

Provisoire

Réservé aux participants

4 août 2014

Original: français

Commission du droit international

Soixante-sixième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3219^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 9 juillet 2014, à 10 heures

Sommaire

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*)

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également incorporées à un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section d'édition, bureau E.5108, Palais des Nations, Genève.

GE.14-08133 (F) 110714 040814



* 1 4 0 8 1 3 3 *

Merci de recycler



Présents:

<i>Président:</i>	M. Gevorgian
<i>Membres:</i>	M. Caflisch
	M. Candiotti
	M. Comissário Afonso
	M. El-Murtadi
	M ^{me} Escobar Hernández
	M. Forteau
	M. Hassouna
	M. Huang
	M ^{me} Jacobsson
	M. Kamto
	M. Kittichaisaree
	M. Laraba
	M. Murase
	M. Murphy
	M. Niehaus
	M. Nolte
	M. Park
	M. Peter
	M. Petrič
	M. Saboia
	M. Singh
	M. Šturma
	M. Tladi
	M. Valencia-Ospina
	M. Vázquez-Bermúdez
	M. Wisnumurti
	Sir Michael Wood

Secrétariat:

M. Korontzis	Secrétaire de la Commission
--------------	-----------------------------

La séance est ouverte à 10 h 5.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État
(point 5 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/673)

Le Président invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/673).

M. Forteau dit qu'il partage largement les vues exprimées par M. Tladi et Sir Michael. Il juge prématuré de prendre position sur la question des exceptions aux immunités, que la Rapporteuse spéciale abordera dans son quatrième rapport, et rappelle que les travaux de la session en cours sont sans préjudice de la position qu'adoptera ultérieurement la Commission. Il semble toutefois que l'arrêt rendu le 14 janvier 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* engage la Commission à reconnaître des exceptions à l'immunité, et l'on pourrait admettre que certains actes officiels ne sont pas couverts par l'immunité, en particulier lorsque des crimes internationaux sont en cause, sous réserve de l'existence de garanties procédurales visant à éviter les poursuites abusives.

Si les postulats adoptés et la démarche retenue par la Rapporteuse spéciale pour le sujet à l'examen sont tout à fait appropriés, en revanche, les conclusions qu'elle tire et les projets d'article qui en découlent n'emportent pas l'adhésion de M. Forteau. En premier lieu, les deux projets d'article proposés manquent de cohérence. En effet, faute d'articulation satisfaisante entre eux, le projet d'article 5 semble exclure les titulaires de l'immunité *ratione personae* du bénéfice de l'immunité *ratione materiae*, ainsi que l'a relevé M. Murase. Plus problématique encore, il semble que la Rapporteuse spéciale ne s'en soit pas tenue à la méthode qu'elle a indiqué avoir adoptée, consistant à traiter séparément du bénéficiaire de l'immunité et de l'acte protégé par l'immunité, car dans les deux projets d'article les bénéficiaires sont définis par référence aux actes qu'ils accomplissent. Or, la nature des prérogatives exercées ne saurait constituer un critère de définition des bénéficiaires de l'immunité, étant donné que certaines personnes, selon les actes qu'elles accomplissent, agissent tantôt *jure gestionis*, tantôt dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique (par exemple, le directeur d'une banque centrale dont les activités peuvent être bancaires ou monétaires). Pour utiliser un tel critère, il faudrait déterminer au cas par cas si ces personnes remplissent bien les conditions énoncées au projet d'article 2 e). Par conséquent, ce critère est opératoire uniquement pour définir les *actes* couverts par l'immunité et l'on peut se demander comment il s'articulerait, s'il était retenu, avec la notion «d'actes officiels» qui joue ce même rôle – et s'il ne s'agit pas là, finalement, d'une seule et même question.

En second lieu, il ressort de la jurisprudence et de la pratique citées dans le rapport que la situation est plus simple que les projets d'articles 2 et 5 ne le laissent supposer: est bénéficiaire de l'immunité toute personne par l'intermédiaire de laquelle l'État agit. L'immunité *ratione materiae* s'attache en effet à un acte: c'est donc la nature de la fonction exercée à travers cet acte qui compte, car il s'agit en réalité d'une immunité *de l'État* et non de la personne. Il en découle logiquement que toute personne agissant à titre d'agent ou de représentant de l'État bénéficie de l'immunité *ratione materiae*, sans qu'il soit besoin d'un critère supplémentaire. C'est ce qui ressort de la Convention de 2005 sur les immunités de l'État qui inclut parmi les bénéficiaires de l'immunité «tous les représentants de l'État agissant à ce titre», ainsi que de nombreux arrêts ou instruments internationaux qui définissent les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* comme les agents ou représentants de l'État agissant à ce titre, sans autre précision – c'est notamment le cas de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*) qui d'ailleurs semble

tenir pour synonymes les termes «agents» et «organes» de l'État. Cependant, cela ne veut *pas* dire que ces représentants ou agents bénéficient d'une immunité absolue, ou qu'ils bénéficieront effectivement de cette immunité, car tout dépendra de la question *distincte* de savoir si l'acte accompli par ledit agent ou représentant est lui-même couvert par cette immunité.

M. Forteau souhaite donc formuler trois propositions à la lumière de ces observations. Premièrement, en ce qui concerne le terme à retenir dans l'intitulé du projet d'articles, il souscrit à l'opinion selon laquelle le terme «organe» n'est pas le plus approprié. Étant donné que, dans ses travaux antérieurs, notamment dans les commentaires des Articles de 2001 sur la responsabilité de l'État, elle a établi une distinction entre organes et agents, la Commission paraîtrait exclure les seconds si elle retenait le terme «organe» pour le présent projet d'articles. En outre, si, comme elle a également eu l'occasion de le dire, des individus peuvent être des organes de l'État, et si des poursuites pénales contre des personnes morales de droit public ne sont pas exclues, dans la plupart des cas l'immunité pénale concerne des personnes physiques, de sorte que le terme «organe» risque de prêter à confusion. Le terme «*officials*», qui paraît adapté en anglais, serait donc plus adéquatement rendu en français par l'expression «tout représentant ou tout agent de l'État» qui vise tant les agents administratifs que les titulaires de mandats politiques. Deuxièmement, la définition des bénéficiaires de l'immunité, qui est nécessaire, pourrait être simplifiée sur le modèle de la définition des agents retenue dans le Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, pour se lire comme suit:

«On entend par représentant ou agent de l'État toute personne qui a été chargée par l'État d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celui-ci, et par l'intermédiaire de laquelle, en conséquence, l'État agit.»

Cette définition présente plusieurs avantages: outre qu'elle est aisée à traduire, elle renvoie à «toute personne» sans préciser la qualité des intéressés, emploie le terme neutre de «fonction» au lieu de l'expression controversée «prérogatives de puissance publique», met l'accent sur l'État, qui à travers son agent est principalement concerné par l'immunité *ratione materiae*, et couvre les différentes catégories de personnes concernées.

Enfin, M. Forteau propose que l'on adapte le projet d'article 5 en conséquence, en reprenant la proposition de Sir Michael. Ce projet se lirait alors comme suit: «Les représentants et agents de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.»

M. Park approuve l'approche retenue par la Rapporteuse spéciale qui, partant du constat que le droit international ne définit généralement pas la notion de «représentant», examine la pratique nationale et internationale pour dégager les critères d'identification des personnes susceptibles d'être protégées par l'immunité de juridiction pénale étrangère. Cette approche est en effet préférable à celle qui consisterait à partir d'une définition de la notion de «représentant». De cet examen de la pratique, la Rapporteuse spéciale tire au paragraphe 111 a) du rapport la conclusion que le lien entre le représentant de l'État et l'État peut prendre plusieurs formes (constitutionnelle, légale ou contractuelle) et que ce lien peut être *de jure* ou *de facto*. Cela étant, la formule «quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État», au projet d'article 2) e) ii), semble limiter la notion de représentant au représentant *de jure*, et des éclaircissements à ce sujet seraient donc bienvenus. Des précisions seraient également utiles sur la portée du lien *de facto*: les personnes visées à l'article 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, c'est-à-dire celles qui ne sont pas un organe de l'État au sens de l'article 4 du Projet d'articles mais qui sont habilitées par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, peuvent-elles être considérées comme des représentants *de facto*? Et qu'en est-il des personnes visées à l'article 8 de ce texte, à savoir celles qui agissent en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de l'État?

Pour ce qui est du choix des termes, M. Park convient avec la Rapporteuse spéciale que le terme «représentant» n'est pas le plus approprié. Le mot «organe» ne convient pas davantage; déjà utilisé dans le Projet d'articles susmentionné, il désigne tant les personnes physiques que les entités qui agissent au nom de l'État. Par ailleurs, comme l'ont souligné M. Murphy et M. Forteau, ce terme est source de confusion car il peut donner à tort l'impression que les travaux de la Commission portent sur l'immunité de l'État alors qu'ils ont trait à l'immunité de juridiction pénale étrangère de personnes physiques agissant pour le compte et au nom de l'État. Les questions de terminologie ne se résument pas au choix d'un terme, aucun n'étant en réalité de nature à répondre parfaitement aux attentes de la Commission. C'est pourquoi M. Park propose de retenir le terme «fonctionnaire de l'État» dans la version française, «*funcionario*» dans la version espagnole et «*official*» dans la version anglaise et de préciser qu'aux fins du projet d'articles, le sens de ces termes est indépendant de celui qu'ils peuvent avoir en droit interne.

Passant aux projets d'article proposés, M. Park dit qu'il faudrait remanier le projet d'article 2) e) ii), qui reprend apparemment dans ses grandes lignes le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, parce que la distinction opérée dans ce projet d'article entre le fait de représenter l'État et celui d'exercer des prérogatives de puissance publique pose problème. En effet, les personnes qui occupent des fonctions de rang élevé, et qui sont fonctionnaires au même titre que leurs subordonnés, sont réputées représenter l'État, si bien que le fait de s'acquitter de telles fonctions ne diffère pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique, mais en relève. Quant à la formule «quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État», elle suppose que les représentants de l'État sont tous fonctionnaires, ce qui pose aussi un problème. Enfin, il faudrait peut-être procéder comme à l'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en indiquant que la notion de fonctionnaire désigne à la fois les fonctionnaires de l'État et ceux des collectivités territoriales. La question de savoir si une personne agissant temporairement pour le compte d'un État bénéficie de l'immunité de juridiction pénale étrangère devra elle aussi être tranchée.

En ce qui concerne le projet d'article 5, M. Park prend note des explications données par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 150 du rapport, mais estime qu'elles devraient être reflétées non pas dans le commentaire mais dans le corps de ce projet de texte, que l'on pourrait modifier comme suit: «Les anciens chefs d'État, chefs du gouvernement et ministres des affaires étrangères et les personnes visées au projet d'article 2) e) ii) qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae*.». On pourrait aussi, une fois achevé l'examen de la question des actes accomplis à titre officiel, compléter le projet d'article 5 de manière à indiquer que les représentants autres que ceux qui composent la troïka bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pour les actes qu'ils accomplissent à titre officiel. Enfin, M. Park estime qu'il faudrait ajouter un projet d'article sur l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae*. Comme M. Tladi et M. Forteau, il considère qu'il est encore trop tôt pour examiner la proposition de M. Murase, qui soulève des questions complexes. En conclusion, il approuve le renvoi des projets d'articles 2 et 5 au Comité de rédaction.

M. Saboia relève que la Rapporteuse spéciale, pour analyser les critères permettant d'identifier les bénéficiaires de l'immunité, s'appuie entre autres sur la pratique conventionnelle, et notamment sur les «conventions internationales incriminant des comportements répréhensibles indépendamment de leur rapport avec les relations internationales». L'étude qu'elle en fait est magistrale et assurément utile, mais il convient de garder à l'esprit que ces instruments ont des buts et objet distincts et s'inscrivent dans un contexte particulier du fait qu'ils définissent et punissent des crimes internationaux graves ou des crimes transnationaux, dont la répression exige une étroite coopération entre les

États. De tels crimes peuvent certes être commis par des représentants ou agents de l'État, mais ils sont souvent perpétrés par des particuliers n'ayant aucun lien officiel avec l'État, avec la complicité de celui-ci ou à son instigation et en général pour empêcher précisément que sa responsabilité ne soit engagée. Par conséquent, les critères qui serviront à définir les agents ou organes de l'État doivent être suffisamment larges pour inclure les catégories de personnes qui, sans être des représentants ou des agents de l'État, ont néanmoins agi avec la complicité ou l'assentiment de celui-ci ou à son instigation.

Comme l'ont rappelé plusieurs membres, l'immunité reste une exception, qui appelle un traitement restrictif. La définition du représentant de l'État aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère doit être fondée sur des critères distincts, et plus restreints, que ceux des instruments relatifs aux crimes internationaux tels que le génocide, la torture ou la corruption. Ces instruments seront plus pertinents pour déterminer ce qu'est un «acte officiel» et quels sont les actes qui peuvent justifier des exceptions à la règle de l'immunité. Dans l'analyse qu'elle fait des traités sur les relations diplomatiques et consulaires, la Rapporteuse spéciale donne aussi des exemples utiles du traitement de l'immunité dans le droit international. Lorsqu'il a fallu déterminer qui, parmi les plus hautes autorités, bénéficiait de l'immunité *ratione personae*, la Commission a privilégié une liste restreinte. S'agissant de l'immunité *ratione materiae*, elle doit préférer des critères étroits.

En conséquence, il semble difficile d'inclure les personnes agissant *de facto* en tant qu'agents de l'État, comme le fait le Comité contre la torture, ou les personnes qui travaillent pour une entreprise ou un organisme du secteur public dans un pays étranger, comme il est indiqué au paragraphe 93 du rapport. Si, pour des raisons données et dans leur intérêt réciproque, deux pays veulent accorder à ces personnes des privilèges ou des immunités, ils peuvent le faire au moyen d'un accord bilatéral. De même, s'il est vrai qu'aux fins d'établir la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, on peut considérer qu'y compris des organes ou des agents agissant *de facto* peuvent exercer cette autorité s'ils «exercent en fait des prérogatives de puissance publique, en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives», comme il est dit au paragraphe 109, il ne saurait en aller de même pour l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère, sauf s'il existe un arrangement *ad hoc* – par exemple dans le cas d'un État accueillant des négociations de paix entre un autre État et un groupe insurgé. C'est pourquoi M. Saboia approuve d'une façon générale les critères proposés au paragraphe 111 pour définir le représentant de l'État aux fins du sujet à l'examen, à l'exception de la précision faite à la fin de l'alinéa *a*, selon laquelle le lien entre le représentant et l'État peut être «*de jure* ou *de facto*» avec l'État.

En ce qui concerne la terminologie, M. Saboia est partisan de conserver «*official*» en anglais, quitte à perdre en homogénéité avec les autres langues. Il est vrai que ce terme, tout comme son équivalent espagnol «*funcionario*», n'est pas approprié pour désigner un membre élu du pouvoir législatif ou judiciaire, mais il sera possible de préciser les nuances dans le commentaire. M. Saboia est également d'avis qu'il faut tenir compte de la tendance croissante à assouplir le régime des exceptions à l'immunité au profit de la lutte contre l'impunité, mais il estime qu'il faut respecter à cet égard l'approche prudente de la Rapporteuse spéciale et que cette question, y compris la clause sans préjudice proposée par M. Murase, sera examinée en temps voulu. En conclusion, M. Saboia approuve le renvoi au Comité de rédaction des deux projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale.

M. Cafilisch dit que, pour répondre à la question de savoir quels actes et quelles personnes échappent à la compétence des juridictions pénales étrangères, il faut parvenir à une définition couvrant tous les comportements jugés pénalement répréhensibles accomplis par une personne physique ou morale au nom et pour le compte d'un État. Il s'agit donc de viser tous les types d'actes accomplis au nom et pour le compte de l'État, à l'exclusion de

ceux qui ne sont pas commis dans ce cadre même s'ils sont attribuables à un fonctionnaire, et à l'exclusion des crimes internationaux, question qui sera examinée dans un avenir prévisible. Relèvent de cette catégorie tous les comportements attribuables à un simple employé (et non «fonctionnaire»), mais également les comportements attribuables à une personne ou une entité privée, par exemple une société privée domiciliée en Suisse qui, sur une base contractuelle, exercerait des fonctions publiques dans un autre État. Il va de soi que dresser la liste des acteurs et des actes couverts par l'immunité n'aurait guère de sens, toute liste étant par définition incomplète. Par conséquent, il faut – et c'est sans doute le but recherché par la Rapporteuse spéciale – parvenir à une définition abstraite susceptible de couvrir l'ensemble des conduites ne relevant pas de la juridiction pénale étrangère *ratione materiae* et, à cet égard, le libellé du projet d'article 2) e) ii) peut paraître à première vue approprié. Pour ce qui est du choix des termes, M. Caflisch juge celui de «fonctionnaire» inadapté car il renvoie aux seuls acteurs liés à l'État par un statut particulier. Quant au terme «employé», d'acception plus large, il est source de confusion car il ne couvre pas les acteurs qui, sans être liés à l'État par un contrat de travail, agissent pour le compte de celui-ci. Le mot «organe» ne convient pas davantage puisque parmi les acteurs agissant pour le compte de l'État, on trouve des personnes ou entités qui ne sont pas des organes de l'État au sens généralement attribué à ce terme. Il convient toutefois de relever que toutes les personnes ou entités relevant du champ du sujet agissent pour l'État et que, de ce fait, une partie d'entre elles au moins le «représentent» au sens habituel du terme. C'est pourquoi, s'il peut appuyer la proposition de M. Forteau tendant à utiliser la formule «agents et/ou représentants de l'État», M. Caflisch, qui n'est pas hostile à l'utilisation du terme «*officials*» dans la version anglaise, ne pourrait en aucun cas accepter que ce terme soit traduit par «fonctionnaires». Nombreuses en effet sont les personnes qui agissent pour l'État et qui n'ont pas cette qualité, les magistrats par exemple. Il convient aussi d'appeler l'attention des membres sur le fait qu'il faudra s'assurer qu'en agissant au nom et pour le compte de l'État, le «représentant ou agent» concerné a strictement respecté son mandat, car ce n'est que dans ce cas qu'il pourra bénéficier de l'immunité. En conclusion, M. Caflisch dit qu'il n'a pas d'objection au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

M. Kittichaisaree rappelle que les délégations à la Sixième Commission ont beaucoup insisté sur le fait que, s'agissant de l'immunité, la Commission devait préciser si elle entendait codifier le droit international coutumier ou privilégier le développement progressif du droit.

M. Candiotti dit qu'il ne convient pas d'entrer dans ce débat, car le sujet à l'examen est déjà suffisamment complexe. La Commission a de toute façon pour pratique de ne pas distinguer clairement les deux volets de son mandat, considérant qu'ils constituent les deux éléments combinés d'une même fonction.

La séance est levée à 11 h 30.