

N° 329788

Mme Om Hashem S...

N° 329789

Mme Mary Magrat H...

N° 329790

Mme Cherifa M...

N° 329791

Mme Ranjani H...

Section du Contentieux

Séance du 23 septembre 2011

Lecture du 14 octobre 2011

CONCLUSIONS

M. Cyril ROGER-LACAN, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Roger-Lacan en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

« Les nations souveraines sont indépendantes les unes des autres et ne peuvent être soumises à une juridiction étrangère, soit qu'il s'agisse de procéder contre elles à un acte de poursuite ou d'exécution, soit même qu'on veuille simplement assurer le recouvrement d'une créance au moyen d'un acte conservatoire ». Sous une forme concise, cet extrait d'un jugement du tribunal civil de la Seine de 1912 (Rev.critique DIP 1912, p. 745) résume bien les fondements des immunités de juridiction et d'exécution des Etats. Ces immunités forment, avec certaines règles du droit de la mer, une part essentielle du droit international coutumier, et certainement l'une des plus anciennes. Si, s'agissant des diplomates, c'est aujourd'hui la Convention de Vienne du 18 avril 1961, ratifiée par la France, qui organise ces immunités, c'est en revanche toujours la coutume internationale qui les garantit aux Etats. Une Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004, préparée sous l'égide de la Commission de droit international dès le début des années 1990, et que nous aurons l'occasion d'évoquer, s'est efforcée de les codifier. La France a voté le 28 juin dernier la loi autorisant sa ratification. Mais c'est la règle coutumière, aujourd'hui encore applicable, et dont la Cour de cassation a, dès 1849, reconnu l'existence et fait application en droit interne (22 janvier 1849 ; DP 1849, 1, p.5 ; S.1849, 1, p.81, note Devilleneuve), qui forme le cœur des litiges que vous aurez à trancher aujourd'hui.

« Mmes Om Hashem S..., de nationalité égyptienne, Mary et Ranjani H..., de nationalité sri-lankaise, et Chérifa M..., de nationalité française, étaient salariées de l'ambassade du Koweït à Paris, en qualité d'employées de maison à la résidence de l'ambassadeur. Licenciées entre janvier et mai 2000, elles ont saisi les prud'hommes et obtenu satisfaction, tant devant cette juridiction qu'en appel. Par quatre arrêts du 3 février 2004, devenus définitifs, la cour d'appel de Paris a estimé que leur licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et a condamné l'Etat du Koweït à leur verser des indemnités supérieures à 100 000 euros pour les trois premières, et de 24 000 euros pour Mme M.... Ces indemnités couvrent notamment des rappels de salaire sur un temps de travail effectué pendant les fins de semaine et des congés payés incidents, des heures supplémentaires non payées, des dommages et intérêts pour impossibilité de prendre des congés payés, et des indemnités pour licenciement abusif.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les requérantes ont alors mandaté un huissier de justice pour tenter de faire exécuter ces jugements. Après avoir cherché en vain à saisir des avoirs d'une société pétrolière qui a indiqué ne pas avoir de dette à l'égard de l'Etat du Koweït, l'huissier a cherché à saisir un compte en banque de l'ambassade, ouvert à la banque nationale du Koweït.

Cette banque a opposé une première fois l'immunité d'exécution de l'Etat du Koweït et fait valoir qu'en tout état de cause, le compte était débiteur. L'huissier a fait une nouvelle tentative, et par note verbale adressée le 12 septembre 2005 au ministère des affaires étrangères, l'ambassade du Koweït a rappelé au gouvernement français le principe de l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats étrangers, s'agissant des jugements rendus à leur encontre par les juridictions d'un autre Etat, en lui demandant d'en assurer l'application au cas d'espèce. Le ministre a lui-même écrit à l'huissier de justice, le 26 octobre 2005, en lui précisant que l'immunité de l'Etat du Koweït avait notamment pour conséquence de rendre insaisissables les comptes bancaires ouverts par son ambassade pour assurer le fonctionnement de ses services. Il l'a fait en des termes maladroits, puisqu'il vise « l'immunité juridictionnelle », alors même que celle-ci avait été écartée par les juges compétents, tant en premier ressort qu'en appel par des arrêts devenus définitifs, et cite la Convention de Vienne, alors qu'était en cause l'immunité de l'Etat lui-même car c'est lui, et non un diplomate, qui avait été condamné par le juge civil. Il existe certes une certaine porosité, quand est en cause le compte d'une ambassade, entre les immunités diplomatiques et celles des Etats, les deux règles s'étant d'ailleurs développées, à l'origine, en relation étroite, à partir de raisonnements communs. Mais il ne peut y avoir de doute sur le fait que ce sont les immunités coutumières de l'Etat qui sont en cause dans le présent litige, dès lors que c'est l'Etat qui a été condamné, et non celles, conventionnelles, de ses diplomates, comme l'ont d'ailleurs relevé, à bon droit, tant les juges civils s'agissant de l'immunité de juridiction, qu'ils ont écartée, que les juges administratifs, s'agissant de l'immunité d'exécution.

Les requérantes se sont en effet tournées vers la juridiction administrative, après avoir adressé le 7 février 2006 à l'agent judiciaire du Trésor des demandes tendant à l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'impossibilité de faire exécuter le jugement condamnant leur employeur. Saisi d'une demande d'annulation du refus implicite né du silence gardé sur cette demande, assortie de conclusions indemnitaires tendant à ce que l'Etat soit condamné à leur verser une somme égale à celle que la juridiction judiciaire avait condamné leur employeur à leur payer, le TA de Paris, par quatre jugements du 27 avril 2007, a rejeté l'ensemble de ces conclusions. La CAA de Paris a confirmé ces jugements par quatre arrêts du 8 décembre 2008, contre lesquels les requérantes se pourvoient régulièrement devant vous.

Le juge du fond a admis en principe que « la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres Etats et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, ou de règles coutumières du droit international public, qui sont applicables en droit interne, à la condition, d'une part, que ni la convention elle-même, ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification, ni la règle coutumière elle-même ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et, d'autre part, que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés »

Il a toutefois rejeté les conclusions des requérantes, pour deux motifs.

Il a estimé d'abord que leur préjudice ne présentait pas un caractère spécial, pour deux raisons. D'une part, parce qu'elles ne pouvaient ignorer, en signant leur contrat de travail, que la qualité de leur employeur – l'Etat du Koweït – lui permettrait, le cas échéant, de se soustraire à l'exécution d'un jugement le condamnant à indemniser ses salariés. Et d'autre part, parce que la généralité de la règle coutumière en cause faisait obstacle, par elle-même, à ce que la spécialité du préjudice fût reconnue.

Il a ajouté que les requérantes s'étant abstenues de saisir le juge de l'exécution, elles n'avaient pas épuisé les voies de droit dont elles disposaient pour obtenir satisfaction, de sorte que « le préjudice allégué devant le juge administratif tiré de ce qu'une règle coutumière internationale reconnaissant aux Etats une immunité d'exécution ferait obstacle à l'exécution de l'arrêt précité n'est, en tout état de cause, pas certain ».

La logique de la procédure pourrait vous conduire à examiner directement les moyens du pourvoi en vous situant dans le cadre du raisonnement adopté par le juge du fond, c'est-à-dire sans vous arrêter, dans un

premier temps, à la première des deux questions qui ont justifié le renvoi de ces litiges devant votre formation de jugement, qui a trait à la possibilité même d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat sur le fondement d'une coutume de droit international. Vous retrouveriez la question après une cassation qui nous paraît inévitable, si vous décidiez de juger au fond, ce que nous vous proposerons. Mais cette question doit, logiquement, être résolue avant de procéder à l'examen des conditions qui commandent l'engagement de cette responsabilité, et l'ouverture d'un nouveau cas de responsabilité sans faute est, depuis l'arrêt *Couitéas* du 30 novembre 1923 (n° 38284, Rec. p.789, GAJA 17^e édition, page 239), une question qui peut être soulevée d'office. Relevons que le ministre se borne à indiquer dans sa défense qu'il « ne va pas de soi » que la jurisprudence issue de votre décision d'Assemblée *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* (30 mars 1966, 50515, Rec. p.257, GAJA p.556) puisse trouver application dans le cas d'une coutume sans opposer pour ce motif de fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de la demande initiale. Nous examinerons donc d'entrée de jeu cette question, avant d'en venir aux moyens du pourvoi, puis de reprendre les questions restant à juger pour statuer au fond.

*

Ce n'est que tous les quinze ans, en moyenne, qu'une question substantielle mettant en jeu ces normes particulières que sont les règles coutumières de droit international est soumise à vos formations de jugement les plus élevées, ce qui justifie, nous semble-t-il, que soit brièvement évoquée l'évolution de leur rôle dans le contexte juridique international.

Malgré un mouvement général de codification du droit international public, encouragé par l'article 13 de la Charte des Nations Unies, les coutumes conservent un rôle important. Le statut de la Cour internationale de justice dispose que pour accomplir sa mission de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, la Cour applique « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (article 38). On retrouve dans cette formulation les deux éléments qui sont généralement considérés comme fondant l'existence d'une coutume : l'*opinio juris* et l'usage établi. Les coutumes sont citées dans ce texte après les conventions, mais elles ont, en vertu du principe dit de l'égalité juridique, une valeur égale à celle des traités (S.Sur Jcl international, fasc. 13, n°112 ; Nguyen Quoc Dinh, Daillier, Pellet, Droit international public, 3^{ème} éd p.106 ; Rousseau, Droit international public, p.,342 ; P.Reuter, Droit international public, p.73). Si leur domaine propre est devenu résiduel, se limitant, au moins pour l'essentiel de ce qui affleure dans la jurisprudence internationale, aux immunités des Etats et à certaines règles codifiées du droit de la mer, leur rôle est plus important que ce champ aujourd'hui restreint ne le donne à penser. Nous serions tenté de le résumer d'un mot en disant qu'elles éclairent, complètent ou suppléent le droit conventionnel.

Elles l'éclairent, car la pratique coutumière, et la jurisprudence qui l'a balisée, nourrissent l'interprétation des dispositions conventionnelles qui les ont codifiées, ou leur ont succédé.

Elles le complètent également, car il arrive que cette codification laisse subsister des domaines résiduels de droit coutumier, ou que certaines stipulations conventionnelles renvoient aux règles coutumières. Ainsi l'article 221 de la Convention de Montego Bay énonce-t-il qu' « aucune disposition de la présente partie ne porte atteinte au droit qu'ont les Etats, en vertu du droit international, tant coutumier que conventionnel, de prendre et de faire appliquer au-delà de la mer territoriale des mesures proportionnées aux dommages.»

Elles le suppléent, enfin, de deux façons au moins. D'une part parce qu'elles s'appliquent pendant la durée parfois très longue qui sépare l'élaboration d'une Convention internationale de sa ratification par un nombre suffisant d'Etats : il arrive même que le droit coutumier innove et évolue pendant cette période transitoire - il en fut ainsi, notamment, du droit de la mer pendant les années qui ont suivi l'ouverture du texte de la Convention de Montego Bay à la signature, en 1982. D'autre part, parce que dans l'hypothèse où un pays a refusé de ratifier une convention codifiant une coutume, ou l'a fait avec des réserves qui en neutralisent certaines stipulations, la coutume lui demeure applicable, comme l'a notamment jugé la Cour internationale de justice (CIJ) dans son arrêt du 27 juin 1986 relatif au recours illégal à la force des Etats Unis vis-à-vis du Nicaragua (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des Etats-Unis au Nicaragua, Nicaragua c/Etats-Unis*, Rec. CIJ 1986 page 14).

C'est cette phase intermédiaire d'élaboration progressive d'une norme conventionnelle, sous l'égide de la Commission du droit international des Nations Unies, puis d'ouverture du texte à la signature, et ce alors même que le droit coutumier continue de s'enrichir dans différents pays d'une jurisprudence assez dense, comme

nous le verrons, que traversent les immunités des Etats depuis 1991. C'est donc cette transition qui forme la toile de fond juridique de litige.

*

Si les coutumes demeurent une part vivante du droit international, en interaction complexe avec le droit conventionnel, votre jurisprudence n'a accepté qu'avec réticence qu'elles puissent produire des effets en droit interne, et ne leur confère pas une autorité égale à celle des traités.

Malgré une jurisprudence judiciaire qui en fait régulièrement application depuis le XIX^{ème} siècle, et en dépit de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », votre Section du contentieux avait, dans un premier temps, par son arrêt du 22 novembre 1957 *Myrtoon steamship company*, Rec. p.632, suivi les conclusions inflexibles du Pdt Heumann (Dalloz 1958, p.10), l'invitant à décliner votre compétence en matière d'angarie, c'est-à-dire de réquisition des navires étrangers en cas de guerre. Après avoir relevé que ce droit séculaire était consacré par la coutume internationale, le commissaire du gouvernement estimait que les tribunaux nationaux ne peuvent se saisir de différends relatifs à la légitimité et aux conséquences pécuniaires d'un acte qui ne trouve d'autre source que dans la coutume internationale. «Pour qu'il en soit autrement – ajoutait-il – il est nécessaire qu'un texte ait posé des règles de droit dont le juge de droit interne aurait à assurer le respect.»

Votre jurisprudence a ensuite nuancé, puis abandonné ce raisonnement, selon un cheminement curieux qui a peu à peu vidé la jurisprudence *Myrtoon Steamship* de sa substance, sans d'abord l'abandonner formellement.

Dans votre arrêt de Section *Les Mines de potasse d'Alsace* (CE, 18 avril 1986, 53934, Rec. p. 116), vous avez suivi les conclusions du Président Dandelot qui vous avait fait observer, reprenant une intuition déjà formulée par le Pdt Questiaux dans ses conclusions sur votre arrêt du 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina*, (n° 59664, Rec. p. 258) que rien n'empêche de donner à un principe de droit international la valeur d'un principe général de droit interne, et fait prévaloir à l'appui de la solution la coïncidence de ces règles. Ce raisonnement s'applique certes mieux à celles des coutumes qui révèlent une communauté d'inspiration qui, par-delà la diversité des systèmes juridiques, semble inspirer le droit interne de tous les Etats, qu'à celles qui se sont formées principalement à l'épreuve des relations interétatiques – ces dernières formant le socle le plus ancien du droit international public.

Cette terminologie n'en a pas moins facilité le contournement du refus posé dans l'arrêt *Myrtoon Steamship* comme devait l'illustrer, en matière de responsabilité, la décision *Société Nachfolger navigation company* (23 octobre 1987, 72951, p. 319), dans laquelle vous avez, dix ans avant l'arrêt *Aquarone*, semblé admettre implicitement que la responsabilité sans faute de l'Etat pût être recherchée sur le fondement d'une coutume de droit international public. Cette affaire est intéressante pour notre litige puisque c'est à ce jour la seule, depuis l'arrêt *Myrtoon Steamship*, dans laquelle la question de la responsabilité du fait d'une coutume ait été véritablement posée. La marine nationale avait détruit, alors qu'il se trouvait en dehors des eaux territoriales françaises, un navire chypriote chargé d'explosifs, abandonné par son équipage à la suite d'une voie d'eau et d'un incendie, qui dérivait au large des côtes nord de la Bretagne. Le ministre vous invitait à fonder la légalité de cette intervention sur l'existence d'une coutume internationale. Sans mettre à bas, explicitement, la jurisprudence *Myrtoon Steamship*, le Président Massot vous suggérait de la contourner, relevant avec une part de la doctrine que vous faisiez parfois référence dans la motivation de certaines décisions à des règles coutumières de droit international public, notamment pour pallier l'absence d'introduction dans le droit français de traités non encore ratifiés, quand ils ne faisaient que codifier de telles règles (*Ministre d'Etat chargé de la défense nationale et ministre de l'équipement c/Starr et British Commonwealth Insurance*, p.733, RGDP 1970, p.1114, point bien souligné dans les conclusions du Président Gilbert Guillaume). Vous aviez également examiné, sans l'écarter comme inopérant, un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe de droit international public (27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, 44484, p.263). En réalité, et tout en vous référant à un « principe de droit international public », formulation « moins malsonnante à vos oreilles » comme l'indiquait le Président Massot, vous aviez, selon le fichage de la décision *Nachfolger*, fait directement application en droit interne d'une « norme de droit international » coutumière. Mais si ce fichage ambitieux faisait écho aux conclusions du Président Massot, la décision elle-même restait nettement en retrait puisqu'après avoir hésité, puis renoncé à identifier avec certitude une coutume internationale qui pût justifier la destruction du navire, le commissaire du

4

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

gouvernement, suivi par la formation de jugement, avait habilement suggéré de tenir le navire pour une épave présentant un danger grave et immédiat, dont le droit interne justifiait la destruction, à laquelle la France pouvait dès lors procéder « sans méconnaître aucun principe de droit international ». La question de la possibilité d'engager la responsabilité sans faute sur le fondement même de la coutume n'avait donc pas été véritablement tranchée.

L'idée qu'une règle issue d'une coutume de droit international pût, même en l'absence de texte de droit interne en reprenant la substance, être appliquée par le juge national, notamment en matière de responsabilité, a donc fait son chemin dans votre jurisprudence, soit au bénéfice de l'identification de principes généraux du droit international à des principes de droit interne, soit par le biais de décisions qui semblaient implicitement l'admettre, sans toutefois que certaines questions inhérentes à l'application de ces règles, au premier rang desquelles figure bien sûr celle de leur place dans la hiérarchie des normes, fussent vraiment clarifiées.

Cette clarification s'est finalement opérée avec votre arrêt d'Assemblée A... du 6 juin 1997 (n°148683, p. 206), Vous y avez jugé que, sur le fondement du 14^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit international public », les coutumes internationales étaient invocables en droit interne, mais qu'en revanche ni l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui ne concerne que les traités, ni ce 14^{ème} alinéa, ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle, « ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes ».

Dans ses conclusions sur cet arrêt, le Président Bachelier faisait bien ressortir que l'objection de principe élevée dans l'arrêt *Myrtoon steamship* n'avait plus lieu d'être. Il montrait, notamment, qu'une lecture purement dualiste du Préambule de 1946 qui aurait limité son effet aux relations interétatiques n'était compatible ni avec les travaux préparatoires de ce texte, ni avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui avait entre-temps fait application de l'alinéa 14, notamment dans ses deux décisions relatives au Traité de Maastricht, celle du 9 avril 1992 (92-308 DC, Rec p. 55, Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, note Genevois RDFA 1992, p. 373) dans laquelle il rappelle qu'au nombre des principes qu'il vise figure la règle « *pacta sunt servanda* », et celle du 2 septembre 1992 (92-312 dite Maastricht II) dans laquelle il relève que certaines dispositions « ne contreviennent pas aux normes du droit international ».

Il faisait également observer que cette position restrictive n'aurait pas été cohérente avec le fait que les coutumes ont, en droit international public, une valeur égale à celle des traités, en vertu du principe déjà rappelé de l'égalité juridique. Ce dernier argument, pas plus que les jurisprudences convergentes sur ce point de certaines cours constitutionnelles européennes, ne suffisait cependant à le convaincre que ces coutumes pussent, à l'instar des traités, se voir conférer une autorité supérieure à celle des lois dans l'ordre interne, faute de disposition constitutionnelle le prévoyant.

Cette solution peut soulever, en matière de responsabilité du fait des coutumes internationales, des questions que votre jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de résoudre.

Ces difficultés ne sont pas propres aux régimes de responsabilité sans faute, même si elles peuvent également les affecter. Elles trouvent leur origine dans les tensions qui peuvent apparaître entre la conformité de décisions administratives à la loi, et leur licéité du point de vue du droit international, qui ne pourraient se résoudre de la même façon que pour les traités.

Si une décision était prise en application d'une coutume de droit international, et cependant en contradiction avec la loi française, et si cette décision portait préjudice à une personne, celle-ci serait-elle fondée à rechercher la responsabilité sans faute de l'Etat, par extension de la jurisprudence *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, en excipant d'un préjudice anormal lié à l'application de cette coutume, ou bien sa responsabilité pour faute, l'Etat ayant méconnu la loi sans pouvoir exciper de la nécessité de respecter une norme de niveau supérieur ? Dans le système d'agencement des normes issu de l'arrêt A... (Assemblée, 6 juin 1997, n° 148683, Rec. p. 206), la seconde solution s'imposerait assez logiquement.

Inversement, une décision prise en application d'une loi mais en violation d'une coutume internationale constituerait un fait illicite du point de vue du droit international –cette notion, dont le critère d'intentionnalité est absent, ayant remplacé celle de faute, depuis l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) *Usine de Chorzow* du 13 septembre 1928 (arrêts CPJI, série A, n°17, 1928). Mais la

responsabilité pour faute susceptible de naître en droit interne d'une violation de la coutume internationale, qu'il serait possible à un requérant national d'invoquer, serait sans doute écartée du fait de la nécessité dans laquelle se trouvait l'Etat de respecter une loi qui faisait obstacle au respect de cette coutume.

Des cas de figure plus complexes encore pourraient être imaginés dans l'hypothèse – qui n'est pas exceptionnelle en droit international, ainsi que nous l'avons vu – où la décision susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat serait prise en application d'une règle internationale articulant une règle conventionnelle et un principe coutumier, la première ayant une autorité supérieure à celle de la loi, devant laquelle devrait pourtant céder le second.

Dans le prolongement de votre jurisprudence A... (Assemblée, 6 juin 1997, n° 148683, Rec. p. 206), la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat en raison de l'existence d'une coutume internationale pose ainsi, presque inévitablement, une première question qui est celle de l'articulation et de la compatibilité de cette norme coutumière avec la loi. Si la loi reprend la norme coutumière et précise sa portée en droit national, la question se résout par ce biais. C'est le cas dans plusieurs pays s'agissant des immunités de juridiction et d'exécution des Etats étrangers. Les Etats Unis, par le Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (Revue critique de droit international privé, p.376, commentaire P.Herzog), le Royaume Uni, par le State Immunity Act de 1978 (Rev. crit. dr. int. privé, 1980, p.156) ont estimé préférable de reprendre dans un texte de droit interne le principe des immunités reconnues aux Etats étrangers et d'en circonscrire précisément la portée, tout en s'efforçant de rester fidèles aux principes du droit international coutumier.

Tel n'est pas le cas de la France, où le régime des immunités d'exécution, comme celui des immunités de juridiction, est entièrement jurisprudentiel. Mais la difficulté qui aurait pu naître, sous le régime de la jurisprudence A... (Assemblée, 6 juin 1997, n° 148683, Rec. p. 206), de l'atteinte portée par l'immunité d'exécution à des normes de niveau législatif est cependant prévenue par l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution. Il dispose en effet que « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. ». Les travaux préparatoires de cette loi font apparaître que, si le cas des Etats étrangers n'était pas la visée principale de ses rédacteurs, ils l'avaient bien à l'esprit en proposant cet article.

Cette disposition est, à notre connaissance, la seule qui établisse une passerelle entre le droit interne et le principe coutumier de l'immunité d'exécution des Etats. Elle désamorce toutefois sans ambiguïté la difficulté qui aurait pu, en son absence, s'opposer à l'application d'une règle coutumière qui, par sa nature même, heurte des règles de niveau législatif.

L'application aux coutumes de droit international de la jurisprudence relative à la responsabilité sans faute du fait des traités doit donc s'envisager dans cette première limite.

En existe-t-il d'autres ? Trois questions au moins méritent attention, mais ne nous paraissent pas révéler de difficulté insurmontable.

La première, – la seule que le ministre formule véritablement- pourrait naître de ce que la jurisprudence exige en principe que les stipulations conventionnelles invoquées dans l'ordre interne y aient été régulièrement incorporées, et que ces conditions ne peuvent être satisfaites s'agissant d'une coutume. Ainsi formulée, l'objection nous paraît se résoudre d'elle-même. Soit on considère en effet qu'il est nécessaire qu'un acte de droit interne ait repris en substance une coutume internationale pour qu'elle trouve à s'appliquer –mais nous avons vu que cette position, qu'exprimait la décision *Myrtoon steamship*, a été abandonnée par la jurisprudence- soit on y renonce, et il est de l'essence même d'une coutume internationale de s'appliquer sans qu'un Etat l'ait ratifiée ou approuvée. Observons d'ailleurs, dans le sens de ce raisonnement, que le fondement de l'introduction des coutumes étant l'article 14 du Préambule de 1946, et non l'article 55 de la Constitution, les conditions que fixe ce dernier n'ont pas à leur être mécaniquement appliquées.

L'une des conditions posées par l'article 55 s'agissant des traités peut toutefois soulever une question à propos des coutumes: celle de leur application par l'autre partie. Si l'article 14 du Préambule ne l'exige pas, on sait que la conséquence que vous tirez, en application de l'article 55, de l'absence de réciprocité ne se limite pas à replacer le traité concerné en dessous de la loi dans la hiérarchie des normes, mais bien à le priver de sa portée normative. (Ass. R..., 25 mai 1981, n° 15092, Rec. p. 219, et Ass. Mme C...-B..., 9 avril 1999, n° 180277, Rec. p. 115, AJDA 1999, p. 459). S'agissant de la réserve de réciprocité, les raisonnements applicables aux règles

coutumières internationales s'assimilent assez naturellement à ceux qui sont utilisés pour les traités multilatéraux. Et comme le rappelait notre collègue Gaëlle Dumortier dans ses récentes conclusions sur votre décision d'Assemblée *Mme C...-B...* (n° 317747) du 9 juillet 2010 (Rec. p. 251), « les traités multilatéraux peuvent être regardés comme synallagmatiques s'ils comportent des obligations d'Etat à Etat ». Il n'est donc pas exclu que la question de la réciprocité se présente dans le cas de certaines coutumes ayant ce caractère.

Relevons que, si les immunités coutumières d'exécution et de juridiction, inspirées par un mélange de réalisme juridique et de précaution diplomatique que la Cour de cassation a parfois désigné sous le nom de « courtoisie internationale », comportent de telles obligations, et si la réciprocité en est le principe même, rien n'indique que la CIJ estimerait que leur violation par un Etat puisse autoriser l'Etat qui en est victime à ne pas les respecter, eu égard au fait qu'elles participent d'un ordre public international qui bénéficie à tous. La question est donc intéressante, et à notre connaissance elle n'est pas tranchée. Mais nous ne la développerons pas davantage car elle ne se pose pas en l'espèce et l'on discerne mal, de façon plus générale, comment elle pourrait surgir dans le contentieux interne de la responsabilité sans faute. Le raisonnement qui sous-tend la jurisprudence *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* suppose en effet que la règle internationale produise des effets en droit interne, effets qui sont à l'origine d'une rupture d'égalité, et d'un préjudice anormal. En principe, il ne peut donc pas concerner des cas où l'Etat a mis en avant l'absence de réciprocité pour écarter l'application d'une règle internationale dans sa relation avec un Etat étranger. La difficulté pourrait peut-être se former dans un litige où le requérant revendiquerait au soutien d'une demande d'indemnisation, non pas un préjudice anormal résultant d'une coutume appliquée, mais le bénéfice d'une coutume qui aurait été méconnue à tort – comme le faisait M. A... par exemple – et à qui l'Etat opposerait l'absence de réciprocité. Mais même dans ce cas, on conçoit mal, sauf dans un cas extrême où le requérant serait une personne morale constituant un appendice ou un démembrement de cet Etat, comment l'absence de réciprocité, qui joue surtout dans un cadre bilatéral quand les ressortissants d'un autre Etat excipent du bénéfice d'un accord, pourrait lui être opposée. La question nous paraît donc plus théorique que réelle.

Une troisième objection, plus radicale, et qui n'apparaît pas non plus dans le débat contentieux concernant ces litiges, pourrait en revanche naître à la racine même du raisonnement qui sous-tend la jurisprudence *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*. L'idée directrice de ce régime de responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, dérivée de celle qui inspire, s'agissant des lois, votre jurisprudence *La Fleurette*, est assez simple : si la France décide de signer un accord international et de le ratifier, ce qu'elle fait, par hypothèse, dans l'intérêt général, et que l'existence de cet accord fait naître un préjudice anormal, au détriment d'une personne, l'égalité devant les charges publiques justifie que celle-ci soit indemnisée. Le point de départ de ce raisonnement se trouve donc dans un choix collectif : ce qui est décidé dans l'intérêt de tous ne doit pas faire porter à quelques-uns une charge qui soit sans commune mesure avec la part qui doit normalement échoir à chacun. Or une différence assez fondamentale existe sous ce rapport entre le traité et la coutume : le premier procède d'un choix démocratique exprimé par sa ratification ou son approbation ; la seconde semble s'imposer par son existence même, et préexister à tout choix collectif national. Ni l'usage ancien qui lui donne naissance, ni l'*opinio juris* qui le consacre ne peuvent en tenir lieu. L'objection rejoint l'une des critiques qui ont souvent été adressées aux règles coutumières internationales, notamment par les Etats issus de la décolonisation, qui y voyaient les buttes témoins d'un ordre ancien, et un héritage de normes auxquelles il ne leur avait pas été donné de consentir.

Mais à supposer même que l'on accepte les prémisses de cette objection – qui mériteraient discussion, car on peut estimer que, par leur existence même, les règles coutumières de droit international contribuent à l'intérêt général, et ne constituent pas seulement une sorte de force majeure juridique – il serait possible de l'écarter, pour deux raisons. En premier lieu, si chaque coutume n'a pas à être approuvée ou ratifiée en tant que telle, le choix de principe de les respecter toutes procède, nous l'avons vu, d'une norme constitutionnelle : l'alinéa 14 du Préambule de 1946. En second lieu, pour délicate que soient les conséquences possibles de la jurisprudence Aquarone en matière de responsabilité, elle a également pour effet de permettre au législateur de neutraliser, par la loi, l'effet en droit interne d'une coutume internationale. En s'abstenant de le faire, il acquiesce donc, implicitement, aux effets que cette coutume est susceptible de produire. Il n'est donc pas possible de fonder une distinction radicale sur l'idée que la coutume, contrairement à la loi ou aux traités, ne procéderait pas d'une expression démocratique de la volonté générale, pour en tirer la conséquence qu'elle ne saurait fonder un régime de responsabilité sans faute sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques.

Aucune difficulté de principe ne se présente donc qui fasse obstacle à ce que la responsabilité sans faute de l'Etat soit engagée du fait d'une coutume, si ce n'est celle de son éventuelle contradiction avec la loi dont nous avons vu qu'elle était, en l'espèce, résolue par la loi elle-même.

Demeurent bien sûr les inévitables difficultés relatives à l'application d'une coutume internationale, à sa reconnaissance, à sa portée, à son champ d'application, *rationae materiae* et *rationae temporis*. Elles ne constituent pas un obstacle de principe à ce qu'une règle coutumière soit prise en compte dans un raisonnement tendant à l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat, mais seulement une difficulté inhérente au maniement de ces règles, que nous retrouverons dans un instant s'agissant de la portée de l'immunité d'exécution de l'Etat du Koweït, qui constitue la deuxième question ayant justifié le renvoi de l'affaire devant votre formation de jugement. La question est en effet directement posée par le refus de la cour de tenir le préjudice pour certain, motif pris de l'absence de saisine du juge de l'exécution.

Avant de l'examiner, nous vous proposerons d'accueillir les trois premiers moyens de cassation du pourvoi, dirigés contre les deux raisonnements que la cour administrative d'appel a suivis pour estimer que le préjudice des requérantes ne présentait pas un caractère spécial.

*

Rappelons que vous exercez un contrôle de qualification juridique des faits sur le caractère spécial du préjudice en application de la jurisprudence issue de votre décision *Commune de Lormont c/consorts R...* du 10 mars 1997 (150861, Rec. p. 74).

Vous censurerez d'abord le raisonnement suivi par la cour pour estimer que les requérantes « ne pouvaient ignorer, lors de la conclusion de (leur) contrat de travail, la qualité d'Etat étranger de (leur) employeur, l'Etat du Koweït, dont au surplus elle(s) n'étaient pas ressortissante(s), et par suite, les immunités dont il pouvait bénéficier en vertu des règles coutumières du droit international public, et notamment, le cas échéant, l'immunité d'exécution ».

Le fait que la victime d'un dommage ait accepté une part de risque inhérente au contrat ou à l'activité dans lesquels le préjudice trouve son origine, ou négligé de se protéger contre ce risque, est susceptible d'être pris en compte à plusieurs niveaux dans un raisonnement conduisant à reconnaître la responsabilité de l'Etat.

Dans le contentieux de la responsabilité sans faute, cette circonstance, généralement désignée comme l'exception de risque accepté, fait obstacle à ce que soit reconnu le caractère spécial du préjudice invoqué. Vous la reprenez notamment quand un propriétaire a loué, en connaissance de cause, à un diplomate protégé par des immunités conventionnelles (voyez par exemple 24 novembre 1982, *Cie d'assurances La France*, n° 35548). Dans votre arrêt de Section du 29 octobre 1976 *Ministre des affaires étrangères c/Consorts B...*, (n° 94218, Rec. p. 452), vous l'aviez écartée au motif que « la location de l'appartement (avait) été conclue par ses propriétaires à une date où ils ne pouvaient prévoir que leur locataire bénéficierait ultérieurement des immunités diplomatiques ». Dès lors que l'impossibilité de se voir indemniser par la voie judiciaire fait partie des conséquences prévisibles du fait de la Convention de Vienne ou des immunités coutumières des Etats, le préjudice qui en résulte perd son caractère de spécialité.

Vous censurerez pourtant le raisonnement de la cour en application de votre récente décision *Melle S...* du 11 février 2011 (n° 325253, Rec. p. 36, RFDA 2011, p. 573), fichée notamment sur ce point, au motif qu'il n'est pas compatible avec l'ordre public social français de considérer qu'un salarié ait pu renoncer par avance, fût-ce de façon incertaine, aux éléments essentiels de son contrat de travail. Rappelons brièvement le fondement de cette solution récente que votre décision, si vous nous suivez, étendra sans difficulté aux cas où l'immunité est coutumière. La Cour de cassation juge que l'ordre public social fait obstacle à ce qu'un salarié puisse renoncer par avance au bénéfice des dispositions d'ordre public applicables à son contrat de travail (Cass soc 8 avril 2009, 08-40547, BICC n°708). Parmi ces règles figurent celles qui ont trait au temps de travail, à la rémunération et au licenciement, qui ont été méconnues dans les litiges qui vous sont soumis aujourd'hui. Certes, le risque accepté dans un cas de ce type trouve son fondement dans la coutume internationale ou le traité qui fondent l'immunité d'exécution, et non dans le contrat de travail lui-même. Mais en l'opposant aux salariés dont l'employeur, Etat ou diplomate étranger, a méconnu ces règles, le juge ferait nécessairement l'hypothèse que le salarié a pu légalement et librement assumer le risque, en signant son contrat, de devoir renoncer à voir appliqués ces éléments essentiels du contrat de travail. Or c'est précisément ce qu'a entendu exclure, dans le principe, la

8

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Cour de cassation. Vous avez donc estimé que le raisonnement que vous tenez quand est en cause le refus d'exécuter tout ou partie d'un contrat commercial ou d'un bail ne pouvait, par principe, être retenu s'agissant de violations graves d'un contrat de travail. Vous censurerez donc pour erreur de droit le raisonnement suivi par le juge du fond.

Un moyen de dénaturation est également dirigé contre cette partie de l'arrêt : bien que vous exerciez, de façon générale, un contrôle de qualification juridique des faits sur le caractère spécial du préjudice, l'appréciation du risque accepté par le signataire d'un contrat peut comporter une part d'appréciation souveraine des juges du fond sur les circonstances de fait (voyez par exemple 3 / 5 SSR 10 juillet 1996, *M...*, n° 143487, p.289). Si toutefois vous nous avez suivi pour accueillir le moyen précédent, vous n'aurez pas à statuer sur celui-ci.

Relevons d'abord un peu de tension logique dans l'arrêt de la cour de Paris qui, après avoir écarté le caractère spécial du préjudice au motif que les requérantes ne pouvaient ignorer que leur employeur pourrait exciper le moment venu d'une immunité d'exécution si le juge compétent venait à le condamner, écarte ensuite le caractère certain du préjudice au motif qu'elles n'ont pas saisi le juge de l'exécution pour faire valoir leurs droits jusqu'au bout. Nous ne pensons pas, pour notre part, que le raisonnement que vous suivez quand un propriétaire avisé loue un appartement parisien à un diplomate se transpose sans difficulté à une personne recherchant un emploi de niveau modeste, à qui sa rémunération ne permet pas toujours de s'adjoindre des services de conseil au moment de la signature du contrat, à la différence des baux immobiliers. Nous ne pensons pas non plus que l'appréciation du bénéfice de l'immunité d'exécution, comme le montrera la suite des présentes conclusions, fût si évidente qu'on pût présumer que des employées de maison en eussent connaissance « par suite » c'est-à-dire par voie de conséquence directe - de la connaissance qu'elle avait du fait que leur employeur était un Etat. Ces certitudes nous paraissent assez éloignées du dossier, et à vrai dire, du sens commun, de sorte que le moyen de dénaturation nous paraît susceptible d'être accueilli, même si nous pensons que le moyen précédent offre un terrain plus clair et plus sûr pour censurer cette partie de l'arrêt.

Nous vous proposerons également d'accueillir le moyen d'erreur de droit qui vise le passage dans lequel la cour de Paris estime que « la généralité de la norme coutumière internationale susmentionnée et le nombre de personnes auxquelles elle peut s'appliquer font obstacle à ce que le préjudice invoqué puisse être regardé comme revêtant un caractère spécial ».

S'il s'agit là d'un élément qui peut jouer dans l'appréciation du caractère spécial du préjudice, le raisonnement du juge du fond ne peut évidemment s'arrêter là. C'est la spécialité du préjudice proprement dit qui doit être analysée et, comme le rappelait notre collègue Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sur l'arrêt *A... et autres*, 29 décembre 2004 (n° 262190, Rec. p. 465) « le nombre connu ou estimé des victimes réelles de dommages analogues à celui qui a été subi par la personne qui demande réparation ».

Or vous vous êtes déjà livrés à cet examen dans ces cas où les immunités diplomatiques avaient fait obstacle à l'indemnisation du préjudice de personnes privées, s'agissant il est vrai d'immunités diplomatiques régies par la Convention de Vienne, et non d'immunités coutumières des Etats. Dans votre arrêt de Section du 29 octobre 1976 *Ministre des affaires étrangères c/Consorts B...*, (n° 94218, Recueil p. 452), qui concernait des locataires, vous aviez jugé, précisément, que la généralité de cette Convention ne faisait pas obstacle à ce que fût reconnu le caractère spécial du préjudice. Dans ses conclusions, que la Section avait suivies, le Président Massot se demandait avec humour si l'argument invoqué par le ministre ne conduisait pas à interpréter la convention comme « signifiant que tous les diplomates étrangers accrédités ou chefs de délégation sont de mauvais payeurs en puissance ? La courtoisie internationale nous l'interdit – ajoutait-il – et nous sommes persuadé que, comme il l'indique lui-même, le ministre des affaires étrangères règlera sans difficulté nombre de ces litiges par la voie diplomatique ». Vous avez repris ce raisonnement dans l'affaire *S...* précitée (*Melle S...*, 11 février 2011, n° 325253, Rec. p. 36), et vous pourrez faire de même en l'espèce : la cour ne pouvait donc se limiter au caractère général de la norme coutumière pour écarter la spécialité du préjudice, sur lequel nous vous reviendrons au fond, après vous avoir proposé de casser l'arrêt de la cour.

Le dernier moyen de cassation est dirigé contre le raisonnement par lequel la cour a écarté le caractère certain du préjudice, en se fondant sur le « caractère relatif » des immunités d'exécution pour estimer qu'une action devant le juge de l'exécution n'aurait pas été dépourvue de chances de succès. Elle en déduit que « le préjudice allégué devant le juge administratif tiré de ce qu'une règle coutumière internationale reconnaissant aux Etats une immunité d'exécution ferait obstacle à l'exécution de l'arrêt précité n'est en tout état de cause, pas

certain ». Cette rédaction un peu ambiguë fait en réalité ressortir que c'est le caractère certain du *lien de causalité* entre l'application de la règle coutumière et le préjudice, voire son caractère direct, qui est mis en doute (pour un raisonnement analogue, voyez votre décision *T... et M...*, 1^{er} juin 1984, n° 36414, Rec. p. 194). On sait que la jurisprudence relative au contrôle du juge de cassation sur ce point est si nuancée que les Présidents Massot et Fouquet, dans leur ouvrage classique sur le Conseil d'Etat juge de cassation, confessent à son égard un peu de perplexité. Quoiqu'il en soit de l'applicabilité, ici de la jurisprudence *Ministre de la défense contre S...*, du 28 juillet 1993 (n° 121702, Rec p. 231), qui pose le principe d'un contrôle de la qualification juridique des faits sur le caractère direct du lien, puis des arrêts qui en reviennent à l'appréciation souveraine des juges du fond pour son caractère certain (*SCI Jardins de Bibemus*, 26 novembre 1993, n° 108851, Rec. p. 327), nous observons que n'est pas en cause dans le moyen une appréciation de sens commun, pour reprendre l'expression employée par nos éminents collègues pour circonscrire la part réservée par cette jurisprudence à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais bien l'analyse de l'applicabilité au cas d'espèce d'une règle de droit, qui doit être contrôlée par le juge de cassation.

Or si l'existence même d'une coutume établie à la date des faits ne fait aucun doute, l'appréciation de sa portée et de son applicabilité au cas d'espèce, dont découle celle des chances de succès devant le juge de l'exécution, est plus complexe.

Les prud'hommes, puis les cours d'appel, ont écarté la fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction de l'Etat du Koweït, opposée par cet Etat aux recours dont ils étaient saisis. Et l'existence même d'un hiatus entre le champ d'application de l'immunité de juridiction et celui de l'immunité d'exécution soulève évidemment des difficultés de principe, exposant les requérants à de longues procédures sans issue. Pour comprendre pourquoi une telle discordance peut cependant apparaître, il faut analyser l'évolution des deux types d'immunités coutumières.

La réduction du champ des immunités de juridiction et d'exécution a accompagné l'engagement des Etats dans les activités économiques, et a trouvé dans certains pays désireux d'améliorer la sécurité juridique de leurs entreprises dans leurs relations avec les Etats étrangers ou leurs organismes parapublics une expression législative (Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 aux Etats-Unis, Revue critique de droit international privé, p.376, commentaire P.Herzog ; State Immunity Act de 1978 au Royaume Uni, Rev.crit. dr.int.privé, 1980, p. 156). D'autres pays, comme la Suisse ou les Pays Bas, ont développé, par voie jurisprudentielle, une conception restrictive des immunités, car les critiques adressées à celles-ci trouvaient un écho favorable dans leurs traditions juridiques. Certains, au contraire, ont cherché à en défendre une conception plus extensive.

La jurisprudence française a suivi une voie médiane. Elle émane essentiellement de la Cour de cassation, la vôtre se limitant à quelques décisions déclinant votre compétence pour connaître en excès de pouvoir de décisions prises par les gouvernements des protectorats (18 juillet 1941, *Rovera*, n° 61987, p. 141) ou par le commandement en chef chargé d'exercer les prérogatives du gouvernement allemand après guerre (Section, 29 juin 1951, *Société Bonduelle*, n° 94302, p. 376) ou encore pour apprécier le bien fondé d'une décision des autorités américaines en Allemagne ordonnant la restitution de biens à la France (30 novembre 1962, *Consorts W...*, n° 45500, p. 643). Cette jurisprudence n'est à aucun moment entrée dans des distinctions tenant à la nature même des actes pris par les autorités étrangères, distinctions sur lesquelles se fonde la limitation de la portée de l'immunité de juridiction.

La Cour de cassation a adopté au fil du temps une position qui coïncide assez bien, nous semble-t-il, avec l'évolution de l'*opinio juris* internationale la plus assurée.

On en trouve une première amorce dans un arrêt de l'ancienne Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 19 février 1929, *U.R.S.S. c/Association France Export*, qui distinguait déjà les actes d'autorité des actes de gestion. Elle a franchi une étape décisive en 1969 avec l'arrêt *Chemin de fer du gouvernement iranien c/société Levant express transport* (n° 67-10.243, 1^{ère} civ 25, février 1969, Revue critique de droit international privé, 1970.103, note P. Bourel), jugeant que « les Etats étrangers ou les organismes agissant par leur ordre ou pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui a donné lieu au litige constitue un acte de puissance publique qui a été accompli dans l'intérêt d'un service public. » Cette approche semble avoir atteint assez rapidement un point d'équilibre que l'on retrouve dans des arrêts récents. La Cour a notamment jugé (Cass 1^{ère} civ, 19 nov 2008, *Pereira c/Allemagne*, n°07-10-570, juris data 2008-045874) que la République fédérale d'Allemagne ne pouvait exciper de son immunité de juridiction et d'exécution dans un litige où étaient en cause les désordres causés par le mur mitoyen d'un bâtiment lui appartenant, utilisé pour héberger

des œuvres sociales de l'armée allemande, au motif que « les Etats étrangers (...) ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion »

Cette ligne directrice a trouvé plusieurs applications dans des litiges liés à des ruptures de contrats de travail d'employés d'ambassades. La Cour de cassation a graduellement limité le privilège de l'immunité de juridiction aux seuls cas où les personnes licenciées étaient chargées d'une mission de service public, en liaison avec l'exercice de la souveraineté de l'Etat qui les employait. Dès 1990, elle avait approuvé le raisonnement suivi par les juges du fond dans un arrêt qui écartait l'immunité de juridiction de l'Etat du Koweït dans un litige portant sur le licenciement d'un journaliste de son agence de presse, motif pris, non de ce que celle-ci aurait constitué une entité distincte, car elle n'avait aucune autonomie, mais bien de ce que ce journaliste n'avait aucune responsabilité particulière de nature à rattacher sa mission aux prérogatives de puissance publique de cet Etat (1ère Civ, 17 juin 1990, pourvoi 86-40-242, bull n°155, p.110 ; Rev. critique DIP, 1991, p.140, note Bourel). La chambre sociale a jugé de même pour un adjoint au service de presse de l'ambassade d'Argentine (Soc, 2 avril 1996, pourvoi 94-40-199 *c/Etat Argentin*, Bull.V, n° 132, p.93 ; Petites Affiches 8 janvier 1998, n° 4, p. 20, note S. Rouquier). Dans le même sens, elle a estimé que les fonctions d'une infirmière, secrétaire médicale employée par l'ambassade des Etats-Unis « ne conféraient à celle-ci aucune responsabilité particulière dans l'exercice du service public diplomatique » et que « dès lors, son licenciement ne constitue qu'un acte de gestion et n'est pas couvert par le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers » (Soc, 10 novembre 1998, Bull. V, n° 479, p.357). Elle a en revanche fixé la limite de cette évolution dans deux décisions non publiées, l'une relative à un salarié de l'ambassade d'Arabie Saoudite, ancien diplomate professionnel, embauché pour réorganiser ses services d'analyse et rédiger des rapports politiques (Soc, 18 juillet 2000, pourvoi 97-45.377 *c/Royaume d'Arabie Saoudite et autres*), l'autre relatif au sort d'un traducteur du service des passeports du consulat d'Egypte, (Soc, 9 octobre 2001, pourvoi 98-462-14). Dans ces deux litiges prud'homaux, la Chambre sociale a approuvé la cour d'appel de Paris qui avait déclaré irrecevables les demandes des employés en raison de l'immunité de juridiction dont jouissaient les Etats employeurs, au motif que ces personnes participaient, du fait de la nature de leurs fonctions, à une mission de service public et de souveraineté.

L'esprit de cette jurisprudence est clair, et c'est dans son droit fil que les juges civils du fond ont écarté, dans notre litige, la fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction dont excipait l'Etat du Koweït.

Les requérantes étaient en effet employées de maison à la résidence de l'ambassadeur, Mme M... étant plus particulièrement affectée au standard. La cour d'appel de Paris a notamment écarté l'argument un peu audacieux tiré de ce que, lors de leur service à table, les requérantes étaient en mesure d'accéder à des informations sensibles, ce qui les associait de facto à une mission de souveraineté, que « la circonstance d'être amenée(s) à servir à la table de l'ambassadeur, quand bien même elle pouvait l(es) conduire à entendre involontairement des conversations, ne (leur conférerait) aucune responsabilité particulière dans l'exécution du service public diplomatique ». Le même raisonnement a été opposé à un argument analogue visant leur collègue employée de maison-standardiste, le juge civil précisant en outre, dans son cas, qu'il n'était ni établi ni même allégué qu'elle ait tiré profit de son rôle pour écouter des conversations, ce qui eût été une faute. Si l'appréciation portée par le juge civil sur sa compétence s'impose évidemment à ce stade du litige, cet examen permet de comprendre clairement pourquoi l'immunité de juridiction a été écartée à bon droit, avant d'examiner si la solution pouvait être étendue à l'immunité d'exécution.

La question est plus épineuse. Pas seulement parce que, comme l'observent avec une grande partie de la doctrine les Professeurs Batiffol et Lagarde dans leur traité de droit international privé, « L'atteinte portée à la souveraineté d'un Etat étranger par l'exécution d'un jugement serait plus grave que celle résultant du simple prononcé de ce jugement » (H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 7^{ème} éd° t.II n°693-3). Mais surtout parce que, si la Cour de cassation s'est efforcée de maintenir une cohérence dans l'évolution de la portée des deux immunités, cette convergence connaît inévitablement certaines limites, s'agissant notamment de la nature des biens qui peuvent être saisis pour assurer l'exécution d'un jugement.

La Cour de cassation, qui avait d'abord reconnu un caractère absolu à l'immunité d'exécution s'agissant des possibilités de prendre des mesures affectant le patrimoine de l'Etat étranger condamné (Cass.civ, 5 mai 1885, *Veuve Caratier-Terrasson*, S.1886, 1, 353), a amorcé la remise en cause de cette jurisprudence, de façon circonscrite, dans le prolongement des limitations apportées à l'immunité de juridiction, et en liaison avec elles. L'étape la plus marquante de cette évolution a été l'arrêt *Eurodif* du 14 mars 1984 (1^{ère} Civ. JCP 1984 II 20205, concl. Gulphe ; Ancel, Lequette, Grand arrêts de la jurisprudence internationale privée p. 469 et suiv.)

11

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

suivi, dans le même sens, d'un deuxième arrêt rendu cinq ans plus tard dans le même litige (1^{ère} Civ, 20 mars 1989, Gaz.Pal. 22-23 novembre 1989). Le premier de ces arrêts, qui vise les « principes de droit international privé régissant les immunités des Etats étrangers », énonce le principe selon lequel l'immunité peut être écartée lorsque la créance saisie et celle qui sert de cause à la saisie tirent leur origine commune d'une même activité de caractère privé – la définition de l'activité de caractère privé suivant, quant à elle, les critères que nous venons d'examiner s'agissant de l'immunité de juridiction.

Si l'immunité de juridiction se déduit de la nature des actes qui ont donné naissance au litige, l'immunité d'exécution s'apprécie quant à elle en fonction de la destination des biens susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'exécution. En décidant qu'elle est écartée « lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande », comme elle l'écrit dans le premier arrêt *Eurodif*, la Cour de cassation s'efforce donc de pousser aussi loin que possible la cohérence des deux immunités.

Cet effort pour mettre en cohérence l'immunité d'exécution et l'immunité de juridiction s'est également manifesté dans les conséquences tirées par le juge judiciaire des conventions d'arbitrage. Après avoir longtemps maintenu la possibilité pour les Etats d'invoquer leur immunité d'exécution, même dans le cas où ils avaient accepté de se soumettre à l'arbitrage (Cf. p. ex. CA de Paris, 21 avril 1982, JDI 1983, p.145, note B. Oppetit et l'étude du Pr Oppetit, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, Cahiers du CEDIN, 1990, page 49), la Cour de cassation a renversé cette jurisprudence, dans un arrêt du 6 juillet 2000, jugeant qu'un Etat étranger qui a souscrit une convention d'arbitrage en application du règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale a implicitement renoncé, ce faisant, à son immunité d'exécution (1^{ère} chambre civile ; Juris-data n° 2000-002829 ; JDI 2000, p. 1054, note I. Pingel-Lenuzza ; Rev. arbitrage 2001, p.114, note Ph. Leboulanger).

Mais pour souhaitable qu'elle soit, la convergence des deux immunités se heurte à des limites. Limites que l'on rencontre, s'agissant des agents diplomatiques, dans la Convention de Vienne dont l'article 31, après avoir défini le champ des immunités de juridiction, et indiqué que les mêmes critères prévalent pour l'immunité d'exécution, ajoute toutefois que la personne du diplomate et sa demeure sont inviolables. Limite qui se révèle, sous l'empire de la règle coutumière qui régit l'immunité des Etats, par la difficulté de saisir des biens dont l'affectation principale n'est pas dissociable de l'exercice des missions de souveraineté, alors même qu'ils seraient également utilisés pour l'activité dont le juge du fond a considéré qu'elle n'en relevait pas. Tel est précisément le cas du compte en banque d'une ambassade.

Il serait certes envisageable de considérer que dès lors que ce compte était utilisé pour rémunérer les salariées licenciées, au bénéfice desquelles ont été rendues les condamnations prononcées par les prud'hommes, puis par la cour d'appel – ce que le dossier donne à penser – il pouvait également être saisi pour permettre l'exécution de ces condamnations, et dans la limite de celles-ci. Ce serait là la prolongation ultime du raisonnement de la Cour de cassation, le compte en banque n'étant certes pas exclusivement affecté à une activité économique et commerciale, mais utilisé également pour celle-ci, et dès lors saisissable dans la limite des engagements inhérents à cette activité.

C'est sans doute la cour d'appel de Paris, dans un arrêt non publié du 15 avril 2010 (*Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique contre M. B...*) qui a poussé le plus loin ce type de raisonnement. Dans un litige opposant les Etats-Unis à un jardinier du cimetière militaire de Colleville-sur-mer, dont le licenciement ne pouvait, pour les raisons que nous avons analysées, être couvert par l'immunité de juridiction, les prud'hommes avaient condamné les Etats-Unis à indemniser l'intéressé. La cour a écarté l'immunité d'exécution que les Etats-Unis opposaient à une saisie du compte utilisé pour payer les dépenses de fonctionnement de la Commission américaine des monuments de guerre (AMBC), organisme dont l'arrêt relève pourtant qu'il n'a pas la personnalité morale, et constitue une émanation directe de l'Etat américain, au motif que « le contrat de travail participait de la gestion par l'AMBC de son objet », relevant plus loin qu'il n'était pas insaisissable car « les sommes versées sur ce compte par le gouvernement américain, prises sur les dotations en crédits du Congrès à l'Etat fédéral, sont destinées aux dépenses de fonctionnements de la Commission, aux achats réalisés en France, ainsi qu'à recevoir des remboursements de TVA et servir de fonds de caisse ». La cour en déduisait « qu'il n'est pas justifié que ce compte ne pouvait être appelé à répondre des condamnations prononcées à l'encontre de l'AMBC en qualité d'employeur. ». Ce système de raisonnement a pour lui la cohérence. Mais outre qu'il n'a pas été approuvé par la Cour de cassation, et que nous ne sommes pas certain, au regard de sa jurisprudence, qu'il échapperait à sa censure, eu égard au fait que ce compte alimentait le fonctionnement d'un organisme sans

personnalité morale, associé à des missions de souveraineté, il ne concernait, malgré tout, que le compte en banque de cette organisation particulière et bien identifiée, distinct de celui de l'ambassade.

La Cour de cassation n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur un cas entièrement topique. A deux reprises au moins, elle a cependant poussé assez loin les restrictions apportées à l'immunité d'exécution : elle a estimé que la République du Congo ne pouvait en revendiquer le bénéfice dans un litige où elle se refusait à s'acquitter de charges de copropriété de logements utilisés pour loger du personnel diplomatique, et où ses biens avaient été saisis (1^{ère} Civ, 25 janvier 2005, 03-18176, *République démocratique du Congo c/ Syndicat des copropriétaires de l'immeuble de résidence Antony Châtenay*) pas plus que la République Fédérale d'Allemagne dans l'affaire *Pereira* précitée du 19 novembre 2008, où étaient en cause des immeubles utilisés pour les œuvres sociales de ses armées, et dans lesquels elle n'avait pas procédé à la réfection d'un mur occasionnant des désordres. Mais la saisie de comptes d'ambassades n'était pas en cause.

Et trois raisons, d'inégale importance, nous poussent à vous proposer de juger qu'une action devant le juge de l'exécution visant à faire saisir le compte de l'ambassade pour payer les indemnités dues à ses employés malgré l'immunité opposée par le ministre était dépourvue de toute chance de succès.

La première, et la principale, tient à la fermeté d'une *opinio juris* unanime, exprimée notamment par des arrêts très motivés de cours suprêmes étrangères. Quand elles ont accepté d'envisager cette possibilité, elles ont toujours, et par des raisonnements assez proches, mis en avant la fongibilité des différents types de dépenses effectuées à partir des comptes des ambassades, et fait valoir l'impossibilité de s'immiscer dans leur fonctionnement pour discerner l'affectation exacte des fonds qui s'y trouvaient sans porter, potentiellement, une atteinte au fonctionnement de la mission diplomatique, et, par là, à la souveraineté des Etats concernés. Elles en ont déduit l'impossibilité de saisir ces comptes sans violer l'immunité d'exécution de l'Etat concerné, même dans le cas où les sommes dues l'étaient en exécution d'une condamnation relative à une activité dite de gestion, parfois financée par ce compte.

L'arrêt le plus explicite est celui de la Cour constitutionnelle allemande du 13 décembre 1977 (B. Ver.Ge 46, 342, *Philippinische Botschaft*) jugeant qu'il serait contraire au droit international coutumier d'exiger de l'Etat étranger des informations sur les montants détenus sur un compte d'ambassade ou payés à partir de ce compte, et leur destination.

Cette solution est rejointe, avec des nuances de raisonnement qui n'altèrent pas la fermeté de la solution, par une décision du Tribunal constitutionnel espagnol du 1^{er} juillet 1992 (STC 107/1992), relative précisément à une employée licenciée de l'ambassade d'Afrique du Sud qui faisait valoir son droit à un recours effectif, et par la Cour suprême autrichienne (Oberster Gerichtshof 30 avril 1986 : 3Ob38/86).

Dans les pays ayant légiféré de façon précise sur la portée des immunités d'exécution, des solutions convergentes ont été retenues, tant par la Chambre des Lords britannique dans l'arrêt *Alcom* (1984 AC 580, *Alcom vs Republic of Columbia*), qui fait clairement apparaître le caractère insaisissable du compte de l'ambassade comme une conséquence de l'impossibilité juridique dans laquelle se trouve l'Etat auprès duquel cette mission diplomatique est placée d'entraver son bon fonctionnement, et fait référence dans ses motifs à l'arrêt de la Cour allemande, que par la Cour du district de Columbia, dans un arrêt considéré comme fixant la jurisprudence fédérale aux Etats-Unis, *Liberian Eastern Timber Corp v. Government of the Republic of Liberia*, 16 avril 1987.

Cette *opinio juris* est très clairement formée, sans vraie dissonance, et elle suffirait par elle-même à emporter notre conviction. Au soutien de celle-ci, on peut ajouter – c'est notre deuxième point – que l'on retrouve pleinement la ligne directrice de cette interprétation de la règle coutumière dans le texte de la Convention des Nations Unies de 2004. Son article 19, relatif aux « Immunités des Etats à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement », énonce qu' « Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre les biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si et dans la mesure où (...) c) 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 et sont situés sur le territoire de l'Etat du for (...). ». Et l'article 21, qui énumère les catégories de biens qui « ne sont notamment pas considérés comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa (c) de l'article 19 » mentionne notamment: « (...) / Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou

destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires. »

L'intention de codification qui préside à la préparation de cette Convention est clairement révélée par les travaux préparatoires de la Commission de droit international, même s'il appartiendra le moment venu aux juridictions compétentes, et notamment à la CIJ, de dire si la Convention a, aux articles 19 et 21, entièrement codifié la règle coutumière, cette appréciation étant portée article par article. Mais sa rédaction conforte tout de même l'examen qui a été fait de l'*opinio juris* préexistante.

Enfin, on l'a relevé, si aucune juridiction suprême française ne s'est prononcée sur un cas aussi topique que ceux qui ont été tranchés par les cours étrangères, on ne trouve dans leur jurisprudence, et notamment dans celle de la Cour de cassation, qui contrôle le juge civil de l'exécution, aucune décision qui donne à penser que le compte d'une ambassade pourrait être saisi.

Avant de tirer la conclusion de cette analyse, qui ne permet pas d'envisager que les requérantes pussent saisir avec succès le juge de l'exécution, nous voudrions prévenir une ambiguïté possible de raisonnement concernant le terrain même sur lequel la saisie du compte en banque serait refusée en nous arrêtant un instant sur un arrêt important de la cour d'appel de Paris (Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, 10 août 2000, *Ambassade de la fédération de Russie en France Délégation permanente de la Fédération de Russie auprès de l'Unesco, Représentation commerciale de la Fédération de Russie en France c/Cie Noga d'importation et d'exportation*, J.D.I. 1, 2001, page 116 note Pingel Lenuzza in JDI 2001, p.116 ; DMF 2001, doctr., p. 3, obs. JP Rémerly). Cet arrêt juge, dans une affaire relative aux relations de la Fédération de Russie avec une société de négoce international qui lui avait consenti un prêt, que même la renonciation par cet Etat, dans le contrat de prêt, « à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en relation avec le présent contrat » ne manifestait pas sa volonté non équivoque de renoncer à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter qu'une société commerciale puisse, le cas échéant, saisir le compte en banque de son ambassade. Il aurait trouvé sa place dans notre analyse de la jurisprudence s'il n'avait la particularité de se situer sur le terrain de la Convention de Vienne sur les immunités diplomatique, et non sur celui de l'immunité coutumière des Etats. L'arrêt fonde sa solution sur l'article 22§3 de cette Convention, qui énonce que « les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie ou mesure d'exécution » et sur son article 25 qui fait obligation à l'Etat accréditaire « d'accorder toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission ».

Nous avons souligné, en introduction des présentes conclusions, qu'il existe des relations étroites entre les immunités diplomatiques et les immunités des Etats, qui se sont développées conjointement. Il peut en résulter, s'agissant précisément du compte en banque d'une ambassade, une certaine porosité de raisonnement s'agissant des règles applicables, que l'on retrouve par exemple dans le raisonnement de la cour américaine que nous avons cité. Mais c'est de la qualité des parties au litige que doit dépendre la règle applicable et quand il s'agit d'un Etat étranger et non d'un diplomate, c'est bien l'immunité coutumière qui s'applique. La Cour de cassation a d'ailleurs, dans un arrêt de non-lieu sévèrement motivé, censuré (point 3) la confusion opérée sur ce point par la cour d'appel (12 mai 2004, 1^{ère} Civ 0021-296).

Nous pensons donc que les requérantes n'avaient aucune chance d'obtenir gain de cause devant le juge de l'exécution, car l'immunité d'exécution qui leur a été opposée se situe dans le *noyau dur* de la règle coutumière.

Ajoutons pour être complet qu'aucun élément de fait du dossier ne donne à penser qu'une saisie pût être opérée avec succès par le juge de l'exécution sur d'autres biens de l'Etat du Koweït, qui fussent « *spécifiquement* utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales », comme le dit la Convention. relevons surtout que la Cour de cassation, dont la jurisprudence guide celle du juge de l'exécution, ne semble pas avoir renoncé au critère posé dans l'arrêt *Eurodif* précité, exigeant que le bien saisi ait été « affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande », ce qui ne permettrait pas de saisir d'autre bien que le compte de l'ambassade utilisé pour payer les requérantes.

Or la jurisprudence n'exige pas, pour que le lien entre la règle et le préjudice puisse être tenu pour certain, que le requérant ait épuisé les voies de recours imaginables, mais seulement les voies de recours utiles.

Nous pensons donc que nous ne sommes pas dans un cas où, comme dans votre décision *T... et M...* (1^{er} juin 1984, n° 36414, Rec. p. 194), l'absence de saisine du juge de l'exécution faisait obstacle à ce que ce lien fût tenu pour direct et certain, mais au contraire dans un cas où, comme dans vos décisions *Consorts B...* (Section, 29 octobre 1976, *Ministre des affaires étrangères c/ Consorts B...*, n° 94218, Rec. p. 452) et *Melle S...* (11 février 2011, n° 325253, Rec. p. 36) précitées, cette absence de saisine était sans effet sur le caractère direct et certain du lien entre le préjudice et la règle de droit invoquée.

Si vous jugiez opportun de statuer sur le moyen de cassation tiré de cette erreur de droit commise par le juge du fond, vous devriez donc l'accueillir.

Nous vous proposerons de statuer au fond, eu égard à l'ancienneté des faits - plus de dix ans se sont écoulés depuis ces licenciements - et de l'intérêt qui s'attache à ce que votre formation de jugement tranche entièrement la question.

Vous devriez dès lors vous prononcer sur le caractère anormal, c'est-à-dire direct et certain, de ce préjudice, en application de votre jurisprudence de Section du 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'Aquaculture en Région centre* (n° 215957, Rec. p.367).

La gravité du préjudice ne fait pas de doute. Vous l'avez parfois admise quand étaient en cause, dans des circonstances similaires, des préjudices commerciaux de moindre importance (30 000 francs en 1976 dans le cas des consorts B... – affaire n° 94218) ; vous l'avez admise également pour Melle S... (33.000 euros – affaire n° 325253) et ne l'avez écartée que pour des sommes bien moindres : 2279 F pour l'un des requérants dans une décision *T... et M...* (1^{er} juin 1984, 36414, Rec. p. 194). Ici, les préjudices, que nous estimerons dans un instant avec précision, vont de 25 000 à 103 000 euros environ, et l'appréciation de leur gravité peut prendre en compte la relation qui existe entre cette somme et les ressources, modestes, des intéressées.

Sa spécialité est plus délicate à apprécier. Mais quatre raisons nous poussent à vous proposer de la retenir.

La première est tirée de vos décisions *Consorts B...* (Section, 29 octobre 1976, *Ministre des affaires étrangères c/ Consorts B...*, n° 94218, Rec. p. 452) et surtout *Melle S...* (11 février 2011, n° 325253, Rec. p. 36), dans lesquels vous l'avez admise dans des cas très voisins. Les cas dans lesquels des Etats ou leurs diplomates tirent parti de l'immunité d'exécution pour se soustraire à leurs obligations légales d'employeurs en droit français, parfois de façon assez choquante, s'ils ne sont pas exceptionnels, demeurent heureusement assez rares. Mais l'examen de la question par votre formation de jugement peut bien sûr être l'occasion de réexaminer cette amorce de jurisprudence.

En deuxième lieu, on observera que la capacité de personnes se heurtant, dans l'exercice de leurs droits, aux immunités des Etats étrangers à se retourner, sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, vers l'Etat français demeurera limitée, pour deux raisons simples. D'une part, toutes les personnes qui sont en relations commerciales avec un Etat étranger ou ses émanations et démembrements, si ceux-ci sont susceptibles de lui être assimilés, ce qui n'est que rarement le cas, se verront normalement opposer l'exception de risque accepté. Il en va notamment ainsi, comme nous l'avons vu, en matière de location de biens immobiliers à usage d'habitation. Seules les violations des éléments essentiels d'un contrat de travail échapperont à celle-ci, en application de la jurisprudence *S...* (11 février 2011, *Melle S...*, n° 325253, Rec. p. 36). Mais dans ce domaine, nous avons vu également que la jurisprudence relative à l'immunité de juridiction permettra aux Etats de l'opposer à l'action en justice des intéressés, quand seront en cause des employés ayant occupé des fonctions liées aux missions mêmes des représentations diplomatiques. Il n'y aura donc, dans ce cas, aucun hiatus entre les deux immunités, et il sera sans doute possible d'estimer que les intéressés, partie prenantes du service diplomatique, sont dans une situation différente de celle de personnes occupant des fonctions très modestes, pour qui l'Etat étranger est, ou devrait être, un employeur comme un autre. La question de la spécialité se présentera donc de façon différente. Vous en jugerez le moment venu. Le jeu combiné de ces deux jurisprudences limite donc les cas où la jurisprudence *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* peut être effectivement appliquée aux employés de niveau modeste, ayant obtenu la condamnation de leur employeur, et subi un préjudice grave dont la réparation par d'autres voies de droit s'avère impossible.

En troisième lieu, on remarquera que le nombre de ces litiges pourrait diminuer – ce qui n'est pas toujours le cas quand les contours d'un régime de responsabilité sans faute se précisent – car la possibilité pour

les victimes de tels comportements de rechercher, en France, la responsabilité de l'Etat lorsqu'ils occasionnent des préjudices importants à leurs salariés devrait assez naturellement conduire le ministre des affaires étrangères à attirer discrètement l'attention des Etats concernés sur le préjudice de réputation qui en résulte pour eux, et sur le coût que doit, de leur fait, supporter l'administration française.

Enfin et quatrième lieu, et s'agissant du caractère propre du préjudice, vos rapporteurs publics, quand ils tentent de résumer ce qui fonde le caractère anormal d'un préjudice, se rejoignent pour souligner qu'à côté de la gravité objective qu'il présente pour l'intéressé, un tel préjudice se signale par le sentiment d'anomalie choquante que suscite l'énoncé des circonstances dans lesquelles il a pris forme. Et quand un préjudice est occasionné par la seule existence d'une norme, il nous semble que son caractère spécial est d'autant plus affirmé que les circonstances dans lesquelles il a pris forme sont éloignées de la raison d'être de cette norme. En l'espèce, il est manifeste que la perte, sans indemnité, de leurs moyens d'existence par des employées de maison est une situation choquante, sans rapport aucun avec les considérations, par ailleurs très fortes, qui justifient les immunités des Etats.

Au bénéfice des ces quatre considérations, nous vous proposerons d'estimer que leur préjudice est spécial.

Notons que cette reconnaissance du caractère indemnisable de leur préjudice rejoint l'esprit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui juge que « l'octroi de l'immunité à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats par le respect de la souveraineté d'un autre Etat » (CEDH Grande chambre, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, 15869/02) mais que la restriction ainsi apportée au droit effectif au juge au sens de l'article 6-1 n'est proportionnée à ce but que si « les requérants disposent d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention. » (CEDH, 18 février 1999, *Waite et Kennedy c/Allemagne*, 26083/94). Ce raisonnement, développé dans des affaires où était en cause l'immunité de juridiction, pourrait nous semble-t-il être transposé s'agissant de l'immunité d'exécution, et de l'impossibilité de faire valoir ses droits devant le juge qui en est chargé, au regard notamment du fait que, comme le rappelle souvent la Cour, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (*Cudak* précité). Dans la mesure où les juridictions civiles françaises sont bien compétentes pour juger d'un litige, constater un préjudice, et condamner son auteur à le réparer, et nous avons vu que tel était le cas, au motif que ces préjudices trouvent leur origine dans les modalités d'exécution ou de rupture d'un contrat de travail soumis au droit français, on ne voit guère quelles voies de droit alternatives les victimes de tels préjudices pourraient mobiliser pour en obtenir réparation, dès lors que l'immunité d'exécution dont jouit l'auteur du dommage leur est opposée à bon droit, si ce n'est précisément la réparation par l'Etat de la rupture d'égalité devant les charges publiques que révèle cette situation. La possibilité donnée aux requérantes de rechercher la responsabilité de l'Etat du fait de la coutume leur ouvre cette voie de droit.

Il vous restera à évaluer leur préjudice, qui peut être fixé au montant des condamnations prononcées par le juge judiciaire soit respectivement pour Mmes S..., H..., M... et H..., les sommes de 103 035, 69 euros, 101 623, 80 euros, 23 949,02 euros et 103 010, 02 euros et doit incorporer, au titre du principal, le montant des intérêts qui couraient dans le cadre de la procédure judiciaire. Les dates à compter desquelles courent ces intérêts pour les différents chefs de préjudice ont été fixées par la cour d'appel de Paris.

Vous n'y ajouterez pas, contrairement à ce qui vous est demandé, le montant des astreintes que le juge judiciaire avait prononcées afin de contraindre l'Etat du Koweït à communiquer aux intéressées leurs certificats de travail et attestations d'Assedic. Vous y appliquerez en revanche les intérêts courant dans le cadre de la procédure devant la juridiction administrative, à compter de la date de la demande, et capitaliserez ces intérêts, comme cela vous est demandé, conformément aux règles posées par l'article 1154 du code civil.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris et du jugement du tribunal administratif de Paris ;

- à ce que l'Etat soit condamné à verser à Mmes S..., H..., M... et H..., des indemnités fixées ainsi qu'il vient d'être indiqué ;

- à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées par les requérantes en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet du surplus des conclusions des pourvois.