

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

(5) La saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie auprès des établissements bancaires suisses.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, arrêt du 10 janvier 2008, *Fédération de Russie contre BNP Paribas (Suisse) SA, Compagnie Noga d'importation et d'exportation SA, Credit Suisse SA et UBS SA*, recours (5A_618/2007).

Mit Bemerkungen von TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC,
Docteur en droit, LL.M. (Cambridge),
Avocate au Barreau de Genève



Introduction:

Après la très fameuse affaire des tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, une autre saisie prononcée récemment par l'Office des poursuites de Genève et confirmée par les juges de Mon-Repos impliquant la même créance de la Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation SA («NOGA») contre la Fédération de Russie n'a pas eu le même écho dans la presse, mais son importance ne devrait pas être sous-estimée. Il s'agit de l'arrêt 5A_618/2007 du 10 janvier 2008 dans lequel les juges fédéraux ont confirmé la validité de la saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie détenus auprès de trois établissements bancaires suisses.

Afin de permettre une meilleure compréhension de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 dont la présentation de l'état de fait est très succincte (2.), nous allons d'abord rappeler la relation entre NOGA et la Fédération de Russie sous-jacente à la créance litigieuse (1.). Nous concluons par notre appréciation de l'arrêt commenté (3.).

1. Les créances litigieuses de NOGA contre la Fédération de Russie et les tentatives de leur recouvrement

La créance litigieuse de la société NOGA appartenant à l'homme d'affaires genevois Nessim Gaon prend son origine dans les opérations d'échange de pétrole contre des biens de consommation interrompues au début des années 1990. Le montant réclamé provient des prêts accordés par NOGA au Gouvernement russe dans le cadre de ces opérations. Grâce à la clause de renonciation à l'immunité de juridiction et d'exécution insérée dans les contrats de NOGA avec la Russie (cité par la Cour d'appel de Paris, 1^e chambre, 10 août 2000, *Revue de l'Arbitrage* 2001, p. 116 ss), la société genevoise a pu obtenir des sentences arbitrales et jugements étatiques contre l'Etat russe. En 1997, le tribunal arbitral siégeant sous les auspices de la Chambre de commerce de Stockholm a octroyé USD 27 millions, plus intérêts à NOGA, que la Russie a refusé de régler (cf. D. PELLEW, *Enforcement of the*

NOGA Arbitral Awards in France, *International Arbitration Law Review* 2005, Vol. 8/I, p. 34 ss, en particulier note de bas de page 2: déjà en 2002, le montant des intérêts était au moins égal au montant de la créance principale de sorte que la somme totale de la créance de NOGA contre la Fédération de Russie se montait à approximativement USD 60 millions). Sur la base de cette sentence arbitrale, NOGA a tenté, en vain, de saisir plusieurs biens de son débiteur dans divers pays.

A titre illustratif et afin de donner une vision générale de l'envergure de la lutte judiciaire entre NOGA et la Fédération de Russie, prenons l'exemple des procédures engagées en France et en Suisse.

En France, le Tribunal de grande instance de Paris a accordé l'exequatur de la sentence arbitrale susmentionnée le 15 mars 2000. Cette décision a par la suite été confirmée par la Cour d'appel le 22 mars 2001. Toutefois, le Gouvernement russe a, en définitive, obtenu gain de cause sur pourvoi auprès de la Cour de cassation française qui a annulé, en décembre 2003, les jugements des instances inférieures en raison d'un vice de procédure de première instance (Cass. 1^e civ., 9 décembre 2003; cf. ég. PELLEW, *op. cit.*, p. 34 ss). Nous rappellerons ici que le refus d'exequatur d'une sentence arbitrale n'affecte pas l'existence de la créance litigieuse (pour plus de détails sur les décisions des tribunaux français, cf. PELLEW, *op. cit.*, p. 34 ss avec références). Entre-temps, NOGA a essayé plusieurs fois de se faire payer en France:

(i) En mai 2000, en s'attaquant aux comptes bancaires appartenant à l'Ambassade russe à Paris: En date du 10 août 2000, la Cour d'appel de Paris a jugé que la stipulation contractuelle par laquelle la Fédération de Russie renonçait «à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en relation avec le présent contrat», n'équivalait pas à une renonciation à l'immunité diplomatique d'exécution découlant de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (à propos de cette décision, cf. E. GAILLARD, *Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dépendant d'eux*, in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, I. PINGEL (dir.), Paris 2004, p. 119 ss; R. ABRAHAM, *Immunités d'exécution: la pratique française*, in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, I. PINGEL (dir.), Paris 2004, p. 113 ss). Il faut relever qu'en Suisse, le Tribunal fédéral a mentionné en passant dans l'ATF 134 III 122 (consid. 5.2.3) que la notion de biens affectés à des tâches relevant de la puissance publique doit être interprétée de façon large. Elle comprend en tous les cas les biens des missions diplomatiques protégés de façon absolue par l'article 22 al.3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01). En revanche, les liquidités, en espèces ou créances contre une banque, ne peuvent être soustraites à la saisie que si elles ont été clairement affectées à des buts concrets d'utilité publique, ce qui suppose leur séparation des autres biens.

(ii) En juillet 2000, en demandant la saisie du navire-école russe *Sedov* participant aux fêtes maritimes de Brest (cf. ju-

gement du Tribunal de grande instance de Brest du 24 juillet 2000, Gazette du Palais n° spécial 10 ans, 10 au 12 avril 2001, p. 35 ss refusant la saisie du navire affecté à la gestion opérationnelle de l'Université de Mourmansk en relation avec une dette de l'Etat russe; ce jugement a par la suite été confirmé par une décision de la Cour d'appel de Rennes du 27 juin 2002, toutefois sur la base d'un raisonnement différent de celui des premiers juges, à savoir que le navire appartenait en effet à l'Université de Mourmansk et non pas à l'Etat russe). (iii) En juin 2001, en voulant saisir les avions militaires *Sukhoï* et *Mig* de l'armée russe durant le Salon aéronautique du Bourget. Les avions ont pu décoller du territoire français avant que les autorités d'exécution puissent les mettre sous sa main.

En 2002, l'affaire prend un nouveau tournant avec la reconnaissance de dette à concurrence de USD 800 millions par des émissaires du Ministre russe des finances, Alexei Kudrin, dans le cadre d'une transaction amiable qui a débouché sur un Protocole d'accord du 31 juillet 2002 signé à Genève. Le Protocole contient en outre une renonciation expresse et sans réserves de la Fédération de Russie à toutes immunités de juridiction et d'exécution. Il est devenu ensuite une nouvelle pomme de discorde.

En Suisse, c'est bien sur la base de ce Protocole d'accord qu'à la requête de NOGA, l'Office des poursuites de Genève a notifié le 27 février 2003 à la Fédération de Russie un commandement de payer (poursuite n° 03 116062 A) portant sur la somme de CHF 1 185 600 000, soit la contre-valeur en francs suisses de la somme de USD 800 millions. Par lettre signature du 4 mars 2003, l'avocat de la Fédération de Russie a fait opposition totale au commandement de payer. Par jugement du 7 juillet 2003, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition. Le 31 juillet 2003, la Fédération de Russie a formé appel contre ce jugement devant la Cour de justice de Genève et a introduit une action en libération de dette devant le Tribunal de première instance. Par demande du 30 juillet 2003, la Fédération de Russie a soumis le litige à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI à Paris, conformément à la clause arbitrale contenue au paragraphe 5.2 du Protocole d'accord du 31 juillet 2002. Par courriers des 18 août et 2 octobre 2003, la Fédération de Russie a retiré l'appel qu'elle avait interjeté contre le jugement de mainlevée provisoire ainsi que l'action en libération de dette qu'elle avait introduite devant le Tribunal de première instance.

Le 22 décembre 2003, la Présidente du Tribunal de première instance de Genève, saisie d'une requête de NOGA, a rendu une ordonnance de séquestre (n° 03 070378 G) à l'encontre de la Fédération de Russie pour la totalité de la créance invoquée, soit CHF 1 185 600 000. Le 13 octobre 2004, NOGA a requis la continuation de la poursuite n° 03 116062 A. Le 20 octobre 2004, l'Office des poursuites de Genève a écrit au nouveau Conseil de la Fédération de Russie pour informer celui-ci que, suite à la requête susmentionnée, il entendait procéder à une saisie provisoire le 27 octobre 2004

sur les biens et créances dont la précitée était titulaire. Le 12 septembre 2005, NOGA a adressé à l'Office une réquisition de continuer la poursuite n° 03 116062 A et de procéder à une saisie définitive, ainsi qu'une réquisition de convertir en saisie définitive le séquestre n° 03 070378 G.

Sur la base de cette requête, l'Office des poursuites de Genève a décidé de procéder à la saisie définitive d'un lot de tableaux prêtés pour exposition à la Fondation Pierre Gianadda par le Musée national des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou (pour les détails sur l'exécution de la saisie de la collection du Musée Pouchkine, cf. ATF 134 III 177 concernant la répartition des frais consécutifs à l'annulation de la saisie mais contenant également une présentation détaillée de l'exécution de la saisie elle-même dans la partie en fait). La saisie ainsi pratiquée en date du 11 novembre 2005 a provoqué beaucoup de bruit et avait, sans doute, plus d'implications politiques et diplomatiques que purement juridiques. Probablement pour cette raison, le Conseil fédéral, se fondant sur l'article 184 al. 3 de la Constitution, a lui-même «levé» la saisie avec effet immédiat par une décision exceptionnelle du 16 novembre 2005 au nom du respect de l'immunité absolue dont bénéficient les œuvres d'art étatiques exposées à l'étranger en droit international public (pour plus de détails sur les questions du droit international public soulevées par la saisie des tableaux du Musée Pouchkine, cf. J. CANDRIAN, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou: poursuites, immunité et arbitrage sous le signe de l'Etat de droit, BISchK 2007 85; cf. ég. H. PETER, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, BISchK 2006 61, où l'auteur critique l'intervention du Conseil fédéral dans cette affaire sous l'angle du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs).

Le 3 novembre 2005, l'Office a signifié à IATA *International Air Transport Association* («IATA») à Genève qu'il saisissait en ses mains tous les biens, actifs, actions, titres au porteur, obligations, etc. qu'elle pourrait détenir pour le compte de la Fédération de Russie en son nom propre ou comme ayant droit économique par le truchement de personnes physiques et morales et toute créance dont la Fédération de Russie serait titulaire à son égard en son nom propre ou comme ayant droit économique par le truchement de personnes physiques ou morales, à quelque titre que ce soit, à concurrence de CHF 1 378 594 263. Il l'a invitée à verser immédiatement le montant à l'Office et a précisé que la notion d'ayant droit économique devait s'entendre au sens des articles 3 de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (RS 955.0), 305^{ter} du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) ainsi que des diverses dispositions régissant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03).

Le 28 novembre 2005, *Moscow Center for Automated Air Traffic Control* («MATCC»), qui revendique la propriété des avoirs saisis en mains de IATA, a porté plainte auprès de la Commission de surveillance contre l'avis de saisie du 3 novembre 2005, pour violation des articles 89 ss et 92 al. 1

ch. 11 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1, «LP»). Parallèlement, le 24 novembre 2005, la Fédération de Russie a saisi la Commission de surveillance d'une dénonciation et, à titre subsidiaire, d'une plainte contre la décision de l'Office de donner suite aux réquisitions de continuer la poursuite. Par décision du 9 mars 2006, la Commission de surveillance a rejeté tant la dénonciation que la plainte de la Fédération de Russie. Par ordonnance du 5 avril 2006, la Commission de surveillance a suspendu la procédure de plainte formée par MATCC jusqu'à droit jugé par le Tribunal fédéral sur les recours interjetés par la Fédération de Russie.

Sur recours de celle-ci, la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral a décidé par arrêt du 21 septembre 2006 que les autorités de poursuite ne pouvaient que constater que l'action de la Fédération de Russie, tendant à faire constater la nullité du Protocole d'accord du 31 juillet 2002 qui constitue le fondement de la créance déduite en poursuite, était toujours pendante devant le Tribunal arbitral. Par conséquent, elles auraient dû retenir que le délai pour requérir la continuation de la poursuite demeurerait suspendu en application de l'article 88 al.2 LP, si bien que les réquisitions de NOGA de continuer la poursuite n° 03 116062 A devaient être rejetées et que la saisie provisoire opérée n'était pas transformée en saisie définitive (article 83 al.3 LP). En d'autres termes, le recours a été partiellement admis dans la mesure où il était recevable et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que les réquisitions de NOGA de continuer la poursuite n° 03 116062 A étaient rejetées et que la saisie provisoire demeurerait provisoire (cf. arrêt du Tribunal fédéral 7B.55/2006 du 21 septembre 2006, partiellement reproduit en ASA Bulletin 2007/1, p. 155 ss; le même jour, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de droit public formé sur la base du même état de fait, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5P.136/2006 du 21 septembre 2006).

A la suite de cet arrêt, la Commission de surveillance a repris la procédure de plainte déposée par MATCC. Par décision du 14 décembre 2006, elle a rejeté la plainte et a précisé que, conformément à l'arrêt de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral du 21 septembre 2006, la saisie opérée en mains de IATA demeurerait provisoire (cf. ATF 134 III 122, en fait). Parallèlement, l'Office des poursuites de Genève a informé le représentant de la Fédération de Russie qu'il entendait poursuivre ses démarches, soit procéder à une saisie provisoire. Entendu le 23 novembre 2006, l'avocat de la poursuivie a notamment déclaré que «*tous les biens que l'Office serait susceptible de saisir en Suisse n'appartiennent, à sa connaissance, pas à la Fédération de Russie*» (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 du 10 janvier 2008, en fait).

Dans un recours au Tribunal fédéral du 28 décembre 2006, MATCC a conclu principalement à la constatation de la nullité de la décision du 14 décembre 2006, subsidiairement à son annulation et à la libération des avoirs saisis, plus subsidiairement à l'annulation de la décision et au renvoi de la

cause à la Commission de surveillance (cf. ATF 134 III 122). La recourante a invoqué les griefs similaires à ceux faisant objet de l'arrêt 5A_618/2007 du 10 janvier 2008, à savoir la violation des articles 89 ss et 92 al. 1 ch. 11 LP (cf. chapitre 2 ci-dessous).

Nous renvoyons donc au commentaire de cet arrêt (cf. chapitre 3 ci-dessous) et nous limiterons ici à signaler la seule véritable différence entre les deux arrêts du Tribunal fédéral. Dans l'arrêt MATCC rendu le 15 août 2007, les juges fédéraux en question ont confirmé la saisie de la créance de MATCC contre IATA après avoir constaté que MATCC était une entité gouvernementale subordonnée à l'Etat russe, dont les actifs qui lui étaient confiés étaient considérés comme propriété de l'Etat en vertu du droit suisse. En d'autres termes, la saisie de la créance de MATCC effectuée en Suisse était fondée sur la propriété juridique de la Fédération de Russie sur les biens mis sous main de justice. Le Tribunal fédéral a relevé que «*de la simple lecture des statuts de la recourante, selon la traduction qu'elle en a elle-même fournie, il ressort qu'elle est une <personne morale ayant la forme juridique d'une entreprise d'Etat qui fait partie de la propriété fédérale de la Fédération de Russie> (art. 1.3) et que son patrimoine constitue <une propriété fédérale mise à la disposition de l'entreprise> qui a certes le droit d'en jouir sans restriction dans le cadre de son activité économique (art. 3.2), mais ne peut en disposer que dans certaines limites légales ou conventionnelles (art. 3.4). La recourante peut ainsi revêtir l'apparence d'une émanation de l'Etat russe. L'obligation d'instruire des autorités de poursuite [découlant des règles sur la saisie, à savoir articles 89 ss LP] ne saurait aller au-delà. En l'état, la condition juridique des biens saisis apparaissant incertaine, la saisie des biens revendiqués par la recourante est conforme au droit fédéral*» (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.3).

2. La saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie confirmée par l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 du 10 janvier 2008

Le 16 mai 2007, l'Office des poursuites de Genève a communiqué à UBS SA, BNP Paribas (Suisse) SA et Credit Suisse SA un avis de saisie de créance visant «*tous montants qui seraient détenus par [ces établissements] pour le compte de la Banque Centrale de Russie, émanation de la Fédération de Russie et qui, par voie de conséquence, lui reviennent de fait*», que ces avoirs fussent détenus au nom de la Banque Centrale de Russie ou au nom de la Fédération de Russie en son nom propre ou comme ayant droit économique. Les banques précitées étaient invitées à verser à l'Office le montant échu de la créance ou à déclarer sans délai si elles reconnaissaient leur dette, éventuellement pour quel motif elles la contestaient. Le Fédération de Russie a réagi en contestant sa propriété sur les biens de la Banque Centrale de Russie. Invitée à se déterminer, la créancière (NOGA) a remis à l'Office un document publié sur Internet par la Banque Centrale de Russie, intitulé «*Bank of Russia Balance Sheet in 2007 (mil-*

lion roubles)» indiquant notamment que celle-ci détenait, au 31 mars 2007, des fonds du Gouvernement russe à hauteur de 3 800 583 000 000 roubles.

L'Office a en définitive procédé à la saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie auprès des établissements bancaires suisses précités. Cette saisie est à l'origine de l'arrêt commenté.

Le 31 mai 2007, la Fédération de Russie a porté plainte à la Commission cantonale de surveillance contre les avis de saisie, dont elle a demandé l'annulation pour le motif que la Banque Centrale de Russie était une entité indépendante, que les avoirs saisis appartenaient indubitablement à celle-ci et que, partant, l'Office n'était pas en droit de les saisir. La plaignante invoquait également la violation de l'article 92 al. 1 ch. 11 LP (insaisissabilité des biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique). En cours de procédure, la Fédération de Russie a produit une copie de la sentence arbitrale rendue le 5 juin 2007 dans la cause qui l'opposait à la créancière et dont le chiffre 5 du dispositif est ainsi libellé: «*La créance visée par la poursuite n° 03 116062 A en Suisse est en l'état inexistante, la condition à laquelle est subordonnée l'efficacité desdits accords n'étant, à la date du prononcé de la présente sentence, pas réalisée*». La débitrice a en outre signalé que le délai de recours contre cette sentence arriverait à échéance le 13 octobre 2007 et que la créancière avait initié une procédure d'interprétation, sur laquelle le Tribunal arbitral ne s'était pas encore prononcé le 21 septembre 2007. Par décision du 10 octobre 2007, communiquée le 11 du même mois, la Commission cantonale de surveillance a rejeté la plainte.

Par le biais d'un recours en matière civile daté du 22 octobre 2007, la Fédération de Russie a requis le Tribunal fédéral, principalement, de prononcer la nullité de la décision de la Commission cantonale de surveillance et de la saisie litigieuse, subsidiairement d'annuler la décision attaquée et de libérer les avoirs de la Banque Centrale de Russie, plus subsidiairement encore de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. L'Etat russe a invoqué la violation des articles 89 ss et 92 al. 1 ch. 11 LP, ainsi que l'inopportunité de l'extension de la saisie provisoire. La requête d'effet suspensif présentée par la Fédération de Russie a été rejetée par ordonnance présidentielle du 14 novembre 2007.

Après avoir brièvement rappelé les conditions de recevabilité du recours en matière civile – remplies en l'espèce, sous réserve de l'invocation d'un fait nouveau relatif à l'entrée en force de la sentence arbitrale après la décision de l'autorité précédente (cf. consid. 4: le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le grief d'inopportunité avancé par la Fédération de Russie parce qu'il se fondait sur un fait nouveau, à savoir la prétendue entrée en force de la sentence arbitrale rendue le 5 juin 2007), le Tribunal fédéral a procédé à l'examen de la validité de la saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie auprès des trois établissements bancaires en Suisse.

Quant à l'objet de la saisie, le Tribunal fédéral s'est référé à sa jurisprudence antérieure (ATF 129 III 239 consid. 1 = SJ 2003 I 457 et les références) et a confirmé que «*la saisie ne doit pas porter uniquement sur les biens dont le débiteur est sans l'ombre d'un doute le propriétaire, mais aussi sur ceux pour lesquels il existe, sur la base des indications du créancier ou de l'examen effectué par l'office des poursuites, des indices de leur appartenance au patrimoine du poursuivi. Les règles de la saisie obligent ainsi l'office à mettre sous main de justice tous les biens que le créancier déclare propriété de son débiteur, à moins que les droits préférables d'un tiers ne puissent d'emblée être établis de manière indiscutable*».

S'agissant des droits des tiers, le Tribunal fédéral a retenu que lorsque le poursuivant requérait la saisie de valeurs qui étaient déposées au nom d'un tiers ou d'avoirs au nom d'un tiers, il fallait comprendre qu'il prétendait que ces valeurs appartenaient en réalité au poursuivi. Les juges de Mon-Repas ont ainsi décidé qu'il appartenait au titulaire du droit patrimonial mis sous mains de justice d'obtenir que ce droit soit soustrait à l'exécution forcée par le biais de la procédure de revendication instaurée par les articles 106 ss LP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 du 10 janvier 2008 avec références aux ATF 132 III 281 consid. 2.2; ATF 107 III 33 consid. 5; P.-R. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. II, Lausanne 2000, no. 42 ad art. 91 LP et no. 54 ad art. 95 LP). Ainsi, seule la saisie d'un bien appartenant manifestement à un tiers devait être frappée de nullité au sens de l'article 22 al. 1 LP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 du 10 janvier 2008 avec référence à B. FOËX, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Bâle/Genève/Munich 1998, no. 57 ad art. 95 LP).

En appliquant les principes généraux au cas d'espèce, notre Haute Cour a repris la décision attaquée reconnaissant le droit de l'Office des poursuites d'exécuter une saisie sur les avoirs que la Banque Centrale de Russie détenait en Suisse parce qu'il était établi, par un document Internet dont la teneur n'était d'ailleurs pas contestée, «*que cet établissement bancaire détient des fonds du Gouvernement russe à hauteur de 3 800 583 000 000 roubles*». Les juges fédéraux en ont déduit que dans la mesure de ce montant, la saisie litigieuse portait sur «*des avoirs qui n'apparaissent pas appartenir manifestement à la Banque Centrale de Russie, mais bien plutôt à la poursuivie*» et la Commission cantonale de surveillance avait dès lors retenu à bon droit que la saisie des avoirs en question était admissible. De manière encore plus surprenante, le Tribunal fédéral a ajouté que la Commission cantonale de surveillance «*pouvait se dispenser d'examiner la question de savoir si la Banque Centrale de Russie est, comme allégué par la créancière, une émanation de la Fédération de Russie ou au contraire, comme soutenu par la poursuivie, une entité indépendante jouissant de la personnalité morale*» (arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 du 10 janvier 2008 consid. 2.2).

En résumé, les juges ont retenu que la saisie avait été valablement exécutée en conformité avec les règles des articles

89 ss LP sur la seule base que la Banque Centrale de Russie – titulaire des avoirs saisis auprès des trois établissements bancaires suisses – «détenait» des fonds du Gouvernement russe. Pour le surplus, le Tribunal fédéral s'est expressément dispensé d'examiner le lien institutionnel entre la Banque Centrale de Russie et l'Etat.

Quant au grief de violation de l'article 92 al. 1 ch. 1 LP – reprenant le principe de l'immunité d'exécution des biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique – invoqué par la Fédération de Russie dans son recours, le Tribunal fédéral a rappelé la teneur de cette disposition légale et les principes jurisprudentiels y relatifs déduits du droit des gens (cf. ATF 134 III 122, consid. 5.1 et 5.2 avec références aux Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers, Lettre du Département fédéral de justice et police du 8 juillet 1986 aux gouvernements cantonaux, BISchK 1986 234; M. OCHSNER, Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaires de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2005, no. 181–184 ad art. 92 LP). La pratique pose trois conditions cumulatives à l'exécution forcée sur les biens d'un Etat étranger ou d'une banque centrale étrangère:

- Tout d'abord, la prétention du poursuivant doit être liée à l'activité *iure gestionis* et non *iure imperii* de l'Etat poursuivi. Il s'agit de savoir si l'acte qui fonde la créance litigieuse relève, non de la puissance publique, mais d'un rapport juridique qui s'inscrit dans une activité économique privée, l'Etat étranger intervenant au même titre qu'un particulier. Le critère déterminant est la nature intrinsèque de l'opération envisagée et non le but poursuivi (cf. ATF 130 III 136 consid. 2.1 et les références; ATF 106 Ia 142 consid. 5 et les arrêts cités; Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers, BISchK 1986 236; J.-F. EGLI, L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers et de leurs agents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Centenaire de la LP, Zurich 1989, p. 208 s.).
- La prétention déduite en poursuite doit ensuite être issue d'un rapport de droit qui présente un rattachement suffisant avec la Suisse (*Binnenbeziehung*). Ce rattachement est suffisant lorsque le rapport d'obligation est né en Suisse ou qu'il doit y être exécuté, ou lorsque l'Etat étranger a procédé en Suisse à des actes qui sont propres à créer un lieu d'exécution. Il est insuffisant s'il résulte de la seule localisation des biens du débiteur en Suisse ou du seul fait que la créance a été constatée par un tribunal arbitral qui a son siège en Suisse (cf. ATF 134 III 122 consid. 5.2.2 et les références citées).
- Enfin, les biens saisis en Suisse ne doivent pas être affectés à des tâches incombant à l'Etat comme détenteur de la puissance publique. Cette condition est consacrée expressément à l'article 92 al. 1 ch. 11 LP.

En appliquant les trois conditions susmentionnées au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a conclu que le grief de viola-

tion de l'article 92 al. 1 ch. 11 LP était également mal fondé pour les raisons suivantes:

- La créance litigieuse était fondée sur le Protocole d'accord du 31 juillet 2002, dont l'Etat russe «reconnait expressément la nature privée et commerciale (...)». La condition relative à la nature de la créance litigieuse était ainsi remplie.
- Le Protocole d'accord ayant été conclu et signé à Genève où la créancière avait son siège, la condition du lien suffisant avec la Suisse était également remplie.
- L'autorité cantonale n'avait pas tranché la question de l'affectation des avoirs saisis, mais avait fondé l'essentiel de son raisonnement sur la renonciation à l'immunité par la Fédération de Russie. Par conséquent, soit les biens saisis relèvent de l'activité *iure gestionis* de l'Etat russe et la clause de renonciation était superflue faute d'immunité, soit il s'agit de biens de l'Etat affectés à l'exercice de la puissance publique, qui tombent sous le coup de la renonciation expresse du 31 juillet 2002, et la Fédération de Russie ne pouvait se soustraire à l'exécution forcée en invoquant une immunité à laquelle elle avait expressément renoncé (cp. ATF 134 III 122, où les juges fédéraux ont relevé que la renonciation par un Etat à son immunité d'exécution est possible, en tous les cas si elle est expresse; l'article 19 let. a ch. ii de la Convention des Nations Unies sur l'immunité de juridiction et d'exécution prévoit également la renonciation à l'immunité d'exécution, notamment par contrat écrit; cf. ég. J. KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Berne 1998, p. 440 s.).

En rejetant les griefs fondés sur la violation des articles 89 ss et 92 al. 1 ch. 11 LP, le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la validité de la saisie des comptes de la Banque Centrale de Russie auprès des trois établissements bancaires suisses.

3. Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 janvier 2008

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a examiné plusieurs arguments invoqués par la Fédération de Russie, dont les deux principaux se rapportent à la violation des règles de la saisie contenues aux articles 89 ss LP et du principe de l'insaisissabilité des biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère. Nous allons suivre la structure de l'arrêt commenté et examiner si la saisie des avoirs sur les comptes de la Banque Centrale de Russie auprès des trois établissements bancaires suisses est conforme aux articles 89 ss LP et à la jurisprudence y relative (a.) et si elle ne viole pas le principe de l'immunité d'exécution des biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère (b.), avant de conclure (c.).

a. Les biens susceptibles de faire l'objet d'une saisie

La jurisprudence du Tribunal fédéral a établi depuis longtemps que le but de la saisie est de déterminer les éléments du patrimoine du débiteur, dont la réalisation servira à satisfaire

la prétention du créancier. C'est pourquoi l'office des poursuites doit effectuer les enquêtes nécessaires auprès du tiers qui détient des biens appartenant au débiteur, qu'ils soient inscrits à son nom ou à celui de tiers (cf. ATF 129 III 239 consid. 1 = SJ 2003 I 457 avec référence à l'ATF 107 III 67 consid. 2). En principe, lorsque des tiers font valoir des prétentions sur les biens saisis, la LP prévoit que c'est par la procédure de revendication prévue aux articles 106 ss LP que la situation doit être éclaircie (cf. ATF 132 III 281 consid. 2.2; ATF 107 III 33 consid. 5 avec les références; GILLIÉRON, *op. cit.*, no. 42 ad art. 91 LP et no. 54 ad art. 95 LP).

Il découle des articles 95 al. 3 et 106 al. 1 LP qu'il est possible de saisir les biens que le débiteur désigne comme appartenant à un tiers et ceux que des tiers revendiquent, à titre de propriété, de gage ou d'un autre droit qui s'oppose à la saisie ou qui doit être pris en considération dans la suite de la procédure d'exécution (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.1 avec référence à l'ATF 115 III 45 consid. 3a). La doctrine et la jurisprudence s'accordent ainsi à dire que doivent en effet être saisis non seulement les biens pour lesquels la propriété du débiteur ne fait pas l'ombre d'un doute, mais également les biens au sujet desquels les indications fournies par le créancier ou l'examen effectué par l'office font apparaître des indices qu'ils pourraient appartenir au patrimoine du poursuivi (cf. ATF 129 III 239 consid. 1 = SJ 2003 I 457; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, *Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Zurich 1997, no. 12 ad art. 91 LP; GILLIÉRON, *op. cit.*, no. 42 ad art. 91 LP).

Selon une partie de la doctrine, il n'est pas nécessaire que l'office des poursuites soit convaincu que de tels biens appartiennent en effet au débiteur poursuivi, ni qu'ils soient réclamés par le créancier poursuivant (cf. FOËX, *op. cit.*, no. 56 ad art. 95 LP; *contra* décision de l'*Aufsichtsbehörde für Sch+K* de Soleure du 28 janvier 1983, BLSchK 1986 228, p. 231 «*Allerdings sollen solche Gegenstände erst in letzter Linie zur Pfändung herangezogen werden, und selbst dann nur, wenn der Betreibungsbeamte vom Eigentum des Schuldners überzeugt ist oder die rechtliche Zugehörigkeit der Sachen ihm zumindest unsicher erscheint oder wenn ein Gläubiger ausdrücklich deren Pfändung verlangt*»; K. AMONN/D. GASSER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Bern 1997, § 24, no. 2; P.-R. GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne 1993, p. 207). En pratique, l'office ne saisit de tels biens que s'il acquiert la conviction qu'ils appartiennent au poursuivi ou si leur condition juridique apparaît incertaine ou si le poursuivant le requiert expressément et rend vraisemblable que les présomptions de propriété peuvent être renversées (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.2, avec référence à l'ATF 132 III 281 consid. 2.2).

En principe, la saisie de ces biens n'est possible qu'en dernier lieu, lorsque les autres biens saisissables sont insuffisants pour couvrir la créance. L'article 95 LP – établissant l'ordre de la saisie – confirme que l'office peut sous certaines conditions saisir les biens que le débiteur désigne comme appartenant à des tiers et ceux que des tiers revendiquent (arti-

cle 95 al. 3 LP, 2^e et 3^e hypothèses). Ainsi, les biens susceptibles de revendication ne sont nullement insaisissables mais ils ne peuvent être saisis que lorsque les biens des autres catégories sont insuffisants pour couvrir la créance du poursuivant (cf. N. DE GOTTRAU, *Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaires de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2005, no. 30 ad art. 95 avec références aux ATF 117 III 29, 31; ATF 107 III 84, 87 = JdT 1983 II 71, 74; FOËX, *op. cit.*, no. 56 ad art. 95). Par ailleurs, il faut signaler que l'ordre prévu à l'article 95 LP n'est qu'une directive adressée à l'office (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.1 avec référence à l'ATF 115 III 45 consid. 3a), lequel peut s'en écarter lorsque les circonstances le justifient selon l'article 95 al. 4^{bis} LP. La doctrine impose toutefois à l'office de faire un usage prudent de cette possibilité de s'écarter de l'ordre légal de la saisie (cf. FOËX, *op. cit.*, no. 60 s. ad art. 95; N. DE GOTTRAU, *op. cit.*, no. 35 ad art. 95).

En résumé, il y a lieu de retenir que les règles de la saisie n'obligent pas l'office à refuser la mise sous main de justice d'un bien tant que son appartenance au débiteur n'est pas rendue vraisemblable. Au contraire, l'office doit saisir tous les biens que le créancier déclare propriété de son débiteur, à moins que les droits préférables d'un tiers ne puissent d'emblée être établis de manière indiscutable. Des doutes ou des litiges sur la propriété des choses ou des droits à saisir n'entraînent pas la nullité de la mesure, mais obligent uniquement l'office à ouvrir une procédure en revendication au sens des articles 106 à 109 LP (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.2 avec références aux ATF 107 III 33 consid. 5; GILLIÉRON, *Commentaire, op. cit.*, no. 54 ad art. 95 LP).

Quant au pouvoir d'appréciation des différentes autorités, nous rappellerons que l'office ne doit procéder qu'à un examen sommaire sans se prononcer sur l'existence des droits invoqués à l'appui des diverses revendications. Il doit toutefois saisir en premier lieu les biens dont la revendication paraît la moins fondée (ATF 134 III 122 consid. 4.2 avec référence à l'ATF 120 III 49 consid. 2a). S'agissant du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, il est limité dans ce domaine à l'abus ou à l'excès du pouvoir d'appréciation. En d'autres termes, les juges fédéraux n'interviennent que si l'autorité cantonale a retenu des critères inappropriés, n'a pas tenu compte ou n'a pas procédé à un examen complet des circonstances pertinentes, n'a pas usé de critères objectifs, a rendu une décision déraisonnable, contraire au bon sens ou heurtant le but de la procédure de poursuite, voire arbitraire (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.2 avec références aux ATF 130 III 90 consid. 1; ATF 132 III 281 consid. 2.1; GILLIÉRON, *Commentaire, op. cit.*, no. 61 ad art. 95 LP).

En appliquant ces principes et sous l'angle d'examen limité à l'abus ou à l'excès du pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral a retenu dans l'arrêt commenté que les règles de la saisie obligeaient l'Office des poursuites de Genève à mettre sous main de justice tous les biens que le créancier déclarait

propriété de son débiteur, à moins que les droits préférables d'un tiers ne pouvaient d'emblée être établis de manière indiscutable; seule la saisie d'un bien appartenant manifestement à un tiers devant être frappée de nullité au sens de l'article 22 al. 1 LP (cf. FOËX, *op. cit.*, no. 57 ad art. 95 LP; N. DE GOTTRAU, *op. cit.*, no. 33 ad art. 95).

En l'occurrence, les juges fédéraux se sont d'emblée dispensés d'examiner si la Banque Centrale de Russie est, comme était allégué par NOGA, une émanation de la Fédération de Russie ou au contraire, comme soutenu par l'Etat russe, une entité indépendante jouissant de la personnalité morale. En effet, sur la base d'une seule constatation que la Banque Centrale de Russie détenait des fonds du Gouvernement russe, le Tribunal fédéral a conclu que le grief de violation des règles de la saisie (articles 89 ss LP) était mal fondé.

C'est bien en raison de cette argumentation extrêmement succincte que, à notre sens, l'arrêt attaqué prête le flanc à la critique. Le Tribunal fédéral a autorisé NOGA à saisir les comptes de la Banque Centrale de Russie auprès des trois établissements bancaires suisses en concluant que la saisie litigieuse portait sur «*des avoirs qui n'apparaissent pas appartenir manifestement à la Banque Centrale de Russie, mais bien plutôt à la poursuivie [l'Etat russe]*» sur la seule base des faits:

- que NOGA avait prétendument une créance contre l'Etat russe,
- que l'Etat russe avait déposé des fonds auprès de la Banque Centrale de Russie et possédait ainsi une créance contre celle-ci,
- que la Banque Centrale de Russie avait des comptes auprès des trois établissements bancaires suisses et possédait ainsi une créance contre ces derniers.

Les juges fédéraux ont ainsi admis la saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie pour satisfaire le créancier de l'Etat russe. Or, pour admettre la validité d'une telle saisie, il faut au préalable établir des indices (i) de la propriété juridique de la Fédération de Russie sur les fonds saisis ou (ii) du fait que celle-ci en est le bénéficiaire économique et que la Banque Centrale de Russie détient les fonds saisis à titre fiduciaire. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral n'a même pas mentionné les principes jurisprudentiels et doctrinaux relatifs aux mesures d'exécution forcée sur des biens détenus par des tiers à titre fiduciaire ou dont le débiteur ne serait que l'ayant droit économique. Il y a donc lieu de présumer que les juges fédéraux se sont basés sur la première hypothèse, à savoir une prétendue propriété juridique de l'Etat russe sur les fonds saisis en Suisse auprès des trois établissements bancaires. Or, il est curieux de constater qu'en même temps, le Tribunal fédéral a expressément renoncé à examiner le lien institutionnel existant entre la Fédération de Russie et la Banque Centrale de celle-ci. L'arrêt commenté nous laisse donc perplexe, car il n'indique pas sur quelle base les juges ont retenu que les fonds saisis n'apparaissaient pas appartenir manifestement à la Banque Centrale de Russie, mais bien plutôt à l'Etat russe.

Par conséquent, nous devons inévitablement nous poser la question suivante: Est-ce que la décision des juges de notre Haute Cour aurait été la même, s'il s'agissait en l'occurrence d'une saisie des fonds en Suisse d'une banque commerciale russe ou autre dépositaire des fonds de l'Etat russe? Soit la réponse à la question est positive avec les conséquences drastiques qui s'ensuivent pour les relations interbancaires dans le monde actuel (où les principales banques détiennent des comptes les unes auprès des autres afin de faciliter le système de paiements interbancaires), soit elle est négative et le Tribunal fédéral ne pouvait pas se dispenser d'examiner la relation institutionnelle existant entre la Banque Centrale de Russie et l'Etat russe. On pourrait même pousser ce raisonnement plus loin. En effet, est-ce qu'il suffit d'établir une dette (y compris par exemple une dette fiscale) de n'importe quelle entité envers l'Etat pour permettre aux créanciers de cet Etat de saisir les comptes de l'entité en question en Suisse? Et si le montant de la créance contre l'Etat dépasse celui disponible sur les comptes de l'entité en question, peut-on remonter plus haut dans la chaîne et demander aux débiteurs de cette entité de rembourser leurs dettes directement en mains des créanciers de l'Etat poursuivi? Sur le plan pragmatique, ces questions peuvent paraître absurdes mais elles montrent bien les dangers de la jurisprudence d'espèce. Il est en effet évident que le créancier poursuivant ne peut faire saisir que les créances du débiteur poursuivi sans remonter plus loin (c'est-à-dire sans pouvoir s'attaquer aux créances des débiteurs du débiteur poursuivi).

Ainsi, le seul moyen permettant de confirmer la validité de la saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie auprès des établissements suisses est d'examiner si ces fonds peuvent effectivement être considérés comme appartenant au patrimoine du débiteur poursuivi, c'est-à-dire de l'Etat russe. A cet effet, il est nécessaire d'examiner la relation institutionnelle existante entre l'Etat russe et le titulaire de la créance saisie en Suisse, soit en l'occurrence la Banque Centrale de Russie. Nous signalons, en passant, que c'est bien sur la base d'un tel examen que le Tribunal fédéral avait auparavant confirmé la saisie de la créance de MATCC contre IATA (cf. ATF 134 III 122 consid. 4.3; cf. ég. chapitre 1 *in fine* ci-dessus).

Pour procéder à un tel examen en l'espèce, nous faisons référence aux informations disponibles en russe aussi bien qu'en anglais sur le site Internet de la Banque Centrale de Russie <<http://www.cbr.ru>>, auquel le Tribunal fédéral s'est par ailleurs expressément référé dans l'arrêt commenté (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_618/2007 du 10 janvier 2008 consid. 2.2). Parmi ces informations, un élément qui a retenu notre attention est le principe de l'indépendance de la Banque Centrale décrit en les termes suivants: «*The Bank of Russia carries out its functions, which were established by the Constitution of the Russian Federation (Article 75) and the Law <On the Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia)> (Article 22), independently from the federal, regional and local government structures*».

Sous la rubrique «*Legal Status*», on peut encore trouver la description suivante de la relation institutionnelle entre la Banque Centrale de Russie et l'Etat russe: «*A key element of the legal status of the Bank of Russia is the principle of independence [...] The Bank is a legal entity. Its authorised capital and other property are in federal ownership, but at the same time the Bank of Russia has proprietary and financial independence. The powers to own, use and manage the Bank of Russia's property, including international reserves, are exercised by the Bank of Russia only, in accordance with the objective and using the procedure set by the Federal Law on the Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia) [...] The Bank of Russia may defend its interests in court, including international courts, courts of foreign states and courts of arbitration. The government is not liable for the Bank of Russia's obligations, just as the Bank of Russia is not liable for government obligations, unless they have assumed such obligations or unless the federal laws stipulate otherwise. The Bank of Russia is not liable for the obligations of credit institutions, while credit institutions are not liable for the Bank of Russia's obligations, unless the Bank of Russia or credit institutions have assumed such obligations*». Le principe de l'indépendance de la Banque Centrale de Russie ressort expressément de l'article 2 de la Loi fédérale sur la Banque Centrale de la Fédération de Russie: «*The state shall not be liable for the obligations of the Bank of Russia and the Bank of Russia shall not be liable for the obligations of the state unless they have assumed such obligations or unless federal laws stipulate otherwise*» (version anglaise disponible sur le site web <<http://www.cbr.ru>>).

L'examen détaillé de l'ordre juridique russe sort du cadre de la présente contribution. Sur la base des éléments susmentionnés disponibles sur le site Internet – auquel les juges fédéraux ont fait référence pour citer l'état des actifs au bilan de la Banque Centrale de Russie – nous pouvons conclure que celle-ci est une entité juridique indépendante, mais que son capital social («*authorised capital*») et ses autres biens appartiennent à l'Etat. Ainsi, nous ne pouvons pas d'emblée exclure que la Banque Centrale de Russie puisse ainsi revêtir l'apparence d'une émanation de l'Etat russe. Comme indiqué plus haut, l'obligation d'instruire des autorités de poursuite ne saurait aller au-delà.

En conclusion, sur la base des informations restreintes et sans effectuer des recherches approfondies en droit russe, le résultat auquel est parvenu le Tribunal fédéral nous paraît conforme au droit fédéral, car la condition juridique des fonds saisis est incertaine. Toutefois, l'argumentation des juges fédéraux est lacunaire et ne permet pas de saisir le fondement juridique de l'arrêt commenté.

b. Le principe de l'immunité d'exécution des biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère

Quant au second volet principal du litige, à savoir les principes de l'immunité d'exécution et de l'insaisissabilité des biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque cen-

trale étrangère qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique, le raisonnement du Tribunal fédéral se limite à appliquer les règles jurisprudentielles bien établies (sur les questions de procédure devant les tribunaux suisses relatives à l'immunité des Etats en général et à leur immunité d'exécution en particulier, cf. J. CANDRIAN, L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des biens culturels, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 363 ss).

Spécifiquement quant à l'application de ces principes aux relations entre la Suisse et la Russie, il faut rappeler que la Convention européenne sur l'immunité des Etats conclue à Bâle le 16 mai 1972, a été ratifiée par la Suisse le 6 juillet 1982, mais ni signée ni ratifiée par la Russie (RS 0.273.1; l'article 23 de la Convention institue l'interdiction de mesures d'exécution forcée ou conservatoires sauf en cas de renonciation expressément consentie par écrit; l'article 26 de la Convention prévoit toutefois une exception qui concerne un jugement rendu dans une procédure relative à une activité industrielle ou commerciale exercée par l'Etat de la même manière qu'une personne privée: ce jugement peut être exécuté sur des biens de l'Etat contre lequel il a été rendu et pour autant que ces biens soient affectés exclusivement à l'activité en question). Le Tribunal fédéral a jugé que la plus grande réserve s'imposait quant à l'application, à titre de droit coutumier, de cette Convention à des Etats non-parties, cela même pour de simples références aux solutions retenues (cf. ATF 134 III 122 consid. 5.1 avec référence à l'ATF 120 II 400 consid. 3d; D. FAVRE, L'immunité de juridiction et d'exécution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Festschrift Hans Peter Walter, Berne 2005, p. 476). C'est donc en vertu des principes généraux du droit des gens qu'il convenait d'examiner le moyen dont se prévalait la Fédération de Russie. Ces principes ont été codifiés dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, adoptée par l'Assemblée générale le 2 décembre 2004 (sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et la notion de l'immunité des Etats en Suisse, cf. S. KNUCHEL, Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens: quelles conséquences pour la Suisse?, AJP/PJA 2006 1185). Cette Convention n'est pas encore en vigueur, mais elle a été signée par la Suisse le 19 septembre 2006 et par la Russie le 1^{er} décembre de la même année. Elle se veut en outre la codification de la coutume internationale en matière d'immunités (cf. ATF 134 III 122 consid. 5.1 avec référence à J. CANDRIAN, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, SJ 2006 II 95, p. 97).

Nous nous limiterons donc à réitérer ici l'interprétation que font la doctrine et la jurisprudence de l'article 92 al. 1 ch. 11 LP en relation avec l'immunité d'exécution. Celle-ci relève du droit international public, réservé par l'article 30a LP. Cette réserve concerne en effet tant les traités internationaux que les principes non écrits du droit des gens comme celui de l'immu-

nité (cf. ATF 134 III 122 consid. 5.1 avec référence à FF 1991 III 50).

L'article 92 al.1 ch. 11 LP est la codification (partielle) de la jurisprudence établie par le Tribunal fédéral sous l'empire de l'ancien droit et dont les principes avaient également été formalisés dans une circulaire du Département fédéral de justice et police du 8 juillet 1986 (cf. M. OCHSNER, Exécution du séquestre, JdT 2006 II 77 avec référence à BISchK 1986 234). Comme indiqué plus haut (cf. chapitre 2 ci-dessus), le Tribunal fédéral a consacré le principe de l'immunité restreinte en vertu duquel une saisie – de même qu'un séquestre en vertu du renvoi de l'article 275 LP – contre un Etat étranger n'est pas impossible mais il ne peut être requis et exécuté que si trois conditions sont remplies: (i) en sa qualité de débiteur, l'Etat étranger n'a pas agi dans le cadre de l'exercice de sa souveraineté; (ii) la prétention est issue d'un rapport de droit présentant un rattachement suffisant avec la Suisse; (iii) les biens visés par la saisie ne sont pas affectés à des tâches incombant à l'Etat comme détenteur de la puissance publique. Ainsi de tout temps, la jurisprudence suisse a marqué une tendance à restreindre le domaine de l'immunité. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'est en effet pas considéré comme une règle absolue. Si l'Etat étranger a agi en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*), il peut invoquer le principe de l'immunité de juridiction. Si, en revanche, il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*), l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (*Binnenbeziehung*) (cf. L. CAFLISCH, La pratique suisse en matière de droit international public 2003, RSDIE 2004 661, p. 701 s. avec références aux ATF 124 III 382 consid. 4a; ATF 120 II 408 consid. 5a in fine; ATF 113 Ia 172 consid. 2; ATF 110 II 255 consid. 3a).

L'application par le Tribunal fédéral des principes susmentionnés aux faits du cas d'espèce n'appelle pas de commentaires particuliers sauf un. En effet, dans le Protocole d'accord du 31 juillet 2002 entre NOGA et la Fédération de Russie, cette dernière a expressément reconnu «*la nature privée et commerciale*» de la créance litigieuse et a ainsi renoncé à son immunité étatique. En outre, le Protocole a été conclu et signé à Genève où la créancière avait son siège. Par conséquent, la créance litigieuse est liée à l'activité *iure gestionis* de l'Etat et elle présente un lien suffisant avec la Suisse. Selon notre Haute Cour, même si les biens saisis devaient être affectés à des tâches incombant à l'Etat comme détenteur de la puissance publique – question pouvant être laissée ouverte en l'espèce – la renonciation à l'immunité étatique empêcherait l'Etat russe à se prévaloir de l'immunité d'exécution.

L'omission du Tribunal fédéral de se prononcer sur cette question n'est toutefois pas conforme à l'avis de la doctrine qui retient qu'une clause contractuelle de renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution formulée en termes

généraux ne pourra, faute de préciser les biens sur lesquels elle porte, toucher que ses biens à usage commercial (cf. CANDRIAN, L'immunité, *op. cit.*, p. 382: l'auteur se réfère à la jurisprudence et à la doctrine françaises pour conclure qu'une renonciation par un Etat à son immunité d'exécution formulée en termes généraux ne pourra pas s'étendre à ses biens qui, tels les biens diplomatiques, les biens militaires ou les biens culturels étatiques exposés à l'étranger à des fins culturelles, sont au bénéfice d'une présomption absolue d'immunité d'exécution; en effet, la renonciation à l'immunité d'exécution relative aux biens affectés à des fins de souveraineté, qui est possible, devra être spéciale à ces biens, c'est-à-dire en faire spécialement référence; cf. ég. PH. LEBOULANGER, Clause compromissaire et renonciation à l'immunité d'exécution de l'Etat: une évolution attendue, note, Revue de l'arbitrage 2001 114, p. 132 ss).

c. Conclusion

Le but de la présente contribution était de soulever l'importance de l'examen du lien institutionnel existant entre la Banque Centrale de Russie et l'Etat russe pour statuer sur l'admissibilité de la saisie des fonds de la Banque Centrale en Suisse, question que les juges fédéraux ont expressément renoncé à examiner dans l'arrêt 5A_618/2007 du 10 janvier 2008. Nous ne voulions pas porter de jugement sur le résultat auquel aboutit l'arrêt commenté et regrettons le manque d'indications sur le critère en définitive retenu pour parvenir à ce résultat.

En effet, notre Haute Cour s'est limitée à confirmer la validité de la saisie des fonds de la Banque Centrale de Russie en retenant que ces fonds n'apparaissent pas appartenir manifestement à ladite Banque, mais bien plutôt à la poursuite, soit à l'Etat russe, sur la seule base de l'existence d'une créance de l'Etat contre la Banque Centrale. Les lacunes dans l'argumentation juridique des juges fédéraux risquent potentiellement de créer un précédent dangereux et suscitent beaucoup d'inquiétudes, car elles laissent ouverte la définition de la limite à la saisie des avoirs dans la chaîne impliquant plusieurs maillons de rapports de créance. A notre sens, l'arrêt commenté constitue une jurisprudence d'espèce et ne devrait pas pouvoir être extrapolé à d'autres cas, car il ne peut s'agir que d'une simple omission par inadvertance de développer les raisons sous-jacentes au considérant 2.2 de l'arrêt 5A_618/2007 du 10 janvier 2008, à savoir le statut particulier de la Banque Centrale de Russie et la relation institutionnelle entre celle-ci et l'Etat russe.

Toute autre interprétation de l'arrêt commenté serait contraire au but de l'institution de la saisie et aux intérêts de la place financière suisse.