



Assemblée générale

UN/SA COLLECTION

Distr.
LIMITÉE

A/C.6/47/L.10
3 novembre 1992
FRANCAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

CONVENTION SUR LES IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ETATS ET DE LEURS BIENS

Rapport du Groupe de travail

Président-Rapporteur : M. Carlos CALERO-RODRIGUES (Brésil)

1. Par sa résolution 46/55 du 9 décembre 1991, l'Assemblée générale, après avoir noté que la Commission du droit international avait achevé à sa quarante-troisième session la deuxième lecture du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens ¹/, a reconnu qu'il était souhaitable de conclure une convention sur la question et qu'il importait, pour réussir à parachever une telle convention, de promouvoir une convergence générale de vues. L'Assemblée a en conséquence décidé, au paragraphe 4 de la même résolution, de constituer à sa quarante-septième session un groupe de travail de la Sixième Commission à composition non limitée pour étudier, compte tenu des commentaires écrits des gouvernements ainsi que des vues exprimées lors des débats à la quarante-sixième session de l'Assemblée :

"a) Les questions de fond que soulève le projet d'articles, afin de promouvoir une convergence générale de vues et d'augmenter par là les chances d'aboutir à la conclusion d'une convention;

b) La question de la convocation d'une conférence internationale qui se tiendrait en 1994 ou à une date ultérieure en vue de conclure une convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens."

2. Comme suite à la décision susmentionnée de l'Assemblée générale, la Sixième Commission, à sa 2e séance de la session en cours, le 18 septembre 1992, a élu M. Carlos Calero-Rodrigues (Brésil) à la présidence du Groupe de travail.

3. Le Groupe de travail a tenu 10 séances, entre le 25 septembre et le 6 novembre 1992.

4. Outre le projet d'articles adopté par la Commission du droit international à sa quarante-troisième session, il était saisi des commentaires et observations écrits sur le projet d'articles communiqués par 19 Etats (A/47/326 et Add.1 à 5), ainsi que de divers documents et suggestions de caractère informel.

5. Le Groupe de travail a mené ses délibérations en deux temps. Après une séance d'organisation des travaux, il a consacré une première série de discussions aux principaux points du projet d'articles soulevant des difficultés. Ces points ont été identifiés par le Président comme étant les suivants : premièrement, les définitions figurant dans l'article 2 relatif aux "Expressions employées", particulièrement la définition du terme "Etat" et celle de l'expression "transaction commerciale"; deuxièmement, la question de l'immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte en relation avec une procédure devant un tribunal (partie IV du projet); troisièmement, les cas dans lesquels les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité, prévus dans la partie III du projet.

6. L'échange de vues qui a eu lieu au cours de cette phase des travaux est résumé dans les minutes des 2e, 3e, 4e et 5e séances, qui sont reproduites à l'annexe I du présent rapport.

7. Dans une deuxième étape, le Groupe de travail a étudié les moyens de surmonter les divergences de vues identifiées au cours de la première phase des travaux. Le Président a formulé à cet égard les propositions rapportées ci-après.

8. Bien qu'aucune de ces propositions n'ait encore recueilli l'adhésion générale, et que plusieurs aient suscité des objections ou des réserves, le Groupe de travail estime qu'elles méritent un examen attentif qui permettra de déterminer si elles sont de nature à ouvrir la voie à des solutions de compromis.

Expressions employées (article 2)

9. Le Président a suggéré d'ajouter au paragraphe 1, alinéa b) ii), après les mots "Les éléments constitutifs d'un Etat fédéral", les mots suivants :

"... non visés par le sous-alinéa iii), à condition que l'Etat fédéral signifie au depositaire du présent instrument, par une déclaration, qu'ils sont habilités à invoquer l'immunité de l'Etat;".

10. Cette proposition, fondée sur l'article 28 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, visait à concilier d'une part la position de ceux qui, compte tenu des caractéristiques constitutionnelles de certains Etats fédéraux, étaient partisans de maintenir la mention expresse relative aux éléments constitutifs d'un Etat fédéral et, d'autre part, les préoccupations de ceux pour qui la formulation de la CDI avait une portée trop générale et risquait d'être une source d'incertitude. Selon le nouveau texte, les éléments constitutifs continueraient d'être mentionnés mais en des termes

ménageant une certaine flexibilité, et l'élément d'incertitude serait éliminé. La déclaration en question serait strictement destinée aux fins de la future convention. La nouvelle disposition devait être lue à la lumière du paragraphe 3 de l'article 2.

11. En ce qui concerne le paragraphe 1, alinéa b) iv), de l'article 2, le Président a proposé de remplacer la seconde partie de la disposition, à partir des mots "dans la mesure où...", par les mots suivants :

"chaque fois qu'ils agissent dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat;" 2/.

12. Il a été noté à ce propos que la définition donnée par la CDI du terme "Etat" (dans les versions autres que le français) englobait les organismes ou institutions de l'Etat et autres entités "dans la mesure où ils sont habilités à agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat". Dans leurs observations écrites, certains gouvernements considéraient qu'il ne s'agissait pas simplement d'une question d'habilitation. Selon eux, il fallait que l'entité agisse effectivement dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat. Le texte proposé était destiné à exprimer cette idée.

13. En ce qui concerne le paragraphe 1, alinéa c), de l'article 2, le Président a proposé de remplacer les actuels sous-alinéas i) et iii) par le suivant :

"i) Tout contrat ou transaction de nature commerciale ou industrielle ou de louage [d'ouvrage ou] d'industrie qu'un Etat conclut ou effectue autrement que dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat, y compris un contrat ou une transaction pour la vente de biens ou la prestation de services, mais à l'exclusion d'un contrat de travail;"

14. Cette nouvelle formulation combinant les sous-alinéas i) et iii), qui se chevauchaient, et faisant ressortir une importante caractéristique des transactions commerciales visait à éliminer au moins en partie l'élément tautologique présent dans la définition de l'expression "transaction commerciale" et à fournir une liste non exhaustive de telles transactions.

15. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 2, le Président a proposé de remplacer le texte actuel par l'un des deux textes suivants :

"2. Nonobstant les dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1, un combat ou une transaction n'est pas considéré comme commercial si les parties en sont ainsi convenues lors de la conclusion du contrat ou de la transaction."

/...

"2. Nonobstant les dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1, un tribunal, pour déterminer si un contrat ou une transaction est une 'transaction commerciale', tient compte du but du contrat ou de la transaction si, au moment de leur conclusion, l'Etat qui y est partie a expressément réservé cette possibilité."

16. A l'appui de ces propositions, il a été souligné que le débat de la Sixième Commission et les commentaires écrits des gouvernements montraient que les avis étaient partagés sur le point de savoir si le caractère commercial d'une transaction devait être déterminé sur la seule base de sa nature ou aussi par référence à son but. Certains gouvernements estimaient que les parties devaient savoir dès le départ dans quel type de transaction elles s'engageaient; ils s'inquiétaient en outre de ce qu'il serait très difficile à un tribunal de l'Etat du for de déterminer, comme l'envisageait le paragraphe 2, quelle était la pratique de l'Etat défendeur. Les propositions citées au paragraphe 15 ci-dessus visaient à tenir compte à la fois de ces préoccupations et du fait que les pays en développement étaient attachés au critère du "but", en faisant obligation à l'Etat de spécifier, dans le contrat ou lors de la transaction, qu'il se réservait la possibilité de faire appliquer le critère du but.

17. Ces propositions ont rencontré un certain appui mais la crainte a été exprimée qu'elles aient pour effet de faire hésiter les partenaires commerciaux des pays en développement à effectuer des transactions avec ces pays.

18. Toujours à propos du paragraphe 2 de l'article 2, le Président a signalé une proposition qui lui avait été communiquée par le Rapporteur spécial de la CDI sur la question. Cette proposition tendait à remplacer le paragraphe 2 de l'article 2 par le texte suivant :

"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, dans les cas exceptionnels où le contrat ou la transaction visent un but relevant de l'aide humanitaire, y compris l'achat de vivres pour combattre la famine ou la fourniture de médicaments pour enrayer une épidémie, ce contrat ou cette transaction peuvent être considérés comme 'non commerciaux'."

19. A l'appui de cette proposition, l'attention du Groupe de travail a été attirée sur le paragraphe 26) du commentaire du paragraphe 2, dans lequel la CDI indiquait qu'il paraissait raisonnable d'appliquer le critère du "but" de la transaction dans des cas exceptionnels comme ceux de l'achat de vivres ou de la fourniture de médicaments destinés à lutter contre la famine ou à enrayer une épidémie dans des pays en développement. La nouvelle formulation proposée offrait en outre l'avantage de laisser moins de place à des interprétations subjectives touchant la pratique de l'Etat défendeur et de réduire le risque que des parties privées ne se trouvent placées en position incertaine et désavantageuse.

/...

20. Les délégations qui ont formulé des observations préliminaires sur cette proposition en ont reconnu les mérites mais ont noté qu'elle ne résolvait pas le problème de l'incertitude et ont indiqué que les solutions mentionnées plus haut au paragraphe 15 leur paraissaient plus prometteuses.

Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte en relation avec une procédure devant un tribunal (partie IV du projet)

21. A propos de l'article 18 (Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte), le Président a suggéré de supprimer la deuxième partie du paragraphe 1 c), à partir des mots "et ont un lien", et d'insérer un nouveau paragraphe ainsi conçu :

"Aucune mesure de contrainte provisoire ou antérieure au jugement, telle que saisie et saisie-arrêt, ne peut être prise contre les biens d'un Etat mentionnés à l'alinéa c) du paragraphe 1 à moins que les biens n'aient un lien avec la demande qui fait l'objet de la procédure ou avec l'organisme ou l'institution contre lesquelles la procédure a été intentée."

22. Cette proposition était présentée comme un compromis entre la position de ceux pour qui seuls les biens d'Etat, utilisés à des fins commerciales, qui ont un lien avec la demande sous-jacente ou avec l'organisme ou l'institution en question devaient pouvoir faire l'objet de mesures de contrainte et la position de ceux qui étaient opposés à ce qu'on exige un tel lien. La proposition faisait une distinction entre les mesures de contrainte provisoires et antérieures au jugement (qui seraient sujettes à la condition en question) et les mesures de contrainte postérieures au jugement (pour lesquelles cette condition ne s'appliquerait pas). Elle donnerait donc aux tribunaux une plus grande latitude que ne le faisait le projet de la CDI en ce qui concerne l'exécution d'un jugement une fois que l'absence d'immunité selon la convention aurait été établie et que la partie privée aurait réussi à prouver le bien-fondé de sa demande, et elle répondrait par là aux préoccupations de ceux qui craignaient que le régime d'immunité limitée consacré dans la convention ne fût inefficace en pratique si l'exécution d'un jugement était rendue trop difficile. Par contre, dans le cas des mesures antérieures au jugement ou mesures provisoires imposées par un tribunal dans la première phase d'une procédure sur la base d'une constatation préliminaire à l'effet que l'Etat ne jouissait pas de l'immunité, l'existence d'un lien continuerait d'être exigée. Certaines délégations étaient opposées à la saisie avant jugement mais n'avaient pas d'objection contre l'exigence d'un lien avec la demande en cause.

23. Le Président a également suggéré d'insérer un nouveau paragraphe ainsi conçu :

"Aucune mesure de contrainte ne peut être prise contre les biens d'un Etat avant que cet Etat n'en ait été dûment informé et que la possibilité de se conformer au jugement ne lui ait été donnée dans des conditions appropriées."

/...

24. On a fait observer à l'appui de cette proposition qu'il était raisonnable de donner à l'Etat intéressé le temps de se conformer au jugement et de choisir les biens à utiliser pour y satisfaire, afin d'éviter une saisie inattendue qui pourrait troubler les activités de l'Etat et créer des tensions dans les relations internationales.

25. Le Président a aussi suggéré, d'une part, de prévoir dans le texte l'obligation des Etats de satisfaire à un jugement et, d'autre part, de traiter dans le projet de la question de l'exécution des jugements dans les Etats tiers.

Cas dans lesquels les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité (partie III du projet)

26. Le Président a présenté des propositions sur l'article 10 (Transactions commerciales) et sur l'article 11 (Contrats de travail).

27. En ce qui concerne l'article 10, il a proposé de reformuler comme suit le paragraphe 1 :

"Un Etat ne peut invoquer l'immunité devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une transaction commerciale entre l'Etat et une personne physique ou morale étrangère."

28. On a appelé l'attention sur le fait qu'un certain nombre de gouvernements s'étaient demandé, dans leurs observations écrites, ce que signifiait l'expression "règles applicables de droit international", qui leur paraissait vague. La proposition énoncée dans le paragraphe 27 ci-dessus cherchait à surmonter cette difficulté en formulant la condition touchant la compétence du tribunal comme l'avaient fait d'autres articles du projet (par exemple, les articles 11, 12 et 13), c'est-à-dire en utilisant les mots "un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce". Comme il était indiqué au paragraphe 3) du commentaire de l'article 6, toute question concernant l'immunité juridictionnelle d'un Etat postulait en premier lieu l'existence de la "juridiction" d'un autre Etat dont la validité était établie tout d'abord au regard des règles de droit interne de ce dernier Etat et, en dernière analyse, la possibilité d'assumer et d'exercer cette juridiction sans enfreindre aucune norme fondamentale du droit international public. Si la validité de la juridiction n'était pas établie, il n'y avait aucune nécessité de formuler ni moins encore d'étayer une demande d'immunité. Cette idée était rendue par les mots "un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce". Cette formule n'avait donné lieu à aucune critique et avait par conséquent été utilisée dans la version simplifiée du paragraphe 1 de l'article 10 proposée par le Président.

29. En ce qui concerne l'article 11, le Président a suggéré d'ajouter le membre de phrase suivant à la fin du paragraphe 2 b) :

/...

"... sans préjudice du recours dont peut disposer l'employé dans l'Etat du for en vue d'obtenir une indemnité pour licenciement illicite".

30. A l'appui de cette proposition, on a rappelé que, selon le paragraphe 10) du commentaire de l'article, le paragraphe 2 b) de l'article 11 s'inspirait de l'idée qu'un Etat pouvait invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal de l'Etat du for à propos du recrutement d'un employé mais non pas à propos de l'octroi d'une indemnité pour licenciement illicite. Le membre de phrase qu'il était proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 b) avait pour objet de préciser ce point. Certaines délégations ont considéré que l'ajout proposé constituait une amélioration. D'autres se sont cependant préoccupées de ce que la procédure suivie pour établir le caractère illicite du licenciement risquait d'empiéter sur l'immunité de l'Etat prévue au paragraphe 2 b) de l'article 11.

Question des entreprises d'Etat

31. Le Président a suggéré de supprimer le paragraphe 3 de l'article 10 et d'introduire dans le projet la nouvelle disposition suivante, peut-être comme paragraphe 2 de l'article 5 ou comme nouvel article de la partie V :

"Les tribunaux d'un Etat ne peuvent exercer leur juridiction à l'égard d'un autre Etat et de ses biens dans une procédure qui ne se rapporte pas à des actes accomplis dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique et où est partie une entreprise d'Etat ou une autre entité créée par l'Etat qui :

- a) Est dotée d'une personnalité juridique distincte;
- b) A la capacité d'ester en justice; et
- c) A la capacité de posséder, de contrôler et de céder des biens."

32. Cette proposition visait à énoncer dans les termes les plus clairs la distinction, aux fins d'immunité, entre l'Etat et certaines entreprises ou entités créées par l'Etat et dotées d'une personnalité juridique distincte. Cette distinction serait reconnue non seulement à propos de transactions commerciales effectuées par l'entreprise mais aussi à propos de toutes autres activités de l'entreprise, pourvu que l'exercice des prérogatives de la puissance publique ne soit pas en jeu.

33. La proposition ci-dessus ne réglait pas la question de l'insuffisance de capital des entreprises d'Etat soulevée par certaines délégations. A cet égard, le Président avait reçu après la fin du débat une proposition du Rapporteur spécial de la CDI sur la question - qu'il jugeait utile de faire figurer dans le rapport - tendant à ajouter, soit au paragraphe 3 de l'article 10, soit à la proposition du Président relative au paragraphe 1, alinéa b) iv), de l'article 2, le membre de phrase suivant :

/...

"de dresser [en dressant] un bilan ou des états financiers en bonne et due forme auxquels l'autre partie à la transaction peut avoir accès conformément au droit interne de cet Etat ou au contrat écrit."

34. A l'appui de cette proposition, il a été expliqué que la question de la sous-capitalisation pouvait aussi se poser dans l'hypothèse d'une transaction entre entreprises privées, par exemple si une société mère essayait de se soustraire à toute responsabilité au titre d'une transaction menée de manière déloyale par sa filiale. Il y avait aux Etats-Unis plusieurs cas où l'autre partie à une telle transaction était en droit de saisir la justice pour "percer l'écran social" et mettre en cause la responsabilité de la société mère. Toutefois, il était douteux qu'on pût, en pareille hypothèse, assimiler automatiquement le cas de l'Etat à celui de la société mère, car il semblait peu convenable de supposer que l'Etat, gardien de l'ordre et des bonnes moeurs au sein de la société, agirait de façon aussi déloyale que l'entreprise privée. Comme certaines délégations auraient peut-être des objections à ce que l'on donne à la partie privée à la transaction la possibilité de poursuivre l'Etat en justice afin de "percer l'écran social", il paraissait plus acceptable d'inclure dans le projet une disposition destinée à accroître la transparence financière des entreprises d'Etat.

Autres questions

35. Certains ont estimé que le projet d'articles devrait traiter des aéronefs et engins spatiaux.

36. Plusieurs membres ont appuyé la suggestion, faite par un certain nombre de gouvernements dans leurs observations écrites, tendant à introduire dans le projet des dispositions sur le règlement des différends. Une proposition présentée à cet effet est reproduite dans l'annexe II du présent rapport.

37. Certains membres ont recommandé de ne pas prévoir de procédures trop compliquées au sujet desquelles il pourrait être difficile d'arriver à un consensus.

Conclusions

38. Le Groupe de travail estime que l'échange de vues qui a eu lieu à la présente session a contribué à clarifier les positions existantes. L'avis a été exprimé que, puisque le projet d'articles était l'oeuvre de la Commission du droit international, l'étape suivante devait consister en la réunion d'une conférence internationale afin d'adopter une convention sur le sujet. Cependant, l'opinion qui a prévalu a été que l'examen des questions de fond soulevées par le projet d'articles devrait se poursuivre afin de promouvoir une convergence générale de vues et d'augmenter par là les chances d'aboutir à la conclusion d'une convention et qu'en outre que la Sixième Commission devrait recommander à l'Assemblée générale, à sa présente session, de réserver, au début de la quarante-huitième session, deux semaines au Groupe de travail pour qu'il puisse se concentrer (en leur consacrant au moins 10 à 12 séances) sur les questions mentionnées au paragraphe 4 de la résolution 46/55.

/...

Notes

1/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément No 10 (A/46/10), chap. II.

2/ Il y a une divergence entre la version française et les autres versions linguistiques adoptées par la CDI pour le paragraphe 1, alinéa b) iv), de l'article 2. Alors que toutes les versions autres que la française visent les organismes ou institutions de l'Etat et autres entités "dans la mesure où ils sont habilités à agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat", le texte français ne parle pas d'habilitation et dit seulement "dans la mesure où ils agissent...".

/...

Annexe I

MINUTES DES DEUXIEME, TROISIEME, QUATRIEME ET CINQUIEME SEANCES
DU GROUPE DE TRAVAIL, TENUES RESPECTIVEMENT LE 29 SEPTEMBRE ET
LES 7, 9 ET 14 OCTOBRE 1992

Deuxième séance

ARTICLE 2

Expressions employées

Paragraphe 1, alinéa a)

Aucune objection fondamentale n'est soulevée.

Paragraphe 1, alinéa b) i)

Pas d'observation.

Paragraphe 1, alinéa b) ii)

Aucune objection n'est soulevée sur le fond.

Un certain nombre de délégations estiment cependant que cette disposition est trop large et inclinent à considérer favorablement la proposition suisse tendant à ce que soit rédigée une disposition inspirée de l'article 28 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, qui confirmerait que les Etats membres d'un Etat fédéral ne bénéficient pas de l'immunité mais autoriserait un Etat fédéral à déclarer que ses Etats membres peuvent invoquer les dispositions de la Convention. Des délégations ont exprimé leur intérêt pour cette proposition tout en demandant que le temps leur soit donné de l'étudier.

Le Président conclut provisoirement qu'il n'y a pas d'objection de fond à ce que les éléments constitutifs d'un Etat puissent être inclus dans la définition de l'Etat aux fins du projet, mais que le texte actuel serait peut-être plus largement acceptable s'il s'inspirait de la proposition suisse.

Paragraphe 1, alinéa b) iii) et iv)

On fait observer que le projet vise, au paragraphe 1, alinéa b) iii), les subdivisions politiques "qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat" et au paragraphe 1, alinéa b) iv), les organismes ou institutions "dans la mesure où ils agissent dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat". Des questions sont posées sur les raisons de traiter différemment, dans deux sous-alinéas distincts, les subdivisions politiques et les organismes ou institutions de l'Etat.

A l'appui de cette différence de traitement, il est fait observer que les subdivisions politiques font partie de l'appareil de l'Etat au sens strict, ce qui n'est pas le cas des organismes ou institutions mais que ceux-ci peuvent être, dans certaines limites, autorisés à agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat.

Certaines délégations déclarent appuyer le point de vue des Etats-Unis selon lequel la question soulevée aux sous-alinéas iii) et iv) n'est pas simplement celle du "droit", de "l'habilitation" des subdivisions politiques et des organismes ou institutions de l'Etat à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat car ces entités ont aussi en fait l'obligation d'exercer de telles prérogatives. A l'appui de cette manière de voir, on indique qu'il serait peut-être plus facile pour un tribunal de trancher la question de savoir si une subdivision politique ou un organisme ou une institution de l'Etat exerce les prérogatives de la puissance publique de l'Etat - ce qui est une question de fait - que de vérifier si l'entité en cause est bien "habilitée" à exercer de telles prérogatives, ce qui exige un examen du droit interne de l'Etat défendeur.

Certaines délégations jugent peu claire l'expression "prérogatives de la puissance publique de l'Etat". Il est proposé de la remplacer par "quand ils agissent au nom de l'Etat".

Une délégation considère que l'une des difficultés auxquelles se heurte la rédaction des deux sous-alinéas tient à ce que le point de savoir si une subdivision politique, un organisme ou une institution de l'Etat sont habilités à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat doit être tranché dès les premiers stades du procès, par exemple au moment de la notification de l'acte introductif d'instance. Cela peut créer des difficultés pour les tribunaux car ils n'ont pas encore eu la possibilité de statuer sur la question de la compétence.

Le Président dit que l'on devra revenir ultérieurement sur les sous-alinéas iii) et iv).

Paragraphe 1, alinéa b) v)

Le Président rappelle que le Maroc a suggéré de biffer le sous-alinéa. Au Groupe de travail, cette disposition n'a pas suscité d'objection.

Paragraphe 1, alinéa c)

Certaines délégations sont d'avis que la définition dans son ensemble manque de clarté et paraît plutôt tautologique.

En ce qui concerne la proposition suisse tendant à remplacer, pour limiter l'élément tautologique, "transaction commerciale" par "contrat ou autre acte juridique de nature commerciale", il est signalé que la notion d'"acte juridique" n'est pas forcément plus claire que celle de "transaction commerciale" et que l'élimination du terme "commerciale" élargirait la portée

/...

du sous-alinéa qui s'appliquerait alors aussi à tous les contrats et transactions concernant la prestation de services, qu'ils aient un caractère commercial ou non.

Il est suggéré de prévoir, au lieu d'une définition, une liste non exhaustive des catégories de transactions commerciales - résultat que l'on pourrait atteindre en remplaçant "désigne" par "comprend" au début du paragraphe 1, alinéa c). Il est fait observer que toute modification dans la définition de l'expression "transaction commerciale" à l'article 2 doit tenir le plus grand compte de l'article 10.

Paragraphe 2

Le Président déclare qu'il ressort du débat qui s'est déroulé à la Sixième Commission et des observations écrites des gouvernements que les opinions sont partagées sur le point de savoir si le caractère commercial d'une transaction est déterminé par la "nature" de la transaction ou bien à la fois par la "nature" et par le "but" de cette transaction.

Certaines délégations sont d'avis que la mention du "but" de la transaction créera une grande incertitude. Elles font observer que les parties doivent connaître dès le début le genre de transactions qu'elles vont conclure et qu'il sera en outre très difficile pour un tribunal de l'Etat du for de se prononcer, comme l'envisage le paragraphe 2, sur la pratique de l'Etat défendeur. Compte tenu cependant du souci de la Commission de sauvegarder comme il convient les intérêts des pays en développement, on appelle l'attention sur une proposition qui ferait une place au critère du "but", en ce sens que l'Etat serait tenu de préciser, dans le contrat ou dans la transaction, qu'il agit dans le cadre de sa souveraineté et non à des fins commerciales. Cette proposition rencontre un certain appui.

Certaines délégations soulignent néanmoins l'importance du critère du "but". Pour ce qui est de l'idée consistant à obliger l'Etat à préciser qu'il agit dans le cadre de sa souveraineté, une délégation suggère qu'elle soit associée à l'idée selon laquelle la non-inclusion d'une telle clause n'exclurait pas automatiquement la possibilité pour l'Etat d'invoquer son immunité eu égard au but de la transaction.

Le Président dit que l'on devra revenir ultérieurement sur le paragraphe 2.

Troisième séance

PARTIE IV. IMMUNITÉ DES ETATS A L'EGARD DES MESURES DE CONTRAINTE EN RELATION AVEC UNE PROCEDURE DEVANT UN TRIBUNAL

Article 18. Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte

Le Président résume comme suit les observations formulées sur cet article. D'une manière générale, certains Etats sont pour cette disposition tandis que d'autres jugent difficile de l'accepter. S'agissant de questions spécifiques,

/...

un certain nombre de propositions ont été présentées. En premier lieu, certains ont été favorables à une distinction entre les "mesures provisoires antérieures au jugement" et les "mesures d'exécution". L'idée de rendre l'exécution plus aisée une fois qu'un jugement serait prononcé contre un Etat a été bien accueillie. En second lieu, il a été suggéré d'inclure une disposition permettant l'exécution d'un jugement dans un Etat tiers. En troisième lieu, il a été également suggéré de prévoir une disposition imposant à l'Etat l'obligation d'appliquer un jugement rendu contre lui. Une telle disposition pourrait faciliter l'exécution et rendre moins nécessaire le recours à des mesures de contrainte.

Paragraphe 1, alinéa a)

En ce qui concerne l'alinéa a), la question est posée de savoir pourquoi les modalités du consentement aux mesures de contrainte sont limitées aux trois formes énoncées dans l'alinéa et pourquoi cet alinéa ne dispose pas simplement que l'Etat peut donner son consentement sous quelque forme que ce soit et à tout moment.

Le Président répond que la Commission a probablement eu l'intention d'éviter les incertitudes.

Paragraphe 1, alinéa c)

On fait valoir que l'article devrait partir de cette prémisse que, s'il ne jouit pas de l'immunité de juridiction, un Etat doit être traité comme un particulier pour ce qui est de l'exécution et que tous les biens utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales doivent pouvoir faire l'objet d'une mesure d'exécution s'il n'y a pas de raison particulière de les en exempter. Il est donc suggéré d'abandonner l'exigence d'un lien entre le bien, d'une part, et la demande ou l'organisme ou l'institution, de l'autre. Il est dit aussi que les limitations de l'alinéa c) sont inutiles car les catégories de biens bénéficiant d'une immunité d'exécution sont énumérées à l'article 19.

D'un autre côté, on fait observer que la partie IV équilibre la partie III sur les exceptions à l'immunité de juridiction et qu'elle est un élément essentiel du compromis réalisé à la Commission entre les tenants de la théorie restrictive de l'immunité et les tenants de la théorie absolue. On note également que l'exigence d'un lien entre la demande et le bien s'inspire de la loi des Etats-Unis sur les immunités des Etats étrangers, qui reflète elle-même la théorie restrictive de l'immunité. D'autres membres, tout en se déclarant favorables à une telle disposition, doutent qu'elle contribue à résoudre les problèmes soulevés par l'alinéa c) du paragraphe 1.

Le Président dit qu'une proposition semblable à la disposition que contient la Convention européenne sur l'immunité des Etats - qui prévoit l'obligation pour l'Etat contre qui un jugement est rendu d'appliquer ce jugement - pourrait constituer une bonne base de compromis. Cela donnerait à l'Etat en question le temps de prendre des dispositions pour obéir à la décision judiciaire et pour éviter la tension dans les relations

/...

internationales ainsi que les répercussions économiques qui peuvent résulter d'une brusque saisie des biens de l'Etat. Ce point de vue est partagé par quelques délégations.

En ce qui concerne les termes "destinés à être utilisés" qui, selon certains membres, contiennent un élément d'incertitude, le Président explique que l'expression vise à prévenir des interprétations en vertu desquelles les biens ne seraient exemptés des mesures de contrainte que s'ils étaient utilisés en fait à des fins de service public non commerciales au moment de l'instance.

Au sujet de l'observation d'après laquelle il convient de ne pas oublier les situations où un organisme ou une institution de l'Etat sont sous-capitalisés, le Président est d'avis de traiter de cette question en liaison avec l'article 10, paragraphe 3, relatif aux entreprises d'Etat.

Article 19. Catégories spécifiques de biens

Le Président relève que les auteurs des observations relatives à l'article 19 demandent que l'on améliore et que l'on précise davantage les alinéas du paragraphe 1, en particulier les alinéas a) et c).

S'agissant du paragraphe 1, alinéa a), il est demandé si cette disposition vise à couvrir des comptes bancaires, par exemple des comptes bancaires d'ambassade, qui contiennent des fonds mixtes ou des fonds utilisés à des fins différentes, dont certaines ne sont pas des fins de service public non commerciales.

Pour ce qui est du paragraphe 1, alinéa c), on demande quel est le sens de l'expression "autorité monétaire" et si l'immunité dont bénéficient les biens de la banque centrale doit être limitée aux biens utilisés à des fins monétaires.

Le Président explique que la mention "autorité monétaire" s'entend d'organismes qui remplissent les fonctions d'une "banque centrale" sous un autre nom.

Il est également demandé si l'alinéa est censé viser une seule institution remplissant les fonctions d'une banque centrale, quel que soit son nom, ou s'il peut embrasser plusieurs institutions.

Au sein du Groupe de travail, certains membres remettent en question la nécessité de l'article 19 étant donné que l'article précédent fait bénéficier d'une protection les biens utilisés à des fins de service public non commerciales. La liste illustrative de l'article 19 développe la notion de bien utilisé à des fins de service public non commerciales qui est mentionnée à l'article précédent et ce genre d'explication est généralement fourni par la Commission dans son commentaire. On fait observer qu'en énumérant à part certaines catégories de biens, on risque de créer l'impression que les catégories non mentionnées ne bénéficient pas de l'immunité. On fait également valoir que l'alinéa a) du paragraphe 1 peut encourager les Etats à

/...

mêler les fonds destinés à des fins commerciales et les fonds utilisés à des fins de service public non commerciales, comme des comptes bancaires d'ambassade, et de la sorte protéger des fonds commerciaux des mesures de contrainte auxquelles ils pourraient être par ailleurs assujettis en vertu du projet d'articles.

D'autres émettent en revanche l'opinion que l'article 19 est très nécessaire dans la mesure où il renforce la protection accordée à certaines catégories de biens d'Etat et où il évite tout malentendu quant à leur immunité.

Le Président dit que, dès lors qu'il existe un accord général sur les catégories de biens devant bénéficier d'une immunité à l'égard des mesures d'exécution, le maintien de l'article 19 ne devrait pas se heurter à une forte opposition. Il indique qu'à la Commission certains membres sont partisans de supprimer l'article mais n'insistent pas sur leur position, afin de donner satisfaction à ceux qui voient un intérêt à conserver l'article en question.

Le Président résume comme suit les principaux problèmes soulevés :

1) L'article 19 est-il nécessaire? 2) Tous les biens de la banque centrale doivent-ils bénéficier de l'immunité ou seuls les biens utilisés à des fins monétaires doivent-ils en bénéficier? 3) Dans quelle mesure l'immunité s'étend-elle aux comptes bancaires contenant des fonds mixtes ou des fonds utilisés à la fois à des fins commerciales et à des fins de service public non commerciales?

Quatrième séance

PARTIE III. PROCÉDURES DANS LESQUELLES LES ETATS NE PEUVENT PAS INVOQUER L'IMMUNITÉ

Titre

On a fait observer que le titre proposé par la CDI, s'il semblait neutre, faisait pencher la balance du côté des partisans de la variante "Limitations". On a déclaré que l'existence en droit international général du principe de l'immunité souveraine était généralement reconnue et que le terme "restrictions" figurait dans la législation des Etats favorables à l'immunité restreinte. On a ajouté qu'en adoptant le compromis que représentait le titre actuel, la CDI avait totalement omis de tenir compte de la partie II du projet, qui consacrait le principe de l'immunité souveraine.

Le Président a confirmé que le titre actuel représentait un compromis visant à concilier les vues divergentes au sein de la CDI. Il a renvoyé à cet égard aux observations de M. Ogiso et fait valoir que le titre d'une subdivision d'un projet d'articles n'avait aucune valeur juridique.

/...

Article 11. Contrats de travail*

Observations générales

Le Président a indiqué que la Belgique, la France et l'Inde étaient favorables à cet article, alors que la Chine et la République islamique d'Iran étaient pour sa suppression.

En faveur de la suppression, on a fait valoir que les décisions judiciaires et la pratique des Etats étaient trop peu abondantes dans ce domaine pour justifier la restriction envisagée et que les conflits du travail pouvaient être résolus par les voies diplomatiques plus rapidement et de façon beaucoup moins coûteuse que devant les tribunaux.

A l'appui du maintien de cet article, on a mentionné la pratique judiciaire récente de plusieurs Etats qui reflétait le désir des tribunaux de protéger la partie la plus faible et reposait sur des considérations d'équité. L'article 11 complétait utilement l'article 10 en entrant plus dans le détail.

Titre

On a suggéré de remplacer le titre actuel par "Conflits du travail".

Premier membre de phrase du paragraphe 1 ("A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement")

On a fait observer que les accords de ce type étaient probablement tout à fait exceptionnels et que le membre de phrase en question semblait semer le doute quant au principe généralement reconnu de l'immunité de l'Etat.

Le Président a répondu que de tels accords existaient bel et bien et que les Etats étaient libres de convenir de déroger à toute règle de droit international du moment qu'il ne s'agissait pas d'une règle impérative. On s'est toutefois demandé si l'absence d'une clause analogue dans un certain nombre de dispositions du projet ne risquait pas de donner lieu à des interprétations a contrario. On a estimé que l'inclusion d'une clause d'application générale serait un moyen de résoudre ce problème.

Paragraphe 2, alinéa a)

Le Président a rappelé que la Belgique avait formulé une réserve générale concernant cette disposition. Le Cameroun avait souligné qu'il serait difficile de déterminer si le critère proposé était rempli, et la Turquie avait suggéré qu'on tienne plus compte de la nature du contrat administratif. Le Président a également appelé l'attention sur les décisions judiciaires énumérées au paragraphe 20 de la note de M. Ogiso.

* L'article 10 a été sauté, son examen ayant été repoussé.

Certains membres se sont prononcés pour le maintien du paragraphe 2 a) sous sa forme initiale. D'autres ont estimé que le libellé actuel était dangereusement vague et risquait de conforter la tendance des tribunaux, qui ressortait des décisions judiciaires citées par M. Ogiso, à exclure du champ d'application de l'exception prévue à l'article 11 des professions qui semblaient ne pas avoir grand-chose à voir avec l'exercice de la puissance publique (bibliothécaires, traducteurs, etc.). On a donc émis l'avis qu'il fallait affiner le libellé, d'autant plus que la pratique des Etats n'était pas suffisamment nette pour établir une ligne de démarcation entre les domaines d'activité couverts par l'expression "exercice de la puissance publique" et les activités de droit privé.

L'attention a été appelée sur l'approche adoptée dans la législation australienne, qui prévoyait que l'immunité ne pouvait être invoquée s'il s'agissait de l'emploi d'un membre du personnel diplomatique d'une mission ou d'un poste consulaire, d'un membre du personnel administratif et technique d'une mission ou d'un employé consulaire.

Paragraphe 2, alinéa b)

Le Président a rappelé que pour l'Australie, la juridiction devait être reconnue en cas de licenciement illicite, étant entendu que les réparations autres que pécuniaires devaient être exclues. Des observations allant dans le même sens avaient été faites par l'Espagne. Le Président a ajouté que dans sa note, M. Ogiso avait mentionné la possibilité d'insérer à la fin du membre de phrase le texte suivant : "sans préjudice des recours qui pourraient être ouverts à l'employé dans l'Etat du for pour l'obtention d'une réparation pécuniaire en cas de licenciement illicite"; ce texte pourrait répondre aux préoccupations qui avaient amené la Turquie à proposer d'ajouter une référence au "renvoi".

Le texte proposé par M. Ogiso a rencontré l'agrément de certains membres. L'idée selon laquelle l'immunité devrait être liée au type de recours disponible plutôt qu'à l'objet de la procédure a été défendue.

On a toutefois fait observer que pour conclure à un licenciement illicite, il faudrait que les tribunaux examinent l'affaire quant au fond, ce qui nierait l'immunité de l'Etat.

On a suggéré de traiter cette question dans un nouveau paragraphe rédigé sous la forme d'une clause de sauvegarde ("Aucune disposition du paragraphe 2 b) ne porte atteinte au droit de l'employé d'intenter une action pour licenciement illicite, à condition que celle-ci tende uniquement à l'obtention d'une réparation pécuniaire").

Paragraphe 2, alinéa c)

Le Président a fait observer que certains gouvernements avaient exprimé des doutes quant au critère de la nationalité ou de la résidence habituelle. A son avis, toutefois, un lien, quelle que soit l'expression retenue, devait

/...

exister entre l'individu et l'Etat du for pour que l'exception soit applicable. Il avait en outre été suggéré de remplacer l'expression "résidence habituelle" par "résidence permanente", laquelle était empruntée à la Convention sur les relations diplomatiques. Enfin, l'attention avait été appelée par l'Uruguay sur les problèmes qui pourraient se poser dans le cadre de certains systèmes d'intégration régionale.

Au sein du Groupe de travail, plusieurs membres se sont élevés contre le critère de la résidence habituelle.

Paragraphe 2, alinéa e)

On a fait observer que les mots "sous réserve de" introduisaient une exception à ce qui était déjà une exception à une exception et étaient donc source de confusion. On a suggéré de faire du membre de phrase ainsi introduit une disposition distincte.

Article 12. Dommages aux personnes ou aux biens

Le Président a rappelé que cet article avait reçu l'appui de la Bulgarie et de l'Autriche mais avait suscité des réserves de la part de la Tchécoslovaquie. La Chine et la République islamique d'Iran, quant à elles, estimaient que la question pouvait être mieux résolue par les voies diplomatiques. Les Etats-Unis, sans mettre en doute la nécessité de l'article, avaient indiqué être favorables au maintien de l'immunité pour les réclamations fondées sur l'exercice ou l'accomplissement - ou le non-exercice ou le non-accomplissement - d'une fonction discrétionnaire. Quant à l'Uruguay, il avait soutenu qu'il ne devait pas être possible d'invoquer l'immunité de juridiction en cas de dommage transfrontière. A cet égard, le Président a répondu que la CDI ne s'était occupée que de ce qui se passait sur le territoire de l'Etat du for, laissant la question soulevée par l'Uruguay pour les projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat ou sur la responsabilité internationale.

A l'appui de la suppression de cet article, on a fait valoir :

1) Que la Convention de Vienne reconnaissait l'immunité aux représentants diplomatiques dans le cas envisagé à l'article 12, et qu'on pouvait difficilement placer les Etats dans une position moins favorable que leurs représentants diplomatiques;

2) Que l'article 12 ne faisait pas de distinction entre les actes de souveraineté et les actes privés et niait donc totalement le principe de l'immunité, ce qui était incompatible même avec la doctrine de l'immunité restreinte;

3) Que la question de l'imputation était du ressort du droit de la responsabilité de l'Etat et que ce serait aller à l'encontre des principes de la souveraineté et de l'égalité souveraine que d'autoriser des tribunaux nationaux à imputer un fait dommageable à un Etat;

/...

4) Qu'en cas de dommage aux personnes ou aux biens, une réparation pécuniaire pouvait être obtenue par les voies diplomatiques ou en faisant jouer l'assurance.

Article 13. Propriété, possession et usage de biens

Le Président a indiqué que plusieurs gouvernements s'étaient montrés, dans leurs commentaires, favorables à cet article. On a demandé si celui-ci couvrirait les procédures engagées pour faire appliquer des règlements concernant l'utilisation de biens, tels que les règlements en matière de protection de l'environnement. Le Président a indiqué que la CDI n'avait pas expressément abordé cette question mais qu'à son avis, la réponse devait être affirmative.

Quant à la formulation "droit ou intérêt", le Président a expliqué que ces deux termes étaient utilisés dans certains pays de common law.

Une question a été posée concernant l'effet du membre de phrase "se rapportant à la détermination". En réponse à cette question, on a déclaré qu'il limitait la portée de l'article aux procédures dans lesquelles l'existence même d'un droit ou intérêt concernant les points énumérés aux paragraphes a) à c) était en question. Il a été proposé de supprimer le membre de phrase dont il s'agissait pour ne pas restreindre de façon injustifiée la portée de l'article. On a fait observer qu'en supprimant ce membre de phrase, on élargirait la portée de l'article.

Article 14. Propriété intellectuelle et industrielle

Le Président a rappelé qu'un gouvernement s'était prononcé pour la suppression de cet article et qu'un autre l'avait interprété comme autorisant la conclusion entre les Etats d'accords bilatéraux établissant des mécanismes de règlement des différends autres que le règlement judiciaire.

On a demandé pourquoi la propriété intellectuelle et industrielle devait être traitée séparément et non pas à l'article 13.

On a fait observer que la formulation "propriété ... qui bénéficie d'une mesure de protection juridique" n'était pas claire. On a proposé de la remanier de façon à indiquer que la propriété devait bénéficier d'une protection juridique.

Article 15. Participation à des sociétés ou autres groupements

Le Président a indiqué que cet article n'avait guère fait l'objet de commentaires et n'avait pas suscité d'objections.

Article 16. Navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant

Le Président a récapitulé comme suit les commentaires faits sur cet article : 1) une formulation positive, et non pas négative comme celle retenue dans cet article, serait préférable; 2) il faudrait remanier l'article de façon à l'aligner sur l'article 96 de la Convention sur le droit de la mer; 3) les paragraphes 3 et 6 pourraient être supprimés; 4) les aéronefs n'entraient pas dans le champ du projet d'articles; 5) des questions avaient été soulevées quant au statut des navires et cargaisons utilisés à diverses fins, dont certaines n'étaient pas des fins de service public non commerciales.

Au sein du Groupe de travail, on a émis l'avis que, le sujet des navires étant complexe et faisant intervenir un certain nombre de questions qui n'étaient pas traitées dans cet article, il serait peut-être préférable de remplacer celui-ci par une disposition indiquant que le projet d'articles ne s'appliquait pas aux navires.

Certains membres se sont prononcés pour la suppression des paragraphes 3 et 6.

Article 17. Effet d'un accord d'arbitrage

Le Président a rappelé que :

- 1) Certains gouvernements étaient partisans de supprimer cet article jugé par eux superflu;
- 2) Certains avaient suggéré d'en élargir la portée en l'étendant à toutes les affaires civiles ou commerciales;
- 3) On avait suggéré de remplacer l'expression "un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce," par la formule retenue dans la Convention européenne sur l'immunité des Etats, à savoir "un tribunal d'un autre Etat ... sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu".

Au sein du Groupe de travail, on a émis l'avis qu'il serait peut-être préférable, dès lors que l'énumération des fonctions de supervision d'un tribunal concernant une procédure d'arbitrage n'était pas exhaustive, de la remplacer par une référence générale à "toutes les fonctions de supervision d'un tribunal de quelque nature que ce soit". L'avis a aussi été exprimé que la compétence des tribunaux nationaux à l'égard d'une procédure d'arbitrage s'étend à l'application de l'accord d'arbitrage, de la sentence et des mesures d'exécution à l'encontre d'un Etat.

Pour le Président, la question la plus importante était de savoir si l'article devait traiter uniquement de l'arbitrage relatif à une transaction commerciale ou si son champ d'application devait être étendu.

/...

Cinquième séanceGROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONVENTION SUR LES IMMUNITES
JURIDICTIONNELLES DES ETATS ET DE LEURS BIENSArticle 2 : Expressions employées (suite de la 2e séance)

On a fait observer qu'au paragraphe 10 du commentaire, les mots "divers organes de gouvernement" à l'alinéa b) i) du paragraphe 1 s'entendaient aussi du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Dans le texte russe cependant, l'équivalent de ces mots ne désigne que le pouvoir exécutif. Il faudrait donc trouver une autre formule.

L'alinéa b) ii) a été considéré comme donnant largement matière à interprétation, comme l'a fait observer la Suisse (voir par. 106 du document A/C.6/46/SR.23), les alinéas b) iii) et b) iv) prêtaient quelque peu à controverse, l'alinéa c) était acceptable mais avait besoin d'être affiné et le paragraphe 2 exprimait un compromis possible.

Article 12 (suite de la 4e séance)

Le texte actuel est apparu comme ayant une portée trop vaste. Il a été suggéré d'énumérer les cas dans lesquels la disposition ne s'appliquait pas et, en particulier, d'exclure le tort moral. Il a été signalé que l'on pouvait laisser toute cette question de côté pour qu'elle soit traitée dans le commentaire.

Article 16 (suite de la 4e séance)

On a émis l'avis qu'il fallait envisager la possibilité d'étendre la convention aux aéronefs et aux objets spatiaux.

Article 17 (suite de la 4e séance)

On a suggéré d'ajouter les mots "conformément à son droit interne" après les mots "si un Etat" car les différents systèmes de droit interne ne donnent pas toujours aux étrangers et aux ressortissants de l'Etat le même accès aux tribunaux.

Il a été en outre suggéré de modifier le texte pour qu'il ne s'applique pas seulement aux différends relatifs aux opérations commerciales.

Article 10*Paragraphe 1

Certains membres ont approuvé les observations faites par le Brésil (voir A/47/326) selon lesquelles les mots "transactions commerciales" étaient trop généraux et devraient être remplacés par les mots "contrats commerciaux".

* L'examen de cet article avait été différé à la 4e séance.

Le Président a rappelé que le membre de phrase "les règles applicables de droit international privé" avait été considéré par plusieurs gouvernements comme nécessitant des éclaircissements.

A cet égard, on a appelé l'attention sur les explications fournies par la Commission au paragraphe 4 du commentaire selon lesquelles, afin d'éviter les affirmations excessives de compétence, il convenait de faire référence aux règles relatives aux conflits de lois. On a mentionné en outre la proposition faite précédemment par le Rapporteur spécial pour que l'on resserre le lien entre la transaction et l'Etat du for en stipulant que le contrat doit avoir été conclu ou exécuté ou doit être exécuté, totalement ou en partie, sur le territoire de cet Etat a/.

Certains pays ont souscrit à l'approche de la Commission. D'autres ont fait observer qu'en l'absence d'indications quant à la nature des "règles applicables de droit international privé", le paragraphe 1 était trop vague, particulièrement en l'absence d'une définition satisfaisante des mots "transaction commerciale".

Il a été suggéré de préciser le lien nécessaire en donnant des exemples comme le fait le Foreign Sovereign Immunities Act des Etats-Unis d'Amérique qui reconnaît une exception à l'immunité dans les cas "où l'action repose sur une activité commerciale exercée aux Etats-Unis par l'Etat étranger, ou sur un acte accompli aux Etats-Unis en rapport avec une activité commerciale de l'Etat étranger ailleurs ou sur un acte accompli en dehors du territoire des Etats-Unis d'Amérique en rapport avec une activité commerciale de l'Etat étranger exercée ailleurs, si cet acte a un effet direct aux Etats-Unis d'Amérique" [art. 1605 a) 2)].

Paragraphe 3

Certains membres se sont demandé si le libellé actuel du paragraphe 3 correspondait bien au rapport entre ce paragraphe et le paragraphe 1. Ils ont relevé en particulier que les mots "n'est pas affectée" n'étaient pas clairs.

A ce sujet, le Président a fait observer que, comme il est indiqué au paragraphe 9 du commentaire, le paragraphe 3 tient compte de l'existence d'entreprises d'Etat, autrement dit d'entreprises commerciales créées par l'Etat mais qui possèdent une personnalité juridique propre. Ce paragraphe visait à établir une distinction entre l'Etat et ces entreprises. Alors que, sous réserve des conditions prévues dans le texte, celles-ci peuvent être assignées devant un tribunal et tenues responsables, l'Etat lui-même conserve son immunité.

Certains membres ont fait observer qu'à la lumière de ces explications, le paragraphe 3 pouvait être inutile.

Au sujet de l'explication donnée par le Rapporteur spécial lorsque celui-ci a proposé d'inclure une disposition relative aux entreprises d'Etat, le Président a dit que les entreprises d'Etat ne devaient pas être incluses

parmi les entités ou les organes de l'Etat. Les entreprises d'Etat étaient soumises aux mêmes règles et avaient les mêmes responsabilités que les personnes physiques ou morales et ne pouvaient invoquer l'immunité de juridiction. L'Etat ne pouvait donc, en principe, être assigné devant le tribunal d'un autre Etat au sujet d'une transaction commerciale accomplie par une entreprise d'Etat. Parfois cependant, les entreprises d'Etat concluaient des contrats commerciaux au nom du gouvernement ou exécutaient des transactions commerciales particulières en tant que représentantes de l'Etat. Dans ce cas, la transaction commerciale pouvait être considérée comme une transaction entre l'Etat et une personne physique ou morale étrangère et l'Etat ne pouvait invoquer l'immunité.

Le Président a relevé aussi qu'un certain nombre de gouvernements avaient posé le problème des entreprises d'Etat qui ne disposaient pas d'un capital suffisant pour assumer les responsabilités liées à des transactions commerciales. Dans ces cas, la partie privée risquait de n'avoir aucun recours à sa disposition car l'immunité de l'Etat n'était pas affectée. On a suggéré la nécessité d'une plus grande transparence au sujet du problème posé par l'insuffisance de capital des entreprises d'Etat.

A ce sujet, il a été dit que l'insuffisance de capital des entreprises privées ne modifiait pas le principe selon lequel l'Etat n'était pas responsable des actes accomplis par des entreprises d'Etat avec lesquels il n'avait rien à faire ou dont il pouvait même ne pas avoir eu connaissance. Les arguments relatifs à l'insuffisance de capital des entreprises privées considéraient uniquement les intérêts des parties privées à des litiges. Ce n'était pas dans quelques pays seulement qu'il y avait des entreprises appartenant à l'Etat dotées d'une personnalité juridique propre. En fait, ces entités existaient dans presque tous les Etats, y compris dans les pays développés, et dans des Etats ayant divers systèmes économiques. Les entreprises d'Etat étaient parfois en relation avec des entités privées qui ne pouvaient s'acquitter de leurs obligations financières. Dans ces cas, elles n'avaient aucun recours. Si l'argument concernant l'insuffisance du capital était valable, il fallait aussi protéger les entreprises d'Etat.

On a fait observer que le fait que les entreprises d'Etat étaient très répandues et qu'on avait souvent recours à elles montrait l'importance d'une solution. C'était mal comprendre le problème que d'évoquer des cas dans lesquels l'Etat n'avait aucun rapport avec la transaction commerciale d'une entreprise d'Etat ou n'y participait pas. Le problème se posait lorsque les entreprises d'Etat avaient un capital très insuffisant et continuaient à exercer leurs activités avec l'appui financier de l'Etat.

Sur le plan pratique, le paragraphe 3 a été jugé utile pour empêcher la multiplication excessive des procédures ou les assignations en justice abusives. Des parties privées poursuivaient souvent les entreprises d'Etat ou les Etats étrangers pour des questions liées aux activités d'entreprises d'Etat. L'Etat était souvent obligé de payer des frais judiciaires importants pour se défendre dans des affaires qui n'avaient aucun rapport avec lui.

On a suggéré de remplacer le libellé du paragraphe 3 par le texte suivant pour bien indiquer que de telles actions ne devaient pas être intentées contre des Etats : "Une procédure se rapportant à une transaction commerciale effectuée par une entreprise d'Etat ou une autre entité créée par l'Etat qui est dotée d'une personnalité juridique distincte n'est pas considérée comme une procédure concernant cet Etat". On a reconnu certains mérites à cette proposition en raison des difficultés pratiques et des coûts financiers appréciables auxquels les Etats doivent faire face dans de telles situations, qui ne sont pas rares. Cependant, on a également fait observer que, dans certains cas, il peut se justifier qu'une partie privée poursuive à la fois une entreprise d'Etat et l'Etat dont cette entreprise relève, lorsqu'il n'apparaît pas clairement si l'entreprise est indépendante ou exerce son activité en tant qu'Etat; le demandeur peut avoir à demander au Tribunal de déterminer, à titre préliminaire, qui est à proprement parler le défendeur.

On a fait observer que le paragraphe 3 s'appliquait davantage au stade de l'exécution des décisions et devait être précisé de façon à indiquer que lorsqu'un jugement était rendu contre une entreprise d'Etat, les biens de cet Etat continuaient de bénéficier de l'immunité. Ceci était important dans les cas où les biens saisis n'étaient pas distincts des biens de l'Etat. L'immunité des biens d'Etat ne devait pas être affectée en cas de poursuites contre une entreprise d'Etat.

Néanmoins, on a craint que le paragraphe 3 ne permette aux Etats de créer des entités distinctes dépourvues d'actifs qui puissent exercer impunément des activités dans le domaine commercial. Cette question a été considérée comme réelle et nécessitant une solution.

Au sujet des conséquences de la suppression du paragraphe 3, il a été dit que cette disposition offrait réellement une double garantie dans les cas où une partie privée qui avait été en rapport avec une entreprise d'Etat poursuivait à la fois l'entreprise et l'Etat. Dans ce cas, le tribunal pouvait se demander si l'Etat pouvait être réellement poursuivi et le paragraphe 3 contenait des indications utiles à ce sujet. On a fait remarquer aussi que le principe énoncé au paragraphe 3 ne se limitait pas aux transactions commerciales et devait apparaître sous forme de principe général dans la Partie II ou sous forme de clause dérogatoire dans la Partie V.

Le débat a permis de conclure que rien dans la convention ne permettait à une partie de retirer des avantages indus uniquement parce que l'autre partie pouvait être une entité créée par un Etat. Inversement, il importait d'éviter qu'une partie ne soit désavantagée dans ses rapports avec une autre entité qui avait la possibilité d'effectuer des transactions uniquement parce qu'elle avait l'appui de l'Etat.

Règlement des différends

On a relevé qu'un certain nombre de gouvernements avaient été favorables à ce que la future convention comprenne des dispositions relatives au règlement des différends et que l'attention de la Sixième Commission soit appelée sur cette question.

Note

a/ Annuaire de la Commission de droit international, vol. II (Partie I)
[publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.8 (Partie II)],
document A/CN.4/396, par. 14.

/...

ANNEXE II

Proposition relative au règlement des différends

PARTIE V
REGLEMENT DES DIFFERENDS

Article 23
Différends relatifs à une instance introduite devant
un tribunal national

1. Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention à l'égard d'une instance introduite devant un tribunal de l'une des parties au différend contre l'autre partie ou les autres parties au différend sera soumis à la Cour internationale de Justice par requête de l'une des parties au différend ou par voie de compromis.
2. Si le différend est soumis à la Cour internationale de Justice par requête de l'une des parties, cette partie demande que l'affaire soit examinée par la chambre de procédure sommaire constituée conformément à l'article 29 du Statut de la Cour.
3. Les Etats parties à la présente Convention conviennent que les différends visés par le présent article seront soumis à la chambre de procédure sommaire constituée conformément à l'article 29 du Statut de la Cour internationale de Justice et qu'ils renonceront à la procédure orale.
4. Un Etat contre lequel une instance a été introduite devant un tribunal d'un autre Etat s'abstiendra de saisir la Cour internationale de Justice du différend conformément au paragraphe 2 sauf dans l'un des cas suivants :
 - a) Si le tribunal de l'autre Etat a rendu contre lui un jugement par défaut;
 - b) Si le différend résulte de ce que le tribunal de l'autre Etat n'a pas reconnu l'immunité invoquée par lui conformément à la présente Convention.
5. En cas d'application de l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article, l'Etat ne peut saisir la Cour internationale de Justice d'une question qui n'a pas d'abord fait l'objet d'une décision de la part du tribunal de l'autre Etat.
6. Si le différend est soumis à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du paragraphe 2 du présent article, la procédure devant le tribunal national et les mesures de contrainte liées à cette procédure sont suspendues en attendant l'arrêt de la Cour internationale de Justice.

Article 24

Autres différends

Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention (autre que les différends visés à l'article 23) qui ne sera pas réglé par voie de négociation sera soumis à la Cour internationale de Justice par requête de l'une des parties au différend ou par voie de compromis, à moins que les parties ne conviennent d'une méthode différente de règlement pacifique du différend.
