Document:-

A/CN.4/SR.2115

Compte rendu analytique de la 2115e séance

sujet:

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

1989, vol. I

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

Copyright © Nations Unies

commercial ». Si cet article repose sur le consentement implicite, il n'y a pas de raison de refuser l'immunité lorsque les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage, au nom d'une exception, telle qu'un contrat commercial. En outre, l'emploi des mots « matière civile » présenterait l'avantage de ne pas exclure les cas tels que l'arbitrage des différends nés du sauvetage d'un navire, qui peut ne pas être considéré comme uniquement commercial.

56. Pour ce qui est de la mention d'un tribunal, l'article 19 emploie les mots « devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce », alors que le précédent Rapporteur spécial avait d'abord proposé « un tribunal d'un autre Etat sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu » (A/CN.4/422 et Add.1, par. 33). Le Rapporteur spécial préfère cette dernière formule. On dit parfois que l'arbitrage est une procédure particulière qui se distingue du règlement judiciaire, mais les tribunaux ordinaires jouent un rôle d'appui dans l'arbitrage. Compte tenu de cette pratique juridique, l'article 19 introduit dans le projet le principe de l'absence d'immunité des Etats devant les tribunaux nationaux dans les procédures relatives à l'arbitrage, même si l'une des parties est un Etat étranger. Les modalités de cette fonction de supervision des tribunaux nationaux peuvent, naturellement, varier selon les règles pertinentes de chaque système juridique. Selon l'article 19, la supervision des arbitrages s'étend aux questions se rapportant à l'accord d'arbitrage, telles que l'interprétation et la validité de cet accord, la procédure d'arbitrage et l'annulation des sentences. Certaines lois nationales prévoient que l'annulation d'une sentence arbitrale peut avoir lieu pour des raisons d'ordre public. La Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères prévoit que l'annulation de la sentence ne peut être ordonnée que par un tribunal de l'Etat dans lequel l'arbitrage a eu lieu.

57. A propos des procédures auxquelles s'étend le pouvoir de supervision d'un tribunal d'un autre Etat, un gouvernement a suggéré d'ajouter à l'alinéa *c* de l'article 19 la mention de la procédure relative à « la reconnaissance et l'exécution » de la sentence arbitrale (*ibid.*, par. 35).

58. A une exception près, les lois récemment adoptées ne considèrent pas que le fait, pour un Etat, de se soumettre à l'arbitrage signifie qu'il renonce à l'immunité de juridiction à l'égard de l'exécution, mais le Rapporteur spécial n'a pas eu l'occasion d'étudier la partie pertinente de la réserve qu'ont récemment formulée les Etats-Unis d'Amérique à cet égard. Dans la pratique des Etats, la question de savoir si l'Etat qui conclut un accord d'arbitrage ne peut invoquer son immunité dans les procédures relatives à l'exécution d'une sentence rendue contre lui semble aussi donner lieu à deux courants d'opinion contradictoires. Pour le Rapporteur spécial, la question de l'exécution des sentences arbitrales est correctement traitée dans les projets d'articles, même si le Gouvernement australien a demandé qu'elle le soit de manière plus explicite (*ibid.*, par. 37 *in fine*).

59. Si l'on part du principe que la demande d'exécution n'a d'autre utilité que d'être un préalable à l'exécution, l'immunité d'un Etat pourrait être invoquée dans la procédure visant à obtenir l'ordonnance préliminaire, dans la mesure où cet Etat n'a pas consenti à se soumettre à la juridiction des tribunaux pour ce qui est de l'exécution effective. En revanche, si l'on considère, distinguant la reconnaissance d'une sentence de son exécution, que la reconnaissance est le complément naturel du caractère obligatoire de tout accord d'arbitrage et ne devrait pas être compromise par des considérations d'immunité souveraine, l'immunité s'appliquerait aux processus d'exécution, mais non à la reconnaissance préalable de la sentence arbitrale.

60. A propos de cette question, les tribunaux français font une nette distinction entre la reconnaissance des sentences arbitrales et leur exécution effective (*ibid.*, par. 40). La façon de traiter les demandes d'exécution des sentences arbitrales contre un Etat étranger est peut-être propre à la France, mais elle pourrait utilement aider la Commission à repenser la question. Le Rapporteur spécial propose donc que, à supposer que l'Etat du for adopte une loi interne reprenant les mêmes principes que les tribunaux français, la Commission envisage d'ajouter à l'article 19 un nouvel alinéa *d* qui se lirait : « la reconnaissance de la sentence arbitrale », étant entendu que cet alinéa ne devrait pas être interprété comme impliquant la renonciation à l'immunité d'exécution.

La séance est levée à 13 heures.

2115e SÉANCE

Jeudi 8 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Jacovides, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucounas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens *(suite)* [A/CN.4/410 et Add.1 à 5[1], A/CN.4/415[2], A/CN.4/422 et Add.1[3], A/CN.4/L.431, sect. F]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie).

[2] *Ibid.*

[3] Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie).

EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES[4] EN DEUXIÈME LECTURE *(suite)*

1. M. OGISO (Rapporteur spécial), poursuivant la présentation de son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1), résume les observations reçues des gouvernements au sujet de la quatrième partie du projet d'articles (Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte frappant leurs biens).

2. Bien que la majorité des gouvernements considèrent que l'immunité à l'égard des mesures de contrainte est distincte de l'immunité juridictionnelle des Etats, certains juristes font valoir que donner aux plaignants la possibilité d'intenter une action contre un Etat étranger, pour les priver ensuite, par le jeu de l'immunité d'exécution, des bénéfices de leur action lorsqu'ils obtiennent gain de cause, revient à les exposer à la double frustration d'un jugement inexécutable et de dépens onéreux. Le Gouvernement suisse constate que le projet d'articles s'écarte sensiblement sur ce point de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats. Toutefois, le régime établi par cette dernière, qui repose sur l'obligation des Etats contractants de respecter volontairement les jugements rendus contre eux, est difficilement transposable tel quel. Outre la renonciation à l'immunité, le *State Immunity Act 1978* du Royaume-Uni autorise l'exécution des jugements et des sentences arbitrales sur les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales. Le *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* des Etats-Unis d'Amérique pose comme règle générale l'immunité à l'égard des mesures d'exécution, et prévoit un certain nombre d'exceptions qui ont toutes trait aux biens commerciaux. Dans les pays européens, la tendance générale est de permettre l'exécution sur les biens commerciaux, mais pas sur les biens destinés à des fins publiques. Le projet d'article 21 va dans ce sens. Il reste à examiner si le membre de phrase « et n'aient un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée », à la fin de l'alinéa *a*, doit être supprimé, comme plusieurs gouvernements le suggèrent, ce qui rendrait mieux compte de la pratique européenne. Faute de retenir cette suggestion, on pourrait ajouter, au début de l'article, la clause « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement », de façon à répondre en partie aux préoccupations de ceux qui préfèrent supprimer la phrase que le Rapporteur spécial a mentionnée.

3. L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 23 concerne les comptes bancaires de l'Etat, qui sont souvent visés par les mesures de contrainte. On pourrait voir, dans ces comptes, des actifs commerciaux par nature, ou au contraire estimer que la simple possibilité d'une utilisation future à des fins publiques suffit pour fonder l'immunité, mais ces deux points de vue sont quelque peu extrêmes. Pour ce qui est des fonds déposés dans les comptes bancaires placés sous le contrôle des missions diplomatiques ou consulaires, ils sont réputés destinés à une fin publique et jouissent donc de l'immunité. Cependant la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques ne règle pas expressément la question générale des comptes bancaires, et, tel qu'il est actuellement libellé, l'alinéa *a* en question semble correspondre assez fidèlement au droit coutumier. Le seul point qui reste à résoudre est celui des comptes des banques centrales. La Cour d'appel britannique a refusé l'immunité à deux reprises dans un tel cas, mais le *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* des Etats-Unis fait bénéficier de l'immunité de saisie et d'exécution les actifs détenus par une banque centrale ou par une autorité monétaire étrangère. Compte tenu des observations de la République fédérale d'Allemagne et des dispositions du *Foreign Sovereign Immunities Act* des Etats-Unis, le Rapporteur spécial propose de modifier comme suit l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 23 : « les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat qui sont situés sur le territoire d'un autre Etat et servent à des fins monétaires ».

4. En ce qui concerne l'article 28, le Rapporteur spécial a déjà indiqué que la Commission pourrait envisager de le supprimer, si le nouvel article 6 *bis* proposé était adopté (voir 2114e séance, par. 39). En effet, l'article 28 est critiqué par certains gouvernements comme pouvant donner lieu à des interprétations différentes. En outre, les deux gouvernements qui ont fait des critiques au sujet de l'alinéa *a* du paragraphe 2 ont donné deux interprétations opposées de la phrase « appliquer restrictivement l'une des dispositions des présents articles ». Un gouvernement craint que cette expression ne soit abusivement interprétée comme restreignant la règle générale de l'immunité des Etats ; l'autre gouvernement, au contraire, craint qu'elle ne soit interprétée comme restreignant la portée des exceptions à la règle.

5. On notera que l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 28 (« le fait pour des Etats de se faire mutuellement bénéficier [...] d'un traitement différent [...] ») s'écarte légèrement du texte de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 47 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (« le fait pour des Etats de se faire mutuellement bénéficier [...] d'un traitement plus favorable [...] »), ce qui reflète la différence de nature entre les deux instruments. Le Rapporteur spécial engage la Commission à bien peser les conséquences juridiques de cette disposition avant de décider de l'adopter.

6. M. CALERO RODRIGUES demande au Rapporteur spécial de préciser s'il propose en fait de nouvelles modifications au libellé des projets d'articles.

7. M. OGISO (Rapporteur spécial) répond que, bien que la plupart des modifications qu'il propose soient des additions au texte, certaines peuvent avoir des répercussions sur les articles déjà adoptés : ainsi, l'adoption du nouvel article 6 *bis* proposé entraînerait la suppression de l'article 28, ce qui n'avait pas été proposé jusqu'ici.

8. M. KOROMA souligne, à titre d'observation générale sur le projet d'articles, que, bien que les textes de lois et les exemples jurisprudentiels cités dans le deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1) puissent donner l'impression que la doctrine de l'immunité absolue a été abandonnée, cette doctrine reste celle de l'immense majorité des Etats d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine. Il ajoute que, dans un tel sujet, ce sont les thèses des Etats, et non les décisions des tribunaux

[4] Pour le texte, voir 2114e séance, par. 31.

nationaux, qui doivent constituer la principale source de droit. M. Koroma avait d'ailleurs demandé au précédent Rapporteur spécial d'utiliser comme source les décisions des tribunaux et les arguments invoqués devant ceux-ci par les Etats défendeurs.

9. Il voudrait enfin savoir si, dans l'esprit du Rapporteur spécial, le nouvel article 6 *bis* proposé est destiné à remplacer l'article 6 — auquel cas on peut se demander ce qui resterait du principe de l'immunité juridictionnelle.

10. M. OGISO (Rapporteur spécial) répond qu'il propose de supprimer, dans l'article 6, la phrase entre crochets, et d'ajouter l'article 6 *bis* au texte ainsi modifié.

11. M. BENNOUNA voudrait que, au stade de la deuxième lecture du projet d'articles, la Commission évite de s'engager à nouveau dans un débat général qui serait sans intéret théorique et ne pourrait que compromettre l'avancement de ses travaux. Ce que la Commission doit faire maintenant, c'est examiner les projets d'articles adoptés en première lecture pour décider des changements à y apporter compte tenu des observations faites par les gouvernements, et orienter les travaux du Comité de rédaction, qui devra mettre au point un texte définitif en 1990.

12. M. SHI dit que le sujet à l'examen est très délicat, car il touche à la souveraineté, à l'égalité souveraine et aux intérêts des Etats. Le précédent Rapporteur spécial faisait remarquer dans son deuxième rapport[5] que le principe de l'immunité des Etats était établi en droit international coutumier ; cependant, deux écoles de pensée s'opposent, celle de l'immunité absolue et celle de l'immunité restreinte, et chacune répond à la pratique de certains Etats, la première étant de loin celle suivie par la majorité des Etats. Depuis quelques dizaines d'années, on constate dans certains pays, les pays occidentaux développés notamment, une tendance à préférer le principe de la souveraineté restreinte. Si l'on ne peut trouver d'accommodement entre ces deux façons de voir, l'impasse risque d'avoir des effets négatifs sur les relations politiques et économiques des Etats.

13. Pour illustrer le problème, M. Shi cite l'affaire *Jackson* et al. c. *République populaire de Chine* (1982), dont s'est trouvée saisie la Cour fédérale de district de l'Alabama, et dont il explique le déroulement en détail. Certains citoyens américains, se plaçant sous le couvert du *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, des Etats-Unis, voulaient faire racheter par le Gouvernement chinois des bons du Trésor émis par la Chine avant 1949. Le Gouvernement chinois a signalé au Gouvernement des Etats-Unis le caractère absolu de son immunité souveraine et a rejeté la procédure. Il y eut jugement par défaut, et les demandeurs cherchèrent à introduire une procédure de saisie ou de saisie-exécution, sur quoi la Chine a indiqué au Département d'Etat des Etats-Unis que, si les biens chinois aux Etats-Unis étaient liés juridiquement, le Gouvernement chinois se réservait le droit de prendre des contre-mesures. Après des consultations entre les délégations de juristes des deux Etats et diverses péripéties, l'affaire fut classée au motif de non-rétroactivité du *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*. D'autres demandeurs, dans des affaires analogues dont étaient saisies les cours de justice américaines, retirèrent aussi leurs prétentions en justice. On voit que, n'eût été la modération dont fit preuve le Gouvernement chinois et la coopération effective du Gouvernement des Etats-Unis, les conceptions opposées de l'immunité souveraine des Etats auraient eu des conséquences difficiles à prévoir.

14. Cet exemple montre la nécessité où se trouve la Commission de rechercher une formule de compromis pour établir l'équilibre voulu entre les deux doctrines. Malheureusement, les projets d'articles adoptés en première lecture sont essentiellement inspirés de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats et du *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* des Etats-Unis. On ne peut soutenir que les projets d'articles traduisent le droit international général et la pratique de la grande majorité des Etats. M. Shi récuse donc le jugement du Rapporteur spécial, qui figure dans son deuxième rapport, selon lequel

> [...] on ne saurait plus affirmer que la conception de l'immunité absolue est une norme universellement contraignante du droit international coutumier. [...] la conception de l'immunité absolue continue d'être la norme sur laquelle peuvent compter *les Etats qui n'ont pas consenti à sa modification*. [...] (A/CN.4/422 et Add.1, par. 10.)

En fait, la règle coutumière de l'immunité souveraine ne vaut pas seulement pour les relations entre les Etats partisans de la conception de l'immunité absolue, mais aussi pour les relations entre les Etats de l'école adverse, et la conception dite *restrictive* ne peut s'appliquer qu'aux relations entre les Etats qui la soutiennent. Mais il y a là un sujet de polémique sans fin, et il s'agit au contraire d'adopter une attitude d'accommodement.

15. Considérés de ce point de vue, les projets d'articles dont la Commission est saisie devront être modifiés pour être acceptables par l'ensemble de la communauté internationale. En effet, les membres de cette communauté présentent une grande diversité politique, économique et sociale, juridique et technique. La coexistence ne leur suffit pas : il faut qu'elle se fasse dans la paix, l'harmonie et le bon voisinage — sans parler des nécessités des relations économiques. Le projet doit donc renforcer le principe de l'immunité des Etats, conformément à la souveraineté et à l'égalité souveraine des Etats, tenir compte des intérêts des Etats et être adapté à leurs divers régimes économiques, sociaux et juridiques. Ce n'est qu'en orientant dans ce sens la deuxième lecture des projets d'articles que l'on pourra atteindre l'objectif visé, qui est, comme l'a dit le Gouvernement chinois dans ses observations,

> d'établir un nécessaire équilibre entre l'abolition et la prévention des abus de juridictions nationales à l'encontre d'Etats souverains étrangers et l'établissement de moyens équitables et raisonnables pour le règlement des différends, et de favoriser, par là, le maintien de la paix mondiale, le développement de la coopération économique internationale et la promotion des relations amicales entre les peuples. [...] (A/CN.4/410 et Add.1 à 5.)

16. Après ces considérations générales, M. Shi, abordant l'analyse des projets d'articles, remarque que le Rapporteur spécial propose de fondre en un texte unique les articles 2 et 3, solution tout à fait acceptable. Il remarque aussi que l'alinéa *b* du paragraphe 1 du nouvel article 2 (A/CN.4/415, par. 29) cherche à préciser ce que recouvre le mot « Etat » ; mais les expressions

[5] *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 195, doc. A/CN.4/331 et Add.1.

« divers organes de gouvernements », « subdivisions politiques de l'Etat » et « organismes ou institutions de l'Etat » ne sont pas elles-mêmes définies et les explications données dans le commentaire sur l'article 3[6] ne suffisent pas. Il est important pour certains pays, notamment les pays socialistes, que les entreprises d'Etat n'entrent pas dans la définition du mot « Etat » : cela doit ressortir du libellé de l'article.

17. Le sous-alinéa ii de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du nouvel article 2 est superflu. La pratique suivie depuis la seconde guerre mondiale montre que les transactions financières entre les gouvernements et les institutions financières privées étrangères prévoient presque systématiquement le renoncement de ces gouvernements à leur immunité. Cette pratique se poursuivra indépendamment du sort de la future convention, car les banques et autres institutions financières privées y trouvent une protection de leurs droits et de leurs intérêts ; pour ce qui est des obligations d'Etat, cette pratique en protège également le détenteur tout en renforçant le crédit du gouvernement émetteur.

18. Le but du paragraphe 3 du nouvel article 2 est d'établir la nature commerciale du contrat en trouvant un équilibre entre sa nature et sa finalité. Il fait pourtant une meilleure place à la nature du contrat, puisque, selon la disposition proposée, le but du contrat n'intervient que s'il est expressément indiqué dans un accord ou un contrat international entre les parties. C'est un recul certain par rapport au texte antérieur (ancien art. 3, par. 2).

19. La deuxième partie du projet (Principes généraux) est une codification du principe de l'immunité de juridiction des Etats et de leurs biens, et la disposition centrale en est l'article 6, où est affirmée la règle générale de l'immunité des Etats. Tel qu'actuellement formulé, cet article est acceptable, à condition de supprimer les mots « et des règles pertinentes du droit international général » qui figurent entre crochets ; le membre de phrase « sous réserve des dispositions des présents articles », qui les précède, rend inutile cette formule, qui prête à confusion et vide de son sens l'ensemble du projet. Quelles sont en effet ces autres « règles pertinentes du droit international général » ? Et, s'il y en a, pourquoi ne se trouvent-elles pas dans le projet ? Le nouvel article 6 *bis*, que le Rapporteur spécial propose de mettre à la place de cette expression (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17), offrirait peut-être une solution, mais à condition de réduire au minimum les exceptions prévues dans les articles 11 à 19.

20. La troisième partie du projet appelle deux observations d'ordre général : la première est que, en raison de la nature essentielle de l'immunité des Etats, le titre « Exceptions à l'immunité des Etats » est préférable à « Limitations de l'immunité des Etats » ; la seconde observation est que les exceptions à l'immunité des Etats, rendues nécessaires par l'état actuel des relations internationales — notamment économiques et commerciales — , doivent être maintenues au niveau minimal que la réalité justifie.

21. L'article 11 expose les exceptions en matière de contrat commercial. Il est exact que, les Etats étant de plus en plus nombreux à exercer des activités commerciales, des différends surgiront fatalement dans ce domaine entre Etats et personnes privées étrangères, et que l'absence de moyens juridiques pour régler ces différends mettra les personnes privées dans une position désavantageuse face à des Etats souverains, situation qui ne peut avoir que des effets négatifs sur la circulation internationale des biens, des services et des ressources financières. C'est donc à juste titre que l'article 11 fait du contrat commercial un cas d'exception à l'immunité des Etats ; cela serait acceptable moyennant une réserve qui se lirait : « à condition que le contrat commercial ait un lien territorial marqué avec l'Etat du for », comme le proposait le précédent Rapporteur spécial en 1983[7]. Cette réserve paraît indispensable, vu le manque de précision des termes « en vertu des règles applicables de droit international privé » — sans parler de l'hétérogénéité des règles de conflit. Même le *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, des Etats-Unis, prévoit ce lien territorial.

22. D'autre part, en formulant l'exception prévue à l'article 11, il faut tenir compte du fait que les systèmes économiques, sociaux et juridiques des Etats sont loin d'être identiques : certains, par exemple, attribuent à l'Etat des activités commerciales que d'autres ne considèrent pas comme telles. Cette confusion fait qu'il est souvent difficile, en cas de procès, de choisir la partie défenderesse, et que parfois le plaignant excipe des moyens de droit interne pour attaquer dans une même affaire l'Etat lui-même et l'entreprise d'Etat, à cause de leur identité présumée. Raison de plus pour consacrer la notion de biens d'Etat séparés, comme le fait le Rapporteur spécial dans le nouvel article 11 *bis* qu'il propose (A/CN.4/415, par. 122).

23. Cependant, l'article 11 *bis* ne doit pas seulement définir la notion de biens d'Etat séparés, il faut aussi qu'il exempte l'Etat étranger souverain d'avoir à plaider son immunité à l'occasion d'un différend issu d'un contrat commercial entre une entreprise d'Etat à biens séparés et des personnes étrangères. Cette exemption est également importante pour les pays en développement, vu les frais exorbitants qu'entraîne ce genre de procédure.

24. Compte tenu de ces considérations, M. Shi propose, à titre provisoire, de libeller le nouvel article 11 *bis* comme suit :

> « 1. Si une entreprise d'Etat conclut un contrat commercial avec une personne physique ou morale étrangère et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, des contestations relatives à ce contrat commercial relèvent de la juridiction du tribunal d'un autre Etat, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de cette juridiction dans une procédure fondée sur ce contrat commercial, à moins que l'entreprise d'Etat ne soit une entité juridique distincte de l'Etat, ayant la possession, l'utilisation et la disposition d'une partie déterminée et séparée des biens d'Etat, soumise aux mêmes règles et obligations en matière de contrat commercial qu'une personne physique ou morale, et pour les obligations de laquelle l'Etat n'est

[6] *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 13 et 14.

[7] *Annuaire... 1983*, vol. I, p. 309, 1806e séance, par. 73.

en aucune manière responsable selon le droit interne de cet Etat.

« 2. Dans une procédure fondée sur le contrat commercial visé au paragraphe précédent, un certificat signé par le représentant diplomatique ou une autre autorité compétente de l'Etat dont l'entreprise d'Etat est ressortissante, et communiqué directement au ministère des affaires étrangères pour transmission au tribunal, vaut preuve du caractère de l'entreprise d'Etat. »

25. L'article 12, relatif aux contrats de travail, n'a pas sa place dans le projet, comme l'ont suggéré certains gouvernements. Dans son cinquième rapport[8], le précédent Rapporteur spécial avait d'ailleurs attiré l'attention de la Commission sur la rareté des décisions de justice et des exemples de la pratique étatique dans ce domaine particulier. Il s'agit donc ici d'une exception qui ne correspond pas à une nécessité.

26. L'article 13, en posant le principe de l'exception à l'immunité des Etats face à une action en réparation pour dommages aux personnes et aux biens, vise à mieux protéger les personnes privées, ce qui est tout à fait compréhensible. Pourtant, l'article 31 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques consacre l'immunité des agents diplomatiques dans l'Etat d'accueil. L'Etat ne jouirait-il pas de la même immunité que ses agents ? En outre, l'article 13 est la négation même du principe de l'immunité de juridiction des Etats, dans la mesure où il ne fait pas de distinction entre l'acte souverain et l'acte de droit privé, comme le voudrait la conception *restrictive*. D'autre part, l'attribution à l'Etat d'une action ou d'une omission illicite relève du domaine de la responsabilité internationale des Etats, et il serait contraire au principe de la souveraineté et de l'égalité souveraine des Etats qu'une juridiction interne puisse incriminer un Etat étranger. Le précédent Rapporteur spécial reconnaissait lui-même dans son cinquième rapport que le droit international coutumier ne prévoit pas l'exercice de la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel l'acte illicite est commis quand cet acte est attribuable à un Etat étranger. Il est donc évident que l'article 13 n'a pas d'autre base juridique que la législation que quelques pays ont récemment adoptée. Enfin, comme le faisait remarquer le secrétariat du Comité juridique consultatif africano-asiatique dans le mémorandum préparé en 1982 pour la trente-septième session de l'Assemblée générale, faire des dommages aux personnes ou aux biens un cas d'exception à l'immunité des Etats serait ouvrir la porte à une marée d'actions contre les gouvernements et serait une plaie vive dans les relations entre les Etats.

27. Pour toutes ces raisons, il convient de supprimer l'article 13. Cela ne signifie pas que les personnes privées se trouveraient sans recours. Mais il vaudrait mieux que les cas que cet article cherche à prévoir soient réglés par les gouvernements en cause, par la voie diplomatique, comme cela a été dit aux sessions précédentes. Et si c'est aux accidents de la circulation que l'on songe, ils sont couverts par les assurances.

28. Le Rapporteur spécial propose de supprimer les alinéas *b* à *e* du paragraphe 1 de l'article 14 (Propriété, possession et usage de biens), et les raisons qu'il donne sont convaincantes. D'abord, les dispositions des alinéas *c* à *e* concernent la pratique des pays de « common law » et peuvent se trouver complètement étrangères à d'autres traditions juridiques. Ensuite, elles risqueraient d'être interprétées comme donnant le pas à une juridiction étrangère même en l'absence de tout lien entre le bien et l'Etat du for. Comme le signale le Rapporteur spécial, le *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, des Etats-Unis, ne prévoit rien d'analogue à ces dispositions.

29. L'article 26 (Questions fiscales) est totalement inacceptable. Ce texte permettrait aux Etats de traduire devant leurs tribunaux un Etat étranger pour une action en recouvrement de taxes ou de redevances ; l'adopter serait contraire à la notion même de souveraineté et d'égalité souveraine des Etats.

30. Pour l'article 18, le Rapporteur spécial recommande de supprimer les mots « non gouvernementales » et d'ajouter un nouveau paragraphe 1 *bis* (A/CN.4/422 et Add.1, par. 26). M. Shi peut accepter cette suppression et n'a rien à redire au nouveau texte, à condition d'y apporter certaines modifications de forme. Comme le dit aussi le Rapporteur spécial, il est inutile de prévoir une disposition particulière pour les aéronefs : la Convention de Chicago de 1944 sur l'aviation civile internationale, à laquelle ont souscrit la majorité des Etats, établit une distinction suffisamment claire entre l'aéronef appartenant à l'Etat et l'aéronef civil. Du reste, un grand nombre de compagnies aériennes sont des entreprises d'Etat, et il ne semble pas que le problème de l'immunité de juridiction se soit jamais posé.

31. A propos de l'article 19, qui porte sur l'effet des accords d'arbitrage entre un Etat et une personne physique ou morale étrangère, il convient de remarquer que les tribunaux de certains pays peuvent exercer une sorte de contrôle sur l'arbitrage commercial et que, en conséquence, on peut concevoir que le consentement de l'Etat à l'arbitrage vaille consentement à ce contrôle excercé par une juridiction d'un autre Etat. Il importe donc de préciser si cette exception à l'immunité doit s'appliquer à l'arbitrage des différends concernant « un contrat commercial » ou « une matière civile ou commerciale », cette dernière expression semblant élargir l'exception. Comme on cherche au contraire à limiter les exceptions, M. Shi est d'avis de restreindre la portée de l'article 19 aux contrats commerciaux tels qu'ils sont définis à l'alinéa *c* du paragraphe 1 du nouvel article 2 (A/CN.4/415, par. 29). Il accepte par ailleurs la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter un alinéa *d* relatif à la reconnaissance de la sentence arbitrale, à condition que ce texte ne puisse pas être interprété comme une renonciation à l'immunité des mesures de saisie-exécution.

32. S'agissant de l'article 20 (Cas de nationalisation), il est certain que les décisions de nationalisation prises par un Etat sur son propre territoire sont un acte de l'Etat et ne peuvent faire exception à son immunité. Or l'article 20 est loin d'être clair : constitue-t-il ou non

[8] *Ibid.*, vol. II (1re partie), p. 27, doc. A/CN.4/363 et Add.1.

une exception ? Si c'est le cas, quelles conclusions faut-il en tirer ? Et si ce n'est pas le cas, que fait ce texte dans la troisième partie du projet ? On ne peut suivre en tout cas le Rapporteur spécial dans l'interprétation qu'il en donne dans son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1, par. 41). Du reste, l'article a peu de chances d'être accepté par les Etats ; autant le supprimer, ou alors le placer dans la partie introductive du projet, comme le suggèrent certains gouvernements.

33. Passant à la quatrième partie du projet (Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte concernant leurs biens), M. Shi reconnaît son importance : le principe qui y est posé, en tant qu'il est distinct de l'immunité juridictionnelle des Etats, forme un contrepoids essentiel aux exceptions à l'immunité des Etats qui sont énoncées dans la troisième partie. Il est en effet établi que la renonciation à l'immunité de juridiction n'implique pas renonciation à l'immunité d'exécution, d'où il s'ensuit que les exceptions aux immunités juridictionnelles envisagées dans le projet n'emportent pas absence d'immunité à l'égard des mesures de contrainte. Or, il est à noter que l'article 21 tel que libellé, et notamment l'alinéa *a*, limite considérablement le principe de l'irrecevabilité des mesures de contrainte concernant les biens d'Etat. En particulier, M. Shi ne peut accepter les recommandations du Rapporteur spécial, faites compte tenu des vues de certains gouvernements, qui tendent à supprimer les mots « non gouvernementales » et le membre de phrase « n'aient un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée ». Ces suppressions auraient pour effet fâcheux de limiter le principe de l'immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte bien plus que cela n'est le cas, par exemple aux termes du *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, des Etats-Unis. Si l'alinéa *a* était modifié comme le suggère le Rapporteur spécial, les relations entre les Etats s'en trouveraient empoisonnées, notamment en cas d'exécution d'un jugement rendu par défaut.

34. Selon M. Shi, l'article 21, article liminaire de la quatrième partie, devrait énoncer expressément et explicitement le principe de l'immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte concernant leurs biens, et il faudrait le rédiger sur le modèle de l'article 23 de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, en y incorporant certains des éléments de l'article 22 du présent projet d'articles. Le paragraphe 1 de l'article 21 se lirait alors comme suit :

« 1. Aucune mesure de contrainte, telle que saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, ne peut être prise contre les biens d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat, excepté si l'Etat y a expressément consenti et dans les limites de ce consentement, ainsi qu'il est indiqué :

« *a*) par accord international ;

« *b*) dans un contrat écrit ; ou

« *c*) par une déclaration devant le tribunal dans une affaire déterminée. »

Le texte du paragraphe 2 serait celui du paragraphe 2 de l'article 22 :

« 2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 8 n'est pas censé impliquer le consentement à l'adoption de mesures de contrainte aux termes de la quatrième partie des présents articles, pour lesquelles un consentement distinct est nécessaire. »

35. L'actuel article 22 serait remplacé par le texte suivant :

« Les biens d'un Etat à l'égard desquels des mesures de contrainte peuvent être prises en vertu de l'article 21 sont :

« *a*) les biens qui sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat à des fins commerciales non gouvernementales et qui ont un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée ; ou

« *b*) les biens qui ont été réservés ou affectés par l'Etat à la satisfaction de la demande qui a fait l'objet de cette procédure. »

36. En ce qui concerne l'article 23, M. Shi ne peut accepter de supprimer les mots « non gouvernementales », placés entre crochets au paragraphe 1. En effet, ces mots ont ici un sens quelque peu différent de celui qu'ils ont à l'article 18. Par ailleurs, le paragraphe 2 devrait être supprimé, comme le proposent certains gouvernements, car cette disposition va à l'encontre du but même du paragraphe 1.

37. Abordant la cinquième partie du projet (Dispositions diverses) et notamment l'article 24 (Signification ou notification des actes introductifs d'instance), M. Shi dit pouvoir accepter le texte révisé des paragraphes 1 et 2, proposé par le Rapporteur spécial (A/CN.4/415, par. 248), avec cependant la suppression des mots « s'il y a lieu » au paragraphe 3. La traduction des pièces instituant une procédure doit être obligatoire, car elle est essentielle au bon déroulement de la procédure et confère la protection voulue à l'Etat défendeur.

38. Quant à l'article 25 (Jugement par défaut), il semble qu'il soit axé uniquement sur le déroulement de la procédure. C'est là un point important, mais il serait bon aussi d'indiquer qu'un tribunal ne peut rendre un jugement par défaut que si le demandeur fonde la compétence du tribunal et sa plainte ou son recours sur des éléments de preuve jugés satisfaisants par le juge. M. Shi suggère de modifier le paragraphe 1 en conséquence, et aussi de supprimer au paragraphe 2 les mots « s'il y a lieu », pour les raisons qu'il a indiquées à propos du paragraphe 3 de l'article 24.

39. Enfin, M. Shi pense qu'il n'est peut-être pas utile de prévoir dans le projet d'articles des règles sur le règlement des différends en matière d'interprétation et d'application. Si le projet doit revêtir la forme d'une convention internationale, il serait plus sage, comme l'enseigne l'expérience, de consacrer au règlement des différends un protocole facultatif distinct. Du reste, il appartiendra à l'éventuelle conférence diplomatique d'en décider.

40. Bien que la Commission ait achevé l'examen en première lecture du projet d'articles, certaines divergences de vues subsistent entre les membres de la Commission et entre les gouvernements. L'examen en deuxième lecture s'annonce donc ardu, mais il ne fait pas de doute que la Commission est en mesure de sur-

monter les obstacles et d'achever l'examen en deuxième lecture durant le mandat de ses membres actuels.

41. M. REUTER, après avoir annoncé qu'il limitera son intervention aux onze premiers articles et avoir félicité le Rapporteur spécial pour sa fidélité à son prédécesseur, son esprit de compromis et son art de la synthèse, remarque que le Rapporteur spécial s'est surtout attaché, aussi bien dans le deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1) que dans la présentation orale qu'il en a faite, aux dispositions conflictuelles. Cette façon de procéder permettra aux membres de la Commission, d'abord de prendre clairement position sur ces dispositions, et ensuite de se mettre d'accord sur des formules de compromis — encore que les compromis sur les principes soient chose aléatoire.

42. En effet, deux positions sont en présence : il y a ceux qui considèrent qu'il existe un principe, et que ce principe est une règle de droit international acquise, ayant valeur absolue ; et ceux, dont M. Reuter lui-même, pour qui plusieurs principes de droit international se trouvent ici en cause — l'immunité des Etats, certes, mais aussi l'incapacité d'un Etat de faire du commerce sur le territoire d'un autre Etat, principe qui a d'ailleurs radicalement changé au cours des années. Or, il se trouve qu'il n'existe pas en la matière de règles de droit international précises et logiques, constituant un corps juridique qui soit actuellement applicable. Il existe, en revanche, des directives nationales ou des orientations. C'est même là que réside la difficulté du sujet à l'étude, puisqu'il s'agit de faire de règles nationales des règles internationales. La tâche à laquelle la Commission est confrontée exige donc la prudence. Cependant, les accords régionaux conclus par des Etats dotés de structures analogues et la multitude d'accords bilatéraux montrent à l'évidence que le problème de l'immunité des Etats n'entrave pas le commerce international, qui se développe même entre Etats aux idéologies, aux structures et aux principes fort différents. Si donc la Commission ne réussit pas dans cette tâche, elle devra en tirer une leçon : certains sujets sont mûrs pour être codifiés, d'autres pas.

43. Ainsi, la question se pose de savoir si la matière à l'étude est mûre pour être codifiée sous forme de règle acceptable aux deux groupes d'intérêts, de structures en présence. Dès son rapport préliminaire (A/CN.4/415), le Rapporteur spécial voyait avec lucidité les problèmes des structures, c'est-à-dire cette liberté que le droit interne donne à l'Etat de se décentraliser, de mesurer les pouvoirs et la responsabilité des organismes qu'il charge de commercer, de ne pas s'engager lui-même, ou de le faire comme il l'entend. Ce sont en général les Etats socialistes qui se prévalent de cette liberté, et qui entendent en revendiquer le bénéfice. Mais, sur le plan du droit international, est-il possible d'abandonner aux Etats le jeu absolument libre de la personnalité morale des entités qui sont une des composantes de la puissance publique ? Pour le sujet de la responsabilité des Etats, la Commission a répondu par la négative, en prévoyant un régime particulier pour les actes émanant des entités décentralisées — régionales, communales ou autres — qui sont détentrices de la puissance publique, le critère appliqué ici étant non pas celui de la définition de l'Etat, mais un critère objectif : à savoir que l'Etat est responsable de certaines entités qui ont le bénéfice de la délégation de la puissance publique. Et c'est un fait qu'en droit international les jeux de la personnalité morale choisis par des intérêts privés ne sont pas opposables aux Etats, pas même aux Etats sous la juridiction desquels ces intérêts privés peuvent opérer.

44. Passant aux projets d'articles à l'étude, M. Reuter met en exergue un point fondamental : le « contrat commercial », visé à l'article 2, mais aussi à l'article 3 et à l'article 11. Il semble en effet que, pour élaborer un texte équitable et acceptable à propos des contrats commerciaux, il faille se référer à des critères objectifs. Et la question est alors de savoir si le but d'un contrat commercial est un critère objectif valable. Non pas que M. Reuter soit hostile à ce que l'on fasse mention de ce critère ; mais à condition que ce soit en toute objectivité. A cet égard, il ne suffit pas de dire que le but est un critère qui peut, à lui seul, servir à déterminer la nature d'un contrat, car, dans le système socialiste par exemple, tous les buts sont des buts correspondant à un intérêt général : l'intérêt étatique. Si donc M. Reuter est d'accord pour maintenir l'immunité absolue, il ne juge pas souhaitable de le faire par un procédé aussi indirect. Il faut songer qu'un contrat commercial ordinaire, qui ne met pas en jeu l'immunité des Etats, peut se transformer en contrat mettant au contraire en jeu cette immunité : c'est par exemple le cas, évoqué à une session précédente, d'un contrat de livraison de denrées alimentaires pendant l'exécution duquel une famine survient, qui oblige l'Etat ayant conclu le contrat à se prévaloir de toutes sortes de privilèges — modifier le contrat, imposer de nouvelles charges au cocontractant pour atteindre un but fondamental, etc. Il conviendrait donc de trouver une formule adéquate, en complétant peut-être les textes proposés par le Rapporteur spécial. Il ne suffit pas de se référer à la pratique des Etats : il faut aussi faire intervenir l'existence de traités, d'accords. M. Reuter propose donc d'ajouter une disposition prévoyant que, si un contrat commercial perd sa nature commerciale par suite de circonstances exceptionnelles, les pouvoirs publics ont le droit de le modifier, et par conséquent de considérer que l'immunité de l'Etat s'applique. Il croit qu'une solution de compromis serait assez facile à trouver sur ce point.

45. Passant au problème posé par la mention des « organismes » — qui, au sens du projet d'articles, sont compris dans l'expression « Etat » — , M. Reuter note que le paragraphe 1 de l'article 3 est à rapprocher à cet égard du paragraphe 3 de l'article 7, qui le complète. Mais, d'après lui, la question de la représentation de l'Etat n'est pas traitée suffisamment à fond dans ces textes. Certains membres ou anciens membres de la Commission se sont intéressés à cette question : M. Reuter pense notamment aux travaux de M. Tomuschat, et dit aussi avoir reçu en bonnes feuilles un article signé de M. Jean Salmon et de M. Sompong Sucharitkul, qui sera publié dans l'*Annuaire français de droit international, 1987* sous le titre « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat ? ». Par exemple, un diplomate qui représente un Etat dans un procès peut-il cumuler les deux types d'immunités, celles qu'il possède en tant que

diplomate et celles que possède peut-être l'Etat assigné en justice ? Comment le tribunal doit-il se comporter en pareil cas ? Autrement dit, le mandat donné au représentant par le représenté entraîne-t-il toutes les immunités de ce dernier ? Autre exemple : que se passera-t-il en cas de procès intenté à un organisme d'Etat décentralisé ? N'y a-t-il pas des cas où ces organismes représentent l'Etat ? La question n'est pas à traiter à la légère. Si en effet, sous certains aspects, elle peut se résoudre assez facilement, sans soulever de questions politiques majeures, sous d'autres aspects au contraire, et notamment lorsqu'il s'agit de biens séparés, elle risque de susciter de sérieuses divergences d'opinions.

46. Dans l'article 6, dont il faudrait revoir le libellé, doit-on conserver la formule entre crochets, choquante pour certains, ou en trouver une autre ? Pour sa part, M. Reuter a peine à croire que les grandes questions qui sont ici en jeu puissent être résolues par cette formule. Il doute aussi que l'expression « sous réserve des dispositions des présents articles » soit heureuse. Ne pourrait-on pas trouver une formule neutre, conçue par exemple dans les termes suivants, après remaniement du début de la phrase : « Un Etat [...] de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat dans le cadre des dispositions des présents articles » ? Le texte se trouverait ainsi vidé de toute prétention de principe, et M. Reuter aimerait connaître l'avis des autres membres sur cette solution. Quant à la solution de compromis proposée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sous la forme d'un nouvel article 6 *bis* (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17), elle éveille l'inquiétude chez M. Reuter, qui craint que ce mécanisme ingénieux n'ouvre la voie à l'extension des limitations de l'immunité diplomatique, ou des exceptions à cette immunité. En effet, comme il y a de fortes chances que le projet d'articles devienne un projet de convention, la future convention pourra faire l'objet de réserves. Or, dans la pratique, les réserves sont largement acceptées, malgré les strictes dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Le projet d'article 6 *bis* serait donc un cadeau offert aux Etats hostiles à l'immunité.

47. Soucieux d'équité, le Rapporteur spécial souhaite que le projet d'article 28 apporte une sorte de compensation aux partisans de la formule placée entre crochets dans le projet d'article 6, au cas où elle serait supprimée. M. Shi vient de faire à ce propos des observations qui précisent la portée du projet d'article 28, et la République démocratique allemande fait observer (A/CN.4/410 et Add.1 à 5) que la réciprocité est quelque chose de fondamental, mais que l'on ignore jusqu'où mène ce principe. M. Reuter partage cet avis. Un projet d'article sur la réciprocité est nécessaire, et il doit être large et généreux ; mais la question mérite d'être encore approfondie. Par contre, M. Reuter n'est pas sensible à la proposition de l'Espagne tendant à ajouter dans le préambule de la future convention, après suppression de la formule placée entre crochets au projet d'article 6, la disposition suivante : « Affirmant que les règles du droit international général continueront de régir les matières non expressément réglementées par la présente Convention » *(ibid.)*. On touche là au cœur du problème : de quel droit peut-on dire qu'il existe des lacunes ? Mieux vaut éviter les formules qui mettent en cause des principes.

48. M. Reuter approuve les articles 8 et 9, et, notamment, les recommandations faites par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire (A/CN.4/415, par. 89 à 92 et 98 et 99). Cependant, s'il est d'accord sur le principe énoncé au paragraphe 3 de l'article 9, il pense qu'il faudrait remanier ce texte, car la formule « n'est pas réputé valoir consentement » est trop générale. La phrase « ne vaut pas nécessairement consentement » suffirait, car il y a bel et bien des circonstances où l'absence vaut comparution.

49. En ce qui concerne le titre de la troisième partie du projet, M. Reuter se demande s'*il y a vraiment* une différence entre les termes « limitations » et « exceptions ». Ne faudrait-il pas trouver un autre terme, qui ne prêtât pas à controverse ? Il n'a jamais été convaincu non plus par les explications données par le précédent Rapporteur spécial à propos de l'article 11, et plus précisément au sujet du « contrat commercial conclu entre Etats ou de gouvernement à gouvernement ». Là encore, se pose un problème de représentation : le gouvernement ne représente-t-il pas l'Etat ?

50. Enfin, en ce qui concerne le nouvel article 11 *bis* proposé (*ibid.*, par. 122), M. Reuter répète que le problème de la représentation, qui met en jeu les rapports de l'Etat avec les entités distinctes de lui en droit interne, est délicat. Il n'a pas d'objection majeure au projet d'article 11 *bis*, mais souhaite que cette question soit examinée de façon plus approfondie par la Commission.

51. M. TOMUSCHAT dit que, grâce au rapport exemplaire du Rapporteur spécial et aux travaux de son prédécesseur, le projet d'articles mérite d'être adopté en deuxième lecture pendant le mandat des membres actuels de la Commission. Il espère donc que la Commission réussira à surmonter les difficultés qui subsistent. Plutôt que de se préoccuper des questions de principe soulevées par le projet d'articles, M. Tomuschat mettra l'accent sur certains problèmes de rédaction, à la lumière des observations faites par les gouvernements.

52. L'article 2 (Expressions employées) soulève plusieurs problèmes, dans sa version antérieure comme sous sa nouvelle forme. Il est heureux que, en donnant une définition du terme « Etat », le Rapporteur spécial ait décidé dans le nouveau texte proposé (A/CN.4/415, par. 29) de ne pas mentionner seulement l'Etat central et ses divers organes, mais de tenir compte aussi des autres entités : c'est là une conséquence naturelle de la conception fonctionnelle du privilège de l'immunité, telle que consacrée dans les articles 6 et suivants. Une remarque s'impose cependant : si le critère décisif en matière d'immunité est l'activité commerciale, peu importe de savoir qui a agi, le chef de l'Etat ou les agents d'une administration locale ; si, par contre, on voit dans l'immunité un privilège personnel attaché à la nature de la personne morale, peut-être faudra-t-il revoir les dispositions relatives aux expressions employées.

53. M. Tomuschat nourrit des doutes au sujet de la notion clef d'« autorité souveraine » telle qu'opposée à la notion de « gouvernement » ou d'« autorité gouver-

nementale », termes employés dans la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats[9]. Il note à ce sujet qu'on dit dans le commentaire sur l'article 3 (Dispositions interprétatives) du présent projet que « les subdivisions administratives à l'échelon local ou municipal n'exercent pas habituellement les prérogatives de la souveraineté de l'Etat »[10]. Il note aussi qu'un commentateur du *State Immunity Act 1978* du Royaume-Uni, dans lequel le terme *sovereign authority* est également employé, assimile l'expression *sovereign authority* à *supreme authority*, en concluant que c'est seulement dans des cas exceptionnels qu'une entité distincte pourrait prétendre jouir de l'immunité. Pour M. Tomuschat, c'est faire fausse route que de vouloir ainsi restreindre le champ d'application du projet d'articles, surtout si l'on considère le texte français, où il est question des « prérogatives de la puissance publique », expression qui se retrouve dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Dans ce dernier cas, la Commission était d'avis qu'il fallait rendre cette formule en anglais par l'expression *government(al) authority*. Si, dans le cas présent, elle retient une autre expression, on en tirera des conclusions erronées. Peut-être le précédent Rapporteur spécial voulait-il s'en tenir aux termes de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, qui met sur un pied d'égalité « autorité souveraine », « puissance publique » et *acta jure imperii*. Mais la Commission doit rester fidèle à la logique de ses propres projets. M. Tomuschat préférerait donc que l'on remplaçât dans le texte anglais l'adjectif *sovereign* par *governmental*, au moins à l'alinéa *b*, iii, du paragraphe 1 du nouvel article 2. Mais la Commission pourrait aussi remanier le commentaire, en indiquant que peu importe le niveau auquel s'exerce la puissance publique. Par exemple, il devrait couler de source qu'une décision rendue par une instance judiciaire inférieure constitue tout autant un acte de l'autorité de l'Etat — et de ce fait échappe tout autant à toute contestation à l'étranger — qu'un jugement émanant des tribunaux supérieurs du même Etat.

54. Le libellé de l'alinéa *b*, ii, du paragraphe 1 du nouvel article 2 n'est pas non plus satisfaisant. Peut-être est-il exact de dire que les subdivisions politiques d'un Etat sont celles qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat, lorsqu'il s'agit d'Etats dotés de provinces ou de régions. Mais cette formule ne tient pas compte du cas des Etats fédéraux, dans lesquels l'Etat central et les Etats fédérés sont des Etats, les Etats fédérés se targuant parfois de leur antériorité historique et faisant valoir que les pouvoirs de l'Etat central découlent de leur préexistence en tant qu'entités politiques. Cela n'empêche pas que les Etats fédérés n'exercent pas les prérogatives de la puissance publique de l'Etat proprement dit, lequel ne peut être que l'Etat central. Il serait donc préférable de dire : « les subdivisions politiques de l'Etat investies de pouvoirs souverains ou gouvernementaux ». Par contre, on peut avoir à parler d'« autorité souveraine » à propos des composantes de l'Etat fédéral, si bien que les critiques dirigées précédemment par M. Tomuschat contre le terme « souverain » ne s'appliquent pas ici.

55. M. Tomuschat a aussi quelques doutes sur l'expression « organismes ou institutions », empruntée au *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, des Etats-Unis. Malheureusement, cette loi étend le privilège de l'immunité aux sociétés de type privé qui appartiennent en majorité ou exclusivement à l'Etat. Or, quel qu'en soit le propriétaire, une société commerciale ne mérite pas un traitement préférentiel. Peut-être suffirait-il de le préciser dans le commentaire.

56. M. Tomuschat préférerait que l'on remplaçât les mots « contrat commercial » par « activité commerciale », car le seul fait qu'un Etat conclue un contrat d'affaires avec un particulier ou une société laisse supposer qu'il n'a pas usé de ses prérogatives. Mais peut-être est-il trop tard pour modifier le projet sur ce point, puisque l'article 11, qui énonce la seule règle à laquelle s'applique l'alinéa *c* du paragraphe 1 du nouvel article 2, reprend cette expression. Même si l'on ne procède pas à cette substitution, il faudrait supprimer le mot « commercial » à l'alinéa *c*, i, du paragraphe 1, car la logique veut que définissant et défini ne soient pas identiques.

57. L'alinéa *c*, iii, du paragraphe 1 manque lui aussi de logique : un « autre » contrat ou accord peut difficilement être un contrat de caractère commercial, vu le texte de l'alinéa *c*, i, du même paragraphe. Là encore, il faudrait supprimer l'adjectif « commerciale ».

58. Le paragraphe 3 du nouvel article 2 est une amélioration par rapport au texte adopté en première lecture (ancien art. 3, par. 2). Cependant, M. Tomuschat croit comprendre que, d'après le libellé actuel, le contrat passé entre les parties doit indiquer explicitement qu'il a été conclu dans un but d'intérêt public. Peut-être est-ce là une formule de compromis valable. Mais il lui semble que l'on pourrait obtenir de meilleurs résultats en se reposant sur la nature de la transaction. Se fonder sur le but de la transaction ne peut que faire naître des doutes, car la puissance publique doit toujours tenir compte de l'intérêt public. Un Etat n'est pas une personne privée agissant dans un but lucratif : M. Tomuschat souscrit sur ce point à ce qu'a dit M. Reuter.

59. En ce qui concerne le paragraphe 2, M. Tomuschat persiste à ne pas juger nécessaire de dire que le projet d'articles ne porte pas atteinte à d'autres instruments internationaux ni au droit interne des Etats. En revanche, il serait utile de préciser que le fait d'employer des termes utilisés dans d'autres instruments internationaux ou en droit interne ne signifie pas nécessairement que la Commission les accepte dans le sens qu'ils ont dans leur contexte initial. S'agissant plus particulièrement des mots « organismes ou institutions », il serait bon d'indiquer que la Commission ne s'en remet pas à l'interprétation qui en est donnée par le *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, des Etats-Unis, où les sociétés privées sont qualifiées d'« institutions ». Tous les termes employés par la Commission recevront, du seul fait de leur présence dans le projet d'articles, des connotations qui leur seront propres, et il serait plus utile d'insister sur l'autonomie de ces termes que d'expliquer que les présents articles ne sont pas

[9] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 et suiv.

[10] *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 14, par. 3 du commentaire.

censés empiéter sur le droit interne des Etats ou sur les instruments internationaux en vigueur.

La séance est levée à 13 h 5.

2116e SÉANCE

Vendredi 9 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucounas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens *(suite)* [A/CN.4/410 et Add.1 à 5[1], A/CN.4/415[2], A/CN.4/422 et Add.1[3], A/CN.4/L.431, sect. F]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES[4] EN DEUXIÈME LECTURE *(suite)*

1. M. TOMUSCHAT, poursuivant son intervention commencée à la précédente séance, s'interroge sur l'opportunité de limiter aux chefs d'Etat la réserve faite au paragraphe 2 de l'article 4, car il est fort probable qu'ils ne sont pas les seuls à jouir des privilèges et immunités considérés. Il serait peut-être bon d'ajouter, après l'expression « chefs d'Etat », les mots « ou autres représentants de l'Etat », eu égard aux règles applicables du droit international et compte tenu de la possibilité que certains privilèges et indemnités s'étendent à d'autres personnes.

2. Les mots « et des règles pertinentes du droit international général », qui figurent entre crochets à l'article 6, soulèvent bien des problèmes, mais pourraient se révéler nécessaires au cas où les limitations ou exceptions seraient énoncées de façon trop restrictive. Les règles du droit coutumier seraient forcément écartées si un juste équilibre était établi. De toute manière, la Commission devrait se fixer pour objectif de soumettre à l'Assemblée générale un texte reposant sur un consensus.

3. De l'avis de M. Tomuschat, le nouvel article 6 *bis* proposé (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17) serait inapplicable, car il ne peut être tenu pour une réserve. Toute réserve a pour effet de limiter les obligations qu'un Etat devrait normalement assumer en vertu d'un traité multilatéral. Or, conformément à l'article 6 *bis*, un Etat pourrait acquérir des droits à l'égard d'autres Etats du simple fait d'une déclaration unilatérale. Même si une objection devait pouvoir faire échec à ce subterfuge, il n'en reste pas moins que cela créerait un précédent fâcheux en droit international.

4. Dans la version anglaise de l'article 7, les mots *so long as the proceeding* au paragraphe 2 sont ambigus. S'il s'agit d'un point déterminé dans le temps, il conviendrait de préciser, dans le texte, le moment où la procédure a été engagée.

5. Les modifications proposées à l'article 11 (A/CN.4/415, par. 121) sont acceptables. Au paragraphe 1 du texte original, les mots « cet Etat est censé avoir consenti à l'exercice de cette juridiction » sont maladroits et s'écartent sensiblement de l'expression type employée dans d'autres articles, à savoir « un Etat ne peut invoquer ». Ils pourraient être interprétés comme signifiant que les Etats peuvent contourner la limitation ou l'exception, en déclarant qu'ils n'ont nulle intention de renoncer à leur privilège d'immunité lorsqu'ils concluent un contrat commercial. Aligner l'article 11 sur les autres dispositions pertinentes servirait la certitude juridique.

6. A propos de l'utilisation du mot « Etat », M. Tomuschat souscrit aux observations du Gouvernement australien. Le projet sera plus clair si on utilise systématiquement les expressions « Etat du for » et « Etat étranger ». L'utilité d'une telle modification est démontrée, notamment par le paragraphe 2 de l'article 3. Dans le texte adopté, on se réfère à « cet Etat », mais on ne sait pas duquel des deux Etats il s'agit, ce point n'étant précisé que dans le commentaire.

7. M. CALERO RODRIGUES dit s'être déjà prononcé à plusieurs reprises sur le projet d'articles. Les seuls points sur lesquels il estime devoir s'exprimer à présent concernent les amendements susceptibles d'être introduits en deuxième lecture. Cependant, les deux rapports du Rapporteur spécial doivent être considérés comme une tentative louable de concilier les divergences de vues.

8. La proposition du Rapporteur spécial de fusionner les articles 2 et 3 est acceptable, et M. Calero Rodrigues se félicite de la suppression du titre de l'article 3 « Dispositions interprétatives ». Le seul changement important découlant de la fusion des deux articles concerne les contrats. Le texte adopté du paragraphe 2 de l'article 3 établit que le but du contrat doit être pris en compte pour déterminer la nature commerciale ou non commerciale du contrat, lorsque ce but est pertinent dans la pratique de l'Etat concerné. Le Rapporteur spécial a souligné que la suppression du critère du but pouvait créer des difficultés, et la solution qu'il propose au paragraphe 3 du nouvel article 2 (A/CN.4/415, par. 29) serait acceptable. Les Etats auraient le droit de déterminer, à l'avance et par voie d'accord, si un contrat doit être réputé commercial. S'il est vrai que la proposition réduit quelque peu la portée de l'applica-

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie).

[2] *Ibid.*

[3] Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie).

[4] Pour le texte, voir 2114e séance, par. 31.