



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.576
6 juillet 1999

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante et unième session
Genève, 3 mai - 23 juillet 1999

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES
DES ÉTATS ET DE LEURS BIENS

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u> s
I. INTRODUCTION	1 - 9
II. OBSERVATIONS ET SUGGESTIONS DU GROUPE DE TRAVAIL	
A. NOTIONS D'ÉTAT AUX FINS DE L'IMMUNITÉ	10 - 30
1. Disposition pertinente du projet de la Commission	10
2. Évolution de la question	11 - 17
3. Aperçu de la jurisprudence récente	18 - 21
4. Suggestions du Groupe de travail	22 - 30
B. CRITÈRES À APPLIQUER POUR DÉTERMINER SI UN CONTRAT OU UNE TRANSACTION EST DE NATURE COMMERCIALE	
1. Dispositions du projet de la Commission	31
2. Évolution de la question	32 - 44
3. Aperçu de la jurisprudence récente	45 - 55
4. Suggestions du Groupe de travail	56 - 60
C. NOTION D'ENTREPRISE D'ÉTAT OU AUTRE ENTITÉ D'ÉTAT EN MATIÈRE DE TRANSACTIONS COMMERCIALES	
1. Dispositions pertinentes du projet de la Commission	61
2. Évolution de la question	62 - 71
3. Aperçu de la jurisprudence récente	72 - 77
4. Suggestions du Groupe de travail	78 - 83

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>
D. CONTRATS DE TRAVAIL	
1. Disposition pertinente du projet de la Commission	84
2. Évolution de la question	85 - 94
3. Aperçu de la jurisprudence récente	95 - 102
4. Suggestions du Groupe de travail	103 - 107
E. MESURES DE CONTRAINTE CONTRE LES BIENS D'UN ÉTAT	
1. Dispositions pertinentes du projet de la Commission	108
2. Évolution de la question	109 - 118
3. Aperçu de la jurisprudence récente	119 - 124
4. Suggestions du Groupe de travail	125 - 129
III. ANNEXE	
Appendice	

I. INTRODUCTION

1. À sa 2569^{ème} séance, le 7 mai 1999, la Commission a décidé de constituer un Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, auquel serait confiée la tâche de rédiger les observations préliminaires qu'elle était invitée à présenter aux termes du paragraphe 2 de la résolution 53/98 de l'Assemblée générale en date du 8 décembre 1998.

La Commission a aussi décidé de nommer M. G. Hafner Président de ce groupe de travail.

2. Le Groupe de travail était composé comme suit :

M. G. Hafner (Président), M. C. Yamada (Rapporteur), M. H. Al-Baharna, M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. J. Crawford, M. C. Dugard, M. G. Gaja, M. N. Elaraby, M. Q. He, M. M. Kamto, M. I. Lukashuk, M. T. Melescanu, M. P. Rao, M. B. Sepulveda, M. P. Tomka et M. R. Rosenstock (membre de droit).

3. Le Groupe de travail a tenu 10 séances entre le 1^{er} juin et le 5 juillet 1999.

4. Il était saisi de la résolution 53/98 de l'Assemblée générale, en date du 8 décembre 1998, dont les paragraphes 1 et 2 sont ainsi conçus :

"L'Assemblée générale,

...

1. Décide de créer à sa cinquante-quatrième session un groupe de travail de la Sixième Commission à composition non limitée, ouvert également à la participation des États membres des institutions spécialisées, qui sera chargé d'examiner les questions de fond restant à régler concernant le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté par la Commission du droit international, en tenant compte de l'évolution récente de la pratique et de la législation des États et de tous autres facteurs se rapportant à cette question apparus depuis l'adoption du projet d'articles, ainsi que des observations présentées par les États en application du paragraphe 2 de la résolution 48/61 et du paragraphe 2 de la résolution 25/151, et de déterminer si, parmi les questions que le Groupe de travail aura identifiées, il en existe pour lesquelles il serait utile de solliciter à nouveau les observations et les recommandations de la Commission;

2. Invite la Commission du droit international à présenter d'ici au 31 août 1999 toutes observations préliminaires qu'elle pourrait

souhaiter formuler au sujet des questions de fond non encore réglées se rapportant au projet d'articles, compte tenu des résultats des consultations officieuses organisées conformément à sa décision 48/413 du 9 décembre 1993 ainsi que de l'évolution récente de la pratique des États et des autres facteurs se rapportant à cette question apparus depuis l'adoption du projet d'articles, afin de faciliter la tâche du Groupe de travail".

5. Le Groupe de travail était également saisi du projet d'articles sur le sujet que la Commission avait présenté à l'Assemblée générale en 1991, du document A/C.6/49/L.2, contenant les conclusions du Président des consultations informelles tenues en 1994 dans le cadre de la Sixième Commission de l'Assemblée générale conformément à la décision 48/413 de cette dernière, des observations adressées par les gouvernements, à l'invitation de l'Assemblée générale, en différentes occasions depuis 1991 (documents A/53/274 et Add.1; A/52/294; A/47/326 et Add.1 à 5; A/48/313; A/48/464 et A/C.6/48/3), des rapports de deux groupes de travail établis par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à ses quarante-septième (1992) et quarante-huitième (1993) sessions (documents A/C.6/47/L.10 et A/C.6/48/L.4, respectivement), d'un document non officiel établi par la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques résumant des affaires concernant les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens qui ont été jugées dans la période 1991-1999 et dégageant de cette jurisprudence un certain nombre de conclusions, d'un document de travail et d'un certain nombre de notes établies par le Rapporteur du Groupe de travail, M. C. Yamada, sur diverses questions ayant trait au sujet, du texte de la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972, de la résolution sur "les aspects récents" de l'immunité de juridiction et d'exécution des États, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bâle en 1991, et du rapport présenté par le Comité international de l'Association de droit international chargé de la question de l'immunité des États à la session de l'Association tenue à Buenos Aires en 1994.

6. En examinant les formules envisageables pour déterminer comment organiser ses travaux, le Groupe de travail a tout particulièrement pris en considération le libellé du paragraphe 2 de la résolution 53/98 de l'Assemblée générale, qui invitait la Commission à lui présenter toutes observations préliminaires que celle-ci pourrait souhaiter formuler "au sujet des questions

de fond non encore réglées se rapportant au projet d'articles, compte tenu des résultats des consultations officielles organisées conformément à sa décision 48/413 du 9 décembre 1993".

7. Il a donc décidé de concentrer ses travaux sur les cinq principaux problèmes de fond désignés par le Président des consultations officielles déjà mentionnées dans ses conclusions à leur sujet (document A/C.6/49/L.2), à savoir : 1) la notion d'État aux fins de l'immunité, 2) les critères permettant de déterminer le caractère commercial d'un contrat ou d'une transaction, 3) la notion d'entreprise d'État ou d'autre entité d'État en matière de transactions commerciales, 4) les contrats de travail et 5) les mesures de contrainte contre les biens d'un État.

8. On trouvera dans les paragraphes qui suivent les observations du Groupe de travail sur chacun des problèmes précités. Elles comprennent en chaque cas les dispositions pertinentes du projet de la CDI, un examen de l'évolution de la question, un aperçu de la jurisprudence récente ainsi que les observations préliminaires du Groupe de travail, sous forme de suggestions sur les moyens possibles de résoudre le problème présentées pour servir de base à la poursuite de l'examen. Ces suggestions indiquent souvent diverses solutions techniques possibles, parmi lesquelles le choix définitif devra être fait par décision de l'Assemblée générale.

9. De plus, ce rapport présente en annexe une courte note d'information sur un autre problème, décelé par le Groupe de travail dans la pratique récente, qui pourrait avoir sa place dans le sujet des immunités juridictionnelles. Il s'agit de la question de l'existence ou de l'inexistence de l'immunité de juridiction dans les actions fondées, notamment, sur des violations de normes de *jus cogens*. Plutôt que de s'en saisir directement, le Groupe de travail a décidé de la porter à l'attention de la Sixième Commission.

II. OBSERVATIONS ET SUGGESTIONS DU GROUPE DE TRAVAIL

A. NOTION D'ÉTAT AUX FINS DE L'IMMUNITÉ

1. Disposition pertinente du projet de la Commission

10. Le projet recommandé par la Commission à l'Assemblée générale en 1991 comprend la disposition suivante :

"Article 2. Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

...

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;

...

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."

2. Évolution de la question

11. Comme on peut le voir à la lecture de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2, le sous-alinéa ii) pose que les "éléments constitutifs d'un État fédéral" entrent dans la définition de l'"État" aux fins du projet d'articles. Cette disposition a suscité une controverse entre États fédéraux et États non fédéraux, surtout sur le problème qu'entraînerait la double qualité éventuelle des éléments constitutifs pour exercer les prérogatives de la puissance publique, pour le compte de l'État ou pour leur propre compte, en vertu de la répartition des pouvoirs entre l'État et ses éléments constitutifs qui serait prévue par la Constitution considérée. Le débat s'est concentré sur le point de savoir si les éléments constitutifs d'un État fédéral, du fait qu'ils sont englobés dans la notion d'"État", devraient être couverts par l'immunité de l'État, sans avoir à remplir aucune autre condition, lorsqu'ils agissent pour leur propre compte et en leur propre nom.

12. Cette disposition n'existait pas dans le projet d'articles adopté en première lecture en 1986. En 1986 et 1987, l'Assemblée générale a invité les gouvernements à présenter leurs observations sur ce projet d'articles. En 1988, un État a indiqué que les unités constitutives des États fédéraux devraient jouir des mêmes immunités que le gouvernement central sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'elles exercent les prérogatives de la puissance

publique ¹. Un autre a relevé que l'ensemble du projet ne contenait aucune disposition spéciale pour les États fédéraux, à la différence de la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972 ².

13. C'est le "Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens" ³ établi par le Rapporteur spécial, M. Motoo Ogiso, qui allait servir de base de discussion sur le sujet à la quarantième session de la Commission en 1988. En réponse aux observations sur ce problème, le Rapporteur spécial déclara à cette session qu'il ne voyait aucun inconvénient à faire figurer dans la future convention une disposition de ce genre mais aimerait connaître l'opinion de la Commission sur ce point ⁴. À la quarante et unième session de la Commission, en 1989, certains membres se sont déclarés d'avis qu'il convenait d'introduire les éléments constitutifs d'un État fédéral dans la définition du terme "État" ⁵. L'alinéa b) ii) du paragraphe 1 de l'article 2, adopté en deuxième lecture, est apparu pour la première fois dans le troisième rapport, sous la forme d'un alinéa b) i *bis*) qui était lié à la place importante réservée par la Convention européenne de 1972 aux éléments constitutifs des États fédéraux. Le Rapporteur spécial le proposait pour examen à la Commission ⁶. Celle-ci, tenant compte des vues

¹*Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. II, première partie, p. 54 et 55; observations de l'Australie.

²*Ibid.*, p. 50 et 51; observations de la République fédérale d'Allemagne (à l'époque Allemagne de l'Ouest).

³Pour les observations de divers gouvernements sur certains articles, *ibid.*, p. 105.

⁴*Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. I, p. 268. Le même point de vue est exprimé dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. II, deuxième partie, p. 106)

⁵M. Tomuschat, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. I, p. 155, par. 54, M. Barsegov, *ibid.*, p. 162, par. 52, M. Al-Baharna, *ibid.*, p. 182, par. 73. Pour la section du rapport de la CDI où ce problème était traité, voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II, deuxième partie, p. 111, par. 425.

⁶*Annuaire de la Commission du droit international*, 1990, vol. I, p. 66, par. 4; vol. II, première partie, p. 8.

exprimées par certains de ses membres et par certains gouvernements, a décidé d'ajouter cette disposition en deuxième lecture ⁷.

14. En 1992, année où divers États ont communiqué des observations écrites sur ce projet d'article pour donner suite à une résolution de l'Assemblée générale, cette disposition n'a pas été critiquée sur le fond ⁸. Le Groupe de travail établi par l'Assemblée générale dans le cadre de la sixième Commission a examiné les observations des gouvernements ainsi que les vues exprimées au cours du débat tenu à la quarante-sixième session de l'Assemblée générale. Certains gouvernements, qui jugeaient cette disposition trop large, étaient assez favorables à une proposition tendant à subordonner à une déclaration du gouvernement central l'admission des éléments constitutifs des États fédéraux au bénéfice de l'immunité souveraine ⁹. Prenant en considération les délibérations du Groupe de travail et les observations des gouvernements, M. Carlos Calero-Rodrigues, Président du Groupe de travail, suggéra d'ajouter, après les mots "les éléments constitutifs d'un État fédéral" le membre de phrase suivant :

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

Cette proposition, inspirée de l'article 28 de la Convention européenne de 1972, visait à concilier deux points de vue divergents sur la disposition en question : les partisans du maintien d'une mention expresse des éléments constitutifs d'un État fédéral s'opposaient à ceux qui estimaient que la rédaction adoptée en deuxième lecture avait une portée trop générale et risquait d'être une source d'incertitude ¹⁰.

⁷*Commission du droit international*, 1991, vol. II, partie II, p. 16. Dans son commentaire de l'article, M. Ogiso notait que dans certains systèmes fédéraux, ces éléments, pour des raisons historiques ou autres, jouissaient des mêmes immunités que celles accordées à l'État, sans devoir pour autant exercer les prérogatives de la puissance publique de l'État.

⁸Voir les observations des Gouvernements de l'Australie, de la Suisse et des États-Unis, A/47/326, p. 3, 20 et 28, respectivement.

⁹*Outline of issues and comments*, Groupe de travail sur la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, 2ème séance, 29 septembre 1992, p. 1; proposition de la Suisse.

¹⁰A/C.6/47/L.10, par. 9 et 10.

15. Le Groupe de travail a de nouveau examiné ce problème en 1993. Dans son rapport, il notait que certaines législations nationales répartissaient les pouvoirs entre le gouvernement national et les éléments constitutifs de l'État. Encore fallait-il savoir si ces derniers jouissaient de l'immunité dans la même mesure qu'un État en droit international ¹¹. Quant aux éléments constitutifs des États fédéraux, ils devaient selon certains avis relever de l'alinéa b) iii) du paragraphe 1 de l'article 2, parce que, dans la plupart des cas, ils agissaient dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'État. L'alinéa b) ii) ne viserait par conséquent que des cas limités. Compte tenu de ces vues, le Président a reformulé sa proposition comme suit :

"les éléments constitutifs d'un État fédéral dans les cas non visés par le sous-alinéa iii), à condition que l'État fédéral ait signifié au depositaire du présent instrument, par une déclaration, qu'ils sont habilités à invoquer l'immunité de l'État" ¹².

16. En 1994, des consultations officieuses ont eu lieu. La question de savoir si les éléments constitutifs des États fédéraux devraient jouir de l'immunité sans avoir d'autre condition à remplir se posait toujours. Le Président des consultations officieuses, M. Calero-Rodrigues, estimait que la reconnaissance éventuelle de l'immunité aux éléments constitutifs favoriserait une participation plus large à une convention. Il a proposé, pour servir de base à un compromis sur cette question, les éléments suivants :

"L'immunité d'un élément constitutif pourrait être reconnue moyennant une déclaration faite par un État fédéral, comme le prévoit l'article 28 de la Convention européenne sur l'immunité des États. Pareille approche permettrait une plus grande souplesse, compte tenu des différences qui existent dans la législation nationale des États fédéraux, tout en facilitant l'application des dispositions par les tribunaux nationaux en réduisant les incertitudes existant quant aux éléments constitutifs des États fédéraux." ¹³

¹¹A/C.6/48/L.4, par. 17.

¹²Ibid., par. 18 et 19.

¹³A/C.6/49/L.2, par. 3 et 4.

17. La même année, l'Assemblée générale a invité les États à présenter leurs observations sur les conclusions du Président des consultations officielles ¹⁴. De l'avis d'un État, les expressions "éléments constitutifs d'un État fédéral" et "subdivisions politiques de l'État" ne semblaient pas se différencier clairement. Selon cet État, l'expression "éléments constitutifs d'un État" s'entendait des éléments constitutifs d'un État indépendant, et non des États fédérés. Il proposait de remplacer le terme "éléments constitutifs" par "collectivités publiques territoriales à caractère autonome", suivant la terminologie employée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États ¹⁵. Certains États ont appuyé le compromis proposé par le Président ¹⁶. Un autre État trouvait les sous-alinéas ii) et iii) quelque peu ambigus ¹⁷.

3. Aperçu de la jurisprudence récente

18. Les paragraphes qui suivent s'appuient sur un certain nombre de conclusions figurant dans un résumé de jurisprudence établi par le secrétariat de la Commission, qui porte sur la période 1991-1999 ¹⁸.

¹⁴A/RES/49/61. Le Secrétaire général a renouvelé cette invitation en 1997.

¹⁵A/52/294, par. 5 à 9; observations de l'Argentine.

¹⁶A/53/274, p. 2, par. 2; A/52/274/Add.1, p. 2, par. 4; observations de l'Autriche et de l'Allemagne.

¹⁷Ibid., p. 4, par. 4.

¹⁸Les affaires intéressantes pour le problème considéré que le secrétariat a retenues dans son résumé sont les suivantes : Royaume-Uni, Chambre des Lords, 21 février 1991, *Arab Monetary Fund v. Hashim and Others*; États-Unis, Cour d'appel fédérale, Neuvième Circuit, 5 juin 1991, *Risk v. Halvorsen and Others* (ILR 98, p. 125); Cour d'appel fédérale, Deuxième Circuit, 21 juin 1991, *Klinghoffer and Others v. SNC Achille Lauro and Others* (ILR 96, p. 68); Cour d'appel fédérale, Cinquième Circuit, 11 juin 1992, *Arriba Limited v. Petroleos Mexicanos* (ILR 103, p. 490); Cour d'appel fédérale, Cinquième Circuit, 8 juillet 1992, *Walter Fuller Aircraft Sales Inc. v. Republic of the Philippines* (ILR 103, p. 503); Cour d'appel fédérale, Septième Circuit, 14 décembre 1992, *Richard A. Week v. Cayman Islands* (Lexis 32985); Tribunal de district, District sud de l'État de New York, 14 janvier 1993, *Drexel Burnham Lambert Group Inc. v. Committee of Receivers for Galadari et al., Refco Inc. v. Galadari et al.* (ILR 103, p. 532); Cour d'appel fédérale, Deuxième Circuit, 16 mars 1993, *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co, Kommanditgesellschaft v. Navimpex Centralia Navala* (ILR 103, p. 559); Cour d'appel fédérale, Deuxième Circuit, 19 avril 1993, *Cargill International SA v. M/T Pavel Dybenko*; Canada, Cour d'appel de

19. Les décisions des tribunaux nationaux sur cette question privilégient, comme indicateurs de l'État, un territoire délimité, une population permanente, le fait d'être sous l'autorité de son propre gouvernement et la qualité pour entretenir des relations officielles avec les autres États ainsi que pour exécuter les obligations normalement attachées à la qualité de membre de la communauté internationale.

20. Les caractéristiques des institutions (*instrumentalities*) et organismes (*agencies*) de l'État qui y sont mises en relief sont les suivantes : indépendance présumée de l'institution ou de l'organisme vis-à-vis de son souverain, avec lequel il existe cependant un lien du fait qu'il s'agit d'un organe de l'État ou d'une subdivision politique de l'État ou que l'État ou une subdivision politique de l'État détient la majorité de ses actions, et exercice de fonctions traditionnellement assumées par différents organismes publics opérant sur leur propre territoire national. De plus, il a été jugé qu'une institution possède un statut juridique propre, alors que les avis sont, semble-t-il, partagés sur le point de savoir si un organisme (*agent*) doit nécessairement être doté d'une personnalité juridique propre. Pour déterminer si une entité est une personne morale distincte, il a été fait

l'Ontario, 17 juin 1993, *Jaffe v. Miller and Others* (ILR 95, p. 446); États-Unis, Cour d'appel fédérale, Neuvième Circuit, 16 juin 1994, *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation Hilao and Others v. Estate of Marcos* (ILR 103, p. 52; ILR 104, p. 119); Cour d'appel fédérale, Circuit du District of Columbia, 19 juillet 1994, *Transaero Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana* (ILR 107, p. 308); Cour d'appel fédérale, Cinquième Circuit, 19 juillet 1994, *Moran v. Kingdom of Saudi Arabia* (ILR 107, p. 303); Tribunal de district du Delaware, 3 août 1994, *EAL (Delaware) Corp., Electra Aviation Inc. et al. v. European Organization for the safety of Air Navigation and English Civil Aviation Authority* (ILR 107, p. 318); Cour d'appel fédérale, Cinquième Circuit, 17 octobre 1994, *Gopalakrishnan N. Mangattu, Derryl F. Remedioa, and Thaluthara K. Francis v. M/V IBN Hayyan, et al., United Arab Shipping Co; Irlande, High Court, 22 novembre 1994, Schmidt v. Home Secretary of the Government of the UK, The Commissioner of the Metropolitan Police and Jones* (ILR 103, p. 322); États-Unis, Cour d'appel fédérale, 16 mai 1995, *Gates and Others v. Victor Fine Foods and Others* (ILR 107, p. 371); Cour d'appel fédérale, Neuvième Circuit, 22 mai 1995, *Export Group and Others v. Reef Industries Inc. and Mexican Coffee Institute* (ILR 107, p. 393); Royaume-Uni, Cour d'appel du travail, 6 juin 1995, *Arab Republic of Egypt v. Gamal/Eldin* (ILR, 104, p. 673); High Court, Division de la Chancellerie, 5 novembre 1996, *Bank of Credit and Commerce International LTD v. Price Waterhouse and Others* (ILR 111, p. 604); Cour d'appel, 17 avril 1997, *Propend Finance PTY Limited and Others v. Sing and Others* (ILR 111, p. 611); États-Unis, Cour d'appel fédérale, Neuvième Circuit, 23 avril 1997, *Nordmann v. Thai Airways Int'l Ltd* (Lexis 8646).

référence à la nécessité d'apprécier quelle est la fonction essentielle de cette entité et si celle-ci fait ou non partie intégrante de la structure politique d'un État ou si sa structure et sa fonction sont à dominante commerciale. Les entités intimement liées à la structure de l'État, les forces armées par exemple, sont généralement considérées comme l'État lui-même, et non comme un organisme ou une institution autonome de l'État ¹⁹. Une entité créée par un certain nombre d'États pour s'acquitter de certaines fonctions internationales a été jugée posséder le même statut qu'un organisme ou une institution d'un État étranger exerçant les mêmes fonctions ²⁰.

21. En ce qui concerne la charge d'établir ou de réfuter l'immunité, il ressort de cette jurisprudence que c'est à l'entité qu'il incombe d'établir qu'elle entre dans la définition de l'"État". Si elle l'établit, c'est alors à l'autre partie qu'il appartient de montrer qu'une exception au principe de l'immunité pourrait s'appliquer. Si celle-ci s'acquitte de cette charge, la charge de la preuve retombe sur l'entité, qui doit établir que les exceptions soulevées ne valent pas ²¹. La charge de la preuve est plus ou moins lourde selon les systèmes juridiques. Il se peut, par exemple, au moins dans certains systèmes, que le demandeur n'ait qu'à signaler les faits donnant à penser qu'il y a lieu d'écarter l'immunité et que ce soit en définitive sur le défendeur que pèse la charge de la preuve de l'immunité. Ou bien, et c'est probablement le scénario le plus courant, il peut arriver que la différence soit illusoire et procède d'une différence d'expression.

4. Suggestions du Groupe de travail

22. En examinant ce problème, le Groupe de travail de la Commission a aussi envisagé sa relation possible avec la question, dans le cadre de la

¹⁹États-Unis, Cour d'appel, Circuit du District de Columbia, 19 juillet 1994, *Transaero Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana* (ILR 107, p. 308).

²⁰États-Unis, Tribunal de district du Delaware, 3 août 1994, EAL (Delaware) Corp., *Electra Aviation Inc. et al. v. European Organization for the safety of Air Navigation and English Civil Aviation Authority* (ILR 107, p. 318).

²¹États-Unis, Tribunal de district, District Sud de NY, 14 janvier 1993, *Drexel Burnham Lambert Group Inc. v. Committee of Receivers for Galadari et al.* (ILR 103, p. 532).

responsabilité des États, de l'attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique ²².

23. Certains membres du Groupe de travail estimaient qu'il devrait y avoir un parallélisme entre la disposition concernant la "notion d'État aux fins de l'immunité" dans le projet sur l'immunité des États et celle qui visait l'"attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique" dans le projet sur

²²En 1971, en présentant son troisième rapport, M. Ago, Rapporteur spécial, avait proposé un article à ce sujet, qui était ainsi conçu : "Article 7. Attribution à l'État, sujet de droit international, des faits d'organes d'institutions publiques distinctes Est aussi considéré comme un fait de l'État sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet État, ont la qualité d'organes d'un établissement public ou d'une autre institution publique autonome, ou encore d'une collectivité publique territoriale (communes, provinces, régions, cantons, États membres d'un État fédéral, administrations autonomes de territoires dépendants, etc.), et qui, en l'occurrence, agissent en cette qualité". (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, première partie, p. 277). En 1974, la Commission du droit international avait débattu de cet article à plusieurs reprises [*Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. I, p. 5 à 16, 21 à 32 (1251^{ème} à 1253^{ème} séances, 1256^{ème} et 1257^{ème} séances)]. À l'issue de ces discussions, la Commission avait adopté le projet d'article 7 avec des commentaires. Ce projet d'article est ainsi conçu : "Article 7. Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique 1. Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité. 2. Est également considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'État ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet État à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité". [*Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II, première partie, p. 288 à 294]. Le commentaire précise que pour pouvoir être considéré comme un fait de l'État aux fins de la responsabilité internationale, le comportement de l'organe d'une entité de ce genre doit avoir trait à un secteur d'activité à l'égard duquel l'entité en question est chargée de l'exercice des prérogatives indiquées [*ibid.*, p. 293, par. 18]. En 1998, à la lumière du débat en seconde lecture, le Comité de rédaction de la Commission chargé du sujet de la responsabilité des États a provisoirement adopté une autre formulation du projet d'article 7, à savoir : "Article 7. Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique Le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 5, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cette entité ait agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international" [A/CN.4/L.569].

la responsabilité des États, d'autres considéraient que ce n'était pas nécessairement le cas. Bien que quelques membres se soient dits d'avis qu'une concordance parfaite des deux ensembles de projets d'articles ne s'imposait pas, il est apparu souhaitable d'aligner ce projet d'article sur le projet relatif à la responsabilité des États.

24. De plus, compte tenu de tous les éléments exposés dans les sous-sections qui précèdent, le Groupe de travail est convenu que les suggestions qui suivent pourraient être transmises à l'Assemblée générale.

25. L'alinéa b) ii) du paragraphe 1 de l'article 2 du projet pourrait être supprimé, et son contenu, "les éléments constitutifs d'un État fédéral," serait joint aux "subdivisions politiques de l'État" dans le texte actuel de l'alinéa b) iii) du paragraphe 1.

26. Le tempérament "qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'État" pourrait s'appliquer à la fois aux "éléments constitutifs d'un État fédéral" et aux "subdivisions politiques de l'État".

27. Il a aussi été suggéré d'ajouter à ce sous-alinéa le membre de phrase "pour autant qu'il soit établi que cette entité a agi en cette qualité", en le plaçant pour le moment entre crochets.

28. Le Groupe de travail a d'autre part suggéré que, dans la version anglaise, l'expression "sovereign authority" soit remplacée dans la clause limitative par "governmental authority", suivant l'usage contemporain et la terminologie employée dans le projet sur la responsabilité des États.

29. Les suggestions qui précèdent visent à apaiser les inquiétudes particulières exprimées par quelques États. Elles tiennent compte de l'immunité des éléments constitutifs mais répondent en même temps aux préoccupations des États pour lesquels la différence de traitement entre les éléments constitutifs d'un État fédéral et les subdivisions politiques de l'État prêtait à confusion.

30. Reformulé, l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2 à proposer à l'Assemblée générale pourrait donc être ainsi conçu :

"1. Aux fins des présents articles :

...

b) Le terme "État" désigne :

i) L'État et ses divers organes de gouvernement;

ii) Les éléments constitutifs d'un État fédéral et les subdivisions politiques de l'État qui sont habilités à

exercer les prérogatives de la puissance publique de l'État [pour autant qu'il soit établi que ces entités ont agi en cette qualité];

- iii) Les organismes ou institutions de l'État et autres entités, dans la mesure où ils agissent dans l'exercice de la puissance publique de l'État;
- iv) Les représentants de l'État agissant en cette qualité;"

B. CRITÈRES À APPLIQUER POUR DÉTERMINER SI UN CONTRAT OU UNE TRANSACTION EST DE NATURE COMMERCIALE

1. Dispositions du projet de la Commission

31. Le projet recommandé par la Commission à l'Assemblée générale en 1991 contient la disposition suivante :

Article 2. Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

...

- 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.

2. Évolution de la question

32. Le projet de 1991 de la Commission partait du principe que l'État jouit d'une immunité restreinte, c'est-à-dire qu'il ne doit pas bénéficier de l'immunité juridictionnelle lorsqu'il exerce une activité commerciale. Bien que l'on puisse, en principe, parvenir à un accord sur ce point, l'approche restrictive soulève, entre autres problèmes majeurs, celui de la définition des "transactions commerciales" aux fins de l'immunité des États, une définition qui a donné lieu à des controverses et à des désaccords. À cet égard, si certains États considèrent que seule la nature de l'activité doit être prise en considération pour déterminer si cette activité est commerciale ou non, d'autres considèrent qu'à lui seul le critère de la nature ne permet pas toujours au tribunal de déterminer si une activité est commerciale ou non. Il faut donc parfois recourir au critère du but et se demander si l'acte a été accompli dans un but commercial ou d'intérêt public. Différentes propositions visant à combiner les deux critères ont été faites, mais aucune solution commune ne s'est fait jour. L'alinéa c) du paragraphe 1 et le paragraphe 2 de l'article 2 tentent d'intégrer les deux critères, mais ces dispositions se sont jusqu'ici heurtées à des résistances à la Sixième Commission.

33. Lorsque la Commission a commencé ses travaux sur le sujet, un nombre croissant d'États se ralliaient à la théorie restrictive, mais il y en avait encore qui accordaient l'immunité absolue aux États étrangers. C'est pourquoi la Commission a eu des difficultés à trouver un compromis entre ces deux approches. Elle a finalement décidé de rédiger les articles selon l'approche restrictive et a achevé sa première lecture en 1986 ²³.

34. Les observations présentées par les gouvernements après la première lecture expriment trois attitudes différentes à l'égard du projet d'articles ²⁴. Un État a souscrit à la notion d'immunité absolue ²⁵. Un autre

²³Le paragraphe 2 de l'article 3 du projet de 1986 était ainsi libellé : "Pour déterminer si un contrat de vente ou d'achat de biens ou de prestation de services est un contrat commercial, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat, mais il faut aussi prendre en considération le but du contrat si, dans la pratique de cet État, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat."

²⁴Document A/CN.4/410 et Add.1 à 5, *Annuaire ... 1988*, vol. II, première partie, p. 50 et suiv.

²⁵Le Brésil.

État a formulé une opinion positive au sujet des projets d'articles ²⁶. Un groupe d'États s'opposait à l'inclusion du critère du but dans la définition des transactions commerciales ²⁷.

35. Le deuxième Rapporteur spécial, M. Ogiso, a résumé les commentaires écrits et les observations orales formulés à la Sixième Commission, et exposé son opinion comme suit dans son rapport préliminaire : "En ce qui concerne le paragraphe 2, le Rapporteur spécial n'est pas opposé à la suppression du critère du but, attendu que, pour déterminer si un contrat est de nature commerciale, de nombreux pays sont favorables au critère de la nature et hostiles à celui du but, qui leur semble moins objectif et plus partial. Cela étant, il convient de rappeler que plusieurs gouvernements ont été favorables à l'inclusion du critère du 'but', tant dans leurs observations écrites que dans leurs interventions devant la Sixième Commission" ²⁸. Acceptant dans le même rapport la proposition de certains gouvernements tendant à combiner les articles 2 et 3 adoptés en première lecture, il a proposé un nouveau texte ²⁹. Le Rapporteur spécial a commenté cette reformulation en indiquant "qu'il ne voyait pas d'objection à supprimer le critère du but dans la disposition et à n'y garder que le critère de la nature, mais qu'il n'était pas certain qu'un tel choix, bien que juridiquement défendable, ne soulèverait pas de difficulté à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. À son avis, le meilleur moyen

²⁶La Yougoslavie.

²⁷Le Canada, l'Espagne, les cinq pays nordiques, le Qatar et le Royaume-Uni.

²⁸Par. 39, Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, par M. Motoo Ogiso, document A/CN.4/415, *Annuaire ... 1988*, vol. II, première partie, p. 106.

²⁹*Ibid.*, p. 105. Ce texte était ainsi libellé : "Pour déterminer si un contrat de vente ou d'achat de biens ou de prestation de services est un contrat commercial, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat, mais, si un accord international entre les États concernés ou un contrat écrit entre les parties stipule que le contrat a été conclu dans un but d'intérêt public, il faut prendre ce but en considération pour déterminer la nature non commerciale du contrat."

de résoudre le problème était de modifier le critère du but, comme il l'avait fait au paragraphe 3 du nouvel article 2" ³⁰.

36. La nouvelle proposition du Rapporteur spécial, qui avait été reproduite dans le rapport de la Commission, a été examinée à la Sixième Commission. Pour certains représentants, il fallait, pour déterminer si un contrat était commercial, accorder le même poids à sa nature et à son but. Ils ont souligné en particulier l'importance de la pratique internationale actuelle des pays en développement, et le fait que ces pays effectuaient des transactions commerciales vitales pour leur économie nationale ou la prévention des catastrophes et les secours en cas de catastrophe. Si l'on éliminait le critère du but pour ne garder que celui de la nature, ont-il ajouté, les États en question ne jouiraient pas de l'immunité, même pour les activités accomplies dans l'exercice de la puissance publique ³¹. D'autre part, l'un des représentants qui insistait pour que l'on supprime le critère de but a déclaré que la Commission devait s'abstenir d'introduire des éléments subjectifs celui de "but" de la transaction pour déterminer si l'immunité pouvait être invoquée. Il a aussi proposé un compromis, aux termes duquel, si le critère utilisé pour déterminer s'il y avait immunité devait être la nature du contrat, le tribunal de l'État du for devait aussi pouvoir prendre en considération, dans le cas d'un contrat commercial, le but d'intérêt public ³².

37. Après ces débats, bien que certains des représentants estimassent que, comme compromis, la proposition du Rapporteur spécial n'était pas sans mérite, l'opinion majoritaire était qu'elle était trop rigide et devait être améliorée ³³.

38. Le Rapporteur spécial, tenant compte d'une proposition faite par un représentant à la Sixième Commission, a proposé un nouveau texte de compromis

³⁰*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarantième session*, par. 510, *Annuaire ... 1988*, vol. II, deuxième partie, p. 106.

³¹Par. 227. *Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-quatrième session*, A/CN.4/L.443, p. 70.

³²Par. 228, *ibid.*, p. 70.

³³Par. 229, *ibid.*

dans son troisième rapport, en 1990 ³⁴. Dans cette proposition, il entendait formuler la disposition de telle manière que si le premier critère utilisé pour décider de l'immunité devait être la nature de l'opération, le tribunal de l'État du for devait toutefois avoir toute latitude pour prendre également en considération un but gouvernemental. Il indiquait qu'il fallait tenir compte du but d'intérêt public de l'opération pour pouvoir couvrir les cas de famine ou des situations imprévues du même ordre. Il expliquait qu'il était peut-être préférable, afin de disposer de la souplesse nécessaire, de laisser au tribunal de l'État du for toute latitude pour décider en l'espèce, plutôt que de spécifier les circonstances spéciales envisagées ³⁵.

39. En 1991, la Commission a achevé la seconde lecture. S'agissant de la définition et des critères des opérations commerciales, la Commission a adopté la disposition pertinente suivant l'approche proposée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport ³⁶.

40. Après que le texte adopté en seconde lecture par la Commission eut été transmis à la Sixième Commission, la définition et les critères des transactions commerciales sont demeurés l'un des points les plus controversés de ces projets d'articles, comme le montrent les observations présentées par les États en application des résolutions 46/55, 49/61 et 52/151 de l'Assemblée générale. Les arguments furent de nouveau repris à la Sixième Commission.

41. Au vu des commentaires présentés depuis 1992 ³⁷, on peut ranger les États en deux groupes; un groupe a accueilli le projet d'articles, y compris le critère du but, avec satisfaction ³⁸, l'autre a insisté pour que le critère de la nature soit le seul critère. Pour les États de ce dernier groupe, le

³⁴Il était libellé comme suit : "Pour déterminer si une opération relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article est une opération commerciale, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature de l'opération, mais les tribunaux de l'État du for peuvent tenir compte du but gouvernemental de l'opération."

³⁵*Troisième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Annuaire ... 1990*, vol. II, première partie, p. 7 et 8.

³⁶*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, Annuaire ... 1991*, vol. II, deuxième partie, p. 14 et p. 19 à 21.

³⁷A/47/326 et Add.1 à 5, A/48/313, A/48/464, A/C.6/48/3 et A/52/294.

³⁸Le Brésil et la France.

critère du but risquait d'introduire des éléments subjectifs dans la détermination des transactions commerciales et d'élargir de manière imprévisible la sphère des *acta jure imperii* ³⁹.

42. Le Groupe de travail créé en 1992 à la Sixième Commission a pris pleinement note de ces observations des États et essayé de trouver un compromis. Lors du débat qui a eu lieu au Groupe de travail, le Président a proposé un nouveau libellé combinant les alinéas i) et iii) ⁴⁰. Elle visait à faire disparaître, au moins en partie, l'élément de circularité dont souffrait la définition de l'expression "transaction commerciale" en donnant une liste non exhaustive de ces transactions. Le Rapporteur spécial proposait aussi deux textes au choix pour le paragraphe 2 de l'article 2 afin de concilier les préoccupations concernant la préférence pour le seul critère du but et le besoin de prévisibilité d'une part et, de l'autre, l'attachement des pays en développement au critère du "but", en faisant obligation à l'État de spécifier, dans le contrat ou lors de la transaction, qu'il se réservait la possibilité de faire appliquer le critère du but ⁴¹. Outre sa propre proposition, le Président a présenté la proposition que lui avait communiquée

³⁹Australie, Autriche, Royaume-Uni, États-Unis d'Amérique, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Belgique et Bulgarie.

⁴⁰La proposition était la suivante : "Les actuels sous-alinéas i) et iii) seraient remplacés par le suivant : i) tout contrat ou transaction de nature commerciale ou industrielle ou de louage [d'ouvrage] ou d'industrie qu'un État conclut ou effectue autrement que dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'État, 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. Il est proposé de remplacer le paragraphe 2 de l'article 2 par l'un des deux textes suivants : 2. Nonobstant les dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1, un contrat 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 sa conclusion, l'État qui y est partie a expressément réservé cette possibilité."

⁴¹Par. 13 à 16, *Rapport du Groupe de travail*, A/C.6/47/L.10, p. 3 et 4.

le Rapporteur spécial de la Commission ⁴². Aucune de ces propositions n'a recueilli l'assentiment général ⁴³.

43. Le Groupe de travail créé par la Sixième Commission en 1993 a examiné cette question compte tenu des résultats de l'année précédente. En ce qui concerne la définition de l'expression "transaction commerciale", le Président a remanié sa proposition, qui a recueilli un large appui ⁴⁴. Pour ce qui est des critères à appliquer, le Groupe de travail n'a pu parvenir à un accord général, bien que beaucoup de propositions aient été présentées par les représentants ⁴⁵.

44. Lors des consultations officieuses qui ont eu lieu en 1994 en application de la décision 48/413 de l'Assemblée générale, le débat concernant les critères s'est poursuivi. Le Président a proposé une base de compromis possible. Son idée était de donner aux États la faculté d'indiquer si le critère du but pouvait être pertinent au regard de leur législation et de leur pratique, soit par le biais d'une déclaration générale en ce qui concerne la Convention, soit par une notification spécifique à l'autre partie, quelle qu'en soit la forme, en ce qui concerne un contrat ou une opération donnée, soit une combinaison des deux, et ce afin de garantir la prévisibilité requise ⁴⁶.

⁴²Par. 18, *ibid.*, p. 4. Cette proposition se lisait comme suit : "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'."

⁴³Par. 17 et 19, *ibid.*, p. 4 et p. 12.

⁴⁴Par. 33 à 35, Rapport du Groupe de travail, A/C.6/48/L.4, p. 6 et 7.

⁴⁵Par. 36 à 48, *ibid.*, p. 7 à 10.

⁴⁶Par. 6, *Consultations officieuses tenues en application de la décision 48/113 de l'Assemblée générale*, A/C.6/49/L.2, p. 3. Le texte des éléments pouvant servir de base à un compromis se lisait comme suit : "On pourrait parvenir à un degré plus élevé de certitude en donnant aux États la faculté d'indiquer si le critère du but peut être pertinent conformément à leur législation et à leur pratique, soit par le biais d'une déclaration générale ayant trait à la Convention, soit par une notification spécifique à l'autre partie, quelle qu'en soit la forme, ayant trait à un contrat ou à une

3. Aperçu de la jurisprudence récente

45. La pratique des tribunaux des États dotés d'une loi relative à l'immunité a d'une manière générale consisté, pour déterminer si une activité était commerciale, à tenir uniquement compte de sa nature ⁴⁷. Outre la jurisprudence de ces États, il existe une jurisprudence reposant sur le critère de la nature au Zimbabwe et en Malaisie. Dans l'affaire *Barker McCormac (Pvt) Ltd. v. Kenya*, la Cour suprême du Zimbabwe a expressément fait sien le critère de la nature ⁴⁸. Dans l'affaire *Commonwealth of Australia v. Midford (Malaysia)*, la Cour suprême de Malaisie a jugé qu'elle déterminait si un acte était de nature commerciale en appliquant la *common law* anglaise et elle a appliqué le critère de la nature ⁴⁹.

46. En revanche, d'autres décisions retiennent le critère du but. Par exemple, dans l'affaire *Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.*, la Cour suprême des Philippines a tenu compte de l'intention qui motivait l'achat de terrains pour considérer que l'acte en question n'était pas de nature commerciale ⁵⁰. Les tribunaux français considèrent que si c'est la nature de l'acte qui doit être la considération principale, il faut dans certains cas tenir également compte du but de l'acte ⁵¹.

transaction donnée, ou une combinaison des deux. Ceci permettrait de clarifier la situation non seulement pour un particulier qui serait ainsi informé lorsqu'il conclut un contrat ou une transaction avec un État, mais également pour un tribunal auquel on demande d'appliquer les dispositions de la Convention."

⁴⁷Par exemple, *A Limited v. B Bank and Bank of X*, cour d'appel, Royaume-Uni, 31 juillet 1996.

⁴⁸*Barker McCormac (Pvt) Ltd. v. Government of Kenya*, Cour suprême, Zimbabwe, 22 juillet 1983, Haute Cour, 16 juillet 1985, 84 I.L.R. 18.

⁴⁹*Commonwealth of Australia v. Midford (Malaysia) Sdn Bhd and Another*, Cour suprême de Malaisie, 9 février 1990, 86 I.L.R. 640.

⁵⁰*The Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.*, Cour suprême, Philippines, 1er décembre 1994, 102 I.L.R. 163.

⁵¹Par exemple, *Société Euroéquipement c. Centre européen de la Caisse de stabilisation et de soutien des productions agricoles de la Côte d'Ivoire*, Tribunal d'Instance, Paris (France), 7 février 1991, commenté par A. Mahiou dans 118 J.D.I. 406 (1991), et *Sieur Mouracade c. Yémen*, cour d'appel de Paris (France), 20 février 1991, commenté par A. Mahiou dans 119 J.D.I. 398 (1992).

47. On trouvera, dans les paragraphes ci-après, diverses conclusions, y compris un aperçu de la jurisprudence pour la période 1991-1999 établi par le secrétariat de la Commission ⁵².

⁵²Le secrétariat a examiné les espèces ci-après : États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 11 février 1991, *Stena Rederi AB v. Commission de Contratos del Comité Ejecutivo General del Sindicato Revolucionario de Trabajadores Petroleros de la Republica Mexicana SC*; États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 17 avril 1991, *Shapiro v. Republic of Bolivia and Others* (ILR 98, p. 110); États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 19 avril 1991, *Schoenberg and Others v. Exportadora de Sal SA De CV* (ILR 98, p. 118, Lexis 6724); États-Unis, Cour d'appel, septième Circuit, 13 juin 1991, *Santos v. Compagnie nationale Air France* (ILR 98, p. 131); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 5 septembre 1991, *Gending and Others v. Republic of France and Others* (ILR 98, p. 159); États-Unis, Cour d'appel, sixième Circuit, 22 octobre 1991, *Gould Inc. v. Pechiney Ugine Kuhlmann and Trefimetaux* (ILR 98, p. 137); Lexis 24913); États-Unis, Cour de district, 4 octobre 1991, *Fickling v. Commonwealth of Australia* (ILR 103, p. 447); États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 28 octobre 1991, États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 21 juillet 1993, *Antares Aircraft LP v. Federal Republic of Nigeria and Nigerian Airport Authority* (ILR 107, p. 225); Australie, Cour suprême de Victoria, 17 février 1992, *Reid v. Republic of Nauru* (ILR 101, p. 193); Canada, Cour suprême, 21 mai 1992; *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada and Others* (ILR 94, p. 264); États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 22 mai 1992, *Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others* (ILR 103, p. 454); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 4 juin 1992, *United States v. Moats* (ILR 103, p. 480); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 11 juin 1992, *Arriba Limited v. Petroleos Mexicanos* (ILR 103, p. 490); États-Unis, Cour suprême, 12 juin 1992, *Republic of Argentina and Others v. Weltover Inc and Others* (ILR 100, p. 510); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 8 juillet 1992, *Walter Fuller Aircraft Sales Inc. v. Republic of the Philippines* (ILR 103, p. 503); États-Unis, Cour d'appel, septième Circuit, 14 décembre 1992, *Richard A. Week v. Cayman Islands*; États-Unis, Cour suprême, 23 mars 1993, *Saudi Arabia and Others v. Nelson* (ILR 100, p. 545); Royaume-Uni, Cour d'appel, 12 novembre 1993, *Littrell v. United States of America* (ILR 100, p. 438); États-Unis, Cour d'appel, Circuit du district de Columbia, 19 juillet 1994, *Cicippio and Others v. Islamic Republic of Iran* (ILR 107, p. 297); États-Unis, Cour de district du Delaware, 3 août 1994, *EAL (Delaware) Corp. Electra Aviation Inc. et al v. European Organization for the safety of Air Navigation and English Civil Aviation Authority* (ILR 107, p. 318); Irlande, Haute Cour, 22 novembre 1994, *Schmidt v. Home Secretary of the Government of the UK, The Commissioner of the Metropolitan Police and Jones* (ILR 103, p. 322); Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 30 novembre 1994, *Governor of Pitcairn and Associated Islands v. Sutton* (ILR 104, p. 508); États-Unis, Cour d'appel, Circuit du district de Columbia, 20 janvier 1995, *Janini v. Kuwait University* (ILR 107, p. 367); États-Unis, Cour d'appel, 16 mai 1995, *Gates and Others v. Victor Fine Foods and Others* (ILR 107, p. 371); Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 février 1996, *KPMG Peat Marwick and Others v. Davison/Controller et Auditor-General v. Davison, Brannigan and Others v. Davison* (ILR 104, p. 526), États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 18 mars 1996, *Brown v. Valmet-Appleton* (Lexis 4875); Royaume-Uni, Cour

48. Il a été jugé que les actes de puissance publique, souverains et de gouvernement, que seul un État peut accomplir et qui correspondent à des fonctions fondamentales de l'État, n'étaient pas des actes commerciaux. En revanche, les actes qui peuvent être, et sont souvent, accomplis par des agents privés et qui sont détachés de l'exercice d'une fonction étatique seront plus facilement jugés commerciaux. Dans une affaire, ces propositions ont été présentées sous la forme d'un critère, celui de savoir si l'acte en cause est un acte de droit privé ou relève des activités étatiques.

Une autre affaire ⁵³ donne à penser que le critère de "personne privée" aux fins de l'immunité souveraine doit être limité au contexte commercial dans lequel il a vu le jour.

49. Dans nombre des affaires examinées ⁵⁴, il a été jugé que le but de l'activité n'entraîne pas en considération s'agissant de déterminer la nature d'un contrat ou d'une opération et que c'est la nature de l'activité elle-même qui est le facteur décisif. Néanmoins, dans d'autres systèmes juridiques, il a été jugé qu'il n'est pas toujours possible de déterminer si un État avait droit à l'immunité souveraine en évaluant la nature de l'acte en cause. La raison en est, a-t-on dit, que la nature de l'acte ne pouvait être facilement séparée de son but. Dans ces conditions, il a parfois été jugé nécessaire d'examiner les motifs de l'acte. Parfois, même lorsque les motifs et le but ont été jugés non pertinents pour déterminer la nature commerciale d'une activité, on a invoqué le contexte dans lequel l'activité avait été exercée ⁵⁵.

50. C'est la nature de l'activité en cause qui est importante, et non celle d'autres activités qu'exerce l'entité. Ainsi, il ne suffit pas que l'entité en

d'appel, 31 juillet 1996, *A Limited v. B, Bank and Bank of X* (ILR 111, p. 590); États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 23 avril 1997, *Nordmann v. Thai Airways Int'L., Ltd.* (Lexis 8646); et États-Unis, Cour d'appel, Circuit du district de Columbia, 28 octobre 1998, *Atkinson v. Inter American Dev. Bank* (Lexis 24915).

⁵³Canada, Cour suprême, 21 mai 1992, *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada and Others* (ILR 94, p. 264).

⁵⁴En particulier dans les décisions des tribunaux des États-Unis citées à la note 49 ci-dessus.

⁵⁵Voir, par exemple, Australie, Cour suprême de Victoria, 17 février 1992, *Reid v. Republic of Nauru* (ILR 101, p. 193).

cause ait des activités commerciales sans lien avec l'action. En d'autres termes, il doit y avoir un lien entre l'activité commerciale et le fondement de l'action. Le droit d'agir doit découler de la transaction commerciale de manière pertinente. Le simple fait qu'une entité ait exercé des activités commerciales à d'autres occasions ne signifie pas qu'elle ne peut pas invoquer l'immunité dans une affaire donnée.

51. Dans certains États, on attache de l'importance au lieu de l'activité, soit parce qu'il constitue une condition distincte de la compétence, soit parce qu'on juge qu'il est important pour qualifier l'opération de commerciale. Dans un tel cas, l'exception à l'immunité tirée du caractère commercial de l'activité peut ne pas jouer s'il n'y a aucune relation ni aucun lien entre l'activité commerciale et l'État devant les tribunaux duquel la question est examinée ⁵⁶.

52. Il peut aussi être important d'examiner l'activité en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, par exemple la totalité du comportement, pour déterminer s'il s'agit d'une activité souveraine ou d'une activité commerciale. Ainsi, l'achat de services peut de prime abord apparaître comme une activité commerciale mais peut se révéler, vu dans son contexte, être une activité non commerciale.

53. On a considéré que les activités de deux gouvernements traitant, entre eux en tant que gouvernements ne constituaient pas des activités commerciales alors même que leurs tractations concernaient les activités commerciales de leurs nationaux ou d'entités publiques.

54. Les activités ci-après ont été jugées "commerciales" : l'émission d'obligations financières, le transport de passagers contre rémunération, la conclusion d'un contrat de vente, négocier et apaiser un actionnaire majoritaire, la location de locaux pour y exercer une activité commerciale NI

⁵⁶Dans une décision, un tribunal canadien a énoncé la condition ci-dessus sous la forme d'une recherche en deux étapes, à savoir une évaluation de la nature de l'activité suivie par une évaluation de la relation de l'activité avec l'instance engagée devant les tribunaux nationaux. Toutefois, il s'agissait d'une affaire d'emploi, une question traitée ailleurs dans le projet. Voir Canada, Cour suprême, 21 mai 1992, *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada and Others* (ILR 94, p. 264).

privée ⁵⁷, l'émission de lettres de change par une banque d'État en garantie d'un marché de travaux publics ⁵⁸, la garantie dans le cadre du contrat d'affrètement d'un navire à une entreprise publique ⁵⁹, et la location des services de consultant d'une société privée pour le développement des zones rurales d'un État ⁶⁰.

55. Il a été jugé que les activités ci-après n'étaient pas des "activités commerciales" : l'acceptation d'avertissements, les décisions de les lever, les avis au public, la conduite des relations avec le personnel sur une base navale, l'émission de monnaie, la constitution de sociétés, la réglementation des sociétés, la surveillance des sociétés, l'exercice de pouvoirs de police, l'imposition et la collecte de droits pour les services de navigation aérienne dans l'espace aérien national et international, le pouvoir de saisir des biens pour recouvrer une créance sans approbation judiciaire préalable, la mise en oeuvre de la politique générale de l'État en matière de maintien de l'ordre et de paix publique, la garde en vue de les détruire et la destruction effective des billets de banque d'un État dans un autre État.

4. Suggestions du Groupe de travail

56. Après avoir examiné la question à la lumière des considérations qui précèdent, le Groupe de travail a décidé de transmettre les suggestions ci-après à l'Assemblée générale.

57. La question de savoir quels sont les critères à appliquer pour déterminer si un contrat ou une opération est de nature commerciale ne se pose que si les parties ne sont pas convenues d'appliquer un critère défini ⁶¹ et si la loi applicable n'en dispose pas autrement.

⁵⁷Tribunal d'instance, Paris, 2ème arrondissement, 7 février 1991, *Euroéquipement c. Centre européen de la Caisse de stabilisation et de soutien des productions agricoles de la Côte d'Ivoire* et autres, ILR 1992, p. 37.

⁵⁸France, Cour de cassation, 18 novembre 1996, *Cameroons development bank c. Société des établissements Robber*, ILR 1988, p. 532.

⁵⁹Haute Cour de l'amirauté, Auckland, Nouvelle-Zélande, *Reef Shipping Co, Ltd, v. the Ship Fua Kavenga*, ILR 1992, p. 556.

⁶⁰États-Unis, Cour d'appel, Circuit du district de Columbia, 17 février 1997, *Practical Concepts Inc., v. Republic of Bolivia*, ILR 1993, p. 420.

⁶¹Voir note 40 ci-dessus.

58. Les critères envisagés en droit interne ou appliqué par les tribunaux nationaux sont assez variés : critère de la nature de l'acte, de son but ou de son motif, et critères complémentaires comme le lieu de l'activité et les circonstances dans lesquels l'acte a été accompli.

59. Lorsqu'il a examiné cette question, le Groupe de travail a examiné diverses options :

- a) Le critère de la nature comme critère unique;
- b) Le critère de la nature comme critère principal. [La deuxième partie du paragraphe 2 de l'article 2 serait supprimée];
- c) Le critère de la nature, complété par le critère du but avec une déclaration de chaque État concernant les règles de son droit interne ou les principes qu'il applique en la matière ⁶²;
- d) Le critère de la nature, complété par le critère du but;
- e) Le critère de la nature, complété par le critère du but avec certaines restrictions quant à l'étendue du "but" ou une liste de "buts" ⁶³. Ces restrictions ou cette liste doivent être plus qu'un simple rappel de motifs humanitaires;
- f) La simple mention, à l'article 2, des "contrats commerciaux ou opérations commerciales", sans explication;
- g) Adoption de l'approche suivie par l'Institut de droit international dans ses recommandations de 1991 ⁶⁴, qui repose sur une liste de critères et la mise en balance de principes, afin de définir la compétence de la Cour, en relation avec l'immunité juridictionnelle dans une espèce donnée.

60. À l'issue de cet examen, compte tenu des différences existant dans les faits de chaque espèce ainsi que dans les traditions juridiques, les membres du Groupe ont estimé que l'option f) ci-dessus était la plus acceptable. En pratique, la distinction entre les critères de la nature et du but était peut être moins importante que pouvait le donner à penser le long débat sur ce sujet. On a relevé que certains des critères retenus dans le projet d'article de l'Institut de droit international pourraient donner des indications utiles

⁶²Option proposée dans le document A/C.6/49/L.2, par. 6 (voir note 46 ci-dessus).

⁶³Voir note 42 ci-dessus.

⁶⁴Pour le texte de ces recommandations, voir l'appendice ci-après.

aux cours et aux tribunaux nationaux appelés à décider s'il fallait accorder l'immunité dans une affaire particulière.

C. NOTION D'ENTREPRISE D'ÉTAT OU AUTRE ENTITÉ D'ÉTAT EN MATIÈRE
DE TRANSACTIONS COMMERCIALES

1. Dispositions pertinentes du projet de la Commission

61. Le projet recommandé par la Commission à l'Assemblée générale en 1991 contenait les dispositions suivantes :

Article 10. Transactions commerciales

- - - -

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.

2. Évolution de la question

62. Le projet d'articles adopté par la Commission en première lecture ne contenait pas de disposition particulière sur les entreprises d'État. La Commission s'est penchée sur la question lorsque le deuxième Rapporteur spécial a proposé, dans son rapport préliminaire, l'article 11 *bis*. Il a expliqué que la nouvelle proposition formulée tenait compte des observations générales de certains États ⁶⁵. Ces États avaient suggéré d'inclure dans le projet d'articles une disposition relative aux biens d'État séparés, notion généralement admise dans les pays socialistes qui signifiait qu'une entreprise d'État, en tant qu'entité juridique, possédait une partie distincte des biens

⁶⁵République socialiste soviétique de Biélorussie et Union soviétique. Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, A/CN.4/415, *Annuaire ... 1988*, vol. II, (première partie), par. 122, p. 113.

nationaux ⁶⁶. On a soutenu qu'en égard à l'intérêt prépondérant détenu par l'État dans ces entreprises, l'absence d'immunité les concernant pourrait porter atteinte à l'immunité de l'État en cause. Pour protéger celle-ci, une telle disposition paraissait nécessaire. À l'opposé, on a fait valoir qu'en raison du lien étroit entre l'entreprise et l'État, il fallait ménager la possibilité de percer l'écran de la personnalité juridique afin que l'État ne puisse pas se servir de telles entreprises pour échapper à sa responsabilité.

63. À sa quarante et unième session en 1989, la Commission a examiné la question des biens d'État séparés, sur la base de la proposition présentée par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire. Selon le Rapporteur spécial, l'objet de cette disposition n'était pas seulement de définir la notion de biens d'État séparés, mais encore d'exempter l'État étranger souverain d'avoir à plaider son immunité à l'occasion d'un différend issu d'un contrat commercial entre une entreprise d'État à biens séparés et des personnes étrangères ⁶⁷. Bien que les membres de la Commission aient été nombreux à reconnaître l'intérêt d'une telle disposition, ils n'ont pas pu parvenir à un accord général sur sa formulation.

64. À la quarante-quatrième session de l'Assemblée générale, en 1989, la question des biens séparés a été examinée par la Sixième Commission. Certains représentants ont appuyé l'article proposé, estimant qu'il opérerait une distinction nécessaire, en ce qui concernait les contrats commerciaux, entre les États et leurs entités indépendantes, notion importante qui méritait d'être approfondie. On a fait observer que cette notion, si elle était appliquée de façon cohérente, permettrait de limiter le recours abusif à des

⁶⁶Pour la RSS de Biélorussie : Commentaires et observations des gouvernements, A/CN.4/410 et Add.1 à 5, *Annuaire ... 1988*, vol. II (première partie), par. 3, p. 81; et pour l'URSS : Ibid., par. 6 et 7, p. 92.

⁶⁷2115ème séance, Comptes rendus analytiques des séances de la quarante et unième session, *Annuaire ... 1989*, vol. I, par. 23, p. 150. La disposition proposée se lisait comme suit : Article 11 bis : "Si une entreprise d'État conclut, au nom de l'État, un contrat commercial avec une personne physique ou morale étrangère et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, des contestations relatives à ce contrat commercial relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre État, l'État ne peut invoquer l'immunité de cette juridiction dans une procédure fondée sur ce contrat commercial à moins que l'entreprise d'État, qui est partie au contrat au nom de l'État et qui a la possession et la disposition de biens d'État séparés, ne soit soumise aux mêmes règles et obligations en matière de contrat commercial qu'une personne physique ou morale".

actions judiciaires intentées contre l'État au sujet de contrats commerciaux conclus par ses entreprises publiques. Un représentant a exprimé son désaccord sur cette disposition. Il a déclaré qu'en fait les établissements publics ayant des activités économiques et commerciales, notamment les sociétés, entreprises ou autres entités ayant une personnalité juridique distincte, ne bénéficiaient d'immunités juridictionnelles ni en droit international ni en droit interne; lorsqu'elles avaient des activités commerciales dans l'État du for, ces entités étaient soumises aux mêmes règles de responsabilité, pour ce qui était des contrats commerciaux et autres questions de droit civil, que les personnes physiques et morales privées. Selon lui, attribuer la responsabilité de ces entités publiques à l'État lui-même reviendrait à faire de ce dernier un garant, à la responsabilité illimitée, des actes desdites entités. Le même représentant a fait observer que cette distinction, en termes d'immunité juridictionnelle entre l'État et ses entités indépendantes, intéressait tous les pays ⁶⁸. D'autres représentants ont estimé que la notion de biens d'État séparés demandait à être précisée et ont exprimé des doutes quant à la nécessité d'inclure dans le projet d'articles une disposition particulière sur cette question. Un représentant a fait observer que, même si le véritable problème que devait régler cette disposition était celui de la responsabilité de l'État quand une entreprise d'État avait conclu un contrat commercial, il y avait lieu d'envisager dans le projet d'articles certaines situations possibles ⁶⁹.

65. À la quarante-deuxième session de la Commission, en 1990, le Rapporteur spécial a proposé un nouveau texte pour l'article 11 *bis* ⁷⁰ et la Commission a débattu de la question. Les principales thèses avancées se sont partagées en deux groupes : d'une part, certains membres ont estimé que la question des entreprises d'État effectuant des transactions commerciales en qualité d'entités autonomes et juridiquement distinctes de l'État avait un champ d'application très large car elle était fort pertinente pour les pays

⁶⁸Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-quatrième session, A/CN.4/L.443, par. 240, p. 74 et 75.

⁶⁹*Ibid.*, par. 242, p. 75.

⁷⁰Troisième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, A/CN.4/431, *Annuaire ... 1990*, vol. II (première partie), p. 13.

en développement et même pour bien des pays développés; d'autres membres, en revanche, ont été d'avis que la disposition proposée était d'application limitée, la notion de biens séparés n'ayant cours que dans les États socialistes, et qu'elle ne devait pas être retenue dans le projet d'articles ⁷¹.

66. À la quarante-troisième session, en 1991, le Comité de rédaction a proposé un nouveau texte ⁷², que la Commission a adopté. Les caractéristiques en étaient les suivantes : premièrement, l'ancien article 11 *bis* était incorporé à l'article 10 en tant que paragraphe 3 et, deuxièmement, il était rédigé en termes plus généraux; en particulier, le mot "séparés" était supprimé ⁷³.

67. Au sein du Groupe de travail créé en 1992 en application de la résolution 46/55 de l'Assemblée générale, le Président a proposé une formulation très différente, en supprimant le paragraphe 3 de l'article 10 et en introduisant une nouvelle disposition ⁷⁴. Sa proposition visait à énoncer dans les termes les plus clairs possible la distinction, aux fins de l'immunité, entre l'État et certaines entreprises ou entités créées par l'État qui étaient dotées d'une personnalité juridique distincte. Cette distinction serait reconnue non seulement à propos des transactions commerciales effectuées par l'entreprise mais aussi à propos de toutes autres activités

⁷¹Comptes rendus analytiques des séances de la quarante-deuxième session, 2158ème à 2162ème séance, *Annuaire ... 1990*, vol. I, p. 62 à 103.

⁷²Comptes rendus analytiques des séances de la quarante-troisième session, 2218ème séance, *Annuaire ... 1991*, vol. I, p. 72 à 76.

⁷³Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), par. 11, p. 36.

⁷⁴La proposition tendait à supprimer le paragraphe 3 de l'article 10 et à introduire dans le projet la nouvelle disposition suivante, éventuellement comme paragraphe 2 de l'article 5 ou comme nouvel article de la partie V : "Les tribunaux d'un État ne peuvent exercer leur juridiction à l'égard d'un autre État 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'État ou une autre entité créée par l'État 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".

de l'entreprise, dès lors que l'exercice des prérogatives de la puissance publique n'étaient pas en jeu ⁷⁵.

68. Cette proposition ne réglait pas la question de l'insuffisance de capital des entreprises d'État, soulevée par certaines délégations. À cet égard, le Président a présenté une proposition qu'il avait reçue, après la fin du débat, du Rapporteur spécial de la Commission sur la question ⁷⁶. Le but de cette proposition était de donner aux entreprises privées la possibilité de "percer l'écran social" et de poursuivre l'État en justice pour une transaction de son entreprise d'État. Le Président s'est déclaré favorable à la proposition, estimant qu'il paraissait plus acceptable d'inclure dans le projet une disposition destinée à accroître la transparence financière des entreprises d'État, afin de prévenir les objections éventuelles de certaines délégations ⁷⁷.

69. L'examen de la question s'est poursuivi au sein du Groupe de travail créé en 1993 par la résolution 47/414 de l'Assemblée générale. S'agissant de l'approche à adopter, deux opinions différentes se sont fait jour : l'une était favorable à la démarche suivie dans le projet d'articles de la Commission, et l'autre tendait à traiter la question soit dans la deuxième partie (Principes généraux) du projet soit dans une clause de sauvegarde qui figurerait dans la quatrième partie. Le Président a présenté une proposition correspondant à la seconde approche ⁷⁸. Le paragraphe 2 devait remplacer le

⁷⁵Rapport du Groupe de travail, A/C.6/47/L.10, par. 31 et 32, p. 7.

⁷⁶Cette proposition tendait à ajouter, soit au paragraphe 3 de l'article 10, soit à la proposition du Président relative au paragraphe 1 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 État ou au contrat écrit".

⁷⁷Ibid., par. 33 et 34, p. 7 et 8.

⁷⁸Le texte proposé était ainsi conçu : "Faire du texte actuel de l'article 5 un paragraphe 1 et ajouter les deux paragraphes suivants :

'2. Les tribunaux d'un État ne peuvent exercer leur juridiction sur un autre État et ses biens en ce qui concerne une transaction commerciale réalisée par une entreprise d'État ou une autre entité établie par l'État qui : a) est dotée d'une personnalité juridique distincte; b) a la capacité d'ester en justice pour son propre compte; et c) a la capacité d'acquérir, de posséder et de céder des biens.

paragraphe 3 de l'article 10, et le paragraphe 3 prévoyait que l'État pourrait voir sa responsabilité engagée en qualité de garant de l'entreprise d'État ou autre entité de l'État ⁷⁹.

70. Le Groupe de travail a examiné successivement les différents paragraphes du texte proposé par le Président. En ce qui concerne le paragraphe 1, qui reprenait tel quel le texte de la Commission, certaines suggestions ont été faites au sujet de son libellé. En ce qui concerne le paragraphe 2, bien que certaines délégations aient objecté à ce paragraphe et que d'autres aient réservé leur position sur la question, la disposition proposée a été généralement bien accueillie, sous réserve de quelques observations. Quant au paragraphe 3, diverses vues ont été échangées sur son opportunité et ses incidences.

71. Lors des consultations officieuses tenues en application de la décision 48/413 de l'Assemblée générale, le Président a récapitulé les principaux problèmes et indiqué les éléments pouvant servir de base à un compromis ⁸⁰. Dans leurs observations écrites, certains membres de la Commission ont appuyé la base de compromis suggérée par le Président ⁸¹.

3. Le paragraphe 2 s'entend sans préjudice d'examen par les tribunaux de la responsabilité de l'État dans les cas où il agit en tant que garant d'une entreprise d'État ou d'une autre entité de l'État ou dans les cas où l'entreprise ou l'entité réalise la transaction en tant qu'agent autorisé de l'État".

⁷⁹Rapport du Groupe de travail, A/C.6/48/L.4, par. 49 et 50, p. 10.

⁸⁰Consultations officieuses tenues en application de la décision 48/413 de l'Assemblée générale, A/CN.6/49/L.2, par. 7 et 8, p. 3 et 4. Le texte énonçant les éléments de base d'un compromis se lit comme suit : "La portée de la disposition du paragraphe 3 de l'article 10 pourrait être clarifiée en précisant que la question de la responsabilité d'un État peut se poser dans le cadre d'une transaction commerciale conclue par une entreprise d'État ou une autre entité établie par cet État lorsque : a) l'entreprise d'État ou l'autre entité conclut une transaction commerciale en tant qu'agent autorisé de l'État; b) l'État agit en tant que garant de la responsabilité de l'entité; ou c) l'entité d'État a délibérément donné une idée fausse de sa situation financière ou réduit par la suite ses avoirs pour éviter de devoir satisfaire une demande".

⁸¹Réponses reçues des États, A/53/274 et Add.1.

3. Aperçu de la jurisprudence récente

72. Les paragraphes qui suivent s'appuient sur un certain nombre de conclusions figurant dans un résumé de jurisprudence établi par le secrétariat de la Commission, qui porte sur la période 1991-1999 ⁸².

73. Il apparaît que, pour pouvoir considérer les actes d'une entité comme ceux d'une institution (*instrumentality*) d'un État, il faut qu'il y ait une relation juridique entre l'État et l'entité en question. Si l'on ne peut démontrer l'existence d'une telle relation, il ne sera pas possible de "percer l'écran" pour accéder aux avoirs de cette institution.

74. Une distinction a été établie, aux fins de la responsabilité, entre une entité d'État pouvant prétendre à l'immunité souveraine et une entité de l'État qui fonctionne comme *alter ego* ou agent du gouvernement. Il a été jugé que, dans le second cas, la relation doit être plus substantielle que celle

⁸²Le secrétariat a analysé, dans son résumé, les affaires ci-après en rapport avec la question : Royaume-Uni, High Court, 9 juillet 1991, *Re Rafidain Bank* (ILR 101, p. 332); États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 28 octobre 1991, États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 21 juillet 1993, *Antares Aircraft LP v. Federal Republic of Nigeria and Nigerian Airport Authority* (ILR 107, p. 225); Australie, Cour suprême de l'État de Victoria, 17 février 1992, *Reid v. Republic of Nauru* (ILR 101, p. 193); États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 22 mai 1992, *Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others* (ILR 103, p. 454); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 4 juin 1992, *États-Unis v. Moats* (ILR 103, p. 480); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 11 juin 1992, *Arriba Limited v. Petroleos Mexicanos* (ILR 103, p. 490); États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 8 juillet 1992, *Walter Fuller Aircraft Sales Inc. v. Republic of the Philippines* (ILR 103, p. 503); États-Unis, Cour d'appel, septième Circuit, 14 décembre 1992, *Richard A. Week v. Cayman Islands* (Lexis 32985); États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 16 mars 1993, *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co, Kommanditgesellschaft v. Navimpex Centralia Navala* (ILR 103, p. 559); États-Unis, Cour suprême, 23 mars 1993, *Saudi Arabia and Others v. Nelson* (ILR 100, p. 545); États-Unis, Cour d'appel, deuxième Circuit, 19 avril 1993, *Cargill International SA v. M/T Pavel Dybenko*; Canada, Cour d'appel de l'Ontario, 31 janvier 1994, *Walter et al. v. Bank of New York Inc.* (ILR 104, p. 277); États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 16 juin 1994, *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation Hilao and Others v. Estate of Marcos* (ILR 103, p. 52; ILR 104, p. 119); États-Unis, Cour d'appel, 16 mai 1995, *Gates and Others v. Victor Fine Foods and Others* (ILR 107, p. 371); États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 23 avril 1997, *Nordmann v. Thai Airways International Ltd* (Lexis 8646); États-Unis, Cour d'appel, Circuit du District de Columbia, 28 octobre 1998, *Atkinson v. Inter American Development Bank* (Lexis 24915).

qui est requise pour qu'une entité ait la qualité d'entité d'État ⁸³. Il existe une présomption que les institutions de l'État conservent un statut juridique distinct et il appartient au demandeur de faire la preuve contraire pour établir l'existence d'une relation de représentation (*agency*) ⁸⁴.

75. Il a été jugé qu'un État ne pouvait prétendre à l'immunité lorsqu'il s'était approprié des droits sur des biens en violation du droit international et que les biens qu'il s'était ainsi appropriés étaient exploités par un organisme ou une institution de cet État ayant des activités commerciales dans un autre État ⁸⁵.

76. Il a été jugé une banque et ses employés qui avaient participé à une opération factice d'armes à la demande d'un service des douanes étaient les agents d'un État étranger et bénéficiaient par conséquent d'une immunité de poursuites, en dépit du fait qu'il n'existait pas de relation institutionnalisée entre la banque et ses employés et cet État ⁸⁶.

77. Il a été jugé que des personnes agissant en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles, sans l'autorisation d'un État étranger, peuvent se voir refuser l'immunité au motif que leurs actes ne sont pas ceux d'un organisme de l'État ⁸⁷.

4. Suggestions du Groupe de travail

78. Le Groupe de travail a examiné la question à la lumière des éléments qui précèdent. Il a en particulier tenu compte de la base possible de compromis sur cette question figurant dans le rapport du Président des consultations officielles qui s'étaient tenues à la Sixième Commission en 1994 ⁸⁸.

⁸³États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 8 juillet 1992, *Walter Fuller Aircraft Sales Inc. v. Republic of the Philippines* (ILR 103, p. 503).

⁸⁴États-Unis, Cour d'appel, cinquième Circuit, 11 juin 1992, *Arriba Limited v. Petroleos Mexicanos* (ILR 103, p. 490).

⁸⁵États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 22 mai 1992, *Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others* (ILR 103, p. 454).

⁸⁶Canada, Cour d'appel de l'Ontario, 31 janvier 1994, *Walker et al. v. Bank of New York Inc.* (ILR 104, p. 277).

⁸⁷États-Unis, Cour d'appel, neuvième Circuit, 16 juin 1994, *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation Hilao and Others v. Estate of Marcos* (ILR 103, p. 52; ILR 104, p. 119).

⁸⁸Document A/C.6/49/L.2, par. 8 (voir note 80 ci-dessus).

79. Le Groupe de travail a conclu que les suggestions ci-après pouvaient être transmises à l'Assemblée générale.

80. On pouvait rendre le paragraphe 3 de l'article 10 plus explicite en indiquant que l'État ne pourrait opposer l'immunité aux actions en responsabilité liées à une transaction commerciale effectuée par une entreprise d'État ou autre entité créée par lui dans les cas où :

a) L'entreprise d'État ou autre entité a effectué la transaction commerciale en tant qu'agent autorisé de l'État;

b) L'État agit en tant que garant de la responsabilité de l'entreprise d'État ou autre entité.

Cette explicitation pourrait être effectuée en qualifiant les actes visés aux alinéas a) et b) d'actes de commerce, ou par une déclaration interprétative commune en ce sens au moment de l'adoption de l'article.

81. Le Groupe de travail a aussi examiné le troisième facteur engageant la responsabilité de l'État suggéré dans la base de compromis susmentionnée, à savoir le cas où "l'entité d'État a délibérément donné une idée fausse de sa situation financière ou réduit par la suite ses avoirs pour éviter de devoir satisfaire une demande".

82. Le Groupe de travail a considéré que cette suggestion sortait du domaine de l'article 10 et soulevait diverses questions : immunité de juridiction, immunité d'exécution et question de savoir s'il était légitime, dans certains cas, de "percer l'écran social" des entités d'État. Le Groupe de travail a aussi estimé que cette suggestion laissait de côté la question de savoir si l'entité d'État, en agissant ainsi, agissait de son propre chef ou sur instructions de l'État.

83. Le Groupe de travail a noté que l'idée de "percer l'écran social" soulevait des questions de fond et des questions d'immunité mais il a jugé qu'il n'était pas habilité à les examiner dans le cadre de son mandat actuel.

D. CONTRATS DE TRAVAIL

1. Disposition pertinente du projet de la Commission

84. Le projet d'article recommandé à l'Assemblée générale par la Commission contient la disposition suivante :

"Article 11. Contrats de travail

1. À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un

contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accomplis, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions étroitement liées à l'exercice de la puissance publique;
- b) Si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat;
- c) Si l'employé n'était ni ressortissant ni résident habituel de l'État du for au moment où le contrat de travail a été conclu;
- d) Si l'employé est ressortissant de l'État employeur au moment où l'action est engagée;
- e) Si l'employé et l'État employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'État du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action."

2. Évolution de la question

85. L'article 11 s'efforce d'établir l'équilibre difficile entre les intérêts concurrents de l'État employeur; en ce qui concerne l'application de son droit interne, et les intérêts supérieurs de l'État du for, en ce qui concerne l'application de sa propre législation du travail ⁸⁹, en particulier la nécessité de protéger l'employé en lui donnant accès aux procédures légales.

86. Le paragraphe 1 de l'article 11 fixe la règle voulant que l'État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure se rapportant à un contrat de travail local. Le paragraphe 2 énumère les exceptions à cette règle. On a dit craindre que ces exceptions n'infirment la règle ⁹⁰.

87. Au cours des consultations officielles de 1994, les opinions sont restées divergentes quant aux alinéas a) et c) du paragraphe 2. Pour ce qui est du premier de ces alinéas, on s'est demandé si la locution "étroitement liées à l'exercice de la puissance publique" était assez claire pour que les tribunaux puissent l'appliquer facilement. Pour ce qui est du second, l'alinéa c), on a noté qu'il pouvait être incompatible avec le principe de

⁸⁹Commentaire relatif à l'article 11, par. 5).

⁹⁰Voir document A/C.6/48/L.4, par. 62.

la non-discrimination en raison de la nationalité. Le Président a proposé de préciser le membre de phrase figurant à l'alinéa a). Il a également proposé de supprimer l'alinéa c) en raison du principe de la non-discrimination ⁹¹.

88. En ce qui concerne l'alinéa a), on notera que l'exception qu'il prévoit figurait déjà dans le projet d'articles adopté en première lecture sous le libellé suivant :

"a) si l'employé a été engagé pour s'acquitter de services liés à l'exercice de la puissance publique;".

89. En 1988, M. Motoo Ogiso, Rapporteur spécial, a indiqué dans son rapport préliminaire qu'il partageait les craintes exprimées par les gouvernements dans leurs observations écrites, à savoir que l'alinéa a) tel qu'il était formulé ne donne lieu à des interprétations excessivement larges qui risquaient de créer la confusion en application de la future convention. Il a proposé de supprimer cet alinéa ⁹². Il a exprimé la même opinion en 1989 ⁹³.

90. La proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer l'alinéa a) suivait l'avis de certains membres de la Commission et de certains gouvernements qui estimaient que la qualité des personnes visées par cette disposition était définie trop largement. Le rapporteur spécial estimait cependant que cet alinéa visait essentiellement à exclure du champ d'application du paragraphe 1 le personnel administratif et technique des missions diplomatiques. Il a donc retiré la proposition tendant à le supprimer, pour proposer en 1990 un nouveau libellé :

"a) si l'employé fait partie du personnel administratif ou technique d'une mission diplomatique ou consulaire participant à l'exercice de la puissance publique;".

91. Certains membres de la Commission se sont déclarés en faveur de ce nouveau texte, d'autres se prononçant soit pour la suppression de l'alinéa, soit pour le libellé plus général approuvé en première lecture.

⁹¹A/C.6/49/L.2, p. 4, par. 9 et 10. Le Président a proposé une solution moyenne : "On pouvait envisager la possibilité de libeller plus clairement l'expression employée à l'alinéa a) et de supprimer l'alinéa c) compte tenu du principe de la non-discrimination".

⁹²*Annuaire ... 1988*, vol. II (première partie), p. 113, par. 132.

⁹³*Annuaire ... 1989*, vol. II (deuxième partie), p. 121, par. 508.

92. En 1991, l'alinéa a) a été adopté en deuxième lecture sous la forme qu'il revêt actuellement. Lors de cette deuxième lecture, la Commission a jugé que l'expression "services liés à l'exercice de la puissance publique" qui figurait dans le texte adopté en première lecture, risquait de se prêter à une interprétation par trop extensive, du fait qu'un contrat de travail conclu par un État avait de bonnes chances d'être "lié à l'exercice de la puissance publique", fût-ce très indirectement. Il a semblé que l'exception prévue à l'alinéa a) ne se justifiait que s'il existait un lien étroit entre le travail à accomplir et l'exercice de la puissance publique. L'adverbe "étroitement" a donc été ajouté avant le mot "lié". Pour éviter toute confusion avec les contrats de prestation de service qui relevaient de la définition de la "transaction commerciale" et, à ce titre, de l'article 10, le mot "services" a été remplacé par "fonctions" ⁹⁴.

93. L'alinéa c) a été également approuvé en deuxième lecture en 1991 sous sa forme actuelle. La question de savoir s'il pouvait être incompatible avec le principe de la non-discrimination n'a pas été abordée entre 1988 et 1990 ⁹⁵.

94. Le commentaire explique que cette disposition prévoit elle aussi que l'immunité des États s'applique lorsque l'employé n'est ni ressortissant ni résident habituel de l'État du for, le moment à prendre en considération pour ces deux conditions étant celui où le contrat de travail a été conclu. Cela évite qu'une partie à un litige ne change de nationalité ou n'établisse sa résidence permanente ou habituelle dans l'État du for pour faire échec à l'immunité de l'État employeur. La protection de l'État du for est limitée essentiellement à la main-d'oeuvre locale, c'est-à-dire aux ressortissants de l'État du for et aux non-ressortissants qui y résident habituellement ⁹⁶.

⁹⁴*Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 43, par. 9.

⁹⁵*Annuaire ... 1988*, vol. II (première partie), p. 113, par. 130;
Annuaire ... 1990, vol. II (deuxième partie), p. 36, par. 183.

⁹⁶*Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 45, par. 11.

3. Aperçu de la jurisprudence récente

95. Les paragraphes qui suivent s'appuient sur un certain nombre de conclusions figurant dans un résumé de jurisprudence établi par le secrétariat de la Commission qui porte sur la période 1991-1999 ⁹⁷.

96. Bien que l'on ait pu arguer qu'il n'existait pas en droit international de principe universel régissant le statut des employés des États étrangers, la jurisprudence considère souvent les contrats de travail comme un simple cas particulier de contrats de droit commercial ou de droit privé.

97. Il est important à cet égard de faire la distinction entre les États dont la législation relative aux immunités souveraines prévoit une disposition particulière pour les contrats de travail, et les États dont la législation

⁹⁷Les affaires suivantes, qui intéressent la question à l'examen, ont été analysées par le secrétariat dans ce résumé : Haute Cour de l'Irlande, 14 mars 1991, Cour suprême, 12 mars 1992 : *Gouvernement du Canada v. The employment Appeals Tribunal and Burke* (ILR 95, p. 467); Cour suprême des Pays-Bas, 1991 : *M.K.B. van der Hulst v. USA* (NYIL 1992, p. 379); Cour suprême de l'État de Victoria (Australie), 17 février 1992 : *Reid v. Republic of Nauru* (ILR 101, p. 193); Tribunal du sous-district de La Haye (Pays-Bas), 15 avril 1992 : *M.H.C v. The Republic of Cuba* (NYIL, 1996, p. 319); Cour suprême du Canada, 21 mai 1992 : *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada and Others* (ILR 94, p. 264); Cour d'appel du cinquième circuit des États-Unis, 11 juin 1992 : *Arriba Limited v. Petroleos Mexicanos* (ILR 103, p. 490); Cour suprême des Pays-Bas, 2 mars 1993 : *L.F.L.M. v. the Public Prosecutions Department* (NYIL 1994, p. 527); Cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 10 mars 1993 : *Rafidain Bank and Iraqi Ministry for Industry v. Consarc Corporation* (ILR 106, p. 274); Cour suprême des États-Unis, 23 mars 1993 : *Saudi Arabia and Others v. Nelson* (ILR 100, p. 545); Cour de district d'Amsterdam (Pays-Bas), 26 mai 1993 : *Republic of Italy v. B.V.* (NYIL 1995, p. 338); Chambre d'appel du Tribunal du travail du Royaume-Uni, 17 novembre 1994 : *London Branch of the Nigerian Universities Commission v. Bastians* (ILR 107, p. 613); Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, 30 novembre 1994 : *Governor of Pitcairn and Associated Islands v. Sutton* (ILR 104, p. 508); Chambre d'appel du Tribunal du travail du Royaume-Uni, 14 décembre 1994 : *Jayetilleke v. High Commission of the Bahamas* (ILR 107, p. 622); Cour d'appel du Royaume-Uni, 3 mars 1995, Chambre d'appel du Tribunal du travail, 10 juillet 1995 : *United Arab Emirates v. Abdelghafar and Another* (ILR 104, p. 647); Chambre d'appel du Tribunal du travail du Royaume-Uni, 6 juin 1995 : *Arab Republic of Egypt v. Gamal/Eldin* (ILR 104, p. 673); Chambre d'appel du Tribunal du travail du Royaume-Uni, 8 octobre 1993, section civile de la Cour d'appel, 6 juillet 1995 : *Government of the Kingdom of Saudi Arabia v. Ahmed* (ILR 104, p. 629); Cour d'appel du circuit du district de Columbia (États-Unis), 20 janvier 1995 : *Janini v. Kuwait University* (ILR 107, p. 367); Cour d'appel des États-Unis, 16 mai 1995 : *Gates and Others v. Victor Fine Foods and Others* (ILR 107, p. 371); Cour d'appel du cinquième circuit des États-Unis, 18 mars 1996 : *Brown v. Valmet-Appleton* (Lexis 4875).

ne le fait pas ou qui n'ont pas légiféré en cette matière. Dans ce dernier cas, il faut analyser le contrat de travail comme un contrat de droit commercial ou de droit privé, alors que dans le premier, il s'agit simplement de savoir si le contrat de travail considéré relève bien des dispositions pertinentes.

98. Le souci dominant est d'équilibrer la souveraineté des États et les intérêts de la justice mis en jeu lorsqu'une personne privée est partie à une opération avec un État. L'une des façons d'assurer cet équilibre consiste à faire valoir la distinction entre les actes relevant de la souveraineté, de la puissance publique ou de l'autorité gouvernementale et les actes de nature commerciale ou privée. Dans une affaire où l'immunité de l'État n'était pas reconnue ⁹⁸, le fait que les fonctions assumées par l'employé de la compagnie aérienne d'un État étranger étaient les mêmes que celles d'un pilote de l'aviation commerciale et n'avaient aucun rapport avec l'exercice de l'autorité souveraine a été considéré comme déterminant. Dans une autre affaire ⁹⁹, il a été jugé important du point de vue de la reconnaissance de l'immunité souveraine que le travail de l'employé consistait en fonctions d'administration et de secrétariat appuyant des fonctions souveraines.

99. L'immunité est en général reconnue quand il s'agit de l'emploi de personnes occupant des charges diplomatiques ou consulaires, dont les fonctions sont liées à l'exercice de la puissance publique.

100. Il ressort des affaires examinées que les tribunaux ont tendance à se juger compétents pour connaître des différends liés à des contrats de travail quand l'emploi dont il s'agit a son équivalent dans le secteur privé.

Cependant, il est également reconnu que certains travaux couverts par ce type de contrat comprennent des fonctions relevant de l'exercice de la puissance publique et les tribunaux se montrent alors disposés à accorder l'immunité.

101. Néanmoins, le Groupe de travail a fait observer que selon l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 11, un État étranger jouit de l'immunité dans les affaires mettant en jeu un contrat de travail quand la procédure concerne le recrutement de l'employé, la reconduction de son contrat ou son réengagement.

⁹⁸Cour suprême de l'État de Victoria (Australie), 17 février 1992 : *Reid v. Republic of Nauru* (ILR 101, p. 193).

⁹⁹Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 30 novembre 1994 : *Governor of Pitcairn and Associated Islands v. Sutton* (ILR 104, p. 508).

Mais l'immunité n'exclut pas l'exercice de la juridiction lorsqu'il s'agit de salaires impayés ou, dans certains cas, d'indemnités de licenciement.

102. Le Groupe de travail a relevé la différence qu'il y avait entre les droits et les devoirs des personnes physiques employées et les questions de politique générale de l'emploi ¹⁰⁰, qui relèvent essentiellement de l'administration du service public de l'État du for.

4. Suggestions du Groupe de travail

103. Après avoir débattu de la question à la lumière des considérations qui précèdent, le Groupe de travail est convenu que les suggestions suivantes pourraient être présentées à l'Assemblée générale.

104. Pour ce qui est de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 11, le Groupe de travail a conclu à titre provisoire que l'on pouvait supprimer le terme "étroitement liées" du membre de phrase "s'acquitter de fonctions étroitement liées à l'exercice de la puissance publique", de manière à restreindre l'application de cet alinéa aux "personnes s'acquittant de fonctions dans l'exercice de la puissance publique".

105. Le Groupe de travail est également convenu de rendre cet alinéa plus clair en disant expressément que le paragraphe 1 de l'article 11 ne s'applique pas "si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions dans l'exercice de la puissance publique", ce qui vise en particulier :

- le personnel diplomatique et les agents consulaires tels que les définissent la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires;
- le personnel diplomatique des missions spéciales et des missions permanentes auprès des institutions internationales;
- les autres personnes jouissant de l'immunité diplomatique, par exemple les personnes engagées pour représenter un État à une conférence internationale.

106. Pour ce qui est de l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 11, le Groupe de travail a décidé de recommander à l'Assemblée générale de le supprimer, car il est incompatible avec le principe de la non-discrimination en raison de la nationalité. Mais la disparition de cet alinéa ne doit pas

¹⁰⁰Voir en particulier *Italian Trade Union for Embassy and Consular staff v. United States*, 1981, 65 ILR, p. 338, et *United States of America v. The Public Service of Canada and Others*, ILR 94, p. 264.

préjuger de l'irrecevabilité éventuelle de la demande pour d'autres motifs que celui de l'immunité de l'État, par exemple la non-compétence de l'État du for. À cet égard, le Groupe de travail a noté qu'il pourrait y avoir quelque chose d'incertain dans le paragraphe 1 de l'article 11, par exemple quant au sens à donner au terme "en partie".

107. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait souhaitable de faire explicitement état à l'article 11 de la distinction dont il a été question ci-dessus au paragraphe 102.

E. MESURES DE CONTRAINTE CONTRE LES BIENS D'UN ÉTAT

1. Dispositions pertinentes du projet de la Commission

108. Le projet que la Commission a recommandé à l'Assemblée générale en 1991 renferme les dispositions suivantes :

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

1. Aucune mesure de contrainte telle que saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État, excepté si et dans la mesure où :

- a) L'État y a expressément consenti ainsi qu'il est indiqué :
 - i) Par accord international,
 - ii) Par un accord d'arbitrage ou dans un contrat écrit,
 - iii) Par une déclaration devant le tribunal ou par une communication écrite faite après qu'un différend a surgi entre les parties;
- b) L'État a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou
- c) Les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et situés sur le territoire de l'État du for et ont un lien avec la demande qui fait l'objet de cette procédure ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée.

2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 7 n'implique pas consentement à l'adoption de mesures de contrainte aux termes du paragraphe 1, pour lesquels un consentement distinct est nécessaire.

Article 19. Catégories spécifiques de biens

1. Les catégories de biens d'État suivantes ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés autrement qu'à des fins de service public non commercial au sens des dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 19 :

- a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés aux fins de la mission diplomatique de l'État ou 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;
- b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins militaires;
- c) Les biens de la banque centrale ou d'une autorité monétaire de l'État;
- d) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente;
- e) Les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente;

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice des alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 19.

2. Évolution de la question

109. Le projet d'articles adopté en 1991 établit une distinction claire entre l'immunité de juridiction et l'immunité à l'égard des mesures de contrainte. Il s'appuie sur le principe selon lequel aucune mesure de contrainte ne peut être prise, en y prévoyant certaines exceptions.

110. La Commission a adopté trois articles en première lecture : l'article 21 (immunité des États à l'égard des mesures de contrainte), l'article 22 (consentement à des mesures de contrainte) et l'article 23 (catégories spécifiques de biens) ¹⁰¹. S'agissant de l'article 21, les observations

¹⁰¹Annuaire de la Commission du droit international, 1986, vol. II, deuxième partie, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-huitième session (A/38/10). Le texte des articles adoptés

formulées par les gouvernements peuvent être rangées sous deux catégories différentes : la première concernait les précisions à apporter au champ d'application de la disposition et la nécessité d'éviter de limiter

en première lecture est le suivant :

Article 21. Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte : Tout État jouit, en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État, de l'immunité des mesures de contrainte, telles que toute saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, en ce qui concerne l'usage de ses biens ou des biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle [ou des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé], à moins que ces biens : a) ne soient spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins commerciales [non gouvernementales] et n'aient un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée; ou b) n'aient été réservés ou affectés par l'État à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure.

Article 22. Consentement à des mesures de contrainte : 1. Un État ne peut, en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État, invoquer l'immunité des mesures de contrainte en ce qui concerne l'usage de ses biens ou des biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle [ou des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé], s'il a expressément consenti à l'adoption de telles mesures concernant ces biens, tel qu'indiqués, et dans les limites de ce consentement : a) par accord international; b) dans un contrat écrit; ou c) par une déclaration devant le tribunal dans une affaire déterminée. 2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 8 n'est pas censé impliquer le consentement à l'adoption de mesures de contrainte aux termes de la quatrième partie des présents articles, pour lesquelles un consentement distinct est nécessaire.

Article 23. Catégories spécifiques de biens 1. Les catégories de biens d'État suivantes ne sont pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins commerciales [non gouvernementales] au sens des dispositions de l'alinéa a) de l'article 21 : a) les biens, y compris les comptes bancaires, situés sur le territoire d'un autre État et utilisés ou destinés à être utilisés aux fins de la mission diplomatique de l'État ou 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; b) les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins militaires; c) les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État qui sont situés sur le territoire d'un autre État; d) les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui sont situés sur le territoire d'un autre État et qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente; e) les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique ou historique sur le territoire d'un autre État et qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente. 2. Aucune catégorie de biens, ou partie de catégorie, énumérée au paragraphe 1 ne peut faire l'objet de mesures de contrainte en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État, à moins que l'État en question n'ait réservé ou affecté ces biens conformément aux dispositions de l'alinéa b) de l'article 21, ou n'ait spécifiquement consenti à l'adoption de ces mesures de contrainte à l'égard de tout ou partie de cette catégorie conformément aux dispositions de l'article 22.

inutilement les cas où des biens pourraient légitimement faire l'objet de mesures de contrainte ¹⁰² et la seconde l'importance que revêt le principe de l'immunité des États à l'égard des mesures de contrainte ¹⁰³. Par rapport aux deux autres articles susmentionnés, moins nombreux encore ont été les États à formuler des observations sur l'article 22 ¹⁰⁴. En ce qui concerne l'article 23, les gouvernements ont surtout insisté sur la nécessité de préciser encore davantage le sens de chaque paragraphe et alinéa ¹⁰⁵. Après avoir analysé les observations des gouvernements, le Rapporteur spécial, dans son rapport préliminaire et dans son deuxième rapport, a proposé quelques modifications à ces articles, mais sans en changer la structure au fond ¹⁰⁶. Les critiques portées contre le texte adopté en première lecture n'en demeuraient pas moins.

111. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial a proposé deux variantes aux fins de l'examen en deuxième lecture, la première étant le texte adopté en première lecture et la seconde une version remaniée de ce texte ¹⁰⁷.

¹⁰²Peuvent être réputés appartenir à cette catégorie les observations émanant des Gouvernements des pays suivants : Royaume-Uni, République fédérale d'Allemagne (telle qu'elle était constituée à l'époque), Belgique, les cinq pays nordiques, Australie, Canada, Qatar et Suisse, par. 211 à 213, Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (A/CN.4/415, Annuaire de la Commission, 1988, vol. II, première partie, p. 120.

¹⁰³Les pays suivants ont formulé des observations dans ce sens : République démocratique allemande, RSS de Biélorussie et URSS, par. 216, *ibid.*, p. 120.

¹⁰⁴Par. 222 à 225, *ibid.*, p. 121.

¹⁰⁵Par. 228 à 237, *ibid.*, p. 121 et 122.

¹⁰⁶Par. 240, Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, A/CN.4/415, Annuaire de la Commission. 1988, vol. II, première partie, p. 122 et par. 46, Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, A/CN.4/422 et Add.1, Annuaire de la Commission, 1989, vol. II, première partie, p. 80. Pour le texte, voir l'annexe III.

¹⁰⁷Troisième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, A/CN.4/431, Annuaire de la Commission, 1990, vol II, première partie, p. 18 et 19. Le texte est le suivant : Première variante : texte adopté en première lecture; Deuxième variante : Article 21. Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte. 1. Aucune mesure de contrainte, telle que saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, ne peut être prise contre les biens d'un État étranger sur le territoire d'un État du for, excepté si et dans la mesure où : a) l'État étranger y a expressément consenti à propos de ces biens, ainsi qu'il est indiqué : i) par accord d'arbitrage; ii) par accord

Il a expliqué que, compte tenu des observations reçues des gouvernements et des interventions faites à la Sixième Commission et à la Commission, une disposition limitant avec soin les mesures d'exécution aurait plus de chance de rencontrer l'approbation générale qu'une disposition les interdisant

international ou dans un contrat écrit; iii) par consentement écrit donné après qu'un différend a surgi entre les parties; ou b) l'État étranger a réservé ou affecté ses biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou c) Les biens sont situés sur le territoire de l'État du for et sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins commerciales [et ont un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée]. 2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 8 n'est pas censé impliquer le consentement à l'adoption de mesures de contrainte aux termes de la quatrième partie des présents articles, pour lesquelles un consentement distinct est nécessaire.

Article 22 : Catégorie spécifique de biens 1. Les catégories de biens d'État suivantes ne sont pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21 : a) les biens, y compris les comptes bancaires, situés sur le territoire d'un autre État et utilisés ou destinés à être utilisés aux fins de la mission diplomatique de l'État ou 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; b) les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins militaires; c) les biens de la banque centrale ou d'une autorité monétaire de l'État étranger qui sont situés sur le territoire d'un État du for et utilisés à des fins monétaires; d) les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui sont situés sur le territoire d'un autre État et qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente. e) les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique ou historique sur le territoire d'un autre État et qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente. 2. Aucune catégorie de biens, ou partie de catégorie, énumérée au paragraphe 1 ne peut faire l'objet de mesures de contrainte en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un État du for, à moins que l'État en question n'ait spécifiquement consenti à l'adoption de ces mesures de contrainte à l'égard de tout ou partie de cette catégorie conformément aux dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 21, ou n'ait réservé ou affecté ces biens conformément aux dispositions de l'alinéa b) du paragraphe 1 du même article.

Article 23 : Si un État confie des biens d'État, y compris des biens d'État séparés, à une entreprise d'État à des fins commerciales, il ne peut invoquer l'immunité des mesures de contrainte devant un tribunal de l'État du for en ce qui concerne ces biens d'État.

absolument ¹⁰⁸. Il a aussi ajouté une nouvelle disposition concernant les entreprises d'État ¹⁰⁹.

112. La démarche fondamentale sous-jacente à la deuxième variante, y compris l'idée de fusionner les articles 21 et 22, a recueilli l'approbation générale des membres de la Commission ¹¹⁰. Des opinions divergentes ont cependant été émises sur le fond du nouvel article 21, notamment sur deux points. Le premier concernait la suppression du membre de phrase "ou des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé", placé entre crochets dans la partie liminaire de l'article 21 et au paragraphe 1 de l'article 22 tels qu'ils avaient été adoptés en première lecture ¹¹¹. Le deuxième point sur lequel les opinions divergeaient était la suppression du membre de phrase "et ont un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée", placé entre crochets à l'alinéa c) du paragraphe 1 du nouvel article 21. Quant au nouvel article 22 proposé par le Rapporteur spécial, de nombreux membres de la Commission se sont déclarés favorables à l'incorporation de la clause "et utilisés à des fins monétaires" à l'alinéa c) du paragraphe 1 ¹¹². À propos du nouvel article 23, la majorité des membres ont estimé qu'il était sans doute inutile, mais que la Commission devait attendre l'issue de ses travaux sur la définition du terme "État", dans le nouvel article 2, et le sort qui serait réservé au projet d'article 11 *bis*. On a considéré que l'entreprise d'État, créée à des fins commerciales, n'étant pas un État au sens du nouvel article 2, n'était pas habilitée à accomplir des actes relevant de la puissance publique : elle échappait donc au champ d'application des immunités juridictionnelles des États et il convenait dès lors de supprimer le nouvel article 23 ¹¹³.

¹⁰⁸Par. 5 du commentaire, *ibid.*, p. 20.

¹⁰⁹Par. 9 du commentaire, *ibid.*, par. 9, p. 20.

¹¹⁰Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session, par. 222, *Annuaire de la Commission*, 1990, vol. II, deuxième partie, p. 43.

¹¹¹Par. 223, *ibid.*, p. 43.

¹¹²Par. 227, *ibid.*, p. 43.

¹¹³Par. 228, *ibid.*, p. 44.

113. À sa quarante-troisième session, en 1991, la Commission a achevé l'examen du projet d'articles en deuxième lecture. En ce qui concerne l'immunité d'exécution, elle a adopté les articles 21 et 22 proposés par le Rapporteur spécial en 1990, en tant que nouveaux articles 18 et 19, respectivement ¹¹⁴.

114. Dans les observations qu'ils ont communiquées par écrit, plusieurs États ont mis l'accent sur la nécessité de procéder à un examen plus approfondi de l'article 18. Certaines observations portaient sur l'importance qu'il y avait à distinguer les "mesures conservatoires antérieures au jugement" des "mesures d'exécution"; d'autres concernaient la possibilité de faire exécuter les jugements dans un État tiers; d'autres encore avaient trait à la nécessité de prévoir une disposition posant l'obligation pour les États de satisfaire à un jugement rendu contre eux ¹¹⁵. À propos de l'article 19, la plupart des gouvernements qui ont formulé des observations ont souhaité que les catégories de biens, et en particulier celles visées aux alinéas a) et c) du paragraphe 1, soient affinées et précisées davantage ¹¹⁶.

115. Le Groupe de travail constitué en application de la résolution 46/55 de l'Assemblée générale a examiné plus avant la question de l'immunité d'exécution. Pour ce qui est de l'article 18, il s'est penché sur les questions suivantes : premièrement, la condition de l'existence d'un lien entre les biens et la demande sous-jacente ou l'organisme ou l'institution concerné; deuxièmement, l'obligation pour les États de satisfaire au jugement; troisièmement, l'opportunité de maintenir ou non l'expression "destinés à être utilisés"; et enfin, l'absence de disposition sur les situations où un organisme ou une institution de l'État sont sous-capitalisés. En ce qui concerne l'article 19, on s'est interrogé sur les incidences de certaines dispositions, notamment sur la portée de l'expression "comptes bancaires" (par. 1, alinéa a)) et sur le sens de l'expression "autorité monétaire" (par. 1, alinéa c)). Certains membres ont exprimé des doutes quant à

¹¹⁴*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, annuaire de la Commission, 1991, vol. II, 2ème partie, p. 58 à 62.*

¹¹⁵Pour les observations des gouvernements, voir A/47/326 et Add.1 à 5, A/48/464 et A/C.6/48/3.

¹¹⁶Royaume-Uni, Italie.

l'opportunité de l'article 19, mais d'autres ont estimé qu'il était nécessaire en ce sens qu'il renforçait la protection reconnue à certains types de biens d'État et levait tout malentendu quant à l'immunité dont ils bénéficiaient ¹¹⁷. Le Président a émis l'avis que la disposition concernant l'obligation pour les États de satisfaire à un jugement rendu contre eux pouvait servir de base à un compromis. À l'issue du débat, le Président a soumis de nouvelles propositions à propos de l'article 18 ¹¹⁸.

116. À partir des propositions soumises par le Président du Groupe de travail en 1992 concernant l'article 18, les membres ont poursuivi leur débat au sein du Groupe de travail créé en 1993 conformément à la résolution, et le Président a présenté un amendement au nouveau paragraphe proposé au Groupe de travail. Nonobstant le long débat auquel il a procédé, le Groupe de travail n'a pu parvenir à un compromis sur aucune des propositions ¹¹⁹. En ce qui concerne l'article 19, on s'est une fois de plus interrogé sur sa raison d'être. Les membres du Groupe de travail ont également procédé à un échange de vues sur le sens de chacun de ses alinéas ¹²⁰.

117. Lors des consultations officielles qui ont eu lieu en application de la décision 48/413 de l'Assemblée générale, la question des mesures de contrainte a de nouveau fait l'objet d'un examen. Aucun compromis n'a pu être trouvé, et le Président a exposé comme suit les problèmes :

"D'une manière générale, les opinions divergent quant à savoir si l'exercice d'une juridiction par un tribunal à l'occasion d'une procédure visant à déterminer le bien-fondé d'une demande contre un État étranger donne à ce tribunal le pouvoir d'adopter des mesures de contrainte à l'encontre des biens de l'État en cause en vue de satisfaire un jugement valable confirmant la demande. Si ce pouvoir est reconnu, les vues divergent quant à savoir quels biens peuvent faire

¹¹⁷*Rapport du Groupe de travail*, A/C.6/47/L.10, p. 12 à 15.

¹¹⁸Par. 21 à 24, *ibid.*, p. 5 et 6.

¹¹⁹Par. 67 à 80, *Rapport du Groupe de travail*, A/C.6/48/L.4, p. 14 à 16. Le texte de la proposition du Président était conçu comme suit : "Aucune mesure de contrainte ne peut être prise contre les biens d'un État avant que la possibilité de se conformer au jugement ne lui ait été donnée dans des conditions appropriées."

¹²⁰Par. 81 et 82, *ibid.*, p. 16.

l'objet de mesures de contrainte. Toute tentative d'aplanir les divergences d'opinion sur ces questions devra tenir compte de l'intérêt que tout État a à réduire au minimum toute entrave à ses activités, qui résulterait des mesures de contrainte prises contre ses biens ainsi que de l'intérêt qu'il y a pour tout particulier d'obtenir satisfaction de sa demande contre un État étranger qui aurait été confirmée par une décision judiciaire ayant force de loi." ¹²¹

118. Il a également exposé comme suit les éléments susceptibles de servir de base à un compromis :

"12. Vu la complexité de la question, il n'a pas été possible de parvenir à un accord général sur la base d'un compromis dans les délais limités impartis. Les consultations officieuses ont fait apparaître qu'il pourrait se révéler nécessaire d'envisager plusieurs éléments en recherchant un compromis acceptable pour tous, les éléments ci-après étant retenus aux fins d'un examen plus poussé. Premièrement, on pourrait atténuer la nécessité de mesures de contrainte en mettant l'accent davantage sur le respect volontaire de tout jugement valable par tout État, et ce, en ménageant à l'État toute latitude pour déterminer les biens devant servir à la satisfaction du jugement ainsi qu'un délai raisonnable pour prendre les dispositions qui s'imposent. Deuxièmement, il pourrait se révéler utile d'envisager des procédures internationales de règlement des différends pour régler des questions relatives à l'interprétation ou à l'application de la convention, ce qui pourrait dispenser de satisfaire un jugement pour défaut de validité. Étant donné ces deux premiers éléments, le pouvoir qu'aurait tout tribunal d'adopter des mesures de contrainte serait circonscrit aux cas où l'État en cause manquerait de donner satisfaction ou d'engager des procédures de règlement des différends dans un délai raisonnable. Dans la mesure où l'État aurait toute latitude pour déterminer les biens devant être affectés à la satisfaction d'un jugement valable et fixer un délai raisonnable à cette fin, le tribunal serait habilité à prendre des mesures de contrainte contre tous biens de l'État se trouvant dans l'État du for qui ne seraient pas utilisés autrement qu'à des fins de

¹²¹Document A/C.6/49/L.2, par. 11.

service public non commerciales une fois que le délai de grâce aurait expiré.

13. En ce qui concerne les mesures antérieures au jugement, mettre l'accent sur le respect volontaire par tout État d'un jugement ultérieur et évoquer l'éventualité de mesures de contrainte rendraient également moins nécessaires ces mesures préventives qui pourraient être éliminées ou circonscrites aux biens appartenant aux organismes, institutions ou autres entités de l'État à l'occasion d'instances engagées contre eux plutôt que contre l'État et ses organes. On pourrait ainsi maintenir le lien indispensable en ce qui concerne les mesures antérieures au jugement qui ne seraient permises qu'à l'occasion d'instances engagées contre un organisme, une institution ou autre entité de l'État." ¹²².

3. Aperçu de la jurisprudence récente

119. Les paragraphes qui suivent s'appuient sur un certain nombre de conclusions figurant dans un résumé de jurisprudence établi par le Secrétariat de la Commission, qui porte sur la période 1991-1999 ¹²³.

120. Les affaires analysées relèvent, semble-t-il, de deux catégories, qui correspondent peut-être davantage à des différences de circonstances qu'à une différence d'approche discernable. Le problème clef tiendrait à la nature des biens de l'État en cause et à la question de savoir s'ils sont nécessaires à l'exercice de fonctions souveraines ou s'ils y sont expressément destinés.

¹²²Ibid., par. 12 et 13.

¹²³Dans son résumé de jurisprudence, le Secrétariat a analysé les affaires suivantes : États-Unis, Court of Appeals, Fifth Circuit, 11 février 1991, *Stena Rederi AB c. Comision de Contratos del Comite Ejecutivo General del Sindicato Revolucionario de Trabajadores Petroleros de la Republica Mexicana SC*; Italie, Cour constitutionnelle, 15 juillet 1992, *Condor et Filvem c. Ministre de la justice* (ILR 101, p. 394); États-Unis, District Court, Southern District of NY, 6 juillet 1992, *Foxworth c. Mission permanente de la République de l'Ouganda auprès de l'ONU* (ILR 99, p. 138); États-Unis, Court of Appeals, Second Circuit, 4 mars 1993, *767 Third Avenue Associates and Another c. Mission permanente de la République du Zaïre auprès de l'ONU* (ILR 99, p. 195); Pays-Bas, Court suprême, 28 mai 1993, *Fédération de Russie c. Pied-Rich B.V* (NYIL 1994, p. 512); Belgique, Tribunal civil de Bruxelles, 27 février 1995, *Iraq c. Dumez* (ILR 106, p. 284); Belgique, Tribunal civil de Bruxelles, 9 mars 1995, *Zaïre c. D'Hoop and Another* (ILR 106, p. 294); et Pays-Bas, tribunal de première instance de Rotterdam, 18 avril 1996, *P.C. van der Linden c. Gouvernement des États-Unis d'Amérique* (Ministère de la marine) (NYIL 1997, p. 344).

121. La première catégorie regroupe un éventail d'affaires ¹²⁴ dans lesquelles les demandes introduites en rapport avec des biens d'un État étranger ont été rejetées ou annulées sur la base de divers arguments d'ordre juridique, notamment les dispositions de la Charte des Nations Unies, de l'Accord de Siège passé entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis et de la Convention de Vienne, qui prévoient par exemple que les locaux des missions sont inviolables et que les missions et les représentants des États Membres de l'Organisation des Nations Unies doivent bénéficier des facilités et de la protection juridique nécessaires à l'exercice de leurs fonctions diplomatiques. Élément important commun à ces affaires, il semble que l'État dont les tribunaux sont saisis et l'État dont les biens sont en cause soient convenus de l'interprétation à donner à ces instruments. Autre facteur pertinent connexe, on note un souci de maintenir la réciprocité de la reconnaissance des privilèges et immunités diplomatiques des diplomates.

122. Se rattachent à la seconde catégorie d'affaires, en allant peut-être dans un sens différent, les observations faites à propos d'une affaire ¹²⁵, selon lesquelles :

- l'immunité des États étrangers à l'égard d'une saisie et d'une saisie-exécution dans l'État du for n'était pas simplement un prolongement de l'immunité de juridiction;
- le caractère absolu de l'immunité d'exécution a été de plus en plus souvent rejeté au cours des 30 dernières années;
- il n'existe plus de règle de droit international coutumier interdisant de façon absolue l'adoption de mesures de contrainte contre les biens d'un État étranger;
- il est désormais largement admis qu'on ne peut exclure le principe de mesures d'exécution contre les biens d'un État étranger;
- la portée de l'immunité d'exécution demeurerait plus large que celle de l'immunité de juridiction, laquelle ne s'appliquait pas aux activités exercées *jure gestionis*;

¹²⁴Voir les affaires portées devant les tribunaux américains énumérées à la note 123 ci-dessus.

¹²⁵Italie, Cour constitutionnelle, 15 juillet 1992, *Condor et Filvem c. Ministre de la justice* (ILR 101, p. 394).

- pour que l'immunité de saisie et de saisie-exécution joue, il fallait non seulement que l'activité ou la transaction en cause ait été exécutée *jure gestionis*, mais aussi que le bien frappé ne soit pas destiné à l'exercice de fonctions souveraines;
- au regard de la politique étrangère, l'intérêt que le pouvoir exécutif avait à préserver de bonnes relations avec les autres États ne justifiait plus une règle d'immunité absolue de saisie et de saisie-exécution dans le cas où le bien n'était pas destiné expressément à l'exercice de fonctions souveraines;
- si le pouvoir exécutif souhaitait éviter tout embarras, il lui était loisible d'intervenir dans la procédure et de proposer de rembourser un créancier cherchant à faire exécuter une mesure contre les biens d'un État étranger, ou de garantir le paiement d'une dette en échange du retrait par le créancier d'une demande de saisie contre ces biens.

123. D'autres affaires semblent appartenir à cette seconde catégorie.

Par exemple, dans l'une d'elles ¹²⁶, un tribunal a rejeté la demande d'immunité d'exécution présentée par un État et considéré qu'il n'existait pas de règle tacite de droit international prévoyant que la saisie d'un navire appartenant à un État et affecté à des fins commerciales n'était possible que dans des cas limités. Dans une autre affaire ¹²⁷, le tribunal a conclu que l'État n'était pas habilité à bénéficier de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution au motif qu'il avait agi en tant que personne privée ordinaire et parce qu'il avait été privé de ses prérogatives d'État souverain suite à des résolutions du Conseil de sécurité. Il a été réaffirmé à cette occasion qu'au regard du droit international, les États n'étaient pas fondés à bénéficier d'une immunité d'exécution absolue, que cette immunité ne s'appliquait qu'à certains avoirs et qu'il était nécessaire de déterminer si les fonds frappés de saisie avaient été affectés, en tout ou en partie, à l'exercice d'activités menées dans le cadre de fonctions souveraines. Une autre affaire jugée par le même tribunal renferme des observations analogues : il a été conclu qu'il

¹²⁶Pays-Bas, Cour suprême, 28 mai 1993, *Fédération de Russie c. Pied-Rich B.V.* (NYIL 1994, p. 512).

¹²⁷Belgique, Tribunal civil de Bruxelles, 27 février 1995, *Iraq c. Dumez* (ILR 106, p. 284).

existait une faculté d'analyser les avoirs d'un État étranger pour déterminer leur nature ¹²⁸.

124. Les deux catégories d'affaires visées dans les paragraphes qui précèdent ne laissent pas nécessairement apparaître une différence d'approche. Il existe une pratique constante qui veut que les tribunaux soient réticents à ordonner des mesures de contrainte contre les biens d'un État expressément destinés à l'exercice de fonctions souveraines. En outre, les affaires appartenant à la première catégorie semblent être régies par des dispositions de conventions et autres instruments internationaux qui reconnaissent aux États certains droits et leur imposent certaines obligations à l'égard d'autres États, alors que les affaires entrant dans la seconde catégorie semblent avoir été jugées sans que des dispositions de ce genre aient été invoquées.

4. Suggestions du Groupe de travail

125. Après avoir examiné la question à la lumière de toutes les considérations qui précèdent, le Groupe de travail a décidé de présenter à l'Assemblée générale les recommandations qui suivent.

126. Le Groupe de travail a conclu qu'il serait utile, pour aplanir les difficultés inhérentes à cette matière particulière, de faire la distinction entre les mesures de contrainte antérieures au jugement et les mesures de contrainte postérieures au jugement. On a fait cependant remarquer que les mesures de contrainte étaient, dans un cas comme dans l'autre, soumises aux conditions fixées à l'article 19 (Biens utilisés à des fins de service public non commerciales).

127. Pour ce qui est d'abord des mesures de contrainte antérieures au jugement, le Groupe de travail a été d'avis qu'elles [ne] devraient être envisageables [que] sous les formes suivantes :

- a) Mesures auxquelles l'État a expressément consenti, soit à titre spécial, soit à titre préalable;
- b) Mesures visant des biens désignés pour satisfaire la demande;
- c) Mesures offertes par les dispositifs internationalement acceptés [*leges specialis*], par exemple saisie de navires en vertu de la Convention internationale de Bruxelles relative à la saisie conservatoire de navires de mer (24 février 1956);

¹²⁸Belgique, Tribunal civil de Bruxelles, 9 mars 1995, *Zaire c. D'Hoop and Another* (ILR 106, p. 294).

d) Mesures visant les biens d'une entité dotée de la personnalité juridique, si cette entité est la partie défenderesse.

128. Pour ce qui est ensuite des mesures de contrainte postérieures au jugement, le Groupe de travail a été d'avis qu'elles [ne] devraient être envisageables [que] sous les formes suivantes :

a) Mesures auxquelles l'État a expressément consenti, soit à titre spécial, soit à titre préalable;

b) Mesures visant des biens désignés pour satisfaire la demande.

129. Le Groupe de travail a en outre étudié trois solutions entre lesquelles l'Assemblée pourrait choisir :

Variante I

- i) Reconnaissance du jugement par l'État et octroi à celui-ci d'un délai de grâce de deux à trois mois pour lui permettre d'exécuter le jugement et de désigner à loisir les biens qui serviront à satisfaire la demande;
- ii) Si le jugement n'est pas exécuté avant l'expiration du délai de grâce, application éventuelle de mesures d'exécution aux biens de l'État [sous réserve de l'article 19].

Variante II

- i) Reconnaissance du jugement par l'État et octroi à celui-ci d'un délai de grâce de deux à trois mois pour lui permettre d'exécuter le jugement et de désigner à loisir les biens qui serviront à satisfaire la demande;
- ii) Si le jugement n'est pas exécuté avant l'expiration du délai de grâce, transfert de la demande dans le domaine du règlement des différends entre États, ce qui suppose l'ouverture de procédures de règlement concernant la question particulière de l'exécution de la demande.

Variante III

L'Assemblée décidera peut-être de ne pas traiter de cet aspect du projet, en considération des prolongements complexes et délicats des questions qu'il recouvre. Le problème serait alors laissé à la pratique des États, sur laquelle les opinions divergent. Le titre du sujet et du projet serait modifié en conséquence.

III. ANNEXE

1. Par sa résolution 53/98, l'Assemblée générale a invité la Commission du droit international à présenter des observations au sujet des questions de fond non encore réglées se rapportant au projet d'articles sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens "compte tenu ... de l'évolution récente de la pratique des États et des autres facteurs se rapportant à cette question apparus depuis l'adoption du projet d'articles".
2. Il semble que par cette résolution, l'Assemblée générale ne souhaite obtenir de la Commission que des observations sur l'évolution récente de la pratique des États en ce qui concerne les problèmes analysés dans le document A/C.6/49/L.2 (consultations officielles tenues en application de la décision 48/413 de l'Assemblée générale).
3. Or, depuis l'adoption du projet d'articles, un autre fait est survenu dans la pratique des États et le droit interne à propos de l'immunité des États, sur lequel la Commission juge bon d'appeler l'attention de la Sixième Commission. Il s'agit de la thèse de plus en plus souvent avancée selon laquelle il conviendrait de refuser l'immunité en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un État en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*, notamment l'interdiction de la torture.
4. Au cours des dix années qui viennent de s'écouler, un certain nombre d'actions au civil ont été intentées devant des tribunaux nationaux, en particulier aux États-Unis et au Royaume-Uni, contre des gouvernements étrangers, pour actes de torture commis non pas sur le territoire de l'État du for mais sur le territoire du défendeur et d'autres États ¹²⁹.
5. À l'appui de ces demandes, les requérants ont fait valoir que les États ne sont pas habilités à invoquer l'immunité dans les cas où il y a eu violation de normes en matière de droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*.

¹²⁹Voir J. Bröhmer, *State Immunity and Violation of Human Rights* (1997); rapport du Comité international de l'Association de droit international chargé de la question de l'immunité des États (1994).

6. Dans certaines affaires ¹³⁰, les tribunaux nationaux ont accueilli cette thèse avec bienveillance.

7. Mais dans la plupart des affaires ¹³¹, il a été fait droit à la thèse de l'immunité souveraine.

8. Depuis que ces décisions ont été rendues, deux faits importants se sont produits, qui viennent renforcer l'argument selon lequel un État ne peut invoquer l'immunité en cas de violations massives des droits de l'homme.

9. Premièrement, les États-Unis ont modifié la Foreign Sovereign Immunity Act de manière à y incorporer une nouvelle exception à l'immunité. Cette exception, fondée sur l'article 221 de l'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act de 1996 prévoit que l'immunité ne jouera pas dans le cas

"où des indemnités pécuniaires sont demandées à un État étranger pour préjudices corporels ou mort causés par un acte de torture, une exécution extrajudiciaire, le sabotage d'un aéronef, une prise d'otage..."

Un tribunal refusera de connaître d'une demande si l'État étranger n'a pas été désigné par le Secrétaire d'État comme État terroriste en vertu de la législation fédérale ou si le requérant ou la victime n'était pas ressortissant des États-Unis au moment où le fait s'est produit.

10. Cette disposition a été appliquée dans deux affaires ¹³².

11. Deuxièmement, l'affaire Pinochet a mis en lumière les limites de l'immunité en cas de violations massives des droits de l'homme perpétrées par des agents de l'État ¹³³.

¹³⁰Voir : (Royaume-Uni) *Al-Adsani c. Gouvernement koweïtien*, 100 ILR, p. 471; (Nouvelle-Zélande) *Controller and Auditor General c. Sir Ronald Davidson* [1996] 2 NZLR 278, notamment p. 290 (selon Cooke P.); opinion dissidente de M. Wald, juge dans l'affaire (États-Unis) *Princz c. République fédérale d'Allemagne*, 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994), p. 1176 à 1185.

¹³¹Voir : (États-Unis) *Siderman de Blake c. République argentine*, 965 F 2d 699 (9th Cir. 1992); (États-Unis) *République argentine c. Amerada Hess Shipping Corporation* 488 US 428 (1989); (États-Unis) *Arabie saoudite c. Nelson* 100 ILR 544; (États-Unis) *Princz c. République fédérale d'Allemagne* 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994); (Royaume-Uni) *Al-Adsani c. Koweït* 107 ILR 536.

¹³²Voir : (États-Unis) *Rein c. Libye* (1999) 38 ILM 447; (États-Unis) *Cicippio c. Iran* 18 F Supp 2d 62 (1998).

¹³³Voir : (Royaume-Uni) *R c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate* : Ex Parte Pinochet Ugarte (No 3) [1999] 2 WLR 827 (HL).

12. Alors que dans son arrêt, sur cette affaire la Chambre des Lords s'est contentée de dire qu'un ancien chef d'État n'est pas habilité à bénéficier de l'immunité en cas d'actes de torture commis sur le territoire de son État et de déclarer expressément que cette considération ne porte en rien atteinte à la justesse de décisions faisant droit à l'exception d'immunité souveraine au civil parce qu'elle concerne des poursuites au pénal, il ne peut faire aucun doute que cette affaire et la publicité qui l'a entourée ont conforté l'idée que les agents de l'État ne devraient pas être habilités à faire valoir l'immunité en cas d'actes de torture commis sur leur propre territoire, qu'il s'agisse d'actions intentées au civil ou au pénal.

13. Les faits récents analysés dans la présente annexe, bien que n'étant pas expressément traités dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ont un lien avec l'immunité et à ce titre ne devraient pas être ignorés.

Appendice

L'article 2 du projet de 1991 de l'Institut de droit international ¹³⁴
se lit comme suit :

Article 2

Critères indicatifs de la compétence des tribunaux ou autres organes de l'État du for en matière d'immunité de juridiction

1. La compétence des organes de l'État du for doit être établie, cas par cas, sur la base des faits ainsi que des critères pertinents, aussi bien de compétence que d'incompétence; aucune priorité ne doit être accordée à l'un ou l'autre groupe de critères.

2. En l'absence de convention contraire, les critères suivants sont indicatifs de la compétence des organes de l'État du for pour connaître du fond de la demande, nonobstant une éventuelle revendication d'immunité de juridiction formulée par un État étranger :

¹³⁴Voir par. 59 et 60 ci-dessus.

a) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant des opérations commerciales auxquelles un État étranger (ou son agent) est partie.

b) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant des différends juridiques nés de rapports à caractère de droit privé auxquels un État étranger (ou son agent) est partie. Le type de rapports visé comprend (sans s'y limiter) les catégories juridiques suivantes : contrats commerciaux; contrats de prestation de services; prêts et arrangements financiers; cautionnement ou garanties en matière d'obligations financières; propriété, possession et usufruit; protection de la propriété industrielle et intellectuelle; questions juridiques concernant des sociétés ou associations, qu'elles jouissent ou non de la personnalité morale; actions réelles visant des navires et des cargaisons; lettres de change.

c) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant des contrats d'engagement ou des contrats de louage de services professionnels auxquels un État étranger (ou son agent) est partie.

d) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant des différends juridiques nés de rapports auxquels la loi du for n'attribue pas un "caractère de droit privé", mais qui reposent néanmoins sur des éléments de bonne foi et de confiance (sécurité juridique) sous le régime du droit local.

e) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un État étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'État du for.

f) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant les droits ou intérêts d'un État étranger sur des biens, mobiliers ou immobiliers, lorsqu'ils proviennent d'une succession, d'une donation ou de biens vacants; de la gestion de biens faisant partie du patrimoine d'une personne décédée, d'un malade mental ou d'un failli; de la gestion du patrimoine d'une société en cours de dissolution ou de liquidation; ou de la gestion des biens d'un "trust" ou de biens autrement détenus sous un régime fiduciaire.

g) Les organes de l'État du for sont compétents à raison du pouvoir de surveillance dont cet État dispose dans le cadre de conventions d'arbitrage conclues entre un État étranger et une personne physique ou morale.

h) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actes à propos desquels on peut raisonnablement admettre que les parties n'entendaient pas régler leurs différends par la voie d'une réclamation diplomatique.

i) Les organes de l'État du for sont compétents à l'égard d'actions concernant des obligations fiscales, impôts sur le revenu, droits de douane, droits de timbre, taxes d'enregistrement et impositions similaires, à la condition que ces obligations accompagnent normalement, selon le droit local, des relations commerciales ou autres rapports juridiques.

3. En l'absence de convention contraire, les critères suivants sont indicatifs de l'incompétence des organes de l'État du for pour connaître du fond de la demande lorsque l'immunité de juridiction d'un État étranger est en cause :

a) La relation entre l'objet du différend et la légalité des opérations de l'État défendeur au regard du droit international public.

b) La relation entre l'objet du différend et la légalité des actes législatifs et administratifs internes de l'État défendeur au regard du droit international public.

c) Les organes de l'État du for ne devraient pas se déclarer compétents à l'égard de questions dont la solution a été confiée à un autre système de recours.

d) Les organes de l'État du for ne devraient pas se déclarer compétents pour enquêter sur le contenu ou la mise en oeuvre des politiques de l'État défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique.

e) Les organes de l'État du for ne devraient pas se déclarer compétents à l'égard d'actes relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application d'un accord intergouvernemental créant un organisme, une institution ou un fonds soumis aux règles du droit international public.
