

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT
Thurgood Marshall U.S. Courthouse 40 Foley Square, New York, NY 10007 Telephone: 212-857-8500

MOTION INFORMATION STATEMENT

Docket Number(s): 15-455

Caption [use short title]

Motion for: Leave to File Brief of International Law Scholars and
Practitioners as Amici Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants
Georges v. United Nations

Set forth below precise, complete statement of relief sought:

Certain international law scholars and practitioners seek leave to file an
amicus curiae brief in support of Plaintiffs-Appellants.

MOVING PARTY: Amicus Curiae

☐ Plaintiff

☐ Defendant

☐ Appellant/Petitioner

☐ Appellee/Respondent

OPPOSING PARTY: _____

MOVING ATTORNEY: Muneer I. Ahmad

OPPOSING ATTORNEY: _____

[name of attorney, with firm, address, phone number and e-mail]

Jerome N. Frank Legal Services Organization, Yale Law School

P.O. Box 209090, New Haven, CT 06520-9090

Tel. (203) 432-4800; muneer.ahmad@yale.edu

Court-Judge/Agency appealed from: U.S. District Court for the Southern District of New York

Please check appropriate boxes:

Has movant notified opposing counsel (required by Local Rule 27.1):

☐ Yes

☒ No (explain): Counsel for Plaintiffs-Appellants have been
notified and consent; Defendants-Appellees have not appeared.

Opposing counsel's position on motion:

☐ Unopposed

☐ Opposed

☒ Don't Know

Does opposing counsel intend to file a response:

☐ Yes

☐ No

☒ Don't Know

FOR EMERGENCY MOTIONS, MOTIONS FOR STAYS AND
INJUNCTIONS PENDING APPEAL:

Has request for relief been made below?

☐ Yes

☐ No

Has this relief been previously sought in this Court?

☐ Yes

☐ No

Requested return date and explanation of emergency: _____

Is oral argument on motion requested?

☒ Yes

☐ No

(requests for oral argument will not necessarily be granted)

Has argument date of appeal been set?

☐ Yes

☐ No

If yes, enter date: _____

Signature of Moving Attorney: Muneer I. Ahmad

Date: 6/3/2015

Service by: ☒ CM/ECF

☐ Other [Attach proof of service]

15-455

In the
United States Court of Appeals
for the
Second Circuit

DELAMA GEORGES, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF THE ESTATE OF DESILUS GEORGES AND ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, ALIUS JOSEPH, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF THE ESTATE OF MARIE-CLAUDE LEFEUVE AND ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, LISETTE PAUL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF THE ESTATE OF FRITZNEL PAUL AND ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, FELICIA PAULE, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, JEAN RONY SILFORT, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED,
Plaintiffs-Appellants,

v.

UNITED NATIONS, UNITED NATIONS STABILIZATION MISSION IN HAITI, EDMOND MULET, FORMER UNDER-SECRETARY-GENERAL OF THE UNITED NATIONS STABILIZATION MISSION IN HAITI, BAN KI-MOON, SECRETARY-GENERAL OF THE UNITED NATIONS,
Defendants-Appellees.

ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

**MOTION OF INTERNATIONAL LAW SCHOLARS AND
PRACTITIONERS FOR LEAVE TO FILE A BRIEF AS *AMICI
CURIAE* IN SUPPORT OF PLAINTIFFS-APPELLANTS**

Muneer I. Ahmad
Jerome N. Frank Legal Services Organization
Yale Law School
P.O. Box 209090
New Haven, CT 06520
(203) 432-4716
Counsel for Amici Curiae

Pursuant to Rule 29(b) of the Federal Rules of Appellate Procedure, certain international law scholars and practitioners respectfully move this Court for leave to file the accompanying BRIEF OF INTERNATIONAL LAW SCHOLARS AND PRACTITIONERS AS *AMICI CURIAE* IN SUPPORT OF PLAINTIFFS-APPELLANTS (“Brief”) in the above-captioned matter. A full list of amici is set forth in the Brief, pp. 17-19. In support of this motion, *amici* state as follows:

INTERESTS OF *AMICI CURIAE*

Prospective *amici curiae* are professors and scholars of international law, including those who have researched, published and taught on the law of international organizations. Several *amici* also work frequently with international organizations. Together, *amici* possess expertise on the nature and scope of international organizational immunity, the drafting history of the Convention on Privileges and Immunities of the United Nations, Feb. 13, 1946, 21 U.S.T. 1418, 1 U.N.T.S. 16 (“General Convention”), the Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of Haiti, U.N.-Haiti, July 9, 2004, and the history of third-party claims settlement practice of Defendant-Appellee, the United Nations (“UN”). *Amici* are, therefore, interested in ensuring a proper interpretation of international law as it applies in this case.

**THE PROPOSED *AMICI CURIAE* BRIEF IS DESIRABLE AND THE
MATTERS ASSERTED THEREIN ARE RELEVANT TO THE
DISPOSITION OF THE CASE**

The pending case involves questions of how international law applies to international organizations, in particular the UN. Specifically, it involves questions of the relationship between the UN's obligation to provide modes of settlement of third-party claims and the UN's entitlement to immunity under the General Convention. As scholars and practitioners of international law, *amici* possess deep knowledge of the relevant issues and wish to ensure the sound interpretation and application of international law in this case. *Amici* seek to provide the Court with a discussion and analysis of the legal framework governing private law claims against the UN, and specifically wish to draw the attention of this Court to the UN's obligation to provide a mode of settlement for such claims.

Counsel for the Plaintiffs-Appellants consent to the filing of the Brief. Because Defendants-Appellees have not entered an appearance in this case, their consent to the filing of the Brief has not been obtained. Accordingly, this motion is necessary. No party will be prejudiced if *amici* are permitted to file their Brief. Should Defendants-Appellees desire to respond to anything in the Brief, they have the opportunity to do so.

CONCLUSION

Amici curiae are well-positioned to offer advice to this Court on international law governing international organizations, specifically the UN, and believe that their expertise will be of assistance to this Court in resolving the issues raised by this case. In view of the foregoing, *amici* respectfully request that the Court grant this motion for leave to file the accompanying *amici curiae* brief in the above-captioned matter.

DATED: June 3, 2015

Respectfully submitted,

/s/: Muneer I. Ahmad

Muneer I. Ahmad

Jerome N. Frank Legal Services
Organization

Yale Law School*

P.O. Box 209090

New Haven, CT 06520-9090

(203) 432-4716

*Attorney for International Law
Scholars and Practitioners
as Amici Curiae*

* For identification purposes only. This motion does not purport to present the institutional views, if any, of Yale Law School.

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that on the 3rd day of June, 2015, a true and correct copy of the foregoing document was served via mail, on the following:

United Nations
1 United Nations Plaza
New York, NY 10017
MINUSTAH headquarters
Log Base
Boulevard Toussaint Louverture and Clercine 18
Port-au-Prince, Haiti

Ban Ki-Moon
3 Sutton Place
New York, NY 10022

Edmond Mulet
429 East 52nd Street
Apartment 36A-E
New York, NY 10022

Copies of the same have also been sent via electronic mail to the following:

Ellen Blain, Esq.
Assistant United States Attorney
ellen.blain@usdoj.gov
Nicholas Cartier, Esq.
United States Department of Justice
nicolas.cartier@usdoj.gov

Respectfully submitted,
/s/: Muneer Ahmad

15-455

In the
United States Court of Appeals
for the
Second Circuit

DELAMA GEORGES, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF THE ESTATE OF DESILUS GEORGES AND ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, ALIUS JOSEPH, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF THE ESTATE OF MARIE-CLAUDE LEFEUVE AND ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, LISETTE PAUL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF THE ESTATE OF FRITZNEL PAUL AND ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, FELICIA PAULE, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, JEAN RONY SILFORT, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED,

Plaintiffs-Appellants,

v.

UNITED NATIONS, UNITED NATIONS STABILIZATION MISSION IN HAITI, EDMOND MULET, FORMER UNDER-SECRETARY-GENERAL OF THE UNITED NATIONS STABILIZATION MISSION IN HAITI, BAN KI-MOON, SECRETARY-GENERAL OF THE UNITED NATIONS,

Defendants-Appellees.

ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

**BRIEF OF INTERNATIONAL LAW SCHOLARS AND
PRACTITIONERS AS *AMICI CURIAE* IN SUPPORT OF
PLAINTIFFS-APPELLANTS AND SUPPORTING REVERSAL**

Muneer I. Ahmad
Jerome N. Frank Legal Services Organization
Yale Law School
P.O. Box 209090
New Haven, CT 06520
(203) 432-4716
Counsel for Amici Curiae

CORPORATE DISCLOSURE STATEMENT

Pursuant to Fed. R. App. P. 26.1, the *Amici* make the following disclosure:

1. Is the party a publicly held corporation or other publicly held entity?

NO.

2. Is the party a parent, subsidiary, or affiliate of, or a trade association representing, a publicly held corporation, or other publicly held entity?

NO.

3. Is there any other publicly held corporation, or other publicly held entity, that has a direct financial interest in the outcome of the litigation?

NO.

TABLE OF CONTENTS

	<u>PAGE</u>
TABLE OF AUTHORITIES	iv
<i>AMICI CURIAE</i> INTEREST IN THIS CASE.....	1
ARGUMENT	1
The United Nations Has an Obligation to Respond to Claims of a Private Law Nature.....	2
The UN Has Voluntarily Assumed Treaty Obligations to Respond to Private Law Claims for Harm Caused by Defendants in the Course of Peacekeeping Operations in Haiti	7
The Plaintiffs’ Claims are Private Law in Nature and Do Not Invoke “Operational Necessity”	11
CONCLUSION	15
CERTIFICATE OF COMPLIANCE	17
LIST OF AMICI	18
CERTIFICATE OF SERVICE	20

TABLE OF AUTHORITIES

CASES:

<i>Beer and Regan v. Germany</i> , App. No. 28934/95, Eur. Ct. H.R. (1999)	5, 6
<i>Brzak v. United Nations</i> , 597 F.3d 107 (2d. Cir. 2010).....	6
<i>Mendaro v. World Bank</i> , 717 F.2d 610, 617 (D.C. Cir, 1983)	6
<i>Mothers of Srebrenica Ass’n v. Netherlands</i> , Case 10/04437, Supreme Court of the Netherlands (2012).....	12
Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Op., 1949 I.C.J. 174, 179 (April 11).....	5
<i>SA Energies Nouvelles et Environnement v. Agence Spatiale Européenne</i> , Cour d’Apel [Court of Appeals], No. 6216, 171, Dec. 1, 2005, JT (Belg.)	6
<i>Waite and Kennedy v. Germany</i> , App. No. 26083/94, Eur. Ct. H.R. (1999) .	5, 6

STATUTES & TREATIES

Agreement Between the United Nations and the Government of Haiti Concerning the Status of the United Nations Operations In Haiti, U.N.-Haiti, July 9, 2004.....	<i>Passim</i>
Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 14, Dec. 10, 1984, S. Treaty Doc. No. 100-20, 1465 U.N.T.S. 85,	5
Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, adopted Feb. 13, 1946, 21 U.S.T. 1418, 1 U.N.T.S. 16.	<i>Passim</i>
Convention on the Rights of the Child, art. 39, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3	5
International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Mar. 7, 1966, 660 U.N.T.S. 195	5
International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, S. Exec. Doc. E, 95-2, 999 U.N.T.S. 171	5

OTHER AUTHORITIES

- August Reinisch, *Convention on Privileges and Immunities of the United Nations, Convention on Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*, United Nations Audiovisual Library of International Law (2009)..... 4
- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147, ¶15 (Mar. 21, 2006)..... 5
- Bruce Rashkow, *Remedies for Harms Caused by UN Peacekeepers*, Am. J. Int'l Law Unbound, <http://www.asil.org/blogs/remedies-harm-caused-un-peacekeepers> (Apr. 2, 2014)..... 13
- Documents of the United Nations Conference on International Organizations, San Francisco 1945*, vol. XIII, p. 780..... 3, 4
- Ernest Weinrib, *The Idea Of Private Law* 8 (2012)..... 12
- Frédéric Mégret, *La responsabilité des Nations Unies aux temps du cholera*, 47:1 Belg. R. Int'l L. 161 (2013)..... 4, 13
- Interoffice Memorandum from the Office of Legal Affairs to the Controller, Assistant Secretary-General, Office of Programme Planning, Budgets and Accounts, 2009 U.N. Jurid. Y.B. 428-30 11
- Kirsten Schmalenbach, *Third Party Liability of International Organizations: A Study on Claim Settlement in the Course of Military Operations and International Administrations*, 10 Y.B. Int'l Peace Operations 33-51 (2006) 11
- Letter from the Secretary-General to the Permanent Representative of the Union of Soviet Socialist Republics, 1965 U.N. Jurid. Y.B. 41, U.N. Doc. S/6597 (Aug. 6, 1965) 10
- Matthew Russell Lee, *UN Admits No Mission Has a Claims Commission-Like in Haiti Cholera, No Remedy*, Inner City Press (Nov. 26, 2013), <http://www.innercitypress.com/dpko1noremedy112613.html> 9
- Moshe Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles* 69-70 (1995)..... 11

Memorandum from the Office of Legal Affairs to the Controller on the Payment of Settlement of Claims, 2001 U.N. Jurid. Y.B. 381...	10, 13
Randy E. Barnett, <i>Four Senses of the Public-Private Law Distinction</i> , 9 Harv. J. Law & Pub. Pol’y 267, 269-70 (1986)	12
S.C. Res. 1892 ¶¶ 8, 10, 18, 21 (Oct. 13, 2009)	14
<i>Temporal and Financial Limitations</i> , G.A. Res. 52/247, U.N. Doc. A/RES/52/247 (Jul. 17, 1998).....	9
Transnational Development Clinic, Yale Law School <i>et al.</i> , <i>Peacekeeping Without Accountability: The United Nations’ Responsibility For The Haitian Cholera Epidemic</i> (2013)	8, 12
U.N. Charter art. 105.....	3
U.N. Secretary-General, <i>Report of the Secretary-General, Administrative and Budgetary Aspects of Financing of United Nations Peacekeeping Operations</i> , ¶ 6, U.N. Doc. A/51/389 (Sept. 20, 1996).....	<i>Passim</i>
U.N. Secretary-General, <i>Report of the Secretary General on the Procedures in Place for Implementation of Article VIII, Section 29, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations</i> , ¶ 15, U.N. Doc. A/C.5/49/65 (Apr. 24, 1995).....	14
U.N. Secretary-General, <i>Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in All Their Aspects: Model Status-of-Forces Agreement for Peacekeeping Operations</i> , U.N. Doc. A/45/594 (Oct. 9, 1990)	7
Universal Declaration of Human Rights, art. 25, G.A. Res. 217, U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948)	5

INTEREST OF AMICI CURIAE

*Amici curiae*¹ are professors and scholars of international law, including those who have researched, published and taught on the law of international organizations.² Several *amici* also work frequently with international organizations. *Amici* possess expertise on the nature and scope of international organizational immunity, the drafting history of the Convention on Privileges and Immunities of the United Nations, the Status of Forces Agreement between the United Nations and the government Haiti, and the history of third party claims settlement practice of the United Nations. *Amici* are therefore interested in ensuring a proper interpretation of international law as it applies in this case.

Therefore, amici respectfully seek to leave to file an *amicus curiae* brief pursuant to Fed. R. App. P. 29 and Local Rule 29.1, in support of Plaintiffs-Appellants' Principal Appellate Brief and in support of reversal of the District Court's decision to dismiss their case. The proposed brief is submitted herewith.

¹ The Plaintiff-Appellants have consented to the participation of *amici* in this case. Because the Defendants-Appellees have not appeared in this case, their consent could not be requested pursuant to Fed. R. App. P. 29 and Local Rule 29.1, *Amici Curiae* represent that no party or party's counsel authored this Brief in whole or in part. No party or party's counsel contributed money that funded the preparation or submission of this Brief. No person other than *Amici* and their counsel contributed money that funded the preparation and submission of this Brief.

² A complete list of *amici* is set forth in an addendum to this brief.

ARGUMENT

I. The United Nations Has an Obligation to Respond to Claims of a Private Law Nature.

The United Nations (“UN”) Charter, the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (“General Convention”), and decades of organizational statements and institutional practice confirm that the UN is obliged to provide a means of redress for claims such as those of Plaintiffs. While the UN enjoys immunity, such immunity is conditioned upon the organization making appropriate means of settlement available for matters “of a private law character,” such as Plaintiffs’ claims of tortious liability.

The General Convention pairs a grant of organizational immunity to the UN with the imposition of a duty on the organization to provide an appropriate mode of settlement for harm caused by its actions or the actions of its agents. Section 2 of the General Convention provides that “[t]he United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity.” Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, adopted Feb. 13, 1946, 21 U.S.T. 1418, 1 U.N.T.S. 16. At the same time, Article VIII, Section 29 of the General Convention reads, under the heading ‘Settlement of Disputes,’ as follows: “The United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of:

(a) Disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character

to which the United Nations is a party; (b) Disputes involving any official of the United Nations who by reason of his official position enjoys immunity, if immunity has not been waived by the Secretary-General.” General Convention, art. VIII, § 29.³

The General Convention’s explicit acknowledgment of organizational responsibility reflects a regime of limited immunity first articulated in the UN Charter. Article 105 of the Charter provides, “The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members *such* privileges and immunities *as are necessary* for the fulfilment of its purposes.” U.N. Charter, art. 105 (emphasis added). The plain language of the Charter thus makes clear that the organization’s immunity was intended to be balanced against competing interests.

Consistent with the Charter, and as evidenced by the preamble to the General Convention, the principal goal in providing a measure of immunity for the UN has been to guard against the possibility that its member states would use litigation as a tool to interfere with UN operations and compromise the organization’s independence. General Convention, Pmbl. (“Members of the United Nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such

³ When necessary to preserve the broad mandates of justice, the Secretary-General has an obligation to waive an individual officials’ immunity; the General Convention states that “[t]he Secretary-General shall have the right *and duty* to waive the immunity of any official in any case where, in his opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to the interests of the United Nations.” General Convention, art. V, § 20 (emphasis added).

privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connection with the Organization.”). The Rapporteur for the Committee drafting the General Convention stated, in explaining the meaning of “privileges and immunities” in the document, that “(n)o member state may hinder in any way the working of the Organization or take any measures the effect of which might be to increase its burdens, financial or other.” *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco 1945*, vol. XIII, p. 780.

As the adoption of the Section 29 private law language demonstrates, that concern for protecting the UN’s effective and independent operations from state interference does not arise when individuals are pursuing claims against the UN under well-settled doctrines such as negligence or wrongful death. See Frédéric Mégret, *La responsabilité des Nations Unies aux temps du choléra*, 47:1 Belg. R. Int’l L. 161 (2013). This preservation of the viability of private law claims reflects a balance between the need to guard UN operational independence and the long-established respect for the right to a remedy for harms caused. In that respect, Article VIII, Section 29 constitutes an acknowledgment of the right of an injured or aggrieved person to access a process by which she can seek remedy. See August Reinisch, *Convention on Privileges and Immunities of the United Nations, Convention on Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*, United Nations Audiovisual Library of International Law (2009), <http://legal.un.org/avl/ha/cpiun-cpisa/cpiun-cpisa.html> (“The General

Convention's obligation to provide for alternative dispute settlement in case of the Organization's immunity from legal process can be regarded as an acknowledgment of the right of access to court as contained in all major human rights instruments."').⁴ Since the adoption of the General Convention, the right to a remedy has been affirmed multiple times in foundational human rights instruments.⁵

⁴ The obligation to provide a remedy for harm, as assigned to the UN by Section 29 of the General Convention, provides specific context for the position that the UN possesses a legal personality that carries with it both rights and duties. ("The United Nations shall possess juridical personality." Art 1, §1.) The legal personality of the UN, and the duties that accompany that status, is a concept that has been reaffirmed many times since, including by the International Court of Justice (Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Op., 1949 I.C.J. 174, 179 (April 11) and the UN Secretary-General (U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General, Administrative and Budgetary Aspects of Financing of United Nations Peacekeeping Operations*, ¶ 6, U.N. Doc. A/51/389 (Sept. 20, 1996) ("Secretary-General 1996 Report").

⁵ The Universal Declaration of Human Rights, for example, states that "(e)veryone has a right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted to him by the constitution or by law." Universal Declaration of Human Rights, art. 25, G.A. Res. 217, U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948). *See also* International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, S. Exec. Doc. E, 95-2, 999 U.N.T.S. 171; Convention on the Rights of the Child, art. 39, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 14, Dec. 10, 1984, S. Treaty Doc. No. 100-20, 1465 U.N.T.S. 85; and International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Mar. 7, 1966, 660 U.N.T.S. 195. The UN General Assembly in 2006 adopted specific recommendations on protecting the right to a remedy for human rights violations, and in so doing stated that it "reaffirms the international principles of accountability, justice and the rule of law." Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 ¶15 (Mar. 21, 2006).

Consistent with the recognition of access to remedy as a fundamental right, the lack of an alternative and effective remedy for private law claims has been cited as grounds for courts to decline to recognize international organizations' immunity from suit. See *Beer and Regan v. Germany*, App. No. 28934/95, Eur. Ct. H.R. (1999); *Waite and Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, Eur. Ct. H.R. (1999); and *SA Energies Nouvelles et Environnement v. Agence Spatiale Européenne*, Cour d'Apel [Court of Appeals], No. 6216, 171, Dec. 1, 2005, JT (Belg.). For example, the European Court of Human Rights in *Waite and Kennedy* stated, "(a) material factor in determining whether granting [...] immunity from [...] jurisdiction is permissible is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.)" *Waite and Kennedy* at ¶68.

These decisions on the boundaries of immunity did not directly address the question of the UN's protections and obligations. However, they may be helpful to this Court's review because they invoke a key distinction between the Plaintiffs' claims here and *Brzak v. United Nations*, 597 F.3d 106 (2d Cir. 2010), the preceding Second Circuit claim against the UN, which was relied upon by the District Court to find that the UN had immunity in this case. The *Brzak* plaintiffs were provided with an alternative process for asserting their claims against the UN before they pursued litigation in U.S. courts. See also *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, 617 (D.C. Cir. 1983) (affirming the

immunity of the World Bank, while noting that an alternative process was made available to plaintiffs). As noted in the Plaintiffs' Complaint, and not disputed by the United States in its Statement of Interest, no such alternative process has ever been provided for Plaintiffs in this case. Pls.' App. A-18 .

II. The UN Has Voluntarily Assumed Treaty Obligations to Respond to Private Law Claims for Harm Caused by Defendants in the Course of Peacekeeping Operations in Haiti.

The UN's obligation to respond to private law claims pursuant to the General Convention is persuasively reinforced by the UN's own agreements, statements, and actions, in Haiti and beyond. In Haiti, the Status of Forces Agreement ("SOFA") between the UN and the Government of Haiti is the manifestation of the UN's General Convention-imposed obligation to provide a remedy for private law claims. *See Agreement Between the United Nations and the Government of Haiti Concerning the Status of the United Nations Operations In Haiti*, U.N.-Haiti, ¶ 1(f) July 9, 2004 ("UN-Haiti SOFA"). The Haiti agreement and other SOFAs entered into by the UN and host countries derive from a model agreement established pursuant to a 1989 request from the UN General Assembly. U.N. Secretary-General, *Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in All Their Aspects: Model Status-of-Forces Agreement for Peacekeeping Operations*, U.N. Doc. A/45/594 (Oct. 9, 1990). That model agreement echoes the language of the General Convention's Article 29 mandate to the UN to provide a remedy for claims of a private law nature. *Id.* at ¶51 ("The United Nations shall make provisions for

appropriate modes of settlement of: (a) Disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party”).

The UN’s obligation to provide a mode of settlement for private law claims is reflected in the UN-Haiti SOFA in agreed-upon terms both general in nature (the UN and its representatives “shall respect all local laws and regulations” of Haiti, per Article IV, ¶5) and quite specific. At Article VIII, ¶¶54-55 of the UN-Haiti SOFA, the agreement calls for third-party claims for “personal injury, illness or death arising from or directly attributed to MINUSTAH” to be submitted to and resolved by a standing claims commission. The inclusion of the claims commission procedure in the UN-Haiti SOFA reflects the UN’s understanding of its obligations under the General Convention, and is probative of the scope of its immunity. The UN Secretary-General has candidly acknowledged that the standing claims commission SOFA provisions are necessary for compliance with the organization’s overall mandates: “Based on the principle that justice should not only be done but also seen to be done, a procedure that involves a neutral third party should be retained in the text of the status-of-forces agreement as an option for potential claimants.” Secretary-General 1996 Report, ¶10. The Plaintiffs allege here, and the United States in its Statement of Interest does not dispute, that they tried without success to submit their claims to this *lex specialis* regime that the Defendants both conceived of and agreed to. But the Defendants never

established the standing claims commission described in Article VIII, ¶¶54-55 of the UN-Haiti SOFA .⁶

The UN's agreement to receive and remedy private law claims in Haiti is consistent with the organization's long-standing institutional practice, as evidenced by its official resolutions, statements, and settlements of private law claims arising out of peacekeeper actions. In 1998, the UN General Assembly, in the process of placing temporal and financial limits on such claims, affirmed the organization's general liability for remedying harms. *Temporal and Financial Limitations*, G.A. Res. 52/247, U.N. Doc. A/RES/52/247 (Jul. 17, 1998). That resolution accompanies multiple official reports and statements by UN leadership acknowledging the organization's liability for third-party claims for damages caused by peacekeeper operations. The most comprehensive of those reports was the Secretary-General's 1996 Report on Administrative and Budgetary Aspects of Financing of United Nations Peacekeeping Operations. In that report, the Secretary-General refers to the standing claims commission

⁶ The absence of a standing claims commission in Haiti, despite the clear language of the UN-Haiti SOFA calling for its establishment, is apparently not an anomaly. There is no evidence the UN has ever established such a commission in any of the 32 countries where it has agreed to do so. See Transnational Development Clinic, Yale Law School *et al.*, *Peacekeeping Without Accountability: The United Nations' Responsibility For The Haitian Cholera Epidemic* 27 (2013); Matthew Russell Lee, *UN Admits No Mission Has a Claims Commission-Like in Haiti Cholera, No Remedy*, Inner City Press (Nov. 26, 2013), <http://www.innercitypress.com/dpko1noremedy112613.html> (quoting a UN spokesperson acknowledging that no UN mission has a claims commission in place.)

pledges and acknowledges that “(t)he United Nations has, since the inception of peacekeeping operations, assumed its liability for damage caused by members of its forces in the performance of their duties.” Secretary-General 1996 Report, ¶7. The Secretary-General made it clear that this responsibility derives from the UN’s international legal personality and its capacity to bear international responsibilities, including liability in compensation. *Id.* at ¶6.

As the Secretary-General’s 1996 statement suggests, this assumption of liability is not a new concept for the UN. In 1965, the Secretary-General, in a letter regarding the payment of indemnities by the UN, stated: “It has always been the policy of the United Nations, acting through the Secretary-General, to compensate individuals who have suffered damages for which the Organization was legally liable. This policy is in keeping with generally recognized legal principles *and with the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.*” Letter from the Secretary-General to the Permanent Representative of the Union of Soviet Socialist Republics, 1965 U.N. Jurid. Y.B. 41, U.N. Doc. S/6597 (Aug. 6, 1965) (emphasis added). This position has been since reaffirmed by the UN’s top legal officer, who stated in 2001, “[a]s a matter of international law, it is clear that the Organization (UN) can incur liabilities of a private law nature *and is obligated to pay* in regard to such liabilities.” Memorandum from the Office of Legal Affairs to the Controller on the Payment of Settlement of Claims, 2001 U.N. Jurid. Y.B. 381 ¶17 (“OLA Memo”)(emphasis added).

The UN's acceptance of its liability for harm caused by peacekeeping operations has moved far beyond abstract statements of obligation. The 1965 Secretary-General statement quoted above was made in the context of the UN paying compensation related to deaths and injuries connected to UN peacekeeping operations in the Congo. *See, e.g., Moshe Hirsch, The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles* 69-70 (1995). Paying such compensation is a common practice for the UN. *See Kirsten Schmalenbach, Third Party Liability of International Organizations: A Study on Claim Settlement in the Course of Military Operations and International Administrations* 10 Y.B. Int'l Peace Operations 33-51 (2006). In the Secretary-General's 1996 report on the financing of UN peacekeeper operations, he acknowledged that \$15.5 million would be necessary to settle pending third-party liability claims. Secretary-General 1996 Report, ¶ 53. Even in Haiti, there is evidence that the UN has paid out funds to civilians harmed by peacekeeper actions. *See* Interoffice Memorandum to the Controller, Assistant Secretary-General, Office of Programme Planning, Budgets and Accounts, 2009 United Nations Juridical Yearbook 428-30 (describing payment to Haitian civilian shot during a military action.)

III. The Plaintiffs' Claims are Private Law in Nature and Do Not Invoke "Operational Necessity"

As explained above, the UN's obligation to meaningfully respond to claims against it is expressly acknowledged with respect to claims of a private

law nature. General Convention, art. VIII, § 29. That undertaking was repeated in art. VIII, ¶55 of the UN-Haiti SOFA. The Plaintiffs' claims here allege sickness and death attributable to the UN's actions and include requests for relief based on the Defendants alleged negligence, gross negligence/recklessness, wrongful death, negligent and intentional infliction of emotional distress, and public and private nuisance. Pls.' App. A-66-78. These claims are brought on behalf of private individuals, not a governmental organization, and the Plaintiffs are represented by non-governmental organizations and a private law firm. They seek monetary compensation as a remedy.

These types of classic tort claims brought by non-governmental parties fit squarely within the definition of private law claims. *See, e.g.,* Randy E. Barnett, *Four Senses of the Public-Private Law Distinction*, 9 Harv. J. Law & Pub. Pol'y 267, 269-70 (1986) ("Private law subjects would include contracts, torts, property . . . subjects defining the enforceable duties that all individuals owe to each other.") *See also* Ernest Weinrib, *The Idea Of Private Law* 8 (2012). By contrast, a public law claim would involve claims that challenge a UN policy decision or raise other issues directly related to the UN's functions as an international organization that led to the individuals suffering harm. *See, e.g., Mothers of Srebrenica Ass'n v. Netherlands*, Case 10/04437, Supreme Court of the Netherlands (2012). The duty to responsibly dispose of human waste, the breach of which forms the core of the Plaintiffs' complaint here, is a duty owed

to others by all property owners and operators. The UN's alleged lack of compliance with this most basic of human responsibilities certainly does not reach the level of a policy decision placing it outside the scope of private law claims receivable under the General Convention. *See*, Bruce Rashkow, *Remedies for Harms Caused by UN Peacekeepers*, Am. J. Int'l Law Unbound, <http://www.asil.org/blogs/remedies-harm-caused-un-peacekeepers> (2014) (former senior official in UN Office of Legal Affairs rejecting the argument that the Haitian cholera claims are not of a private law nature.) International law scholars who have reviewed Plaintiffs' claims have concluded unequivocally that they are private law in nature. *See* Mégret at 165-176; Yale Law School, at 31-32.

The UN has itself repeatedly acknowledged that claims like the Plaintiffs' fall into the private law category. For example, the UN's Legal Counsel in 2001 cited the General Convention in explicitly affirming that personal injury claims are private law in nature, stating, "The authority of the United Nations to resolve claims arising under such contracts and other types of liability claims, such as those arising from damage or injury caused by the Organization (the UN) to property or persons, is reflected in Article 29 of the Convention on Privileges and Immunities and the long-standing practice of the Organization in addressing such claims . . . (o)ther claims of a private law nature, for example, personal injury claims, were settled amicably." OLA Memo. Such claims were also referenced in a 1995 UN Secretary-General report stating that "claims for

compensation submitted by third parties for personal injury or death ... incurred as a result of acts committed by members of a United Nations peace-keeping operation within the ‘mission area’ concerned” are “of a ‘private law’ character.” U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary General on the Procedures in Place for Implementation of Article VIII, Section 29, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, ¶ 15, U.N. Doc. A/C.5/49/65 (Apr. 24, 1995).

Moreover, the narrow exception to the UN’s general obligation to address harms of a private law nature is not implicated in this case. Article VIII, ¶54 of the UN-Haiti SOFA provides that the UN’s obligation to settle private law claims in Haiti extends to claims for personal injury, illness and death “except for those arising out of operational necessity.” The operational necessity exception is defined as encompassing claims based on “necessary actions taken by a peacekeeping force in the course of carrying out its operations in pursuit of its mandates.” Secretary-General 1996 Report, ¶ 13. At the time of the complained-of actions here, the UN’s peacekeeping mandate in Haiti was to reduce community violence, support a democratic political process, and generally protect human rights and promote socio-economic development. S.C. Res. 1892 ¶¶ 8, 10, 18, 21 (Oct. 13, 2009).

The Plaintiffs have alleged that the UN failed to adequately screen troops headed for peacekeeping operations in Haiti, engage in sanitary practices of waste disposal, and respond adequately to the resulting outbreak of cholera.

Pls.’ App. A-16-17. The UN has not asserted, nor could it credibly assert, that these actions rise to the level of operational necessity as that exception has been self-defined by the organization.

CONCLUSION

Amici curiae urge this Court to reject any notion of the UN being entitled to deprive individuals of appropriate means of redress regarding claims of a private law nature. We urge this Court to consider the agreements that bind the UN both globally and in the specific context of its peacekeeping operations in Haiti, along with its long history of institutional practice and unequivocal statements by the organization and its leaders. We believe that a thorough review of these documents and this precedent demonstrates that the UN’s immunity is and always has been limited. Accordingly, the Plaintiffs are entitled under law to a forum and a hearing to determine if the UN has responsibility for the harms they have suffered, and to determine the nature and scope of an appropriate remedy.

Dated: June 3, 2015

Respectfully submitted,

/s/: Muneer I. Ahmad

Muneer I. Ahmad

Jerome N. Frank Legal Services Organization

Yale Law School*

P.O. Box 209090

New Haven, CT 06520

(203) 432-4716

Counsel for Amici Curiae

* For identification purposes only. This brief does not purport to present the institutional views, if any, of Yale Law School.

CERTIFICATE OF COMPLIANCE

Pursuant to Fed. R. App. P. 32(a)(7)(C), the undersigned hereby certifies that this brief complies with the type-volume limitation of Fed. R. App. P. 32(a)(7)(B).

1. Exclusive of the exempted portions of the brief, as provided in Fed. R. App. P. 32(a)(7)(B), the brief contains 3,859 words.

2. The brief has been prepared in proportionally spaced typeface using Microsoft Word 2010 in 14 point Times New Roman font. As permitted by Fed. R. App. P. 32(a)(7)(C), the undersigned has relied upon the word count feature of this word processing system in preparing this certificate.

/s/: Muneer I. Ahmad

June 3, 2015

LIST OF AMICI*

* Institutional affiliations are provided for identification purposes only. *Amici* submit this brief in their personal capacities and not as a representative of any institution, including the universities listed below.

Amir Attaran
Professor, Faculties of Law and Medicine
University of Ottawa
Canada

Muneer I. Ahmad
Clinical Professor of Law and Director, Transnational Development Clinic,
Yale Law School

José E. Alvarez
Herbert and Rose Rubin Professor of International Law
New York University School of Law

Dr. Richard Collins
Lecturer in International Law
UCD Sutherland School of Law
University College Dublin
United Kingdom

Dr. Tom Dannenbaum
Lecturer in Human Rights
University College London
United Kingdom

Upendra Dev Acharya
Professor
Gonzaga University School of Law

Gráinne de Búrca
Florence Ellinwood Allen Professor of Law
New York University School of Law

Paolo Galizzi
Clinical Professor of Law
Leitner Center for International Law and Justice
Fordham University Law School

Vera Gowlland-Debbas
Emeritus Professor of International Law
Graduate Institute of International and Development Studies
Switzerland

Martin Flaherty
Leitner Family Professor of International Human Rights Law
Fordham University Law School
Visiting Professor, Woodrow Wilson School of Public & International Affairs,
Princeton University

Jens Iverson
Assistant Professor of International Law
University of Leiden
Netherlands

Nico Krisch
Professor of International Law
Graduate Institute of International and Development Studies
Switzerland

Sarah Joseph
Professor of Law, Monash University School of Law
Director of Castan Centre for Human Rights Law
Australia

Frédéric Mégret
Associate Professor, Faculty of Law, McGill University
Canada Research Chair in the Law of Human Rights and Legal Pluralism
Canada

Alice M. Miller
Co-Director, Global Health Justice Partnership of the Yale Law School and the
School of Public Health
Associate Professor and Associate Scholar for International Human Rights Yale
Law School
Assistant Clinical Professor, Yale School of Public Health
Lecturer in Global Affairs, Yale Jackson Institute for Global Affairs,

Ved P. Nanda
John Evans University Professor, University of Denver
Thompson G. Marsh Professor of Law
Director, Ved Nanda Center for International Law
University of Denver Sturm College of Law

Jordan J. Paust
Mike & Teresa Baker Law Center Professor
University of Houston

Fran Quigley
Clinical Professor
Director, Health and Human Rights Clinic
Indiana University Robert H. McKinney School of Law

Nico Schrijver
Chair of Public International Law and Academic Director
Grotius Centre for International Legal Studies
Leiden University
Netherlands

James Silk
Clinical Professor of Law, Allard K. Lowenstein International Human Rights
Clinic
Director, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights
Yale Law School

Dr. Philippa Webb
Lecturer in Public International Law
The Dickson Poon School of Law, King's College London
United Kingdom

Richard J. Wilson
Professor of Law
Director, International Human Rights Law Clinic
American University
Washington College of Law

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that on the 3rd day of June, 2015, a true and correct copy of the foregoing document was served via mail, on the following:

United Nations
1 United Nations Plaza
New York, NY 10017

MINUSTAH headquarters
Log Base
Boulevard Toussaint Louverture and Clercine 18
Port-au-Prince, Haiti

Ban Ki-Moon
3 Sutton Place
New York, NY 10022

Edmond Mulet
429 East 52nd Street
Apartment 36A-E
New York, NY 10022

Copies of the same have also been sent via electronic mail to the following:

Ellen Blain, Esq.
Assistant United States Attorney
ellen.blain@usdoj.gov

Nicholas Cartier, Esq.
United States Department of Justice
nicolas.cartier@usdoj.gov

Respectfully submitted,

/s/: Muneer I. Ahmad

ADDENDUM

TABLE OF CONTENTS

	PAGE
<i>Mothers of Srebrenica Ass’n v. Netherlands</i> , Case 10/04437, Supreme Court of the Netherlands (2012)	1
<i>SA Energies Nouvelles et Environnement v. Agence Spatiale Européenne</i> , Cour d’Apel [Court of Appeals], No. 6216, 171, Dec. 1, 2005, JT (Belg.)	10

Ruling Dutch Supreme Court Mothers of Srebrenica

13 April 2012
First Division
10/04437
EV/AS

Supreme Court of the Netherlands

Judgment

in the case of:

1. MOTHERS OF SREBRENICA ASSOCIATION,
established in Amsterdam
2. [Appellant 2],
residing in Vogošća, municipality of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
3. [Appellant 3],
residing in Vogošća, municipality of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
4. [Appellant 4],
residing in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
5. [Appellant 5],
residing in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
6. [Appellant 6],
residing in Vogošća, municipality of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
7. [Appellant 7],
residing in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
8. [Appellant 8],
residing in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
9. [Appellant 9],
residing in Vogošća, municipality of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
10. [Appellant 10],
residing in Vogošća, municipality of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
11. [Appellant 11],
residing in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,
APPELLANTS in the appeal in cassation, defendants in the cross-appeal in cassation,
attorney-at-law: Baron R.G. Snouckaert van Schauburg,

against

1. THE STATE OF THE NETHERLANDS (Ministry of General Affairs),
which has its seat in The Hague,
DEFENDANT in the cassation proceedings, [appellant](#) in the cross-appeal in cassation,
attorneys-at-law: K. Teuben and G.J.H. Houtzagers,

2. THE UNITED NATIONS, an organisation possessing legal personality,
which has its seat in New York City, New York, United States of America,
DEFENDANT in the cassation proceedings,
no appearance entered.

The parties will be referred to below as ‘the Association et al.’, ‘the State’ and ‘the UN’.

1. Proceedings before the courts hearing the facts

For the course of the proceedings before the courts hearing the facts the Supreme Court refers to:

- a. the judgment of The Hague district court of 10 July 2008 in case no. 295247/HA ZA 07-2973;
- b. the judgment of The Hague court of appeal of 30 March 2010 in case no. 200.022.151/01.

The appeal court judgment is appended to this judgment.

2. Cassation proceedings

The Association et al. lodged an appeal in cassation against the judgment of the court of appeal. The State lodged a cross-appeal in cassation. The writ of summons in cassation and the statement of defence containing the cross-appeal in cassation are appended to this judgment and form part of it.

Leave was granted to proceed against the UN in default of appearance.

The Association et al. and the State moved that the respective appeals against them be dismissed.

Counsel presented the case on behalf of the parties. The State withdrew part 1 of its statement of grounds for the cross-appeal, which objected to the appeal court’s ruling that the right of access to the courts is a rule of customary international law which may be invoked separately from article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The advisory opinion issued by Advocate General Paul Vlas recommended that both appeals be dismissed.

Counsel for the State and counsel for the Association et al. responded to this submission by letter of 10 February 2012.

3. Basis for the cassation proceedings

3.1 The central question in this case is whether the appeal court was right to rule that the UN is entitled to immunity from jurisdiction, and consequently that the Dutch courts are not competent to hear the action brought by the Association et al. in so far as it is directed against the UN. The following applies in this case.

3.2.1 The Association et al. sued the State and the UN before The Hague district court. They held the State (and Dutchbat, the Dutch unit under UN command) and the UN partly responsible for the fall in 1995 of the Srebrenica enclave in Eastern Bosnia, where Dutchbat was based and which had been designated a ‘Safe Area’ under the protection of the UN peacekeeping force UNPROFOR by Security Council resolutions, and for the consequences of its fall, in particular the genocide committed subsequently which cost the lives of at least 8,000 people, including relatives of appellants 2-11 in the cassation proceedings. They sought, in brief, a declaratory judgment to the effect that the State and the UN acted wrongfully in failing to fulfil undertakings they had given before the fall of the enclave and other obligations, including treaty obligations, to which they were subject, in addition to (advances on) payments in compensation, to be determined by the court in follow-up proceedings.

3.2.2 The State forwarded to the district court a copy of a letter of 17 August 2007 from the UN to the Dutch Permanent Representative to the UN, in which the UN drew attention to its immunity from jurisdiction and stated that it would not waive this immunity. The Public Prosecution Service moved accordingly, and the district court granted leave to proceed against the UN in default of appearance and subsequently declared itself not competent to hear the action in so far as it was directed against the UN. In the appeal proceedings instituted by the Association et al., the appeal court allowed the State to join the UN (which did not enter an appearance) as a party in the proceedings and upheld the judgment of the district court.

3.3.1 The relevant provisions of articles 103 and 105 of the Charter of the United Nations (‘the UN Charter’) are as follows:

‘Article 103

In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

Art. 105

1. The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.

2. (...)

3. The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose.’

3.3.2 Article II, § 2 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (‘the Convention’), which is based on articles 104 and 105 of the UN Charter (Dutch Treaty Series 1948, no. I 224), reads as follows:

‘The United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity. It is, however, understood that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution.’

3.3.3 Contrary to the provisions of article VIII, § 29, opening words and (a) of the Convention, the UN has not made provision for any modes of settlement of disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a Party.

3.3.4 Article I of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Dutch Treaty Series 1960, no. 32) states:

‘The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.’

4. Assessment of the grounds for the appeal and the cross-appeal

4.1.1 The thinking (considerations 4.2 to 5.14) underlying the appeal court’s finding that the UN is entitled to immunity from jurisdiction, such that the Dutch courts are not competent to hear the action in so far it is directed against the UN, can be summarised as follows.

Article II, § 2 of the Convention implements inter alia article 105, paragraph 3 of the UN Charter. Taking into consideration the provisions of article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the only possible interpretation of the immunity defined in article II, § 2 is that the UN is entitled to the most far-reaching immunity, in the sense that the UN cannot be summoned to appear before any domestic court in the countries that are party to the Convention. However, the question is whether, as the Association et al. argue, the right of access to an independent court enshrined in article 6 ECHR and article 14 ICCPR prevails over that immunity. On the basis of the criteria set out by the European Court of Human Rights (ECtHR) in *Beer and Regan v. Germany* and *Waite and Kennedy v. Germany* the appeal court examined the question of whether the State’s invocation of the UN’s immunity is compatible with article 6 ECHR. In that connection, the first thing that could be established is that the immunity serves a legitimate aim, namely ensuring the proper functioning of international organisations. In answering the question of whether in this case immunity is proportional to the purpose to be served, it must be noted from the outset that the UN occupies a special position among international organisations.

Under article 42 of the UN Charter the Security Council may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. The immunity granted to the UN is directly connected to the general interest served by the maintenance of peace and security in the world. That is why it is essential for the immunity enjoyed by the UN to be as unconditional as possible and for it to be subject to as little debate as possible. Accordingly, only compelling reasons can lead to the conclusion that UN immunity is not proportional to the purpose it is intended to serve.

The Association et al. take the view that compelling reasons of this kind exist in this case, citing in the first place the fact that it is a case of genocide. Essentially, however, they accuse the UN of being negligent in failing to prevent genocide. That is a serious accusation but not so compelling as to prevail over immunity. Secondly, the Association et al. claims that there can be no question of proportionality in the absence of a procedure offering sufficient guarantees of access to a court of law. In this connection they point to the fact that the UN has not, as prescribed by article VIII, § 29, opening words and (a) of the Convention, made provision for any modes of settlement of disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a Party.

However, the appeal court argues that it has not been established that the Association et al. are completely without access to a court of law where the events in Srebrenica could be addressed. Firstly, it is not clear why they would not be able to take the perpetrators and those responsible for them to court. Secondly, they brought the State before the Dutch courts, on accusations similar to those levelled at the UN. The State cannot plead immunity in these proceedings. Given both these circumstances, it cannot be said that the right of the Association et al. to access to the courts would be undermined if the plea of UN immunity was accepted.

4.1.2 In so far as grounds 3 to 7 of the appeal allege a lack of reasonableness, they overlook the fact that the answer to the question of whether the UN is entitled to immunity is a decision on a question of law. They also advance a series of complaints against all the major elements of the reasoning that led the appeal court to accept the plea of immunity. Grounds 2 and 3 of the cross-appeal allege that the UN's immunity cannot be reviewed in the light of the right of access to the courts, in any event not in a case such as the present one relating to action taken by the UN under Chapter VII of the UN Charter.

Basis for and scope of the UN's immunity

4.2 The basis for the UN's immunity (to be distinguished from the immunity granted to its officials and to experts performing missions for the UN) is article 105 of the UN Charter and article II, § 2 of the Convention. The court of appeal was correct to interpret the latter provision – which is an elaboration of article 105, paragraph 1 – in the light of article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, to mean that the UN enjoys the most far-reaching immunity from jurisdiction, in the sense that the UN cannot be summoned to appear before any domestic court in the countries that are party to the Convention.

Both the basis for and the scope of this immunity, which is aimed at ensuring that the UN can function completely independently and thus serves a legitimate purpose, are therefore different from those underlying the immunity from jurisdiction enjoyed by foreign states. As stated in section 13a of the General Legislative Provisions Act, the latter, after all, stems from international law (*par in parem non habet imperium*), and applies exclusively to acts of a foreign state performed in a governmental capacity (*acta iure imperii*).

UN immunity and access to the courts

4.3.1 As stated in 4.1.1, the appeal court examined, on the basis of the criteria set out by the ECtHR in *Beer and Regan v. Germany* (ECtHR 18 February 1999, no. 28934/95) and *Waite and Kennedy v. Germany* (ECtHR 18 February 1999, no. 26083/94), whether the invocation of UN immunity is compatible with the right of access to the courts enshrined in article 6 ECHR and article 14 ICCPR. In the cassation proceedings the State is no longer contesting the argument that this right – which is not an absolute right – also constitutes a rule of customary international law.

4.3.2 Both the cases cited above involved proceedings before the German courts against the European Space Agency (ESA) in which the claimants wanted the court to establish that they had become employees of ESA under German law. ESA, an international organisation, pled immunity from jurisdiction under article XV, §2 of the Convention for the establishment of a European Space Agency of 30 May 1975 in conjunction with Annex I to the same Convention (Dutch Treaty Series 123). The German court had

accepted that plea. The ECtHR held that this did not constitute a violation of article 6 ECHR. This conclusion was preceded by the following considerations (the numbering is from the judgment in Waite and Kennedy):

‘59. The Court recalls that the right of access to the courts secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship between the means employed and the aim sought to be achieved (...).

67. The Court is of the opinion that where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention, however, if the Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution. It should be recalled that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective. This is particularly true for the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...).

68. For the Court, a material factor in determining whether granting ESA immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention.

69. The ESA Convention, together with its Annex I, expressly provides for various modes of settlement of private-law disputes, in staff matters as well as in other litigation (...).

4.3.3 According to paragraphs 67-69 [of the above judgment], the fact that the Convention for the establishment of a European Space Agency expressly provides for alternative modes of settlement of private-law disputes, which were available to the applicants, was particularly relevant in relation to the ECtHR's ruling that respecting the immunity of international organisations like ESA does not constitute a violation of article 6 ECHR. It should be noted here that paragraph 67 of the judgment refers to ‘international organisations’ without any qualification but that – in the absence of any consideration concerning the relationship between article 6 ECHR on the one hand and articles 103 and 105 of the UN Charter plus article II, § 2 of the Convention on the other – there are no grounds for assuming that the ECtHR's reference to ‘international organisations’ also included the UN, in any event not in relation to the UN's activities in the context of Chapter VII of the Charter (Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression).

4.3.4 The UN occupies a special place in the international legal community, as expressed by the ECtHR in its decision in the cases of *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, ECtHR 2 May 2007, no. 71412/01 and 78166/01. In this decision, which concerns acts and omissions of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) and the NATO Kosovo Force (KFOR) operating in Kosovo pursuant to a UN Security Council resolution, the ECtHR held *inter alia* as follows:

‘146. The question arises in the present case whether the Court is competent *ratione personae* to review the acts of the respondent States carried out on behalf of the UN, and, more generally, as to the relationship between the Convention and the UN acting under Chapter VII of its Charter.

147. (...) More generally, it is further recalled, as noted in paragraph 122 above, that the Convention has to be interpreted in the light of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between its Contracting Parties. The Court has therefore had regard to two complementary provisions of the Charter, Articles 25 and 103, as interpreted by the International Court of Justice (see paragraph 27 above).

148. Of even greater significance is the imperative nature of the principal aim of the UN and, consequently, of the powers accorded to the UNSC under Chapter VII to fulfil that aim. (...) The responsibility of the

UNSC in this respect is unique and has evolved as a counterpart to the prohibition, now customary international law, on the unilateral use of force (see paragraph 18-20 above).

149. In the present case, Chapter VII allowed the UNSC to adopt coercive measures in reaction to an identified conflict considered to threaten peace, namely UNSC Resolution 1244 establishing UNMIK and KFOR. Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations. It would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC Resolution which were not provided for in the text of the Resolution itself. (...)"

In paragraph 27, as referred to above, the ECtHR states inter alia that the ICJ considers Article 103 to mean that the Charter obligations of UN member states prevail over conflicting obligations from another international treaty, regardless of whether the latter treaty was concluded before or after the UN Charter or was only a regional arrangement. And in paragraph 149 the ECtHR holds that since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions to the scrutiny of the Court.

4.3.5 The interim conclusion must be that the appeal court erred in examining, on the basis of the criteria formulated in *Beer and Regan* and *Waite and Kennedy*, whether the right of access to the courts as referred to in article 6 ECHR prevailed over the immunity invoked on behalf of the UN.

4.3.6 That immunity is absolute. Moreover, respecting it is among the obligations on UN member states which, as the ECtHR took into consideration in *Behrami*, *Behrami and Saramati*, under article 103 of the UN Charter, prevail over conflicting obligations from another international treaty.

4.3.7 However, this does not answer the question of whether, as argued by the Association et al. with reference to the dissenting opinions in the ECtHR's judgment of 21 November 2001 in the case of *Al-Adsani v. the United Kingdom* no. 35763/97 concerning state immunity, the right of access to the courts should prevail in the present case over UN immunity because the claims are based on the accusation of involvement in – notably in the form of failing to prevent – genocide and other grave breaches of fundamental human rights (torture, murder and rape). On this matter, the Association et al. argue in 5.13 of their writ of summons in cassation:

‘There is no higher norm in international law than the prohibition of genocide. This norm in any event takes precedence over the other norms at issue in this legal dispute. The enforcement of this norm is one of the main reasons for the existence of international law and for the most important international organisation, the UN. This means that in cases of failure to prevent genocide, international organisations are not entitled to immunity, or in any event the prohibition should prevail over such immunity. The view that the UN's immunity weighs more heavily in this instance would mean de facto that the UN has absolute power. For its power would not be subject to restrictions and this would also mean that the UN would not be accountable to anyone because it would not be subject to the rule of law: the principle that no-one is above the law and that power is curbed and regulated by the law. Immunity of so far-reaching a kind as envisaged by the appeal court is incompatible with the rule of law and furthermore undermines the credibility of the UN as the champion of human rights’.

4.3.8 The case of *Al-Adsani v. the United Kingdom* concerned a claim for damages brought in the English courts against the State of Kuwait. Mr Al-Adsani held Kuwait liable for the damage he suffered as a result of undergoing torture in Kuwait after the Gulf War in 1991. After the English courts accepted Kuwait's plea of immunity, Mr Al-Adsani applied to the ECtHR, arguing, where relevant to the case at hand, that this decision constituted a violation of article 6 ECHR. He took the position that because of the *ius cogens* nature of the ban on torture the right of access to the courts enshrined in article 6 should prevail over the

immunity invoked by Kuwait.

The application was dismissed by the ECtHR by nine votes to eight on the basis, *inter alia*, of the following considerations:

‘61. While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State.

Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged. In particular, the Court observes that none of the primary international instruments referred to (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 2 and 4 of the UN Convention) relates to civil proceedings or to State immunity.

62. It is true that in its Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property (...) the working group of the International Law Commission noted, as a recent development in State practice and legislation on the subject of immunities of States, the argument increasingly put forward that immunity should be denied in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of *ius cogens*, particularly the prohibition on torture. However, as the working group itself acknowledged, while national courts had in some cases shown some sympathy for the argument that States were not entitled to plead immunity where there had been a violation of human right norms with the character of *ius cogens*, in most cases (...) the plea of sovereign immunity had succeeded. (...)

66. The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. The 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims unless the damage was caused within the United Kingdom, is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.’

4.3.9 This majority view was opposed *inter alia* by the dissenting opinion endorsed by six judges of the Grand Chamber and cited by the Association *et al.* in support of their case. Part of the dissenting opinion – which agrees with no small proportion of the literature, both Dutch and foreign, on the subject of State immunity – reads as follows:

‘3. The acceptance therefore of the *ius cogens* nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions. In the circumstances of this case, Kuwait cannot validly hide behind the rules on State immunity to avoid proceedings for a serious claim of torture made before a foreign jurisdiction; and the courts of that jurisdiction (the United Kingdom) cannot accept a plea of immunity, or invoke it *ex officio*, to refuse an applicant adjudication of a torture case. Due to the interplay of the *ius* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *ius cogens*.’

4.3.10 Even more important than the fact that this opinion does not reflect even the current status of the view accepted by the ECtHR, is the ruling by the International Court of Justice (ICJ), cited by the State in its response to the Advocate-General’s advisory opinion, in its judgment of 3 February 2012 in the case *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*. At issue in this case was *inter alia* the question of whether the Italian courts should have respected Germany’s immunity in cases in which compensation was claimed from Germany for violations of international humanitarian law committed by German forces during the Second World War. The ICJ concluded that they should have.

4.3.11 In so far as relevant here, the ICJ rejected Italy's contention that to deprive Germany of its immunity would be justified by the gravity of the offences on which the claims were based:

'91. The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict.
(...)'

4.3.12 Nor did the ICJ accept the argument that, since the rules that were breached by the German forces had the character of *ius cogens*, they should prevail over Germany's immunity.

'93. (...) Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *jus cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the Courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful.
(...)

96. In addition, this argument about the effect of *jus cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts of the United Kingdom, [Canada, Poland, Slovenia, New Zealand and Greece], as well as by the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom* and *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany* (...).

97. Accordingly, the Court concludes that even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of *jus cogens*, the applicability of the customary international law on State immunity was not affected.'

4.3.13 And finally, in paragraph 101 of its judgment the ICJ held that it could find no basis in the State practice from which customary international law is derived that international law makes the entitlement of a State to immunity dependent upon the existence of effective alternative means of securing redress.

4.3.14 Although UN immunity should be distinguished from State immunity, the difference is not such as to justify ruling on the relationship between the former and the right of access to the courts in a way that differs from the ICJ's decision on the relationship between State immunity and the right of access to the courts. The UN is entitled to immunity regardless of the extreme seriousness of the accusations on which the Association et al. base their claims.

Concluding considerations

4.4.1 The foregoing considerations lead to the conclusion that the complaints on grounds of law in grounds of appeal 3 to 7 in the appeal in cassation are untenable. Nor can the complaints in grounds of appeal 1, 2, 8 and 9 – the Supreme Court sees no reason to request a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union on ground of appeal 8 – result in cassation. Under section 81 of the Judiciary (Organisation) Act no further reasons for this decision need be given, since the complaints do not warrant the answering of questions of law in the interests of the uniform application or development of the law.

4.4.2 According to the considerations set out in 4.3.1 to 4.3.13 above, the complaints in grounds of appeal 2 and 3 in the cross-appeal are largely well-founded, but this does not result in cassation. Nor do the remaining grounds of appeal result in cassation. Under section 81 of the Judiciary (Organisation) Act no further reasons for this decision need be given, since the complaints do not warrant the answering of questions of law in the interests of the uniform application or development of the law.

5. Decision

The Supreme Court:
in the appeal in cassation:
dismisses the appeal;

orders the Association et al. to pay costs in respect of the cassation proceedings, estimated up to this judgment at €385.34 in disbursements and €2,200 in fees for the State;

in the cross-appeal:

dismisses the appeal;

orders the State to pay costs in respect of the cassation proceedings, estimated up to this judgment at €68.07 in disbursements and €2,200 in fees for the Association et al..

This judgment was given by Vice-President J.B. Fleers as the president of the Division, and Justices A.M.J. van Buchem-Spapens, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk and W.D.H. Asser, and was pronounced in open court by Justice J.C. van Oven on 13 April 2012.

SA Energies Nouvelles et Environnement v European Space Agency, Appeal judgment, no 2011/2013; 2006/AR/1480 ; ILDC 1729 (BE 2011)
23 March 2011

Parties:	SA Energies Nouvelles et Environnement European Space Agency
Foreign language case name:	SA Energies Nouvelles et Environnement v Agence Spatiale Européenne
Date of Decision:	23 March 2011
Jurisdiction/Arbitral Institution/Court:	Belgium, Brussels Court of Appeal, 21st Chamber
Judges/Arbitrators:	Annik Bouché (President); Mireille Salmon; Sabine Geubel
Procedural Stage:	Appeal judgment
OUP Reference:	ILDC 1729 (BE 2011)

Subject(s): Human rights – Immunities – International organizations: general aspects – Regional organizations, institutions and developments

Keyword(s): Human rights, right to a judge – Human rights, right to effective remedy – Human rights, right to fair trial – Immunity from jurisdiction, international organizations – International organizations, privileges and immunities

Core Issue(s)

1. Whether the immunity from jurisdiction enjoyed by an international organization violated the right of access to a court as guaranteed by Article 6(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Facts

F1 In the framework of its Basic Technology Research Programme ('TRP') in the field of solar cells, the European Space Agency ('ESA')—an international organization—concluded several contracts with the German company RWE. The latter selected—among others—the Italian company CESI as sub-contractor to carry out some parts of the contracts for the benefit of ESA. The Belgian company Énergies Nouvelles et Environnement ('ENE') intervened as sub-contractor of CESI in the execution of phase II of TRP, but no task was attributed to ENE in phase III. ENE considered that it was wrongfully evicted from phase III by ESA, which created a de facto monopoly for RWE in the field of solar cells.

F2 ENE suggested submitting the dispute to arbitration; ESA refused. It argued that it had no contractual relationship with ENE and that ENE should address any complaints it might have to CESI/RWE.

F3 ENE initiated proceedings against ESA at the Brussels Court of First Instance. ESA argued that it enjoyed immunity from jurisdiction by virtue of Article XV and Annex I of the International Convention for the Establishment of a European Space Agency (30 May 1975) 1297 UNTS 161, entered into force 30 October 1980 ('ESA Convention').

F4 The Court of First Instance held that it had no jurisdiction, since ENE could not invoke any exception to ESA's immunity enumerated in Article IV of Annex 1 of the ESA Convention. In addition, the immunity from jurisdiction of ESA was compatible with Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950) 213 UNTS 222I, 312 ETS 5, entered into force 3 September 1953 ('European Convention on Human Rights' 'ECHR'). ENE had several reasonable alternative means to protect its rights, namely (i) the right to vindicate its interests via the Belgian representative of ESA's Industrial Policy Committee ('IPC'); (ii) the right to seize the industrial ESA Ombudsman; or (iii) the right to file a complaint against RWE and/or against CESI. As a consequence, the Court of First Instance maintained ESA's immunity (see *SA Energies Nouvelles et Environnement*

v Agence Spatiale Européenne (European Space Agency), First instance decision, Journal des tribunaux 2006, No 6216, 171; ILDC 1229 (BE 2005), 1 December 2005).

F5 ENE appealed the decision. ESA requested the Court of Appeal to confirm the judgment of first instance. In case the Court would not follow its principal argument—according to which ENE had other alternative reasonable means to protect its rights—ESA filed a cross-appeal based on a factual assessment of the case: that its immunity from jurisdiction complied with Article 6 of the ECHR, even if ENE had no alternative means at its disposal.

F6 ESA highlighted a specific principle governing its functioning, namely the principle of fair return, aimed at a fair repartition in its activities and programmes between the member states, based among others on the budgetary input of every state. ENE did not contest the principle but did not agree that it had no incidence on the appraisal of the faults attributed to ESA.

F7 None of the parties disputed that the exceptions to the immunity rule—as set out in Article IV of Annex I of the ESA Convention—could not be invoked.

F8 Although ENE did not contest the immunity of ESA as a principle, it requested the Court of Appeal to give priority to the right to a fair trial enshrined in Article 6(1) of the ECHR over the immunity from jurisdiction of ESA. It invoked the jurisprudence of the European Court of Human Rights ('ECtHR') and three recent cases of the Belgian Court of Cassation (Supreme Court) of 21 December 2009, where the court had confirmed that immunities from jurisdiction were only admissible insofar as the claimant had other reasonable means to effectively protect his or her rights guaranteed by the ECHR (*General Secretariat of the ACP Group v Lutchmaya*, Cass Nr C 03 032 F, ILDC 1573 (BE 2009), 21 December 2009 ('*Lutchmaya*'); *BD v Secrétariat général du Groupe des États d'Afrique, des Carabes et du Pacifique*, Cass Nr C 07 0407 F, ILDC 1576 (BE 2009), 21 December 2009 ('*BD v ACP*'); and *Western European Union v Siedler*, Cass Nr S 04 0129 F, ILDC 1625 BE 2009), 21 December 2009 ('*Siedler*'). According to ENE, this condition was not fulfilled, since ESA had explicitly refused arbitration; it did not acknowledge the possibility of referring it to the Ombudsman; the representations of Belgium within ESA had not led to any concrete effects; and instituting proceedings against parties towards which ENE had no grievance—RWE and CESI—did not constitute a sufficient alternative. ENE concluded that its right of access to the courts had been annihilated.

F9 ESA counter-argued that ENE had three reasonable means to effectively protect its rights: namely to vindicate its interests via the Belgian delegate within the IPC, which it did; to institute proceedings against RWE and or CESI; and to approach the Ombudsman.

Held

H1 The lack of concrete results from the Belgian delegation's action within ESA did not mean that this action was not effective in light of the proportionality principle underlying Article 6 of the ECHR. (paragraph 17)

H2 The factual presentation of the case did not necessarily imply that ENE had no grievances towards RWE and/or CESI. Indeed, the faults attributed by ENE to ESA included infringements which manifestly concerned RWE. In order to conclude the existence of alternative reasonable means towards RWE and even CESI, it was not necessary to analyze whether these proceedings would necessarily be successful, as long as they were real and effective, as in the present case. (paragraphs 18–23)

H3 Moreover, ENE could seize the Ombudsman, who would be able to investigate the respect given to the tendering rules, the non-discriminatory character of the process of attribution, and/or its conformity with fair and equitable practices. Even if his or her decisions were not enforceable, the Ombudsman constituted an undeniable support for companies in the exercise of other legal proceedings, such as the ones discussed in paras 18–23. (paragraph 24)

H4 ESA was consequently allowed to invoke its immunity from jurisdiction. It did not constitute a disproportionate restriction to the right of access to courts with regard to the particular circumstances of the case. These circumstances included the challenges of industrial policy and the principle of fair return between member states, which were subject to the sovereign appraisal of the organization controlled by its member states represented in the IPC. (paragraph 25)

Date of Report: 01 July 2011

Reporter(s): Pierre Schmitt

Analysis

A1 In order to resolve the conflict between ESA's immunity from jurisdiction and ENE's right of access to justice, the Court of Appeal referred to the ECtHR jurisprudence in the field of immunities from jurisdiction of international organizations—without explicitly mentioning the names of the cases—and to three cases of the Belgian Court of Cassation rendered on 21 December 2009. These were the cases of *Lutchmaya*, *BD v ACP*, and *Siedler*.

A2 The ECtHR jurisprudence consisted of the parallel cases *Waite and Kennedy v Germany*, App no 26083/94; ECHR 1999-I; (1999) ECHR 13; IHRL 3200 (ECHR 1999), (1999) 118 ILR 121; (1999) 30 EHRR 261, 18 February 1999 ('*Waite and Kennedy*') and *Beer and Regan v Germany*, 18 February 1999, App no 28934/95; IHRL 2869 (ECHR 1999), 18 February 1999 ('*Beer and Regan*'). In these cases—which concerned employment related disputes—the ECtHR held that immunities of an international organization—the ESA—were permissible insofar as the applicants had available to them 'reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention'. This principle has been referred to by scholars as the 'reasonable alternative means test'.

A3 The vagueness of the reasonable alternative means test of the ECtHR has led to very diverse interpretations by national jurisdictions in the member states of the Council of Europe (eg C Ryngaert, 'The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends' (2010) 7 International Organizations Law Review 121)). In Belgium, the Court of Cassation confirmed—in three decisions rendered on 21 December 2009 (*Lutchmaya*, *BD v ACP*, and *Siedler*)—the progressive approach that lower courts had taken in relation to immunities from jurisdiction and execution of international organizations established in Belgium. In all three cases—which related to employment claims with international organizations—the Court rejected the claim of the organization for immunity. In the two cases involving the ACP Group of States—*Lutchmaya* and *BD v ACP*—the Court rejected the immunity because the organization had not established any dispute settlement mechanism whatsoever. In *Siedler*, the Court noted that an internal procedure was available for individuals aggrieved by acts of the Western European Union in employment related disputes: the internal appeals commission. However, the Court considered that its quality did not correspond to the guarantees inherent in the notion of a fair trial, notably with regard to its independence. As a consequence, it decided that the organization's immunity could not be upheld.

A4 In the instant case, the Brussels Court of Appeal found three reasonable alternative means, which could be combined, to effectively protect ENE's rights. A close examination of these alternative means demonstrates that the Court of Appeal—as opposed to the Court of Cassation in the *Siedler* case—adopted a broad interpretation of the reasonable alternative test and took into consideration several means which did not all meet the guarantees prescribed by Article 6 of the ECHR.

A5 First, the Court referred to the possibility for ENE to call on the Belgian delegate within ESA's IPC. The Belgian state declared that the Belgian delegation had made every effort to facilitate a solution to the conflict. The Court held that the negotiations with the Belgian delegation—which resembled a diplomatic means—constituted a real and effective means to protect ENE's rights. However, the effectiveness of such a procedure seems hypothetical and far removed from the guarantees prescribed by Article 6 of the ECHR.

A6 Second, the Court of Appeal undertook a thorough analysis of the possible actions against RWE and CESI. Unlike the Court of First Instance—which did not elaborate on this aspect—the Court of Appeal analyzed the factual background of the case in detail and found that ENE could have launched proceedings against the two companies based on grievances other than the one opposed to by ESA, for instance based on civil responsibility and/or abuse of a dominant position. Despite the fact that these actions would be directed towards other actors than the international organization and be based on grievances other than those invoked in the instant case, such actions could constitute a reasonable alternative means guaranteeing the right of access to justice of ENE. One may agree with this position, which had previously been adopted by the ECtHR in *Waite and Kennedy* and *Beer and Regan*. Indeed, the ECtHR envisaged possible actions of the plaintiffs against the firms that had employed or hired them to conclude that the right of access of the individuals was respected. See *Waite and Kennedy* and para 70 of *Beer and Regan*.

A7 Third, the Court considered that the approach of the Ombudsman corresponded to an effective alternative means. However, as the Court recognized itself, the Ombudsman's decisions had no binding power and the Ombudsman was not competent to hear complaints concerning disputes between ESA and industry. The Ombudsman could issue reports to the chief of the contracts department of ESA if the results of his investigations led to the conclusion that the situation was caused by actions or omissions of ESA. Nonetheless, the Ombudsman acted principally as an intermediary, so one could hardly qualify this proceeding as an effective alternative means to protect one's rights.

A8 The fact that the Court of Appeal considered the possibility to call on the Belgian delegate within IPC and the Ombudsman as alternative means seems to indicate a departure from the Court of Cassation's jurisprudence.

However, one should avoid any hasty conclusion, because the factual background of this case differs from the cases before the Court of Cassation. Indeed, from the above alternatives, the action against RWE and CESI appears to be an effective guarantee to the plaintiff's right of access to courts. Such an action could be brought before commercial jurisdictions, which would satisfy the requirements of independence and impartiality imposed by Article 6(1) of the ECHR and constitute an effective and real alternative mechanism.

Date of Analysis: 01 July 2011

Analysis by: Pierre Schmitt

Further Analysis

J Wouters, C Ryngaert, and P Schmitt, 'Case-Note to Belgian Court of Cassation, *Western European Union v Siedler*; *General Secretariat of the ACP Group v Lutchmaya*; *General Secretariat of the ACP Group v BD*' (2011) 105(3) *American Journal of International Law* 560

Other decisions cited in the full text of this decision:

Belgian national courts

Western European Union v Siedler, Appeals judgment, Cass Nr S 04 0129 F, ILDC 1625 (BE 2009), 21 December 2009

General Secretariat of the ACP Group v Lutchmaya, Appeals judgment, Cass Nr C 03 0328 F, ILDC 1573 (BE 2009), 21 December 2009

BD v Secrétariat général du Groupe des États d'Afrique, des Carabes et du Pacifique, Appeals judgment, Cass Nr C 07 0407 F, ILDC 1576 (BE 2009), 21 December 2009

Instruments cited in the full text of this decision:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950) 213 UNTS 222; 312 ETS 5, entered into force 3 September 1953, Article 6

International Convention for the Establishment of a European Space Agency (30 May 1975) 1297 UNTS 161, entered into force 30 October 1980, Articles XV, XVII, Annex I, IV of Annex I, XXV of Annex I, XXVI of Annex I, IV of Annex V, VI of Annex V

Previous stages in these proceedings:

First instance decision, *SA Energies Nouvelles et Environnement v Agence Spatiale Européenne (European Space Agency)*, *Journal des tribunaux* 2006, No 6216, 171; ILDC 1229 (BE 2005), 1 December 2005

Decision – full text

Vu les pièces de procédure et notamment :

- le jugement dont appel, prononcé contradictoirement le 1^{er} décembre 2005 par le tribunal de première instance de Bruxelles, dont il n'est pas produit d'acte de signification ;
- la requête d'appel déposée au greffe de la cour pour la S.A. ENERGIES NOUVELLES ET ENVIRONNEMENT (ci-après « la SA ENE ») le 26 mai 2006 ;
- les conclusions de synthèse, déposées au greffe de la cour, pour la SA ENE le 30 juillet 2010 et pour l'AGENCE SPATIALE EUROPEENNE (ci-après « l'Agence spatiale ») le 31 août 2010 ;
- les notes d'audience déposées au greffe de la cour, pour la SA ENE le 7 décembre 2010 et pour l'Agence spatiale le 10 décembre 2010.

I . Cadre du litige, antécédents de la procédure et demandes formées devant la cour

1 . Les faits utiles à la solution du présent litige, tels que la cour a pu les reconstituer au départ des conclusions et des pièces des parties, y compris les pièces complémentaires versées aux débats sur l'invitation de la cour, peuvent être résumés comme suit.

La SA ENE est une entreprise belge spécialisée dans la technologie spatiale de pointe. Elle dit avoir été amenée à travailler avec l'Agence spatiale dans le cadre de divers contrats et avoir ainsi, à partir de 1998, développé des cellules solaires en collaboration avec l'entreprise italienne CESI, dans le cadre de programmes de recherche mis en place par l'Agence.

L'Agence spatiale est une organisation internationale composée de quinze Etats membres, dont deux — la Suisse et la Norvège — ne font pas partie de l'Union européenne, qui a pour mission de développer les capacités spatiales de l'Europe, notamment grâce à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une politique industrielle. Elle est régie par la Convention internationale « *portant création de l'Agence spatiale européenne* » du 30 mai 1975, telle qu'approuvée par une loi belge du 20 juillet 1978 et ratifiée par la Belgique le 3 octobre 1978.

Un des buts du programme de recherche des technologies de base de l'Agence spatiale (programme dit « TRP ») est le développement de cellules solaires à triple jonction et à jonctions multiples, de manière à transformer en énergie électrique une proportion maximale de l'énergie solaire, avec une efficacité maximale pendant tout le cycle de vie desdites cellules, et d'assurer, de la sorte, l'autonomie européenne en tentant de rattraper le retard accusé en la matière par l'Europe par rapport aux Etats-Unis et au Japon.

L'Agence spatiale souligne devant la cour, sans être sérieusement contredite sur ce point, que la réalisation de pareil objectif « *est tributaire de recherches technologiques de pointe, mais aussi d'une capacité de production industrielle, le tout devant s'inscrire dans un calendrier serré en tenant compte des moyens budgétaires disponibles ; qu'elle appelle, dès lors, une mise en balance des différents objectifs de la politique industrielle de l'Agence énoncés à l'article VII de la Convention de 1975* » (ses conclusions de synthèse, p. 12).

2 . Il n'est pas contesté qu'en partenariat avec CESI, la SA ENE a traité directement avec l'Agence spatiale pour les contrats dits « Cascade » (phases I et II, non versés aux débats), qui visaient le développement de cellules solaires à « *multi-jonction* », et a reçu à ce titre un financement direct de l'Agence spatiale. C'est dans ce cadre que la SA ENE a acquis le premier réacteur européen de grande capacité, à savoir le réacteur Aixtron 2600G3.

Ces activités, entamées en 1998 pour I, se sont achevées, avec la phase II, en juillet 2002. Des factures établies par la SA ENE de janvier 2001 à juillet 2002 à charge de l'Agence spatiale en exécution de la phase II ont été produites (pièce 44 de la SA ENE).

Les choses se sont passées autrement pour les contrats « TRP », dans la mesure où la SA ENE n'a jamais soumis d'offre, ni de projet d'offre, à l'Agence spatiale et n'est jamais apparue, dans le processus contractuel, comme le cocontractant direct de l'Agence spatiale, ni même d'ailleurs comme un sous-contractant pour deux des trois phases du programme TRP (*infra*, points 3 à 6).

3 . A la suite d'une offre non sollicitée pour le développement de cellules solaires avancées Triple Jonction GaAs, présentée en février 2001 à l'Agence spatiale par la société allemande TESSAG/ASE Solar (aujourd'hui RWE), suggérant — sous la direction générale d'ASE (« *overall project management* » — pièce 15 de l'Agence) — quelques contributions externes, notamment de CESI¹ pour les « *cellules dual plus* » en raison des activités antérieures de « *CESI/ENE* » dans le cadre du contrat Cascade (pièce 15 précitée, p. 23), l'Exécutif de l'Agence spatiale a soumis à l'approbation de son Comité de politique industrielle (ci-après « le CPI »), composé de représentants de tous les Etats membres, une proposition d'attribution de ce marché (pièce 16 de l'Agence).

Il est intéressant de noter que, dans la description du marché (« *Summary description* »), la proposition faite au CPI souligne que, dans le but d'avoir un producteur européen de cellules Triple Jonction, la passation du marché serait subdivisée en phases, les deux premières relevant du financement TRP et les deux suivantes (il n'a toutefois pas été fait état d'un contrat TRP-phase IV devant la cour), d'un financement national (« *Germany* ») et/ou de programmes facultatifs de l'Agence (pièce 16 précitée, p. 8).

Cette proposition, qui recommandait une procédure de négociation directe avec ASE (devenue RWE), a été approuvée par le CPI en ce qui concerne la phase I, pour un budget de 1,4 millions d'euros, étant précisé qu'« *à la fin de la phase I, une nouvelle proposition de marché sera soumise au CPI pour le reste de l'activité* »². A cette occasion, l'Italie, la Belgique et la Finlande ont attiré l'attention du CPI sur le fait que des compétences existaient

dans leurs pays respectifs (notamment CESI en Italie, Union Minière et ENE en Belgique) ; l'Exécutif s'est engagé à les prendre en considération².

Le contrat TRP-phase I, portant la référence « *ESTEC/Contract No 15134/01/NL/FM* », a été signé entre l'Agence spatiale et ASE (devenue RWE) en avril 2001 (pièce 17 de l'Agence)³.

Aux termes de l'article 1^{er} de ce contrat, ASE s'engage « [à] *mettre en œuvre la phase initiale de développement de la Triple Jonction avancée GaAs (Gallium Arsenide) des cellules solaires, qui comprend la production d'une première série de moyens fonctionnels avec un objectif de 25 % d'efficacité, et [à] délivrer le matériel et la documentation telle que décrite à l'article 3 ci-dessous et [à] faire une présentation orale des résultats* » (traduction libre).

Le même article indique qu'entre autres, l'offre non sollicitée d'ASE, de février 2001, fait partie intégrante du contrat, de même que les Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'Agence spatiale (ci-après « les Conditions générales » — pièce 8 de l'Agence), rendues applicables, en vertu de l'article 4, au marché conclu pour tout ce qui n'a pas fait l'objet de dispositions particulières.

Certaines des Conditions générales ont par ailleurs été précisées, notamment la clause 25, intitulée « *Sous-contrats* » (« *Sub-Contracts* »), à propos de laquelle il est stipulé que l'Agence accepte qu'une partie du travail, tel que spécifié dans l'offre d'ASE (future RWE), soit sous-traitée (« *be subcontracted* ») « *à Fraunhofer Institut Solare Energiesysteme, Fhg/ISE (D), CESI (I) et Université de Paris (F)* ». La SA ENE n'a donc pas été incluse dans ce projet, aucun budget ne lui ayant été réservé⁴, alors que 99.800,00 euros ont été prévus pour le sous-contrat avec CESI.

Comme la SA ENE le reconnaît elle-même, « *le contrat TRP Phase I a débuté avant que le contrat Cascade Phase II ne s'achève* » (ses conclusions de synthèse, p. 7). C'est ce qui peut expliquer, selon la cour, la présence de la SA ENE à une réunion du 15 novembre 2001 à Milan, ainsi que cela ressort de sa pièce 2*bis* qui renvoie, entre autres, au contrat n° 13069/98/NL/SB, soit le contrat Cascade, « *Phase II +CCN-2* » (dont les références sont indiquées dans la pièce 2 de la SA ENE).

La phase I s'est clôturée en décembre 2001.

En annexe 2, le contrat prévoyait la procédure d'amendement au contrat (amendement contractuel que la cour dénommera « *avenant* » dans la suite des développements), au moyen d'une notification de modification de contrat (en abrégé « *CCN* » pour « *Contract Change Notice* » en langue anglaise), à soumettre à l'Agence spatiale par le cocontractant sous la forme d'une proposition (pièce 17 de l'Agence, *in fine*).

4. Avant que la Phase I se termine, RWE soumettait, en septembre 2001, une offre « *CCN 1* » à l'Agence spatiale pour la **phase II** du programme TRP (pièce 19 de l'Agence spatiale).

Cette fois, le consortium « *CESI/ENE* » a été inclus dans l'offre de RWE pour la réalisation de tâches spécifiques, décrites aux pages 16, 20, 24 et 27, liées à des cellules de tailles différentes et de moindre performance que RWE, sans toutefois qu'un budget ait été prévu, aux pages 36 et 37, pour la SA ENE ; c'est sur la tête de CESI seule que le coût de cette facette de l'offre avait été évalué à ce stade.

L'Exécutif de l'Agence spatiale a soumis la proposition de marché correspondante (non produite) au CPI, lequel l'approuva en décembre 2001. Après une offre révisée de RWE en décembre 2001 (non produite) et une négociation avec l'Agence en mars 2002 (procès-verbal non produit), un avenant « *CCN n° 1* » (pièce 18 de l'Agence) au contrat 15134/01/NL/FM a été signé entre l'Agence spatiale et RWE entre mars 2002 (signature pour l'Agence) et mai 2002 (signature pour RWE) concernant la phase II.

Selon cet avenant, qui se réfère à l'offre de RWE de septembre 2001, en plus du travail accompli dans le cadre du contrat principal, RWE « *entreprend de procéder à la Phase 2 de l'activité de développement des cellules solaires Triple Jonction, qui couvre l'optimisation de la technologie cellule solaire triple jonction* » (art. 1), moyennant un budget global de 1,96 millions d'euros, dont 230.000,00 euros « *pour le sous-contrat avec CESI* » et 220.000,00 euros « *pour le sous-contrat avec ENE* » (art. 2).

L'Agence spatiale a enfin accepté, sous la clause 25 « *Sous-Contrats* » des Conditions générales, telle que précisées par l'avenant (art. 4), « *qu'une partie du travail telle que spécifiée dans l'offre [de RWE] pour cette CCN soit sous-traitée [« subcontracted »] à CESI (I), ENE (B), UMICORE (B), Fhg/ISE (D), Université de Paris (F), avec Astrium GmbH (D) et Spasolab (E) comme fournisseurs de services externes* ».

L'exécution de l'avenant CCN n° 1, et donc de la phase II, devait faire l'objet d'un suivi régulier, avec des réunions prévues à cet effet en été, automne et hiver 2002, avant la clôture prévue en mars 2003.

Dès juillet 2002, un contrat a été passé entre CESI et la SA ENE pour l'exécution des tâches décrites dans l'offre de RWE de septembre 2001 aux pages 16, 20, 24 et 27, dont une copie a été jointe telle quelle au contrat CESI-ENE pour en faire partie intégrante. En vertu de ce contrat, la SA ENE devait fournir à CESI les travaux visés et lui facturer, au fur et à mesure de la réalisation du marché, le prix convenu, de 220.000,00 euros, étant entendu que CESI ne paierait les factures émises qu'une fois reçus de RWE les paiements correspondants (pièce 45b de la SA ENE). CESI a par ailleurs retenu, sur le prix global du marché, de 225.000,00 euros selon l'ordre de CESI n° S2017 (même pièce), un montant de 5.000,00 euros pour les frais d'administration couverts [*« administration charges covered »*] par elle.

La SA ENE a donc bien été associée à la phase II, mais en qualité de sous-contractant, selon le texte de l'avenant CCN n° 1 et de ses travaux préparatoires. C'est en outre, comme le contrat CESI-ENE le démontre, en tant que sous-contractant de CESI, et non de RWE. Dans ses conclusions de synthèse devant la cour (p. 7), la SA ENE admet elle-même qu'*« en raison de la politique d'harmonisation, l'Agence n'avait qu'un seul contractant, à savoir RWE, la présence de CESI comme sous-contractant de RWE, et celle de ENE comme sous-contractant de CESI »* [a]yant toutefois eu lieu qu'avec le consentement exprès de l'Agence ».

5. Concernant la préparation de la **phase III**, il est fait mention, dans un compte-rendu d'une réunion avec l'Agence spatiale, du 15 octobre 2002, à laquelle la SA ENE — contrairement à CESI — n'a pas participé, d'un projet d'offre (non produit) de RWE en septembre 2002, à propos duquel le commentaire suivant est donné : *« CESI doit revoir la proposition, spécialement au regard des nouvelles capacités concernant l'utilisation du réacteur Emcore. Si ENE est impliquée (activités comparables sur le réacteur Aixtron), elles devraient être gérées par CESI comme sous-traitant »* (pièce 5 de la SA EN — *« as a subcontractor »*).

RWE a fait une offre sommaire *« CCN 2 »* à l'Agence le 29 octobre 2002 (pièce 7 de la SA ENE), avec une version revue en novembre 2002 (pièce 8 de la SA ENE), dans lesquelles RWE n'attribuait plus de tâche spécifique à la SA ENE, seule CESI y étant encore visée aux côtés d'autres sociétés, dont la société belge UMICORE (pièce 7, p. 8 ; pièce 8, p. 7).

Selon les conclusions de synthèse de l'Agence spatiale (p. 16), non contredites sur ce point, la proposition d'attribution de marché faite au CPI par l'Exécutif de l'Agence en décembre 2002 (non produite) envisageait la collaboration de FGH-ISE, de CESI, de l'Université de Paris et des sociétés belges UMICORE et IMEC. La SA ENE n'était pas visée.

Au cours de la 203^{ème} réunion du CPI, tenue à Paris les 29 et 30 janvier 2003, la délégation de la Belgique a fait valoir, concernant le *« plan de travail du TRP »*, que *« compte tenu du rôle joué dans les phases précédentes par l'industrie belge mais aussi italienne, [elle] trouverait normal que la firme ENE, à qui on pourrait confier un minimum d'activité pour maintenir ses compétences, figure au nombre des fournisseurs potentiels »*, ce à quoi l'Exécutif de l'Agence a répondu, après avoir expliqué les résultats atteints sur les cellules à triple jonction *« qui ont bénéficié d'un financement national allemand et d'un engagement similaire de l'industrie »*, qu'à la fin de la phase II du programme TRP, *« dans les premiers jours de mars [2003], on disposera de cellules développées avec un rendement de 25,6 %, auxquelles s'appliquera le processus d'industrialisation qui va entrer en phase de qualification ; l'urgence de l'utilisation des cellules dans un certain programme de l'Agence impose de progresser rapidement ; [...] toujours pour aller vite, on a constitué un consortium industriel sous la direction de RWE, qui détient la capacité industrielle nécessaire pour réaliser les cellules et les essayer, avec l'aide d'un service Assurance de qualité compétent ; en même temps, on prévoit une solution de rechange. La procédure d'approvisionnement est classique, aucune voix ne s'étant fait entendre pendant les réunions d'harmonisation pour demander par exemple une négociation de gré à gré avec un certain groupe »* (procès-verbal de la réunion : pièce 22 de l'Agence spatiale et pièce 8* de la SA ENE).

A l'issue de cette réunion, le CPI a approuvé *« à l'unanimité »* la proposition de marché pour la phase III, le seul vote négatif de la Belgique portant sur une autre proposition.

6. Le 6 mars 2003, la SA ENE adressait une lettre de protestation à l'Agence spatiale, *« compte tenu de la décision extrêmement préjudiciable prise les 29/30 janvier 2003 par le [CPI] »* dès lors qu'aucun budget ne lui était attribué pour la phase III et cela, *« avant examen et même avant connaissance des résultats obtenus par ENE »* pour la phase II, en priant le CPI ou l'Agence de revoir sa position à la lumière des résultats à présenter le 18 mars 2003 (pièce 8ter de la SA ENE — pièce 9 de l'Agence spatiale).

Le 20 mars 2003, deux jours après la présentation, en présence de RWE, des résultats à l'Agence, la SA ENE s'adressa par courriel à RWE (en réalité, selon la pièce 16 de la SA ENE, à RWE *via* Astrium, qui agissait comme coordinateur pour RWE⁵) en lui soumettant une proposition de participation au nouveau projet pour atteindre la compétitivité complète en dépassant les performances de cellules solaires offertes jusque-là sur le marché. Cette démarche est apparemment restée sans suite, aucune pièce n'étant produite à ce propos.

L'offre finale « CCN 3 » (après négociation) de RWE à l'Agence spatiale, du 8 avril 2003, est restée dans la ligne des préliminaires (*supra*, point 5), avec la contribution de CESI mais sans celle de la SA ENE (pièce 21 de l'Agence).

C'est sur cette base que l'avenant « CCN n° 3 » (pièce 20 de l'Agence) au contrat 15134/01/NL/FM a été signé entre l'Agence spatiale et RWE en mai 2003 pour la phase III, couvrant « *l'optimisation de la technologie cellule solaire triple jonction et des activités complémentaires additionnelles* », avec un budget total de 2,535 millions d'euros et une date-butoir fixée en juillet 2004.

L'Agence spatiale a enfin accepté, sous la clause 25 « *Sous-Contrats* » des Conditions générales, telle que précisées par l'avenant (art. 4), « *qu'une partie du travail telle que spécifiée dans l'offre [de RWE] pour cette CCN soit soit-traitée [« subcontracted* »] à Fgh/ISE (D), CESI (I) et UMICORE (B), avec Daimler-Chrysler/Ulm (D), GEMASEC (F) et IMEC (B) comme principaux fournisseurs de services externes ».

La SA ENE est donc résolument restée en dehors du marché relatif à la phase III, sans le moindre sous-contrat en perspective et donc sans financement de l'Agence pour la poursuite de ses activités en la matière.

Après avoir contesté cet état de choses par courriers successifs adressés à l'Agence spatiale et avoir participé à ce qu'elle nomme, dans ses conclusions de synthèse (p. 62), « *la réunion de conciliation du 26 juin 2003* » avec l'Agence spatiale en présence de l'Etat belge comme observateur, la SA ENE a finalement demandé à l'Agence, par une lettre du 17 novembre 2003, si celle-ci était « *disposée à soumettre la demande [non autrement précisée] de la SA ENE à un arbitrage, soit un arbitrage belge, soit celui de la Chambre de commerce international* » (pièce 27 de la SA ENE), ce à quoi l'Agence a opposé un refus catégorique par lettre du 17 décembre 2003, après avoir notamment rappelé qu'elle « *n'avait pas de relation contractuelle ou aucune autre relation légale avec ENE* » et que « *dans le contrat TRP couvrant l'optimisation des cellules solaires Triple Jonction, ENE n'a pas travaillé pour l'Agence, mais comme sous-contractant de CESI, qui lui-même était un sous-contractant de RWE* », en sorte que « *si ENE avait la moindre réclamation, elle devait l'adresser elle-même à ses clients CESI/RWE et résoudre avec eux le problème à un niveau industriel* » (pièce 28 de la SA ENE — traduction libre).

7 . La SA ENE a cité l'Agence spatiale, par exploit d'huissier du 29 mars 2004, à comparaître devant le tribunal de première instance de Bruxelles (ci-après « le premier juge ») aux fins d'obtenir le paiement de dommages et intérêts de 600.000,00 euros, à augmenter des intérêts au taux légal de 7 % à compter du 18 mars 2003, pour son éviction fautive du contrat TRP, phase III, qui a eu — selon la SA ENE — pour corollaire la création d'un monopole de fait en faveur de l'entreprise allemande RWE dans le domaine des cellules solaires, en violation des orientations européennes commandant d'offrir aux PME la possibilité de participer et d'innover dans le secteur spatial. Le dommage à réparer correspondrait, selon les termes de la citation introductive d'instance, « *à l'inutilité de ses investissements passés, la perte de marchés futurs, etc.* ».

En cours d'instance devant le premier juge, la SA ENE a porté son préjudice à 747.139,96 euros pour le dommage matériel et à 10.000,00 euros pour le dommage moral résultant de l'atteinte à sa réputation dans un domaine de recherche extrêmement pointu.

8 . Dès l'origine, la SA ENE a reproché à l'Agence spatiale les cinq comportements suivants, qualifiés par elle de fautifs :

8.1 . « *En octobre-novembre 2002 [« et en janvier 2003 »⁶], avant même que les résultats obtenus dans le cadre de l'exécution du contrat TRP, phase II soient connus, l'ESA [lire : l'Agence spatiale] a décidé de ne pas associer ENE à l'exécution du contrat TRP, phase III* » ;

8.2 . « *Le 18 mars 2003, lors de la présentation par ENE de ses résultats, celle-ci a constaté que les échantillons de cellules solaires qui avaient été demandés n'avaient pas été examinés, les résultats présentés par ENE/CESI, par RWE ainsi que par Fraunhofer/ISE n'avaient pas été réellement comparés, et qu'il n'avait pas non plus été répondu à la demande formulée par la délégation belge d'un rapport écrit quant à la preuve de la provenance européenne des dépôts épitaxiaux utilisés par RWE* » ;

8.3 . « Les résultats obtenus par ENE correspondent à ce qui avait été demandé dans le contrat TRP, phase II, ce qui est confirmé par des analyses indépendantes, desquelles il résulte que l'efficacité des cellules d'ENE en fin de vie pourrait être égale ou supérieure à d'autres cellules européennes, [ce qui n'a toutefois pas été constaté par l'Agence⁷] à défaut de comparaison objective avec des analyses indépendantes des résultats au 18/03/2003 » ;

8.4 . « Enfin, toujours le 18 mars 2003, immédiatement après la présentation des résultats, l'ESA a conclu un contrat relatif à la fourniture par RWE de cellules solaires pour le satellite Herschel-Planck avec RWE » ;

8.5 . « L'ESA ne prend pas en considération le fait que la capacité industrielle de RWE au 18 mars 2003 est très majoritairement axée sur l'importation [l'implantation⁸] d'épitaxies américaines, contrairement aux objectifs de l'ESA et alors qu'ENE aurait assuré avec CESI une production purement européenne » (termes de la citation).

9 . L'Agence spatiale a opposé à cette demande un déclinatoire de juridiction, déduit de l'article XV de la Convention internationale du 30 mai 1975, consacrant les privilèges et immunités dont jouissent l'Agence, les membres de son personnel, les experts ainsi que les représentants des Etats membres, et de son Annexe I « *Privilèges et immunités* ».

En ce qui concerne l'Agence spatiale proprement dite, l'article IV, § 1^{er}, de l'Annexe I précitée dispose :

« L'Agence bénéficie de l'immunité de juridiction et d'exécution sauf :

a) dans la mesure où, par décision du Conseil, elle y renonce expressément dans un cas particulier ; le Conseil a le devoir de lever cette immunité dans tous les cas où son maintien est susceptible d'entraver l'action de la justice et où elle peut être levée sans porter atteinte aux intérêts de l'Agence ;

b) en cas d'action civile intentée par un tiers pour les dommages résultant d'un accident causé par un véhicule à moteur appartenant à l'Agence ou circulant pour son compte, ou en cas d'infraction à la réglementation de la circulation automobile intéressant un tel véhicule ;

c) en cas d'exécution d'une sentence arbitrale rendue en application soit de l'article XXV, soit de l'article XXVI ;

d) en cas de saisie, ordonnée par décision des autorités judiciaires, sur les traitements et émoluments dus par l'Agence à un membre de son personnel ».

10 . Le premier juge s'est déclaré sans juridiction pour connaître du présent litige après avoir constaté que la SA ENE « ne se trouve pas dans les conditions pour bénéficier d'une des exceptions prévues par cet article » et avoir considéré que l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale n'est pas incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH ») dès lors qu'en l'espèce, la SA ENE semblait disposer d' « une ou plusieurs voies alternatives raisonnables de recours », qu'il s'agisse (i) du droit de faire valoir ses droits à l'intervention du représentant du Gouvernement belge près le CPI, (ii) du droit de saisir l'Ombudsman industriel de l'Agence spatiale ou encore (iii) du droit de recourir contre RWE, à qui a été attribué le marché TRP (phase III), et/ou contre CESI dont elle aurait été le sous-contractant.

Par voie de conséquence, le premier juge a condamné la SA ENE aux dépens, qu'il a liquidés de part et d'autre.

11 . La SA ENE a relevé appel de ce jugement, sauf en tant que le premier juge a liquidé les dépens.

Elle invite la cour à faire ce que le premier juge eût dû faire, en déclarant sa demande originale recevable et fondée et, partant, en condamnant l'Agence spatiale à lui payer la somme de 747.139,96 euros à titre de réparation du préjudice matériel subi, « à majorer des intérêts au taux légal de 7 % à dater du 18 mars 2003, date de la faute, et ce jusqu'à parfait paiement », ainsi que la somme de 10.000,00 euros à titre de réparation du dommage moral.

Enfin, la SA ENE poursuit la condamnation de l'Agence spatiale aux dépens des deux instances, qu'elle liquide en degré d'appel à 671,87 euros ou à 1.186,00 euros pour ce qui la concerne (186,00 euros pour les frais de la requête d'appel et 485,87 euros ou 1.000,00 euros pour l'indemnité de procédure selon le tarif — ancien ou nouveau — que la cour jugera applicable).

12 . L'Agence spatiale postule la confirmation du jugement entrepris en ce que le premier juge s'est déclaré sans juridiction.

Pour le cas où la cour ne suivrait pas sa thèse principale, accueillie par le premier juge, selon laquelle la SA ENE disposait de voies alternatives raisonnables pour faire valoir ses droits, l'Agence spatiale a formé, sans le nommer, un appel incident tendant à entendre confirmer que le premier juge était sans juridiction au motif qu'en l'espèce, une appréciation de tous les éléments pertinents mène à conclure que, dans la droite ligne de la jurisprudence européenne, l'immunité de juridiction serait conforme à l'article 6 de la CEDH alors même que la SA ENE ne disposerait pas des moyens alternatifs en question.

A titre subsidiaire, l'Agence spatiale invite la cour à dire l'action de la SA ENE non recevable ou, plus subsidiairement encore, à la dire non fondée.

En toute hypothèse, elle demande la condamnation de la SA ENE aux dépens des deux instances, qu'elle liquide à la somme de 485,87 euros ou, « *dans l'hypothèse où le nouvel arrêté fixant le tarif des indemnités de procédure trouverait à s'appliquer* », à 1.000,00 euros pour ce qui la concerne.

13 . Quant au fond, la SA ENE précise que « *seule la responsabilité extracontractuelle de l'Agence est mise en cause, à l'exclusion de toute responsabilité contractuelle* » (ses conclusions de synthèse, p. 46).

Les parties s'accordent par ailleurs à considérer, à ce stade de la procédure, que le droit applicable au présent litige est constitué des règles du droit belge relatives à la responsabilité extracontractuelle, combinées avec le droit propre à l'Agence spatiale, en ce compris les principes généraux de droit international qui lui sont applicables (conclusions de synthèse de l'Agence, p. 68 ; conclusions de synthèse de la SA ENE, p. 46).

L'Agence spatiale souligne que, parmi les principes spécifiques qui gouvernent son fonctionnement, il y a celui dit « du juste retour », destiné à assurer une répartition équitable de chaque Etat membre dans les activités et programmes de l'Agence (conclusions de synthèse de l'Agence, pp. 8 et 68), notamment en fonction de l'apport budgétaire de chaque Etat (Annexe V à la Convention du 30 mai 1975, art. IV). La SA ENE ne le dénie pas mais soutient que cette règle est sans incidence sur l'appréciation des fautes qu'elle impute à l'Agence (conclusions de synthèse de la SA ENE, p. 48).

II . Discussion et décision de la cour

14 . Il est admis par les parties qu'aucun des quatre cas valant exception à l'immunité de juridiction, en vertu de l'article IV, § 1^{er} (reproduit *supra*, point 9) de l'Annexe I « *Privilèges et Immunités* » de la Convention du 30 mai 1975, n'est applicable en l'espèce.

Manifestement, le Conseil de l'Agence spatiale n'a pas renoncé à son immunité dans le cas présent et ne devait pas le faire puisque la levée de cette immunité pouvait porter atteinte à ses intérêts. La première exception (art. IV, § 1^{er}, *litt.* a) est donc bien hors de propos.

Il en va de même des deuxième et quatrième exceptions, le présent litige étant étranger à tout accident de voiture ou infraction à la réglementation de la circulation automobile (art. IV, § 1^{er}, *litt.* b) ainsi qu'à toute saisie sur traitements ou émoluments d'un membre du personnel de l'Agence spatiale (art. IV, § 1^{er}, *litt.* d).

La troisième exception, celle relative à l'arbitrage, mérite plus d'attention. Certes, il n'y a pas, en l'occurrence, de sentence arbitrale à exécuter, mais la question se pose de savoir pourquoi ce cas de figure ne s'est pas présenté.

Deux formes d'arbitrage sont visés à l'article IV, § 1^{er}, *litt.* c, de l'Annexe I : d'une part, la mise en œuvre de la clause d'arbitrage que l'Agence spatiale est tenue d'insérer, en vertu de l'article XXV de la même Annexe, « *lors de la conclusion de tous contrats écrits, autres que ceux conclus conformément au statut du personnel* » et, d'autre part, le recours au tribunal d'arbitrage international visé à l'article XVII de la Convention du 30 mai 1975, recours ouvert, en vertu de l'article XXVI de la même Annexe, à tout Etat membre pour tout différend « *relatif à un dommage causé par l'Agence* » (art. XXVI, *litt.* a) ou « *impliquant toute autre responsabilité non contractuelle de l'Agence* » (art. XXVI, *litt.* b).

En ce qui concerne la seconde branche de l'alternative, la cour déduit du vote positif émis par la délégation belge auprès du CPI, en janvier 2003 (*supra*, point 5), que l'Etat belge n'a pas entendu saisir le tribunal arbitral, pour des raisons tenant à la politique industrielle, d'un différend lié au fait que la SA ENE n'a pas pu participer à la phase III du programme TRP. Cela a d'ailleurs été confirmé par le Haut Représentant pour les questions de politique spatiale, qui explique qu'« *un vote négatif [de la Belgique] sur cette proposition [d'attribution de marché pour la phase III] n'était*

pas envisageable étant donné les intérêts d'autres entreprises belges impliquées dans l'activité » (pièce 40 de la SA ENE).

Quant au premier volet de l'alternative, la SA ENE insiste devant la cour, en dépit de sa proposition, en novembre 2003, d'un arbitrage sur une base volontaire, déclinée par l'Agence spatiale en décembre 2003 (*supra*, point 6), qu'il n'y avait pas matière, dans son cas, à application d'une clause d'arbitrage au sens de l'article XXV de l'Annexe I, dès lors que sa demande se fonde, non sur l'interprétation ou l'exécution d'un quelconque contrat déjà conclu avec l'Agence spatiale⁹, mais sur « *des fautes [extracontractuelles] commises par l'Agence en violation des principes de bonne administration* » (ses conclusions de synthèse, p. 15) ayant conduit à ce qu'elle appelle son « *exclusion* » du marché TRP-phase III.

15. Forte de cette absence de procédure d'arbitrage pour un différend comme le sien, la SA ENB demande à la cour de faire primer le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH, sur l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale, dont elle ne conteste pas le principe.

Ainsi que la SA ENE l'admet, la limitation au droit d'accès à un juge résultant de l'immunité de juridiction des organisations internationales, telle l'Agence spatiale, poursuit un but légitime en ce qu'elle constitue un moyen indispensable au bon fonctionnement de celles-ci, sans ingérence unilatérale d'un Etat, dans un contexte d'élargissement et d'intensification de la coopération internationale qui se manifeste dans tous les domaines de la société contemporaine et, notamment, dans le domaine spatial.

Toutefois, selon la SA ENE, l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale — fût-elle usuelle en ce que la totalité ou la quasi-totalité des organisations internationales en bénéficient — conduirait, en l'espèce, à la priver de toute voie raisonnable de protection efficace des droits que lui garantit la CEDH. Son droit d'accès à un juge serait atteint dans sa substance même et pareille conséquence serait sans rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi par la Convention du 30 mai 1975 ayant institué l'immunité de juridiction au profit de l'Agence spatiale.

A l'appui de sa thèse, la SA ENE invoque principalement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant, de manière spécifique, l'immunité de juridiction des organisations internationales et, dans la ligne de cette jurisprudence, trois arrêts récents de la Cour de cassation, du 21 décembre 2009, dont l'enseignement aurait une portée générale en ce que, « *pour déterminer si l'atteinte portée aux droits fondamentaux est admissible au regard de l'article 6, § 1^{er}, [de la CEDH], il importe d'examiner, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, si la personne contre laquelle l'immunité de juridiction est invoquée dispose d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits que lui garantit la Convention* »¹⁰.

De l'avis de la SA ENE, « *en appliquant cette jurisprudence au cas d'espèce, il faut constater que l'Agence spatiale européenne n'a offert aucune autre voie raisonnable [lui] permettant de protéger efficacement les droits que lui garantit la CEDH. En effet, l'Agence spatiale européenne a explicitement refusé tout recours à l'arbitrage [...] ; elle n'a pas indiqué la possibilité de faire appel à son Ombudsman (et sous réserve, au demeurant, du pouvoir d'action limité de celui-ci) ; toutes les démarches potentielles à l'intermédiaire du représentant belge au sein de l'Agence ont été sans effet concret ; enfin, introduire des recours contre des parties vis-à-vis desquelles aucun grief n'est formulé par ENE ne présente pas une alternative suffisante au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation* » (ses conclusions de synthèse, p. 30).

16. A supposer qu'il faille suivre l'approche de principe ainsi défendue par la SA ENE, sans s'attacher à la particularité des litiges — propres à la fonction publique de l'Organisation — qui ont conduit aux trois arrêts précités de la Cour de cassation, encore convient-il de constater, comme l'Agence spatiale l'objecte à bon droit, que la SA ENE disposait, en l'espèce, de trois moyens raisonnables de faire valoir efficacement ses droits, d'autant qu'ils étaient susceptibles de se combiner.

Tout d'abord, la SA ENE avait la faculté, dont elle a d'ailleurs fait usage, de faire défendre ses droits au sein de l'Agence, à l'intervention de la délégation belge près du CPI (*infra*, point 17).

Ensuite, les critiques faites à l'Agence concernaient à tout le moins également la société allemande RWE et/ou la société italienne CESI, qui auraient pu être attirées en justice de ce chef sur la base des règles de la responsabilité civile pour l'évincement fautif allégué (*infra*, points 18 à 23).

Enfin, la SA ENE aurait pu faire appel à l'*Ombudsman* de l'Agence spatiale, dont elle ne pouvait ignorer l'existence (*infra*, point 24).

17 . L'Etat belge, interrogé par le conseil de la SA ENE à la lumière du jugement entrepris, a déclaré que « *la délégation belge auprès de [l'Agence spatiale], en particulier de son Comité de Politique industrielle [CPI], met tout en œuvre pour faciliter une solution au type de différends dont nous parlons ici, puisque sa mission comprend la défense des intérêts de l'industrie belge dans le cadre des activités de [l'Agence]* » (pièce 40 de la SA ENE). Il a rappelé, dans cette perspective, concernant la phase III du programme TRP et la réunion du CPI de janvier 2003 (*supra*, point 5), que la délégation belge avait émis « *une observation motivée en faveur d'ENE sur la proposition de contrat soumise par le Directeur général¹¹ et excluant votre cliente. Un vote négatif sur cette proposition n'était pas envisageable étant donné les intérêts d'autres entreprises belges impliquées dans l'activité* » (*ibidem*).

Même si, dans cet écrit, l'Etat belge laisse ouverte la question de savoir si pareille action de la délégation belge au sein de l'Agence peut être, ou non, assimilée à une voie alternative raisonnable, les données objectives qu'il fournit plaident pour une réponse affirmative compte tenu du contexte de politique industrielle dans lequel une telle démarche s'inscrit.

Le fait qu'en l'occurrence, ce moyen pour la SA ENE de faire protéger ses droits n'ait pas abouti concrètement ne lui enlève pas son caractère d'efficacité au regard du test de proportionnalité à effectuer.

Selon ses derniers écrits, la SA ENE n'aurait pas fait l'objet, en janvier 2003, d'une mesure générale d'exclusion du droit de soumettre des offres à l'Agence en vue de l'obtention de contrats, mais aurait seulement été privée du droit de poursuivre un marché particulier, le contrat TRP, en sorte que son cas sortirait du champ d'application de l'article 16.4 des Règles de procédure du CPI¹² (note d'audience, p. 7). Il reste que la nécessité de faire respecter, dans l'absolu, l'article 16.4, dont le libellé est identique à celui de l'article VI de l'Annexe V « *Politique industrielle* » à la Convention du 30 mai 1975, justifiait la vigilance de l'Etat belge, notamment pour éviter une exclusion de fait du marché des cellules solaires à Triple Jonction, de la SA ENE, à la supposer soumissionnaire¹³ (sur cette qualité, voir également *infra*, points 18 à 23). La cour observe surabondamment que l'Etat belge aurait même disposé d'un recours au tribunal d'arbitrage international (*supra*, point 14) si, plutôt que d'émettre un vote positif sur l'attribution du marché à RWE, il s'y était opposé et si — en dépit de ce désaccord sur ce que l'Etat aurait vu comme une exclusion de la SA ENE, au sens des dispositions précitées, dans un domaine donné — le contrat avait été passé avec RWE.

Certes, en l'occurrence, la démarche de la délégation belge en janvier 2003 a précédé la décision d'attribution de marché que la SA ENE critique aujourd'hui, mais l'efficacité de pareille démarche est à ce prix puisqu'elle vise à prévenir un éventuel arbitraire dans la prise de décision et qu'*a posteriori*, une fois l'attribution du marché décidée en vertu du pouvoir discrétionnaire de l'Agence, seul un contrôle marginal par un juge — si immunité de juridiction il n'y avait — aurait été envisageable pour combattre pareil arbitraire.

Cette démarche de janvier 2003 a pu en outre servir d'appui aux interventions ultérieures de la délégation belge, en juin-juillet 2003 et ultérieurement, pour la recherche d'une solution amiable avec l'Agence, dont le conseil de la SA ENE a fait état dans sa lettre à l'Etat belge du 24 janvier 2006 (pièce 38 de la SA ENE, visant « *les procédures amiables afin d'aboutir à une solution entre parties* »).

18 . En ce qui concerne l'alternative d'un recours contre RWE et/ou CESI, la SA ENE soutient qu'elle est sans réel contenu, car « *toutes les fautes alléguées [seraient] imputables à l'Agence, et à personne d'autre. C'est elle qui se voit reprocher d'avoir décidé prématurément sur la continuation du programme TRP Phase III, de ne pas avoir minutieusement comparé les résultats de ENE et de RWE, de ne pas avoir fait appel à un expert indépendant pour objectiver les résultats annoncés, d'avoir modifié un contrat en cours avec RWE sans consulter ENE, ou encore de ne pas avoir vérifié l'origine européenne des épitaxies utilisées par RWE, etc.* » (ses conclusions de synthèse, p. 47).

La SA ENE « *n'aperçoit pas en quoi et comment [elle] aurait pu mettre en cause la responsabilité contractuelle de RWE pour des manquements qui sont étrangers à celle-ci. RWE n'aurait pas manqué de faire valoir que cette demande était téméraire et vexatoire et qu'elle devait être dirigée contre...l'Agence* » (sa note d'audience, p. 5). Selon la SA ENE, il en irait de même du prétendu recours contre CESI, d'autant qu'elle n'aurait vraiment rien à reprocher à CESI, « *qui a au contraire proposé à l'Agence de poursuivre la collaboration en tandem avec [elle]* » (ses conclusions de synthèse, p. 40).

Autrement dit, la situation dénoncée ne procéderait, selon la SA ENE, d'aucune décision de RWE et/ou de CESI. Ce que la SA ENE critique, c'est « *la décision **de l'Agence** de l'exclure du programme TRP, phase III* » (mêmes conclusions, p. 39 — souligné et en gras dans le texte), sans motifs admissibles. L'Agence avait en effet, du point de vue de la SA ENE, la pleine maîtrise de maintenir ou non sa société dans le marché TRP-phase III.

La SA ENE admet que « *L'Exécutif de l'Agence spatiale ne formule que des indications quant aux sous-traitants autorisés* » et reconnaît comme exact le fait que chaque contractant peut présenter ses sous-contractants à l'Agence en vue de leur agréation. Elle soutient toutefois qu'en raison du procédé de l'approbation, la décision finale appartenait bien à l'Agence et qu'en l'espèce, « *[son] exclusion a été le fait de la décision prise par Madame Signorini, directrice du département générateurs solaires* » (ses conclusions de synthèse, pp. 53 et 66).

Et de développer son raisonnement comme suit : « *Prétendre que ce serait RWE qui choisit librement ses sous-traitants sans intervention de l'Agence est une erreur de droit et de fait. En droit, les sous-traitants doivent être agréés par l'Agence, ce que celle-ci ne conteste pas (cf. pp. 25 et 70 de ses conclusions d'appel). En fait, et spécialement dans le cas d'espèce, il apparaît que ce n'est pas RWE qui a proposé à ENE d'être son sous-traitant et ensuite de se faire agréer par l'Agence, mais bien l'Agence qui a souhaité maintenir, depuis les contrats Cascade I et II, et ensuite dans les contrats TRP Phases I et II, une concurrence scientifique et technologique entre RWE d'une part, et ENE/CESI d'autre part, même si juridiquement et pour satisfaire à la politique d'harmonisation, les seconds ne pouvaient apparaître que comme les sous-traitants du premier. Dans les faits c'est **en direct** avec l'Agence (et non avec RWE) qu'ENE et CESI ont discuté des objectifs à atteindre, ont présenté les résultats intermédiaires obtenus et ont fait valoir leurs résultats finaux, RWE en faisant de même, de son côté, **en parallèle*** » (conclusions de synthèse de la SA ENE, p. 41 — en gras dans le texte).

19. La thèse ainsi développée par la SA ENE ne rend pas correctement compte des éléments de fait du dossier, tels qu'ils ressortent des pièces soumises à la cour.

Il apparaît, en effet, de discussions tenues avec l'Agence spatiale en octobre 2002 sur la base d'une proposition de RWE de septembre 2002, que l'Agence n'était pas opposée à ce que la SA ENE soit impliquée dans la phase III pourvu qu'elle agisse comme sous-contractant de CESI (*supra*, point 5), qualité en laquelle elle intervenait déjà dans la phase II.

Or l'offre sommaire remaniée de RWE, de novembre 2002, n'a pas prévu la SA ENE dans la répartition des tâches pour la phase III, pas même de manière implicite en isolant — comme il semble que ce fut le cas dans une offre intermédiaire d'octobre 2002 (pièce 7 de la SA ENE, pp. 8 et 9) — un poste du budget de CESI pour l'attribuer à la « *Belgique* » (*supra*, point 5).

Rien n'établit dès lors que, sous le couvert de l'application de l'article 25.2 des Conditions générales¹⁴, ou autrement, l'Agence aurait mis son veto à ce qu'un sous-contrat soit passé par la RWE, à l'intervention de CESI, avec la SA ENE, et encore moins que cet évincement allégué de la SA ENE ait eu lieu indépendamment des propres choix de RWE.

Le compte-rendu de l'entretien par téléphone que le Président de la SA ENE aurait eu avec Madame Signorini, de l'Agence, le 28 janvier 2003, est dépourvu de toute valeur probante puisqu'il a été fait unilatéralement par la partie (SA ENE) qui entend s'en prévaloir devant la cour et que l'Agence spatiale n'a pas été mise en situation, *in tempore non suspecto*, de réagir, puisque la SA ENE s'est bornée à donner cette relation des faits dans une lettre du 5 février 2003 à l'Etat belge (pièce 8bis de la SA ENE), sans communication d'une copie à l'Agence.

Les débats au sein du CPI, des 29 et 30 janvier 2003 (*supra*, point 5) ne sont pas davantage porteurs d'enseignement sur le rôle prétendument exclusif de l'Agence dans la décision de ne pas associer la SA ENE à la phase III, alors que des propositions de RWE avaient précédé la présentation au CPI, du dossier d'attribution de marché, par le Directeur général de l'Agence.

Quant à sa présence à une ancienne réunion du 15 novembre 2001, dont la SA ENE fait grand cas, aucune déduction valant présomption de ce qu'elle aurait, de tout temps, négocié directement avec l'Agence spatiale sa participation au programme TRP, ne peut en être tirée puisque l'ordre du jour de cette réunion visait notamment le contrat Cascade II/CCN2 (*supra*, point 3)¹⁵. La seule présence de la SA ENE à une réunion, à laquelle participaient également d'autres sociétés tierces, ne suffirait au demeurant pas à démontrer qu'elle était partie prenante dans une négociation directe avec l'Agence spatiale pour le programme TRP. Ce qui est advenu de la SA ENE au stade des phases I et II en est la meilleure preuve.

C'est dès lors à bon droit que l'Agence spatiale évoque le recours dont la SA ENE, non sélectionnée, disposait à l'égard de RWE pour faire valoir ses droits à l'obtention de l'un ou l'autre sous-contrat dans le cadre de la phase III du programme TRP. Du reste, dans sa requête d'appel (p. 43), la SA ENE relevait le rôle joué par RWE, en déclarant que son exclusion du contrat TRP-phase III « *a pour effet de favoriser RWE, qui sous-traitera ce qu'il veut bien à CESI, tendant donc à étouffer toute compétition* ».

La SA ENE a d'ailleurs écrit à RWE, le 20 mars 2003, pour lui proposer sa participation au projet (*supra*, point 6), ce qui montre, de surcroît, qu'une collaboration n'était pas impossible, de son point de vue, avec RWE, dont elle monte vainement en épingle la position de concurrent¹⁶.

20 . S'il fallait considérer que la SA ENE impute à l'Agence spatiale seule la responsabilité du sort qui lui a été réservé au stade de la phase III du programme TRP, pour le motif que, ce faisant, l'Agence aurait méconnu un de ses droits acquis, celui d'accéder à la phase III du fait de sa participation fructueuse à la phase II, encore faudrait-il constater que la SA ENE se placerait, dans cette hypothèse de travail, dans la sphère contractuelle, ce qui aurait pu lui ouvrir le droit à l'arbitrage conformément à l'article XXV de l'Annexe I à la Convention du 30 mai 1975 (*supra*, point 14).

Or la SA ENE n'a jamais tenté de faire valoir la clause d'arbitrage au motif, précisément, qu'elle n'était pas dans les conditions pour la mettre en œuvre. Et, pour clore cette parenthèse, l'Agence spatiale soutient, avec raison, que la SA ENE n'avait, de toute façon, aucun droit acquis dès lors que, d'une part, aucune disposition contractuelle ou réglementaire quelconque ne lui conférait le droit de participer à chaque phase du programme TRP ni ne faisait dépendre son accès à une nouvelle phase, du succès de la phase précédente et que, d'autre part, l'Agence spatiale n'avait jamais laissé croire à la SA ENE qu'elle ferait automatiquement partie de la phase III, d'autant que le financement des deux premières phases devait en principe, selon la proposition d'attribution de marché soumise au CPI pour la phase I, différer de celui des suivantes (*supra*, point 3).

21 . La SA ENE se défend encore de toute voie alternative latérale (contre RWE et/ou CBSI), raisonnable et efficace, en soutenant que ses griefs « *concernent uniquement le comportement de l'Agence* ».

Cette assertion s'avère inexacte en droit comme en fait.

Tout d'abord, en effet, le choix des griefs invoqués devant la cour n'implique pas que d'autres griefs, tout aussi pertinents, n'auraient pu être formulés à l'encontre de RWE et/ou CESI à la faveur d'un recours en justice contre ces sociétés, fondé, par exemple, sur la responsabilité civile et/ou sur un abus de position dominante.

Ensuite, les développements consacrés par la SA ENE aux fautes imputées à l'Agence spatiale comportent des griefs mettant manifestement en cause RWE, telles les affirmations selon lesquelles (i) l'exclusion de la SA ENE « *arrangeait parfaitement RWE, firme concurrente d'ENE sur le marché des cellules solaires, qui avait tout avantage à ne pas promouvoir la contribution potentielle d'ENE* » (conclusions de synthèse de la SA ENE, p. 54), (ii) RWE aurait utilisé à grande échelle des epitaxies non européennes alors que le but poursuivi par le marché était de promouvoir la technologie de provenance européenne (mêmes conclusions, p. 56 ; *adde* : l'énoncé même des 2^{ème} et 5^{ème} fautes reprochées à l'Agence — *supra*, points 8.2 et 8.5), (iii) RWE aurait fait une déclaration mensongère en affirmant atteint l'objectif lié à des diodes de protection (mêmes conclusions, p. 60) et (iv) RWE aurait bénéficié des retombées du contrat TRP-phase II pour convenir avec l'Agence spatiale, sans intervention du consortium CESI/ENE, du remplacement des cellule solaires sur le satellite Herschel-Planck (énoncé de la 4^{ème} faute — *supra*, point 8.4).

Il y avait donc bien une voie alternative raisonnable offrant à la SA ENE la faculté de faire valoir et protéger efficacement ses droits en la présente espèce dans le cadre d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la CEDH.

22 . Eu égard aux constatations et considérations qui précèdent, la qualification, en droit ou en fait¹⁷, à donner aux liens entre la SA ENE et les sociétés RWE et CESI, au regard du droit belge ou d'un autre droit, non défini, devient sans pertinence.

La qualification de sous-traitance en droit belge n'est au demeurant pas inconciliable avec la nature des tâches spécifiques confiées (phase II) ou à prétendument confier (phase III), sous la responsabilité de RWE (art. 25.3 des Conditions générales¹⁸), à la SA ENE — celle-ci eût-elle une technologie brevetée pour ce faire. Le fait que les cellules solaires à mettre au point par la SA ENE aient été de taille différente et de performance moindre, répondant à des tâches complémentaires au sein d'un programme donné, n'empêchait nullement de les voir intégrées dans le programme en question (le programme TRP) assumé globalement par RWE vis-à-vis de l'Agence.

L'allégation selon laquelle « *RWE n'aurait jamais accepté, si ENE avait été un véritable sous-traitant, la responsabilité des éventuelles défaillances d'ENE* » car RWE « *était dans l'incapacité de réaliser le travail d'ENE, à défaut de disposer de la technologie, du brevet, etc.* » (note d'audience de la SA ENE, p. 5) est un argument

d'autorité qui ne se vérifie en outre pas pour la phase II, eu égard à l'article 25.3 des Conditions générales, auquel il n'a pas été dérogé.

23 . Enfin, il ne convient pas de vérifier, pour conclure à des voies alternatives raisonnables à l'encontre de RWE, voire même de CESI, que celles-ci soient nécessairement vouées au succès, pourvu qu'elles soient réelles et effectives, comme en l'espèce.

24 . En sus des deux moyens alternatifs déjà examinés, qui pouvaient se combiner, la SA ENE avait la faculté de saisir l'*Ombudsman* de l'Agence spatiale du litige, puisque ce recours est ouvert à tout industriel qui déplore le fait d'avoir été évincé, au cours de l'attribution d'un marché de l'Agence, au profit d'un autre candidat, contractant ou sous-contractant.

Impliquée depuis longtemps dans des contrats Cascade (*supra*, point 2) et étant, par ailleurs, en contact avec la délégation belge au sein du CPI dans le cadre de l'attribution des contrats TRP (*supra*, points 5 et 17), la SA ENE ne pouvait manifestement pas ignorer cette voie alternative, laquelle faisait en outre partie intégrante d'un document diffusé par l'Agence spatiale sur les « *Meilleures pratiques — Pour la sélection des sous-traitants* [« Subcontractors »] *par les contractants principaux* [« Prime Contractors »] *dans le cadre des Attributions de marchés majeurs de l'Agence* », où il est au surplus donné à lire que ces exigences de « Meilleures Pratiques » ont été approuvées par le CPI (pièce 12 de l'Agence — traduction libre ; *adde* : pièce 11 de l'Agence et pièce 41 de la SA ENE).

Lorsqu'il est régulièrement saisi, l'*Ombudsman* a notamment le droit d'enquêter sur le respect des instructions en matière d'attribution de marchés, sur le caractère non discriminatoire de la procédure d'attribution incriminée et/ou sur sa conformité aux pratiques justes et équitables.

Même si son intervention ne peut aboutir à des décisions exécutoires à charge des sociétés auxquelles il a fait des recommandations, l'*Ombudsman* constitue un appui indéniable aux sociétés dans l'exercice d'un recours latéral, tel celui dont question plus haut, points 18 à 23.

Son rôle est d'autant plus important qu'il est prévu, « *en dépit du fait qu'il n'est pas compétent pour recevoir des plaintes concernant les litiges entre l'Agence et l'industrie* », que l'*Ombudsman* fasse rapport au chef du département des contrats de l'Agence spatiale « *si les résultats des investigations* [faites dans le champ des différends entre entreprises] *devaient* ['] *amener à la conclusion que la situation a été causée par des actions ou des omissions de l'Agence* » (pièce 12 de l'Agence, point 4, al. 3).

25 . La cour en arrive ainsi à la conclusion que l'immunité de juridiction invoquée par l'Agence spatiale l'est à bon droit dès lors que cette immunité n'emporte pas une restriction disproportionnée au droit d'accès de la SA ENE à un juge dans les circonstances particulières de l'espèce et, notamment, eu égard aux enjeux de la politique industrielle et au principe du juste retour entre Etats membres, laissés à l'appréciation souveraine — mais non arbitraire — de l'Agence spatiale avec un mécanisme de contrôle des Etats, y compris au sein du CPI.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Après approbation de dix-huit notes en bas de page ;

Reçoit les appels ;

Dit l'appel principal non fondé et, partant, l'appel incident sans objet ;

Condamne la S.A. ENERGIES NOUVELLES ET ENVIRONNEMENT aux dépens d'appel, liquidés à 1.000,00 euros pour ce qui concerne l'AGENCE SPATIALE EUROPEENNE.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience civile publique de la 21^{ème} chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le

Où sont présents :

A. Bouché, conseiller ff. président,

M. Salmon, conseiller,

S. Geubel, conseiller,

L. Willem, greffier,

L. Willem

S. Geubel

S. Salmon

A. Bouché

Footnotes

¹ La SA ENE n'est pas citée dans l'offre comme collaborateur potentiel de RWE, alors ASE, ni même de CESI.

² Dernière page (traduction libre) de la pièce 16 de l'Agence spatiale, qui relate la décision du CPI.

³ Il n'y a pas de date dans la version produite par l'Agence mais elle ressort de la chronologie des paiements, telle que prévue sous l'intitulé « *Clauses 20 et 21* », au point 3 (page 8 du contrat).

⁴ Le fait que les travaux de la SA ENE durant la phase I du programme TRP n'ont pas été financés par l'Agence, directement ou indirectement, a été confirmé, pour autant que de besoin, par la SA ENE dans ses conclusions de synthèse d'appel, page 50, § 75.

⁵ Voir notamment la trace de son rôle de support de RWE à la pièce 4 de la SA ENE (p. 1/4) et à la pièce 15 de l'Agence spatiale (pt 4.1).

⁶ Passage ajouté en fonction des conclusions de synthèse de la SA ENE (p. 49).

⁷ C'est ainsi que la cour comprend ce passage à la lumière des conclusions de synthèse de la SA ENE, à lire comme suit : « *ce qui n'a toutefois pas été constaté par l'Agence nonobstant les analyses indépendantes produites par ENE* » (p. 61).

⁸ Terme utilisé dans les conclusions de synthèse de la SA ENE (p. 64).

⁹ L'article 13 des Conditions générales relatives aux contrats de l'Agence, qui faisaient partie intégrante des contrats TRP passés avec RWE, prévoyait effectivement le recours à l'arbitrage pour « *tout différend né de l'interprétation ou de l'exécution du contrat* ».

¹⁰ Citation tirée de l'arrêt du 21 décembre 2009 rendu en la cause n° S.04.0129.F, portant sur l'immunité de juridiction d'une organisation internationale dans un litige l'opposant à un membre de son personnel et non, comme pour les deux autres causes, sur l'immunité d'exécution.

¹¹ En vertu de l'article 14 des Règles de procédure du CPI (pièce 3 de l'Agence), les propositions pour le choix d'un contractant doivent être soumises au CPI par le Directeur général de l'Agence spatiale et comme telles, mises aux voix.

¹² L'article 16.4 dispose: « *Toute décision prise pour des raisons de politique industrielle et ayant pour effet d'exclure une entreprise donnée ou une organisation d'un Etat membre des soumissions en vue de l'attribution des contrats de l'Agence dans un domaine donné requiert l'accord de cet Etat membre* ».

¹³ La SA ENE laisse en effet parfois entendre, dans ses conclusions de synthèse (voir notamment les pages 22, 24, 60, 62 et 65), qu'elle aurait eu, ou dû avoir, une relation directe avec l'Agence spatiale, qu'elle comptait parmi les « *concurrents en lice* », que l'Agence aurait dû éliminer RWE de la phase III et non rejeter son offre, la faute extracontractuelle de l'Agence ayant consisté à l'exclure comme soumissionnaire sans motifs admissibles.

¹⁴ En vertu de l'article 25.2, relatif aux sous-contrats, le contractant principal (RWE en l'occurrence) doit « *soumettre pour accord à l'Agence le plan d'ensemble des sous-contrats qui seront placés auprès de tiers* », étant entendu que « *l'Agence ne refusera pas son accord à la passation des sous-contrats après sa signature du contrat principal, si les sous-contrats en question étaient énumérés dans l'offre acceptée de l'Agence* ».

¹⁵ *Adde* : pièce 33 de la SA ENE, qui n'ajoute rien à la réflexion par rapport à la pièce 2*bis*, déjà examinée sous le point 3 du présent arrêt.

¹⁶ Sous l'angle concurrentiel, la position de la SA ENE par rapport à RWE, combinée à celle de CESI, était d'ailleurs comparable au stade de la phase II, sans qu'elle en ait jamais conçu la moindre plainte.

¹⁷ La position de la SA ENE est assez fluctuante à ce propos.

¹⁸ Aux termes de l'article 25.3, « *le contractant sera responsable de la bonne exécution de tout sous-contrat passé par lui dans le cadre du contrat principal* ».