

La saisie des « biens mal acquis » à l'épreuve du droit des immunités internationales : quelques observations à propos du différend opposant la Guinée équatoriale à la France¹

Victor Grandaubert, *Doctorant et ATER au Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université Paris Nanterre*

Le 27 octobre 2017, la 32^e chambre du tribunal correctionnel de Paris a condamné Teodoro Nguema Obiang Mangue, dit Teodorin Obiang, le fils du président de la République de Guinée équatoriale, exerçant la fonction de vice-président de cet Etat, à trois ans de prison avec sursis, 30 millions d'euros d'amende et la confiscation de l'ensemble de ses biens saisis². Le dirigeant étranger a été reconnu coupable de blanchiment d'abus de biens sociaux, de détournement de fonds publics, d'abus de confiance et de corruption. Le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris dans le cadre de l'affaire dite des « biens mal acquis », fera vraisemblablement date au titre de la lutte contre le blanchiment de fonds illicitement détournés à l'étranger ou provenant de la commission d'actes de corruption transnationaux.

Un nombre important d'Etats sont actuellement confrontés à ces pratiques, souvent orchestrées volontairement par leurs dirigeants en fonction, et qui ont pour effet délétère de les priver d'une partie de leurs ressources. Soucieux de mettre au ban ces pratiques généralisées de corruption et de détournement de fonds publics, des Etats ont adopté des conventions internationales leur imposant d'adapter leurs législations pénales, de mettre en place des mécanismes de coopération judiciaire afin, en particulier, de réussir à procéder à la restitution des fonds détournés en direction des populations spoliées³. S'il a fallu de nombreuses années aux

¹ Le présent article prend appui sur une présentation orale le 10 mars 2017 à l'Université Paris Nanterre lors d'une demi-journée d'actualité de la Société française pour le droit international portant sur l'actualité du droit des immunités internationales. L'auteur tient à remercier M. Pierre Bodeau-Livinec, Mme Juliette Bouloy, M. Mathias Forteau, Mme Eloïse Glucksmann et Mme Hélène de Pooter pour l'aide qu'elles lui ont apportée au cours de la rédaction de cet article.

² v. PIEL (S.), TILOUINE (J.), « Teodorin Obiang, premier condamné dans l'affaire dite des « biens mal acquis »», *Le Monde*, 27 octobre 2017.

³ v. *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997*, entrée en vigueur en 1999, RTNU, vol. 2802 ;

Etats pour qu'ils se saisissent de ce problème sous l'angle du droit international, ce même droit, loin d'être le seul moteur de la lutte contre la corruption, constitue aussi un frein important lorsque l'Etat du *for*, l'Etat sur le territoire duquel se situent les biens mal acquis, lance des poursuites au pénal contre des représentants en fonction d'un Etat étranger. Il est généralement convenu que les immunités internationales dont ils bénéficient à l'étranger doivent les protéger contre tout acte d'autorité, afin d'assurer qu'ils puissent exercer librement leurs fonctions pour le compte de l'Etat souverain qu'ils représentent. De fait, l'immunité de juridiction pénale du représentant en fonction de l'Etat étranger interdit aux autorités pénales du *for* de mettre en œuvre l'action pénale. Il est imposé à l'Etat du *for* d'exempter l'intéressé de tout « acte d'autorité contraignant »⁴ tant au stade précontentieux qu'au stade du procès pénal. En outre, les biens sur lesquels porterait une enquête peuvent être mis à l'abri de toute tentative de perquisition, de saisie ou de confiscation lorsqu'ils sont protégés par une exemption à l'égard des mesures de contrainte, qu'elle prenne la forme d'une inviolabilité ou d'une immunité d'exécution. Quand l'issue d'une procédure de restitution, comme en France, repose d'abord sur la condamnation du prévenu accompagnée obligatoirement d'une mesure de saisie de ses biens acquis suite à des activités de blanchiment d'argent, dans quelle mesure l'Etat du *for* dispose-t-il de moyens pour surmonter ces obstacles dans un scénario mettant en cause un représentant en fonction d'un Etat étranger ?

A cet effet, un retour sur la procédure pénale menée en France contre Teodorin Obiang, vice-président en fonction de la Guinée équatoriale, s'avère riche en enseignements bien qu'elle ne soit pas la seule procédure engagée à son encontre⁵ ou qu'il soit la seule personnalité étrangère en

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000, entrée en vigueur en 2003, RTNU, vol. 2225, p. 209 ; *Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003*, entrée en vigueur en 2005, RTNU, vol. 2349, p. 41 ; v. CHERCHENEFF (L.), « Immunité de juridiction pénale « bien mal acquise » des hauts représentants d'Etat étrangers en exercice », in SIMON (D.) (dir.), *Le Droit international des immunités : constantes et ruptures*, Paris, Pedone, 2015, p. 86.

⁴ CIJ, arrêt du 4 juin 2008, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France), arrêt, *CIJ Rec.*, 2008, p. 237, § 170.

⁵ Etats-Unis : le 10 octobre 2014, Teodorin Obiang a conclu une transaction à l'amiable avec le Ministère de la Justice américain. L'accord prévoit principalement la confiscation de 30 millions sur 70 millions de dollars d'avoirs présents sur le sol américain. Les sommes confisquées serviront au financement d'une organisation caritative au bénéfice du peuple équato-guinéen dépourvue de tous liens avec le gouvernement équato-guinéen ou avec la famille Obiang (v. *Réquisitoire définitif aux fins de disjonction, de non-lieu et de renvoi partiels devant le tribunal correctionnel*, Cour d'appel de Paris, Parquet national financier, 23 mai 2016, pp. 23-25, in *Requête introductive d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 1, pp. 37-39) ;

fonction poursuivie dans le cadre de l'affaire des biens mal acquis⁶. Le procès débuté en janvier 2017 de Teodorin Obiang en France a acquis une résonance importante pour deux raisons. En premier lieu, il demeure encore rare de voir un haut représentant en fonction d'un Etat étranger jugé au fond et condamné pour des faits allégués de criminalité économique. En second lieu, en ne retenant aucune des immunités soulevées par la défense devant le juge français, notamment l'inviolabilité diplomatique d'un immeuble saisi, la Guinée équatoriale a décidé le 13 juin 2016 de saisir la Cour internationale de Justice (CIJ) afin de lui demander de déclarer que la France a engagé sa responsabilité internationale en laissant ses autorités pénales mener une procédure illicite en droit international. Par conséquent, à moins que les autorités françaises et équato-guinéennes décident de régler ce différend à l'amiable, le sort du volet équato-guinéen de l'affaire des biens mal acquis semble dorénavant suspendu à une décision internationale, qui vraisemblablement n'interviendra pas dans un futur proche. Les premiers soubresauts de cette affaire apportent, du moins, leur lot d'enseignements provisoires. Pour arriver à saisir et confisquer des biens mal acquis en France, il semble que les autorités pénales pourront tirer avantage des incertitudes entourant le régime de l'inviolabilité et de l'immunité d'exécution des représentants étrangers en fonction. En revanche, le cas échéant, ils auront aussi la difficile mission de contourner l'immunité d'exécution de l'Etat étranger (**II**). Encore faut-il que le juge français puisse condamner pour blanchiment d'activités criminelles le représentant étranger en fonction ; ce qui apparaît autorisé en droit international quand le prévenu n'est ni un chef d'Etat étranger, ni un chef du gouvernement étranger ou un ministre des affaires étrangères de l'Etat étranger (**I**).

Suisse : à l'automne 2016, le parquet de Genève a ouvert une enquête contre Teodorin Obiang et procédé à la mise sous séquestration de 11 voitures de sport et à la saisie, grâce à l'intervention des autorités néerlandaises, d'un yacht privé dans le chantier naval de Makkun aux Pays-Bas (v. PARVEX (M.), « Le Ministère public genevois saisit 11 voitures appartenant à Teodorin Obiang », *Le Temps*, 3 novembre 2016 ; NSEHE (M.), « Dutch Authorities Seize \$100 Million Yacht Allegedly Owned By African Dictator's Son », *Forbes*, 8 décembre 2016).

⁶ La justice française s'intéresse également à la commission alléguée de faits de blanchiment d'activité criminelle impliquant les chefs d'Etat du Gabon et de la République du Congo ainsi que leur entourage (v. FONTEIX (C.), « Bien mal acquis : rejet de l'immunité du second vice-président de Guinée équatoriale », *Dalloz actualité*, 11 janvier 2016).

I. La poursuite d'un vice-président étranger en fonction pour actes de blanchiment d'activités criminelles à l'épreuve de l'immunité de juridiction pénale

La Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que tous les représentants en fonction de l'Etat étranger ne jouissent pas de la même immunité de juridiction pénale. Les représentants de rang élevé, le chef d'Etat étranger, le chef du gouvernement étranger ou le ministre des affaires étrangères de l'Etat étranger, disposent lorsqu'ils sont en exercice d'une immunité absolue dite « personnelle » quand les autres représentants bénéficient seulement d'une immunité relative dite « fonctionnelle », restreinte aux actes relevant de leurs fonctions. En matière de criminalité économique, la procédure française confirme que l'immunité fonctionnelle d'un vice-président étranger ne s'étend pas aux actes de blanchiment d'activité criminelle accomplis à des fins personnelles (A). La présente affaire révèle, pourtant, que la principale menace pesant sur les procès visant la restitution des produits issus d'actes de corruption ou de détournements de fonds publics demeure l'éventuel élargissement de l'immunité personnelle à d'autres hauts représentants de l'Etat étranger dont le vice-président étranger (B).

A. Le refus de la France d'appliquer l'immunité fonctionnelle à des actes de blanchiment d'activités criminelles accomplis à des fins personnelles

Le 2 décembre 2008, l'association de lutte contre la corruption *Transparency International France* a porté plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Paris contre plusieurs hauts représentants d'Etat africains et des membres de leurs familles⁷. L'association accuse, parmi eux, Teodorin Obiang, alors ministre d'Etat chargé de l'agriculture et des forêts de la Guinée équatoriale, d'avoir participé sur le sol français à des opérations alléguées de blanchiment d'activités criminelles⁸.

⁷ Les faits d'espèce et les développements procéduraux sont consignés dans le Réquisitoire définitif aux fins de disjonction, de non-lieu et de renvoi partiels devant le tribunal correctionnel, Cour d'appel de Paris, Parquet national financier, 23 mai 2016, *in Requête introductive d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 1, pp. 16-51.

⁸ L'article L. 324-1 du Code pénal (France) définit l'infraction de blanchiment comme « le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect ».

Le vice-président, à l'époque où il était ministre, aurait eu recours à la corruption et commis des abus de confiance lors de l'attribution de marchés publics relevant de son ministère. Il aurait utilisé des sociétés-écrans équato-guinéennes, dont une société d'Etat spécialisée dans l'exploitation et l'exportation de bois, la SOMAGUI FORESTAL, créées par ses soins, afin d'acheminer les fonds illicites jusqu'en Europe où d'autres sociétés, notamment suisses, avaient pour tâche de réinvestir ces fonds dans l'économie réelle. La plainte, jugée recevable par la Cour de cassation le 9 novembre 2010⁹, se focalise sur la constitution d'un patrimoine mobilier et immobilier, entre 1997 et 2011 ; patrimoine qu'il aurait pu difficilement acquérir sur la seule base de son salaire annuel officiel évalué à hauteur de 80000 euros. Les acquisitions effectuées embrassent, entre autres, une collection importante d'objets et de vêtements de luxe, des œuvres d'art, des bijoux, un ensemble de quinze véhicules de sport estimé à 5,7 millions d'euros et un hôtel particulier situé au 40-42 avenue Foch, à Paris, acquis par l'intermédiaire de cinq sociétés suisses dont il était le seul actionnaire, d'une superficie de 4000 m² et évalué à 107 millions d'euros. L'enquête a permis de révéler de nombreuses preuves corroborant des faits de blanchiment d'argent et de recel. A cet effet, il a été procédé, entre 2011 et 2012, à la saisie à des fins de confiscations des biens visés. Le 18 mars 2014, dans le cadre d'une commission rogatoire internationale, Teodorin Obiang est mis en examen pour des faits qualifiés de blanchiment des délits de détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, abus de confiance, et corruption. Il a été renvoyé en 2016 devant le tribunal correctionnel de Paris¹⁰. Du 19 juin au 6 juillet 2017, le procès s'est déroulé en son absence laissant son avocat affirmait que le juge français était manifestement incompétent et devait reconnaître son immunité. Le 27 octobre 2017, Teodorin Obiang a été reconnu coupable de de blanchiment d'abus de biens sociaux, de détournement de fonds publics, d'abus de confiance et de corruption et condamné à trois ans de prison avec sursis, 30 millions d'euros d'amende et la confiscation de l'ensemble de ses biens saisis. Il a interjeté appel du jugement le 3 novembre 2017.

La procédure pénale française, au dire de la Guinée équatoriale, est illicite au regard du droit international, car Teodorin Obiang bénéficierait d'une immunité de juridiction pénale absolue. Nommé second vice-président de la République en charge de la défense et de la sécurité de l'Etat, le 21 mai 2012,

⁹ Crim., 9 novembre 2010, n° 09-88.272.

¹⁰ *Demande en indication de mesures conservatoires* (Guinée équatoriale c. France), CIJ, 29 septembre 2016, Annexe n° 1, p. 13.

puis vice-président le 21 juin 2016, il serait désormais la seconde personnalité politique du régime équato-guinéen. Lors de la procédure menée en France, les juges d'instruction ont, pourtant, refusé de lui reconnaître une quelconque immunité ; un refus confirmé par la Cour de cassation le 15 décembre 2015¹¹. A ce titre, la Chambre criminelle s'appuie sur une distinction, en partie forgée par ses soins, qui distingue deux types d'immunités pour les agents de l'Etat étranger : l'immunité personnelle et l'immunité fonctionnelle¹². En droit international, conformément à cette distinction, l'immunité personnelle couvre tous les actes, accomplis à titre officiel ou à titre privé, y compris ceux accomplis avant l'entrée en fonctions du chef de l'Etat, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères en exercice¹³. Tandis que l'immunité fonctionnelle couvre les seuls actes accomplis à titre officiel par un nombre plus large de représentants de l'Etat étranger, indépendamment de leur position dans la hiérarchie de l'Etat, à condition d'exercer des prérogatives de puissance publique, qu'ils soient en fonction ou non. A ce titre, les anciens représentants de l'Etat étranger, y compris l'ancien chef d'Etat, l'ancien chef du gouvernement et l'ancien ministre des affaires étrangères quand ils ne bénéficient plus de l'immunité personnelle, continuent de jouir de l'immunité fonctionnelle¹⁴. La clé de voûte du régime de l'immunité fonctionnelle est la détermination du contenu de l'acte officiel ou de l'acte de fonction. Le succès d'une procédure pénale engagée contre un représentant de l'Etat bénéficiant de l'immunité fonctionnelle reposera sur la mise à l'écart de la qualification d'acte de fonction pour qualifier l'acte criminel. Pour ce faire, le juge interne doit mettre en lumière un acte accompli

¹¹ Crim., 15 décembre 2015, n° 15-83.156.

¹² v. à propos de l'immunité personnelle, Crim., 13 mars 2001, *Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Association SOS Attentats et autres*, n° 00-87.215 : « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etats en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger » ; à propos de l'immunité fonctionnelle, Crim., 19 janvier 2010, *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « Fenvac SOS Catastrophe » et autres*, n° 09-84.818 : « la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui [...] relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné ». La Commission du droit international des Nations Unies a retenu la même distinction dans le cadre de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat.

¹³ Le projet d'article 3 (Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*) adopté par la CDI dispose : « Les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère », in CDI, *Rapport de la Commission du droit international, Ann. CDI, A/68/10, 2013*, p. 59.

¹⁴ CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, *CIJ Rec.*, 2002, p. 25, § 61.

à titre privé¹⁵. Objet de nombreuses interprétations en droit international, cet acte est défini comme un acte plus restreint que l'acte *jure gestionis* sur lequel se fonde l'éviction de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger¹⁶. On considère un acte comme ne le relevant pas de la fonction du représentant lorsqu'il est accompli principalement pour satisfaire un intérêt personnel¹⁷ ou pour des motifs personnels¹⁸, participe à un enrichissement personnel¹⁹, est réalisé à des fins autres que la poursuite de l'intérêt général²⁰ ou commis manifestement en dehors de l'exercice de l'autorité publique²¹.

En 2015, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, en premier lieu, de manière elliptique, écarté l'hypothèse d'une immunité personnelle pour Teodorin Obiang du fait que « les fonctions du demandeur ne sont pas celles de chef d'Etat, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères ». En second lieu, elle n'a pas retenu l'immunité fonctionnelle à son profit, qu'on envisage Teodorin Obiang comme ancien ministre ou second vice-président. Selon la Cour, « l'ensemble des infractions qui lui sont reprochées, le blanchiment de leur produit ayant été opéré en France, à les supposer établies, ont été commises à des fins personnelles avant son entrée dans ses fonctions actuelles, à l'époque où il exerçait les fonctions de ministre de l'agriculture et des forêts ». En l'espèce, la Cour confirme que les actes de blanchiment d'activités criminelles sont des actes commis « à des fins personnelles » détachables, à l'époque, de ses fonctions de ministre. En procédant à l'acquisition dissimulée de ces biens en France, il convient de constater que Teodorin Obiang n'aurait ni agi en qualité d'agent de l'Etat, ni commis un acte relevant de la souveraineté de la Guinée équatoriale, mais aurait agi dans son seul intérêt privé à des fins d'enrichissement personnel.

La conclusion de la Cour de cassation offre un exemple frappant de ce que constitue un acte ne relevant pas des fonctions d'un ministre étranger. En revanche, le raisonnement de la Cour se limite aux opérations de

¹⁵ CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Rec., 2002, p. 25, § 61.

¹⁶ ESCOBAR HERNANDEZ (C.), *Quatrième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, CDI, A/CN.4/686, 2015, § 30.

¹⁷ Art. 13, § 2, de la Résolution de l'Institut de Droit International, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Session de Vancouver – 2001.

¹⁸ SALMON (J.), *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 444-445.

¹⁹ COSNARD (M.), « Les immunités du chef d'Etat », in SFDI, *Le chef d'Etat et le droit international*, colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 2001, p. 250.

²⁰ BORGHI (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 168 et s.

²¹ FOAKES (J.), *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, New York, Oxford University Press, 2014, pp. 142-143.

blanchiment d'argent. Il ne permet pas d'identifier d'autres actes constitutifs de crimes économiques, à savoir les actes de corruption ou de détournement de fonds publics, auxquels l'immunité fonctionnelle ne s'étendrait pas. Les concernant, un débat demeure quant à leur caractère non-officiel²². Les différentes conventions internationales adoptées, à ce jour, pour lutter contre la corruption ne contiennent aucune disposition expresse dérogeant aux immunités reconnues par le droit international. Mais une certaine pratique étatique s'orienterait vers une mise à l'écart de l'immunité en cas d'actes de corruption²³. En 2001, l'Institut de Droit International (IDI) a considéré s'agissant d'un ancien chef d'Etat, qu'il pouvait être poursuivi et jugé « lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés [...] sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'Etat »²⁴. De façon similaire, les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat s'orientent vers cette direction. Dans son 5^{ème} rapport présenté à la CDI, la rapporteuse spéciale a préconisé que soit retenue une exception à l'immunité fonctionnelle en cas de corruption ou de détournements de fonds publics car ces actes, même accomplis en qualité d'agent de l'Etat, ne servent que les seuls intérêts du représentant de l'Etat étranger²⁵. Suite aux débats sur ce point²⁶, la CDI a provisoirement adopté en 2017 un projet d'article 7 nommé « Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas » dans lequel ne figure pas les crimes liés à la corruption sachant que « ces crimes n'étant pas des « actes accomplis à titre officiel », mais des actes accomplis par un représentant de l'État pour son seul bénéfice »²⁷. Toujours est-il qu'en France, le caractère officiel ou non des actes de corruption est sans préjudice de la possibilité pour les autorités pénales de déclencher des poursuites pour des faits de blanchiment de fonds issus d'actes de corruption commis à l'étranger. Il existe, en droit pénal français, un principe d'autonomie de l'infraction de blanchiment selon lequel il faut se référer au droit français

²² *Ibid.*, p. 176.

²³ Court of Appeal, 5th cir. (Etats-Unis), 12 décembre 1962, *Jimenez c/ Aristeguieta*, 311 F.2d 547 ; Court of Appeal, 9th cir. (Etats-Unis), 1^{er} décembre 1988, *The Republic of the Philippines c/ Ferdinand E. Marcos et al.*, 862 F. 2d 1355 ; Trib. Féd. (Suisse), 22 décembre 2005, *Ergeny Adamov c/ Office fédéral de la justice*, ATF 132 II 81.

²⁴ Art. 13, § 2, de la Résolution de l'Institut de Droit International, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Session de Vancouver – 2001.

²⁵ ESCOBAR HERNANDEZ (C.), *Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, CDI, A/CN.4/701, 2016, §§ 230 et s.

²⁶ CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, 69^{ème} session, Ann. CDI, A/72/10, 2017, p. 181, §§ 123-125.

²⁷ *Ibid.*, pp. 197-198, point 23) du commentaire du projet d'article 7.

pour qualifier l'infraction d'origine, que celle-ci ait été commise sur le territoire français ou en dehors²⁸. Ainsi, il serait sans conséquence qu'au terme d'une enquête terminée en 2010, la Guinée équatoriale ait conclu qu'aucune des infractions reprochées à Teodorin Obiang n'avait été commise sur le sol équato-guinéen²⁹.

B. La menace de l'élargissement de l'immunité personnelle au vice-président étranger en fonction soutenue par la Guinée équatoriale

La Guinée équatoriale, contrairement à la France, considère que le droit international attribue au vice-président une immunité de juridiction absolue. En méconnaissant l'immunité personnelle de Teodorin Obiang, la France aurait enfreint l'article 4 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée de 2000. Au stade des mesures conservatoires, elle a demandé à la CIJ qu'elle ordonne à la France de suspendre la procédure pénale contre lui. L'article 4, § 1, de la Convention dispose : « [I]es États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États ». D'après la Cour, cette disposition ne crée pas *prima facie* d'obligations spécifiques en matière d'immunités³⁰. Son objet est d'indiquer que les autres dispositions de fond de la Convention doivent être exécutées en conformité avec les principes essentiels tirés de la souveraineté de l'Etat. Etant donné que le différend allégué ne s'étend pas à d'autres dispositions de la Convention, la Cour s'est déclarée *prima facie* incompétente et a écarté la demande d'interdire tout procès en France contre Teodorin Obiang. La décision prise par la Cour est, cependant, limitée pour l'instant à la procédure en indication de mesures conservatoires³¹. Elle conserve le pouvoir de la confirmer ou de l'infirmer aux stades des exceptions préliminaires ou du fond de l'affaire. Dans cette hypothèse, il convient d'étudier les possibilités pour la Cour d'accueillir les griefs de la Guinée équatoriale. Le vice-président étranger peut-il, en droit international, être protégé par une immunité personnelle ?

La position de principe prise par la CIJ, à ce sujet, remonte à l'arrêt rendu en 2002, dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 ; arrêt dans lequel

²⁸ Crim., 24 février 2010, n° 09-82.857 ; v. aussi, CHERCHENEFF (L.), « Immunité de juridiction pénale « bien mal acquise » des hauts représentants d'Etat étrangers en exercice », *op. cit.*, p. 96.

²⁹ CR 2016/14, CIJ, 17 octobre 2016, p. 17, § 8.

³⁰ CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, *CIJ Rec.*, 2016, p. 12, § 49.

³¹ *Ibid.*, p. 8, § 31.

elle avait reconnu au ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo (RDC) le bénéfice de l'immunité de juridiction absolue. A une époque où le statut du ministre des affaires étrangères était loin d'être tranché³², la Cour avait relevé plusieurs raisons pour lui attribuer une telle immunité. L'objet de l'immunité est de permettre au représentant étranger qu'il s'acquitte librement de ses fonctions pour le compte de son Etat. Ses fonctions sont telles qu'une protection absolue doit lui échoir³³. En effet, le ministre des affaires étrangères,

« assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Ses actes sont susceptibles de lier l'Etat qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'Etat (voir par exemple l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Dans l'exercice de ses fonctions, il est fréquemment appelé à se déplacer à l'étranger et doit dès lors être en mesure de le faire librement dès que la nécessité s'en fait sentir. Il doit également demeurer en liaison constante avec son gouvernement ainsi qu'avec les missions diplomatiques que celui-ci entretient dans le monde entier, et pouvoir à tout moment communiquer avec les représentants d'autres Etats. La Cour fait en outre observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son Etat avec tous les autres Etats, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'Etat et du chef de gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son Etat du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance : tout au contraire, c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Enfin, c'est auprès du ministère des affaires étrangères que les chargés d'affaires sont accrédités »³⁴.

En s'exprimant ainsi, la Cour a adopté une approche à la fois stricte et flexible. Flexible en raison du fait : « qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de

³² FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, New York, Oxford University Press, 3rd éd., 2015, p. 564.

³³ CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, *CIJ Rec.*, 2002, p. 22, § 54.

³⁴ *Ibid.*, pp. 21-22, § 53.

l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »³⁵. Ainsi, d'autres hauts représentants de l'Etat étranger pourraient invoquer une immunité pénale identique à celle d'un chef d'Etat ou d'un ministre des affaires étrangères. Stricte, car la Cour subordonne, nous semble-t-il, l'attribution d'une telle immunité au fait de posséder une fonction représentative attestée par l'accomplissement de compétences, pour certaines directement reconnues par le droit international coutumier en matière conventionnelle ou diplomatique. Loin d'être isolée, une pareille approche avait été, antérieurement, prônée par Philippe Cahier pour justifier l'immunité pénale absolue du chef du gouvernement étranger. Il notait son « importance internationale certaine »³⁶. Dans plusieurs Etats, il incarne le principal organe exécutif de l'Etat auquel sont soumis le gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Il doit se déplacer à l'étranger pour participer à des réunions et des conférences internationales. En outre, à l'instar du chef de l'Etat, la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 reconnaît au chef du gouvernement, en tant qu'organe des relations extérieures, des compétences internationales. Par conséquent, quand bien même le haut représentant occuperait un rang élevé dans l'Etat étranger, exercerait des fonctions auxquelles le droit interne attache une importance significative et qui lui imposeraient de se déplacer fréquemment à l'étranger, il ne bénéficierait pas nécessairement d'une immunité absolue³⁷.

L'approche retenue par la Cour n'a pas manqué d'être critiquée³⁸. Pour Joanne Foakes, les critères qu'elle retient ne permettent pas d'identifier avec certitude quelles fonctions devraient recevoir une immunité aussi étendue³⁹. Du reste, les ambivalences de la CIJ trouvent un écho dans l'émergence d'une pratique ultérieure hésitante. Hazel Fox et Philippa Webb observent une tendance à l'élargissement de la catégorie des bénéficiaires de l'immunité personnelle⁴⁰. Seulement, il est difficile de discerner quelles fonctions sont réellement éligibles à l'immunité personnelle⁴¹. En Belgique, le juge a

³⁵ *Ibid.*, pp. 20-21, § 51.

³⁶ CAHIER (P.), *Le droit diplomatique contemporain*, Genève, Librairie Droz, 2^{ème} éd., 1964, p. 344.

³⁷ BORGHI (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op. cit.*, 2003, p. 206.

³⁸ AKANDE (D.), SHAH (S.), « Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts », *EJIL*, vol. 21, 2011-4, p. 825.

³⁹ FOAKES (J.), *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁰ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 565.

⁴¹ FOAKES (J.), *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, *op. cit.*, p. 129.

effectivement accordé l'immunité personnelle au Vice-Président de la RDC en prenant en compte la position qu'il occupait au sein du pouvoir exécutif et la mission de représentation à l'étranger dont il était investi comme directeur de la Commission économique et financière de la RDC⁴². De plus, il a ajouté que le doute entourant le droit international coutumier devait profiter au représentant de l'Etat étranger invoquant l'immunité personnelle. Au Royaume-Uni, le juge a accordé l'immunité personnelle à un ministre de la défense par intérim d'Israël et à un ministre du commerce de la Chine en mettant l'accent sur l'aspect diplomatique de leurs fonctions et sur la nécessité de leur garantir une capacité de se déplacer librement à l'étranger⁴³ ; une approche qui serait insuffisamment convaincante selon Joanne Foakes. D'après elle, la position privilégiée partagée par les chefs d'Etat, les chefs du gouvernement et les ministres des affaires étrangères d'un Etat étranger découle du droit international. Or :

« [t]he same cannot be said of other offices of State. It has to be said, therefore, that the reasoning applied [...] is thin and not entirely satisfactory. If the need to travel frequently on official business is the key criterion, then it is hard to see why, for example, a Home Department Minister or Environment Minister should be ruled out as such offices can nowadays require frequent travel. Clearly this criterion does not in itself provide an adequate reason for distinguishing between different Government ministers or, indeed, a wide variety of senior government officials. It could be argued that the need to travel must also be connected with the exercise by the officials concerned of a traditional aspect or aspects of the State's foreign relations. In this way one could include a Defence Minister and perhaps one dealing with matters of international trade. Such a test could, however, prove difficult to apply in practice and, given the differences in titles and distribution of ministerial portfolios in different States, is unlikely to result in the production of an exhaustive list »⁴⁴.

Non seulement, cette pratique en développement s'appuie sur des justifications fragiles, mais encore, elle se heurte à l'opposition explicite de

⁴² Trib. Correctionnel, Bruxelles (Belgique), 21 mai 2004, n° 3474, inédit, *in D'ARGENT* (P.), « Jurisprudence belge relative au droit international public (2004-2007) », *RBDI*, 2007-1, pp. 185-187.

⁴³ Bow Street Magistrates' Court (Royaume-Uni), 12 février 2004, *re Mofaz ILR*, vol. 128, p. 709 ; Bow Street Magistrates' Court (Royaume-Uni), 8 novembre 2005, *re Bo Xilai ILR*, vol. 128, p. 713.

⁴⁴ FOAKES (J.), *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, *op. cit.*, p. 131. Sans citer d'exemple précis, l'auteur admet du bout des lèvres que la fonction de Vice-Président pourrait relever de la catégorie des bénéficiaires de l'immunité de juridiction personnelle (p. 133).

certains Etats, comme l'Espagne, les Etats-Unis, la France et les Pays-Bas⁴⁵, qui ne reconnaissent l'immunité personnelle qu'aux chefs d'Etat, chefs du gouvernement et ministres des affaires étrangères d'un Etat étranger.

La CDI n'a pas non plus été épargnée par ces hésitations. Avant que la poursuite des travaux sur l'immunité pénale des représentants de l'Etat étranger soit confiée à Concepción Escobar Hernandez, le premier rapporteur spécial Roman Kolodkin optait pour un élargissement de l'immunité personnelle à d'autres personnalités de rang élevé⁴⁶. A l'inverse, la rapporteuse spéciale, si elle semble admettre la possibilité que d'autres personnalités puissent bénéficier de cette immunité, notamment compte tenu de l'émergence de nouveaux modèles de diplomatie, elle constate qu'un tel élargissement n'a pas été sanctionné par la coutume. Dans son 2^{ème} rapport présenté à la CDI, elle justifie sa prudence en soulignant que cette immunité exceptionnelle ne devrait bénéficier qu'aux personnalités occupant un poste de haut niveau ou exerçant les plus hautes fonctions et qui, en particulier, sont dépositaires, d'après le droit international, de cette fonction représentative dans les relations internationales que la CIJ a participé à mettre en lumière⁴⁷. En 2013 et 2014, à l'occasion de l'examen par la Sixième Commission (Questions Juridiques) de l'Assemblée générale des Nations Unies des travaux de la CDI, parmi la quarantaine d'Etats ayant produit des observations sur la portée subjective de l'immunité personnelle, une majorité s'est prononcée en faveur d'une limitation de cette immunité à ces trois personnalités⁴⁸.

⁴⁵ ESCOBAR HERNANDEZ (C.), *Deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, CDI, A/CN.4/661, 2013, § 60, v. note de bas de page n° 41 ; La position française a été rappelée le 24 octobre 2016 par le représentant de la France devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (*in ONU, Assemblée Générale, Sixième Commission, Compte rendu analytique de la 20^e séance*, 11 novembre 2016, A/C.6/71/SR.20, p. 17, § 80).

⁴⁶ KOLODKIN (R.), *Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère*, CDI, A/CN.4/601, 2008, § 110.

⁴⁷ ESCOBAR HERNANDEZ (C.), *Deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, CDI, A/CN.4/661, 2013, §§ 57-59 ; v. *supra* nbp. n° 12.

⁴⁸ v. ONU, Assemblée Générale, Sixième Commission, 2013 : *Compte rendu analytique de la 17^e séance*, 8 novembre 2013, A/C.6/68/SR.17 ; *Compte rendu analytique de la 18^e séance*, 15 novembre 2013, A/C.6/68/SR.18 ; *Compte rendu analytique de la 19^e séance*, 13 novembre 2013, A/C.6/68/SR.19 ; 2014 : *Compte rendu analytique de la 23^e séance*, 24 novembre 2014, A/C.6/69/SR.23 ; *Compte rendu analytique de la 24^e séance*, 3 décembre 2014, A/C.6/69/SR.24.

A propos du cas d'espèce, à supposer que la CIJ se déclare compétente sur ce point⁴⁹ et se conforme à l'approche souple qu'elle avait développée en 2002, il est vraisemblable que Teodorin Obiang, en tant que vice-président en charge de la défense et de la sécurité de l'Etat, ne puisse pas bénéficier de l'immunité personnelle. Nul ne peut contester qu'il occupe un rang élevé dans son pays et qu'il exerce des fonctions éminentes. Depuis 2012, Selon la Guinée équatoriale, le poste qu'il occupe le place au-dessus du gouvernement et le met en charge de contrôler et diriger l'armée, la police et les services d'immigration⁵⁰. Dans le domaine des relations extérieures, il intervient dans des négociations internationales ou lors de réunions intergouvernementales et se déplace fréquemment à l'étranger (ONU, Swaziland, République centrafricaine, Côte d'Ivoire, Angola, Afrique du Sud, Chine, Brésil)⁵¹. A ce titre, les pleins pouvoirs lui ont été délégués pour engager l'Etat dans les secteurs dont il a la charge⁵². Ainsi, la Guinée équatoriale insiste sur le besoin pour Teodorin Obiang de jouir de l'immunité personnelle sur le compte de l'« exercice effectif » de ses fonctions⁵³. Cela étant, compte tenu du fait qu'en Guinée équatoriale d'autres membres du pouvoir exécutif sont chargés d'intervenir en matière de défense et de sécurité (le ministre de la sécurité nationale, le ministre de la défense nationale, le ministre délégué auprès de la présidence de la République en charge de la sécurité extérieure, le ministre délégué à la sécurité nationale et le vice-ministre de la défense nationale)⁵⁴, la Cour pourrait être amenée à apprécier s'il s'agit de fonctions réelles dont s'acquitte le « « seul » vice-président de la Guinée équatoriale »⁵⁵. Un hypothétique examen des fonctions du représentant pourrait, au demeurant, mener la Cour à se pencher sur la régularité des conditions d'entrée dans la fonction et préciser si l'existence d'une fraude dans l'attribution de l'immunité rendrait ou non inopposable celle-ci à l'Etat du *for*. Enfin, l'immunité personnelle pourrait lui être refusée car Teodorin Obiang ne disposerait d'aucune compétence reconnue automatiquement par le droit international. Or, elle est d'autant plus pertinente lorsque l'on sait qu'elle est naturellement accordée à des chefs d'Etat qui n'ont dans leur Etat d'origine

⁴⁹ v. *Infra*.

⁵⁰ Requête introductory d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ, 13 juin 2016, p. 4, § 17.

⁵¹ Requête introductory d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ, 13 juin 2016, pp. 4-5, § 18 ; v. aussi, CR 2016/16, CIJ, 19 octobre 2016, pp. 26-27, §§ 12-17.

⁵² Déclaration institutionnelle par le Président de la République de Guinée Equatoriale, 21 octobre 2015, in Requête introductory d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ, 13 juin, 2016, Annexe n° 2, p. 52.

⁵³ Requête introductory d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ, 13 juin 2016, p. 6, § 19.

⁵⁴ CR 2016/15, CIJ, 18 octobre 2016, p. 36, § 16.

⁵⁵ CR 2016/14, CIJ, 17 octobre 2016, p. 16, § 4.

qu'un rôle cérémonial. La fonction de vice-président lui permet, au demeurant, de bénéficier de l'immunité fonctionnelle et au cas où il serait envoyé à l'étranger dans le cadre d'une mission spéciale, d'une immunité absolue conformément à la Convention sur les missions spéciales adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 décembre 1969⁵⁶.

II. La saisie et la confiscation des biens mal acquis à l'épreuve des immunités à l'égard des mesures de contrainte en matière pénale

L'espoir d'une restitution de fonds détournés à l'étranger et illicitement dissimulés sur le sol français repose, en grande partie, sur le succès d'une confiscation pénale ordonnée conjointement à la condamnation au fond du représentant étranger en fonction⁵⁷. La tâche à laquelle s'attelle le ministère public, soulignons-le, s'avère infiniment délicate. Pour éviter qu'une victoire obtenue sur l'immunité de juridiction pénale se transforme en victoire à la Pyrrhus, les autorités pénales devront surmonter un autre obstacle de taille : celui que constitue l'existence d'une éventuelle immunité à l'égard des mesures de contrainte, inviolabilité ou immunité d'exécution, qu'elle concerne personnellement le représentant étranger (A) ou l'Etat étranger pour lequel il agit (B).

A. Une immunité contre les mesures de contrainte apparemment réservée aux seuls bénéficiaires de l'immunité personnelle

Il est généralement accepté que l'Etat du *for*, quand il reçoit une « mission spéciale »⁵⁸ régie par la Convention de New York sur les missions spéciales de 1969, doit accorder une protection absolue en matière pénale aux locaux de la mission, aux logements privés occupés par les représentants de l'Etat étranger et à leurs biens mobiliers⁵⁹. La France, en tant qu'Etat tiers à cette convention, n'est tenue que par ses dispositions codifiant le droit coutumier, soit celles accordant une inviolabilité personnelle et une immunité de

⁵⁶ *Convention sur les missions spéciales de 1969*, entrée en vigueur en 1985, RTNU, vol. 1400, p. 231.

⁵⁷ Art. 321-9 du Code pénal (France).

⁵⁸ Art. 1, al. a), de la *Convention sur les missions spéciales de 1969* : La mission spéciale « s'entend d'une mission temporaire, ayant un caractère représentatif de l'Etat, envoyée par un Etat auprès d'un autre Etat avec le consentement de ce dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée ».

⁵⁹ Art. 25 et 30 de la *Convention sur les missions spéciales de 1969*.

juridiction pénale au représentant étranger selon Michael Wood⁶⁰. Toute tentative pour l'Etat du *for de* mettre en œuvre une mesure de contrainte sur un bien immeuble ou meuble entraverait son inviolabilité personnelle⁶¹.

En dehors d'une mission spéciale, pour déterminer si un représentant étranger en fonction poursuivi par la France pour des faits allégués de blanchiment d'activités criminelles bénéficie d'une inviolabilité ou d'une immunité d'exécution sur ses biens personnels, il convient à nouveau de faire la distinction entre les représentants bénéficiant d'une immunité personnelle et ceux bénéficiant d'une immunité fonctionnelle.

Le droit international n'attribue pas d'immunité d'exécution aux bénéficiaires de l'immunité fonctionnelle sur leurs biens. Contrairement à l'immunité personnelle, l'immunité fonctionnelle ne s'accompagne pas d'une inviolabilité. Son seul objet est de protéger les actes de fonction attribuables à l'Etat étranger. En conséquence, elle se désintéresse de la situation personnelle du bénéficiaire. Ainsi, lorsqu'il quitte ses fonctions, le chef d'Etat étranger perd son inviolabilité personnelle⁶². L'ancien chef d'Etat étranger ne conserve qu'une immunité de juridiction fonctionnelle. L'immunité d'exécution, rappelle l'IDI dans sa résolution de 2001, lui est retirée⁶³. En considérant Teodorin Obiang comme représentant étranger bénéficiant uniquement de l'immunité fonctionnelle, la France n'était aucunement dans l'obligation de lui reconnaître une immunité protégeant ses biens.

Toutefois, lorsqu'est concernée la question de l'immunité d'exécution des bénéficiaires de l'immunité personnelle, il appert que le droit international est à peu près muet⁶⁴. Ni le juge international, ni les juridictions

⁶⁰ WOOD (M.), « The Immunity of Official Visitors », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 16, 2012, p. 58.

⁶¹ WATTS (A.), « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *RCADI*, t. 247, 1994-III, p. 51.

⁶² COSNARD (M.), « Les immunités du chef d'Etat », *op. cit.*, p. 263 ; MUXART (A.), *La restitution internationale des biens publics détournés par d'anciens chefs d'Etat*, thèse dactyl., Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2002, pp. 227-231.

⁶³ Art. 13, § 3, de la *Résolution de l'Institut de Droit International, Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Session de Vancouver – 2001.

⁶⁴ CHERCHENEFF (L.), « Immunité de juridiction pénale « bien mal acquise » des hauts représentants d'Etat étrangers en exercice », *op. cit.*, pp. 89-91 ; FOX (H.), « The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government », *ICLQ*, vol. 51, 2002, p. 125.

internes n'ont eu l'opportunité de traiter clairement cette question⁶⁵. Saluons les efforts de la doctrine, en dépit du manque manifeste de pratique, pour fournir quelques éléments de réponse.

L'octroi d'un statut privilégié protégeant les biens personnels du chef d'Etat étranger, en matière pénale, reposeraient sur une analogie faite avec la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961⁶⁶. En vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 30, « [l]a demeure privée de l'agent diplomatique jouit de la même inviolabilité et de la même protection que des locaux de la mission » et « [s]es documents, sa correspondance et, sous réserve du par. 3 de l'art. 31, ses biens jouissent également de l'inviolabilité »⁶⁷. En substance, cet article prohibe les mesures contraignantes de nature pénale sur les biens de l'agent diplomatique et ne reconnaît des exceptions à l'inviolabilité qu'en matière civile. D'après Jean Salmon, le chef d'Etat étranger devrait recevoir la même inviolabilité ainsi que la même immunité d'exécution en matière civile que l'agent diplomatique⁶⁸. *A fortiori*, en matière pénale, le chef d'Etat étranger devrait jouir d'une immunité à l'égard des perquisitions, des saisies conservatoires et des confiscations sur ses biens. Si l'on s'en tient à une transposition stricte de la Convention de Vienne, l'inviolabilité et l'immunité d'exécution du chef d'Etat étranger en matière pénale seraient absolues. Pourtant, il convient de souligner que l'agent diplomatique et le chef d'Etat étranger n'ont pas la même position par rapport à l'Etat du *for*. L'agent diplomatique, à l'inverse du chef d'Etat étranger, réside en permanence dans l'Etat du *for*. L'ensemble de ses biens, sous réserve des limites reconnues en matière civile, est jugé indispensable pour qu'il exerce ses fonctions. Or, il semble moins convaincant qu'un immeuble acquis à l'étranger à des fins personnelles par un chef d'Etat lui soit nécessaire pour exercer ses fonctions notamment internes. Dès lors, certains auteurs, tout en lui reconnaissant une immunité, ont suggéré d'apporter des restrictions à son champ d'application. D'une part, l'Etat du *for* resterait libre de saisir les biens meubles du chef d'Etat étranger en son absence⁶⁹. D'autre part, l'Etat du *for* conserverait la liberté, en l'absence du chef d'Etat étranger, au moins, de perquisitionner ses immeubles⁷⁰, au mieux,

⁶⁵ v. la jurisprudence mentionnée *in* COSNARD (M.), « Les immunités du chef d'Etat », *op. cit.*, pp. 263-264.

⁶⁶ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961*, entrée en vigueur en 1964, RTNU, vol. 500, p. 95.

⁶⁷ Art. 30 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961*.

⁶⁸ SALMON (J.), *Manuel de droit diplomatique*, *op. cit.*, p. 601 ; v. aussi, BORGHI (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁹ COSNARD (M.), « Les immunités du chef d'Etat », *op. cit.*, p. 261.

⁷⁰ *Ibid.*

de les perquisitionner et les saisir⁷¹. Enfin, l'Etat du *for* aurait le droit de saisir et confisquer des « fonds provenant de détournement des caisses de l'Etat ou du pillage de ses ressources naturelles »⁷². En effet, en agissant ainsi il ne porterait pas atteinte aux fonctions du chef d'Etat étranger. Pour Anne Muxart, auteur d'une thèse sur la restitution internationale des biens publics détournés par d'anciens chefs d'Etat, la pratique étatique, quand elle n'est pas obscure, reste rare. En conséquence, « il est [...] loin d'être acquis que le principe des exécutions forcées contre *certain*s biens possédés ou contrôlés personnellement par un chef d'Etat étranger fasse l'objet d'un consensus bien établi »⁷³ (italique dans le texte). Il semble, comme le déclare la résolution de 2001 de l'IDI, que le chef d'Etat étranger en exercice jouit eu égard à ses biens d'une inviolabilité et d'une immunité d'exécution absolues en matière pénale. L'éventuelle exception prévue à l'article 4, § 2, de la résolution autorisant uniquement les saisies conservatoires sur les biens dont la légalité de l'appropriation « prête sérieusement à doutes » ne refléterait pas l'état du droit coutumier⁷⁴.

Finalement, en ce qui concerne la protection du patrimoine situé sur le territoire de l'Etat du *for* des autres hauts représentants en fonction de l'Etat étranger revêtues de l'immunité personnelle, la position de la doctrine est encore plus incertaine. Le chef de gouvernement étranger devrait recevoir une protection semblable à celle du chef d'Etat étranger⁷⁵. La résolution de l'IDI réserve toutefois la question de son immunité d'exécution⁷⁶. L'inviolabilité personnelle dont bénéficie le ministre des affaires étrangères de l'Etat étranger lui procure une immunité d'exécution protégeant ses biens meubles, avoirs financiers et ressources économiques, à l'étranger⁷⁷. D'après Alvaro Borghi, les autres dirigeants politiques n'ont pas d'immunité

⁷¹ WATTS (A.), « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *op. cit.*, p. 51 ; MUXART (A.), *La restitution internationale des biens publics détournés par d'anciens chefs d'Etat*, *op. cit.*, p. 188.

⁷² HENZELIN (M.), « L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ? », *RSDIE*, vol. 12, 2002, p. 190 ; COSNARD (M.), « Les immunités du chef d'Etat », *op. cit.*, p. 265.

⁷³ MUXART (A.), *La restitution internationale des biens publics détournés par d'anciens chefs d'Etat*, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁴ FOX (H.), « The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government », *op. cit.*, p. 124.

⁷⁵ BORGHI (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op. cit.*, p. 201.

⁷⁶ Article 15, §1, de la Résolution de l'Institut de Droit International, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Session de Vancouver – 2001.

⁷⁷ PILLITU (P. A.), « European ‘Sanctions’ against Zimbabwe’s Head of State and Foreign Minister : A Blow to Personal Immunities of Senior State Officials ? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, p. 460.

particulière en droit international car ils ont « un simple statut de diplomates *ad hoc* »⁷⁸. L'auteur précise que

« les dirigeants politiques dont il est question ici ne jouissent pas d'une immunité pénale absolue devant être respectée par les tribunaux d'un Etat étranger même lorsqu'ils ne se trouvent pas sur le territoire de ce dernier. Ils peuvent dès lors, notamment, y faire l'objet de mesures de contrainte en relation avec des délits patrimoniaux, par exemple d'un blocage de biens, sans être protégés par une quelconque immunité »⁷⁹.

A supposer, en l'espèce, que le droit international reconnaisse une immunité de juridiction absolue en matière pénale au vice-président étranger, cela n'impliquerait pas nécessairement qu'il bénéficie d'une immunité d'exécution absolue. La pratique équato-guinéenne est éloquente. En effet, la Guinée équatoriale n'a soulevé cette éventuelle immunité ni devant le juge français ni devant la CIJ, ce qui permet de penser, soit que cette immunité n'était pas invocable, soit qu'elle ne protège pas les biens personnels d'un vice-président bénéficiaire de l'immunité personnelle⁸⁰.

B. Une immunité contre les mesures de contrainte de l'Etat étranger à cheval entre un droit conventionnel établi et un droit coutumier hésitant

Les législations françaises adoptées en 2010⁸¹ puis en 2012⁸² pour lutter contre la criminalité organisée permettent la saisie et la confiscation pénale des biens personnels du prévenu, c'est-à-dire non seulement les biens dont il est propriétaire mais encore ceux dont il conserve la libre disposition. Puisque ces derniers peuvent englober des biens appartenant à un Etat étranger, les autorités pénales du *for* désireuses de lutter contre la criminalité organisée devront exploiter les limites attachées à l'inviolabilité diplomatique consacrée de longue date par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 (1), de même que celles liées à une envisageable immunité d'exécution de l'Etat étranger, en matière pénale, en vertu du droit international général (2).

⁷⁸ BORGHI (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 205-206.

⁸⁰ v. CHERCHENEFF (L.), « Immunité de juridiction pénale « bien mal acquise » des hauts représentants d'Etat étrangers en exercice », *op. cit.*, p. 92.

⁸¹ Loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, *JORF*, 10 juillet 2010.

⁸² Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, *JORF*, 28 mars 2012 ; v. Art. 131-14, 3^o du Code pénal (France).

1. Le caractère relatif de l'inviolabilité diplomatique consacrée à l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961

La Guinée équatoriale considère que l'hôtel particulier situé avenue Foch est protégé par une immunité relevant du droit international. La France, au contraire, proteste et dénonce un « maquillage juridique »⁸³. Selon un conseil de la France, « [c]et immeuble n'avait, à l'évidence, lorsque les poursuites ont été lancées, pas vocation à bénéficier de la protection qu'accorde la convention de 1961 aux locaux d'une mission diplomatique. Le prétendre, c'est commettre un très grossier abus de droit »⁸⁴. La saisie pénale à caractère conservatoire de l'immeuble intervenue en 2012 a été confirmée par la Cour de cassation en 2014 et convertie en confiscation définitive le 27 octobre 2017. La première décision de la CIJ n'annule pas la saisie mais en tempère simplement les effets, en attendant qu'elle se prononce sur le fond de l'affaire⁸⁵.

L'immeuble saisi au cours de l'instruction est un ensemble immobilier réunissant plusieurs biens immobiliers inscrits à l'actif social de cinq sociétés suisses. Teodorin Obiang acquiert cet ensemble immobilier, le 18 décembre 2004, en devenant l'unique actionnaire de ces sociétés ; un ensemble immobilier dont il dispose librement à titre gratuit. Le 15 septembre 2011, il vend à la Guinée équatoriale l'intégralité de ses droits sociaux. Le 4 octobre 2011, le ministère français des affaires étrangères reçoit une note verbale de la Guinée équatoriale assurant que « l'Ambassade dispose depuis plusieurs années d'un immeuble [...] qu'elle utilise pour l'accomplissement des fonctions de sa Mission Diplomatique sans qu'elle ne l'ait formalisé expressément auprès de vos services jusqu'à ce jour »⁸⁶. D'après le gardien de l'immeuble, l'Ambassade, située officiellement au 29 boulevard de Courcelles à Paris, a envoyé, le même jour, des personnes chargées de déposer au niveau du porche de l'entrée deux affichettes de fortune

⁸³ CR 2016/15, CIJ, 18 octobre 2016, p. 29, § 24.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 28, § 22.

⁸⁵ CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, *CIJ Rec.*, 2016, p. 23, § 99 : « LA COUR, I. A l'unanimité, Indique à titre provisoire les mesures conservatoires suivantes : La France doit, dans l'attente d'une décision finale en l'affaire, prendre toutes les mesures dont elle dispose pour que les locaux présentés comme abritant la mission diplomatique de la Guinée équatoriale au 42 avenue Foch à Paris jouissent d'un traitement équivalent à celui requis par l'article 22 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de manière à assurer leur inviolabilité ».

⁸⁶ *Requête introductive d'instance de la Guinée équatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 8, p. 90.

mentionnant « République de Guinée Equatoriale – Locaux de l'ambassade ». La police les découvre le 5 octobre 2011⁸⁷. Le ministère des affaires étrangères répond, le 11 octobre 2011, que « l'immeuble précité ne fait pas partie des locaux relevant de la mission diplomatique [...]. Il relève du domaine privé et, de ce fait, du droit commun »⁸⁸. Sur ordre du juge d'instruction, des officiers de police procèdent à des perquisitions du 14 au 23 février 2012. Les employés de service interrogés sur place assurent que Teodorin Obiang dispose encore librement de l'immeuble. La police ne parvient pas à trouver des documents officiels sur place hormis des effets personnels appartenant à Teodorin Obiang. L'immeuble servirait encore d'habitation à usage exclusivement privé⁸⁹. En conséquence, un nombre important de biens meubles (vêtements de luxe, objets d'art, etc.) est saisi. Les protestations formulées par la Guinée équatoriale vont, du reste, se révéler impuissantes à dissiper tout doute sur la réalité de l'affectation de l'immeuble à des fonctions diplomatiques. Dans un premier temps, l'Ambassade équato-guinéenne fait savoir le 15 février 2012 à la France, que le titre de propriété sur l'immeuble est en cours d'obtention et qu'elle souhaite une protection policière pour l'immeuble. Elle précise que des ministres sont en route pour superviser la future occupation effective de l'immeuble acquis pour servir de locaux diplomatiques⁹⁰. Dans un second temps, les 28 mars 2012 et 25 avril 2012, elle indique aux autorités françaises que « l'affectation de ces locaux à la mission diplomatique de la Guinée équatoriale était d'ores et déjà effective »⁹¹. Enfin, après que le juge d'instruction a ordonné une saisie pénale immobilière à caractère

⁸⁷ *Réquisitoire définitif aux fins de disjonction, de non-lieu et de renvoi partiels devant le tribunal correctionnel*, Cour d'appel de Paris, Parquet national financier, 23 mai 2016, p. 18, in *Requête introductive d'instance de la Guinée équatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 1, p. 32.

⁸⁸ *Requête introductive d'instance de la Guinée équatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 9, p. 91.

⁸⁹ L'ensemble immobilier comprend notamment « une vingtaine de pièces dont quatre grands salons ou salles à manger, 1 chambre de maître de 100 M2 environ avec salle de bain majestueuse attenante, salle de sport, hammam, discothèque avec écran de cinéma, bar, salon oriental, salon de coiffure, deux cuisines professionnelles et plusieurs chambres avec salles de bains », in *Réquisitoire définitif aux fins de disjonction, de non-lieu et de renvoi partiels devant le tribunal correctionnel*, Cour d'appel de Paris, Parquet national financier, 23 mai 2016, p. 15, in *Requête introductive d'instance de la Guinée équatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 1, p. 29.

⁹⁰ *Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016*, CIJ, 26 octobre 2016, p. 9, § 28.

⁹¹ Extrait de la note verbale du 28 mars 2012 de l'Ambassade de la Guinée équatoriale reproduite in *Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016*, CIJ, 26 octobre 2016, p. 7, § 23.

conservatoire le 19 juillet 2012⁹², elle notifie à la France que l'immeuble est « désormais » affecté à sa mission diplomatique à partir du 27 juillet 2012⁹³. Conséquemment, ses services diplomatiques officiels sont transférés du 29 boulevard de Courcelles au 40-42 avenue Foch. Le 6 août 2012, la France proteste en soutenant que l'immeuble fait l'objet d'une saisie pénale, publiée le 31 juillet au service de la publicité foncière de Paris. Il ne peut accueillir les services diplomatiques de la Guinée équatoriale⁹⁴. Son Ambassade demeure au 29 boulevard de Courcelles ; immeuble que la Guinée a dorénavant affecté au service commercial de sa mission diplomatique⁹⁵.

Le 5 mars 2014, la Cour de cassation a validé la saisie conservatoire, auparavant confirmée par la Cour d'appel de Paris⁹⁶, en affirmant que,

« l'arrêt énonce que le bien, produit direct de l'infraction de blanchiment, a été à juste titre saisi par le juge d'instruction au visa des articles 706-150 à 706-152 du code de procédure pénale, qui ne prévoient pas l'avis préalable du ministère public ; que les juges ajoutent qu'il ne résulte pas des investigations diligentées postérieurement à l'acte de cession précité que le transfert de propriété de l'immeuble ait été effectif, *toutes les pièces qui le composent étant réservées à un usage exclusif d'habitation privée* ; qu'ils relèvent, enfin, que *selon le ministre des Affaires étrangères et européennes, les locaux saisis relèvent du droit commun et ne constituent en aucun cas une adresse officielle de la République de Guinée Equatoriale* » (nous soulignons)⁹⁷.

Le présent arrêt contribue à éclaircir un point passé sous silence par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, celui de la date à laquelle les locaux de la mission diplomatique commencent à jouir de

⁹² La saisie a été réalisée au visa des articles 706-141 à 706-147 et 706-150 à 706-152 du Code de procédure pénale (France).

⁹³ Extrait de la note verbale du 27 juillet 2012 de l'Ambassade de la Guinée équatoriale reproduite in *Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016*, CIJ, 26 octobre 2016, p. 9, § 29 ; v. aussi, Extrait de la note verbale du 2 août 2012 de l'Ambassade de la Guinée équatoriale reproduite in *Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016*, CIJ, 26 octobre 2016, p. 9, § 30 : l'Ambassade « confirme par la présente que sa Chancellerie est bien située, à l'adresse suivante : 42 avenue Foch, Paris 16^{ème}, immeuble qu'elle utilise comme bureaux officiels de sa Mission diplomatique ».

⁹⁴ *Requête introductive d'instance de la Guinée équatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, Annexe n° 10, p. 92.

⁹⁵ *Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016*, CIJ, 26 octobre 2016, p. 10, § 31.

⁹⁶ CA, Paris, Pôle 7, 2^{ème} chambre de l'instruction 13 juin 2013, arrêt sur requête en annulation, n° 2012/08657.

⁹⁷ Crim., 5 mars 2014, n° 13-84.977.

l'inviolabilité. Selon la convention, « l'expression « locaux de la mission » s'entend des bâtiments ou des parties de bâtiments et du terrain attenant qui, quel qu'en soit le propriétaire, sont utilisés aux fins de la mission »⁹⁸. L'article 22 précise que :

« 1. Les locaux de la mission sont inviolables. Il n'est pas permis aux agents de l'Etat accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission. 2. L'Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie. 3. 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 perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution ».

A quelle date commence l'utilisation des bâtiments aux fins de la mission ? La convention ne le dit pas expressément. Pendant les débats sur l'élaboration du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques au sein de la CDI, plusieurs de ses membres soutenaient des positions contradictoires et il fut donc décidé de ne pas inclure cette question dans la future convention⁹⁹. Affirmant « que les règles du droit international coutumier doivent continuer à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la présente Convention », le préambule de la Convention indique qu'elle a un champ d'application limité et qu'est déconseillée toute interprétation extensive pour en élargir l'objet¹⁰⁰. Le droit international, semble-t-il, n'impose donc aucune obligation précise aux Etats mais leur laisse plutôt une certaine mesure de liberté¹⁰¹. « [A] system of control », relève Eileen Denza « is not against the letter or spirit of the Convention »¹⁰². Ainsi, les Etats-Unis en 1982, puis le Royaume-Uni en 1987, ont adopté des dispositions législatives conditionnant l'octroi du statut

⁹⁸ Art. 1, al. i), de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961*.

⁹⁹ 394ème séance – 9 mai 1957, *Ann. CDI*, 1957, vol. 1, pp. 56-57 ; v. aussi, CAHIER (Ph.), *Le droit diplomatique contemporain*, op. cit., p. 198 ; SALMON (J.), *Manuel de droit diplomatique*, op. cit., p. 191 ; DENZA (E.), *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 4th éd., 2016, p. 3.

¹⁰⁰ TAMS (C.), « Preamble », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (dir.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 32. La formulation inscrite dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 étant identique à celle de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, les commentaires de l'auteur sont applicables *mutatis mutandis*.

¹⁰¹ DENZA (E.), *Diplomatic Law*, op. cit., p. 147 ; v. aussi, ZOLLER (E.), « Droits internes et statut diplomatique », in SFDI, *Aspects récents du droit des relations diplomatiques*, colloque de Tours, Paris, Pedone, 1989, p. 230.

¹⁰² DENZA (E.), *Diplomatic Law*, op. cit., p. 147 ; v. aussi, ZOLLER (E.), « Droits internes et statut diplomatique », op. cit., p. 241.

diplomatique à des immeubles à l'autorisation de l'Etat accréditaire¹⁰³. D'ailleurs, la conformité de la législation britannique avec la Convention de Vienne n'a pas été contestée par d'autres Etats¹⁰⁴. En l'absence d'une procédure de contrôle de la part de l'Etat accréditaire, les deux Etats doivent au moins s'accorder sur l'utilisation de l'immeuble aux fins de la mission¹⁰⁵.

Pour la Suisse,

« [I]l'acquisition par un Etat étranger d'un immeuble destiné à la mission diplomatique n'est pas suffisante pour que cet Etat puisse se prévaloir de l'inviolabilité des locaux. Il faut que le contrat d'achat soit suivi de l'installation effective des bureaux de la chancellerie pour que l'inviolabilité prenne effet. On pourrait toutefois considérer que des travaux d'aménagement de la mission diplomatique donnent déjà naissance à cette même inviolabilité. [...] Le contrat [de bail] en soi ne suffit pas à engendrer l'inviolabilité ; là aussi le critère de l'affectation réelle doit être rempli »¹⁰⁶.

Selon la pratique française, « un immeuble relevant du statut diplomatique [doit] être déclaré comme tel au Protocole avec une date d'entrée précise dans les locaux. Une fois les vérifications effectuées sur la réalité de l'affectation de l'immeuble, le Protocole en reconnaît le caractère officiel auprès de l'administration française »¹⁰⁷. En cas de doute, « le dernier mot doit appartenir à l'Etat accréditaire »¹⁰⁸.

En l'espèce, le juge français souligne que la seule notification de l'affectation d'un immeuble à l'exercice des fonctions diplomatiques par l'Etat accréditant au ministère français des affaires étrangères est insuffisante pour qu'il soit protégé par des immunités à l'égard des perquisitions ou des saisies pénales prévues à l'article 22 de la Convention de Vienne. La Cour de cassation nie l'existence d'un régime déclaratif et reconnaît que l'Etat accréditaire a un droit de regard sur l'acquisition par un immeuble d'un statut diplomatique. Elle démontre, de plus, qu'aucune affectation réelle n'était

¹⁰³ *Foreign Missions Act 1982* (Etats-Unis), 22 USC §§ 4301-4314 (Supp. III, 1985) ; *Diplomatic and Consular Premises Act 1987* (Royaume-Uni), (1987 c 46), Halsbury's Statutes Service : Issue 16 (10 Constitutional Law 25).

¹⁰⁴ DENZA (E.), *Diplomatic Law*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁶ Note adressée le 28 juillet 1989 par le Département fédéral des affaires étrangères au Consulat général de l'Etat X. à Genève, Document inédit, *in* CAFLISCH (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 1990 », *RSDIE*, vol. 1, 1991, p. 545.

¹⁰⁷ *Réquisitoire définitif aux fins de disjonction, de non-lieu et de renvoi partiels devant le tribunal correctionnel*, Cour d'appel de Paris, Parquet national financier, 23 mai 2016, p. 32, *in* Requête introductive d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ, 13 juin 2016, Annexe n° 1, p. 46.

¹⁰⁸ SALMON (J.), *Manuel de droit diplomatique*, *op. cit.*, p. 190.

réalisée à la date des perquisitions ou à la date de la saisie pénale. A la date de la saisie pénale, les services officiels de l'Ambassade équato-guinéenne, avec lesquels coopéraient la France, étaient effectivement situés à une autre adresse. Les fonctionnaires diplomatiques de la Guinée équatoriale y travaillaient encore et aucun travaux d'aménagement n'avaient été relevés dans l'immeuble saisi. Pour finir, même si la Guinée équatoriale a confirmé devant la CIJ que l'immeuble a acquis un statut diplomatique à partir du 4 octobre 2011¹⁰⁹, elle a en même temps reconnu qu'elle avait « désormais » affecté l'immeuble à des fonctions diplomatiques après avoir transféré ses services diplomatiques le 27 juillet 2012 ; une date postérieure aux perquisitions, aux saisies mobilières et à la saisie pénale de l'immeuble.

L'interprétation du droit international par la Cour de cassation cadre avec l'objet poursuivi depuis des siècles par l'institution de la diplomatie, à savoir servir d'*« instrument essentiel de coopération efficace dans la communauté internationale, qui permet aux Etats, nonobstant les différences de leurs systèmes constitutionnels et sociaux, de parvenir à la compréhension mutuelle et de résoudre leurs divergences par des moyens pacifiques »*¹¹⁰. En effet, le droit des relations diplomatiques repose fondamentalement sur la recherche du consensualisme et non sur l'unilatéralisme. La mise en œuvre de la procédure *persona non grata* auprès de l'Etat accréditant pour remédier aux abus de ses agents diplomatiques en est une preuve éclatante¹¹¹. Quand il s'agit de la protection accordée à la mission, il est notoire que, en vertu du paragraphe 2 de l'article 22, il incombe à l'Etat accréditaire d'accorder une protection spéciale aux locaux diplomatiques et d'éviter que la paix de la mission soit troublée. Le respect par l'Etat accréditaire de cette obligation coutumière serait illusoire si le choix d'accorder un statut diplomatique à un immeuble relevait du bon vouloir de l'Etat accréditant, comme la Guinée équatoriale a semblé le suggérer dans sa note verbale du 4 octobre 2011¹¹². En somme, quand bien même l'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose que « [l']Etat accréditaire accorde toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission », un système préventif fondé sur le contrôle et le consentement de l'Etat accréditaire paraît

¹⁰⁹ Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016, CIJ, 26 octobre 2016, pp. 5-10.

¹¹⁰ CIJ, ordonnance du 15 décembre 1979, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c/ Iran), mesures conservatoires, CIJ Rec., 1979, p. 19, § 39.

¹¹¹ Art. 9 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961*.

¹¹² La France a informé la CIJ qu'avant octobre 2011 la Guinée équatoriale n'avait pas averti le service du protocole du ministère des affaires étrangères afin de bénéficier d'une protection policière et de priviléges fiscaux, *in CR 2016/15*, CIJ, 18 octobre 2016, p. 10, § 15.

être un moindre mal pour que ce dernier puisse s'acquitter efficacement, grâce à l'utilisation de sa force publique, de son obligation positive de mettre en place une protection spéciale aux locaux jouissant d'un statut diplomatique¹¹³.

En vertu du Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, la Guinée équatoriale a porté l'affaire devant la CIJ. Avant que les deux Etats ne s'opposent sur des exceptions préliminaires soulevées par la France¹¹⁴, la Guinée équatoriale a prié la Cour d'indiquer des mesures conservatoires aux fins d'ordonner à la France de reconnaître le statut diplomatique de son immeuble et de respecter son inviolabilité. L'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue le 7 décembre 2016 entérine, pour l'instant, un *statu quo* entre les parties. La Cour ne demande pas à la France d'invalider la saisie pénale mais, si une confiscation devait être prononcée par le tribunal correctionnel, enjoindrait les autorités françaises à surseoir, le temps du procès à la Haye, à son exécution. De fait, la CIJ a confirmé que, à la lumière de l'article 22, la Guinée équatoriale aurait vraisemblablement des droits à défendre car l'immeuble accueillerait, actuellement, ses services diplomatiques¹¹⁵. Ne pas reconnaître ces droits, comme le fait la France, l'exposerait à différents risques irréversibles et irréparables tels qu'une entrave à l'exercice de l'activité diplomatique, de nouvelles perquisitions par des forces de police, l'intrusion dans l'immeuble de personnes privées ou la saisie de documents confidentiels¹¹⁶. Dans son dispositif, la CIJ ordonne à l'unanimité qu'un « traitement équivalent à celui requis par l'article 22 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques » doit être accordé à l'immeuble afin d'assurer son inviolabilité¹¹⁷. La manière dont est rédigé le dispositif laisse dubitatif. D'une part, le juge *ad hoc* Kateka estime que le terme « équivalent » est inapproprié¹¹⁸. Evoquer un « traitement équivalent » conduit à penser que la France serait autorisée à accorder un traitement inférieur à ce qui est expressément prévu par la Convention de Vienne¹¹⁹. D'autre part, le juge Gaja remarque que le dispositif couvre à peine le sursis à exécution d'une éventuelle confiscation pénale alors même que la Cour a effleuré celle-ci dans

¹¹³ DENZA (E.), *Diplomatic Law*, op. cit., p. 147.

¹¹⁴ CIJ, ordonnance du 5 avril 2017, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), Fixation des délais.

¹¹⁵ CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, *CIJ Rec.*, 2016, p. 19, § 79.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 21, §§ 88-90.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 23, § 99.

¹¹⁸ CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), opinion individuelle de M. le juge ad hoc Kateka, p. 8, § 30.

¹¹⁹ *Ibid.*

ses motivations¹²⁰. Il ressort donc du dispositif que la Cour laisse une certaine marge d'appréciation à la France pour qu'elle traite l'immeuble comme des locaux diplomatiques. La France devra assurer prioritairement aux locaux prétendus une protection policière requise par la notion d'inviolabilité, en particulier, par le paragraphe 2 de l'article 22. Le fait que le dispositif ne couvre pas clairement la demande de sursis à exécution d'une confiscation pénale pourrait s'expliquer de la façon suivante. Au stade des mesures conservatoires, la Cour n'a pas à se prononcer sur le fond de l'affaire. Elle n'a donc pas à examiner la licéité de la saisie pénale qui est au centre de celle-ci¹²¹.

Cependant, depuis le 27 octobre 2017, l'immeuble fait l'objet d'une confiscation pénale en France. A supposer que le dispositif de l'ordonnance de la CIJ couvre le sursis à exécution d'une confiscation pénale alors la Cour autorise la France à assurer un traitement plus souple que celui requis par l'article 22 dans son ensemble. La présidente du tribunal correctionnel de Paris avait interprété le dispositif de l'ordonnance dans ce sens. Ainsi lors de l'ouverture du procès en janvier 2017, elle avait déclaré que « [l]e tribunal devra prendre en balance la nécessité d'une bonne administration de la justice et l'obligation qui impose à l'Etat de s'abstenir de toutes mesures de confiscation ». Néanmoins, en laissant la mesure de contrainte qu'est la saisie pénale à caractère conservatoire puis la confiscation pénale produire ses effets, l'immeuble continue de faire l'objet d'une mesure de contrainte interdite par le paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne. En effet, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ayant opposé l'Allemagne à l'Italie, la Cour énonça clairement en 2012 qu'une hypothèque conservatoire restait une mesure de contrainte interdite par l'immunité d'exécution, même suspendue par le pouvoir exécutif, « pour tenir compte de la procédure pendante devant la Cour »¹²². Au demeurant, toujours dans l'hypothèse où le dispositif couvrirait le sursis à exécution d'une éventuelle confiscation pénale, la France manquerait-elle à son obligation d'assurer un

¹²⁰ CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), déclaration de M. le juge Gaja ; v. CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, *CIJ Rec.*, 2016, p. 22, § 95 : « En ce qui concerne la saisie immobilière de l'immeuble sis au 42 avenue Foch et le risque de confiscation, la Cour note qu'il existe un risque que cette confiscation se produise avant la date à laquelle elle rendra sa décision finale. Afin de préserver les droits des Parties, il devra être sursis à l'exécution de toute mesure de confiscation avant cette date ».

¹²¹ v. M. Kamto, conseil de la Guinée équatoriale, invitait la Cour à agir ainsi, *in CR* 2016/14, CIJ, 17 octobre 2016, p. 37, § 24.

¹²² CIJ, arrêt du 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, *CIJ Rec.*, 2012, p. 146, §§ 111-112.

traitement équivalent en prononçant et mettant en œuvre une confiscation pénale ? En 1958, dans le commentaire du projet d'article abordant l'inviolabilité de l'ambassade, la CDI avait spécifié que « si les locaux sont loués, une mesure d'exécution contre le propriétaire privé peut naturellement intervenir pourvu qu'il ne soit pas nécessaire de pénétrer dans les locaux de la mission »¹²³. Puisque la Guinée équatoriale occupe cet immeuble mais qu'en sont propriétaires cinq sociétés privées de droit suisse, il apparaîtrait que même une confiscation pourrait intervenir sans entraver le fonctionnement de ses services diplomatiques tant qu'il n'est procédé à aucune expulsion ni à aucune intrusion d'autorités publiques ou de personnes privées dans les locaux¹²⁴. L'Etat français deviendrait propriétaire de l'immeuble et, à travers l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Confisqués et Saisis¹²⁵, serait normalement en mesure de demander à la Guinée équatoriale de lui verser un loyer pour continuer à occuper les lieux. Tout compte fait, à la lecture de l'ordonnance, il incomberait principalement à la France de respecter l'obligation d'interdire à ses représentants de pénétrer dans l'immeuble et de lui accorder une protection policière¹²⁶.

La CIJ, par contre, n'a ordonné aucune mesure conservatoire quant à la saisie des véhicules et des biens meubles de Teodorin Obiang, sur laquelle la Cour de cassation n'était pas revenue en 2014. Selon elle, « la Guinée équatoriale n'a pas démontré l'existence d'un risque de préjudice irréparable et d'un caractère d'urgence que la Cour a jugés avérés pour ce qui est du bâtiment sis au 42 avenue Foch »¹²⁷. Les véhicules n'apparaissaient pas comme des transports d'une mission diplomatique. Bien que certains d'entre eux aient été saisis dans la cour de l'immeuble, aux dates du 28 septembre 2011 et 3 octobre 2011, la Guinée équatoriale n'avait pas encore réellement

¹²³ § 6 du commentaire sous l'art. 20 du *Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques et commentaire (1958)*, Ann. CDI, 1958, vol. II, Article 20, § 6 ; v. aussi, SALMON (J.), *Manuel de droit diplomatique*, op. cit., p. 200.

¹²⁴ v. CR 2016/17, CIJ, 19 octobre 2016, p. 18, § 20.

¹²⁵ BEKHEDDA (S.), « Saisies et confiscations en matière pénale », in BRENNER (C.), CROCQ (P.), *Lamy Droit de l'exécution forcée*, Rueil-Malmaison, Wolters Kluwer, 2011, § 310-110.

¹²⁶ Devant la CIJ, la France a fait savoir qu'une protection policière avait été accordée « aux locaux du 42 avenue Foch, tout en rappelant sa position constante, à savoir que la mission diplomatique de la République de Guinée équatoriale restait située au 49 boulevard de Courcelles. Cela s'est produit notamment le 13 octobre 2015, en raison d'une manifestation des membres de l'opposition équato-guinéenne en France, et plus récemment à l'occasion des élections du 24 avril 2016, car un bureau de vote y était installé », in CR 2016/15, CIJ, 18 octobre 2016, pp. 38-39, § 25.

¹²⁷ CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, *CIJ Rec.*, 2016, p. 21, § 91.

affecté l'immeuble à sa mission diplomatique et ce même si on retient la date de la première notification, le 4 octobre 2011. La cour de l'immeuble n'était donc pas inviolable. De la même manière, s'agissant des biens meubles, il est apparu à la CIJ que leur utilité pour l'exercice des fonctions d'une mission diplomatique était loin d'être prouvée. Ils font donc dorénavant l'objet d'une confiscation pénale que la France peut exécuter.

Les développements de l'affaire des biens mal acquis touchant au respect de l'immunité diplomatique démontrent une ambivalence. L'immunité diplomatique des biens utilisés aux fins de la mission s'affirme clairement comme un obstacle de taille pour les autorités pénales *du for*. Seulement, dans le silence de la Convention de Vienne, en gardant la main sur la décision d'octroyer un statut diplomatique à des biens litigieux, les Etats conservent une marge de manœuvre appréciable pour s'opposer aux rigueurs de l'immunité diplomatique.

2. Les hésitations du droit international coutumier à propos de l'immunité d'exécution en matière pénale

L'action des autorités pénales enquêtant sur l'acquisition d'un patrimoine de façon illicite est susceptible de se heurter à d'autres immunités d'exécution que celles accordées par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961. La récente pratique française illustre qu'en prenant la décision de refuser de reconnaître un statut diplomatique à un immeuble, les autorités *du for* peuvent se laisser une marge de manœuvre pour contourner l'immunité diplomatique. Néanmoins, cela ne signifie en aucun cas qu'un immeuble appartenant à un Etat étranger, auquel on aurait refusé un statut diplomatique, soit privé de toute protection contre la contrainte étatique¹²⁸. Il faut envisager dans certaines hypothèses l'application résiduelle de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger conformément au droit international coutumier. A titre d'exemple, en vertu du *Diplomatic and Consular Premises Act* de 1987, le Royaume-Uni a refusé de continuer à reconnaître un statut diplomatique à des immeubles accueillant des services de l'Etat étranger n'accomplissant pas réellement des fonctions diplomatiques (écoles

¹²⁸ La section 1610(1)(4)(b) du FSIA américain de 1976 est sans préjudice du sort réservé aux missions diplomatique et consulaire ; La section 16 du SIA britannique de 1978 affirme qu'elle est sans préjudice du *Diplomatic Privileges Act* de 1964 qui incorpore les dispositions de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 en droit anglais ; v. par ex., High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court (Royaume-Uni), 15 juillet 2016, *L R Avionics Technologies Ltd c/ La République fédérale du Nigeria*, case n° CL-2015-000283, §§ 45-47; L'article 32, § 3, du FSIA australien de 1985 est sans préjudice de l'immunité attribuée aux biens diplomatiques.

d'ambassade, offices de tourisme, centres culturels)¹²⁹. La jurisprudence interne a, pourtant, déjà eu l'opportunité de reconnaître une immunité d'exécution à un office d'information et de tourisme¹³⁰ ou à un centre culturel¹³¹. Au niveau international, la CIJ a admis en 2012 qu'un centre culturel utilisé pour favoriser les échanges culturels entre deux Etats était un bien « utilisé pour les besoins d'une activité de service public dépourvue de caractère commercial, donc d'une activité relevant des fonctions de souveraineté »¹³² de l'Etat étranger. Faute de jouir d'un statut diplomatique, l'immeuble est seulement insaisissable au sens du droit international coutumier. Pour cette raison, un immeuble abritant un centre culturel n'est donc en temps normal pas inviolable. Les perquisitions restent admises à condition qu'elles ne portent pas atteinte à l'inviolabilité d'archives ou de documents diplomatiques susceptibles de s'y trouver. L'Etat du *for* n'a pas l'obligation, du reste, de lui accorder une protection policière ou des priviléges fiscaux. Dans la présente affaire, la Guinée équatoriale a soulevé dans sa requête introductory d'instance que la saisie pénale à caractère conservatoire portant sur l'immeuble entraînait une violation de la coutume de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger reflétée dans un traité n'étant pas encore entré en vigueur, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004¹³³. Ceci conduit concrètement à poser la question suivante : outre la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la coutume de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger interdirait-elle aussi à l'Etat du *for* d'exercer sa juridiction pénale au regard de biens mal acquis dont il est allégué qu'ils sont utilisés pour l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat étranger ?

Pour répondre à une telle question, il est nécessaire d'aborder le sujet des interactions que peuvent entretenir la Convention de Vienne et le droit international coutumier en matière pénale. A cet égard, il s'avère opportun de porter notre regard au préalable sur la nature des relations qu'entretient la coutume avec la Convention de Vienne en matière civile, matière au profit

¹²⁹ DENZA (E.), *Diplomatic Law*, op. cit., pp. 17-18.

¹³⁰ Trib. Féd. (Suisse), 20 juillet 1979, République arabe d'Egypte c/ Cinetlevision International Registered Trust et Office des poursuites de Genève, ILR, vol. 65, pp. 425-435.

¹³¹ Trib. Féd. (Suisse), 30 avril 1986, Royaume d'Espagne c/ Entreprise X., Office des poursuites de Berne et Président du Tribunal d'arrondissement IV du canton de Berne, ILR, vol. 82, p. 38.

¹³² CIJ, arrêt du 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, *CIJ Rec.*, 2012, p. 148, § 119.

¹³³ *Requête introductory d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, pp. 10-11, §§ 36 et 39.

de laquelle s'est majoritairement développée la pratique étatique relative à l'immunité d'exécution. Dans le cadre de poursuites au civil, il existe, au premier abord, une dualité de sources prévoyant l'insaisissabilité des biens diplomatiques¹³⁴. En premier lieu, la Convention de Vienne la prévoit à l'article 22, § 3. En second lieu, la règle énoncée à l'article 21, § 1, al. a), de la Convention des Nations Unies de 2004 qu'il faut lire à la lumière des articles 18 et 19, al. c), et dont le contenu reflète le droit international coutumier¹³⁵ garantit que l'immunité d'exécution de l'Etat étranger s'étend aux « biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ». Les deux sources s'appliquent-elles en parallèle ? Rien n'est moins sûr. Il faut bien voir que le préambule de la Convention de Vienne confirme l'intention des parties selon laquelle « les règles du droit international coutumier doivent continuer à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la présente Convention ». Or, étant donné que l'article 22 de la Convention de Vienne reconnaît expressément une immunité à l'égard des mesures de contrainte à la mission diplomatique, de quelle manière cet article s'articule-t-il avec la coutume exprimée à l'article 21 de la Convention des Nations Unies de 2004 ? L'article 3, § 1, al. a), de la Convention des Nations Unies de 2004 dispose que « [I]l a présente Convention n'affecte pas les priviléges et immunités dont jouit un État en vertu du droit international en ce qui concerne l'exercice des fonctions : a) De ses missions diplomatiques ». Cette disposition, remarque Roger O'Keefe

« seek to regulate conflict between a provision or provisions of the treaty in which they are included and specified other rules of international law by indicating in effect that the other rules of international law are to prevail in the event of inconsistency between them and the rules provided for in the treaty. Such clauses effectively direct that, should simultaneous application of both the rules in the treaty and the relevant other rules of international law prove logically impossible, the

¹³⁴ SALMON (J.), SUCHARITKUL (S.), « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat », *AFDI*, vol. 33, 1987, p. 194.

¹³⁵ V. en ce sens, BROWN (C.), O'KEEFE (R.), « Article 21 », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 346 : « The rule in subparagraph (a) of Article 21 (1), which as it is applies only insofar as the property is not already rendered immune from attachment and execution by diplomatic or analogous international law, has a solid body of State practice and *opinio juris* to support it; and even though the application of the rule to mixed bank accounts has divided national courts, there is little reason to doubt the customary status of the rule itself » ; SALMON (J.), « L'immunité d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques et consulaires », in ALLAND (D.), CHETAIL (V.), de FROUVILLE (O.) & VINUALES (J. E.) (dir.), *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 474-475.

other rules are to be applied in preference to the rules laid down in the treaty »¹³⁶ (nous soulignons).

De fait, les règles codifiées dans la Convention des Nations Unies de 2004 préservent en priorité les immunités des agents diplomatiques ou consulaires mais n'excluent pas l'ensemble des procédures intéressant la mission diplomatique, puisque la convention régit, par exemple, l'immunité de juridiction de la mission diplomatique¹³⁷. En revanche, en matière d'immunité d'exécution, l'article 3 a pour effet de rendre les articles 18, 19, al. c), et 21, § 1, al. a) inapplicables aux biens de l'Etat étranger qui sont spécifiquement protégés, par exemple, par la Convention de Vienne de 1961¹³⁸. Autrement dit, une saisie conservatoire de nature civile d'un immeuble dont il est allégué qu'il est affecté à des fonctions diplomatiques implique prioritairement l'application de l'article 22, § 3, de la Convention de Vienne¹³⁹. En effet, alors que l'article 18 de la Convention des Nations Unies de 2004, - à supposer que cette interdiction reflète le droit coutumier -, prohibe absolument les saisies antérieures à un jugement civil quel que soit le bien en cause, l'article 22 de la Convention de Vienne ne fait aucune distinction entre saisie conservatoire et exécution forcée et autorise les saisies conservatoires sur les biens qui ne sont pas utilisés aux fins de la mission. Cependant, la portée du champ matériel de l'interdiction de l'article 18 est tempérée par l'objet de l'article 21. L'article 21, § 1, al. a), a pour effet concret de reconnaître l'insaisissabilité des seuls biens affectés à des fonctions diplomatiques ou consulaires que les Conventions de Vienne de 1961 et 1963

¹³⁶ O'KEEFE (R.), « Article 3 », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 76 ; v. aussi, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et commentaires y relatifs*, Ann. CDI, 1991, vol. II, 2, pp. 21-22.

¹³⁷ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 314 ; O'KEEFE (R.), « Article 3 », *op. cit.*, p. 79.

¹³⁸ BROWN (C.), O'KEEFE (R.), « Article 21 », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 340.

¹³⁹ STOLL (P.-T.), « State Immunity », in WOLFRUM (R.) (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 500, § 13 : « It is understood that diplomatic immunity will prevail over State immunity, as *lex specialis*, if both are applicable ». Il faut toutefois mentionner l'existence de quelques cas où, lorsque des locaux diplomatiques ont fait l'objet d'une saisie, le juge a appliqué en parallèle l'immunité de l'Etat et l'immunité diplomatique (v. REINISCH (A.), « European Court Practice Concerning State Immunity From Enforcement Measures », *EJIL*, vol. 17, 2006, p. 812 ; v. par ex., Pretore, Rome (Italie), 31 mars 1989, *Cecchi Paone c/ Czechoslovakia, Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 153).

n'abordent pas expressément, ce qui est le cas des locaux consulaires, des biens meubles du consulat et surtout des comptes bancaires diplomatiques¹⁴⁰. La règle coutumière de l'immunité d'exécution des comptes bancaires diplomatiques, même si son interprétation fait intervenir des considérations tirées de la Convention de Vienne, s'est cristallisée à l'aune de l'immunité de l'Etat étranger¹⁴¹. Sous cet angle précis, un chevauchement entre l'immunité diplomatique et l'immunité de l'Etat a été observé¹⁴². Néanmoins, en pratique, conformément à la clause sans préjudice contenue à l'article 3, la Convention des Nations Unies de 2004 se bornerait à n'interdire que les mesures antérieures à un jugement civil portant sur un groupe limité de biens diplomatiques protégés par l'immunité de l'Etat étranger, à savoir les comptes bancaires diplomatiques.

Les développements précédents se limitent, toutefois, à l'étude des mesures de contrainte prises en matière civile. Les développements concernant le régime de l'immunité de l'Etat étranger ont épargné la question des poursuites pénales¹⁴³. La Convention des Nations Unies de 2004 ne s'applique qu'aux procédures civiles¹⁴⁴. La Suisse et le Liechtenstein, en

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 340 ; v. aussi, VAN ALEBEEK (R.), « *Immunity, Diplomatic* », in WOLFRUM (R.) (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. V, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 107, § 52.

¹⁴¹ YANG (X.), *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 405 ; v. par ex., House of Lords (Royaume-Uni), 12 avril 1984, *Alcom Ltd c/ République de Colombie* [1984] 2 All ER 6, ILR, vol. 74, p. 182 ; v. *contra*, SALMON (J.), SUCHARITKUL (S.), « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat », *op. cit.*, pp. 190-191 : « Si on admet que l'article 22, alinéa 3, de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques reflète correctement l'état de la règle coutumière de droit international en la matière, il semble que l'on peut soutenir qu'un compte en banque portant l'intitulé de la mission ou de l'ambassade est bien compris dans le membre de phrase « les autres objets qui s'y trouvent », (dans les locaux de la mission). La notion de « compte en banque » est d'ailleurs liée au carnet de chèques se trouvant au coffre-fort de la mission ».

¹⁴² REINISCH (A.), « European Court Practice Concerning State Immunity From Enforcement Measures », *op. cit.*, p. 812 ; v. par ex., Trib. Féd. (Suisse), 31 juillet 1990, *Z. c/ Geneva Supervisory Authority for the Enforcement of Debts and Bankruptcy*, ILR, vol. 102, p. 205 ; Council of State (Pays-Bas), 24 novembre 1986, *M.K. c/ State Secretary for Justice*, ILR, vol. 94, p. 360.

¹⁴³ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁴ O'KEEFE (R.), « The 'General Understandings' », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 19-21 ; v. aussi, La résolution de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004 dans laquelle l'Assemblée « [p]artage la conclusion générale à laquelle le Comité spécial est parvenu, à savoir que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne couvre pas les poursuites au pénal », in ONU, Assemblée Générale, *Résolution 59/38. Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 2 décembre 2004, A/RES/59/38, § 2.

ratifiant la Convention, ont émis une déclaration interprétative en ce sens¹⁴⁵. Les législations anglo-saxonnes en matière d'immunités de l'Etat étranger¹⁴⁶, la loi japonaise¹⁴⁷ et la loi française¹⁴⁸ ne s'appliquent pas non plus aux procédures pénales. Le préambule de la Convention des Nations Unies de 2004 indique que « les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions qui n'ont pas été réglées dans les dispositions de la présente Convention ». Une éventuelle immunité de l'Etat étranger à l'égard des mesures de contrainte prises en matière pénale devrait, par conséquent, être gouvernée par le droit international coutumier ; mais la coutume consacre-t-elle une telle immunité ? La doctrine anglo-saxonne estime que le droit international en vigueur accorde une immunité en matière pénale aux Etats étrangers. D'après Xiaodong Yang, le droit international prévoit que l'immunité de l'Etat est présumée s'appliquer sauf en présence d'exceptions lesquelles n'ont été formulées que dans le cadre du procès civil¹⁴⁹. Dans le domaine pénal, il continue de jouir d'une immunité absolue¹⁵⁰. De façon similaire, Hazel Fox et Philippa Webb expliquent que l'exercice de la juridiction pénale d'un Etat sur un autre enfreint les principes d'égalité souveraine et de non-intervention. Selon elles, l'application d'un droit public assorti de sanctions à un autre Etat méconnait le droit international de deux façons. En premier lieu, l'Etat du *for* cherche à soumettre un Etat étranger à sa législation pénale exigeant la recherche d'une culpabilité morale. En second lieu, il prétend appliquer sa législation pénale afin d'encadrer les activités de droit public d'un Etat étranger¹⁵¹. Leur position se limite toutefois à la question de l'immunité de *jurisdiction* pénale (nous soulignons). Elles expriment, à ce propos, des doutes quant au passage d'une immunité absolue à une immunité relative laquelle permettrait à un Etat de connaître de la responsabilité pénale d'un Etat étranger sur le fondement de sa législation pénale et de prononcer des sanctions de nature pénale : peines privatives de

¹⁴⁵ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 331.

¹⁴⁶ Section 16 du *State Immunity Act 1978* (Royaume-Uni) ; Section 19 du *State Immunity Act 1979* (Singapour) ; Section 17 du *State Immunity Ordinance 1981* (Pakistan) ; Section 2 du *Foreign State Immunities Act 1981* (Afrique du Sud) ; Section 18 du *State Immunity Act 1985* (Canada).

¹⁴⁷ Art. 1 de l'*Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2009*.

¹⁴⁸ La France a transposé les articles 18, 19 et 21 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 à l'article 59 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. L'article 59 modifie seulement l'article L. 111-1 du code des procédures civiles d'exécution.

¹⁴⁹ YANG (X.), *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 426.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 427.

¹⁵¹ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 91.

liberté et/ou amendes. Elles soulèvent plusieurs motifs dont certains relèvent davantage des domaines de la compétence ou du droit substantiel que du domaine de l'immunité *per se*. D'abord, la notion de crime d'Etat n'a jamais été réellement acceptée en droit international. La responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite n'est ni civile, ni pénale¹⁵². La commission d'un crime d'Etat, ensuite, impliquerait la participation des forces de police ou militaires de celui-ci, à savoir la mise en œuvre d'opérations protégées par une immunité même relative¹⁵³. Des doutes portent aussi sur le droit applicable lui-même. Outre le fait que les législations pénales des Etats soient présumées d'application strictement territoriale, les Etats reconnaissent rarement une responsabilité pénale des Etats étrangers dans leurs ordres internes. A titre d'exemple, en 2006, la Chambre des Lords a énoncé que « [a] state is not criminally responsible in international or English Law, and therefore cannot be directly impleaded in criminal proceedings »¹⁵⁴. Dans cette hypothèse, en l'absence de droit substantiel à appliquer, il serait donc vain de prévoir une immunité de juridiction pénale pour l'Etat étranger. Par conséquent, l'immunité de juridiction octroyée à la personne de l'Etat étranger en matière pénale n'aurait jamais fléchi. Si des poursuites pénales contre l'Etat étranger sont vouées à un échec certain, en somme, pourquoi faudrait-il envisager une immunité d'exécution en matière pénale de l'Etat étranger ? Plusieurs raisons militent en faveur de l'existence présumée de cette immunité dont l'invocation est tout à fait vraisemblable dans le cadre particulier de poursuites pénales ayant pour objet la confiscation de biens mal acquis et leur restitution. Comme l'affirme l'article 6, § 2, al. b), de la Convention des Nations Unies de 2004, « [u]ne procédure devant un tribunal d'un État est considérée comme étant intentée contre un autre État lorsque celui-ci : [...] [n]'est pas cité comme partie à la procédure, mais que *cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre État* » (nous soulignons). Dans le contexte d'une procédure pénale visant la confiscation et la restitution de biens mal acquis, la procédure n'aura de chance d'aboutir que si l'Etat du *for* est autorisé à prendre des mesures de contrainte contre les biens litigieux. Si le bien litigieux est un bien appartenant à l'Etat, cela ne signifie pas automatiquement que l'Etat étranger sera directement inquiété. La pratique française met en exergue qu'une procédure pénale même visant un représentant étranger muni de l'immunité fonctionnelle peut menacer les biens d'un Etat étranger d'une mesure de contrainte. En exerçant sa juridiction pénale par la voie de la contrainte sur

¹⁵² CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 152.

¹⁵³ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁴ House of Lords (Royaume-Uni), 14 juin 2006, *Jones c/ Ministry of Interior of Saudi Arabia* [2006] UKHL 26.

des biens étrangers utilisés à des fins souveraines, l'Etat du *for* pourrait entraver les activités officielles de l'Etat étranger. Bien que « [t]he law in this area remains uncertain »¹⁵⁵, il serait difficile d'admettre que le droit international coutumier ne prévoit pas en son principe une immunité d'exécution en matière pénale. De ce fait, lorsque des mesures de contrainte prises par les autorités pénales du *for* visent des biens diplomatiques, tels que des locaux de la mission, la Convention de Vienne semble être pour l'instant le seul instrument applicable le plus pertinent, car contrairement à la Convention des Nations Unies de 2004, l'article 22 de la Convention de Vienne ne distingue aucunement entre les mesures contraignantes relevant de la matière civile ou de la matière pénale. Le droit contenu dans la convention interdit expressément les perquisitions, les saisies pénales à caractère conservatoire et les confiscations pénales sur les biens utilisés aux fins de la mission, notamment les immeubles occupés par l'Etat étranger ; ce qui signifierait, en l'espèce, que le fondement coutumier sur lequel reposerait la défense subsidiaire de la Guinée équatoriale serait très fragile face à celui reposant sur la primauté de l'application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Cela signifierait également qu'en 2014 il aurait été inutile pour la Cour de cassation de statuer à la lumière du droit coutumier international.

Au final, le droit international coutumier de l'immunité d'exécution en matière pénale concernerait ces autres hypothèses où des autorités pénales enquêteraient sur des opérations de blanchiment d'activité criminelle liées soit à l'utilisation de comptes bancaires diplomatiques soit à l'acquisition de biens affectés à des fins publiques autres que diplomatiques. L'application d'un droit international coutumier applicable à ces cas n'est actuellement étayée par aucune pratique significative. Il peut paraître approprié d'y consacrer nos derniers développements et de s'interroger sur la possible portée de cette immunité. Aurait-elle une portée absolue ou restreinte ? Si l'on s'accorde à penser que l'immunité de juridiction pénale serait absolue car elle n'aurait fait l'objet d'aucunes restrictions à l'instar de l'immunité en matière civile, de même, l'immunité d'exécution devrait être absolue. Ainsi, les questions se focaliseraient seulement sur la définition de l'Etat étranger et la détermination des bénéficiaires de l'immunité¹⁵⁶ et non sur les fins auxquelles seraient affectés les biens en cause. A l'inverse, si l'on considère que l'immunité de juridiction pénale devrait connaître des exceptions, on

¹⁵⁵ GAUKRODGER (D.), « Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors », *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/02, OECD Publishing, p. 29.

¹⁵⁶ *Ibid.*

pourrait aussi envisager un recul de l'immunité d'exécution dans des cas précis. En matière civile, l'érosion de l'immunité d'exécution s'est, d'ailleurs, faite de concert avec celle de l'immunité de juridiction. A ce titre, Hazel Fox et Philippa Webb, pour qui l'immunité de juridiction pénale revêt actuellement un caractère absolu, considèrent qu'une exception pourrait, toutefois, exister lorsque sont en cause des affaires de biens mal acquis¹⁵⁷. Dans ces circonstances, les mesures de contrainte qui peuvent être prises à l'encontre de l'Etat par les autorités pénales du *for* seraient en théorie tolérables, car elles n'auraient pas vraiment un objectif pénal qui serait celui de le punir¹⁵⁸. Sur ce point, la position prise par la Guinée équatoriale est difficile à cerner. Selon elle, il y aurait un droit international coutumier de l'immunité d'exécution en matière pénale reflété dans une convention limitée aux procédures civiles qui interdirait les saisies conservatoires sur l'ensemble des biens de l'Etat. Elle cite pourtant, à cet égard, un passage de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dans lequel la Cour souligne qu'en matière civile l'immunité d'exécution de l'Etat ne s'oppose pas à des mesures postérieures, et non antérieures, à un jugement si l'Etat a expressément renoncé à son immunité ou si l'exécution forcée porte sur des biens utilisés pour les besoins d'une activité ne poursuivant pas des fins de service public non commerciales¹⁵⁹. Il nous semble que dans le cas spécifique des procédures pénales concernant la saisie et la restitution de biens mal acquis, sous réserve d'aménagements nécessaires pour respecter les spécificités de la procédure pénale, le régime juridique de l'immunité d'exécution en matière pénale devrait largement s'inspirer du régime limité de l'immunité d'exécution en matière civile¹⁶⁰. Il est généralement accepté que l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution restent deux

¹⁵⁷ FOX (H.), WEBB (P.), *The Law of State Immunity*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Requête introductive d'instance de la Guinée Equatoriale déposée auprès de la CIJ*, 13 juin 2016, p. 11, § 39.

¹⁶⁰ v. à ce propos l'état de la pratique suisse, *in* HENZELIN (M.), « L'immunité pénale dans le domaine économique bancaire et financier, un état de la pratique suisse et internationale », *in* VERHOEVEN (J.) (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles/Paris, Larcier/LGDJ, 2004, pp. 219-251. L'auteur emploie un raisonnement *a fortiori*: « les biens et les avoirs d'un Etat ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure de contrainte dans l'Etat où ils se trouvent, sauf en cas de renonciation expresse ou tacite par l'Etat au bénéfice de l'immunité. *A fortiori*, cette règle est valable pour interdire la saisie *pénale* de fonds destinés à des tâches publiques. En effet, si l'on peut admettre qu'un Etat étranger ait renoncé tacitement à toute immunité lorsqu'il agit *jure gestionis*, en particulier lorsqu'il entre dans une relation commerciale, on peut douter qu'il accepte d'une manière générale qu'un juge pénal étranger saisisse ses biens et fonds au prétexte qu'ils seraient le produit ou l'instrument d'infractions pénales » (p. 236).

immunités distinctes¹⁶¹. A ce titre, dans ce type d'affaire, l'immunité d'exécution de l'Etat étranger peut être en cause sans que soit atteinte son immunité de juridiction pénale. Nous proposons dans les développements qui ponctuent cet article d'esquisser certains points saillants de ce régime juridique accordant une immunité d'exécution relative en matière pénale.

Premièrement, la définition des « biens de l'Etat », retenue dans la Convention des Nations Unies de 2004 et ses commentaires, aurait vocation à inspirer celle à appliquer en matière pénale. L'expression « biens de Etat », d'après ses travaux préparatoires, fait référence aux biens meubles et immeubles dont l'Etat étranger a la propriété, la possession et même le contrôle¹⁶². Un droit ou un intérêt dont jouit un Etat étranger sur un bien (par ex., une sûreté grevant un bien ou la jouissance d'une servitude) ne rentre pas dans cette définition¹⁶³. En tout état de cause, confronté à une telle question, le juge d'instruction aura à la résoudre au cas par cas. Concernant l'affaire des biens mal acquis, la Guinée équatoriale attribue sa qualité de propriétaire de l'immeuble au fait qu'elle est l'actionnaire unique des cinq sociétés auxquelles l'immeuble appartient¹⁶⁴. Pour en être le propriétaire légal, la Guinée aurait dû procéder à la liquidation des sociétés puis inscrire son nom au service de la publicité foncière ; ce qu'il lui était impossible de réaliser en raison de la saisie pénale¹⁶⁵. La France répond que « [l]e patrimoine d'une société ne saurait en effet être confondu avec le patrimoine propre de ses actionnaires. Or, à aucun moment la Guinée équatoriale n'apporte la preuve de la conclusion d'un contrat de vente avec ces sociétés suisses concernant l'immeuble »¹⁶⁶. Un tel argument fondé sur la théorie des apparences avait été utilisé par le juge pénal suisse pour refuser qu'un compte bancaire ouvert par une société dont l'ayant droit économique ultime était un chef d'Etat étranger, ou par une société ayant donné une procuration sur un compte à un Etat étranger, puisse être protégé par l'immunité¹⁶⁷. Sachant

¹⁶¹ CIJ, arrêt du 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, *CIJ Rec.*, 2012, pp. 146-147, § 113.

¹⁶² BROWN (C.), O'KEEFE (R.), « Article 18 », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 299.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 300.

¹⁶⁴ Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016, CIJ, 26 octobre 2016, p. 2, § 3.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 4, §§ 15-16.

¹⁶⁶ Observations de la République française sur la réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016, CIJ, 31 octobre 2016, p. 3, § 8.

¹⁶⁷ Trib. Féd. (Suisse), 8 mars 1999, *A. et B. c/ Chambre d'accusation du canton de Genève*, 1P.631/1998, 1P.633/1998, non publié, *La Semaine judiciaire*, 19 octobre 1999, n° 28,

que la Guinée équatoriale n'est pas légalement propriétaire de l'immeuble, il pourrait être défendu qu'elle n'incarne qu'un bénéficiaire économique et n'est donc pas en droit d'invoquer une éventuelle immunité d'exécution à son endroit. Cependant, sa position en tant qu'actionnaire unique des cinq sociétés propriétaires de l'immeuble ne lui donne-t-elle pas la possession ou tout du moins le contrôle réel sur l'immeuble ? Lorsque Teodorin Obiang était actionnaire unique de ses sociétés, on considérait que lui seul avait la possession effective de l'immeuble et l'instruction s'est attachée à insister sur le rôle artificiel de ces sociétés.

Deuxièmement, en dehors du droit des relations diplomatiques, l'immunité d'exécution, en matière pénale, ne garantirait qu'une insaisissabilité du bien ; l'inviolabilité n'étant prévue que pour des catégories particulières de biens étatiques. Les perquisitions par des officiers de police seraient alors autorisées à l'encontre d'immeubles, qu'ils soient affectés à des fins privées ou publiques. L'immunité d'exécution en matière pénale aurait pour premier effet d'interdire les saisies pénales à caractère conservatoire. L'article 18 de la Convention des Nations Unies de 2004 les interdit complètement en matière civile sans faire aucune distinction entre les biens saisissables et ceux insaisissables. Faudrait-il qu'en matière pénale l'immunité d'exécution interdise complètement les mesures antérieures à un jugement pénal ? Il faut rappeler, en premier lieu, qu'en matière civile la saisie conservatoire a pour objet de garantir la solvabilité du débiteur. Toutefois, les interdire partiellement ou totalement ne remet pas en cause la possibilité que le débiteur s'exécute volontairement. Lorsque l'article 18 a été inséré dans le projet de Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, il ne reflétait pas l'état du droit coutumier¹⁶⁸. D'ailleurs, la pratique des Etats concernant ces mesures reste encore divergente¹⁶⁹, certains les interdisant complètement, d'autres les autorisant dans certaines circonstances. Selon Chester Brown et Roger O'Keefe, il est encore trop tôt pour assurer que l'article 18 est conforme au droit international coutumier¹⁷⁰.

pp. 427-430, p. 429 : « le refus de reconnaître à l'actionnaire unique ou à l'ayant droit économique d'une société anonyme la qualité pour recourir contre une mesure prise à l'encontre de celle-ci en raison de la dualité juridique existant entre eux n'est [...] pas propre au domaine de l'entraide judiciaire pénale internationale, mais constitue un principe généralement reconnu » ; v. aussi, au sujet du rejet de l'immunité d'exécution d'un Etat étranger à propos de comptes bancaires détenus par des sociétés off-shore dont il n'est ni le titulaire légal, ni même l'ayant droit, Trib., Féd. (Suisse), 8 décembre 2000, République du Kazakhstan, X et Société O. Capital Ltd. c/ Chambre d'accusation du canton de Genève, 1P.585/2000.

¹⁶⁸ BROWN (C.), O'KEEFE (R.), « Article 18 », *op. cit.*, p. 298.

¹⁶⁹ YANG (X.), *State Immunity in International Law*, *op. cit.*, p. 422

¹⁷⁰ BROWN (C.), O'KEEFE (R.), « Article 18 », *op. cit.*, p. 306.

Seulement, il ne faut pas sous-estimer l'autorité pouvant être donnée aux travaux de codification de la CDI. Ainsi, ils peuvent orienter la pratique future des Etats les plus libéraux en la matière vers une pratique plus stricte. Parmi les Etats acceptant les mesures antérieures à un jugement sur des biens affectés à des fins commerciales ou privées, plusieurs, à l'instar de l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, l'Italie et la Suisse, ont signé et/ou ratifié la Convention des Nations Unies de 2004. De même, en transposant l'article 18 dans l'article 59 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹⁷¹, la France dorénavant interdit absolument les mesures de contrainte antérieures à un jugement civil. Le droit international coutumier pourrait *in fine* consacrer cette interdiction totale. A l'opposé, retenir une interdiction absolue des mesures de contrainte antérieures à un jugement pénal porterait atteinte à tout effort de parvenir à ménager l'intégrité de la procédure pénale dans l'Etat du *for* et les intérêts de l'Etat étranger. En effet, la saisie pénale à caractère conservatoire revêt une importance certaine dans le cadre d'une poursuite au pénal pour plusieurs raisons. La saisie peut porter sur un bien susceptible de constituer la preuve matérielle d'une infraction¹⁷². Elle représente, à cet égard, une mesure étroitement liée à celle de la perquisition. C'est au cours d'une perquisition que les autorités pénales pourront découvrir des éléments motivant une éventuelle saisie. Mais elle partage également un destin commun avec la mesure de confiscation pénale. La saisie permet de préserver le bien à restituer à la victime et rend les peines de confiscation plus efficaces¹⁷³. Sophia Bekhedda ajoute qu'elle joue un rôle dissuasif en « priv[ant] les délinquants des moyens de leur train de vie dès le début des investigations [...] et [en] évit[ant] qu'ils n'organisent leur propre insolvenabilité par la suite »¹⁷⁴. Dernièrement, l'immunité d'exécution aurait pour effet d'interdire les mesures postérieures à un jugement pénal, c'est-à-dire les confiscations pénales, sur les biens affectés à des fins autres qu'exclusivement privées.

Troisièmement, le sens à donner à la notion d'affectation devrait correspondre à celui d'utilisation actuelle donnée à un bien meuble ou immeuble au moment où intervient une saisie ou une confiscation pénale¹⁷⁵.

¹⁷¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287, 10 décembre 2016.

¹⁷² BEKHEDDA (S.), « Saisies et confiscations en matière pénale », *op. cit.*, § 310-10.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ v. en matière civile, Trib. Const. Féd. (Allemagne), 13 décembre 1977, *X c/ l'Ambassade des Philippines*, 46 BVerfG 342, *ILR*, vol. 65, p. 164 ; v. aussi, CDI, *Projet*

Le critère de l'utilisation actuelle est celui qu'a consacré la CDI quand elle a codifié la coutume relative aux immunités diplomatiques dans la Convention de Vienne¹⁷⁶. En dehors des conventions spéciales, les textes de codification donnent au critère de l'affectation un sens plus large. Dans une résolution datant de 1991, l'IDI évoque les « biens utilisés » ou ceux « dont l'utilisation [...] est prévue »¹⁷⁷. Les articles 19 et 21 de la Convention des Nations Unies de 2004 usent de l'expression « utilisés ou destinés à être utilisés ». Néanmoins, en interprétant la règle coutumière codifiée à l'article 19, al. c), de la Convention des Nations Unies de 2004¹⁷⁸, la CIJ a considéré qu'une telle règle prescrivait seulement l'obligation de s'assurer que, au moment de la saisie, le bien était actuellement utilisé pour les besoins d'une activité poursuivant des fins de service public non commerciales¹⁷⁹. Les juridictions internes ont, de même, retenu une interprétation restrictive du critère de l'affectation notamment lorsque la mesure de contrainte portait sur un immeuble¹⁸⁰. Selon le juge anglais, se fonder sur la seule affectation future de l'immeuble n'est pas autorisé¹⁸¹. Il semble que l'approche large du critère de l'affectation n'ait été admise par la CDI qu'en prenant en compte une catégorie spéciale de biens que sont les comptes bancaires diplomatiques¹⁸². En effet, il est très difficile de reconnaître à des sommes d'argent une

d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et commentaires y relatifs, *Ann. CDI*, 1991, vol. II, 2, p. 60, § 11.

¹⁷⁶ GIULIANO (M.), « Les relations et immunités diplomatiques », *RCADI*, t. 100, 1960-II, pp. 189-190 ; v. aussi, CEDH, 3^{ème} section, 3 mars 2005, *Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie*, n° 60861/00, *CEDH Rec.*, 2005-VI, p. 21, § 77.

¹⁷⁷ Art. 4, § 2, al. a), de la Résolution de l'Institut de Droit International, *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Session de Bâle – 1991.

¹⁷⁸ BROWN (C.), O'KEEFE (R.), « Article 19 », in O'KEEFE (R.), TAMS (C.) (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 327.

¹⁷⁹ CIJ, arrêt du 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, *CIJ Rec.*, 2012, p. 148, §§ 117-118.

¹⁸⁰ v. par ex., Cour Suprême des restitutions de Berlin, 10 juillet 1959, *Cassirer c/ Japon* (ORG/A/1896), in *AJIL*, vol. 54, 1960, pp. 178-188 ; United States District Court, S.D. New York (Etats-Unis), 8 octobre 1992, *S & S Machinery c/ Maxinexportimport*, 802 F.Supp. 1109, *ILR*, vol. 107, pp. 240-241 ; Court of Appeal, 4th cir. (Etats-Unis), 1^{er} février 1982, *US c/ Arlington*, 669 F.2d 925, *ILR*, vol. 72, p. 652 ; High Court of Justice, Queen's Bench Division (Royaume-Uni), 1983, *Intpro Properties (UK) Ltd c/ Sanvel [1983] QB 1019*, *ILR*, vol. 64, p. 384 ; High Court of Justice (Royaume-Uni), 1986, *Westminster c/ Iran [1986] 1 WLR 979*, *ILR*, vol. 108, p. 557 ; Supreme Court (Suède), 1^{er} juillet 2011, *Sedelmayer c/ Fédération de Russie*, *AJIL*, vol. 106, 2012, p. 347.

¹⁸¹ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court (Royaume-Uni), 15 juillet 2016, *L R Avionics Technologies Ltd c/ La République fédérale du Nigeria*, case n° CL-2015-000283, §§ 30 et 43.

¹⁸² RYNGAERT (C.), « Embassy Bank Accounts and State Immunity From Jurisdiction : Doing Justice to the Financial Interests of Creditors », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 81.

utilisation actuelle, car le propre de ces biens fongibles est de servir une affectation au moment de leur dépense. La pratique étatique dans son ensemble a développé une présomption de l'affectation des comptes bancaires diplomatiques à des fins autres que purement commerciales¹⁸³. D'après Cédric Ryngaert, l'arrêt de la CIJ de 2012 a mis en lumière que cette présomption ne reflèterait pas le droit international coutumier¹⁸⁴. Cette présomption a été établie afin d'éviter la moindre interférence avec le fonctionnement des missions diplomatiques et de les protéger contre les assauts des créanciers privés. Le juge pénal devrait retenir une interprétation stricte du critère de l'affectation. A l'inverse des procédures civiles, la partie privée n'est pas au cœur du déroulement de la procédure pénale. Afin d'éviter les situations d'impunité, il se peut que le juge pénal adopte une approche stricte du droit des immunités. Le comportement adopté par les autorités pénales françaises dans le cadre de l'affaire des biens mal acquis penche en faveur de cette tendance.

En conclusion, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques a achevé la codification de la coutume de l'immunité de l'Etat étranger à l'égard des mesures de contrainte en matière pénale dans le domaine des relations diplomatiques. A ce titre, elle serait le seul instrument applicable à l'égard des biens qu'elle couvre expressément. Pour autant, une éventuelle immunité d'exécution de l'Etat étranger en matière pénale gouvernée par le droit international général constituerait un obstacle lorsque l'enquête ciblerait des biens diplomatiques que la Convention de Vienne ne couvre pas et des biens utilisés à des fins de service public dépourvues de caractère commercial.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 74 ; v. par ex., Council of State (Pays-Bas), 24 novembre 1986, *M.K. c/ State Secretary for Justice*, ILR, vol. 94, p. 360 : « a *note verbale* [...] from the Turkish Embassy in The Hague in which it is stated that all the money in the attached account had been transferred by the Turkish Government in order to defray the costs of the Turkish Embassy in The Hague in the performance of its functions. [...] [A] declaration of this kind must be deemed to be a sufficient basis for assuming that these moneys were indeed intended for the public purposes of the Turkish State » ; Cass. (Italie), 4 mai 1989, *Banamar-Capizzì c/ Embassy of the Republic of Algeria*, ILR, vol. 87, p. 60 ; District Court, Rotterdam (Pays-Bas), 14 mai 1998, *State of the Netherlands c/ Azeta BV*, Rechtbank [1998] KG 251, NYIL, vol. 31, 2000, p. 264 ; CA., Bruxelles (Belgique), 15 février 2000, *Leica AG c/ Central Bank of Iraq et Etat irakien*, JT, 2001, p. 6.

¹⁸⁴ RYNGAERT (C.), « Embassy Bank Accounts and State Immunity From Jurisdiction : Doing Justice to the Financial Interests of Creditors », *op. cit.*, pp. 77-78.

La poursuite du vice-président de la Guinée équatoriale pour blanchiment d'activité criminelle devant le juge pénal français révèle les forces et les faiblesses du droit des immunités internationales dans le domaine de la criminalité économique. L'immunité attribuée aux chef d'Etat étranger, au chef du gouvernement étranger et au ministre des affaires étrangères de l'Etat étranger continue de protéger ces trois personnalités avec leurs biens personnels contre toute ingérence des autorités pénales du *for*. La conduite efficace des relations internationales pour le compte de l'Etat qu'ils représentent paraît exiger cette immunité absolue. Cela étant, l'affaire des biens mal acquis illustre également que même en matière pénale il existe des moyens pour les autorités du *for* de contourner l'obstacle immunitaire pour un nombre important d'autres représentants de l'Etat étranger. Ceux-là et leurs biens personnels n'auront en principe aucun moyen d'échapper à la justice pénale de l'Etat du *for*. De ce point de vue, on assiste bien à une érosion de l'immunité des représentants de l'Etat étranger à laquelle font écho les travaux actuels de la CDI. Au demeurant, au cas où l'Etat étranger appuierait son représentant dans un effort de soustraire ses biens à la juridiction de l'Etat du *for*, force est de constater que le représentant étranger perdrait à terme la jouissance exclusive de ses biens acquis à des fins d'enrichissement personnel. En effet, pour les protéger de l'exercice du pouvoir de contrainte du *for*, l'Etat étranger n'aura vraisemblablement qu'un seul moyen à sa disposition, à savoir celui d'affecter ces biens à la réalisation réelle d'une mission gouvernementale à l'étranger. Aussi ubuesque que soit cette situation, il convient de se demander si finalement l'éventualité d'un tel cas de figure, celui de l'achat forcé des biens mal acquis par l'Etat étranger, ne représente pas une manière détournée de dissuader le représentant de se livrer à des opérations de blanchiment d'activités criminelles à l'étranger. Ne serait-ce pas un moindre mal lorsque la procédure aurait potentiellement pour résultat d'aboutir à la restitution des biens mal acquis non au peuple étranger spolié mais à un gouvernement étranger complice auquel continuerait de faire partie le représentant étranger condamné pour actes de blanchiment d'activités criminelles ?¹⁸⁵

¹⁸⁵ Suite à la condamnation de Teodorin Obiang par le tribunal correctionnel de Paris le 27 octobre 2017, l'ONG Transparency International préconise une modification du cadre législatif visant la restitution des avoirs détournés et propose d'introduire dans la loi française « un dispositif d'*affectation des biens issus de la grande corruption* » à des projets examinés au cas par cas par l'Etat français » (v. PIEL (S.), TILOUINE (J.), « Teodorin Obiang, premier condamné dans l'affaire dite des « biens mal acquis », *Le Monde*, 27 octobre 2017).