Document:-
A/CN.4/SR.1917

Compte rendu analytique de la 1917e séance

sujet:
Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1985, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

international privé il soit habituel de parler de la loi au sens de droit. La meilleure solution serait de préciser dans le commentaire qu'il s'agit de tout le droit applicable dans un Etat, y compris le droit international qui fait partie du droit interne de cet Etat.

47. Quant au lien qui peut exister entre la disposition de l'article 20 et la question de l'exécution des sentences arbitrales, M. Reuter jugerait logique d'ajouter au cas du tribunal d'un autre Etat sur le territoire duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu, et au cas du tribunal d'un autre Etat selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu, un troisième cas : celui d'un autre Etat dans lequel la demande d'exécution de la sentence arbitrale est présentée. En effet, on évite généralement, en cas de litige entre une société et un Etat, de demander l'*exequatur*, procédure onéreuse. Mais si on envisage l'exécution de la sentence arbitrale, on choisit de demander l'*exequatur* devant le tribunal d'un pays où se trouvent des biens sur lesquels l'exécution pourrait porter. Il semblerait aussi qu'il faille étendre la non-application de l'immunité dans ce cas-là également. Bien entendu, il se peut aussi qu'un Etat demande l'exécution de la sentence arbitrale, mais alors le problème de l'immunité de juridiction ne se pose pas.

48. Se référant au paragraphe 2 de l'article 20, M. Reuter relève que le texte original anglais utilise les termes *arbitration agreement*, traduits en français par « convention d'arbitrage ». En anglais, le mot *agreement* désigne un acte conventionnel de caractère modeste, tandis qu'en français le terme « convention » a une connotation plus élevée. Il serait préférable d'utiliser en français l'expression « accord d'arbitrage », de manière à couvrir toutes les hypothèses.

49. On a émis l'avis que l'article 20 ne devrait viser que les accords conclus sur le plan du droit international, autrement dit des accords d'arbitrage commercial conclus entre deux Etats. C'est là une hypothèse exceptionnelle, mais qui a existé. Le président Cassin avait rendu en 1955 une sentence arbitrale dans un différend maritime entre le Royaume-Uni et le Gouvernement hellénique[21]. La question s'était posée de savoir s'il y avait eu transaction et arbitrage de nature commerciale ou bien transaction et arbitrage de droit international public. Il faudrait donc libeller le paragraphe 2 de façon plus précise.

La séance est levée à 13 h 5.

[21] Affaire des *Cargaisons déroutées* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [numéro de vente : 63.V.3], p. 65).

1917e SÉANCE

Mardi 2 juillet 1985, à 15 h 5

Président : M. Satya Pal JAGOTA

Présents : le chef Akinjide, M. Arangio-Ruiz, M. Balanda, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Lacleta Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Riphagen, sir Ian Sinclair, M. Sucharitkul, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (*suite*) [A/CN.4/376 et Add.1 et 2[1], A/CN.4/388[2], A/CN.4/L.382, sect. D, ILC(XXXVII)/Conf.Room Doc.1 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

PROJET D'ARTICLES PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL[3] *(suite)*

ARTICLE 19 (Navires employés en service commercial) *et* ARTICLE 20 (Arbitrage)[4] *[suite]*

1. M. OGISO remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté une version révisée du projet d'article 19 qui tient compte des diverses vues exprimées à la session précédente. Il n'a pas, en principe, d'objection au renvoi de l'article au Comité de rédaction, mais souhaite des éclaircissements sur certains points. Premièrement, il semble qu'il ne soit fait aucune mention, dans le sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/376 et/Add.1 et 2), des cas d'abordage entre navires. Il semble improbable qu'aucun navire appartenant à un Etat ou exploité par un Etat n'ait été impliqué dans l'un ou l'autre des nombreux cas d'abordage qui ont été portés devant les tribunaux. En cas d'abordage entre un navire d'Etat ou exploité par un Etat qui est utilisé à des fins commerciales et un navire de commerce ordinaire dans les eaux territoriales d'un Etat côtier, le paragraphe 1 de l'article 19 signifierait-il que le tribunal de l'Etat côtier est compétent s'il est saisi par le propriétaire du navire de commerce ordinaire ? Si cette interprétation est la bonne, M. Ogiso souhaiterait avoir confirmation que, dans la mesure où l'Etat est engagé en qualité de propriétaire dans une opération commerciale consistant à transporter des marchandises de cet Etat côtier à destination d'un autre Etat côtier, une affaire portée devant un tribunal en cas d'abordage ou autre accident de navigation constituerait « une procédure judiciaire concer-

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie).

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie).

[3] Les textes des projets d'articles examinés par la Commission à ses précédentes sessions sont reproduits comme suit :

Première partie du projet : *a*) art. 1er révisé et commentaire y relatif adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 104 ; *b*) art. 2 : *ibid.*, p. 100, note 224 ; dispositions adoptées provisoirement par la Commission — par. 1, al. *a*, et commentaire y relatif : *ibid.*, p. 104 ; par. 1, al. *g*, et commentaire y relatif : *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 37 ; *c*) art. 3 : *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 100, note 225 ; par. 2 et commentaire y relatif adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 37 ; *d*) art. 4 et 5 : *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 100, notes 226 et 227.

Deuxième partie du projet : *e*) art. 6 et commentaire y relatif adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 139 et suiv. ; *f*) art. 7, 8 et 9 et commentaires y relatifs adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 105 et suiv. ; *g*) art. 10 et commentaire y relatif adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 23 et suiv.

Troisième partie du projet : *h*) art. 11 : *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 99, note 220 ; textes révisés : *ibid.*, p. 104, note 237, et *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 62, note 200 ; *i*) article 12 et commentaire y relatif adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 27 et suiv. ; *j*) art. 13 et 14 et commentaires y relatifs adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 65 et suiv. ; *k*) art. 15 et commentaire y relatif adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv. ; *l*) art. 16, 17 et 18 et commentaires y relatifs adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 69 et suiv.

[4] Pour les textes, voir 1915e séance, par. 2 et 3.

nant l'exploitation commerciale de ce navire » au sens de l'article.

2. Une autre question concerne la condition énoncée à la fin du paragraphe 1, à savoir « si ... le navire et la cargaison appartenant à cet Etat étaient utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales ». M. Ogiso se demande si, sous sa forme actuelle, le texte est suffisamment explicite pour que cette condition n'exclue pas le cas d'un navire appartenant à un Etat A transportant une cargaison appartenant à un Etat B.

3. A propos du projet d'article 20, M. Ogiso demande quelle est la portée, ou l'utilité, de la mention du « territoire » de l'autre Etat où l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu. A son sens, il suffit de dire « d'un autre Etat selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu ». Cette observation mise à part, M. Ogiso n'a pas d'objection à ce que l'article soit renvoyé au Comité de rédaction.

4. Le chef AKINJIDE dit qu'étant originaire d'un pays en développement il ne peut qu'être vivement préoccupé par les répercussions des deux projets d'articles à l'examen. Les quinze dernières années ont vu l'écroulement du principe de l'immunité absolue des Etats en matière commerciale, le coup le plus grave à ce principe ayant été porté par la loi des Etats-Unis d'Amérique sur les immunités des Etats étrangers, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, et la loi du Royaume-Uni relative à l'immunité des Etats, *State Immunity Act 1978*. Cette évolution a coïncidé avec l'émergence des pays en développement, où de nombreuses transactions commerciales sont effectuées par l'Etat plutôt que par des sociétés privées.

5. Les articles 19 et 20 mettent en présence trois grands groupes d'intérêts : ceux des pays occidentaux développés, dont 80 ou 90 % des transactions commerciales sont effectuées par des sociétés privées ; ceux des pays en développement, dont la grande majorité des transactions commerciales est effectuée par l'Etat ; et ceux des pays à économie planifiée, où toutes les transactions commerciales sont du ressort de l'Etat. Il semble que, loin de viser à maintenir un équilibre entre ces intérêts antagoniques, l'intention de ces articles soit d'aligner l'ensemble de la pratique internationale sur les lois des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni susmentionnées. En fait, l'article 19 signifie que, sauf convention contraire, un Etat, traitant avec une société publique ou privée sise dans un autre Etat, ne bénéficierait d'aucune immunité, quelle qu'elle soit. Les conséquences qui en résulteraient seraient très graves. De par son expérience personnelle des procès commerciaux dans divers pays européens, le chef Akinjide doute qu'un gouvernement d'un pays en développement signe l'un ou l'autre des deux articles dont la Commission est saisie, sans parler de les ratifier. La position de M. Ouchakov, bien que peut-être trop catégorique à certains égards, est plus proche de la réalité. On ne saurait attendre de l'Union soviétique, vu que le *State Immunity Act 1978* ne lui est pas applicable en vertu du *State Immunity (Merchant Shipping) (Union of Socialist Republics) Order 1978* (v. A/CN.4/376 et Add.1 et 2, par. 195 et 196), qu'elle devienne partie à une convention comprenant les articles 19 et 20 tels qu'ils sont proposés par le Rapporteur spécial.

6. Concernant le projet d'article 20, il est un aspect qu'il ne faut pas méconnaître : en règle générale, les ressortissants de l'Etat partie à une procédure d'arbitrage engagée devant un tribunal d'un autre Etat ne sont pas autorisés à agir en qualité de conseil devant ce tribunal. Si, comme cela arrive souvent, un litige auquel un Etat en développement est partie est soumis à l'arbitrage d'un tribunal d'un pays développé selon la loi d'un autre pays développé, l'Etat en développement doit s'assurer les services de conseils de ces deux pays, à un coût extrêmement élevé et avec des conséquences désastreuses pour son économie.

7. Le chef Akinjide considère, pour toutes ces raisons, que les articles 19 et 20 sont trop unilatéraux, qu'ils ne tiennent pas compte des intérêts fondamentaux de toutes les composantes de la communauté internationale et qu'ils doivent faire l'objet d'un réexamen très approfondi. Il n'est pas favorable à leur renvoi, à ce stade, au Comité de rédaction.

8. Le PRÉSIDENT demande si le réexamen auquel le chef Akinjide songe peut être effectué par le Comité de rédaction ou s'il suppose que les projets d'articles doivent être revus par le Rapporteur spécial lui-même.

9. Le chef AKINJIDE dit que les problèmes en cause sont à ce point fondamentaux qu'à son avis la Commission doit réexaminer à fond les articles. Les accepter reviendrait à admettre que les riches doivent continuer d'être riches et les pauvres rester pauvres.

10. M. RAZAFINDRALAMBO félicite le Rapporteur spécial de son étude très documentée. Le sixième rapport (A/CN.4/376 et Add.1 et 2) montre bien l'évolution de la pratique et de la doctrine de l'immunité absolue vers l'immunité restreinte. L'immunité absolue était observée par les puissances maritimes quand elles avaient le quasi-monopole des mers. Le revirement des Etats-Unis d'Amérique date de 1952, celui du Royaume-Uni de 1981. Les pays nouvellement indépendants ont par nécessité souscrit à la nouvelle doctrine, car ils ne pouvaient rester en marge des courants commerciaux qui s'étaient établis sans eux. Les relations commerciales et les rapports Nord-Sud ayant fait de ces Etats du tiers monde des pays économiquement dépendants des pays du Nord, ils sont devenus des pays plutôt demandeurs que donneurs, bien qu'ils possèdent, pour la plupart, des matières premières dont les pays industrialisés ont besoin.

11. Les pays qui ont ratifié les Conventions de Genève de 1958 sur le droit de la mer (*ibid.*, par. 208 à 210) ne pouvaient qu'accepter la distinction faite entre les navires selon la nature de leur service ou de leurs activités ou selon le caractère de leur exploitation. M. Razafindralambo comprend et partage les préoccupations du chef Akinjide, mais voit mal comment les pays du tiers monde pourraient faire prévaloir leurs vues dans ce domaine.

12. M. Razafindralambo souscrit au principe énoncé dans le projet d'article 19, qui constitue un nouvel exemple d'exception à l'immunité juridictionnelle des Etats. En ce qui concerne le paragraphe 1, il pense que dans la formule « qui emploie ou exploite un navire en service commercial » la notion d'exploitation prime celle d'emploi, car ce qui compte c'est l'utilisation à des fins commerciales : l'Etat peut employer ou réquisitionner un navire en service commercial à des fins gouvernementales. L'article 19 ne fait d'ailleurs exception à l'immunité de juridiction qu'en ce qui concerne l'exploitation commerciale. La distinction entre « navire » et « cargaison » est acceptable en principe, mais M. Razafindralambo se demande pourquoi l'article ne fait pas mention du propriétaire de la cargaison. La procédure ne peut-elle être intentée directement contre le propriétaire de la cargaison lui-même ? Si les mots « une autre personne » renvoient au propriétaire de la cargaison, il vaudrait mieux le préciser. Il est aussi question de navires

« destinés à être utilisés à des fins commerciales ». S'agit-il d'une simple destination et non d'une utilisation effective ? Là encore, des précisions s'imposent.

13. Contrairement à certains membres de la Commission, M. Razafindralambo considère que le paragraphe 2 de l'article 19 a son utilité, car il tient compte d'une distinction établie par la pratique et consacrée par les différentes conventions sur le droit de la mer. L'absence de référence aux navires de guerre serait une lacune fâcheuse.

14. Le projet d'article 20 devrait être renvoyé au Comité de rédaction, car il ne soulève aucun problème. Il consacre la pratique tant judiciaire qu'arbitrale et conventionnelle, et il est conforme aux dispositions de nombreuses conventions internationales régissant l'arbitrage. L'arbitrage est une institution qui a connu une expansion considérable depuis l'accession des pays en développement à l'indépendance et qui s'est développée parallèlement aux besoins du développement économique de ces pays, constituant le moyen le plus approprié de garantir la sécurité des investissements et des contrats commerciaux signés avec les jeunes pays, dont on a estimé, à tort ou à raison, que les institutions judiciaires n'offraient pas une garantie équivalente.

15. L'immense majorité des contrats signés par les pays en développement avec des entreprises étrangères contiennent des conventions d'arbitrage. C'est en pleine connaissance de cause que des clauses d'arbitrage sont insérées dans les contrats. Avant la création du CIRDI par la Convention de Washington de 1965[5], on avait recours soit à l'arbitrage de la CCI, soit à l'arbitrage *ad hoc*. L'arbitrage de la CCI offre l'avantage d'être un arbitrage institutionnel, avec un corps de jurisprudence constitué au cours des années, ce qui confère toujours une sécurité dans les affaires. Mais cette institution a l'inconvénient, aux yeux de certains, d'être un organisme purement privé et non gouvernemental, d'où l'idée de la création du CIRDI et de la rédaction du règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

16. M. Razafindralambo n'a connaissance d'aucun pays du tiers monde qui aurait refusé la convention d'arbitrage insérée dans un contrat qu'il a signé. Une convention d'arbitrage implique nécessairement la renonciation à l'immunité de juridiction devant le tribunal arbitral, mais aussi devant une juridiction interne pour toute action relative à l'arbitrage. C'est sur ce point qu'il importe d'insister, car il semble avoir donné lieu à de sérieux malentendus. Le fait de recourir à l'arbitrage ne signifie pas que le tribunal arbitral soit en mesure de statuer sur tout incident qui surviendrait au cours de la procédure d'arbitrage. Dès le début de l'arbitrage, la question de la désignation des arbitres peut se poser. Si les parties ne peuvent s'entendre sur cette désignation et sauf en cas d'arbitrage institutionnel, comme celui de la CCI, elles doivent s'adresser à un organe extérieur et impartial ; or, seule une juridiction judiciaire répond à ces critères. Au cours de la procédure, il peut de nouveau y avoir lieu de faire appel à une instance judiciaire. C'est alors selon la loi du siège du tribunal que les questions en cause doivent être réglées. M. Razafindralambo souligne que cette loi peut comporter des dispositions impératives, auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, ce qui élimine toute possibilité de contradiction entre la décision judiciaire et l'autonomie de la volonté des parties.

[5] Voir 1916e séance, note 12.

17. Au paragraphe 1 de l'article 20, il est question de l'exigence d'un écrit ; cette exigence s'impose, car la convention d'arbitrage ou la clause arbitrale porte sur des questions trop complexes pour ne pas être développées par écrit, et elle ne saurait être tacite ou orale. Les mots « différends déjà nés ou qui pourraient naître » évoquent, dans la première hypothèse envisagée, les compromis d'arbitrage et, dans la seconde, les clauses arbitrales, mais M. Razafindralambo pense que les mots « qui pourraient naître » devraient précéder les mots « déjà nés », parce que, dans la majorité des cas, les contrats contiennent une clause arbitrale, qui est une sécurité supplémentaire pour les sociétés d'investissement, alors qu'un compromis risque de ne pas être signé en cas de différend ultérieur. La formule « en matière civile ou commerciale » peut poser un problème en matière d'investissement, car un contrat d'investissement est hybride, *sui generis*, et peut contenir des clauses relevant du droit administratif (clauses de travaux publics ou concernant les concessions par exemple). Les mots « sur le territoire ou selon la loi » impliquent que c'est le tribunal du siège de la juridiction arbitrale qui a compétence en cas d'incident survenant au cours de la procédure d'arbitrage. Les cas énumérés aux alinéas *a*, *b* et *c* constituent les trois cas classiques de recours à un tribunal de l'ordre judiciaire local et spécialement en cas de demande de mesures provisoires précédant l'engagement de la procédure arbitrale. Un arbitrage qui a eu lieu en 1980 entre une société française, Electricité et Eau de Madagascar, et l'Etat malgache illustre l'hypothèse émise à l'alinéa *b*. Dans cette affaire, le tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCI, a été saisi au cours de la procédure d'une demande de dépôt bancaire. Le cas de demande d'annulation de la sentence arbitrale est plus fréquent, en particulier quand la partie perdante s'oppose à un jugement d'*exequatur*. C'est le seul cas qui permet le recours contre une sentence arbitrale dans les cas d'arbitrage *ad hoc*.

18. Le paragraphe 2 de l'article 20 ne pose pas de problème particulier, mais le premier membre de phrase pourrait être placé en tête du paragraphe 1. Quant à l'inapplicabilité aux conventions d'arbitrage entre Etats, M. Razafindralambo estime, comme M. Reuter (1916e séance), qu'elle est trop absolue. Il peut y avoir des conventions entre Etats en matière commerciale ou en matière d'investissements. En effet, il ne faut pas oublier la définition donnée de l'« Etat étranger », au paragraphe 1, al. *a*, du projet d'article 3, et en particulier le sous-alinéa iv de cette disposition. Par conséquent, les Etats peuvent très bien conclure des contrats comportant des clauses arbitrales avec les « mécanismes » en question, agissant en tant qu'organe d'un Etat, ce qui se produit souvent dans le cas de sociétés nationalisées ou semi-publiques.

19. En conclusion, M. Razafindralambo n'a pas d'objection au renvoi des projets d'articles 19 et 20 au Comité de rédaction, lequel est en mesure d'y apporter toutes les modifications nécessaires, y compris celles demandées par le chef Akinjide.

20. M. ARANGIO-RUIZ dit que les observations faites par M. Mahiou à la séance précédente ont retenu son attention. Il est vrai que les juges nationaux peuvent ne pas être toujours assez objectifs dans le contrôle des sentences et procédures d'arbitrage qu'il leur faut exercer dans la plupart des pays. Les préoccupations de M. Mahiou sont tout à fait justifiées, non seulement pour les pays en développement, mais pour tous les Etats et même pour les personnes privées, physiques ou morales.

21. Dans les arbitrages internationaux en matière commerciale, il y a souvent une partie plus forte ou une partie appuyée par un Etat plus fort. Toutefois, pour éviter certains abus ou certaines injustices, le remède ne doit être recherché ni dans les clauses excluant la supervision des tribunaux étatiques sur les sentences et les procédures arbitrales, ni dans le maintien de l'immunité de juridiction à l'égard de cette supervision. On ne peut éviter la supervision des tribunaux étatiques. Elle est essentielle précisément pour rétablir l'équilibre qui, dans la procédure arbitrale, risque d'être parfois compromis en raison de la faiblesse d'une partie. La protection de la partie faible doit être recherchée dans une autre direction : au moment de la conclusion des contrats, notamment lors de la négociation des clauses compromissoires concernant, entre autres, la composition du tribunal et le siège de la juridiction arbitrale. Les parties, publiques ou privées, ne portent pas une attention suffisante aux différents choix qui s'offrent lorsqu'elles ont à prévoir ces questions dans les clauses d'arbitrage. Somme toute, il n'est guère facile d'obliger un Etat ou un organisme étatique d'accepter « une quelconque » clause d'arbitrage. C'est au stade de la conclusion du contrat qu'ils doivent éviter de s'engager, pieds et poings liés, à porter leurs affaires devant des centres d'arbitrage déterminés dans des pays déterminés. Une fois accepté l'arbitrage dans un pays donné, il est difficile d'admettre que l'on puisse exclure cette conséquence naturelle que représente la sujétion à l'autorité judiciaire nationale à laquelle incombe le contrôle de la régularité de la procédure et de la sentence. Il en va de même du choix des arbitres et de l'organe ou de la personne qui devra choisir le tiers arbitre, à défaut d'accord entre les parties. Les Etats et personnes — surtout les non-juristes — qui concluent des contrats se laissent trop facilement aller à l'optimisme qui règne généralement lors de la conclusion d'un contrat. Dans cette optique, le conflit disparaît entre l'autonomie de la « volonté des parties », d'une part, et le rôle des autorités judiciaires du pays où se déroule l'arbitrage, d'autre part, conflit auquel M. Mahiou faisait allusion à la séance précédente.

22. M. BALANDA indique que l'essentiel de ce qu'il se proposait de dire l'a déjà été par M. Mahiou, à la séance précédente. Le mouvement vers l'immunité restreinte doit être situé dans la perspective générale des rapports internationaux d'ordre économique. A l'époque où les grandes puissances seules avaient la maîtrise des mers, elles avaient jugé nécessaire de bénéficier d'une protection presque absolue, d'où l'affirmation du principe de l'immunité absolue. Mais quand d'autres Etats sont apparus sur la scène économique internationale, ce sont eux qui, bon gré mal gré, ont été obligés, pour assurer leur développement, d'entrer en rapport avec les pays développés. C'est alors que s'est produit un mouvement inverse en faveur de la limitation de l'immunité sur le territoire des pays développés, théâtre des relations commerciales. Les pays industrialisés ont voulu restreindre ainsi les moyens d'action des pays en développement.

23. D'importants intérêts sont la cause du déséquilibre connu de tous et auquel on ne cesse de chercher un remède. Dans la plupart des pays en développement, contrairement à ce que certains croient, le fardeau du développement repose essentiellement sur l'Etat. Il faut donc être très attentif quant au mode d'expression des activités de ces Etats, car il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre les actes accomplis *jure gestionis* et les actes accomplis *jure imperii*. Il faut donc veiller à protéger le mieux possible les intérêts des pays en développement.

24. Dans son sixième rapport (A/CN.4/376 et Add.1 et 2, par. 128 à 131), le Rapporteur spécial propose la classification suivante : navires de guerre, qui jouissent de l'immunité absolue, navires appartenant à l'Etat, qui peuvent revendiquer l'immunité s'ils sont affectés à un service gouvernemental non commercial, et navires de propriété privée qui sont utilisés au service de l'Etat, qui ne peuvent prétendre à l'immunité. Se référant à la deuxième catégorie de navires, M. Balanda répète que dans les pays en développement, c'est l'Etat qui accomplit l'essentiel de l'activité de développement. L'Etat est propriétaire d'un certain nombre de navires exploités par des sociétés para-étatiques, qui se livrent à des activités commerciales pour assurer le développement du pays. En pareil cas, il est difficile de dire que ces navires, utilisés exclusivement à des fins commerciales, ne peuvent pas bénéficier de la protection qu'assure l'immunité juridictionnelle de l'Etat. Il ne suffit pas d'identifier le navire, il faut aussi en rechercher la finalité — comme l'a relevé le Rapporteur spécial lui-même, qui a établi un lien direct entre l'article 19 et l'article 12 — aspect sur lequel on a beaucoup insisté à la précédente session de la Commission. Parmi les éléments que le Rapporteur spécial propose de prendre en considération (*ibid.*, par. 231), il faudrait mentionner le fait qu'outre les navires appartenant à l'Etat qui sont affectés à un service commercial gouvernemental, il y a des navires qui, même s'ils n'appartiennent pas à l'Etat, sont utilisés à des fins commerciales en faveur du développement, et qui, eux aussi, devraient bénéficier de l'immunité.

25. Pour ce qui est de la forme, l'article 19 devrait être aligné *grosso modo* sur l'article 12, et il faudrait ajouter au paragraphe 1, après les mots « en service commercial », l'expression « non gouvernemental ». Si le service commercial rentre dans l'activité gouvernementale, le navire doit pouvoir prétendre à l'immunité juridictionnelle. M. Balanda rappelle, par ailleurs, qu'à la session précédente le Rapporteur spécial a été invité à employer des formules généralement acceptables. Or, il est question dans le commentaire de tribunaux maritimes, alors que ce type de tribunal n'existe pas dans tous les pays. Il faudrait trouver un terme plus large. M. Balanda reprend à son compte l'objection formulée par M. Reuter (1916e séance) à propos du mot « cargaison ». Sous réserve d'éclaircissements de la part du Rapporteur spécial, il faudrait éviter d'employer des expressions qui risquent d'entraîner des difficultés.

26. Se référant au projet d'article 20, M. Balanda reconnaît l'utilité et les mérites de l'arbitrage international, mais il fait siens les doutes exprimés par M. Mahiou (*ibid.*) au sujet de la façon dont il est commenté. Dire que « le consentement à recourir à l'arbitrage implique le consentement à l'exercice de la juridiction » (A/CN.4/376 et Add.1 et 2, par. 236) serait nier purement et simplement le principe de l'immunité juridictionnelle. M. Balanda doute qu'une telle acceptation de l'arbitrage engage *ipso facto* l'acceptation des tribunaux d'un Etat. Il s'agit de deux procédures différentes, parallèles, qui ne sont pas nécessairement engagées en même temps. L'article 20 devrait affirmer le principe de l'immunité juridictionnelle et indiquer, éventuellement, les exceptions. Dans les contrats internationaux, l'autonomie de la volonté devient un élément rarissime. Il s'agit plutôt de contrats d'adhésion que les pays en développement, en particulier, doivent bon gré mal gré accepter, faute de quoi ils ne pourraient assurer leur propre

développement. Or, il faut voir dans l'adhésion un amoindrissement de la souveraineté des Etats, d'où la nécessité d'affirmer, dans le libellé même de l'article, le principe de l'immunité juridictionnelle et de prévoir ensuite des exceptions pour faciliter les relations économiques internationales.

27. M. EL RASHEED MOHAMED AHMED note, à propos du projet d'article 19, que, aux termes du paragraphe 1, al. *g*, ii, de l'article 2, l'expression « contrat commercial » désigne « tout contrat de prêt ou autre accord de nature financière, y compris toute obligation de garantie en rapport avec un tel prêt ou toute obligation d'indemnisation en rapport avec un tel accord ». Il se demande si l'on vise par là la responsabilité extra-contractuelle, ou des questions comme celle de savoir si une société qui a accordé des prêts à un gouvernement pour lui permettre d'acheter certains biens peut saisir un navire appartenant à ce gouvernement dans le seul but d'exercer des pressions pour que celui-ci la rembourse. A son avis, accepter une telle interprétation serait éminemment dangereux. M. El Rasheed Mohamed Ahmed souscrit aux observations faites par le chef Akinjide et M. Razafindralambo à propos des pays en développement, en exprimant l'espoir qu'elles ne seront pas interprétées comme signifiant que les pays en développement ne sont pas prêts à rémunérer des services rendus.

28. Il est un autre point, que M. Balanda a fort bien exposé : dans les pays en développement, en particulier en Afrique, il est malaisé de distinguer les opérations commerciales privées des opérations commerciales effectuées à des fins publiques. Par exemple, au Soudan, le gouvernement fournit à la population certains biens de consommation de première nécessité, comme le blé et la farine, et se trouve donc engagé dans des activités commerciales, mais qui ne sont pas à but lucratif. Si, soumis à un impératif de temps, un gouvernement est contraint, dans des situations de ce genre, de réquisitionner certains navires privés, ces navires sont-ils réputés être en service gouvernemental ou non ? Dans l'affirmative, l'article 19 soulèverait des difficultés pour les pays du tiers monde.

29. M. El Rasheed Mohamed Ahmed convient avec M. Calero Rodrigues (1916e séance) que le paragraphe 2 de l'article 19 est peut-être superflu, puisque le paragraphe 1 dispose que le navire et la cargaison doivent être destinés à être utilisés à des fins commerciales. Enfin, le Rapporteur spécial a eu raison de supprimer la distinction entre action *in rem* et action *in personam*.

30. Dans le projet d'article 20, il est question de deux juridictions, celle de l'Etat où l'arbitrage a lieu et celle de l'Etat selon la loi duquel l'arbitrage a lieu. Comme M. McCaffrey l'a souligné à juste titre, il n'y est pas fait mention des Etats tiers. Or, il se pourrait qu'un navire d'un Etat A soit engagé dans une transaction commerciale avec un Etat B et que la convention d'arbitrage prévoie que la loi applicable sera la loi d'un Etat C, lequel n'a rien à voir avec la transaction elle-même. Cela se produit souvent dans le cas d'arbitrages auquels des pays du tiers monde sont parties. En effet, les pays ne souhaitent pas soumettre leurs litiges à des tribunaux locaux en raison de la pression exercée par les gouvernements, et ils préfèrent être soumis à la législation d'un Etat tiers. M. El Rasheed Mohamed Ahmed se demande si, de l'avis du Rapporteur spécial, cette situation est souhaitable. Si une compétence doit être conférée à des tribunaux locaux, elle doit l'être aux tribunaux des pays qui ont un lien réel avec la transaction commerciale. Néanmoins, ainsi que M. Reuter l'a indiqué *(ibid.)*, cela amènerait la Commission à envisager l'application des règles du droit international privé du pays où la juridiction est exercée, et ainsi que M. Arangio-Ruiz l'a dit, il n'est pas toujours possible en pareilles circonstances de se fier aux juges. Peut-être serait-il possible d'éliminer, au paragraphe 1, les mots « ou selon la loi duquel », dans le membre de phrase « sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu ».

31. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 20, M. El Rasheed Mohamed Ahmed se demande si les mots « s'applique sous réserve de toute disposition contraire de la convention d'arbitrage » ajoutent quelque chose à cette disposition. La référence à une convention d'arbitrage conclue entre Etats est cependant tout à fait justifiée.

32. Enfin, M. El Rasheed Mohamed Ahmed souscrit à l'opinion générale selon laquelle les articles 19 et 20 devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

33. M. KOROMA dit que la Commission pourrait peut-être essayer d'exprimer les deux positions différentes concernant le projet d'article 19 dans deux articles distincts. L'un aurait pour titre « Navires employés par un Etat en service gouvernemental », ou un autre intitulé en ce sens, et l'autre garderait le titre actuel, « Navires employés en service commercial », et énoncerait l'exception que le Rapporteur spécial essaie de formuler.

34. En ce qui concerne le projet d'article 20, M. Koroma fait siennes en substance les observations de M. Mahiou (1916e séance) et souhaite que la Commission prenne le temps de discuter de façon plus approfondie des cas qui ont été mentionnés. De toute façon, il faut tenir compte des réserves exprimées au cours des débats pour que la confiance puisse régner en matière d'arbitrage.

35. M. LACLETA MUÑOZ dit qu'il souscrit en principe aux projets d'articles 19 et 20, mais que le Comité de rédaction devrait les réexaminer de près tous les deux, surtout l'article 19. Il souscrit à l'article 19, qui se réfère à des principes énoncés dans les conventions sur le droit de la mer, mais il note que ces conventions renvoient à une époque où les navires d'Etat n'étaient pas utilisés à des fins commerciales.

36. A l'article 20, la référence, au paragraphe 1, à l'Etat « selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu » soulève des difficultés. Il semble en effet que ce paragraphe soit libellé de façon si générale que le fait de soumettre un différend à un arbitrage impliquerait qu'un Etat renonce totalement à l'exercice de sa juridiction : peut-être conviendrait-il de le modifier.

37. Le paragraphe 2 de l'article 20 pourrait être revu lui aussi, parce qu'il semble donner à un Etat un avantage excessif en lui permettant d'invoquer l'immunité absolue, ce qu'il fera probablement dans de nombreux cas. La référence à une convention d'arbitrage entre Etats ne s'impose pas puisque le paragraphe 1 prévoit déjà que la convention est conclue entre un Etat et une personne physique ou morale étrangère. Néanmoins, il n'y a aucune raison pour qu'une convention d'arbitrage entre Etats, non pas dans le contexte du droit international public mais dans le contexte du droit commercial, ne soit pas soumise à un arbitrage commercial.

38. M. TOMUSCHAT déclare souscrire en principe aux projets d'articles 19 et 20. L'article 19 doit cependant être analysé de près, parce que sous sa forme actuelle il est complexe, et que le lecteur risque de ne pas toujours percevoir

les raisons pour lesquelles certains mots ont été employés. Par exemple, il se demande, à propos du membre de phrase « le navire et la cargaison appartenant à cet Etat », au paragraphe 1, pourquoi il est nécessaire que le navire et la cargaison appartiennent tous deux à l'Etat puisque, comme M. Ouchakov l'a souligné à juste titre (1916e séance), l'article concerne les navires employés en service commercial. Il conviendrait donc de réviser cette disposition.

39. S'agissant de l'article 20, M. Tomuschat sait que la terminologie est tirée de conventions déjà en vigueur. Néanmoins, les deux critères adoptés — à savoir la loi et le territoire — sont des éléments assez aléatoires. Un lien authentique s'impose, car, somme toute, le lieu de l'arbitrage pourrait fort bien être déterminé uniquement par le désir de passer un certain temps dans tel ou tel endroit. Il ne serait certainement pas indiqué, dans ces conditions, de conférer à des tribunaux locaux des pouvoirs de révision. La meilleure procédure de contrôle consisterait à disposer d'un organe international devant lequel les parties pourraient faire appel en cas d'allégation de vice de procédure ou autre.

40. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, souligne que le sujet à l'étude, qui a évolué rapidement, en particulier depuis 1975, est éminemment délicat et important. Les pays en développement, et dans une certaine mesure les pays socialistes, agissent par voie de réciprocité plus qu'ils ne participent à l'élaboration d'un droit généralement acceptable pour eux. La réciprocité n'est pas très efficace, puisqu'elle place ces Etats du côté de ceux qui reçoivent et non dans une position d'égalité. Pour ne pas perdre les avantages offerts par certaines activités commerciales, ces Etats doivent accepter des limitations. La nature et la forme de leurs propres activités évoluent elles aussi, et ces Etats n'ont cependant pu déterminer ni le type de cadre juridique qui devrait régir les relations commerciales entre Etats, ni dans quelle mesure le but dans lequel les Etats ou les organes étatiques mènent des relations apparemment commerciales devrait être pris en compte dans l'élaboration de ce cadre juridique. La Commission doit donc être consciente de ce contexte politique.

41. Pour ce qui est du fond, le paragraphe 1 du projet d'article 19, contrairement aux deux variantes précédentes, ne précise pas si, dans le cas d'un navire d'Etat, l'exception à l'immunité concerne à la fois le navire lui-même et un navire apparenté (*sister ship*). Tel qu'il est actuellement libellé, le paragraphe 1 peut être interprété dans l'un ou l'autre sens. Et si c'est l'interprétation plus large qui est la bonne, il conviendrait de le préciser.

42. Comme M. Balanda et M. Koroma l'ont dit, dans les pays en développement, les navires d'Etat sont de plus en plus fréquemment utilisés à des fins apparemment commerciales, mais qui sont en réalité des fins publiques. L'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 19 couvre dans une certaine mesure cette situation, mais elle pourrait être précisée en ajoutant, à la fin de l'alinéa, les mots « ou à une fin publique ». Ces observations faites, l'article 19 pourrait être maintenu tel quel, à moins que le Comité de rédaction ne décide de procéder à quelques suppressions.

43. Concernant le projet d'article 20, le point important, en particulier pour les pays en développement, est que, si une question quelconque touchant la sentence arbitrale doit être soumise à la juridiction d'un Etat tiers, en d'autres termes à l'Etat du for, l'Etat qui signe la convention d'arbitrage doit en être informé. Il se peut qu'un Etat opte pour un pays pour des raisons de convenance ou de confiance à l'égard des personnes chargées de régler le différend, mais il se peut qu'il ne soit pas familiarisé avec le droit interne applicable. Cette notification est prévue, sous une forme indirecte, au paragraphe 2, mais le membre de phrase « sous réserve de toute disposition contraire de la convention d'arbitrage » pourrait être ajouté au paragraphe 1, ou alors ce paragraphe pourrait commencer par les mots « Sauf disposition contraire dans la convention d'arbitrage ».

44. Au paragraphe 1 de l'article 20, le membre de phrase « sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu » pourrait être interprété comme s'appliquant aux tribunaux de deux Etats différents. Par exemple, si l'accord d'arbitrage stipule que le différend doit être réglé selon les règles de la CCI, mais que le lieu de l'arbitrage sera Genève, quelle loi sera appliquée aux actions visées aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 1 ? Deux fors différents seraient-ils envisagés ?

45. M. ARANGIO-RUIZ souhaite préciser que dans son intervention précédente il n'avait pas l'intention de critiquer les juges ou leur objectivité mais voulait simplement souligner qu'ils ne sont pas infaillibles.

46. Se référant à la proposition du Président tendant à ajouter, au paragraphe 2, al. *b*, de l'article 19, les mots « ou à une fin publique » après les mots « à un usage non commercial », M. Arangio-Ruiz suggère d'ajouter plutôt le mot « public » avant les mots « non commercial », parce que l'adjonction du mot « ou » rendrait les choses plus complexes. Il lui a été donné personnellement de participer à Genève à un arbitrage de la CCI, et il était clair pour tous que les tribunaux compétents devaient être les tribunaux suisses. Il est difficile de modifier ce genre de rapport entre le siège d'un tribunal arbitral et la compétence des tribunaux du pays, car cela supposerait une modification de la législation nationale du pays sur le territoire duquel siège le tribunal arbitral.

47. M. SUCHARITKUL (Rapporteur spécial), résumant le débat sur les projets d'articles 19 et 20, précise à propos des observations de M. El Rasheed Mohamed Ahmed que le projet d'article 19 concerne le droit maritime et qu'à ce titre il est distinct du droit des contrats, comme M. Ogiso l'a déjà noté. Les règles régissant le droit maritime existent depuis un certain temps dans les textes officiels bilingues de la Convention de Bruxelles de 1926[6]. La terminologie est éminemment technique et la Commission ne devrait pas essayer de la modifier. A propos des observations de M. Ouchakov (1916e séance) et de M. Tomuschat, le Rapporteur spécial indique que dans le projet révisé de l'article 19 il s'est efforcé d'être concis : les éclaircissements voulus pourraient être apportés au Comité de rédaction.

48. L'arbitrage est lui aussi une branche du droit éminemment spécialisée. Le système judiciaire des pays varie, et dans son sixième rapport (A/CN.4/376 et Add.1 et 2, par. 238 à 241), le Rapporteur spécial a cité le plus réactionnaire, qui est celui de son propre pays. D'autres pays, comme la Malaisie, ont cependant modifié la législation et tous les contrats conclus par le gouvernement doivent contenir une clause compromissoire prévoyant un arbitrage commercial.

La séance est levée à 18 h 5.

[6] Voir 1915e séance, note 7.