Document:-
A/CN.4/SR.1729

Compte rendu analytique de la 1729e séance

sujet:
Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1982, vol. I

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

Copyright © Nations Unies

extérieur, ces activités présentent toujours, en principe, un caractère hautement politique. On ne peut pas ne pas tenir compte de cette réalité politique et affirmer qu'une activité de commerce extérieur peut être menée par des personnes ou des entités privées. Une distinction doit être faite entre l'Etat, qui mène des activités de commerce extérieur au profit de sa population, et la personne physique ou morale, qui recherche le profit. Le but visé étant totalement différent dans l'un et l'autre cas, aucune assimilation n'est possible.

La séance est levée à 13 heures.

1729e SÉANCE

Jeudi 17 juin 1982, à 10 heures

Président : M. Paul REUTER

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (*suite*) [A/CN.4/340 et Add.1 [1], A/CN.4/343 et Add.1 à 4 [2], A/CN.4/357, A/CN.4/L.337, A/CN.4/L.339, ILC (XXXIV)/Conf.Room Doc.3]

[Point 6 de l'ordre du jour]

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

ARTICLE 11 (Portée de la présente partie) *et*

ARTICLE 12 (Activité commerciale) [4] [*suite*]

1. M. SUCHARITKUL (Rapporteur spécial) dit qu'il se doit de donner des précisions en réponse aux observations formulées par plusieurs membres de la Commission puisqu'il n'a pas présenté les articles 11 et 12.

2. L'article 11 est utile à plus d'un titre. Premièrement, il sert d'introduction aux articles suivants de la troisième partie et, à cet égard, M. Sucharitkul tient à remercier M. Ni des propositions utiles qu'il a faites au sujet de sa rédaction (1728e séance, par. 16). Il a été suggéré qu'un article préliminaire de ce genre n'était pas nécessaire en raison du titre même de la troisième partie mais les choses ne sont pas aussi simples qu'il pourrait y paraître. Ainsi, prenant comme exemple la version anglaise seule, M. Sucharitkul dit qu'il a utilisé les mots « exceptions *to* immunity », qui sont conformes à la pratique législative des Etats-Unis mais que ce sont les mots «exceptions *from* immunity» qui sont utilisés dans la pratique du Royaume-Uni, du Pakistan et du Canada. C'est au Comité de rédaction qu'il appartiendra de choisir entre les deux formules et de soumettre une proposition sur ce point. Deuxièmement, l'article 11 est un lien propre à assurer la transition indispensable entre les deuxième et troisième parties du projet et il joue pour ainsi dire le rôle d'un panneau de signalisation, qui avertit des difficultés qu'il faut s'attendre à rencontrer dans les articles suivants. Troisièmement, l'article peut servir à dissiper quelques doutes et à mettre en lumière la relativité de la règle de l'immunité des Etats ainsi que des exceptions qui s'y rapportent. Les articles 7 et 8 sont rédigés en des termes trop absolus et inconditionnels et l'article 11 est donc un endroit approprié pour nuancer ces dispositions. D'ailleurs, il serait utile de le garder en réserve comme disposition de fond introduisant la troisième partie, eu égard au caractère controversé du sujet, qui suscite de grandes divergences de vues et devrait donc être abordé prudemment.

3. Par contre, l'article 12 porte sur l'exception à la règle de l'immunité des Etats qui est la moins controversée, comme en témoignent les tendances récentes de la pratique des Etats en matière d'activité commerciale, pratique qui n'a aucun rapport avec la distinction entre les actes accomplis *jure imperii* et les actes accomplis *jure gestionis*. Trente ans d'expérience autorisent M. Sucharitkul à garantir l'abondance des preuves à l'appui de la disposition que contient l'article 12.

4. Au paragraphe 1, al. *c*, de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, il est prévu une exception à l'immunité des agents diplomatiques dans le cas d'une action concernant « une activité professionnelle ou commerciale ». Les mots « activité commerciale » ne sont pas définis dans la Convention et la Commission n'a pas mentionné ce point dans le commentaire [5] du projet d'articles qui a servi de base aux travaux de la Conférence des Nations Unies de 1961 sur les relations et immunités diplomatiques. Mais la notion d'« activité commerciale » a été définie par des institutions savantes, comme la Harvard Law School [6], et quelques expressions ainsi définies ont été reprises dans certaines législations nationales. La Charte de la Havane [7] a aussi cherché à énoncer certains critères, qui font une nette distinction entre l'achat et la vente et, en ce

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie).

[2] Reproduits dans le volume de la Série législative des Nations Unies intitulée *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.81.V.10).

[3] Les textes des projets d'articles présentés aux précédentes sessions de la Commission sont reproduits comme suit : *a*) art. 1er et commentaire y relatif, adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 138 et 139 ; *b*) art. 2 à 5 : *Annuaire... 1981*, vol. II (2e partie), p. 154 et 155, notes 655 à 658 ; *c*) art. 6 et commentaire y relatif, adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 139 à 153 ; *d*) art. 7 à 10 révisés à la trente-troisième session de la Commission : *Annuaire... 1981*, vol. II (2e partie), p. 159, notes 668 à 671.

[4] Pour les textes, voir 1728e séance, par. 7.

[5] Voir *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 101 et 102, doc. A/3859, chap. III, sect. II, commentaire de l'article 29 (Immunité de juridiction).

[6] The Research in International Law of the Harvard Law School, « Draft convention and comment on competence of courts in regard to foreign States », art. 11, *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 26, n° 3, juillet 1932, p. 597.

[7] Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce [*Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, Acte final et documents connexes*, La Havane (Cuba), 1948, (E/CONF.2/78), section. II].

qui concerne l'achat, entre l'achat aux fins d'usage personnel (qui n'est pas commercial) et l'achat aux fins de revente commerciale. Naturellement, la vente est toujours un acte de commerce, que le motif en soit ou non la recherche d'un bénéfice. Par exemple, M. Riphagen a fait observer que pratiquement toutes les compagnies aériennes fonctionnaient à perte mais qu'elles n'en étaient pas moins des entreprises à caractère très commercial. Néanmoins, dans le cas présent, la Commission doit aller au-delà de ces notions et définir le genre d'activité que recouvre l'article 12. M. Evensen (1728e séance) a donné un exemple utile, celui de la chasse et de la pêche, et il se pose aussi le problème des investissements, dont le caractère commercial est parfois douteux.

5. Le lien territorial établi par les mots « en partie ou en totalité sur le territoire de cet autre Etat » a pour objet de servir les fins non seulement du droit international privé mais aussi du droit international public, qui prévoit la suprématie de l'Etat territorial. Enfin, M. Sucharitkul tient à remercier les membres de la Commission de leurs précieuses suggestions concernant le libellé du paragraphe 2 de l'article 12 et il note que l'exception énoncée dans ce paragraphe n'a suscité aucune objection.

6. M. JAGOTA dit que les avis ont été partagés au sujet de la question de la méthode à adopter pour aborder le problème de la relation entre une règle et une exception à la règle. Pour sa part, il appuie pleinement la décision prise par le Rapporteur spécial de recourir à la méthode inductive et d'énoncer la règle de l'immunité des Etats, puis d'énumérer les exceptions.

7. Des précisions sur la position du droit en la matière ont été apportées par M. Ouchakov (*ibid.*) dont les observations rendent bien compte de cette position non seulement dans les pays socialistes mais aussi dans bien des pays en développement. Par exemple, la pratique de l'Inde suit la même direction générale que celle qu'a indiquée M. Ouchakov. L'article 86 du Code de procédure civile [8] prévoit qu'un Etat étranger exerçant une activité commerciale peut être poursuivi devant les tribunaux indiens mais qu'il est indispensable d'obtenir le consentement préalable du gouvernement central pour lui intenter un procès. Le consentement du Ministère des affaires étrangères indien est donc requis dans tous les cas de ce genre mais il a, en fait, rarement été donné, même en ce qui concerne des activités commerciales. Il n'est fait d'exception que lorsque l'Etat étranger intéressé a préalablement consenti à se soumettre à la juridiction des tribunaux indiens, soit en termes généraux en vertu d'un accord international, soit, à l'égard d'une transaction particulière, sous forme d'une renonciation inscrite dans un contrat précis. Des dispositions de ce genre sont, naturellement, courantes dans les activités commerciales des Etats et dans les contrats conclus avec des entreprises d'Etat d'Etats étrangers. Les contrats, dans ces cas-là, comprennent généralement des dispositions qui indiquent le droit applicable et prévoient la soumission à la juridiction des tribunaux d'un pays donné. Une autre option est la réciprocité. Si le Gouvernement indien ne jouit pas de l'immunité des Etats à l'égard de certains actes dans un Etat étranger donné, le Ministère des affaires étrangères indien autorisera, selon l'article 86 du Code de procédure civile, qu'une action soit intentée devant les tribunaux indiens à l'encontre d'activités similaires menées en Inde par l'Etat étranger en question.

8. De l'avis de M. Jagota, la pratique des Etats telle qu'il vient de l'évoquer corrobore le fond de l'article 12, qui contient une exception dont on peut dire qu'elle est sur le point de devenir une règle coutumière de droit international. C'est plus que la *lex ferenda* mais pas tout à fait la *lex lata*. La façon dont l'article 12 est libellé tient dûment compte du fait que la règle qu'il énonce est encore en voie de formation et le membre de phrase liminaire de l'article 11 qui se lit « A moins que les articles ci-après de la présente partie n'en disposent autrement » indique aussi clairement que la règle en question est de caractère supplétif. La suggestion de M. Evensen (*ibid.*, par. 19) devrait aider à reformuler le paragraphe 2 de l'article 12 et la règle énoncée à l'article 12 serait ainsi rendue plus souple. En conséquence, M. Jagota peut accepter l'article 12 en général mais deux questions fondamentales devraient être réglées dans les définitions ou, au moins, dans le commentaire.

9. Premièrement, le sens du mot « Etat » devra être défini de façon à englober les entreprises appartenant à l'Etat. Deuxièmement, en droit international, le mot « territoire » s'entend du territoire terrestre d'un Etat ainsi que de sa mer territoriale et de l'espace aérien susjacent. Techniquement, toutefois, il ne comprend pas la zone économique exclusive de 200 milles. Les activités qui sont menées en dehors du territoire d'un Etat mais qui ont des effets sur ce territoire posent un autre problème. Il en est ainsi, par exemple, d'activités de forage en mer, qui n'ont pas lieu sur le territoire d'un Etat mais y ont des incidences parce que les produits extraits y sont vendus. Il faudrait déterminer si, dans ces cas-là, les tribunaux de l'Etat terrritorial ont juridiction et si la règle de l'immunité des Etats s'applique.

10. Indépendamment des problèmes techniques qu'il pose, le critère contenu dans la clause : « si cette activité est telle qu'elle pourrait être menée par des personnes ou des entités privées » ne sera vraisemblablement pas politiquement acceptable et son application mènera à des situations déséquilibrées. En effet, les mots « si cette activité est telle qu'elle pourrait être menée par des personnes [...] privées » auront manifestement un sens tout à fait différent dans un pays socialiste et dans un pays à économie de marché. Le critère proposé produira donc des résultats totalement différents selon le système économique des deux Etats intéressés. Comme cette clause a simplement pour objet d'indiquer que les activités en question sont des activités régies par le droit privé, elle pourrait être supprimée du paragraphe 1 et exprimée dans le paragraphe 2 ou même reléguée dans le commentaire.

11. Les mots « activité commerciale » pose la question délicate de la relation entre la nature et l'objet des activités en cause. Au paragraphe 2 de l'article 3, l'accent est mis sur « la nature de l'exercice des fonctions ou de la transaction ou de l'acte particulier en cause » et non sur le « but visé ». A cet égard, la pratique des Etats dans les pays en développement est encore hésitante. Des difficultés se posent du fait que, dans ces pays, il a été jugé

[8] Voir 1708e séance, note 31.

nécessaire que l'Etat prenne la direction dans certaines matières simplement pour servir la cause du développement, ce qui rend le critère énoncé au paragraphe 2 de l'article 3 difficile à appliquer.

12. Par ailleurs, l'article 11 donnera lieu à des difficultés d'interprétation s'il est maintenu sous sa forme actuelle. Etant un lien entre les deuxième et troisième parties du projet, il ne fait que spécifier qu'effet doit être donné aux principes généraux de l'immunité des Etats, sauf dans les cas prévus dans les articles 12 et suivants. Ce faisant, il met en relief la règle de l'immunité des Etats et laisse entendre ainsi que les exceptions à cette règle doivent être interprétées de façon restrictive. Toutefois, la question pourrait être réglée dans l'article 6, qui énonce déjà la règle générale. L'article 11 devrait donc être supprimé et les exceptions énoncées dans la troisième partie commenceraient par ce qui est actuellement l'article 12.

13. M. McCAFFREY dit que, lorsqu'il a formulé ses observations (1728e séance), il était parti du principe que l'exception à la règle générale de l'immunité juridictionnelle des Etats dans le cas de l'activité commerciale était admise par la Commission. Certaines observations qui mettent en question l'existence même de l'exception l'ont incité depuis à examiner le statut de l'activité commerciale de l'Etat en droit international général par rapport à l'immunité juridictionnelle.

14. M. Jagota a signalé que dans certains pays, aucune immunité n'était accordée pour les revendications liées à l'activité commerciale d'un Etat si l'Etat défendeur n'accorde pas l'immunité à l'Etat du for dans des circonstances analogues. On pourrait toutefois interpréter l'exception un peu plus largement et montrer qu'elle peut être considérée non pas comme une exception mais comme une règle de droit international public au même titre que la règle de l'immunité juridictionnelle des Etats elle-même. On pourrait plus particulièrement analyser cette proposition à la lumière des observations formulées par M. Ouchakov (*ibid.*) qui, après avoir examiné trois éléments différents — la jurisprudence et les législations nationales et internationales ainsi que les traités — est arrivé à la conclusion qu'aucun d'eux n'était la source d'une exception en droit international pour ce qui est de l'activité commerciale.

15. La première question à examiner est donc de savoir si l'exception formulée à l'article 12 exprime simplement la jurisprudence et la législation de divers pays ou si elle constitue un principe aussi fondamental que la règle de l'immunité souveraine elle-même. Il faut partir, à cet égard, de l'affirmation de M. Ouchakov selon laquelle la raison fondamentale pour laquelle le principe de l'immunité juridictionnelle des Etats n'entraîne pas un conflit de souverainetés est qu'un Etat ne peut pénétrer sur le territoire d'un autre Etat et y exercer des activités qu'avec le consentement de cet autre Etat. En d'autres termes, un Etat peut refuser d'autoriser un autre Etat à pénétrer sur son territoire à des fins commerciales ou même diplomatiques, comme il ressort de l'article 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. En conséquence, si l'immunité juridictionnelle elle-même est une règle, elle n'entre en jeu que lorsqu'un Etat a donné son consentement à un autre Etat pour mener des activités sur son territoire.

16. Bien entendu, un Etat peut autoriser un autre Etat à pénétrer sur son territoire sans exempter l'ensemble des activités de cet Etat de sa juridiction — ce qui ressort clairement des dispositions du paragraphe 1, al. *c*, de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de l'article 43 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui démontrent la thèse fondamentale selon laquelle l'immunité peut ne pas aller de pair avec l'autorisation d'entrer. Un Etat peut consentir à la présence d'un autre Etat à l'intérieur de ses frontières mais ne pas garantir à cet autre Etat l'immunité de juridiction à l'égard de tout ce que celui-ci pourrait entreprendre à l'intérieur desdites frontières.

17. Pour déterminer le type d'activités susceptible de bénéficier de l'immunité juridictionnelle, il faut par conséquent commencer par se demander à quelle fin l'immunité est accordée. Si le fait d'accorder l'immunité aux Etats a pour objet, comme M. Jagota l'a donné à entendre, d'asseoir les relations entre les Etats sur des bases pacifiques et amicales, la moindre des choses est que l'immunité s'étende aux activités diplomatiques et consulaires inhérentes aux relations intergouvernementales ainsi qu'à la personne des agents diplomatiques et consulaires pour ce qui est des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Il est probable, toutefois, que l'immunité accordée à la personne de l'agent ne le soit pas pour autant à l'Etat, dans le cas d'un contrat conclu par cet agent avec une personne privée.

18. Qu'en est-il des situations où le gouvernement étranger entre en relations avec des particuliers ? On pourrait soutenir, par analogie avec les dispositions du paragraphe 2, al. *a*, de l'article 43 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, que lorsque l'organisme de l'Etat étranger ne s'identifie pas lui-même, ni expressément ni implicitement, comme tel dans ses transactions avec un particulier, l'immunité n'est pas accordée. Mais cette analogie peut ne pas être acceptée et, en tout état de cause, elle ne s'applique pas à toutes les situations.

19. L'époque du laisser faire a engendré une multitude de décisions judiciaires sur la doctrine de l'immunité souveraine, comme celle rendue par le Chief Justice Marshall dans l'affaire du *Schooner « Exchange »* (1812)[9], alors qu'il n'y avait pratiquement pas de «zones intermédiaires», vu que l'Etat pénétrait rarement dans le domaine de l'activité commerciale privée. La théorie absolue de l'immunité souveraine était donc parfaitement justifiée à cette époque. La question est maintenant de savoir si elle l'est toujours. Vers la fin du XIXe siècle, la doctrine du laisser faire a cédé la place à une intervention croissante de l'Etat dans le domaine privé, les gouvernements commençant à réglementer les activités privées et à se constituer eux-mêmes en entreprises, par exemple en exploitant des lignes de chemins de fer, des services de navigation et des services postaux, évolution qui a nettement défavorisé, du point de vue économique et juridique, les intérêts privés engagés dans des activités concurrentielles et qui a eu pour effet de faire reconnaître que l'immunité juridictionnelle de l'Etat n'était pas

[9] Voir 1708e séance, note 9.

absolue mais qu'elle était limitée aux actes à caractère souverain ou public — *acta jure imperii*.

20. En fait, à l'origine, la doctrine de l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers n'a jamais été censée s'appliquer à des situations dans lesquelles l'Etat se livre à des activités commerciales avec des personnes privées. La nécessité pratique d'établir une distinction entre les actes de gouvernement de caractère public ou de caractère privé a été reconnue par les Etats engagés dans de grandes opérations commerciales, même s'ils ont adhéré, à un moment ou un autre, à la théorie dite « absolue » de l'immunité juridictionnelle. Par exemple, les Etats-Unis d'Amérique et l'Union soviétique sont souvent convenus par voie de traité de lever l'immunité au regard des activités de transport maritime et autres activités commerciales. D'ailleurs, les Conventions de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, et sur la haute mer [10], ont en fait traité les navires d'Etat opérant à des fins commerciales comme des navires marchands privés. C'est une preuve concrète que les Etats reconnaissent qu'il importe, dans la pratique, de faire une différence entre divers types d'activité gouvernementale et les distinctions ainsi établies sont renforcées par des accords multilatéraux comme la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats [11] par une foule de décisions judiciaires internes ainsi que par des lois récentes sur le sujet.

21. La nécessité d'une exception relative à l'activité commerciale semble donc évidente car non seulement elle traduit la pratique courante des Etats mais aussi renforce leur capacité de pourvoir aux besoins vitaux de leurs populations en assurant aux personnes privées la sécurité voulue pour nouer des relations commerciales avec eux et en donnant ainsi aux Etats la possibilité de se procurer les biens et les services dont ils ont besoin. Des considérations d'ordre pratique militent par conséquent aussi en faveur de la reconnaissance d'une telle exception. En tout état de cause, on ne restreindrait pas vraiment l'immunité de l'Etat en reconnaissant qu'il peut être poursuivi à raison d'activités commerciales avec des personnes privées si par « restreindre » on entendait « réduire » une immunité qui avait été auparavant pleine et entière. En fait, l'immunité souveraine des Etats n'a jamais été conçue pour couvrir des activités comme celles qui sont visées à l'article 12. Théoriquement, on pourrait dire que l'activité commerciale n'est pas, et n'a jamais été, une exception à la doctrine de l'immunité souveraine. Cette doctrine n'est, tout simplement, jamais allée jusqu'à prévoir l'immunité des Etats pour les actions découlant de cette activité.

22. M. FRANCIS dit que l'article 12 soulève quelques problèmes car, s'il convient de limiter l'immunité des Etats, à certains égards, il faut aussi tenir compte de certaines considérations essentielles. Il faut veiller à ne pas compromettre les intérêts des pays en développement, qui se trouvent dans une situation particulière. M. Francis a fait observer précédemment que, si la notion ancienne d'activité commerciale pouvait avoir une signification réelle dans le passé, son application dans le monde moderne risquait d'aller à l'encontre du but recherché en l'absence de garanties appropriées.

23. Trois exemples relevés récemment dans les moyens d'information peuvent illustrer l'argument de M. Francis. Le premier est un éditorial paru dans *The Times* de Londres consacré au problème alimentaire considéré comme une question de politique étrangère au Zimbabwe. Le deuxième est un article paru dans *International Herald Tribune*, qui indique que le Premier Ministre britannique actuellement en fonction a décidé que la filiale de commercialisation de la British National Oil Corporation demeurait dans le secteur public, décision qui a été prise par un Premier Ministre dont les opinions politiques sont différentes de celles du parti travailliste, qui est à l'origine de la création de la société en question. Le troisième est un entretien, diffusé par la radio suisse, avec un Américain qui est venu à Genève pour tenter de développer le commerce de troc entre pays développés et pays en développement et qui a affirmé que le système du troc est appelé à s'intensifier, vu la pénurie de devises que connaissent les pays en développement. A cet égard, il a été fait état d'un accord récent entre les Etats-Unis et un pays des Caraïbes conformément auquel les Etats-Unis s'engagent à fournir du lait en poudre à ce pays en échange de bauxite. Un tel accord est peut-être difficile à comprendre dans les pays développés, où c'est le secteur privé qui est chargé d'assurer l'approvisionnement en produits de cette nature. Mais dans les pays pauvres, les pouvoirs publics ne peuvent se permettre, du point de vue des ressources humaines, de s'appuyer sur le secteur privé pour faire face aux besoins essentiels en période de difficulté. Enfin, lors d'une conférence qui s'est tenue à Genève en 1978, les pays en développement ont formé un Conseil d'associations des pays en développement producteurs-exportateurs de matières premières en vue de rationaliser les ressources de ces pays en produits primaires [12].

24. Ces faits montrent clairement que l'Etat, notamment dans le monde en développement, participe de plus en plus à des activités commerciales et continuera à le faire dans l'avenir, motivé non par un quelconque désir de profit mais par la nécessité la plus absolue. C'est pour ces raisons que M. Francis éprouve quelques doutes quant à la manière dont l'article 12 codifie le principe en cause, et plus précisément à l'égard du membre de phrase « si cette activité est telle qu'elle pourrait être menée par des personnes ou des entités privées ».

25. Aux Etats-Unis, on considère qu'un gouvernement étranger peut agir à deux titres, en tant qu'entité politique et en tant qu'entité commerciale, et cette idée semble, en quelque sorte, imprégner le projet d'article, de sorte que toutes les activités de l'Etat qui ne se rattachent pas à ses fonctions politiques sont considérées comme des activités commerciales et, par conséquent, se trouvent soumises à la juridiction de l'Etat territorial. C'est là simplifier à l'excès la question, car ce qui peut apparaître à première vue comme un accord exclusivement commercial — un accord de troc, par exemple — est en fait

[10] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 205, et vol. 450, p. 11.

[11] Voir 1708e séance, note 12.

[12] Voir « Rapport de la Conférence plénipotentiaire sur la création d'un conseil d'associations de pays en développement producteurs-exportateurs de matières premières », Genève, 5 - 7 avril 1978 (NAC/PC/1).

un acte entièrement politique, dans la mesure où il concerne le bien-être de la population. L'examen du projet d'article fait apparaître qu'il est fondé sur la législation des Etats-Unis et du Royaume-Uni et sur la pratique d'Etats qui défendent des thèses voisines.

26. Bien entendu, il faut tenir compte de la pratique des Etats telle qu'elle existe mais il faut aussi quelque chose de plus, tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. M. Francis craint, eu égard à la décision rendue dans l'affaire *Krajina* c. *The Tass Agency and another* (1949) [13], que de nombreux organes étatiques, notamment des pays en développement, ne soient exposés à la juridiction de l'Etat territorial. A la différence des pays développés, les pays en développement sont dépourvus des infrastructures indispensables et ils doivent donc créer des organismes publics, qui leur servent d'agents d'exécution et accomplissent certaines tâches qui, autrement, ne pourraient être menées à bien. Il faut donc veiller tout particulièrement, dans le libellé de l'article 12, à prendre en considération tous les éléments, afin de respecter les droits des pays concernés.

27. Il apparaît que certaine législation des Etats-Unis, qui a fait l'objet de quelques critiques à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, eu égard plus particulièrement à la manière dont elle est appliquée par la Court of Claims, cherche à établir un parallèle entre le traitement des citoyens américains et celui des Etats étrangers. S'il ne fait pas de doute que ce tribunal peut connaître d'une action engagée par des nationaux américains ou même par l'un des Etats fédérés, M. Francis ne pense pas qu'il en aille de même en ce qui concerne les Etats étrangers.

28. Enfin, l'activité qui est considérée à l'article 12 comme étant de nature commerciale peut être quelque chose de tout à fait différent au sens de certaines lois nationales et il importe donc de ne pas s'appuyer trop aveuglément sur les éléments des diverses législations nationales pour prendre une décision au sujet de cet article. Il serait erroné de se fonder sur l'analogie avec le souverain qui, à une époque révolue, perdait son immunité s'il entreprenait une activité à titre personnel, pour affirmer que, dans le monde moderne, un Etat perd également son immunité s'il agit de la même manière. De l'avis de M. Francis, aucun Etat ne peut se défaire de son caractère public. Bien entendu, M. Francis n'est pas opposé à ce qu'il y ait des exceptions à la règle de l'immunité des Etats, mais il est essentiel de bien en mesurer les divers éléments et leur incidence éventuelle pour tous les pays, notamment les pays en développement.

29. M. NI voudrait, à propos de l'article 12, poser la question de savoir s'il existe en fait des exceptions au principe de l'immunité des Etats. A cet égard, il a noté avec intérêt que M. Ouchakov a affirmé à plusieurs reprises qu'un Etat est un organe souverain qui ne perd jamais sa personnalité publique et qui, quelles que soient les activités qu'il exerce, agit toujours *jure imperii*. M. Ni, quant à lui, considère toutefois qu'il faudrait poursuivre les efforts en vue de trouver une solution à un problème qui préoccupe les juristes depuis des années, notamment depuis ces dernières années, car les Etats en développement ne pourront jamais atteindre l'objectif qu'ils visent s'ils sont constamment soumis à la juridiction des Etats développés étrangers qui cherchent à protéger leurs investissements à l'étranger. La troisième partie du projet sera superflue si l'on n'admet pas d'exception au principe de l'immunité des Etats. M. Ni se rend compte, cependant, que tel n'est pas le propos de M. Ouchakov et il est, pour sa part, disposé à passer à l'examen des aspects spécifiques du problème. La Commission pourra se prononcer plus tard sur l'économie effective du projet d'articles ainsi que sur l'opportunité d'énumérer les zones d'immunité et les zones de non-immunité, voire « les zones intermédiaires ».

30. Pour le moment, il s'agit de déterminer ce qui constitue une activité commerciale, mais l'article 12 est muet sur ce point. Aux termes du paragraphe 1, al. *f*, de l'article 2, l'expression « activité commerciale » s'entend : i) de l'exercice normal de fonctions de nature commerciale ; ou ii) d'une transaction ou d'un acte commercial particulier. Mais qu'entend-on par « exercice normal » et « une transaction ou un acte commercial particulier » ? Les différents Etats, voire les différents tribunaux dans un même Etat, attribuent un sens différent à l'expression « activité commerciale », comme il ressort clairement de la doctrine et de la jurisprudence. Si on édicte une règle de droit à l'intention des États, il est essentiel de pouvoir s'appuyer sur quelque chose et si tout doit reposer sur les décisions des tribunaux nationaux, l'intérêt du projet d'articles s'en trouvera sensiblement amoindri.

31. Une autre question qui se pose est celle de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*. A cet égard, en Belgique, la Cour de cassation a considéré que l'exploitation de chemins de fer nationaux était un acte privé [14] alors que pour de nombreux autres pays, c'est un acte public. La Roumanie considère que le monopole du tabac relève de l'acte privé alors que les Etats-Unis pensent le contraire. L'Italie estime que l'achat de chaussures pour l'armée est un acte privé alors que la France et les Etats-Unis sont d'un avis contraire. Lauterpacht a cité une longue liste de ces contradictions dans ses écrits et la doctrine en la matière exprime une divergence de vues analogue. Au cours du débat, un certain nombre de questions ont été soulevées — par exemple, celle de savoir si, par « activité commerciale », on entend la recherche de bénéfices. Toute transaction motivée par la recherche de bénéfices peut-elle être qualifiée d'activité commerciale ? Le monopole de certains produits dont les gouvernements déclarent qu'ils revêtent une importance stratégique peut-il être considéré comme étant d'ordre commercial ? Il est difficile de répondre à de telles questions mais s'en remettre aux décisions des seuls tribunaux nationaux ne pourrait que mener à une multiplication des conflits dans l'avenir. Il appartient donc aux juristes de faire le nécessaire pour que la justice règne.

[13] *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1949*, Londres, vol. 16, 1955, affaire n°37, p. 129.

[14] *Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois* c. *Etat néerlandais (Ministère du Waterstaat)* [1903], *Pasicrisie belge, 1903*, Bruxelles, 1re partie, p. 294, 301 et 302.

32. Le paragraphe 2 de l'article 3 constitue un troisième sujet de préoccupation pour plusieurs membres de la Commission, car si on pousse à l'extrême, l'importance que cette disposition accorde à la nature de la transaction, toute transaction pourra être considérée comme un acte privé ; elle supposera invariablement l'achat, la vente, la recherche de bénéfices et peut-être la spéculation. Dans l'affaire *Berizzi Bros. Co.* c. *S.S. Pesaro* (1925) [15], la Cour suprême des Etats-Unis a nié qu'il y ait un usage international en vertu duquel la défense et le développement du bien-être de la population en temps de paix seraient d'un intérêt public moindre que l'entretien ou l'entraînement d'une force navale. M. Balanda (1710e séance) a, par ailleurs, invoqué l'affaire belge *Monnaie* c. *Caratheodory Effendi* [16] dans laquelle le tribunal a considéré que le critère de la nature de l'acte ne devait pas exclure d'autres facteurs, notamment la finalité de l'acte accompli par l'Etat. Dans un pays socialiste, où l'économie est planifiée, les activités commerciales sont toujours exercées au profit de l'ensemble de la population et non dans l'intérêt de personnes privées.

33. M. Ni a soulevé ces questions parce que, comme l'a dit M. Díaz González, une règle de droit international ne peut être élaborée à partir d'une seule tendance. Le Rapporteur spécial (1713e séance) a dit qu'il fallait tenir compte des intérêts de tous les pays, notamment de ceux des pays en développement. En fait, l'intérêt des pays en développement est d'affirmer non seulement leur souveraineté territoriale mais aussi, dans les situations qui s'y prêtent, leur immunité souveraine à l'égard de la juridiction étrangère. A cet égard, les limites de la juridiction ont eu tendance à s'élargir ces dernières années en matière de procédure civile. Jusqu'alors, il était d'usage de poursuivre le défendeur devant le tribunal de son lieu de résidence ou de son domicile professionnel, mais il est désormais fréquent que le défendeur soit traduit devant le tribunal dans le ressort duquel le demandeur a son lieu de résidence ou son domicile professionnel. Qui plus est, dans la pratique contractuelle des Etats, les pays en développement sont souvent tenus de signer des contrats dans lesquels ils renoncent d'avance à leur immunité. Pour ces raisons, ces pays devraient veiller plus que jamais à ne pas se trouver impliqués dans des litiges sans avoir les moyens de se défendre comme il convient.

34. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, tient tout d'abord à féliciter le Rapporteur spécial tant pour son travail de recherche sur ce qui est l'essence même de tout le projet d'articles que pour le compromis qu'il propose et qui est, sous réserve des inévitables mises au point rédactionnelles, le seul susceptible d'être généralement accepté. M. Reuter est conscient des divergences radicales qui divisent les membres de la Commission et qui tiennent à l'affrontement de trois thèses : la première, c'est qu'il existe une règle de droit international public qui prévoirait l'immunité des Etats dans tous les cas, sauf exception bien démontrée ; la deuxième, c'est que cette règle existe, mais assortie d'exceptions démontrées ou en voie de l'être, qui porteraient sur les opérations commerciales ; la troisième, c'est que l'immunité existe dans une série de cas et pas dans d'autres, comme le prouve l'absence de pratique générale.

35. M. Reuter pense, quant à lui, que la règle de l'immunité n'existe pas. La véritable règle est celle de la souveraineté territoriale des Etats, et les conséquences de l'action des Etats étrangers sur le territoire d'un autre Etat font l'objet d'interprétations multiples. Dans le domaine politique par exemple, un Etat a-t-il le droit de consulter, par voie d'élections, ses ressortissants qui se trouvent sur le territoire d'un autre Etat ? Nombre de pays, notamment les anciens pays coloniaux, le contestent ; d'autres l'admettent. Un Etat étranger a-t-il le droit de faire siéger, dans son ambassade, un tribunal qui jugerait ses ressortissants ? Certains Etats répondent par l'affirmative, d'autres par la négative. La Suisse, par exemple, ne permet même pas l'arbitrage international sur son territoire sans autorisation spécifique de ses autorités. Dans le domaine économique, il y a des Etats qui ne reconnaissent pas aux Etats étrangers le droit de se livrer à des activités économiques sur leur territoire, il y en a d'autres qui l'admettent et d'autres encore qui l'admettent sous certaines conditions. Telle est la source du problème qui se pose à la Commission à propos de l'article 11 et de ses rapports avec l'article 6. Mais l'immunité des Etats se ramène finalement au problème de l'action, même économique, d'un Etat étranger sur le territoire d'un autre Etat dans le cadre du droit interne de ce dernier. Quoi qu'il en soit, les trois thèses existent et le projet d'articles devra être structuré de manière à ne pas donner un avantage exclusif à l'une d'elles.

36. Quant à l'article 12, M. Reuter note qu'il contient un renvoi au droit interne de l'Etat territorial intéressé, qui est en fait l'Etat sur le territoire duquel l'activité se déploie. En effet, compte tenu du libellé actuel du paragraphe 1, la question se pose de savoir selon quel droit il doit être déterminé que l'activité commerciale en question « pourrait » être menée par des personnes ou des entités privées. Il n'existe dans les ouvrages pertinents aucune indication précise sur le droit exact des Etats étrangers à exercer certaines activités sociales, financières et commerciales sur un territoire autre que le leur. C'est la raison pour laquelle M. Reuter juge heureuse la formule proposée par le Rapporteur spécial, qui est la seule possible — même si de nombreux membres de la Commission insistent pour qu'une définition exacte et valable pour tous soit donnée de l'expression « activité commerciale ».

37. M. Reuter est cependant d'accord avec M. Jagota pour dire qu'aucun problème ne se pose dans la pratique. Il est parfaitement légitime que les pays socialistes et semi-socialistes interdisent aux Etats étrangers d'exercer certaines activités sur leur territoire et leur accordent à leur gré l'immunité pour qu'ils les exercent. Si, à propos d'une transaction, un pays en développement ou un pays socialiste réclament en vain à un Etat étranger l'immunité qu'eux-mêmes accordent aux autres, ils n'accepteront peut-être pas la transaction, mais ils pourront obtenir satisfaction par voie d'accord ou autrement : l'avenir du commerce international n'est pas dans la règle qui sera énoncée à l'article 12 mais bien dans le

[15] *United States Reports : Cases Adjudged in the Supreme Court*, Washington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1927, vol. 271, p. 562.

[16] Voir 1710e séance, note 4.

développement de l'arbitrage commercial international pratiqué tant par les pays socialistes que capitalistes ou en développement. Evidemment, si la Commission formule une règle comme celle qui est énoncée à l'article 12, le pays qui s'estimera lésé aura tout à fait le droit d'user du principe de la réciprocité.

38. Le paragraphe 2 de l'article 12 demande à être précisé et modifié. M. Reuter est convaincu que deux Etats peuvent soumettre leurs transactions à un système de droit interne particulier. Il y a des pays en développement qui ont conclu des contrats dans un Etat tiers pour que certaines de leurs relations soient régies par le droit local, sans avoir abordé le problème de l'acceptation de la juridiction. M. Reuter souhaiterait donc que le texte soit rédigé avec circonspection, de sorte que la liberté des gouvernements soit préservée. En fait, nombre de pays sont assez sages pour accepter le recours au droit privé d'un pays tiers. Même un Etat hautement industrialisé, lorsqu'il a besoin d'argent et qu'il émet un emprunt, n'est certainement pas très chatouilleux sur ses privilèges et se satisfait de s'en remettre au droit privé, sans même prendre l'initiative de soulever le problème de la juridiction.

39. M. McCAFFREY, se référant aux observations formulées par M. Francis, dit qu'il existe entre les lois américaines *Court of Claims Act* [17] et *Foreign Sovereign Immunities Act* [18] un certain parallélisme mais seulement dans la mesure où le *Court of Claims Act* autorise des personnes privées à poursuivre le Gouvernement fédéral des Etats-Unis. Cette procédure, et d'autres procédures administratives en vertu desquelles des particuliers peuvent contester les décisions du gouvernement, attestent l'existence d'une tendance à s'écarter de la notion d'immunité souveraine absolue mais M. McCaffrey ne pense pas que les choses aillent beaucoup plus loin. L'objet du *Foreign Sovereign Immunities Act* est de fournir des indications sur les circonstances dans lesquelles des Etats étrangers peuvent faire l'objet de poursuites devant les tribunaux des Etats-Unis — fonction qui était précédemment dévolue au Département d'Etat selon des modalités bien moins formelles que dans certains autres pays. On ne peut donc affirmer que les Etats étrangers sont traités comme le Gouvernement fédéral des Etats-Unis pour ce qui est des poursuites engagées par des particuliers. La pratique interne aussi bien que la pratique à l'égard des gouvernements étrangers montrent qu'il est nécessaire de permettre à des particuliers de traduire les gouvernements en justice mais on pourrait dire aussi qu'elles montrent qu'il n'y a jamais eu d'immunité pour les gouvernements en ce qui concerne certains types d'action.

La séance est levée à 13 heures.

[17] *United States Code, 1976 Edition*, Washington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1977, vol. 8, titre 28, chap. 7, p. 171.

[18] Voir 1709e séance, note 13.

1730e SÉANCE

Vendredi 18 juin 1982, à 10 h 5

Président : M. Paul REUTER

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (*suite*) [A/CN.4/340 et Add.1 [1], A/CN.4/343 et Add.1 à 4 [2], A/CN.4/357, A/CN.4/L.337, A/CN.4/L.339, ILC (XXXIV) Conf.Room Doc.3]

[Point 6 de l'ordre du jour]

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

ARTICLE 11 (Portée de la présente partie) *et* ARTICLE 12 (Activité commerciale) [4] [*fin*]

1. M. RIPHAGEN se déclare impressionné par la qualité des débats qui montrent que les juristes internationaux ont le souci commun de promouvoir des relations pacifiques et harmonieuses entre les Etats. Ce qui le préoccupe néanmoins, c'est la situation dans laquelle se trouvent les juristes internationaux lorsqu'ils sont confrontés avec des juristes nationaux, lesquels ne font pas grand cas de l'immunité des Etats et la considèrent presque comme une source d'injustice. Par exemple, si une société commerciale qui a vendu des marchandises à un Etat étranger n'obtient pas le paiement du prix et s'entend alors dire qu'elle ne peut pas attaquer cet Etat étranger en justice, elle s'estimera victime d'une injustice et s'adressera finalement au gouvernement de son propre pays pour lui demander de payer le prix. Les exemples de ce genre montrent qu'il n'y a guère de chances, pour ne pas dire aucune chance du tout, que les juristes nationaux adoptent une attitude compréhensive à l'égard de l'immunité des Etats.

2. M. BARBOZA tient tout d'abord à remercier le Rapporteur spécial des efforts méritoires qu'il a faits pour présenter à la Commission les éléments de jugement nécessaires pour débattre d'un sujet aussi important et, en fin de compte, pour prendre des décisions en la matière.

3. L'article 11, comme plusieurs membres de la Commission l'ont souligné, doit être lu en liaison avec l'article

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie).

[2] Reproduits dans le volume de la Série législative des Nations Unies intitulée *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.81.V.10).

[3] Les textes des projets d'articles présentés aux précédentes sessions de la Commission sont reproduits comme suit : *a*) art. 1er et commentaire y relatif, adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 138 et 139 ; *b*) art. 2 à 5 : *Annuaire... 1981*, vol. II (2e partie), p. 154 et 155, notes 655 à 658 ; *c*) art. 6 et commentaire y relatif, adoptés provisoirement par la Commission : *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 139 à 153 ; *d*) art. 7 à 10 révisés à la trente-troisième session de la Commission : *Annuaire... 1981*, vol. II (2e partie), p. 159, notes 668 à 671.

[4] Pour les textes, voir 1728e séance, par. 7.