les droits de propriété intellectuelle, les concessions et ainsi de suite. Ces traités ne font pas de distinction selon la nature publique ou privée de l'investissement. Quant à elle, la Convention de Washington ne définit pas la notion d'investissement. Il ressort toutefois de la jurisprudence du CIRDI que ladite notion est également très large⁵.

b) Principe

Comme évoqué plus haut, il ne ressort pas de la jurisprudence du CIRDI qu'un investissement devrait être traité différemment en fonction de la provenance des fonds investis (privés vs. publics)⁶. On peut ajouter que la distinction entre investissement public et privé en fonction de la provenance du capital a perdu beaucoup de son sens. En effet, les relations financières sont devenues tellement enchevêtrées et volatiles qu'il est difficile, voire impossible, d'en déterminer la source et donc «l'entité» exerçant un contrôle sur l'entreprise⁷.

La seule exception à ce qui vient d'être énoncé concerne les investissements publics effectués par un Etat et qui découlent d'un acte de puissance public (*jure imperii*)⁸, car dans ce cas l'Etat bénéficie d'une immunité.

c) Immunité de juridiction

En droit international public, l'Etat bénéficie d'une immunité, basée sur l'absence de toute hiérarchie entre les Etats⁹ qui «exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre Etat conformément à la maxime selon laquelle *'par in parem non habet jurisdictionem'*»¹⁰. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'immunité était absolue de sorte qu'un Etat ne pouvait être attiré devant les tribunaux étrangers en aucune circonstance. A partir du XXe siècle, une distinction entre les activités souveraines et les activités privées a été opérée notamment pour tenir compte de l'essor des activités commerciales des Etats qui les a contraint à renoncer à leur immunité lorsqu'ils s'engagent dans des activités privées¹¹.

aa. Jurisprudence du Tribunal fédéral

E. 5

Voir le chapitre consacré à cette problématique par Manciaux, *op. cit.*, p. 43ss.

E. 6

Voir l'affaire *Ceskoslovenka Obchodni Banka vs Slovak Republic*, ICSID Review, 1999, p.251ss.

E. 7

Voir A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States*, cité par Manciaux, *op. cit.*, p.140.

E. 8

JAAC 1986, n°43, p.42ss.

E. 9

Ulrich Köhler, *Contracts of Employment under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in: *Australian Review of International and European Law*, vol. 9, 2004, p. 191ss.

E. 10

Patrick Daillier/Alain Pellet, *Droit international public*, 7e éd., Paris 2002, n° 289.

E. 11

Gerhard Hafner/Léonore Lange, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, in: *Annuaire français de droit international* 2004, p. 45ss.

Avis de droit

VPB/JAAC/GAAC 2008 186

Pour la Tribunal fédéral, l'immunité de juridiction est toutefois limitée aux actes «*jure imperii*», à savoir les actes qui relèvent de la puissance publique. En revanche, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure concernant une transaction commerciale¹². Le Tribunal fédéral a consacré ce principe de l'immunité relative des Etats

étrangers en ce sens que seuls les actes effectués en vertu de leur souveraineté sont protégés par leur immunité¹³. Les actes qu'ils accomplissent en tant que titulaires de droits privés au même titre qu'un particulier ne sont pas protégés et ne bénéficient par conséquent d'aucun traitement différencié. La Haute Cour a par ailleurs précisé que pour distinguer entre les actes accomplis «*jure gestionis*» et «*jure imperii*», il y avait lieu de considérer la nature propre de l'activité et non pas le but de celle-ci¹⁴.

Constatant que les Etats interviennent de plus en plus souvent dans des activités incombant normalement aux particuliers, selon des mécanismes similaires à ceux utilisés entre acteurs privés, le Tribunal fédéral rappelle que la conception restrictive de l'immunité des Etats est aujourd'hui largement reconnue, tant dans les droits nationaux des Etats que dans les instruments internationaux. Certains Etats, minoritaires, continuent toutefois à invoquer le principe de l'immunité absolue de l'Etat. Le Tribunal fédéral précise le champ d'application matériel de l'immunité en soulignant que seules les activités «souveraines», à savoir celles qui impliquent l'usage de prérogatives de la puissance publique, jouissent de l'immunité.

bb. Convention des Nations Unies

La Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens¹⁵ (ci-après la Convention), est l'aboutissement de 27 années de travail au sein de l'ONU pour codifier le droit coutumier en la matière¹⁶.

S'agissant des exceptions au principe de l'immunité, la Convention stipule dans sa troisième partie que, de manière générale, les transactions commerciales, les contrats de travail, la propriété, la possession ainsi que l'usage de biens, tout comme les domaines de la propriété intellectuelle ou encore la participation à des sociétés échappent à l'immunité des Etats.

Ainsi, la Convention opère une distinction entre l'immunité de juridiction applicable à la relation entre une société appartenant en partie ou entièrement à un Etat et un tiers («*Aussenverhältnis*») et la relation entre une société et un Etat ayant investi dans cette société («*Innenverhältnis*»).

Concernant l'«*Aussenverhältnis*», l'article 10 de la Convention intitulé «Transactions commerciales» prévoit qu'un Etat qui «effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale, (...) ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction», sauf dans les cas de transactions commerciales entre Etats ou si les parties à la transaction en ont convenu autrement.

Par ailleurs, selon le paragraphe 3 de l'article 10, l'immunité de juridiction de l'Etat concerné n'est pas affectée lorsqu'une «entreprise d'Etat ou une autre entité créée par l'Etat dotée d'une personnalité juridique distincte (...) est impliquée dans une procédure se rapportant à une transaction commerciale dans laquelle elle est engagée». Cette disposition remonte à l'époque précédant la fin de la guerre froide, lorsque les pays à économie planifiée étaient en pleine réorganisation et avaient en particulier conféré à leurs entreprises étatiques une personnalité indépendante de celle de l'Etat¹⁷. On peut se demander si l'article 10

E. 12

DAILLER/PELLET, op. cit., n° 290 (en citant de la jurisprudence).

E. 13

ATF 124 III 382; 120 II 400; 111 Ia 62.

E. 14

ATF 124 III 382; 120 II 400; 104 Ia 368.

E. 15

Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur; la Suisse l'a signée le 19 septembre 2006.

E. 16

HAFNER/LANGE, loc. cit.

E. 17

Idem, p.62.

Avis de droit

VPB/JAAC/GAAC 2008 187

paragraphe 3 reprendra de sa signification avec l'émergence des fonds souverains. Cette règle s'applique aux entités ayant «la capacité d'ester et d'être attraites en justice» et «d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, y compris des biens que l'État l'a autorisé à exploiter ou à gérer». L'annexe de la Convention comporte une explication de l'interprétation de ce paragraphe. Elle stipule que «ni la question de la "levée du voile dissimulant l'entité", ni les questions liées à une situation dans laquelle une entité d'État a délibérément déguisé sa situation financière ou réduit après coup ses actifs pour éviter de satisfaire à une demande, ni d'autres questions connexes» ne sont préjugés dans le but d'éviter toute pratique abusive qui viserait à limiter leur responsabilité.

Concernant «l'Innenverhältnis», l'article 15 paragraphe 1 intitulé «Participation à des sociétés ou autres groupements» prévoit qu'«[u]n État ne peut invoquer l'immunité de juridiction (...) dans une procédure se rapportant à sa participation dans une société (...)» si cette société comprend «des parties autres que des États ou des organisations internationales» et qu'elle est enregistrée ou constituée «selon la loi de l'État du for ou [a son] siège ou [son] lieu principal d'activité dans cet État». Cette disposition s'applique sous réserve du paragraphe 2 du même article qui prévoit qu'un État peut invoquer l'immunité si les États intéressés en ont ainsi convenu ou si l'instrument d'établissement ou régissant la société contient des dispositions à cet effet. Cet article est donc très explicite. En l'absence de tout accord ou disposition expresse prévoyant le contraire, un État ne peut en principe pas invoquer l'immunité juridictionnelle dans des procédures concernant le rapport entre l'État et l'entreprise privée dans laquelle il a investi.

Toutefois, il sied de souligner que cette Convention relève à la fois de la codification du droit international coutumier et de son développement. Dans certains points elle semble aller au-delà du droit international coutumier, dans certains autres elle reste en deçà. Dès lors, elle ne peut pas dans son entier être considérée comme traduisant le droit international coutumier applicable à l'heure actuelle. Il faut encore ajouter que de l'avis d'experts en la matière¹⁸, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité peut s'inscrire dans le cadre de la Convention des Nations Unies et que, à ce titre, la codification internationale ne devrait pas signifier un recul s'agissant de la jurisprudence restrictive de la Haute Cour

en matière d'immunités.

d) Immunité d'exécution

Il y a lieu de distinguer entre immunité de juridiction et immunité d'exécution. L'Etat peut ne pas bénéficier d'une immunité de juridiction et, ainsi faire l'objet d'une poursuite judiciaire dans un Etat tiers en rapport, notamment, avec des transactions commerciales ou des investissements. Ceci n'implique pas encore que les biens de l'Etat puissent faire l'objet de mesures d'exécution dans le cadre de litiges découlant des transactions commerciales ou investissements en question. Les biens des Etats situés dans un autre Etat qui sont affectés à des fins officielles ou des buts de service public ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie. Ils sont en particulier protégés par le droit international coutumier et, pour les biens des représentations diplomatiques et consulaires, par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁹.

La Convention des Nations Unies susmentionnée stipule à son article 18 que les biens d'un Etat ne peuvent pas être saisis antérieurement à un jugement. Cette disposition exclut ainsi la prise de mesures provisoires de nature conservatoire. Sauf accord de l'Etat en question, des mesures d'exécution postérieures au jugement ne sont possibles que si l'Etat y consent ou s'il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales (art. 19). Les biens ne

E. 18

Propos tenus durant la journée du droit international du 19 novembre 2007 par le juge fédéral Jérôme Candrian.

E. 19

RS 0.191.01 et 0.191.02.

Avis de droit

VPB/JAAC/GAAC 2008 188

peuvent toutefois être saisis que s'ils sont situés sur le territoire de l'Etat du for. Sont en tous cas considérés comme biens de l'Etat utilisés à des fins de service public non commerciales, les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat (art. 20 al. 1 lettre c).

Comme mentionné plus haut, cette Convention représente à la fois une codification et un développement du droit international coutumier. Il ne peut être clairement établi jusqu'à quel point l'immunité d'exécution est ancrée dans le droit international coutumier.

3. Conclusion

Sur la base de la jurisprudence du CIRDI et eu égard à la principale fonction des APPI telle que décrite ci-dessus, rien ne s'oppose en principe à ce que la qualité d'investisseur soit octroyée à un Etat signataire d'un accord de promotion et de protection des investissements.

Sur le principe, la question de savoir si un Etat est ou non qualifié d'investisseur au sens des APPI n'a pas d'influence directe sur la question de savoir si les investissements bénéficient d'une immunité de juridiction, dès lors qu'il y a lieu d'examiner à cet égard la nature de l'acte et non son but. Il semble toutefois difficile d'argumenter qu'un Etat puisse invoquer une immunité de juridiction lorsqu'il a accompli des investissements qui relèvent de la

sphère économique. Une immunité d'exécution sur les biens investis ne semble a priori pas non plus donnée, en raison de leur nature et de leur but, pour des biens de l'Etat investis (à travers des fonds) en biens mobiliers et immobiliers, portefeuille, droits de propriété intellectuelle, concessions, etc. (mais ne saurait, à ce stade, être clairement écartée dans toutes les circonstances dès lors qu'un Etat pourrait, par exemple, investir des fonds dans l'immobilier et affecter par la suite l'immeuble à l'usage de sa représentation diplomatique).

Dès lors, il n'y a a priori pas lieu de faire la distinction entre investisseur privé et investisseur public et, partant, le traitement à accorder à un investissement ne doit pas varier si un Etat agit en tant qu'agent économique. Ce n'est que dans l'hypothèse – limitée dans la réalité – où un Etat agirait en tant que souverain (*jure imperii*) qu'une distinction s'avère utile étant entendu que des immunités s'appliquent alors.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2008.11 - Accords de promotion et protection des investissements. Qualité d'investisseur octroyée à un Etat et traitement à donner à ses investissements, avis de droit du 20 novembre 2007 In *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden* Dans *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* In *Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione* Jahr 2008 Année Anno Band - Volume Volume Seite 183-188 Page Pagina Ref. No 150 000 071 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.