

Document:-  
**A/CN.4/SR.2218**

**Compte rendu analytique de la 2218e séance**

sujet:  
**<plusiers des sujets>**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1991, vol. I**

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

l'interaction fait apparemment défaut (dans le cas, par exemple, des nappes aquifères captives) ne devrait pas poser de problèmes, car les États sur le territoire desquels se situent ces eaux souterraines captives s'abs-tiendront vraisemblablement de ratifier la convention.

40. Cependant, par souci de clarté, il conviendrait de traiter à part les eaux souterraines et de préciser que l'application du projet à ces eaux est subordonnée à l'existence d'un lien étroit avec les autres éléments du système. On pourrait pour cela formuler comme une condition et non plus comme un fait le dernier élément de l'alinéa *a* de l'une et l'autre variantes proposées pour l'article consacré aux expressions employées, en précisant ainsi dans cet alinéa : « ... sous réserve qu'ils soient liés entre eux physiquement et constituent un ensemble unitaire ». Sinon, on risque de ne pas répondre aux préoccupations légitimes de ceux qui redouteraient que la portée du projet ne s'étende à presque tous les pays, y compris, à la limite, les îles reliées à un continent par le plateau continental.<sup>1</sup>

41. Le Rapporteur spécial pose aussi la question de savoir si les cours d'eau doivent être considérés comme ayant un « caractère international relatif » — caractère qui s'expliquerait par le fait que certaines parties des eaux se trouvant dans un État peuvent n'être pas affectées par les utilisations des eaux se trouvant dans un autre État et n'avoir pas elles-mêmes d'effet sur ces utilisations. Pour le Rapporteur spécial, cette notion de « caractère international relatif » doit être abandonnée parce qu'incompatible avec la réalité hydrologique reconnue dans l'hypothèse de travail de la Commission, à savoir que les éléments hydrographiques d'un système constituent, du fait de leur relation physique, un ensemble unitaire. Cependant, comme M. Razafindralambo l'a déjà dit, la relation physique ne doit pas être un simple fait : elle doit être une condition nécessaire pour qu'il y ait ensemble unitaire. S'il en est ainsi, le « caractère relatif » s'insérera dans la même logique : on exclura certaines parties des eaux parce qu'elles ne réunissent pas la condition voulue pour former un ensemble unitaire, le lien physique n'existant pas. Peut-être faudrait-il éviter de mettre l'accent sur les utilisations, et insister plutôt sur le lien qui préexiste à l'utilisation. Mais l'idée du caractère relatif n'en reste pas moins valable aux yeux de M. Razafindralambo.

42. Sans doute le Rapporteur spécial émet-il des doutes sur l'application pratique de cette notion, qui, selon lui, risque d'altérer des sections entières du projet d'articles. Si ces préoccupations sont justifiées, elles restent du domaine de l'hypothèse de travail, que le Rapporteur lui-même qualifie d'« échafaudage »; et cet échafaudage, étant par définition quelque chose d'externe, on peut le retirer sans dommage pour la construction elle-même, c'est-à-dire pour le projet. Mais le « caractère relatif » reste une explication valable, dans la mesure où il vise le lien physique comme condition *sine qua non* de l'unité de l'ensemble constituant le système.

*La séance est levée à 11 h 50.*

## 2218<sup>e</sup> SÉANCE

Mardi 4 juin 1991, à 10 heures

Président : M. John Alan BEESLEY

Présents : M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Arango-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Jacovides, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Roucounas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat.

**Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (suite)** [A/CN.4/436<sup>1</sup>, A/CN.4/L.456, sect. D, A/CN.4/L.458 et Corr.1 et Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.2]

[Point 5 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

PREMIÈRE PARTIE DU PROJET D'ARTICLES

ARTICLE [1] [2] (Expressions employées)<sup>2</sup> [*fin*]

1. M. McCaffrey (Rapporteur spécial), résumant le débat sur le septième rapport, dit que les membres semblent souscrire à l'unanimité à sa proposition d'inverser l'ordre des articles 1 et 2, afin que l'article sur le champ d'application précède celui sur les expressions employées. De même, le transfert de la définition d'« État du cours d'eau » de l'article 3 dans l'article consacré aux expressions employées ne soulève aucune objection.

2. La Commission a débattu de trois principales questions de fond : s'il convient de définir l'expression « cours d'eau » comme un « système » d'eaux, s'il convient d'inclure les eaux souterraines dans la notion de cours d'eau international ou de système de cours d'eau international, et s'il convient, aux fins du projet d'articles, de considérer qu'un cours d'eau a un « caractère international relatif ».

3. En ce qui concerne la première question, les membres qui l'ont abordée ont, dans leur grande majorité, manifesté une préférence pour la notion de système; treize membres ont déclaré qu'il fallait employer cette notion dans le projet et deux étaient partisans de l'utiliser sous certaines conditions. Plusieurs autres membres, sans approuver expressément cette notion, ont dit cependant qu'ils appuyaient les propositions du Rapporteur spécial à cet égard. Parmi ceux qui souscrivent à l'emploi de la

<sup>1</sup> Reproduit dans *Annuaire... 1991*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>2</sup> Pour le texte, voir 2213<sup>e</sup> séance, par. 66.

notion de « système », certains ont aussi donné à entendre qu'il fallait, afin de maintenir le champ d'application des articles dans des limites raisonnables, introduire dans le projet le principe énoncé dans les Règles d'Helsinki, selon lequel les eaux doivent aboutir à un point d'arrivée commun.

4. Deux membres se sont déclarés opposés à ce qu'un cours d'eau soit défini comme un « système d'eaux », et deux autres ont émis des réserves à certains égards. Toutefois, même l'un des deux membres qui se sont élevés contre la notion de « système » n'a pas purement et simplement rejeté celle-ci, déclarant qu'on pouvait considérer un cours d'eau international comme un système, mais pour autant seulement que ses utilisations causent un dommage appréciable ou un préjudice notable aux autres États riverains. Un autre de ces membres a dit que les États employaient généralement le terme « bassin » de préférence à « système » et que la Commission devrait limiter le champ du sujet aux cours d'eau dont la définition est déjà plus large que celle de « fleuve ». Comme le Rapporteur spécial l'a montré dans son rapport, la pratique des États qui emploient le terme « bassin » milite en fait en faveur de l'emploi de la notion de « système ». De plus, il s'agit de savoir non pas si, dans l'absolu, l'expression « cours d'eau » a un sens large ou restreint, mais ce que cette expression signifie aux fins du projet d'articles. Une majorité écrasante s'étant prononcée en faveur de l'emploi de la notion de système, c'est incontestablement cette expression que le Comité de rédaction et la Commission doivent employer pour définir le « cours d'eau ».

5. Quant à savoir s'il convient d'inclure les eaux souterraines dans la notion de cours d'eau, les avis sont plus partagés, quoique là encore, selon les calculs du Rapporteur spécial, cinq membres seulement sont hostiles à cette solution, alors que douze y sont favorables, et qu'un membre exclurait les eaux souterraines sous certaines conditions. La condition la plus souvent mentionnée par les partisans de l'inclusion est que les eaux souterraines communiquent avec des eaux de surface. Les eaux souterraines captives, en particulier, ne devraient pas être prises en considération dans le projet. Plusieurs membres ont même suggéré que les eaux souterraines captives fassent l'objet d'un nouveau point de l'ordre du jour de la Commission. En fait, si l'on décidait d'exclure cette catégorie d'eaux souterraines du champ du projet, le Rapporteur spécial s'associerait à cette décision. Selon plusieurs autres membres, les eaux souterraines devraient, pour pouvoir être prises en compte, couler vers le même point d'arrivée que les eaux de surface avec lesquelles elles communiquent. Cette proposition cadre avec la proposition analogue qui a été faite à propos de la notion de « système ».

6. Plusieurs arguments ont été avancés contre l'inclusion des eaux souterraines dans le projet. Un ou deux membres ont déclaré que, en examinant les projets d'articles au cours des cinq ou dix dernières années, ils avaient toujours eu présents à l'esprit les fleuves, et peut-être les lacs, mais certainement pas les eaux souterraines. Ils ne se sont donc pas demandé comment certaines des dispositions adoptées par la Commission pourraient s'appliquer aux eaux souterraines. À cet égard, le Rapporteur spécial tient à rappeler que l'hypothèse pro-

visoire de travail, initialement acceptée en 1980<sup>3</sup>, mentionnait expressément les eaux souterraines parmi les éléments constitutifs d'un système de cours d'eau international. Peut-être aurait-il dû rappeler cette hypothèse au début de chacun de ses rapports pour que la Commission ne la perde pas de vue. Mais au stade actuel, plutôt que d'exclure un élément aussi capital du système, il serait plus sage de le conserver et de réexaminer la question en deuxième lecture, à la lumière des observations formulées par les gouvernements.

7. On a fait valoir aussi que, dans le cas de certains pays — vu la taille ou le nombre des cours d'eau internationaux qui les traversent —, c'est tout le territoire national qui tomberait sous le coup du projet d'articles si la notion de cours d'eau englobait les eaux souterraines. La preuve n'en a évidemment pas été faite et, pour l'instant, il ne s'agit que d'une hypothèse. Mais même si elle se révélait exacte pour certains pays qui, selon les estimations du Rapporteur spécial, devraient être peu nombreux, cette hypothèse ne paraît pas constituer un argument technique ou juridique militant contre l'inclusion des eaux souterraines dans la notion de cours d'eau. Le raisonnement qui est fait en l'espèce n'est certainement pas fondé sur la pratique des États ni sur les conclusions de réunions tenues sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ni sur les travaux d'organes internationaux. Il ne semble pas non plus être inspiré par un souci d'équité. En effet, il n'y aurait rien d'injuste à ce qu'un État qui tire vraisemblablement des avantages substantiels de ses cours d'eaux internationaux soit également tenu pour responsable de tout dommage causé à d'autres États du fait, par exemple, de la pollution ou d'une diminution excessive des réserves d'eaux souterraines, notamment lorsque celles-ci sont alimentées par les cours d'eau internationaux en question. C'est donc là, semble-t-il, un argument qui est essentiellement politique et qui, à ce titre, se prête parfaitement à la formulation d'observations par les gouvernements, au stade de la première lecture.

8. Un troisième argument avancé en faveur de l'exclusion des eaux souterraines du projet d'articles est qu'on peut difficilement déterminer quelles sont ces eaux, dans quelle direction elles coulent, etc. Dans le même ordre d'idées, un membre a relevé que, selon le commentaire de l'article 2, l'observation suffit, dans la grande majorité des cas, pour déterminer quels sont les États du cours d'eau, entendant manifestement par là l'observation de la surface de la terre. Cette affirmation tirée du commentaire resterait valable si les eaux souterraines étaient prises en considération dans le projet d'articles, surtout si celui-ci ne visait que les eaux souterraines reliées à des eaux de surface. Cela tient au fait que, le plus souvent, un État dont les eaux souterraines contribuent à alimenter un système de cours d'eau international dispose aussi d'eaux de surface qui font partie de ce système. Ainsi, comme il est dit dans le commentaire, dans la grande majorité des cas, les États du cours d'eau peuvent en fait être déterminés par la simple observation des eaux de surface. Quant aux cas relativement rares où un État n'apporte que des eaux souterraines à un système de cours d'eau international,

<sup>3</sup> Voir 2213<sup>e</sup> séance, note 12.

les connaissances en hydrologie ont tant progressé que cette détermination ne présentera le plus souvent aucune difficulté. Les cartes et diagrammes reproduits dans l'annexe au septième rapport, distribués officieusement, témoignent de l'état désormais très avancé de la cartographie des réserves d'eaux souterraines.

9. En bref, le débat a renforcé le Rapporteur spécial dans la conviction qu'il faut inclure les eaux souterraines dans le champ du projet d'articles, du moins dans la mesure où elles communiquent avec des eaux de surface. Le fait que les eaux souterraines sont lourdement mises à contribution pour satisfaire des besoins aussi fondamentaux que ceux en eau potable, qui augmenteront de façon spectaculaire dans un proche avenir, avec la poursuite de la croissance démographique, milite aussi en faveur de cette approche. Comme le montre le diagramme présentant les éléments d'un système hypothétique d'utilisation d'un fleuve international, les eaux de surface polluées risquent de contaminer les nappes aquifères et inversement, empêchant l'homme d'utiliser ces précieuses ressources pour satisfaire nombre de ses besoins.

10. Militent également en faveur de l'inclusion des eaux souterraines l'avis des spécialistes ainsi que les opinions émises à l'occasion de conférences des Nations Unies, selon lesquels les eaux souterraines et les eaux de surface devraient faire l'objet d'une gestion intégrée. Les Règles d'Helsinki, déjà adoptées en 1966 par l'Association de droit international, visaient les eaux souterraines à condition qu'elles fassent partie d'un système d'eaux composé notamment d'eaux de surface. Les Règles de Séoul, adoptées en 1986, n'ont fait que reprendre les principes énoncés dans les Règles d'Helsinki, en les appliquant aux eaux souterraines ne communiquant pas avec des eaux de surface. Le Rapporteur spécial est convaincu que la Commission adoptera une position qui facilitera la gestion intégrée des cours d'eau internationaux par les États et démontrera en outre que la Commission est en accord avec son temps et ne méconnaît pas les impératifs hydrographiques reconnus depuis vingt-cinq ans déjà par l'Association de droit international.

11. La troisième grande question dont la Commission a débattu est de savoir s'il faut, aux fins du projet, considérer que les cours d'eau ont un caractère international relatif. Là encore, bien qu'il n'y ait pas eu unanimité, une nette majorité s'est prononcée pour une définition du cours d'eau international ou du système de cours d'eau international ne faisant pas référence à la notion de relativité du caractère international. Parmi les membres qui ont abordé cette question, neuf ont estimé que la notion de relativité ne présentait plus d'intérêt et trois ont été d'un avis contraire. Trois autres ont semblé eux aussi favorables au maintien de cette notion, tandis que deux autres encore ont paru appuyer sa suppression, encore que leur position n'ait pas été aussi tranchée. Ceux qui se sont prononcés pour le maintien de cette notion jugent généralement nécessaire de maintenir le champ d'application des articles dans des limites acceptables; quant à ceux qui ont fait valoir qu'elle ne s'imposait plus, ils considèrent que des garanties suffisantes ont déjà été prévues dans le projet d'articles et que la notion de caractère international relatif est donc, au mieux, superflue.

12. Cette notion, dont l'origine est assez mal connue, a été introduite, selon toute probabilité, en 1980 en tant que garantie, aucun article énonçant des obligations quant au fond n'ayant encore été adopté. À l'époque, la notion de caractère international relatif garantissait dans une certaine mesure que le champ d'application des articles ne serait pas étendu à des situations dans lesquelles les agissements d'un État du cours d'eau sont sans effet sur les autres États du cours d'eau. Mais, désormais, la Commission ayant adopté l'essentiel du projet d'articles, la condition d'un résultat effectif ou éventuel se trouve énoncée, comme on peut le voir, dans les articles eux-mêmes.

13. Les raisons qui militent contre l'utilisation de cette notion vont bien plus loin que le seul fait qu'elle n'est plus nécessaire. Comme on l'a montré dans le rapport, la notion de relativité du caractère international compromettrait gravement l'application du projet d'articles. Par exemple, un État ne saurait pas s'il est un État du cours d'eau, à moins qu'il puisse être établi que certaines parties des eaux sur son territoire sont affectées par des utilisations des eaux dans un autre État, ou affectent ces utilisations. Jusque-là, il ignorerait donc s'il a des droits et des obligations en vertu du projet d'articles, à commencer par l'article 4. Si l'État riverain A estimait qu'une mesure projetée dans l'État riverain B lui serait dommageable, il devrait attendre que l'effet dommageable se produise pour démontrer qu'il est un État du cours d'eau et a droit à la protection prévue par le projet d'articles. Or, c'est précisément cette situation que la troisième partie du projet d'articles est censée prévenir; les articles qui y figurent visent à permettre de régler les éventuels conflits entre utilisateurs avant que les positions ne se durcissent, qu'un dommage ne soit causé et que l'affaire ne dégénère en un grave différend. Ce même problème fondamental entraverait, voire même empêcherait complètement l'application des dispositions de chacune des parties du projet d'articles.

14. Des spécialistes de la gestion et de la mise en valeur des cours d'eau internationaux ont fait valoir que la notion de relativité du caractère international permettrait très difficilement à ceux qui sont sur le terrain de gérer et d'exploiter les ressources d'un système de cours d'eau international de la façon la plus avantageuse pour tous les intéressés. La Commission ne doit pas perdre de vue un point extrêmement important : en définitive, le vrai critère pour juger de l'utilité du projet d'articles sera de savoir s'il peut être appliqué dans la pratique par ceux qui sont chargés de protéger et de gérer les systèmes de cours d'eau internationaux.

15. En bref, il semble qu'une grande partie des membres de la Commission soit d'avis de définir l'expression « cours d'eau » comme un « système » d'eaux, d'inclure au moins certaines catégories d'eaux souterraines parmi les éléments constitutifs d'un système de cours d'eau et de ne pas introduire la notion de caractère international relatif du cours d'eau dans la définition de l'expression « cours d'eau international » ou « système de cours d'eau international ». Aussi M. McCaffrey propose-t-il de renvoyer les deux variantes de l'article sur les expressions employées au Comité de rédaction pour qu'il les examine à la lumière du débat. Comme il l'a lui-même indiqué en présentant l'article proposé, et

comme plusieurs membres l'ont relevé durant le débat, les définitions données dans les deux variantes sont les mêmes, mais l'expression définie est légèrement différente. L'examen des variantes a fait apparaître une nette préférence pour la variante A.

16. Au Comité de rédaction, on pourrait envisager d'apporter certaines modifications à l'article proposé afin de le rendre plus acceptable. La modification qui a recueilli l'appui le plus large consisterait à n'inclure les eaux souterraines que dans la mesure où elles communiquent avec des eaux de surface, c'est-à-dire dans la mesure où il y a interaction entre les premières et les secondes, ce qui exclurait du champ du projet d'articles les eaux souterraines captives ainsi que les nappes aquifères ne communiquant pas avec des eaux de surface, à l'exception peut-être de celles qui sont coupées par une frontière. L'autre modification qu'un certain nombre de membres ont appuyée consisterait à introduire la condition que les eaux aboutissent à un point d'arrivée commun. Cette modification aurait pour effet de limiter le champ d'application du projet d'articles de sorte que, par exemple, les eaux de deux bassins de drainage reliés par un canal ne seraient pas considérées comme faisant partie d'un seul et même système de cours d'eau international. On pourrait en outre prendre le soin d'expliquer dans le commentaire de l'article consacré aux expressions employées qu'il n'est plus nécessaire de mentionner expressément le caractère international relatif, puisque cette notion a été incorporée dans les articles eux-mêmes.

17. Le Rapporteur spécial demande instamment à la Commission de ne pas adopter une définition du champ d'application du projet d'articles qui rendrait celui-ci obsolète avant même d'avoir été présenté à la communauté internationale. Ce n'est pas une solution en avance sur son temps qu'il préconise, mais une solution compatible avec ce que l'on sait désormais des problèmes de l'eau et avec les impératifs de gestion d'une ressource de plus en plus rare. Les travaux sur le sujet du droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation auront des incidences non seulement sur le comportement des États, mais aussi sur celui d'importantes institutions, comme les banques multilatérales de développement, qui attendent des orientations de la Commission. La Commission a donc une lourde part de responsabilité dans la manière dont les États mettent en valeur leurs ressources en eau et, indirectement, d'autres secteurs importants de leur économie, comme l'agriculture et la production énergétique. Un conservatisme excessif pourrait fort bien se traduire par des souffrances humaines accrues et des conflits plus nombreux entre États. Le Rapporteur spécial est convaincu que la Commission opérera un choix éclairé.

18. M. BARSEGOV ne voit pas d'objection à ce que l'on renvoie le projet d'article au Comité de rédaction, mais il lui semble cependant que plus de deux membres ont exprimé des réserves au sujet de l'expression « système de cours d'eau international ». Si l'on retient la notion de « système », on sort des limites du mandat confié à la Commission par l'Assemblée générale, qui a parlé expressément de « cours d'eau ». Au sein de la Commission, de nombreux arguments ont été avancés contre l'adoption de l'expression « système de cours d'eau ».

Selon M. Barsegov, le mot « système » devrait rester entre crochets. Lorsqu'elle renverra le projet d'articles à la Sixième Commission, la Commission devrait y joindre une explication de la position de ceux qui sont pour l'adoption de l'expression « système international de cours d'eau » et de ceux qui préconisent l'emploi de l'expression « cours d'eau international », et demander aux gouvernements de donner leur avis sur la question.

19. Le PRÉSIDENT suggère que les deux variantes de l'article soient renvoyées au Comité de rédaction, étant entendu que la Commission examinera en temps voulu la proposition de M. Barsegov de demander l'avis des gouvernements sur la question, que le Comité ait eu ou non le temps d'examiner les deux variantes de l'article et de faire rapport à la Commission. S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission accepte cette solution.

*Il en est ainsi décidé.*

**Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens [A/CN.4/L.457, A/CN.4/L.462 et Add.1 et Corr.1, Add.2 et Corr.1 et Add.3 et Corr.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.1]**

[Point 3 de l'ordre du jour]

#### EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES EN DEUXIÈME LECTURE<sup>4</sup>

20. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le texte des projets d'articles 1 à 23 tels qu'ils ont été adoptés par le Comité en deuxième lecture (A/CN.4/L.457).

21. M. PAWLAK (Président du Comité de rédaction) rappelle que les articles 1 à 15 du projet dont la Commission est saisie avaient été adoptés en deuxième lecture par le Comité de rédaction à la précédente session, mais que la Commission avait décidé d'en différer l'adoption de manière à disposer de l'ensemble des articles sur le sujet. À la présente session, le Comité de rédaction a achevé l'examen en deuxième lecture de l'ensemble du projet d'articles, adoptant les articles restants, les titres des troisième à cinquième parties, l'alinéa b, iv, du paragraphe 1 de l'article 2 et le paragraphe 3 de l'article 10.

22. M. Pawlak suggère que toutes les questions soulevées au sujet des articles adoptés par le Comité de rédaction à la quarante-deuxième session soient traitées soit par M. Mahiou, président du Comité de rédaction à la dite session, soit par M. Ogiso, rapporteur spécial pour le sujet. Il se bornera pour sa part à présenter les ajouts effectués par le Comité de rédaction aux articles 2 et 10.

#### ARTICLE PREMIER (Portée des présents articles)

23. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article premier qui est ainsi conçu :

<sup>4</sup> Pour le texte des projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 8 à 12.

*Article premier. — Portée des présents articles*

Les présents articles s'appliquent à l'immunité de juridiction d'un État et de ses biens devant les tribunaux d'un autre État.

Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article premier.

*L'article premier est adopté.*

ARTICLE 2 (Expressions employées)

24. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le texte de l'article 2 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 2. — Expressions employées*

1. Aux fins des présents articles :

a) Le terme « tribunal » s'entend de tout organe d'un État, quelle que soit sa dénomination, habilité à exercer des fonctions judiciaires;

b) Le terme « État » désigne :

- i) L'État et ses divers organes de gouvernement;
- ii) Les éléments constitutifs d'un État fédéral;
- iii) Les subdivisions politiques de l'État qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'État;
- iv) Les organismes ou institutions de l'État et autres entités, dans la mesure où ils agissent dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'État;
- v) Les représentants de l'État agissant en cette qualité;

c) L'expression « transaction commerciale » désigne :

- i) Tout contrat ou transaction de caractère commercial pour la vente de biens ou la prestation de services;
- ii) Tout contrat de prêt ou autre transaction de nature financière, y compris toute obligation de garantie ou d'indemnisation en rapport avec un tel prêt ou une telle transaction;
- iii) Tout autre contrat ou transaction de nature commerciale, industrielle ou concernant le louage d'ouvrage ou d'industrie, à l'exclusion d'un contrat de travail.

2. Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une « transaction commerciale » au sens de l'alinéa c du paragraphe 1, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faut aussi prendre en considération son but si, dans la pratique de l'État qui y est partie, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 concernant les expressions employées dans les présents articles ne préjudicient pas à l'emploi de ces expressions ni au sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un État.

25. M. PAWLAK (Président du Comité de rédaction) dit que, lors de l'examen en deuxième lecture, le Rapporteur spécial a proposé, à la demande de certains gouvernements, un article sur les entreprises d'État et a introduit la notion de biens séparés. Le Rapporteur spécial avait l'intention de traiter de ces questions dans l'article 11 *bis* et dans l'alinéa *b*, *iii bis*, du paragraphe 1 correspondant de l'article 2. À l'issue d'un long débat, le Comité de rédaction a jugé que la notion de biens séparés de même que le libellé des dispositions proposées et leur place dans le texte n'étaient pas véritablement satisfaisants, mais a admis en principe qu'il faudrait inclure dans le projet une disposition concernant les entreprises qui sont créées par un État aux fins d'effectuer des transactions commerciales, mais qui ont une personnalité juri-

dique distincte de celle de l'État. Le Comité a en outre décidé qu'il serait plus approprié de traiter cette question dans le contexte de l'article 10. M. Pawlak y reviendra donc plus en détail lorsque la Commission abordera l'examen de cet article.

26. L'article 2 qui est soumis à la Commission est une combinaison des anciens articles 2 et 3. Dans la définition de l'« État » examinée par le Comité de rédaction à la précédente session, il n'était pas fait mention des organismes et institutions de l'État. Mais le Comité a finalement décidé de conserver la définition des organismes et institutions de l'État qu'il avait adoptée en première lecture et qui figurait à l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'ancien article 3; cette dernière définition fait à présent l'objet de l'alinéa *b*, *iv*, du paragraphe 1 de l'article 2. Le Comité a aussi élargi la définition de l'État. À cet égard, on a évoqué au Comité de rédaction une pratique qui était assez répandue après la seconde guerre mondiale et qui a encore cours dans une certaine mesure aujourd'hui, pratique qui consiste pour un État à habilitier une entité privée à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'État. Ainsi, certaines banques commerciales sont-elles autorisées par l'État à délivrer des licences d'importation et d'exportation, fonction qui est du ressort exclusif de l'État. Dans la mesure où des entités privées accomplissent de telles fonctions du ressort de l'État, elles doivent être assimilées à l'État aux fins des articles. Les « autres entités » dont il est question à l'alinéa *b*, *iv*, du paragraphe 1 sont les entités non étatiques qui sont investies des prérogatives de la puissance publique dans des cas exceptionnels. En vertu de cet alinéa, la définition de l'État n'englobe les organismes ou institutions de l'État et autres entités que dans la mesure où ils sont habilités à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'État.

27. M. Sreenivasa RAO dit que l'alinéa *b*, *iv*, du paragraphe 1 est bienvenu, car le droit à l'immunité doit être reconnu aux organismes, institutions et autres entités qui exercent des fonctions étatiques. Il ne voit pas d'objection à ce que l'on adopte l'ensemble de l'article 2, même si la définition énoncée à l'alinéa *c*, *i*, du paragraphe 1 lui semble redondante. Il y a toutefois, dans cette définition, un point sur lequel il aimerait des éclaircissements et ce point concerne la notion de profit. Une transaction effectuée par un État ou par une entité privée en vue de réaliser une vente ou un achat et d'en retirer un profit est manifestement une transaction commerciale. Mais qu'en est-il d'une transaction purement financière réalisée à des fins publiques et sans but lucratif; cette transaction pourrait fort bien donner lieu à la vente, par exemple, de biens ou de services. Bien que purement financière, devrait-elle être assimilée à une transaction commerciale ou bien faudrait-il la traiter d'une façon un peu différente, eu égard notamment au critère du but prévu au paragraphe 2 de l'article 2 pour déterminer si une transaction est de nature commerciale ?

28. M. McCAFFREY ne s'élèvera pas contre l'adoption de cet article, mais les mots « et autres entités » à l'alinéa *b*, *iv*, du paragraphe 1 lui inspirent quelques doutes. Il n'est pas convaincu que le type de situation envisagé se produise assez fréquemment pour justifier l'inclusion de ces mots dans l'article. À son avis, pour qu'une entité distincte, y compris une société, soit assi-

milée à un État et ait donc droit à l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres États, il faudrait au moins que la majorité de ses actions soit détenue par l'État. Or, dans la disposition en question, mis à part le fait que l'entité privée doit avoir été chargée de fonctions publiques, aucun lien juridique n'est exigé avec l'État.

29. M. McCaffrey a aussi des doutes sur l'utilité du paragraphe 2 et notamment de la dernière disposition de ce paragraphe. La première disposition serait acceptable, surtout si l'on supprimait les mots « en premier lieu » qui sont source de confusion : on ne sait plus du critère de la nature ou du critère du but celui qui est retenu. En revanche, la disposition suivante qui commence par les mots « mais il faut aussi prendre en considération son but si... » n'apporte aucune précision à cet égard, bien que, dans la pratique des États, ce soit le critère de la nature qui prime. M. McCaffrey aimerait donc savoir comment cette disposition serait appliquée dans la pratique et si c'est à l'État défendeur qu'incomberait la charge de la preuve. C'est là un point très important qui a en fait des répercussions sur tous les articles des troisième et quatrième parties du projet. Le commentaire de l'article devra apporter des éclaircissements à ce sujet.

30. M. PELLET pense, contrairement à McCaffrey, que les termes « et autres entités » ont un rôle à jouer. Il partage cependant le point de vue de M. McCaffrey sur le paragraphe 2, qui suscite de sa part d'assez sérieuses réserves tant sur le fond que sur la forme. Ainsi, ce paragraphe ne permettra pas à un tribunal de déterminer s'il y a une transaction commerciale, alors que la formule « dans la pratique de l'État qui y est partie » risque d'ouvrir la porte à bien des abus et à des interprétations extrêmement subjectives. Par ailleurs, la version française du paragraphe 3 n'est pas tout à fait satisfaisante, les mots « ne préjudicient pas à l'emploi » étant particulièrement malheureux.

31. M. TOMUSCHAT est partisan de l'emploi des termes « et autres entités », qui permettent de tenir compte du cas particulier dans lequel des personnes morales ont un rôle important à jouer dans l'accomplissement des fonctions publiques. Même si de tels cas sont rares, comme M. McCaffrey le pense, il ne faudrait pas pour autant les négliger. Qui plus est, comme il est admis que les organismes et institutions de l'État et les organes publics peuvent détenir une part des pouvoirs étatiques, il n'y a manifestement, semble-t-il, aucune différence fondamentale entre la *sovereign authority*, d'une part, et les autres prérogatives de la *governmental authority* visées aux articles 7 et 8 du projet d'articles de la première partie du sujet sur la responsabilité des États, d'autre part. Par souci de clarté, il vaudrait mieux supprimer à l'alinéa c, i, du paragraphe 1 les mots « de caractère commercial », dont la redondance est contraire aux règles élémentaires de la logique.

32. M. Tomuschat convient avec M. McCaffrey qu'il aurait été préférable que le paragraphe 2 n'aille pas au-delà de la première disposition qui énonce le critère de la nature du contrat, car l'application du critère du but peut soulever des difficultés. Il croit comprendre toutefois, à la lecture de ce texte, que les deux critères ne sont pas mis sur le même pied : l'on prendrait avant tout en considération la nature du contrat, le critère du but n'inter-

venant qu'à titre subsidiaire en cas de doutes sérieux quant au caractère commercial ou non commercial d'une transaction donnée.

33. M. ARANGIO-RUIZ reconnaît avec M. Pellet que les mots « et autres entités » apportent un élément utile. Il partage aussi l'avis de M. Tomuschat concernant l'alinéa c, i, du paragraphe 1.

34. Il faudrait conserver le texte actuel du paragraphe 2, mais ajouter dans le commentaire l'explication appropriée. Il va de soi, naturellement, que la nature de la transaction est le premier élément à prendre en compte. Le critère du but est secondaire, mais il ne faut pas pour autant y renoncer. Les termes « si, dans la pratique de l'État qui y est partie, ce but est pertinent » ne signifient pas seulement que l'État défendeur aura simplement à apporter des preuves de sa pratique : il s'agit de toute évidence d'une question sur laquelle le tribunal aura à statuer à la lumière de tous les faits.

35. M. BARSEGOV appuie l'article 2 dans son libellé actuel. La question qui y est traitée a une importance considérable, tant en théorie qu'en pratique. Il faut se souvenir que, dans nombre de systèmes juridiques, le critère de la nature et le critère du but sont aussi importants l'un que l'autre. Le texte proposé représente un compromis équilibré.

36. M. DÍAZ GONZÁLEZ partage l'opinion de M. Tomuschat sur l'alinéa c, i, du paragraphe 1. La définition de la « transaction commerciale » est conforme à celle qui en est donnée dans un grand nombre de codes de commerce nationaux.

37. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 2.

*L'article 2 est adopté.*

ARTICLE 3 (Privilèges et immunités non affectés par les présents articles)

38. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 3 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 3. — Privilèges et immunités non affectés par les présents articles*

1. Les présents articles n'affectent pas les privilèges et immunités dont jouit un État en vertu du droit international en ce qui concerne l'exercice des fonctions :

a) De ses missions diplomatiques, de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations aux organes des organisations internationales ou aux conférences internationales; et

b) Des personnes qui y sont attachées.

2. Les présents articles n'affectent pas non plus les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État.

39. Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 3.

*L'article 3 est adopté.*

## ARTICLE 4 (Non-rétroactivité des présents articles)

40. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 4 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 4. — Non-rétroactivité des présents articles*

Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans les présents articles auxquelles les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens seraient soumises en vertu du droit international indépendamment des présents articles, ces articles ne s'appliquent à aucune question relative aux immunités juridictionnelles des États ou de leurs biens soulevée dans une procédure intentée contre un État devant un tribunal d'un autre État avant l'entrée en vigueur desdits articles entre les États concernés.

41. M. Sreenivasa RAO dit que l'article 4 n'appelle de sa part aucune objection de principe, mais que son libellé n'en facilite pas la lecture.

42. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 4.

*L'article 4 est adopté.*

## ARTICLE 5 (Immunité des États)

43. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 5 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 5. — Immunité des États*

Un État jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État, sous réserve des dispositions des présents articles.

Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 5.

*L'article 5 est adopté.*

## ARTICLE 6 (Modalités pour donner effet à l'immunité des États)

44. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 6 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 6. — Modalités pour donner effet à l'immunité des États*

1. Un État donne effet à l'immunité des États prévue par l'article 5 en s'abstenant d'exercer sa juridiction dans une procédure devant ses tribunaux contre un autre État et, à cette fin, veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité de cet autre État prévue par l'article 5 est respectée.

2. Une procédure devant un tribunal d'un État est considérée comme étant intentée contre un autre État lorsqu'elle est :

a) Est citée comme partie à la procédure;

b) N'est pas citée comme partie à la procédure, mais que cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre État.

45. M. EIRIKSSON suggère d'ajouter, à la fin de l'alinéa a du paragraphe 2, la conjonction « ou » pour relier cet alinéa au suivant. Une modification similaire devrait être apportée aux articles 10, 11, 17, 18 et 19 où il faudrait ajouter la conjonction de coordination « ou » ou « et » à l'endroit approprié.

46. Le PRÉSIDENT dit que cette suggestion peut être considérée comme une question d'ordre rédactionnel dont M. Eiriksson pourrait saisir le Rapporteur spécial et le Président du Comité de rédaction.

47. M. McCAFFREY note qu'une modification a été apportée au paragraphe 1 avec le membre de phrase « et, à cette fin, veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité de cet autre État prévue par l'article 5 est respectée ». Il faudrait bien préciser dans le commentaire que ce passage n'a pas pour objet d'encourager l'État concerné à ne pas comparaître devant le tribunal.

48. M. OGISO (Rapporteur spécial) dit que ce point sera dûment précisé dans le commentaire.

49. M. Sreenivasa RAO déclare qu'il n'a pas d'objection à formuler à l'encontre de l'article 6 et qu'il ne partage pas le point de vue exprimé par M. McCaffrey à son sujet. La question qui y est traitée est d'une importance capitale pour les pays en développement. Un État ne devrait pas avoir à comparaître devant un tribunal étranger si l'immunité ne fait aucun doute. La pratique qui consiste à forcer les États étrangers à comparaître devant les tribunaux entraîne de lourdes dépenses pour les États concernés et pose de très graves problèmes aux pays moins avancés. C'est pourquoi M. Sreenivasa Rao demande instamment que le commentaire reflète bien le fait que les États sont libres de comparaître ou non devant un tribunal.

50. M. McCAFFREY précise qu'il n'a pas suggéré de dire que les États devaient comparaître. Toutefois, il ne faudrait pas non plus que la Commission donne l'impression de conseiller aux États de ne pas comparaître. Dans la plupart des cas, la juridiction du tribunal est évidente, même si l'État étranger concerné peut ne pas être de cet avis.

51. M. TOMUSCHAT relève qu'il ne semble pas y avoir de véritable désaccord entre M. Sreenivasa Rao et M. McCaffrey.

52. M. ARANGIO-RUIZ dit qu'un État est libre de comparaître ou de ne pas comparaître devant un tribunal étranger. Telle est la position adoptée par tous les tribunaux nationaux et par la CIJ. Il est cependant de l'intérêt de l'État concerné — qu'il s'agisse d'un État en développement ou d'un État développé — de comparaître devant le tribunal et d'invoquer l'immunité, afin d'éviter qu'il ne soit statué contre lui.

53. M. OGISO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire reflétera dûment le point de vue de M. McCaffrey selon lequel il ne faut pas dissuader les États de comparaître devant le tribunal. Il fera également état de la réserve émise par M. Sreenivasa Rao.

54. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'autres observations, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 6, étant bien entendu que le commentaire traitera des points mentionnés par le Rapporteur spécial.

*L'article 6 est adopté.*



ARTICLE 7 (Consentement exprès à l'exercice de la juridiction)

55. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 7 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 7. — Consentement exprès à l'exercice de la juridiction*

1. Un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre État à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire :

- a) Par accord international;
- b) Dans un contrat écrit; ou

c) Par une déclaration devant le tribunal ou par une communication écrite dans une procédure déterminée.

2. L'accord donné par un État pour l'application de la loi d'un autre État n'est pas réputé valoir consentement à l'exercice de la juridiction des tribunaux de cet autre État.

Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 7.

*L'article 7 est adopté.*

ARTICLE 8 (Effet de la participation à une procédure devant un tribunal)

56. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 8 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 8. — Effet de la participation à une procédure devant un tribunal*

1. Un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre État :

- a) S'il a intenté lui-même ladite procédure; ou

b) Si, quant au fond, il est intervenu à ladite procédure ou y a participé de quelque façon que ce soit. Cependant, si l'État prouve au tribunal qu'il n'a pu avoir connaissance de faits sur lesquels une demande d'immunité peut être fondée qu'après avoir participé à la procédure, il peut invoquer l'immunité sur la base de ces faits, à condition de le faire sans retard.

2. Un État n'est pas réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction d'un tribunal d'un autre État s'il intervient dans une procédure ou y participe à seule fin :

- a) D'invoquer l'immunité; ou

b) De faire valoir un droit ou un intérêt à l'égard d'un bien en cause dans la procédure.

3. La comparution d'un représentant d'un État devant un tribunal d'un autre État comme témoin n'est pas réputée valoir consentement du premier État à l'exercice de la juridiction de ce tribunal.

4. Le défaut de comparution d'un État dans une procédure devant un tribunal d'un autre État n'est pas réputé valoir consentement du premier État à l'exercice de la juridiction de ce tribunal.

Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 8.

*L'article 8 est adopté.*

ARTICLE 9 (Demandes reconventionnelles)

57. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte de l'article 9 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 9. — Demandes reconventionnelles*

1. Un État qui intente une procédure devant un tribunal d'un autre État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale.

2. Un État qui intervient pour introduire une demande dans une procédure devant un tribunal d'un autre État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande introduite par lui.

3. Un État qui introduit une demande reconventionnelle dans une procédure intentée contre lui devant un tribunal d'un autre État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne la demande principale.

Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter l'article 9.

*L'article 9 est adopté.*

ARTICLE 10 (Transactions commerciales)

58. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le texte de l'article 10 proposé par le Comité de rédaction, qui se lit comme suit :

*Article 10. — Transactions commerciales*

1. Si un État effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale, et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, les contestations relatives à cette transaction commerciale relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre État, l'État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Dans le cas d'une transaction commerciale entre États;

b) Si les parties à la transaction commerciale en sont expressément convenues autrement.

3. L'immunité de juridiction dont jouit un État n'est pas affectée dans une procédure se rapportant à une transaction commerciale effectuée par une entreprise d'État ou une autre entité créée par l'État pour effectuer des transactions exclusivement commerciales qui est dotée d'une personnalité juridique distincte et a la capacité :

- a) D'ester en justice; et

b) D'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, y compris des biens que l'État l'a autorisée à exploiter ou à gérer.

59. M. PAWLAK (Président du Comité de rédaction) rappelle qu'il a expliqué, à propos de l'article 2, la proposition du Rapporteur spécial concernant les entreprises et autres entités d'État effectuant des transactions commerciales. Dans le système économique de quelques pays, certaines transactions « commerciales », au sens du projet d'article, sont effectuées par des entreprises et des entités qui sont créées par l'État et auxquelles ce dernier confère une personnalité juridique distincte de la sienne. C'est pourquoi, en cas de différend, la personnalité juridique de ces entités doit être reconnue et l'immunité de juridiction de l'État demeurer intacte. Le demandeur ne peut agir que contre l'entreprise ou l'entité et ne peut recouvrer sa créance que sur les actifs de celle-ci.

60. Une disposition sur la fonction commerciale de ces entités a tout à fait sa place à l'article 10, puisque celui-ci traite des « transactions commerciales ». Le paragraphe 3, qui a été ajouté pour tenir compte des transactions commerciales effectuées par des entreprises d'État ou d'autres entités créées par l'État, prévoit que ces entreprises et autres entités doivent remplir certaines conditions. Premièrement, elles doivent avoir été créées par l'État pour effectuer des transactions exclusivement commerciales. En second lieu, l'entreprise ou l'entité doit avoir une personnalité juridique indépendante, et notamment la capacité : a) d'ester en justice; et b) d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, y compris des biens que l'État l'a autorisée à exploiter ou à gérer.

61. Il convient de noter que les conditions posées aux alinéas a et b sont cumulatives : elles doivent être remplies toutes les deux. Outre qu'elle doit avoir la capacité d'ester en justice, l'entreprise ou l'entité doit aussi satisfaire à certaines conditions financières énoncées à l'alinéa b. Le Comité de rédaction a estimé que les entités en question ne devaient pas pouvoir se dissimuler derrière l'État pour échapper à leurs créanciers. En général, l'État met des biens d'État à la disposition de ces entités pour qu'elles les exploitent ou les gèrent. Ces entités peuvent en outre acquérir elles-mêmes des biens dans le cadre de leurs opérations commerciales. Aux termes de l'alinéa b, les entreprises ou entités doivent avoir la capacité d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, c'est-à-dire les biens que l'État les a autorisées à exploiter ou à gérer ainsi que les biens qu'elles peuvent avoir acquis dans le cadre de leur activité. Le terme « céder » est essentiel car il signifie que les biens de ces entités peuvent éventuellement être saisis pour régler des créances.

62. M. EIRIKSSON propose d'utiliser le mot « ou » pour lier les alinéas a et b du paragraphe 2. Il faudrait, en outre, dans le texte anglais de l'alinéa b du paragraphe 3, ajouter une virgule entre le mot *property* et les mots *including property which the State*.

63. M. McCAFFREY émet de sérieuses réserves sur le fond du paragraphe 3, qui a été ajouté pour répondre aux préoccupations d'un petit nombre d'États et dont les dispositions risquent d'enlever toute raison d'être au projet d'articles qui a été conçu dans le but d'assurer l'accomplissement des transactions commerciales et l'exécution des obligations contractuelles. Il faut se souvenir que les entreprises d'État peuvent avoir un capital insuffisant, avec le risque que cela comporte pour les créanciers de ne pouvoir recouvrer les sommes qui leur sont dues.

64. De plus, la rédaction de la première partie du paragraphe 3 laisse à désirer. Le texte dispose en effet que l'immunité de juridiction dont jouit un État « n'est pas affectée dans une procédure se rapportant... ». Peut-être veut-on dire que l'immunité de l'État « n'est pas affectée » par le fait qu'une procédure se rapportant à une transaction commerciale effectuée par une entreprise d'État a été engagée.

65. M. FRANCIS, parlant également au nom de deux membres absents, M. Koroma et M. Njenga, appuie vigoureusement l'article 10 et remercie le Comité de rédaction d'avoir ajouté le paragraphe 3.

66. M. Sreenivasa RAO n'est pas d'accord avec M. McCaffrey lorsque celui-ci dit que le paragraphe 3 ne concerne qu'un petit nombre d'États. De toute façon, si l'on examine l'ensemble du projet, on a tôt fait de s'apercevoir que nombre d'articles ne sont fondés que sur la législation et la pratique de quelques États. Il convient de rappeler, à cet égard, que certains membres ont présenté, quant à la matière dont traite le paragraphe 3, des propositions qui allaient plus loin que le texte dont la Commission est finalement saisie. Bien que ce texte ne soit pas, à leur avis, pleinement satisfaisant, ces membres — et M. Sreenivasa Rao lui-même — sont prêts à l'accepter dans un esprit de compromis, malgré les insuffisances qu'il présente. Par exemple, le mot « exclusivement » utilisé pour qualifier les transactions commerciales n'est pas satisfaisant. Il n'est pas rare qu'une entreprise ou entité d'État exerce des fonctions étatiques en même temps qu'elle effectue des transactions commerciales.

67. M. Sreenivasa Rao ne comprend pas l'argument relatif à l'insuffisance du financement. Une entreprise d'État se voit attribuer certains actifs et, en conséquence, ses éventuels partenaires savent à quoi s'en tenir et c'est en toute connaissance de cause qu'ils décident de traiter ou non avec elle.

68. M. PELLET est prêt à accepter le paragraphe 3 à titre de compromis, mais sans grand enthousiasme, cela pour des raisons plus proches de celles de M. Sreenivasa Rao que de celles de M. McCaffrey. Introduire le critère du but pour lequel un État crée une entreprise d'État est dangereux, peut-être moins il est vrai dans le contexte de l'article 10 qu'ailleurs. En outre, la dernière partie du paragraphe, à partir des mots « qui est dotée d'une personnalité juridique distincte », est redondante et donc malheureuse. Si M. Pellet fait sienne la critique émise par M. McCaffrey au sujet de l'expression « affectée dans une procédure », d'ailleurs encore moins claire en français qu'en anglais, il ne partage pas les craintes de ce dernier quant au risque qu'une entreprise d'État ne dispose pas de fonds suffisants. Le même risque existe dans le cas des entreprises purement privées, et le droit commun est applicable dans un cas comme dans l'autre. En bref, l'idée qui motive le texte est satisfaisante, mais le libellé ne l'est pas.

69. M. SHI ne peut souscrire aux observations faites par M. McCaffrey au sujet du paragraphe 3. C'est une erreur de penser que ce paragraphe a été ajouté pour répondre aux préoccupations d'un petit nombre d'États. Actuellement, dans la grande majorité des pays, non seulement des pays en développement mais aussi des pays développés, il y a des entreprises d'État. Deuxièmement, dire que souvent les entreprises d'État ne disposent pas d'un capital suffisant traduit un préjugé ou une attitude discriminatoire. On ne peut garantir que toutes les entreprises d'État au monde disposent d'un capital suffisant, mais ce genre de garantie ne peut pas davantage être fournie dans le cas des entreprises privées. De fait, il existe de nombreux exemples d'entreprises privées financièrement faibles ou malsaines, ou même de pseudo-entreprises qui n'existent ni en droit ni en fait. Il est bien entendu exact que les entreprises privées sont indépendantes de l'État, mais les entreprises d'État le sont aussi tant en droit qu'en pratique. Pourquoi l'État devrait-il

être responsable d'une entreprise d'État indépendante ? Si l'État doit être tenu responsable des engagements auxquels une entreprise d'État indépendante peut ne pas être en mesure de faire face, alors l'État dont une entreprise privée a la nationalité devrait aussi être tenu responsable des engagements auxquels celle-ci ne peut faire face. Si le paragraphe 3 ne peut être maintenu au motif que les entreprises d'État ont souvent un financement insuffisant, alors il faudrait ajouter un nouvel article disposant que, si le capital d'une entreprise privée se révèle insuffisant ou si cette entreprise se révèle financièrement faible ou malsaine, l'État dont elle a la nationalité peut être assigné devant un tribunal étranger à l'occasion d'un différend entre une personne privée et ladite entreprise.

70. M. GRAEFRATH appuie le paragraphe 3, qui est le résultat d'un examen sérieux et approfondi. La disposition relative aux entreprises d'État est pour lui absolument nécessaire dans la situation économique actuelle. Toutefois, il doute de l'utilité du mot « exclusivement » et préférerait qu'on le supprime.

71. M. MAHIOU, parlant en qualité d'ancien président du Comité de rédaction, explique qu'en fait le paragraphe 3 n'a pas été examiné par le Comité sous sa présidence. En tant que membre de la Commission, il est favorable à l'adoption de ce paragraphe, même si son libellé n'est pas totalement satisfaisant. Il convient toutefois avec M. Graefrath que le mot « exclusivement » est inutile. Quant à l'observation de M. Pellet au sujet de la deuxième partie de ce paragraphe, la définition est effectivement quelque peu redondante, mais en l'espèce on ne saurait être trop clair. Il approuve donc le paragraphe avec ces réserves.

72. M. BARSEGOV dit que l'article à l'examen, et en particulier son paragraphe 3, est extrêmement important en ce sens qu'il reflète la mutation économique en cours dans un certain nombre de pays. Comme d'autres membres l'ont fait observer à juste titre, la disposition du paragraphe 3 est aussi très importante pour tous les pays en développement et même pour de nombreux pays développés traditionnellement associés à un système économique de propriété privée. Quant au risque d'insuffisance du capital évoqué par M. McCaffrey, M. Barsegov pense comme M. Shi que ce risque est le même dans le cas des entreprises privées. Ne pas adopter la disposition pour de tels motifs encouragerait la discrimination; si les États doivent être tenus responsables des transactions commerciales des entreprises d'État, ils devraient l'être aussi des transactions commerciales des sociétés privées qui ont leur nationalité. Le texte à l'examen n'est certes pas totalement satisfaisant — M. Barsegov aurait préféré que les dispositions du paragraphe 3 constituent un article distinct —, mais il est le résultat d'un long débat au cours duquel il a été pleinement tenu compte du droit et de la pratique des pays d'Europe occidentale et autres pays développés. Ce texte est bien équilibré et acceptable, et M. Barsegov espère qu'il contribuera à promouvoir les relations économiques internationales.

73. M. McCAFFREY n'entend pas prolonger le débat, mais souhaite simplement expliquer ses observations antérieures. Il précise à l'intention de M. Shi qu'il n'a pas dit que le capital des entreprises d'État était « souvent »

insuffisant, mais seulement qu'il « pouvait l'être ». La différence entre une entreprise privée et une entreprise d'État est qu'une entreprise privée n'est pas censée avoir d'appui, alors qu'une entreprise d'État, du moins peut-on le supposer, a derrière elle l'État avec toutes les ressources dont il dispose, ce qui peut être dangereux. M. McCaffrey n'a pas accusé les États de limiter délibérément le capital de leurs entreprises, et il reconnaît volontiers que les entreprises privées sont parfois, elles aussi, financièrement peu solides.

74. M. HAYES dit que le paragraphe 3 n'est pas absolument nécessaire, puisque l'idée qui y est exprimée est énoncée dans la partie pertinente de l'article 2 relatif aux expressions employées, déjà adopté par la Commission. La seule différence entre l'article 2 et l'article 10 est la référence aux transactions « exclusivement » commerciales.

75. L'article 10 considéré globalement exprime la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, dont il a été longuement débattu au fil des années. Personnellement, M. Hayes croit en cette distinction et souscrit à l'immunité dans les cas relevant de la première catégorie, mais non dans ceux qui relèvent de la seconde. Ce principe est clairement énoncé au paragraphe 1 de l'article 10, et le paragraphe 3 — qui en fait énonce l'opposé de ce principe — est donc inutile.

76. Il arrive que des entreprises, pour la plupart privées, fassent faillite, et l'insuffisance du capital, dans le cas des entreprises d'État, présente sans aucun doute des similitudes avec la faillite. De même que les actionnaires ne peuvent pas être tenus responsables en cas de faillite, la responsabilité en cas d'insuffisance de capital ne peut aller au-delà de l'entreprise d'État, jusqu'à l'État lui-même. Une disposition en ce sens serait contraire à ce qui permet de déterminer si l'immunité peut être invoquée et remettrait en question le fondement même du projet d'articles.

77. M. RAZAFINDRALAMBO, en tant que membre du Comité de rédaction, approuve quant au fond le paragraphe 3 adopté par le Comité en deuxième lecture. Toutefois, le libellé n'est pas totalement satisfaisant et on pourrait peut-être l'améliorer en remplaçant, au début du paragraphe, les mots « dans une procédure se rapportant » par « si la procédure se rapporte ». Il est lui aussi d'avis de supprimer le mot « exclusivement ». Par contre, il ne peut souscrire à l'observation de M. Pellet selon laquelle la fin du paragraphe est redondante; l'alinéa b, en particulier, introduit une importante notion nouvelle, celle des biens qu'une entreprise d'État est autorisée à exploiter ou à gérer, et il faut donc le conserver.

78. M. Sreenivasa RAO remercie M. McCaffrey de ses explications. Supposer qu'une entreprise d'État a nécessairement la possibilité de mobiliser à son profit les ressources de l'État est de toute évidence une erreur.

79. M. OGISO, parlant en qualité de membre de la Commission et non de rapporteur spécial, s'associe à ceux qui ont souligné que le paragraphe 3 était une solution de compromis à laquelle on était parvenu après de très longues discussions. Il est donc enclin à penser qu'il ne serait pas bon de modifier ce paragraphe à ce stade avancé des travaux. Comme beaucoup d'autres

membres, il n'est pas totalement satisfait du texte et en particulier du mot « exclusivement » dont on se souviendra qu'il ne figurait pas dans la proposition initiale. Malgré ces réserves, il est prêt à accepter telle quelle la formulation de compromis.

*La séance est levée à 12 h 55.*

## 2219<sup>e</sup> SÉANCE

*Mercredi 5 juin 1991, à 10 h 5*

*Président : M. John Alan BEESLEY*

*Présents : M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Jacovides, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Roucounas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat.*

**Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (suite) [A/CN.4/L.447, A/CN.4/L.462 et Add.1 et Corr.1, Add.2 et Corr.1 et Add.3 et Corr.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.1]**

[Point 3 de l'ordre du jour]

EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES  
EN DEUXIÈME LECTURE<sup>1</sup> (suite)

ARTICLE 10 (Transactions commerciales) [suite]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 10<sup>2</sup>.

2. M. PAWLAK (Président du Comité de rédaction) déclare que les modifications de forme proposées, lors de la séance précédente, à la première partie du texte du paragraphe 3 ne lui posent aucun problème. Notant que le mot « exclusivement » n'a pas l'agrément de tous les membres de la Commission, il propose d'en débattre brièvement afin de trouver une solution qui ne nuise pas à l'équilibre du texte établi par le Comité de rédaction.

3. M. MAHIOU est favorable à la suppression du mot « exclusivement », car, à son avis, l'alinéa *b*, iv, du paragraphe 1 de l'article 2, qui englobe dans le terme « État » les organismes ou institutions de l'État et autres entités qui agissent dans l'exercice des prérogatives de la

puissance publique de l'État, règle la question visée au paragraphe 3 de l'article 10. Cette suppression ne créerait donc pas de difficultés particulières et ne représenterait pas une lacune dans le projet d'articles.

4. M. McCAFFREY est favorable au maintien du mot « exclusivement » précisément parce que, s'il était supprimé, il n'y aurait aucune différence tangible entre la définition qui figure à l'alinéa *b*, iv, du paragraphe 1 de l'article 2 et le paragraphe 3 de l'article 10. Autrement dit, les États jouiraient de l'immunité de juridiction dans tous les cas où une entité étatique ayant des activités non commerciales serait dotée des capacités mentionnées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3. Il convient donc de conserver le mot « exclusivement », pour limiter la portée de l'immunité de juridiction des États.

5. M. DÍAZ GONZÁLEZ approuve la suppression du mot « exclusivement » pour la même raison que M. Mahiou. Il lui semble également que les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 sont superflus, puisqu'il est déjà précisé qu'il s'agit des entités dotées d'une « personnalité juridique distincte ».

6. M. TOMUSCHAT dit qu'il faut bien comprendre le sens du paragraphe 3. Tout ce que signifie ce texte, c'est que l'on ne pourra pas tenter une action contre un État en cas de contentieux entre une entreprise commerciale de l'État et un tiers. Mais rien n'empêchera d'engager une procédure contre l'entreprise. Supprimer le mot « exclusivement » ne changerait donc rien au problème essentiel, qui est celui de la responsabilité de l'entreprise d'État. Par contre, il importe de maintenir les alinéas *a* et *b* afin de bien préciser que l'entité existe en tant que personnalité juridique et peut donc être poursuivie.

7. M. THIAM est favorable à la suppression du mot « exclusivement », pour les raisons déjà exposées par d'autres orateurs, de même qu'à celle des alinéas *a* et *b*, qui lui paraissent redondants. Il est inutile d'expliquer en quoi consiste la personnalité juridique : celle-ci entraîne toujours la capacité d'ester en justice et d'acquérir ou de céder des biens. Ces deux dispositions n'ajoutent rien au paragraphe 3, et elles seraient peut-être plus à leur place dans le commentaire sur l'article 10.

8. M. PELLET pense que les alinéas *a* et *b* sont sans grand intérêt : pour atteindre le but auquel pense M. Tomuschat, il faudrait préciser, non pas que l'entité a la capacité d'acquérir, de posséder ou de céder des biens, mais qu'elle détient effectivement ces biens. Mais il ne s'opposera pas au maintien de ces dispositions.

9. En ce qui concerne le mot « exclusivement », tout dépend de l'objectif qu'on veut donner au paragraphe 3. Si l'on vise les entreprises d'État qui effectuent des transactions commerciales, il faut le supprimer car, dans ce cas, l'immunité de l'État ne saurait être contestée. Si, par contre, on vise les entreprises créées par l'État en vue d'effectuer des transactions commerciales, il vaut mieux le conserver. Pour sa part, M. Pellet souhaiterait que l'on parle d'entités qui effectuent des transactions, ce qui entraînerait la suppression du mot « exclusivement ».

10. M. SHI est pour la suppression du mot « exclusivement ». En ce qui concerne les alinéas *a* et *b*, il se rallie-

<sup>1</sup> Pour le texte des projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 8 à 12.

<sup>2</sup> Pour le texte de l'article 10, voir 2218<sup>e</sup> séance, par. 58.