



DER SCHWEIZERISCHE BUNDESRAT  
LE CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE  
IL CONSIGLIO FEDERALE SVIZZERO  
IL CUSSEGL FEDERAL SVIZZER

vu le recours de

**1. NML Capital Ltd.,**

c/o Appleby Corporate Services (Cayman) Limited, Clifton House, 75 Fort Street, P.O. Box 1350, George Town, Grand Cayman, Îles Caïmanes,

**2. EM Limited,**

P.O. Box 31363, 45 Market Street, Suite 3211, Carmana Bay, Grand Cayman KY1-1206, Îles Caïmanes,

toutes deux représentées par Me [REDACTED] avocat, [REDACTED]

[REDACTED].

contre

le Département fédéral des affaires étrangères, Palais fédéral ouest,  
3003 Berne,

en matière

d'affaires intéressant les relations extérieures

considérant:

I.

A. NML Capital Ltd. et EM Limited, fonds collectifs privés d'investissements domiciliés aux Îles Caïmanes, sont créanciers de la République d'Argentine. Des jugements définitifs et exécutoires rendus par un tribunal de New York, en 2003 et 2006, ont condamné la République d'Argentine à leur verser les sommes en capital plus intérêts de respectivement USD 284 millions et USD 724 millions.

En 2009, NML Capital Ltd. et EM Limited ont demandé le séquestre des avoirs de la République d'Argentine détenus par la Banque des règlements internationaux (BRI), organisation internationale qui a son siège à Bâle et avec laquelle le Conseil fédéral a conclu un accord de siège (Accord du 10 février 1987 entre le Conseil fédéral suisse et la Banque des règlements internationaux en vue de déterminer le statut juridique de la Banque en Suisse, RS 0.192.122.971.3, ci-après "l'accord de siège").

Par arrêt du 12 juillet 2010 (ATF 136 III 379), le Tribunal fédéral a rejeté un recours en matière civile déposé par les deux sociétés et confirmé la décision de l'autorité cantonale de surveillance d'annuler deux ordonnances de séquestre rendues initialement par le juge civil du canton de Bâle-ville. Le Tribunal fédéral a retenu en substance que les valeurs confiées à la BRI ne pouvaient pas être l'objet de séquestre sans le consentement préalable et exprès de celle-ci en raison de l'immunité dont elle bénéficie (consid. 4.2-4.4). Il a ajouté que la seule possibilité dont disposaient les deux sociétés était de s'adresser aux autorités suisses afin que la Confédération intervienne auprès de la BRI pour que celle-ci consente aux séquestres des avoirs déposés par la République d'Argentine (consid. 4.5.2).

B. Le 11 octobre 2010, NML Capital Ltd. et EM Limited ont demandé au Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) de constater formellement l'existence, en l'espèce, d'un abus des privilèges et de l'immunité de la BRI au sens de l'art. 22 de l'accord de siège. Ils ont soutenu que la République d'Argentine soustrayait ses avoirs à l'exécution forcée des jugements rendus contre elle en les déplaçant vers la BRI afin de profiter ainsi abusivement de l'immunité dont disposait cette banque en Suisse. Ils ont demandé en outre que le DFAE prenne des mesures afin de résoudre cet abus et afin que la BRI donne son accord au séquestre des fonds de la République d'Argentine déposés auprès d'elle. Ils ont demandé enfin que le DFAE mette en place un mécanisme de résolution du différend conforme à l'art. 23 de l'accord de siège et qu'en cas de refus de la BRI de se conformer à ses obligations selon ledit

accord ou de désaccord de la BRI avec le DFAE, celui-ci engage la procédure arbitrale de l'art. 27 de l'accord de siège.

C. Par décision du 24 décembre 2010, le DFAE a refusé de donner suite à ces demandes. Il a retenu que ni le DFAE, ni la BRI n'avaient la compétence de se prononcer sur l'éventuelle illicéité des actes de la République d'Argentine et de la Banque centrale argentine, que l'acceptation de dépôts des banques centrales relevait des fonctions statutaires de la BRI et que celle-ci était tenue au secret de fonction vis-à-vis de la Banque centrale argentine. Le DFAE a retenu par conséquent, qu'aucun élément ne permettait de constater un éventuel abus des immunités conférées à la BRI, que ce soit par celle-ci, ou par la République d'Argentine ou sa banque centrale, que rien ne permettait d'exiger de la BRI qu'elle autorise le séquestre des biens argentins et que rien ne permettait d'exiger de la BRI qu'elle mette en place un système de règlement des différends au sens de l'art. 23 de l'accord de siège. Le DFAE a par ailleurs constaté qu'il n'existait aucune divergence d'interprétation de l'accord de siège entre la BRI et le DFAE et qu'il n'y avait donc pas lieu de mettre en place la procédure de règlement des différends prévue à l'art. 27 de l'accord de siège. Les voies de droit indiquaient que la décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

D. Le 26 janvier 2011, NML Capital Ltd et EM Limited ont déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Les deux sociétés ont demandé que le tribunal constate l'existence d'un abus des privilèges et immunités violant l'accord de siège et transmette la cause au DFAE afin que celui-ci rende une nouvelle décision constatant cette violation de l'accord de siège et intervienne auprès de la BRI pour que celle-ci renonce à son immunité et autorise l'exécution des décisions de justice.

E. Après un échange de vues avec l'Office fédéral de la justice (OFJ) auquel incombe l'instruction des recours au Conseil fédéral (art. 75, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021] et art. 7, al. 8, de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP, RS 172.213.1]), le Tribunal administratif fédéral a, par arrêt du 16 août 2011 (C-719/2011), déclaré le recours irrecevable et a transmis la cause au Conseil fédéral pour raison de compétence. Il a constaté que la requête des recourantes pouvait être interprétée comme une demande de protection diplomatique et qu'en tout état de cause, la requête concernait au premier chef les relations extérieures. Il a constaté en outre que le droit international ne donnait pas un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal et que la voie du recours au Tribunal administratif fédéral devait par conséquent être exclue

en application de l'art. 32, al. 1, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, 173.32).

F. Par arrêt du 22 novembre 2011 (ATF 137 I 371), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable, en vertu de l'art. 83, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le recours déposé par les deux sociétés contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral. Il a constaté que l'opportunité d'une intervention du DFAE auprès de la BRI afin d'amener celle-ci à donner son accord en vue d'exécuter le séquestre des fonds de la République d'Argentine déposés auprès d'elle, était une question qui revêtait un caractère politique marqué et concernait au premier chef les relations extérieures. Il a constaté en outre que le droit international ne donnait pas un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal.

G. Le 10 février 2012, l'OFJ a invité les recourantes à verser une avance de frais de 18 000 francs, jusqu'au 28 février 2012, sous peine d'irrecevabilité du recours. Les recourantes se sont acquittées de l'avance de frais requise dans le délai imparti.

H. Le Département fédéral de justice et police a examiné les conclusions de l'OFJ et a présenté au Conseil fédéral sa proposition sur la suite à donner au recours. Selon l'art. 76, al. 1, PA, le chef du DFAE se récuse pour la décision du Conseil fédéral.

## II.

### 1.

1.1 Aux termes de l'art. 72, let. a, PA, le recours au Conseil fédéral est recevable contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires intéressant les relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal.

Ces conditions de recevabilité se comprennent en relation avec l'art. 83, let. a, LTF et l'art. 32, al. 1, let. a, LTAF qui excluent le recours au Tribunal fédéral, respectivement au Tribunal administratif fédéral, contre les décisions citées à l'art. 72, let. a, PA. Les termes utilisés dans ces trois dispositions sont d'ailleurs identiques. Ces dispositions ont pour but d'exclure un contrôle judiciaire des

décisions concernant la sûreté intérieure et extérieure du pays et les affaires intéressant les relations extérieures, en raison de leur nature politique (MARINO LEBER, in Christoph Auer / Markus Müller / Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich / St. Gall, 2008, n. 5 ad art. 72 PA).

La notion des "autres affaires relevant des relations extérieures" doit en principe recevoir une interprétation restrictive. Elle s'applique aux actes ayant un caractère politique prépondérant, le gouvernement et l'administration ayant un large pouvoir d'appréciation pour défendre les intérêts essentiels du pays tant à l'intérieur que vis-à-vis de l'extérieur (cf. THOMAS HABERLI, in Marcel Alexander Niggli / Peter Uebersax / Hans Wiprächtiger, Bundesgerichtsgesetz, 2008, n. 20ss ad art. 83 LTF; MARINO LEBER, op. cit., n. 7ss ad art. 72 PA; ALAIN WURZBURGER, in Bernard Corboz / Alain Wurzbürger / Pierre Ferrari / Jean-Maurice Frésard / Florence Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, Berne, 2009, n. 23ss ad art. 83 LTF). Le législateur a considéré que, dans ces domaines, le gouvernement doit rester seul responsable des décisions prises puisque les mesures tendant à protéger l'intégrité de l'Etat et à maintenir de bonnes relations avec l'étranger font partie de ses tâches essentielles. En outre, les décisions à prendre dans ce domaine relèvent d'ordinaire d'une question d'appréciation (ATF 132 II 342 consid. 1; ATF 121 II 248 consid. 1a). Il a notamment été admis que l'accueil en Suisse des organisations internationales relève de la politique extérieure de la Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2A.432/1999 consid. 2).

Même si une décision concerne les relations extérieures, le recours au Conseil fédéral est néanmoins irrecevable lorsque le droit international confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal. Pareil droit découle notamment de l'art. 6 § 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) s'il s'agit d'une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil (cf. THOMAS HABERLI, op. cit., n. 18 et 29ss ad art. 83 LTF; MARINO LEBER, op. cit., n. 11 ad art. 72 PA; ALAIN WURZBURGER, op. cit., n. 29 ad art. 83 LTF). Pour être en présence d'un droit ou d'une obligation de caractère civil au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, il faut qu'il existe une "prétention", un "droit" découlant du système légal interne au sens large (cf. JOCHEN FROWEIN / WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3e éd 2009, n. 6 ad art. 6 CEDH). Or un tel droit est nié quand l'autorité agit de manière discrétionnaire. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque l'action des autorités relève de leur entière appréciation ou que celles-ci disposent d'une large marge d'appréciation, l'art. 6 § 1 CEDH n'est pas applicable (arrêt Mendel contre Suède du 7 avril 2009 §44; arrêt Masson et van Zon contre Pays-Bas du 28 septembre 1995, série A vol. 327-A, §51; JOCHEN FROWEIN / WOLFGANG PEUKERT, op. cit., n. 23 ad art. 6 CEDH).

En l'espèce, tant le Tribunal administratif fédéral dans son arrêt du 16 août 2011 (C-719/2011) que le Tribunal fédéral dans son arrêt du 22 novembre 2011 (ATF 137 I 371) ont jugé que la cause concernait au premier chef les relations extérieures et que le droit international ne donnait pas un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal. Ils ont conclu à l'irrecevabilité des recours déposés devant eux en application respectivement des art. 32, al. 1, let. a, LTAF et 83, let. a, LTF.

En effet, la BRI est une organisation internationale (ATF 136 III 379 consid. 4.1 et références citées). A l'art. 1<sup>er</sup> de l'accord de siège, le Conseil fédéral reconnaît la personnalité juridique internationale de la BRI. Les questions relatives à la violation de l'accord de siège conclu entre cette organisation internationale et la Suisse, à la mise en place de certaines dispositions de cet accord et à l'opportunité d'une intervention de la Suisse auprès de cette organisation internationale dans le but que celle-ci donne son accord à un séquestre d'avoirs déposés auprès d'elle, relèvent donc des relations internationales entre la Suisse et cette organisation internationale. Les demandes des recourantes sont par conséquent des questions qui revêtent un caractère politique marqué et concernent au premier chef les relations extérieures (ATF 121 II 248 consid. 1b).

Par ailleurs, la procédure de séquestre porte bien sur des droits de nature civile au sens de l'art. 6 § 1 CEDH. Toutefois, cette procédure de séquestre a déjà été jugée et les recourantes ont eu accès à un tribunal dans le cadre de la procédure relative à la requête de séquestre qui a abouti en dernier lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 juillet 2010 (ATF 136 III 379). Les demandes des recourantes, objets de la présente procédure, ne relèvent quant à elles pas d'un droit de nature civile. Les recourantes ne peuvent en effet faire valoir aucun droit découlant du droit interne qui leur permettrait de requérir formellement une intervention du DFAE auprès de la BRI pour que celle-ci autorise l'exécution du séquestre concerné (ATF 137 I 371 consid. 1.3). L'art. 22 de l'accord de siège permet certes aux autorités suisses d'intervenir auprès de la BRI, mais il laisse cette intervention à leur entière discrétion. Par ailleurs, les demandes portant sur la constatation par le DFAE d'une violation de l'accord de siège, sur la mise en place d'un mécanisme de résolution du différend conforme à l'art. 23 de l'accord de siège et sur la mise en œuvre de la procédure arbitrale de l'art. 27 de l'accord de siège, ne portent pas sur des droits de nature civile (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Eiffage S.A. et autres contre Suisse* du 15 septembre 2009 §2. b).

Partant, les conditions de recevabilité de l'art. 72, let. a, PA sont remplies.

**1.2** Les autres conditions de recevabilité étant remplies, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours.

**2. Les recourantes demandent que soit constaté formellement l'existence, en l'espèce, d'un abus des privilèges et de l'immunité de la BRI au sens de l'art. 22 de l'accord de siège. Elles demandent que le DFAE intervienne auprès de la BRI pour lui demander d'y remédier en donnant son accord au séquestre des fonds de la République d'Argentine déposés auprès d'elle conformément à l'art. 4, al. 4, de l'accord de siège.**

**2.1 L'abus d'immunité consisterait pour la République d'Argentine et sa banque à avoir mis et concentré la totalité de leur réserve internationale en devises auprès de la BRI afin de profiter de l'immunité dont jouit la BRI en vertu de l'accord de siège et d'échapper ainsi à l'exécution forcée des jugements définitifs et exécutoires rendus par un tribunal de New York, en 2003 et 2006, condamnant la République d'Argentine à leur verser les sommes en capital plus intérêts de respectivement USD 284 millions et USD 724 millions.**

**Les recourantes font valoir que la BRI ne peut ignorer le motif de cette concentration des réserves de la République d'Argentine et qu'elle en profite économiquement. Elles estiment que la BRI n'a donc pas respecté ses obligations fixées à l'art. 22 de l'accord de siège de prévenir un abus de son immunité et de permettre ainsi l'administration de la justice dans la mesure où elle refuse de donner son accord au séquestre. Elles invoquent en outre l'art. 31 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (LEH, RS 192.12) qui prévoit que le Conseil fédéral veille au respect des privilèges, des immunités et des facilités qui ont été accordés et prend les mesures nécessaires lorsqu'il en constate un usage abusif.**

**Les recourantes font valoir que l'immunité de la BRI n'est pas absolue étant donné que l'art. 4, al. 4, de l'accord de siège prévoit la possibilité pour la banque de donner son accord à une mesure d'exécution, que la contrepartie de l'immunité accordée à la banque est l'obligation de veiller à ce qu'il n'en résulte aucun abus et que l'immunité de la BRI est fonctionnelle. Cette immunité couvrirait la fonction, l'objet et les activités pour lesquels elle est accordée. Invoquer l'immunité pour des faits se situant hors de son champ d'application fonctionnel constituerait dès lors un abus de droit. Elles soutiennent que s'il est dans les attributions de la BRI de recevoir les dépôts de ses banques centrales clientes, il faut prendre en compte l'ampleur des dépôts et les motifs pour lesquels la République d'Argentine concentre la totalité de ses réserves à la BRI. Les circonstances de cette affaire étant exceptionnelles, il n'y a pas lieu de craindre qu'une constatation de l'abus porte atteinte aux affaires de la BRI de manière générale ni au principe de la protection dont jouissent dans des circonstances ordinaires les transactions entre les banques centrales et la BRI.**

**De plus, elles soutiennent que la fonction et les effets de l'immunité accordée par la Suisse à la BRI ne peuvent être de couvrir un acte illicite international ou**

de servir un objectif illicite. Or le fait pour un Etat de ne pas respecter ses engagements contractuels et de se soustraire à l'exécution de jugements exécutoires, de protéger la quasi-totalité de ses réserves extérieures en devises derrière une immunité dont ce n'est ni l'objet ni la fonction, serait un acte illicite international.

Elles soutiennent enfin qu'il n'est ni nécessaire, ni exigible qu'un juge ait au préalable établi un acte illicite à la charge de la République d'Argentine et de sa banque. La constatation de l'abus d'immunité et sa résolution seraient du ressort des parties à l'accord, à savoir la BRI et les autorités suisses. Elles expliquent que le DFAE est compétent à cet effet en vertu de l'art. 26 de l'accord de siège.

**2.2** La BRI est une organisation internationale dont le statut en Suisse est réglé par l'accord de siège. A l'art. 1<sup>er</sup> de l'accord de siège, le Conseil fédéral lui reconnaît la personnalité juridique internationale et la capacité juridique en Suisse. En vertu de l'art. 2, al. 1, de l'accord de siège, le Conseil fédéral garantit à la BRI l'indépendance et la liberté d'action qui lui appartiennent en sa qualité d'organisation internationale. Celle-ci bénéficie en outre de l'immunité de juridiction et d'exécution en vertu de l'art. 4 de l'accord de siège : "La banque bénéficie de l'immunité de juridiction" (art. 4, al. 1) et "Les dépôts confiés à la banque, de même que toute créance sur la Banque (...) ne pourront faire l'objet (...) d'aucune mesure d'exécution (notamment de saisie, séquestre, blocage ou d'autres mesures d'exécution forcée ou de sûreté et, en particulier, de séquestre au sens du droit suisse)" (art. 4, al. 4). Dans le même sens, des droits à l'immunité avaient déjà été prévus à l'art. 10 de la Charte constitutive de la Banque des règlements internationaux du 20 janvier 1930 (RS 0.192.122.971), à l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole du 30 juillet 1936 sur les immunités de la Banque (RS 0.192.122.971.1) et à l'art. 55 des Statuts de celle-ci du 20 janvier 1930, dans sa version du 27 juin 2005.

La raison d'être de ces immunités est la nécessité de préserver l'indépendance fonctionnelle des organisations internationales (CHRISTIAN DOMINICE, L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984, p. 161; STEPHANIE TAUCHMANN, Die Immunität internationaler Organisationen gegenüber Zwangsvollstreckungsmassnahmen, 2005, Baden-Baden, p. 52; ATF 136 III 379 consid. 4.5.2). Selon l'opinion dominante, cette immunité est accordée aux organisations internationales pour l'ensemble de leurs actes. Elle est absolue (cf. STEPHANIE TAUCHMANN, op. cit, p. 44; ATF 136 III 379 consid. 4.3.1).

En vertu de l'art. 22 de l'accord de siège, les autorités suisses et la BRI coopèrent en tout temps afin d'empêcher qu'un abus d'immunité soit commis. L'abus d'immunité consiste à accomplir un acte qui va plus loin que le but pour



lequel cette immunité a été accordée (cf. PHILIPPE CAHIER, Etude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident, Milan, 1959, p. 383).

En effet, malgré le caractère absolu et complet de l'immunité d'exécution, la jurisprudence attend toutefois de l'interprétation des accords de siège certaines restrictions qui trouvent leur justification dans l'obligation de coopération et dans le caractère fonctionnel des privilèges et immunités, dans le but d'éviter qu'un abus d'immunité soit commis (DOMINIQUE FAVRE, L'immunité d'exécution des Etats et des organisations internationales : la pratique suisse, in Isabelle Pingel, Droit des Immunités et exigences du procès équitable, 2004, Paris, p. 130; arrêts du Tribunal fédéral 5P.464/1994 du 22 juin 1995, reproduit partiellement in RSDIE 1996 p. 597 et 5P.156/2003 du 7 juillet 2003; ATF 136 III 379 consid. 4.3.1).

En l'espèce, la question de l'immunité de la BRI a déjà été tranchée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 12 juillet 2010. L'acceptation par la BRI de dépôts effectués par les banques centrales correspond en effet au but même de la banque (ATF 136 III 379 consid. 4.3.1). Selon l'art. 3 de ses statuts, la BRI a pour objet de favoriser la coopération des banques centrales et de fournir des facilités additionnelles pour les opérations financières internationales, d'agir comme mandataire (trustee) ou comme agent en ce qui concerne les règlements financiers internationaux qui lui sont confiés en vertu d'accords passés avec les parties intéressées. En vertu de l'art. 21, let. j, de ses statuts, la BRI peut recevoir les dépôts effectués par les banques centrales en comptes courants ou en comptes à terme. Conformément à l'art. 4 de l'accord de siège, ces dépôts des banques centrales ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution et la BRI, en tant que tierce détentrice, ne peut subir de mesures d'exécution (ATF 136 III 379 consid. 4.2.2). Le Tribunal fédéral estime que la BRI serait atteinte dans son essence si les avoirs des banques centrales pouvaient être séquestrés (ATF 136 III 379 consid. 4.3.3). Il conclut que les valeurs et créances argentines confiées à la BRI ne constituent donc pas des objets pouvant faire l'objet d'exécution forcée (ATF 136 III 379 consid. 4.7). Par ailleurs, si l'art. 4, al. 4, de l'accord de siège prévoit que les séquestres sont admissibles avec l'accord exprès préalable de la BRI, celle-ci n'a à aucun moment consenti au séquestre des valeurs argentines qui lui avaient été confiées (ATF 136 III 379 consid. 4.2.1). La banque a en effet fait valoir que la renonciation à l'immunité protégeant les avoirs des banques centrales, déposés conformément à sa mission statutaire, porterait atteinte à sa mission de banque des banques centrales (cf. lettre de la BRI au mandataire des recourantes du 2 juillet 2010).

Il appartient certes aux autorités suisses, en vertu de l'art. 31 LEH, de prendre les mesures nécessaires lorsqu'il constate un usage abusif d'une immunité et, en vertu de l'art. 22 de l'accord de siège, il appartient aux autorités suisses et à la BRI de décider de concert s'il y a nécessité ou pas d'empêcher un abus (ATF

136 III 379 consid. 4.4.3). Toutefois, en l'espèce, rien ne permet de penser que l'immunité aurait été utilisée à des fins étrangères à sa raison d'être. En d'autres termes, les autorités suisses ne disposent d'aucun élément suffisant permettant de penser que la BRI n'aurait pas agi conformément à ses exigences statutaires en acceptant les placements de la République d'Argentine. Dès lors, faute d'éléments suffisants dans ce sens, il n'appartient pas aux autorités suisses d'examiner si la politique de placements de la Banque centrale argentine auprès de la BRI est conforme ou pas aux exigences statutaires de celle-ci.

Par ailleurs, en l'absence de décision judiciaire contraignante ou de résolution reconnue par la Suisse prise par une organisation internationale, les autorités suisses ne sont pas habilitées à juger la conduite du gouvernement argentin. Elles ne sont en particulier pas habilitées à se prononcer sur la politique de placements auprès de la BRI menée par la République d'Argentine ou la Banque centrale argentine.

Il existe en outre un consensus au niveau international sur l'immunité des biens des banques centrales à l'égard des mesures de contrainte. Le 2 décembre 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies a en effet adopté une Convention universelle sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUJIE, FF 2009 1481). La Suisse l'a ratifiée le 16 avril 2010 (arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la CNUJIE du 11 décembre 2009). L'art. 19 de cette convention prévoit qu'aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté, notamment, si les biens visés sont d'usage commercial. L'art. 21 de la convention précise que les biens de la banque centrale d'un Etat ne sont pas considérés comme des biens d'usage commercial. Ils bénéficient par conséquent d'une protection particulière. Ces dispositions correspondent à l'immunité d'exécution accordée aux dépôts auprès de la BRI, dépôts qui sont précisément des placements des banques centrales étrangères (message du 25 février 2009 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la CNUJIE, FF 2009 1468 s).

Par conséquent, les autorités suisses ne disposent d'aucun élément suffisant leur permettant de constater qu'un abus des immunités conférées à la BRI aurait été commis, que ce soit par cette dernière, par la République d'Argentine ou par la banque centrale argentine. A cela s'ajoute que les autorités suisses disposent, en vertu de l'art. 22 de l'accord de siège, d'une marge d'appréciation en ce qui concerne les abus d'immunité, pour intervenir auprès de la BRI.

3. Les recourantes demandent que le DFAE intervienne auprès de la BRI afin qu'un mécanisme de résolution du différend conforme à l'art. 23 de l'accord de siège soit mis en place. Elles font valoir en effet que la BRI n'a pas non plus

respecté son obligation de l'art. 23 de l'accord de siège de mettre à disposition un mécanisme de résolution du différend de droit privé que constitue la question de savoir si le refus de la BRI de consentir au séquestre est justifié ou non.

L'art. 23, let. a, de l'accord de siège prévoit que la BRI prend des dispositions appropriées en vue du règlement satisfaisant de différends résultant de contrats auxquels la BRI serait partie et d'autres différends portant sur un point de droit privé, dans la mesure où la banque bénéficie de l'immunité de juridiction. En effet, l'immunité leur garantissant d'échapper à la juridiction des tribunaux étatiques, les organisations internationales au bénéfice d'un tel privilège s'engagent envers l'Etat hôte, généralement dans l'accord de siège, à prévoir un mode de règlement des litiges pouvant survenir à l'occasion de contrats conclus avec des personnes privées. Cette obligation de prévoir une procédure de règlement avec les tiers constitue la contrepartie à l'immunité octroyée (ATF 118 Ib 562 consid. 1b). En l'espèce, il n'y a pas de différend résultant d'un contrat auquel la banque serait partie étant donné qu'il n'existe aucun lien contractuel entre la BRI et les recourantes. Il n'existe pas non plus de différend d'ordre privé entre la BRI et les recourantes. Le différend d'ordre privé se situe en effet entre la République d'Argentine et les recourantes. Rien ne permet donc d'exiger de la BRI qu'elle mette en place un système de règlement des différends portant sur un point de droit privé au sens de l'art. 23 de l'accord de siège.

4. Les recourantes demandent à ce qu'en cas de refus de la BRI de se conformer à ces obligations selon l'accord de siège ou de désaccord entre la BRI et les autorités suisses, celles-ci engagent la procédure arbitrale de l'art. 27 de l'accord de siège. Cette disposition prévoit que toute divergence de vues concernant l'application ou l'interprétation de l'accord de siège, qui n'a pu être réglée par des pourparlers directs entre les parties, peut être soumise, par l'une ou l'autre partie, au Tribunal arbitral prévu par l'Accord de La Haye du 20 janvier 1930 et visé au par. 11 de la Charte constitutive de la BRI. En l'espèce, il n'existe aucune divergence de vues entre la BRI et les autorités suisses concernant l'application ou l'interprétation de l'accord de siège. Il n'y a donc pas lieu de mettre en place la procédure prévue à l'art. 27 dudit accord.

5. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté.

6. Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63, al. 1, PA). En l'espèce, vu l'issue de la procédure, les recourantes supportent les frais de la procédure. En vertu des art. 63, al. 1, et 4<sup>bis</sup>, let. b, PA et 2, al. 2, de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS, 172. 041.0) et au vu des montants des créances en cause

(USD 284 millions et USD 724 millions), les frais de procédure sont fixés à 30 000 francs. Ce montant est en partie compensé par l'avance de frais de 18 000 francs dont les recourantes se sont acquittées.

arrête:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de procédure, à hauteur de 30 000 francs, sont mis à la charge des recourantes. Ils sont compensés en partie par l'avance de frais de 18 000 francs versée par les recourantes. Les 12 000 francs dus après cette déduction seront perçus par la Chancellerie fédérale.

3003 Berne, 17 octobre 2012


PAR ORDRE DU CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE

La chancelière de la Confédération



Corina Casanova

Communication à:

- Département fédéral des affaires étrangères, Services des recours, 3003 Berne
- Direction du Droit international public, 3003 Berne
- 

361-001/2012/1, DRK