Document:-

A/CN.4/SR.2118

Compte rendu analytique de la 2118e 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

considérer que la nature de l'activité. Il en va de même dans la pratique de plusieurs pays. La meilleure façon de résoudre le problème serait de laisser aux parties la faculté de stipuler, comme le leur permet l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 11, que tout différend qui découlera du contrat ne sera pas soumis à un règlement judiciaire : il n'y aurait alors aucun doute dans l'esprit des parties.

89. L'article 4 soulève le problème des rapports entre le projet d'articles et la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. C'est là un problème intéressant, mais dont il ne faut pas s'inquiéter outre mesure. On a dit que le projet risquait de déboucher sur une anomalie, dans la mesure où un diplomate pourrait jouir de l'immunité que lui donne la Convention de Vienne de 1961 pour des actes qui soumettraient au contraire l'Etat qu'il représente à une juridiction. Mais la situation ne serait pas aussi anormale qu'on le prétend : on peut comprendre qu'un diplomate doive être mieux protégé que l'Etat, d'abord parce qu'un procès le gênerait gravement dans l'exercice de ses fonctions, et ensuite parce qu'il se trouverait ainsi exposé à des pressions. Enfin, il ne faut pas oublier que le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1961 n'est pas loin de codifier certaines des exceptions que prévoit le projet d'articles à l'examen. M. McCaffrey est donc disposé à approuver le texte modifié du paragraphe 1 de l'article 4, proposé par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 50).

90. A l'article 6, le membre de phrase « et des règles pertinentes du droit international général », placé entre crochets, doit être conservé, de manière à laisser du champ aux évolutions en cours. Il serait d'ailleurs difficile de placer ces mots ailleurs dans le projet. D'autre part, le Rapporteur spécial propose un nouvel article 6 *bis* (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17), qui semble malheureusement manquer le but recherché. Qu'on imagine, par exemple, qu'un Etat A fasse une déclaration ajoutant une exception à celles que prévoit le projet, mais que sa déclaration soit annulée par le simple fait que l'Etat B présente « une objection dans les trente jours », il s'ensuivrait que l'Etat A, redoutant une situation qu'il peut fort bien prévoir, ne deviendrait pas partie à la future convention. L'article 6 *bis* paraît donc sans utilité.

91. Le titre de la troisième partie du projet ([Limitations de] [Exceptions à] l'immunité des Etats) soulève un problème délicat, car les tenants de l'immunité restreinte souhaitent laisser une certaine latitude aux Etats dont la pratique va au-delà des exceptions prévues. Peut-être pourrait-on employer une formule comme « Cas dans lesquels l'immunité des Etats ne peut être invoquée devant les tribunaux d'un autre Etat » ?

92. M. McCaffrey juge préférable le nouveau texte proposé pour le paragraphe 1 de l'article 11 (A/CN.4/415, par. 121), et notamment la formule « cet Etat ne peut invoquer l'immunité à l'égard de cette juridiction ». En outre, la théorie du consentement implicite risquait de détourner l'article de son sens, comme l'ont fait observer plusieurs gouvernements. Comme il l'a précédemment indiqué, il vaudrait mieux parler d'« activité commerciale » que de « contrat commercial ».

93. Le nouvel article 11 *bis* proposé (*ibid.*, par. 122), qui vise le cas des entreprises d'Etat à biens séparés, risque de laisser le contractant privé sans recours. En effet, en cas de manquement au contrat, la partie privée ne pourrait se retourner que contre l'entreprise publique, et non pas contre l'Etat, et ses réclamations se trouveraient ainsi limitées par les avoirs de cette entreprise. Il faudrait donc que la partie privée, avant d'entreprendre une transaction commerciale avec une entreprise publique, vérifie que celle-ci dispose d'avoirs suffisants, chose difficile, sinon impossible. On peut même imaginer qu'un Etat crée des entreprises publiques pour minimiser ses risques de perte, de la même manière qu'une société créera une filiale sans la doter suffisamment pour faire face à ses opérations ou à ses obligations. Dans ce dernier cas, le juge permettra aux créanciers de se retourner contre la maison mère ; mais ce recours ne serait pas possible à l'égard de l'Etat. Il y a là un piège pour le contractant privé, que le projet doit éviter.

94. L'article 11 *bis* soulève d'autres problèmes encore, notamment quant à l'expression « au nom de l'Etat ». Sans doute l'Etat peut-il se livrer à des activités commerciales par l'intermédiaire de ses entreprises ; mais peut-on dire que, dans un tel cas, ces entreprises souscrivent à des obligations juridiques « au nom de l'Etat » ? S'il faut répondre à cette question par l'affirmative, l'Etat est responsable, que l'entreprise ait ou non des biens séparés. A cet égard, M. Barsegov a proposé un texte (*supra* par. 1) qui devra être étudié avec la plus grande attention si la Commission décide de consacrer, dans le projet, une disposition aux biens d'Etat séparés.

95. Pour terminer, M. McCaffrey signale les amendements au *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* que les Etats-Unis ont adoptés en novembre 1988 : une série de modifications porte sur les mesures de saisie des navires d'Etats étrangers en service commercial ; une autre concerne l'arbitrage et libéralise les dispositions de la loi relatives à l'exécution des sentences arbitrales.

La séance est levée à 13 h 5.

2118e SÉANCE

Mercredi 14 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Francis, 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. KOROMA, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport à la fois clair et complet (A/CN.4/422 et Add.1), dit que l'on ne saurait trop insister sur l'importance pratique du sujet des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, dont les effets se font sentir presque tous les jours. Au fil des années, le champ du sujet, initialement limité par la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, s'est étendu à de nouveaux domaines comme les contrats de travail, les dommages aux personnes ou aux biens, les brevets, les marques de commerce, les droits de propriété intellectuelle et industrielle et la fiscalité. Cet élargissement du champ du sujet n'est pas une mauvaise chose en soi, mais il accroît en conséquence le risque pour les Etats d'être poursuivis devant des juridictions étrangères. A cet égard, M. Koroma appelle l'attention sur la décision récemment rendue aux Etats-Unis dans l'affaire *Colonial Bank* c. *Compagnie générale maritime et financière* (1986). Il faut donc veiller à ne pas faire échec à la règle fondamentale qui veut que les Etats ne soient pas soumis à la juridiction des tribunaux étrangers.

2. Comme cela ressort des observations des gouvernements relatives aux projets d'articles, la future convention a pour but de réaffirmer et de renforcer le principe des immunités juridictionnelles des Etats, tout en prévoyant un certain nombre d'exceptions précises. Dans cette optique, remplacer le principe de l'immunité des Etats par une immunité fonctionnelle ou restreinte aurait pour effet non seulement d'affaiblir la règle fondamentale, mais aussi d'aboutir à des incertitudes sur le plan juridique et même d'entraver, dans certains cas, les efforts de développement économique de certains pays. La Commission devrait donc adopter l'approche préconisée par Brownlie, à laquelle le Rapporteur spécial s'est référé dans son rapport (*ibid.*, par. 13 *in fine*).

3. La tendance à diviser les activités de l'Etat en actes *jure imperii* ou actes *jure gestionis* n'est pas toujours valable. Par exemple, si l'achat de produits pharmaceutiques peut être considéré comme une transaction commerciale, pour certains pays ce type d'achat prend une dimension supplémentaire dans la mesure où la santé et le bien-être de leur population en dépendent. M. Koroma n'approuve pas davantage la doctrine dite de l'immunité absolue. C'est d'ailleurs là une expression qu'il se garde d'utiliser car, selon lui, l'immunité absolue n'existe pas. La règle de base est simple : tout Etat jouit de l'immunité de la juridiction des tribunaux des autres Etats. Si la Commission pouvait s'en tenir à cette règle élémentaire, elle esquiverait la difficulté d'avoir à choisir entre deux écoles de pensée. Par ailleurs, le sujet a fait l'objet de diverses formes de pression inspirées par des motifs commerciaux, ce qui est regrettable mais compréhensible. Il appartient à la Commission de soustraire le sujet à ces pressions. Un moyen d'y parvenir serait d'élaborer, sur une base consensuelle, une règle relative à l'immunité juridictionnelle conforme aux intérêts de la communauté internationale. A cet effet, il lui faut d'abord procéder à une analyse approfondie des matériaux juridiques pertinents. Il y a lieu de noter à cet égard qu'un éminent auteur, partisan de l'immunité restreinte, a conclu qu'on ne pouvait certainement pas dire que la doctrine de l'immunité absolue ait été abandonnée au profit de la doctrine de l'immunité restreinte.

4. Il est évident que quelques pays seulement ont communiqué des observations sur les projets d'articles. Il faudra donc recueillir l'avis de plusieurs autres pays, si l'on veut tenir compte des intérêts et des décisions qui ne sont pas reflétés dans le rapport. Eu égard aux pressions évoquées plus haut, il est impossible de se fonder pour l'examen du sujet sur les décisions des tribunaux nationaux ni même sur les législations internes. Un moyen de connaître les vues des Etats serait cependant de se référer aux arguments qu'ils présentent devant les tribunaux étrangers.

5. M. Koroma approuve la disposition de l'article 1er sur le champ d'application des articles, mais dit qu'il faudrait énoncer immédiatement après le principe général de l'immunité des Etats afin de faciliter la compréhension du sujet. D'ailleurs, comme quelques gouvernements l'ont suggéré, on pourrait regrouper les définitions des expressions employées et les dispositions interprétatives à l'article 1er, et traiter du champ d'application à l'article 2 et de la règle de l'immunité proprement dite à l'article 3.

6. Il serait plus logique de combiner l'article 2, sur les expressions employées, et l'article 3, sur les dispositions interprétatives, dans un même article. Il n'est cependant pas judicieux de reprendre, dans une définition, l'expression même que l'on cherche à définir, comme cela est fait dans le texte anglais de l'alinéa *b*, i, du paragraphe 1 de l'article 2 à propos de l'expression *commercial contract*. Le Comité de rédaction devra examiner cette définition qui n'est pas claire.

7. Le paragraphe 2 de l'article 3 prévoit un double critère pour déterminer si un contrat de vente ou d'achat de biens ou de prestation de services est un contrat commercial. C'est là une disposition bien équilibrée qui devrait être conservée car elle est conforme à la pratique des Etats et représente un compromis acceptable à la fois pour les tenants du critère unique de la nature du contrat et pour ceux qui estiment qu'il faut également tenir compte du but du contrat.

8. La définition du terme « Etat » au paragraphe 1 de l'article 3 est acceptable, mais ne serait-il pas préférable de s'en tenir à la définition de l'Etat lui-même en disant simplement que l'Etat est l'entité habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique ? Pour déterminer si un ministère ou un département, par exemple, est un organe de l'Etat, il faudra se reporter à la constitution de cet Etat.

[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.

9. M. Koroma appuie la proposition de la République démocratique allemande (A/CN.4/410 et Add.1 à 5) visant à inclure un nouveau paragraphe 2 dans l'article 3. En excluant expressément du champ d'application du projet d'articles les entités morales non habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique, on introduirait un critère décisif pour déterminer si l'on a affaire à un acte *jure imperii* ou *jure gestionis*.

10. M. Koroma accueille favorablement la proposition de la République fédérale d'Allemagne tendant à préciser au paragraphe 2 de l'article 4 que les immunités autres que les immunités juridictionnelles des Etats ne sont pas affectées. Il approuve également la proposition de l'Espagne et du Royaume-Uni d'appliquer les privilèges considérés non seulement aux chefs d'Etat, mais aussi aux chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères et autres personnalités de rang élevé. Toutefois, l'idée selon laquelle les privilèges et immunités dont jouissent les chefs d'Etat et les ministres des affaires étrangères leur seraient accordés par courtousie n'est pas justifiée pour des raisons sur lesquelles il ne s'étendra pas à ce stade, mais qui sont peut-être à l'origine de la suggestion de l'Australie d'inclure les mots « en vertu du droit international » au paragraphe 1.

11. L'article 6, qui est capital pour l'ensemble du projet, devrait affirmer le principe selon lequel un Etat étranger jouit de l'immunité de la juridiction des tribunaux de l'Etat du for et énoncer expressément les exceptions à ce principe, de façon qu'en se reportant à la future convention on sache immédiatement ce qui est couvert et ce qui n'est pas couvert par l'immunité. Une telle disposition devrait également confirmer l'égalité entre tous les Etats, permettre aux gouvernements étrangers d'exercer certaines fonctions dans l'intérêt de l'Etat, sans avoir à se défendre devant des tribunaux étrangers, et protéger les intérêts et les droits de tous ceux qui commercent avec des Etats étrangers. Pour éviter toute ambiguïté, il faudrait toutefois supprimer les mots entre crochets « et des règles pertinentes du droit international général ». Conserver cette formule réduirait à néant les efforts déployés pour élaborer une série de règles précises sur l'immunité des Etats, car cela laisserait supposer que le projet d'articles est incomplet. On risquerait ainsi de suggérer que la théorie de l'immunité absolue vaut toujours ; or, il n'est pas certain que la Commission veuille adopter une position aussi rigide. Le nouvel article 6 *bis* proposé (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17) perpétuerait cette ambiguïté puisqu'il laisserait aux Etats la possibilité d'écarter à leur gré l'immunité. Il importe, en conséquence, d'énoncer expressément la règle de l'immunité ainsi que les exceptions à cette règle, sans laisser aux Etats le soin de formuler ces exceptions.

12. M. Koroma n'est pas tout à fait satisfait du titre de l'article 7, qui ne correspond pas au contenu de cette disposition ; en effet, si le paragraphe 1 traite bien de la façon de donner effet à l'immunité des Etats, les paragraphes 2 et 3 ont trait à la question de la « procédure devant un tribunal d'un Etat ». Si l'on décide de conserver ce titre, il faudrait remplacer, dans le texte anglais, le terme *modalities* par *modes*, qui désigne les méthodes et les procédures. Les paragraphes 2 et 3 devraient être peut-être incorporés aux dispositions des articles 2 et 3, qu'il a été suggéré de fusionner ; si on les maintient à l'article 7, M. Koroma pense, comme l'Australie, qu'il faudrait en modifier la formulation.

13. M. Koroma approuve la proposition visant à insérer à l'article 8 une clause selon laquelle l'Etat qui a consenti à l'exercice de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat devrait se voir reconnaître l'immunité en cas de changement fondamental de circonstances. En droit interne, par exemple, lorsque, en cas de force majeure ou de changement fondamental de circonstances, des marchandises expédiées par mer ne peuvent être livrées, il y a normalement impossibilité d'exécution du contrat. L'inclusion d'une telle disposition n'altérerait en rien la teneur du projet d'articles et ne ferait que refléter la réalité.

14. La regrettable controverse qu'a suscitée le titre de la troisième partie du projet tient apparemment à la dichotomie entre les théories de l'immunité absolue et de l'immunité restreinte. Il est cependant normal de parler d'exceptions à une règle et, dans le cas des immunités juridictionnelles, la Commission est tenue par son mandat d'élaborer une règle et d'en énoncer les exceptions. Il faut donc formuler ces exceptions, dans la troisième partie, en précisant éventuellement dans le commentaire qu'il ne faut pas y voir la consécration de l'une ou l'autre des deux théories.

15. A propos de l'article 11, on a dit qu'en cas de contestation concernant l'exécution d'un contrat commercial, l'Etat partie à ce contrat ne pourrait invoquer l'immunité de juridiction dans la procédure fondée sur ce contrat. Mais les affaires qui ont été effectivement portées devant les tribunaux — par exemple, *Trendtex Trading Corporation Ltd.* c. *Central Bank of Nigeria* (1977), *The « I Congreso del Partido »* (1981), *Verlinden B. V.* c. *Central Bank of Nigeria* (1981) et *Colonial Bank* c. *Compagnie générale maritime et financière* (1986) — soulevaient des problèmes beaucoup plus complexes qu'une simple distinction entre contrats commerciaux et contrats non commerciaux. Un contrat semblant, à première vue, de type commercial peut ne pas être motivé par un gain, comme c'est normalement le cas des contrats commerciaux. Les Etats devraient pouvoir invoquer l'immunité à l'égard des transactions effectuées dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique.

16. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 11, l'exercice d'une juridiction même implicite devrait être subordonné à l'existence d'un lien territorial entre le contrat commercial, les parties au contrat et l'Etat du for, afin d'éviter le libre choix du tribunal ou l'application abusive de la législation interne. Dans l'affaire de la *Colonial Bank*, le tribunal de district des Etats-Unis a pris une décision dans ce sens et il conviendrait de prévoir des dispositions similaires à l'article 11.

17. M. Koroma estime, comme d'autres membres, que la Commission devrait prendre le temps d'examiner les articles en détail et ne pas se hâter de les renvoyer tous au Comité de rédaction. Les articles suivant l'article 11 portent sur des sujets nouveaux comme les contrats de travail, les brevets et les droits de propriété intellectuelle, qui doivent être examinés de plus près. La Commission devrait achever son débat sur l'article 11,

renvoyer les 11 articles au Comité de rédaction et examiner les articles restants à sa session suivante.

18. M. DÍAZ GONZÁLEZ dit que les rapports du Rapporteur spécial sont très riches en informations, ce qui n'a rien d'étonnant vu la connaissance approfondie qu'il a du sujet à l'examen. Sur la base de l'analyse des observations d'un nombre malheureusement réduit d'Etats, le Rapporteur spécial a proposé des amendements aux articles ou de nouveaux libellés, en vue de leur examen en deuxième lecture. La plupart des modifications proposées concernent uniquement la forme et sont donc du ressort du Comité de rédaction. Quelques modifications touchent, cependant, au fond et doivent être dûment examinées par la Commission.

19. Suivant la recommandation du Président, M. Díaz González se bornera à faire des observations sur les articles 1 à 11. M. McCaffrey a eu raison de dire (2117e séance) que la Commission ne doit pas se précipiter et qu'il vaut mieux attendre la prochaine session pour examiner les autres articles. D'ici là, d'autres Etats auront pu communiquer leurs observations.

20. Au moment d'entamer l'examen du projet d'articles en deuxième lecture, il convient de se rappeler qu'il représente un compromis auquel on n'est parvenu qu'à l'issue de longs débats. On ne saurait en conclure que, des deux doctrines en présence, l'une l'ait emporté sur l'autre. Près de la moitié des quelques Etats qui ont présenté des observations sont européens, mais même ces Etats ne s'accordent pas tous sur l'utilité que peut présenter la Convention européenne de 1972 pour les travaux de la Commission. Les avis restent très partagés quant aux critères à retenir à l'égard de l'application du principe de l'immunité. La plupart des pays d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine n'ayant pas fait connaître leur position, il est impossible de formuler des conclusions définitives à partir des observations reçues des Etats.

21. M. Díaz González est d'avis que le libellé actuel de l'article 1er est acceptable, mais que le principe de l'immunité devrait y être énoncé exactement de la même façon qu'à l'article 6. L'article 2, qui traite des expressions employées, et l'article 3, qui contient des dispositions interprétatives, devraient être fusionnés dans un seul article consacré aux définitions.

22. Le texte modifié du paragraphe 1 de l'article 4, proposé par le Rapporteur spécial (A/CN.4/415, par. 50), est lui aussi acceptable, mais M. Díaz González reconnaît, comme M. Thiam (2117e séance), que les incidences de cet article devraient être examinées à la lumière, notamment, de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. M. Reuter (2115e séance), citant un texte présenté par le précédent Rapporteur spécial, a fait un certain nombre d'observations très pertinentes sur le danger qu'il y aurait à reconnaître davantage d'immunités aux diplomates qu'aux Etats. Les affaires qui ont été évoquées à propos des droits et intérêts de l'Etat qui exerce la juridiction territoriale et des immunités des Etats étrangers, notamment en cas d'assassinat ou d'acte d'espionnage commis par des membres de leur corps diplomatique, relèvent toutes des règles relatives aux droits des diplomates, telles qu'elles ont été posées notamment par la CIJ dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*[5].

23. Le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre qu'il est peut-être prématuré de faire des commentaires sur l'article 5 ; la Commission examinera s'il convient ou non de le conserver, une fois qu'elle aura achevé l'examen du projet d'articles en deuxième lecture.

24. L'article 6 est la clef de voûte de tout le projet et constitue un compromis équilibré entre différentes doctrines. Le membre de phrase placé entre crochets doit être supprimé : M. Bennouna (2117e séance) a fait observer à juste titre qu'il était illogique de reprendre d'une main ce que l'on donnait de l'autre. Comme M. Mahiou l'a relevé (2116e séance), l'argument — à l'appui duquel on a cité la Convention européenne de 1972 — selon lequel la pratique des Etats est encore en cours d'évolution ne tient pas.

25. De l'avis de nombreux pays, l'immunité des Etats est un principe fondamental du droit international qui découle de la souveraineté des Etats. Le projet d'articles vise à étayer les efforts actuellement déployés pour tenter de réglementer les conditions dans lesquelles l'immunité des Etats peut être invoquée. Des exceptions sont certes à prévoir, mais on devrait se garder d'imposer une série d'exceptions limitatives qui finiraient par balayer le principe de l'immunité. Dans un projet tendant à unifier la pratique et les normes existantes, il faudrait éviter d'introduire des éléments d'incertitude qui risqueraient de susciter encore plus de divergences qu'il n'y en a actuellement et de compliquer les choses.

26. M. Díaz González approuve les propositions concernant les articles 7 à 9, faites par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire (A/CN.4/415). Quant au titre de la troisième partie, les mots « exceptions à » sont préférables à « limitations à » et lui paraissent plus exacts.

27. Les textes proposés par M. Barsegov (2117e séance, par. 1) et M. Shi (2115e séance, par. 24) pour le nouvel article 11 *bis* contiennent tous deux des éléments qui méritent d'être examinés et qui sont de nature à améliorer le libellé. M. Díaz González se réserve le droit de revenir sur ces propositions lorsque le texte espagnol sera disponible.

28. En conclusion, M. Díaz González tient à remercier une nouvelle fois le Rapporteur spécial pour ses excellents rapports, pour la synthèse qu'il a faite des observations des Etats et pour ses efforts pour trouver des solutions de compromis.

29. M. SOLARI TUDELA se joint aux membres qui ont félicité le Rapporteur spécial pour ses deux rapports, leur intérêt doctrinal et le pragmatisme des solutions de compromis qu'ils proposent. La méthode suivie par le Rapporteur spécial fait comprendre au lecteur les diverses positions des membres de la communauté internationale. Comme il n'était pas membre de la Commission lors de l'examen en première lecture des projets d'articles, M. Solari Tudela formulera des

[5] *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

observations assez générales et ne s'attardera pas sur le débat opposant la théorie de l'immunité absolue des Etats à celle de l'immunité restreinte. Il croit, pour sa part, que l'immunité doit être absolue, conformément au principe de l'égalité souveraine des Etats énoncé dans la Charte des Nations Unies — mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne doive pas être assortie d'exceptions dans des cas bien précis.

30. A l'évidence, les projets d'articles, qui énoncent la portée de l'immunité et circonscrivent les exceptions, apporteront une contribution importante aux échanges commerciaux et financiers internationaux : telles sont les conséquences inévitables et positives de la certitude juridique.

31. M. Solari Tudela appuie le libellé de l'article 1er et ne voit nulle raison impérieuse de ne pas fondre les articles 2 et 3 en un article unique. Quant au fond, puisque le mot « Etat » est défini comme englobant « les organismes ou institutions de l'Etat », il conviendrait de maintenir un lien étroit avec l'article 11 et le nouvel article 11 *bis*, qui portent respectivement sur les contrats commerciaux et les biens d'Etat séparés. Si une entreprise appartenant à l'Etat, au sens du nouvel article 2 (A/CN.4/415, par. 29), est considérée comme l'Etat et ne jouit pas de l'immunité de juridiction pour ses activités commerciales, ses biens ne devraient pas servir de gage en cas de poursuites intentées contre l'Etat. Le texte du paragraphe 3 proposé par le Rapporteur spécial pour déterminer si un contrat est ou non commercial est la meilleure solution. Cette détermination devrait reposer sur la nature du contrat et tenir compte de son but.

32. Il est normal de viser, au paragraphe 2 de l'article 4, l'immunité des chefs d'Etat, mais cette immunité devrait être étendue aux chefs de gouvernement, aux ministres des affaires étrangères et aux personnalités de haut rang. Naturellement, les projets d'articles concernent l'immunité des Etats et non une immunité à titre personnel, mais il s'agit tout simplement d'énumérer, dans un instrument juridique, les droits déjà reconnus en vertu du droit coutumier. La Convention de 1969 sur les missions spéciales ne suffit pas en l'occurrence, car elle vise les immunités octroyées dans des circonstances bien particulières. Les immunités devraient être réputées s'appliquer en toutes circonstances — visites à titre privé, transit, réunions officieuses, etc. — et le texte proposé autorise parfaitement cette interprétation. Les tribunaux du Royaume-Uni offrent une jurisprudence précieuse et classique à cet égard : dans ce pays, les immunités ne sont pas uniquement accordées par courtoisie, comme l'affirme le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire (*ibid.*, par. 49), mais sont, en fait, la manifestation d'un droit.

33. L'article 6 serait acceptable si le membre de phrase entre crochets était supprimé afin de mieux préciser le champ d'application de l'ensemble du projet d'articles, tant en ce qui concerne l'immunité que les exceptions autorisées. Si ce membre de phrase était retenu, il introduirait une certaine ambiguïté qui viderait de son sens tout l'article.

34. Le nouveau libellé que le Rapporteur spécial propose pour l'article 7 (*ibid.*, par. 79), conformément à la suggestion du Gouvernement australien, convient mieux.

35. De même, le nouveau texte proposé pour l'alinéa *c* de l'article 8 (*ibid.*, par. 93) constitue une nette amélioration. M. Solari Tudela ne souscrit cependant pas aux observations du Gouvernement suisse, appuyées par le Rapporteur spécial, selon lesquelles les changements fondamentaux de circonstances ne sauraient justifier une demande d'immunité. Si une telle démarche était adoptée, elle imposerait une nouvelle limitation à l'invocation de ces motifs pour dénoncer un accord international, y compris un accord prévoyant qu'un Etat doit se soumettre à la juridiction d'un tribunal étranger en cas de différend quant à l'exécution d'un contrat commercial. Les cas où les motifs susmentionnés ne sauraient être invoqués sont clairement énoncés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et il ne semble pas que les accords tels ceux visés à l'article 8 du projet en relèvent.

36. Enfin, M. Solari Tudela peut accepter les textes modifiés des articles 9, 10 et 11 proposés par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire (A/CN.4/415) et considère que les textes proposés par M. Shi (2115e séance, par. 24) et M. Barsegov (2117e séance, par. 1) apportent une contribution fort précieuse à l'élaboration de l'article 11 *bis*.

37. M. PAWLAK dit que, en tant que membre relativement nouveau de la Commission, il hésite quelque peu à revenir sur des questions qui ont été déjà longuement débattues lors de l'examen en première lecture du projet d'articles. Il estime, néanmoins, qu'il est de son devoir de faire part de ses observations sur les aspects essentiels du sujet et de formuler quelques suggestions sur la manière dont la Commission devrait conduire ses travaux au cours de la deuxième lecture.

38. Tout d'abord, M. Pawlak ne peut partager l'avis exprimé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1, par. 10), selon lequel la doctrine de l'immunité absolue n'est plus une norme universellement obligatoire du droit international coutumier. Le débat à la Commission et les observations reçues des gouvernements prouvent le contraire. Certes, on ne saurait nier que le nombre des Etats opposés à la doctrine de l'immunité absolue n'a cessé d'augmenter ces dernières années, notamment parmi les pays occidentaux hautement développés qui accordent une importance croissante au commerce extérieur, mais un très grand nombre d'Etats s'appuient encore sur la doctrine de l'immunité absolue et l'appliquent dans la pratique. Il n'appartient pas à la Commission de décider laquelle de ces deux doctrines opposées devrait l'emporter, mais plutôt d'élaborer et de soumettre à l'Assemblée générale un projet d'articles qui puisse servir d'instrument juridique utile au développement des relations économiques entre toutes les nations.

39. Le projet d'articles adopté en première lecture en 1986 ne tient pas dûment compte de la pratique des Etats socialistes et de maints pays en développement. L'équilibre proposé dans le projet est loin d'être satisfaisant pour ces pays. Si la Commission souhaite vraiment parvenir à un compromis sur le sujet complexe et éminemment délicat à l'étude, elle devrait prendre en

considération non seulement les tendances de la pratique occidentale, mais aussi les activités dans d'autres parties du monde. Sans souhaiter reprendre l'argumentation déjà développée par M. Shi, M. Barsegov, M. Koroma et M. Mahiou, M. Pawlak tient cependant à souligner que, à un moment où les Etats s'engagent de plus en plus dans des activités économiques et financières, il est extrêmement difficile de tracer une ligne de partage précise entre les transactions d'intérêt public et les transactions commerciales des organes de l'Etat. L'équilibre entre les intérêts des Etats étrangers et ceux de l'Etat sur le territoire duquel la question de l'immunité se pose devrait reposer non pas sur la division anachronique entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, mais sur des critères plus modernes qui reflètent mieux les besoins et les pratiques actuels et n'aillent pas à l'encontre du principe de l'égalité souveraine des Etats.

40. En Pologne, comme dans de nombreux autres Etats socialistes et pays en développement, les entreprises appartenant à l'Etat sont dotées de la personnalité juridique et possèdent des biens qu'elles reçoivent de l'Etat et qu'elles peuvent utiliser sans engager la responsabilité de l'Etat et sans devoir en répondre à l'Etat. Comme l'a prouvé l'affaire *Czarnikow* c. *Rolimpex*, portée devant les tribunaux britanniques il y a quelques années, les entreprises d'Etat polonaises exercent leurs activités commerciales à leurs propres risques et pour leur propre compte, et ne revendiquent pas l'immunité de juridiction lorsque des procédures sont engagées contre elles. Dans la pratique, seuls les accords de crédit conclus par le ministère des finances polonais avec des banques commerciales étrangères peuvent être considérés comme des « contrats commerciaux » au sens de l'article 2 du projet. En fait, en vertu de la nouvelle législation économique polonaise, le statut privilégié des entreprises d'Etat a été remplacé par un statut d'égalité totale de toutes les entités économiques, y compris les entreprises privées.

41. M. Pawlak demande instamment à la Commission de ne pas trop se hâter dans ses travaux, et d'adopter une démarche plus posée, compte tenu de tous les aspects de l'évolution rapide de la pratique et des règlements des Etats. Il se félicite, à cet égard, de la position adoptée par le Rapporteur spécial, qui est plus réaliste et pragmatique que celle de son prédécesseur. Tout en demeurant un défenseur convaincu de la théorie de l'immunité absolue en tant que règle du droit international général, M. Pawlak est également favorable à la conciliation des intérêts contradictoires et est prêt à déterminer cas par cas les types d'activités susceptibles ou non de bénéficier de l'immunité souveraine.

42. Pour ce qui est des projets d'articles, M. Pawlak peut accepter l'article 1er et convient avec le Rapporteur spécial qu'il faudrait maintenir l'énoncé du principe général à l'article 6.

43. Les articles 2 et 3 devraient être fondus et remaniés conformément aux propositions faites par un certain nombre d'Etats et le Rapporteur spécial lui-même. Il conviendrait, à l'alinéa *b*, iii et iv, du paragraphe 1 du nouvel article 2 (A/CN.4/415, par. 29), de définir clairement les représentants et les organismes de l'Etat qui y sont mentionnés ; de plus, l'expression « institutions de l'Etat » est trop vague et l'explication donnée dans le commentaire ne suffit pas. La définition de l'expression « contrat commercial » devrait, comme M. Reuter l'a souligné (2115e séance), préciser que les transactions conclues par les Etats dans un but d'intérêt public sont exclues.

44. M. Pawlak appuie la proposition de la République démocratique allemande tendant à insérer un nouveau paragraphe à l'article 3 où serait défini le terme « Etat ». Il est d'avis également que, pour déterminer si un contrat est commercial, il convient de prendre la nature du contrat comme critère de base et le but comme critère complémentaire.

45. M. Pawlak appuie la proposition du Rapporteur spécial, suite à la suggestion de l'Australie, d'ajouter, au paragraphe 1 de l'article 4, les mots « en vertu du droit international ». Comme M. Tomuschat (2116e séance) et d'autres membres l'ont proposé, il serait bon de viser les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères dans le paragraphe 2. L'article a été jugé superflu, mais M. Pawlak estime qu'il importe de préciser la position des diplomates et hautes personnalités à l'égard de l'immunité des Etats envisagée dans le projet.

46. L'article 6 est et devrait demeurer une disposition clef de la deuxième partie du projet. Il conviendrait de supprimer le membre de phrase placé entre crochets, faute de quoi l'article serait vidé de tout son sens. M. Pawlak ne peut accepter la variante proposée par l'Australie ni souscrire à l'avis du Rapporteur spécial selon lequel la suppression de l'expression entre crochets serait à envisager en conjonction avec l'éventuelle adjonction de l'article 28. Le nouvel article 6 *bis* proposé (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17) est, d'autre part, manifestement inutile.

47. L'article 7, tel que remanié par le Rapporteur spécial (A/CN.4/415, par. 79), ne soulève aucune difficulté, surtout avec l'adoption des modifications de forme proposées par l'Australie et tendant à utiliser les expressions « Etat du for » et « Etat étranger ». En revanche, M. Pawlak désapprouve l'emploi de termes comme « intérêts » et « contrôle » et préférerait qu'ils soient supprimés ou remplacés par d'autres mots.

48. M. Pawlak ne voit pas la nécessité de modifier l'alinéa *c* de l'article 8, comme proposé par l'Australie. En revanche, il pense, à l'instar de M. Barsegov, que le nouveau paragraphe 3 proposé pour l'article 9, qui complique indûment la situation, devrait être supprimé.

49. S'agissant du titre de la troisième partie du projet, l'expression « Exceptions à l'immunité des Etats » est la mieux indiquée, comme suggéré par plusieurs gouvernements. M. Pawlak convient avec quelques membres de la Commission qu'il faudrait restreindre les exceptions à un minimum strictement défini.

50. L'article 11, avec les modifications proposées par le Rapporteur spécial au paragraphe 1 (*ibid.*, par. 121), reflète la nature des contrats commerciaux plus clairement que ne le faisait le texte antérieur. Néanmoins, M. Pawlak partage le souci tendant à inclure, quelque part dans le projet d'articles, la notion d'entreprises d'Etat disposant de biens séparés, telle qu'elle existe dans les

Etats socialistes. Le nouvel article 11 *bis* proposé par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 122) constitue un effort extrêmement louable, mais appelle encore un examen plus approfondi ainsi que des aménagements de forme et de fond. Les textes proposés par M. Shi (2115e séance, par. 24) et M. Barsegov (2117e séance, par. 1) sont fort utiles, mais ils méritent aussi d'être examinés plus avant. Pour sa part, M. Pawlak souhaiterait étudier ces propositions, compte tenu des nouvelles lois économiques promulguées dans son pays, et formuler, si l'on dispose d'assez de temps, des observations à un stade ultérieur.

51. De façon générale, les articles 12, 13 et 16 élargissent inutilement le nombre des exceptions à l'immunité des Etats. Il se peut que ces articles trouvent quelque justification dans des accords bilatéraux, mais ils n'ont pas leur place dans une convention à vocation universelle. Il faudrait donc les supprimer en deuxième lecture. Les contrats de travail (art. 12) sont normalement régis par le droit interne de l'Etat étranger. Les cas visés à l'article 13 concernent essentiellement les accidents de la circulation et sont, en tant que tels, couverts par l'assurance. L'article 16, qui porte sur les questions fiscales, est contraire, dans son libellé actuel, au principe de l'égalité souveraine des Etats et donc inacceptable.

52. M. Pawlak appuie la recommandation du Rapporteur spécial tendant à supprimer les alinéas *b* à *e* du paragraphe 1 de l'article 14, et pense que le Comité de rédaction pourrait apporter d'autres modifications. Il n'a pas, pour le moment, d'idée bien arrêtée quant au maintien ou à la suppression de l'article 15 : les arguments avancés par certains pays en développement sont convaincants, mais le raisonnement du Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1, par. 23) doit également être pris en considération.

53. Les mots « non gouvernemental(es) », qui figurent entre crochets aux paragraphes 1 et 4 de l'article 18, peuvent être supprimés, mais, même ainsi, l'article soulèverait des difficultés pour les Etats où opèrent des entreprises d'Etat. De même, l'article 19 est difficilement acceptable, même avec les modifications proposées par le Rapporteur spécial. A cet égard, M. Pawlak souscrit à la suggestion faite par M. Shi et aux observations de la Yougoslavie.

54. Enfin, pour les raisons exposées par le Mexique, la République démocratique allemande et l'Union soviétique, M. Pawlak croit que l'article 20 est inutile et devrait être supprimé.

55. M. ROUCOUNAS fait observer, au sujet du paragraphe 2 de l'article 3, que la directive qu'il donne aux juges est sans aucun doute utile du point de vue de la protection des parties, ce qui est après tout l'objectif principal du projet dans son ensemble. Néanmoins, les juges doivent rester libres de déterminer dans chaque cas si le but et la nature du contrat doivent être pris en considération. Il serait souhaitable que la Commission débatte encore de ce point. Comme la disposition interprétative du paragraphe 1 de l'article vise les subdivisions politiques de l'Etat habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique, il faudrait aussi mentionner les représentants de l'Etat.

56. M. Roucounas pense, comme M. Thiam (2117e séance), que le paragraphe 1 de l'article 4 traite de deux catégories différentes d'immunités, mais il importe de conserver tant l'alinéa *a* que l'alinéa *b*. A cet égard, il serait préférable, à l'alinéa *b*, de parler plutôt « des membres de ces missions » que « des personnes qui y sont attachées ». Au paragraphe 2, il faudrait effectivement viser non seulement les chefs d'Etat, mais aussi toutes les personnes énumérées à l'article 21 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales. La protection spéciale accordée dans le passé aux chefs d'Etat tient au fait que jadis tous les pouvoirs concernant les relations extérieures étaient exercés par le chef d'Etat. Compte tenu de l'évolution qui s'est produite sur ce point, il conviendrait d'étendre cette disposition aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères.

57. Pour ce qui est de l'expression « et des règles pertinentes du droit international général », qui figure entre crochets à l'article 6, M. Roucounas fait observer que les auteurs sont encore divisés sur le point de savoir si le droit écrit supprime purement et simplement la norme de droit international coutumier. Selon lui, il ne faut pas tenter, dans le projet, de couvrir toutes les situations possibles : il s'agit de trouver une formulation acceptable pour tous, comme celle peut-être qu'a proposée M. Reuter (2115e séance, par. 46).

58. En ce qui concerne l'article 7, M. Shi (2115e séance) a souligné que le coût élevé d'une procédure judiciaire pouvait, dans certains cas, compromettre l'équité d'un procès. M. Roucounas estime, pour sa part, que c'est justement pour cela que l'article 7 est essentiel, dans la mesure où il inciterait les gouvernements à rechercher les moyens de porter les dispositions de l'ensemble du projet à la connaissance de tous les organes étatiques compétents.

59. Si M. Roucounas approuve, dans l'ensemble, l'idée qui sous-tend l'article 8, il estime que l'alinéa *c* est encore trop limitatif. On pourrait aussi, comme l'ont proposé d'autres membres, mentionner le consentement donné par voie diplomatique. Par ailleurs, il ne voit pas la nécessité d'ajouter un nouveau paragraphe 4 à l'article 10, comme le recommande le Rapporteur spécial (A/CN.4/415, par. 107).

60. S'agissant du titre de la troisième partie du projet, une formulation moins controversée, comme celle qu'a proposée M. McCaffrey (2117e séance, par. 91), par exemple, serait préférable, mais il est aussi possible d'utiliser un titre complètement différent, comme « Exercice de sa juridiction par l'Etat du for ».

61. Enfin, M. Roucounas pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il faudrait supprimer les mots « est censé avoir consenti » au paragraphe 1 de l'article 11. Il estime, pour ce qui est du nouvel article 11 *bis* proposé, que les propositions de M. Shi (2115e séance, par. 24) et M. Barsegov (2117e séance, par. 1), ainsi que celles du Rapporteur spécial lui-même (A/CN.4/415, par. 122), pourraient amener la Commission à une solution généralement acceptable.

62. M. FRANCIS exprime sa satisfaction au Rapporteur spécial pour les excellents rapports qu'il a présentés, et souligne, ainsi qu'il est dit dans le deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1, par. 3), qu'il faut, au stade de la deuxième lecture du projet d'articles, s'efforcer d'élaborer

un nouvel accord multilatéral qui permette de concilier les intérêts souverains antagonistes découlant de l'application ou de la non-application de la règle de l'immunité des Etats, et non pas se borner à confirmer le principe plus fondamental de la souveraineté dans ce domaine.

63. La Commission est saisie d'un ensemble de projets d'articles adoptés en première lecture, auxquels le Rapporteur spécial a proposé certaines modifications, compte tenu des observations des gouvernements et des membres. Or, ces divers articles figurent dans différents documents, ce qui n'est guère pratique, comme d'autres membres l'ont déjà fait observer au cours du présent débat. M. Francis demande donc instamment au Rapporteur spécial de présenter à la Commission, à sa session suivante, l'ensemble des projets d'articles qu'il propose dans un document composite unique, pour en rendre l'examen plus commode.

64. On a également souligné, au cours du débat, que la Commission n'avait pas disposé d'assez de temps pour examiner de manière approfondie un ensemble de projets d'articles beaucoup trop important pour qu'on puisse en expédier la deuxième lecture. Comme l'a noté M. McCaffrey (2117e séance), il faut avoir à l'esprit les changements qui se produisent dans la communauté internationale et qui affectent le droit lui-même, un droit qui est en fait en mutation. Par exemple, une conception plus libérale de l'ensemble de la question de l'arbitrage est en train de se faire jour aux Etats-Unis d'Amérique. C'est pourquoi les projets d'articles appellent un examen plus attentif et minutieux, et M. Francis approuve pleinement la suggestion qui a été faite tendant à ce que la Commission se concentre, à la session en cours, sur les articles 1 à 11.

65. En ce qui concerne les articles eux-mêmes et, notamment, le critère permettant de déterminer ce qui constitue un « contrat commercial » énoncé au paragraphe 2 de l'article 3, M. Francis rappelle que, en première lecture, il a cité l'exemple de l'intervention du Gouvernement jamaïquain, à la fin des années 70, dans l'achat à l'étranger de denrées alimentaires de base. L'élément tenant au but des contrats commerciaux doit être sans aucun doute conservé.

66. S'il est bon que l'article 4 dispose que les articles ne portent pas atteinte aux privilèges et immunités dont jouit l'Etat en vertu des accords diplomatiques en vigueur, il conviendrait néanmoins d'y énumérer les conventions internationales pertinentes. Il serait, en revanche, impropre de se référer à « l'immunité diplomatique », qui concerne les agents de l'Etat, et non l'Etat lui-même. En l'occurrence, plutôt qu'avec l'immunité dont jouissent individuellement les agents diplomatiques, c'est avec celle dont jouit une mission diplomatique en vertu de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques que l'on peut faire une analogie.

67. Le Rapporteur spécial semble favorable à la proposition de l'Espagne (A/CN.4/410 et Add.1 à 5) consistant à supprimer les mots « et des règles pertinentes du droit international général » placés entre crochets à l'article 6 et à énoncer l'idée qu'ils expriment dans un alinéa du préambule de la future convention. En fait, la proposition de l'Espagne ne réglerait pas le problème, et le mieux serait de supprimer les mots en question, qui risquent de donner lieu à des interprétations divergentes, voire de créer une certaine confusion. En outre, ces mots sont inutiles dans l'article 6, étant donné qu'il est prévu, à l'article 28, que les Etats peuvent convenir par voie d'accord de se faire mutuellement bénéficier d'un traitement différent de celui requis par les dispositions desdits articles. Les Etats concernés disposent donc d'une liberté d'action considérable pour assouplir les projets d'articles. Le nouvel article 6 *bis* proposé (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17) n'est pas acceptable, car il affaiblirait le contenu de la règle fondamentale énoncé à l'article 6.

68. Les intéressants amendements proposés par M. Shi (2115e séance, par. 24) et M. Barsegov (2117e séance, par. 1) pour le nouveau projet d'article 11 *bis* contiennent des éléments qui pourraient permettre à la Commission de parvenir à un compromis sur une question qui n'a pas encore été traitée. Il faut noter, à cet égard, que la notion de biens d'Etat séparés n'existe pas dans de nombreux pays en développement. Dans le cas d'une entité dotée de la personnalité juridique en droit interne qui contracte à l'étranger, rien ne justifie que l'on fasse un procès au gouvernement lui-même dans le pays étranger concerné. Si un jugement est rendu à l'étranger à l'encontre d'un organe d'un Etat souverain, il appartient aux gouvernements des Etats concernés de régler la question par voie diplomatique. Un Etat souverain ne peut être lui-même assigné devant un tribunal étranger et c'est un point dont le Rapporteur spécial devrait tenir compte.

69. Enfin, le mot « exceptions » est préférable au mot « limitations » dans le titre de la troisième partie du projet.

70. M. AL-BAHARNA félicite le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire bien équilibré (A/CN.4/415), visant essentiellement à combler le fossé qui sépare la doctrine dite « restreinte » de l'immunité des Etats de la doctrine déjà établie de l'immunité absolue. Eu égard à la pratique récente, on peut dire que l'immunité absolue des Etats n'est plus une norme du droit international général. La doctrine de l'immunité restreinte ne peut pas être pour autant unilatéralement imposée à des Etats partisans de l'immunité absolue. Il est néanmoins encourageant de constater, parmi ces derniers, la nouvelle pratique qui consiste à résoudre les problèmes découlant de « contrats commerciaux » en considérant qu'une entreprise d'Etat est soumise à la juridiction des tribunaux étrangers dans la mesure où les biens d'Etat séparés qui lui ont été attribués sont concernés.

71. Dans l'examen du présent sujet, la Commission devrait autant que possible éviter d'aborder des questions théoriques et adopter la démarche pragmatique du Rapporteur spécial. C'est ainsi, par exemple, que le Rapporteur spécial a judicieusement proposé de fondre les articles 2 et 3 en un nouvel article 2 sur les expressions employées. Néanmoins, l'expression « instruments internationaux », utilisée au paragraphe 2 de ce nouvel article 2 (*ibid.*, par. 29), devrait être remplacée par « accords internationaux », dont la portée n'est pas aussi large.

72. On a demandé aux membres de la Commission s'ils pensaient que le terme « Etat » devait aussi s'entendre des entités constituant un Etat fédéral. C'est effectivement ainsi qu'il faudrait l'entendre, puisque la définition figurant dans l'article 3 vise les organes, subdivisions politiques, organismes et représentants de l'Etat.

73. Un autre problème se pose au sujet de la définition de l'expression « contrat commercial ». La question de savoir si c'est la nature ou le but d'un contrat qui doit servir de critère pour déterminer s'il s'agit d'un contrat commercial est débattue en droit et reçoit des Etats une réponse naturellement différente. Le critère du but a été défendu par le Rapporteur spécial au motif qu'il pourrait faciliter la détermination du caractère des contrats concernant l'aide au développement et les secours en cas de famine. Le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter la clause suivante au paragraphe 3 du nouvel article 2 proposé : « mais si un accord international entre les Etats concernés ou un contrat écrit entre les parties stipule que le contrat a été conclu dans un but d'intérêt public, il faut prendre ce but en considération pour déterminer la nature non commerciale du contrat ». Cet amendement présente l'inconvénient de compliquer le texte en introduisant l'idée d'un « accord international » et en exigeant une déclaration expresse précisant que le contrat a été conclu dans un but d'intérêt public. Il serait préférable de conserver le texte adopté en première lecture (art. 3, par. 2) en le modifiant comme suit ou de manière analogue :

> « Pour déterminer si un contrat de vente ou d'achat de biens ou de prestations de services est un contrat commercial, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat, mais le but du contrat doit aussi être pris en considération pour déterminer la nature non commerciale du contrat. »

Ce texte éliminerait la limitation imposée au critère du but par les mots « si, dans la pratique de cet Etat, ce but est pertinent ».

74. M. Al-Baharna appuie le texte révisé du paragraphe 1 de l'article 4 proposé par le Rapporteur spécial, suite à une observation du Gouvernement australien, et partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il est peut-être prématuré d'envisager de modifier l'article 5 avant la formulation définitive des autres projets d'articles.

75. Quant à l'article 6, très débattu, il ressort clairement des observations des gouvernements analysés dans le rapport préliminaire que c'est cette disposition qui divise le plus les Etats. Pour sa part, M. Al-Baharna n'estime pas que le maintien des mots entre crochets « et des règles pertinentes du droit international général » amènerait nécessairement des tribunaux étrangers à rechercher, hors du cadre des projets d'articles, des exceptions à l'immunité des Etats, pas plus d'ailleurs qu'il n'encouragerait des limitations unilatérales de l'immunité. De plus, supprimer les mots en question risque de porter atteinte au développement progressif de normes de droit international général. M. Al-Baharna est donc prêt, à titre de compromis pragmatique, à accepter la proposition du Gouvernement espagnol, qu'appuie le Rapporteur spécial, tendant à supprimer les mots en question dans le corps du texte et à énoncer l'idée qu'ils expriment dans le préambule de la future convention.

76. Néanmoins, lorsqu'il a présenté son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1), le Rapporteur spécial (2114e séance) a invité les membres de la Commission à se prononcer sur l'alternative suivante : *a*) supprimer les mots entre crochets et les transférer dans le préambule comme l'a proposé l'Espagne ; et *b*) supprimer les mots entre crochets et prévoir un nouvel article 6 *bis* stipulant une déclaration facultative en vue de maintenir un équilibre adéquat entre la position des Etats favorables à l'immunité restreinte et celle des Etats favorables à l'immunité absolue. Ayant soigneusement examiné le projet d'article 6 *bis*, M. Al-Baharna n'est pas disposé à l'accepter. Prévoir la possibilité d'une déclaration facultative dans la convention envisagée n'est pas une idée très séduisante et l'article risque de créer une confusion de procédure superflue.

77. M. Al-Baharna n'a pas d'objection à l'encontre du nouveau texte proposé pour l'article 7 (A/CN.4/415, par. 79) ; en remplaçant les mots « un Etat » et « un autre Etat », qui créaient une certaine confusion, par les mots « Etat du for » et « Etat étranger », ce texte est plus clair. Le nouveau libellé de l'alinéa *c* du paragraphe 8 est acceptable et M. Al-Baharna peut appuyer l'article 9 sous sa forme actuelle, mais il ne s'oppose pas à ce qu'on ajoute une deuxième phrase au paragraphe 1 et à ce qu'on insère le nouveau paragraphe 3 recommandé par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 100). L'article 10 est également acceptable.

78. Le titre de la troisième partie du projet a fait l'objet de divergences de vues très marquées tant à la CDI qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Le Rapporteur spécial a proposé de reporter l'examen du titre jusqu'à ce que les questions spécifiques concrètes aient été réglées. Une telle démarche est éminemment justifiée et montre le souci du Rapporteur spécial de progresser quant au fond sans se laisser retarder par des questions de rédaction.

79. M. Al-Baharna n'a pas de difficulté à accepter l'article 11, tel que le Rapporteur spécial l'a légèrement modifié, et partage l'avis selon lequel les mots « cet Etat ne peut invoquer l'immunité » sont préférables à « cet Etat est censé avoir consenti ».

80. Le nouvel article 11 *bis* proposé, relatif aux biens d'Etat séparés (*ibid.*, par. 122), ne semble pas clair. Il vise essentiellement à ménager un régime juridique distinct pour les prétendus biens d'Etat séparés des pays socialistes. M. Al-Baharna n'est donc pas convaincu que cet article ait sa place dans la convention et qu'il soit réellement nécessaire dans une convention de caractère universel. M. Al-Baharna n'a cependant pas d'idée arrêtée sur la question et souhaiterait qu'elle soit tranchée par la Commission.

81. En présentant son rapport, le Rapporteur spécial a déclaré que l'article 11 *bis* réalisait un équilibre entre la théorie de l'immunité restreinte et celle de l'immunité absolue. Néanmoins, les pays socialistes ont des « organisations économiques » dotées de la personnalité morale qui sont distinctes de l'Etat et individuellement responsables pour les obligations économiques qu'elles ont contractées, à concurrence seulement des biens

d'Etat qui leur ont été attribués. En conséquence, ces entités économiques, dans les limites qui leur sont assignées par la législation des pays socialistes, ne bénéficieront pas de l'immunité. Par ailleurs, en application de la législation des pays socialistes, l'Etat — qui est distinct des entités économiques en question — pourra toujours, dans l'exercice de sa souveraineté, nouer des relations économiques et commerciales et donc invoquer l'immunité de la juridiction des tribunaux étrangers. La question qui se pose est précisément celle-là, et non seulement celle des biens d'Etat séparés. Le problème doit être résolu séparément et l'article 11 *bis* ne constitue pas une solution.

La séance est levée à 13 h 5.

2119e SÉANCE

Jeudi 15 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Barboza, M. Barsegov, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Francis, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucounas, 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. AL-BAHARNA, poursuivant l'analyse des projets d'articles qu'il a commencée à la séance précédente, rappelle, à propos du nouvel article 11 *bis* proposé par le Rapporteur spécial (A/CN.4/415, par. 122), que, si les organismes économiques des pays socialistes ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction, l'Etat lui-même peut, dans l'exercice de sa souveraineté, entreprendre des relations économiques et commerciales, et donc faire valoir son immunité à l'égard des tribunaux étrangers. Ainsi, la question n'est pas celle des biens d'Etat séparés, mais celle des opérations des entreprises d'Etat dotées de la personnalité juridique, et le titre de l'article 11 *bis* devrait être « Entreprises d'Etat » ; en tout état de cause, cet article ne résout pas complètement la question.

2. L'article 12 (Contrats de travail) est acceptable, sous réserve des amendements que le Rapporteur spécial recommande d'y apporter dans son rapport préliminaire (*ibid.*, par. 133).

3. L'article 13 (Dommages aux personnes ou aux biens) est également acceptable, mais, là encore, sous réserve des amendements recommandés par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 143), qui concernent la suppression du dernier membre de phrase de l'article et l'addition d'un nouveau paragraphe 2 prescrivant les règles relatives à la responsabilité des Etats en droit international.

4. A propos de l'article 14, le Rapporteur spécial fait remarquer (*ibid.*, par. 152 à 154) que les alinéas *c*, *d* et *e* du paragraphe 1 renvoient à la pratique juridique des pays de « common law » et recommande soit de les supprimer en même temps que l'alinéa *b*, soit de les modifier de façon à mieux rendre compte de la pratique. La première solution est la meilleure. Un instrument de codification doit, dans la mesure du possible, se fonder sur la pratique générale des Etats plutôt que sur un système juridique particulier. Ainsi amendé, l'article serait acceptable.

5. Les articles 15, 16 et 17 ne soulèvent aucun problème et sont acceptables.

6. Aux paragraphes 1 et 4 de l'article 18 (Navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation), il faudrait supprimer le terme « non gouvernemental(es) » ainsi que le suggère le Rapporteur spécial, car il est ambigu et risque de prêter à controverse, comme l'ont souligné plusieurs gouvernements. Le Rapporteur spécial recommande aussi d'ajouter un paragraphe 1 *bis* (A/CN.4/422 et Add.1, par. 26) qui permettrait de traiter à part des entreprises publiques et des biens d'Etat séparés. M. Al-Baharna réserve sa position sur ce point, pour les raisons qu'il a exposées à propos de l'article 11 *bis*.

7. L'article 19 (Effet d'un accord d'arbitrage) ne soulèvera pas de difficulté si on lui apporte les amendements recommandés par le Rapporteur spécial, qui tendent, d'une part, à utiliser plutôt les mots « contrat commercial » que « matière civile ou commerciale » et, d'autre part, à ajouter un nouvel alinéa *d* sur la reconnaissance de la sentence.

8. M. Al-Baharna réserve aussi sa position sur l'article 20 (Cas de nationalisation), dont il faut préciser le sens et la portée.

9. Pour ce qui est de l'article 21 (Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte), le Rapporteur spécial a raison de vouloir supprimer les mots placés entre crochets ainsi que, à l'alinéa *a*, 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 ». Par contre, M. Al-Baharna ne juge pas acceptable la variante à la suppression dudit membre de phrase, à savoir ajouter, au début de l'article, les mots « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement », que le Rapporteur spécial propose.

10. A l'article 22 (Consentement à des mesures de contrainte), les mots placés entre crochets doivent être

---

[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.