

2003

# Les Criteres de L'Acte Jure Imperii Dans la Pratique Contemporaine

Sompong Sucharitkul

Golden Gate University School of Law, [ssucharitkul@ggu.edu](mailto:ssucharitkul@ggu.edu)

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs>



Part of the [International Law Commons](#)

---

## Recommended Citation

Sucharitkul, Sompong, "Les Criteres de L'Acte Jure Imperii Dans la Pratique Contemporaine" (2003). *Publications*. Paper 666.  
<http://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs/666>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at GGU Law Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Publications by an authorized administrator of GGU Law Digital Commons. For more information, please contact [jfischer@ggu.edu](mailto:jfischer@ggu.edu).

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

**LES CRITÈRES DE L'ACTE *JURE IMPERII*  
DANS LA PRATIQUE CONTEMPORAINE**

Mémoire de DEA en droit international public  
Dirigé par M. le Professeur **JOE VERHOEVEN**

par **SOMCHARTI SUCHARITKUL**

Année Universitaire 2002-2003



## SOMMAIRE

### **Introduction**

#### **1<sup>e</sup> Partie : L'emploi des critères de la finalité et de la nature dans les règles de principe**

- I. La définition des critères classiques
- II. La renonciation explicite au critère de but dans la pratique allemande
- III. La rentrée du critère de la finalité dans la pratique des Etats-Unis
- IV. La dissémination de la pratique des pays du Commonwealth
- V. La pratique des pays de l'Europe occidentale
- VI. La pratique 'sporadique' des pays du reste du monde
- VII. La pratique conventionnelle, les projets d'articles et les résolutions
- VIII. Conclusion

#### **2<sup>e</sup> Partie : L'emploi des critères de la finalité et de la nature dans les exceptions aux règles de principe**

##### **Section 1 : Les contrats de travail**

- I. La pratique des pays sans règles spéciales pour les contrats de travail
- II. La pratique des pays du Commonwealth
- III. La pratique des pays de l'Europe occidentale
- IV. La pratique conventionnelle, les projets d'articles et les résolutions
- V. Conclusion

##### **Section 2 : Les délits civils non commerciaux**

- I. Dommages causés par les actes *jure imperii*
- II. Dommages environnementaux
- III. Dommages aux personnes subis sur le territoire du for
- IV. Dommages aux personnes se produisant en dehors du for
- V. Dommages subis pendant l'occupation armée
- VI. Conclusion

### **Considérations finales**

## LISTE DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

### Revues

<i>ACDI</i>	Annuaire de la Commission du droit international
<i>AIDI</i>	Annuaire de l'Institut du droit international
<i>ASDI</i>	Annuaire Suisse du droit international
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
<i>BYBIL</i>	British Yearbook of International Law
<i>ILM</i>	International Legal Materials
<i>ILR</i>	International Law Report
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)
<i>JT</i>	Journal des Tribunaux (Belge)
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RSDIE</i>	Revue suisse de droit international et de droit européen
<i>WLR</i>	Weekly Law Reports

### Tribunaux

BAG	Bundesarbeitsgericht
BVerG	Bundesverfassungsgericht
BVerWG	Bundesverwaltungsgericht
BGH	Bundesgerichtshof
USFSC	United States Federal Supreme Court
Cr. Cass.	Cour de Cassation

### Législations et conventions

FSIA 1976	Foreign Sovereign Immunities Act 1976 des Etats-Unis
FSIA 1986	Foreign Sovereign Immunities Act 1986 de l'Australie
SIA 1978	State Immunity Act 1978 de Rouyaume-Uni
CEIE	Convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972

### Associations et institutions scientifiques

IDI	Institut du droit international
CDI	Commission du droit international
ADI	Association de droit international

## Avant-propos

« Les Etats ne sont pas absolument d'accord sur la doctrine de l'immunité des Etats. Or, ceci ne signifie pas qu'il n'y ait aucune règle de droit international public en la matière, mais simplement qu'on se diffère sur le contenu précis de cette règle. Chaque Etat établit pour lui-même les limites de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, l'Etat a créé pour lui-même les exceptions. Je suis d'avis qu'il appartient aux tribunaux de chaque pays de définir la règle dans la mesure du possible tenant compte de la jurisprudence d'autres pays, de l'opinion des juristes qui ont étudié le problème, et du texte des traités et conventions, et surtout en définissant la règle aux termes qui soient conformes à la justice plutôt que contrairement<sup>1</sup>. »

- Lord Denning  
(*Trendtex Trading Corporation Ltd. v. Central Bank of Nigeria*, 1977, 1 All ER p. 888)

---

<sup>1</sup> Traduit par l'auteur, emprunté du texte suivant: "The nations are not in the least agreed on the doctrine of sovereign immunity. Yet this does not mean that there is no rule of international law on the subject. It only means that we differ as to what the rule is. Each country delimits for itself the bounds of sovereign immunity. Each creates for itself the exceptions from it. It is, I think, for the Courts of this country to define the rule as best they can, seeking guidance from the decisions of the courts of other countries, from the jurists who have studied the problem, from treaties and conventions and, above all, defining the rule in terms which are consonant with justice rather than adverse to it."

# INTRODUCTION

Les règles de l'immunité des Etats, fondées sur l'adage « *par in parem non habet jurisdictionem* », ont été depuis longtemps consacrées par la pratique des Etats. Les premières apparitions du principe de l'immunité de juridiction des Etats remonte au début de 19<sup>e</sup> siècle, introduit par des arrêts célèbres tels que *The Schooner Exchange c. M'Faddon* (1812)<sup>2</sup> et *Le Parlement Belge* (1880)<sup>3</sup> rendus à l'époque où les Etats s'étaient encore rattachés au caractère absolu de l'immunité. Désormais, la théorie de l'immunité absolue était devenue de plus en plus critiquée à cause de la participation croissante des Etats aux activités commerciales. Par conséquent déjà au début du 20<sup>e</sup> siècle la communauté internationale, surtout les Etats occidentaux industrialisés, se penche vers la doctrine de l'immunité restreinte, ce qui a donné lieu au développement des critères conçus pour distinguer les activités de l'Etat pour lesquelles il jouit de l'immunité *ratione materiae* (les actes *jure imperii* ou actes de souveraineté) des actes qui pourraient être assujettis à la juridiction du for sans mettant en cause la souveraineté de l'Etat étranger (les actes *jure gestionis* ou actes de gestion privée).

Plusieurs théories avaient été introduites au fur et à mesure dans la pratique des Etats pour justifier la mise à l'écart de l'immunité des Etats<sup>4</sup>. Prenant comme point de départ et afin de clarifier le propos de ce mémoire, il convient de les rappeler. A commencer par la plus ancienne, la théorie de la double personnalité de l'Etat (*Zwei-*

<sup>2</sup> 11 U.S. (7 Cranch) 116, 3 L.Ed. 297 (1812), Etats-Unis.

<sup>3</sup> L.R. Probate Division, 1879-1880, vol. 5, pp. 197-220, Court of Appeal, Royaume-Uni, 27.2.1880

<sup>4</sup> Cf. FOX (H.), "The Law of State Immunity", Oxford University Press, 2002, pp. 272-322. Dans cet ouvrage récent, Lady Fox présente d'une manière sommaire et catégorique certaines théories qui servent à distinguer l'acte *jure imperii* de l'acte *jure gestionis*.

*Seiten-Theorie*)<sup>5</sup> selon laquelle un Etat peut agir en tant que personne privée ou en tant que personne publique était la base de la jurisprudence classique<sup>6</sup> d'où plusieurs variantes ont été proposées : la **double personnalité de l'Etat** est la variante la plus simple qui repose en principe sur la personnalité morale de l'Etat dans la mesure où celui-ci pourrait agir comme une personne privée ou publique ; par contre, la deuxième variante vise non plus la personnalité mais plutôt la **double capacité de l'Etat** tout en s'interrogeant sur ce que l'Etat pourrait faire habituellement dans l'exercice normale de ses prérogatives ; puis on conçoit la distinction qui repose sur le **caractère privé ou public de l'acte** même et finalement l'interrogation sur la **commercialité de l'acte**.

D'autre part, la jurisprudence anglo-saxonne a développé la théorie de la renonciation objective ou tacite (*implied waiver*) conformément à laquelle un Etat est censé d'avoir renoncé à son pouvoir exorbitant lorsqu'il concourt avec les commerçants en effectuant une opération sur le marché<sup>7</sup>. Toutes les deux théories susmentionnées ont fait référence à deux critères objectifs : le caractère commercial de l'acte d'une part, et la possibilité de la réalisation de l'acte par une personne privée d'autre part. Alors que le premier critère concerne l'acte lui-même, le deuxième repose plutôt sur la qualité de la personne qui avait accompli l'acte en cause.

Néanmoins, l'utilisation de ces théories ne rend que des résultats incohérents et imprévisibles, ce qui a motivé plusieurs tentatives de catégoriser et d'énumérer les hypothèses spécifiques dans lesquelles les Etats bénéficient de l'immunité de juridiction

<sup>5</sup> V. De PAEPE, « De la compétence civile, etc. », JDI 22 (1985) pp. 31 et 33.

<sup>6</sup> Cf. *Mellerio v. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, Cour d'appel, Paris, 3.06.1872, JDI (1874), p. 32.

<sup>7</sup> V. COSNARD (M.), « La soumission des Etats aux tribunaux internes », pp. 339-396.

(les actes *jure imperii* 'ex lege') afin de renforcer la sécurité juridique. Or, ces techniques d'énumération n'avaient guère éliminé les incertitudes, ne pouvant pas régler toutes les hypothèses. Malgré les variantes proposées, telles que l'immunité de principe assortie à la liste négative des exceptions<sup>8</sup>, l'absence d'immunité de principe assortie à la liste positive des exceptions<sup>9</sup> ou même l'approche de la double liste de par laquelle le juge du for sera invité à chercher *in concreto* une solution équilibrée, voire même arbitraire, pour chaque cas d'espèce, des objections demeurent<sup>10</sup>.

En tout état de cause, ce qui était au cœur du développement des règles de l'immunité restreinte, c'est le critère de la nature et du but. Même les modèles d'énumération<sup>11</sup> les conservent encore leur valeur. En fait, ce qu'on cherche à faire c'est de préciser la priorité à accorder à chaque critère susvisé et dans la mesure du possible de déduire de la pratique contemporaine des Etats d'autres indices implicites dégagées par la mise en œuvre de ces critères. En outre, cette recherche contribuera au développement et l'optimisation du mode d'emploi de ces critères par rapport aux certains problèmes spécifiques de l'immunité.

Pour arriver aux objectifs susvisés, il convient d'étudier au début l'utilisation des critères classiques par rapport aux opérations commerciales (1<sup>re</sup> partie), ceux-ci étant les questions classiques les plus reconnues autour desquelles sont développées les règles

<sup>8</sup> Ceci est l'approche suivie par la CDI, ADI, FSIA 1976, SIA 1978, etc.

<sup>9</sup> Cf. LAUTERPACHT (H.), "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", *BYBIL* Vol. 28, 1951, pp. 220-272.

<sup>10</sup> V. BROWNLIE (I.), « Principles of Public International Law », 5th ed. 1998, pp. 333, 336-339, "another approach would be to employ a combination of two sets of criteria which are countervailing and therefore have to be 'balanced up' in relation to the facts of the case, rather than applied as autonomous propositions ... (the acts would be) characterized on its merits in the light of the relevant facts and the relevant criteria ... no presumption is to be applied concerning the dominance or priority of either group of criteria", et son Rapport définitive in *AIDI* Vol. 62 I, p. 45, 54-85.

<sup>11</sup> Cf. CEIE1972, FSIA1976.

générales de l'immunité. Ensuite, on va mettre en lumière la transposition des critères classiques au développement des règles spéciales (ou les exceptions) concernant les contrats de travail (2<sup>e</sup> partie, §1) et les délits civils non commerciaux ou les soi-disant 'torts' (2<sup>e</sup> partie, §2).

Pour mieux apprécier les objectifs de ce mémoire, il faut rappeler certains obstacles qui entravent l'investigation entreprise et qui sont quelque peu gênantes pour établir une conclusion mûre qui rendrait compte de la pratique de la communauté internationale. Premièrement, pour qu'on puisse réaliser une étude complète et prudente des critères, en identifiant l'acte *jure imperii*, il convient d'étudier également les affaires se rapportant à l'immunité d'exécution. Au surplus, dans certains ordres juridiques, l'immunité d'exécution et l'immunité de juridiction se trouvent sous l'égide d'un régime juridique unique. Désormais, compte tenu que l'immunité d'exécution présente des caractères assez particuliers et uniques par rapport à l'immunité de juridiction, il convient mieux que la première soit traitée à part dans le cadre d'un travail spécialisé. De plus, afin d'éviter un élargissement inutile, ce travail est limité à l'étude d'emploi des critères classiques à l'égard de l'immunité de juridiction. Deuxièmement, il faudrait rappeler que la plupart des pratiques prises en compte relèvent des pays anglo-saxons et il en est ainsi parce qu'il vaudrait mieux s'approfondir sur la pratique de certains pays qu'essayer d'aborder la totalité de la pratique d'une manière superficielle. Finalement, il est souhaitable de souligner que ce genre de travail ne prétend pas dégager de la pratique une règle coutumière abstraction faite de la pratique d'autres Etats.

# PREMIÈRE PARTIE : L'EMPLOI DES CRITÈRES DE LA FINALITÉ ET DE LA NATURE DANS LES RÈGLES DE PRINCIPE

Dans l'état actuel du droit international, l'immunité de juridiction de l'Etat étranger devant les tribunaux du for, est-elle un principe ou une exception ? Même si elle est un principe, la pratique des Etats et la doctrine ont démontré une divergence quant à son contenu précis. Pour ne pas entrer dans le débat sur ce point, il convient de partir de l'approche d'immunité – principe avancée par le projet d'article de la CDI (1991), ce qui avait été modelé sur les conventions internationales, les législations internes et la jurisprudence contemporaine de cette époque-là.

Compte tenu de ce que l'aspect le plus pratique des manifestations de *Zwei-Seiten-Theorie*<sup>12</sup> est celui concernant l'identification des actes commerciaux et eu égard à ce que les opérations commerciales étaient à l'origine de développement des critères de nature et de but, une analyse plus achevée pourrait être atteinte si on parle des actes commerciaux dans le cadre des règles générales de l'immunité de juridiction.

Dans cette première partie on va donner un aperçu général sur l'enjeu d'emploi des critères classiques (I) et on passera ensuite à l'étude de la pratique des Etats, en essayant de les catégoriser dans la mesure du possible, à commencer par l'Allemagne (II), les Etats-

---

<sup>12</sup> V. *supra*.

Unis (III), les pays du Commonwealth (IV), les pays de l'Europe occidentale (V), les pays du reste du monde, notamment des pays en voie de développement (VI), les textes conventionnelles et résolutions (VII) et finalement quelques remarques finales (VIII).

## **I. La définition des critères classiques**

Généralement, la qualification de l'activité étatique entre en jeu une fois réunies les conditions préalables pour qu'un Etat puisse invoquer l'immunité (cf. l'imputabilité des actes à l'Etat, la qualité du sujet étatique du droit international) mais on laissera de côté l'analyse de ces conditions préalables afin de pouvoir mieux consacrer aux problèmes posés par l'emploi des critères classiques. Concrètement, la qualification ressort du droit positif du for qui dépend encore de sa jurisprudence, de sa législation et des traités auxquels l'Etat est parti. Malgré des efforts remarquables d'énumérer les activités de l'Etat ne bénéficiant de l'immunité, les cas douteux demeurent, ce qui provoque en fin de compte le retour aux critères classiques de but ou de finalité.

### **a) Le but**

Le critère de but (ou de finalité) s'entend d'un élément subjectif – téléologique ou la raison pour laquelle un Etat étranger s'engage dans telle ou telle activité. Bien que certains pays, y compris la France, avaient accordé à ce critère le même rang que le critère de nature, la pratique contemporaine semble avoir attribuer une valeur secondaire au but de l'opération sinon sa mise à l'écart définitive.

### **b) La nature**

Le critère de nature, le plus utilisé dans la pratique contemporaine, prend en

considération l'élément objectif – ontologique ou la forme manifeste (*outward form*) du comportement au moyen duquel l'Etat étranger avait réalisé ses actes<sup>13</sup>. Malgré toute simplicité qu'on vient d'énoncer, ce critère a donné naissance à plusieurs variantes. En France par exemple, la nature se réfère à la forme du contrat alors qu'aux Etats-Unis, le juge du for dispose d'un recours à la soi-disant « épreuve de la personne privée » (*private person test*).

### c) Critères combinés

Il n'y a rien d'étonnant que certains juges prennent en considération tous les deux critères. Or, l'emploi des critères combinés soulève le problème de la priorité à accorder à chaque critère. Alors que certains Etats<sup>14</sup> dénoncent explicitement le recours au critère de la finalité, d'autres<sup>15</sup> reconnaissent pourtant sa valeur secondaire. Or la pratique d'autres Etats<sup>16</sup> ne permet pas de tirer aucune conclusion nette alors que la jurisprudence de certains pays a développé un mode précis<sup>17</sup> d'utiliser les critères combinés.

Désormais, ces généralisations énoncées ci-dessus ne sont pas absolument sans défauts sinon illusoires. En l'absence d'un accord entre les Etats sur le mode d'emploi de ces critères, la chance pour déboucher sur une convention internationale universellement acceptable sera sérieusement affaiblie. Par conséquent, il appartiendrait à chaque juridiction du for d'établir ses propres modes de qualification. Le défaut des règles générales reconnues a aussi entraîné l'entreprise de l'étude du droit comparé et ensuite une certaine absorption de la doctrine dégagée d'autres ordres juridiques.

---

<sup>13</sup> Cf. L'affaire *De Sanchez c. Banco Central de Nicaragua* (1985), *infra, op. cit.*

<sup>14</sup> Cf. Les Etats-Unis, l'Allemagne.

<sup>15</sup> Cf. Canada.

<sup>16</sup> Cf. Philippines.

<sup>17</sup> On se réfère à la pratique de Royaume-Uni qui vise le contexte de l'acte.

Pour ces raisons et afin de débrouiller et éclaircir les conclusions évidentes mais quelque peu illusoire, il convient de regarder de près comment les sujets étatiques du droit international qualifient les actes prétendument souverains par lesquels l'Etat se trouve impliqué.

## **II. La renonciation explicite au critère de but dans la pratique**

### **allemande**

Dès 1963, l'ordre juridique allemand s'attache exclusivement au critère de nature pour la classification de l'acte de l'Etat étranger aux fins de l'octroi ou du rejet de l'immunité de juridiction<sup>18</sup>. Le critère de but a été explicitement rejeté dans l'affaire concernant la *Réclamation contre l'Empire d'Iran* (1963)<sup>19</sup> où le BVerG affirmait qu'il n'y a aucune règle générale du droit international qui exclut la compétence du for à l'égard de la demande contre un Etat étranger se rapportant à ses activités non souveraines<sup>20</sup> et que la qualification de l'activité en cause doit être faite conformément au droit du for, le droit international ne fournissant aucun critère pour la distinction. La BVerG avait tiré cette conclusion après avoir soigneusement effectué des études du droit comparé de plusieurs Etats.

Toutefois, pour ne pas laisser la possibilité de se soustraire à la juridiction du for à la bonne volonté de l'Etat étranger, la qualification ne saurait dépendre de la finalité de l'opération en cause parce qu'en dernier recours, toutes les activités étatiques peuvent

---

<sup>18</sup> Avant l'arrêt *Réclamation contre l'Empire d'Iran* (1963, BVerGE 16, 27), la jurisprudence allemande n'était pas uniforme (45 ILR, p. 62).

<sup>19</sup> 45 ILR, p. 57, BVerGE 16, 27, NJW 1963, p. 1732, BVerG, Allemagne

<sup>20</sup> 45 ILR, p. 61.

servir à une finalité souveraine au sens large du mot. Il faut ainsi se limiter justement à la nature de l'opération ou les rapports juridiques en résultants (*Rechtsnatur*), à savoir, les agissements en exercice de l'autorité souveraine relève du droit public alors que les activités accomplies au titre d'une personne privée relève du droit privé<sup>21</sup>. Certes, un arrêt renonçant l'existence des règles du droit international sur la qualification fait obstacle à la recherche des règles coutumières en la matière mais sans aucune précision minutieuse, la BVerG avait reconnu certaines limites établies par le droit international par rapport à la qualification de sorte que certaines activités *jure imperii* de l'Etat étranger jouissent de l'immunité de juridiction en vertu du droit international, relevant de la sphère essentielle de l'autorité étatique (*kernbereich der hoheitlichen Betätigung*). En conséquence, quoi que ce soit la modalité de qualification, c'était le résultat qui doit se plier aux limites imposées par le droit international.

Fidèle à l'arrêt précité, le Landgericht condamnait le recours au critère de finalité dans l'affaire concernant la *Banque centrale de Nigeria* (1976)<sup>22</sup> où l'immunité de ce pays a été enlevée pour les commandements du ciment pour des fins militaires puisqu'il s'était engagé dans une opération objectivement commerciale : particulièrement, l'ouverture de la lettre de créance, l'exécution du contrat de vente et le paiement qui s'ensuit constituaient une série des activités du droit privé qui se sont déroulées dans le cadre des affaires bancaires. Outre que la confirmation de ce que la qualification relevait du droit allemand, le Landgericht confirmait aussi le renvoi du problème au niveau du

---

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 80.

<sup>22</sup> 65 ILR, p. 131-145, (No. 3/8 O 186/75 et 3/8 O 14/76), Landgericht, Frankfurt. Comparez cet arrêt avec d'autres concernant le commandement du ciment de la part de Nigeria tel que l'affaire *Trendtex* (1977), 64 ILR, pp. 111-154 et *Texas Trading* (1981), 63 ILR, pp. 552-567.

droit international public dans la mesure où il incombe au juge du for de dégager les limites imposées par le droit international en les identifiant dans chaque cas d'espèce.

Or, il faut constater que la renonciation au critère de but est assortie aux exceptions. Dans l'affaire impliquant *le Bureau de tourisme espagnol* (1977)<sup>23</sup>, l'Oberlandesgericht avait retenu le critère de but pour déterminer si l'utilisation par l'Etat étranger des ouvrages en violation du droit d'auteur bénéficierait de l'immunité de juridiction. Désormais, compte tenu de ce que l'Espagne avait exploité l'ouvrage protégé par le régime de la propriété intellectuelle en vue d'attirer le tourisme qui entraîne des profits, l'Espagne ne pourrait plus bénéficier de l'immunité de juridiction à l'égard de cette exploitation non autorisée. Ce recours exceptionnel à la finalité ne porte aucune atteinte à la doctrine dégagée de l'arrêt concernant *l'ambassade d'Iran* (1963)<sup>24</sup> mais il souligne simplement la nécessité des règles spéciales qui dérogent le régime général lorsqu'il s'agit de la propriété intellectuelle<sup>25</sup>. Toutefois, la mode d'emploi du critère de but soulève certaines questions de fond en ce qui concerne le « but lucratif » de l'activité concernée ; alors que la jurisprudence américaine analyse la recherche du profit sous le critère de nature, le juge allemand le fait dans le cadre du critère de but.

Dans l'ensemble, la jurisprudence allemande suggère l'existence d'un certain contenu minimum imposé par le droit international que l'Etat du for doit respecter. De telle limite rassemble à une sorte de l'ordre public du droit international qui est incorporé dans l'ordre juridique interne allemand. Bien que les critères pour la qualification de

---

<sup>23</sup> 65 ILR, pp. 140-145, (No. 6 U 184/74), Oberlandesgericht, Frankfurt

<sup>24</sup> *Supra, op. cit.*

<sup>25</sup> La propriété intellectuelle mérite un statut dérogatoire dans le principe de l'immunité des Etats car celle-ci dispose d'un régime juridique qui varie d'un ordre juridique à l'autre. Cf. En Allemagne, la musique du film dispose d'une existence légale autonome, même si elle était composée expressément pour un film particulier (65 ILR, p. 145).

l'activité relèvent du droit interne, la jurisprudence renvoi le problème au droit international public en ce qui concerne ses limitations.

### **III. La rentrée du critère de la finalité dans la pratique des Etats-Unis**

Bien que la jurisprudence des Etats-Unis prétend que l'immunité de l'Etat était fondée sur plusieurs principes de droit, notamment l'égalité et l'indépendance réciproque des Etats, elle fait référence à titre subsidiaire en passant à la courtoisie internationale. Par contre, l'exposition des motifs du FSIA américain (1976)<sup>26</sup> témoigne l'appartenance du principe de l'immunité au droit international<sup>27</sup>. Aux Etats-Unis, un Etat ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction à l'égard de ses activités commerciales ou autrement dit « *a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act* », telles que définies par la §1603(d) du FSIA. Néanmoins, on pourrait soustraire une activité de l'Etat étranger à la juridiction du for au moyen des techniques de la qualification préalable (a). Une fois extrait l'acte pertinent, le juge du for y appliquera le critère de la personne privée (b) mais celle-ci comporte en même temps des particularités quant au profit (c), la finalité (d) ainsi que la non appartenance des dommages corporels aux activités commerciales dont les aspects non commerciaux seront examiné plus tard dans la 2<sup>e</sup> partie

#### **a. La qualification préalable**

Le droit positif américain attache une importance capitale à ce qu'on pourrait dénommer « la qualification préalable » qui consiste à isoler ou extraire une opération

<sup>26</sup> Doc. ONU (21.10.76) pp. 55-63. Pour savoir de plus sur l'histoire du droit des immunités dans la pratique américaine, consultez le 4<sup>e</sup> rapport auprès la CDI, p. 267.

<sup>27</sup> V. §1602, "Under international law, states are not immune from the Jurisdiction of foreign courts insofar as their commercial activities are concerned".

spécifique de l'ensemble des actes agglomérés. On trouve des manifestations de ce isolement de l'acte pertinent à plusieurs reprises. Premièrement, dans l'affaire *Arango c. Guzman Travel Advisors Corp.* (1980)<sup>28</sup>, le Tribunal a refusé de donner suite à l'exception d'activités commerciales parce que l'exercice habituelle des telles activités par l'agence de voyage, subordonnée à la ligne aérienne nationale de la République Dominicaine n'impliquait pas qu'elle ne pourrait plus réaliser des actes de souveraineté pour le compte de l'Etat. En fait la participation de l'agence à l'expulsion du requérant mérite d'être isolé parce qu'elle n'appartenait pas au domaine commercial. Par conséquent, d'après le FSIA, le critère de la nature s'applique à sa participation à ladite expulsion. L'agence avait organisé le transport du requérant en exercice d'une fonction souveraine de l'Etat et cette implication n'attirerait aucunement la juridiction du for, ce qui n'empêcherait pas que l'Agence soit éventuellement responsable sous le régime de délit civil pour les dommages corporels. Dans ce sens, l'isolement de l'acte pertinent rassemble à l'approche contextuelle introduite par les tribunaux anglais<sup>29</sup>.

L'importance de la recherche de l'acte pertinent se manifeste de nouveau dans l'affaire *Callejo c. Bancomer SA* (1985)<sup>30</sup>. D'après le *District Court*, l'acte pertinent était le décret de contrôle sur les échanges, ce qui était de par sa nature *jure imperii*. Par contre, la Cour d'appel avait effectué une extraction de l'acte spécifique de son contexte souverain en affirmant que l'acte pertinent était précisément la vente du certificat de dépôt et la rupture de l'obligation contractuelle qui s'ensuit de s'en acquitter constituait en effet un acte tel que toute personne privée aurait pu accomplir et en ce sens un acte de

<sup>28</sup> 63 ILR, pp. 467-477, Court of Appeals, 5th Circ., Etats-Unis.

<sup>29</sup> Cf. *I Congreso del Partido* (1981), *infra, op. cit.*

<sup>30</sup> 84 ILR, pp. 106-131, Court of Appeals, 5th Circ., Etats-Unis.

commerce aux termes du FSIA. Le décret, un acte incontestablement *jure imperii*, ne saurait ainsi faire écran à la contestation de l'opération commerciale autonome et séparable. La Cour d'appel soulignait aussi que l'acte pertinent relève de la rupture de l'obligation spécifique<sup>31</sup> sur laquelle la réclamation s'était fondée.

La voile de souveraineté était préalablement enlevée et l'acte pertinent extrait encore une fois dans l'affaire *Chisholm c. Banque de Jamaïque* (1986)<sup>32</sup> dans laquelle les opérations d'approvisionnement des autorisations de crédit entreprises par la Banque de Jamaïque se singularisent. Etant donnée que la rupture spécifique du contrat susmentionné ne concernait que le rapport juridique entre la Banque de Jamaïque et Chisholm, sa soumission à la juridiction du for n'empiète en rien les prérogatives administratives de la Jamaïque en vue de régulariser son économie<sup>33</sup>.

Les tribunaux américains se réfèrent aussi à l'essence de l'obligation contractuelle afin de séparer l'obligation principale des actes auxiliaires qui relèvent de la puissance publique. La Cour d'appel, dans l'affaire *Practical Concepts Inc. c. Bolivia* (1987)<sup>34</sup>, avait tranché le contrat concerné en soumettant l'obligation essentielle, à savoir le paiement pour les conseils sur le développement des zones rurales, à la juridiction américaine. Ainsi, on pourrait faire abstraction des actes auxiliaires compris dans le même rapport juridique en dépit de sa nature *jure imperii*.

Dans l'affaire *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center and Others c. Hellenic Republic and Others* (1989)<sup>35</sup>, le tribunal du for revenait sur un contrat passé entre la

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 113, on se réfère à l'*activity on which the suit is based*.

<sup>32</sup> 121 ILR, pp. 487-499, Etats-Unis.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>34</sup> 92 ILR, pp. 420-430, Court of Appeals, D.C. Circ., Etats-Unis.

<sup>35</sup> 101 ILR, pp. 509-519, Court of Appals, 7<sup>th</sup> Circ., Etats-Unis.

Grèce et l'hôpital St. Luke concernant la transplantation des reins. Reproché pour la méconnaissance du contrat, la Grèce soutenait que le contrat faisait partie de l'exécution de sa législation sociale et que les opérations d'espèce s'occupant de la santé des ressortissants grecs ne peuvent être accomplies par une personne privée, compte tenu de la quantité des transplantations collectives visées. Néanmoins, le tribunal du for traitait l'opération comme un acte commercial, tout en considérant que l'essence même de l'obligation contractuelle était l'échange d'argent pour les services rendus, ce qu'une personne privée quiconque aurait pu également accomplir. Autrement dit, quoi que ce soit le débiteur, l'échange fondamental demeure le même. Peu importe la quantité des services sollicités, c'était plutôt la qualité ou l'essence du contrat qui détermine l'échange fondamental auquel on appliquera précisément le critère de la personne privée. La recherche de l'essence du contrat pourrait ainsi soulager les difficultés de l'application du critère de la personne privée.

**b. L'épreuve de la personne privée**

Une fois dégagé l'acte pertinent, le juge américain y applique le critère de la personne privée qui consiste à déterminer si l'acte aurait pu être accompli par une personne privée quiconque. Il convient ainsi d'apporter quelques remarques sur l'affaire *Texas Trading* (1981)<sup>36</sup> qui représente l'emploi pur et sans dérogation de ce critère classique. En l'espèce, le Nigeria avait émis plusieurs lettres de crédit pour le commandement du ciment, mais comme il avait unilatéralement résilié ledit commandement, il a aussi refusé d'honorer les titres de valeur auxquels il s'était engagé. Cette méconnaissance d'une obligation civile même effectuée sous l'égide des actes

---

<sup>36</sup> 63 ILR, pp. 552-567, Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circ., Etats-Unis.

législatifs ou exécutifs du Nigeria ne perd pas sa qualité d'un acte commercial régulier (*regular course of commercial conduct*<sup>37</sup>) parce qu'en fin de compte le Nigeria s'était engagé dans un contrat d'achat des biens tout en bénéficiant des rouages du marché et par ce motif, il doit être également assujéti sur le pied d'égalité avec les personnes privées aux risques et aux conséquences en découlant. Désormais, le contrat en cause n'est pas toujours accompagné d'une simplicité de forme<sup>38</sup> et en conséquence, le critère de la personne privée, apparemment simple, devient compliquée dans la mesure où elle subira éventuellement des dérogations considérables.

### c. Le profit

Le profit est un élément qui peut révéler la nature commerciale d'une activité étatique mais il est souvent confondu, à tort ou à raison, avec le but de l'opération. Pour autant, on se demande quelle est la valeur du profit dans la jurisprudence américaine. Dans l'affaire *Gibbons c. Udaras Na Gaeltachta* (1982)<sup>39</sup> le juge du for a fondé l'enlèvement de l'immunité de l'Etat sur le critère de la personne privée en combinaison avec la critère du profit ; en l'espèce, l'accord de coentreprise était tenu pour la participation à une activité commerciale car il s'agissait naturellement d'une activité qu'un individu pourrait habituellement réaliser au but lucratif<sup>40</sup>. Ce principe a été fidèlement appliqué dans l'affaire *Cicippio c. Iran* (1994)<sup>41</sup> où le juge du for conclut que

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 560, cf. M. Ristau précisait que « if a government enters into a contract to purchase goods and services, that is considered a commercial activity ». Aux yeux du juge américain, l'achat des botes ou des céréales, même pour soutenir l'armée, est considéré comme une activité commerciale.

<sup>38</sup> Cf. le problème se rapportant à *Marble Islands* dans l'affaire *I Congreso del Partido*. D'après Lord Wilberforce, le lien contractuel entre l'Etat et l'acheteur était absent (64 ILR, p. 307-330).

<sup>39</sup> 82 ILR, p. 81, at pp. 91-98, District Court, Southern District, New York, Etats-Unis.

<sup>40</sup> Alors que la formule pure de l'épreuve de la personne privée réussira dès lors qu'il s'agit d'une « *activity in which a private person could engage* » (cf. *Texas Trading*), la formule combiné avec le critère du profit vise plutôt « *an activity in which an individual might customary carry out for profit* » (cf. *International Association of Machinists v. OPEC*).

<sup>41</sup> 107 ILR, pp. 296-302, Court of Appeals, DC Circ., Etats-Unis.

la prise des otages prétendument imputable à l'Iran ne pourrait mettre en œuvre l'exception d'activités commerciales du FSIA car évidemment un commerçant ordinaire ne prend pas des otages dans l'intention de gagner un profit<sup>42</sup>. Le juge fait une distinction ainsi entre le but lucratif<sup>43</sup> de l'Iran et la modalité précise du critère de la personne privée qui consiste à déterminer si l'opération contestée tomberait sous la catégorie des affaires qu'un commerçant ordinaire prendrait en charge en vue d'obtenir un profit.

Ce raffinage du critère de la personne privée était aussi constaté dans l'affaire *Argentine c. Weltover* (1992)<sup>44</sup>. En l'espèce, l'émission des obligations d'Etat de la part du *Banco Central* en vue de financer les emprunts des ressortissants argentins, bien que d'après les tribunaux américains n'impliquant aucun but lucratif, constituait quand même une activité commerciale parce qu'une personne privée peut normalement s'engager à émettre des obligations pour financer une activité déterminée afin d'obtenir un profit. En tout état de cause, pour que le critère du profit soit pertinent, il doit être appliqué en harmonie avec celui de la personne privée.

Toutefois, l'appréciation du tribunal concernant l'existence du but lucratif est contestable car il demeure défendable que l'Argentine cherchait de s'acquitter de ses coûts d'opportunité<sup>45</sup> qui ne sont pas aisément valorisés au niveau pécuniaire. Ceci explique peut-être la raison pour laquelle la jurisprudence américaine se garde à prendre

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 301, "the kidnapping by itself cannot possibly be described as an act typically performed by participants in the market (unless one distorts the notion of a marketplace to include a hostage bazaar)".

<sup>43</sup> *Ibid.*, "That money was allegedly sought from relatives of the hostages could not make an ordinary kidnapping a commercial act any more than murder by itself would be treated as a commercial activity merely because the killer is paid".

<sup>44</sup> 100 ILR, pp. 509-519, Supreme Court, Etats-Unis.

<sup>45</sup> L'encadrement de la réduction des coûts d'opportunité dans le but lucratif est aussi défendable dans l'affaire *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center and Others v. Hellenic Republic and Others* (1989, *supra*, *op. cit.*) dans la mesure où le soulagement collectif des ressortissants grecques pourrait améliorer tant la qualité ainsi que la quantité des facteurs de production au long terme.

en compte le but de l'opération faisant l'objet du différend.

**d. La finalité**

Un coup d'œil simple ne suffit nullement pour déterminer si le FSIA retient ou non le critère de but. Désormais, la jurisprudence permet de tirer la conclusion que le critère de la finalité a été prudemment réintégré, malgré la réticence à son égard à la §1603 du FSIA.

D'abord, il n'est pas difficile de constater que la §1603 n'interdit à jamais le recours au critère de but. Dans l'affaire *MOL, Inc. c. People's Republic of Bangladesh* (1984)<sup>46</sup>, l'acte pertinent contesté était précisément la révocation unilatérale de la licence d'exportation de certains singes de la part du Bangladesh. En l'espèce, la Cour d'appel s'en remet tant au critère de la nature que du but pour rejeter la demande. Si on aurait limité à l'application du critère de la personne privée, il en résulterait que l'opération concernée ne pourrait être réalisée par une personne privée quiconque car l'objet de l'opération était à la disposition exclusive de l'Etat. Quoique contestable la prise en compte de la finalité de l'opération, à savoir le contrôle sur l'exportation des ressources naturelles, il est difficile voire impossible d'éviter que la finalité même intervienne à définir la nature de l'activité. De toute façon tant que les deux critères ne rendent pas des résultats contradictoires, il n'y aura aucun inconvénient pour que le critère de la finalité soit attribuée une valeur secondaire surtout pour renforcer la nature souveraine de l'acte pertinent.

---

<sup>46</sup> 80 ILR, pp. 583-586, Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circ., Etats-Unis.

Une utilisation plus contestable de la finalité se trouve dans l'affaire *De Sanchez c. Banco Central de Nicaragua* (1985)<sup>47</sup> puisque l'emploi de l'un ou l'autre critère en l'espèce aurait rendu un résultat contradictoire. Dans ce cas-ci, le défendeur, le *Banco Central*, une entité publique qui s'était engagée à reprendre les créances du *Banco Nacional*, une autre entité privée à laquelle celui-ci venait de succéder, avait suspendu le paiement d'un chèque correspondant à la créance fondée sur le certificat de dépôt antérieurement vendu par l'entité prédécesseur. Si on aurait appliqué le critère de la personne privée, tous les deux entités concernées auraient été descendues dans le domaine commercial s'agissant des instruments négociables. Par contre, le juge du for avait confirmé l'immunité de l'opération concernée au motif que la suspension du paiement était faite en vue de protéger les réserves en devises étrangères au Nicaragua. Ce raisonnement tout à fait étonnant se justifie sur le manque d'un rapport juridique direct entre les parties au différend et l'absence d'un but lucratif de la part du *Banco Central*, ce qui amène finalement le tribunal à conclure que la Banco central n'était pas entré dans le domaine commercial. Ce genre de raisonnement est quelque peu analogue à l'approche contextuelle des tribunaux anglais<sup>48</sup> dans la mesure où le domaine dans lequel l'Etat avait agi était pris en considération. Tant l'approche anglaise que l'approche américaine accorde au but de l'opération une certaine marge de manœuvre, chacun prive les commerçants de leur sécurité juridique. Au demeurant, il est particulièrement difficile d'établir la sécurité juridique en matière de l'immunité de l'Etat face à l'évolution constante des nouveaux instruments financiers. En tout état de cause, la méthode suivie

---

<sup>47</sup> 88 ILR, pp. 76-91, Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circ., Etats-Unis.

<sup>48</sup> Cf. *I Congreso del Partido* (1981), *infra*, *op. cit.*

par cet arrêt implique que le critère du but, quoique de valeur secondaire, pourrait devenir décisif surtout si le seul recours au critère de la nature ne rend aucun résultat incontestable.

La valeur du critère de la finalité est éclaircie dans l'affaire *Fuller Aircraft Sales c. Philippines* (1992)<sup>49</sup> dans laquelle le tribunal, fidèle à la décision précitée, estimait que la finalité pourrait définir la nature de l'opération contestée mais ne saurait intervenir qu'après l'échec du critère objectif de la personne privée de rendre une analyse claire sur la nature de l'activité en cause<sup>50</sup>. En l'espèce, la causalité entre le but souverain (la vente des aéronefs militaires afin de soulager le détournement des fonds publics imputable à l'ex-président Marcos) et l'opération de la vente n'était pas suffisamment étroite de sorte que le but absorbe le caractère commercial. Ainsi on a pu isoler l'acte commercial et y appliquer le critère de la personne privée et tant que celui-ci mène à un résultat satisfaisant, le recours au critère de la finalité est inutile.

Malgré la tendance récente favorisant le recours au critère de la finalité dans la jurisprudence américaine notamment dans les cas douteux, la limite de ce critère était constatée dans l'affaire *EAL (Deleware) Corp. et al. c. Europcontrol* (1994)<sup>51</sup>. En l'espèce le tribunal soutenait que lorsque la nature et le but deviennent impossibles à distinguer, le but de l'opération pertinente pourrait être déterminant mais sinon le but ne mérite pas *per se* d'être pris en considération. Compte tenu de ce que l'acte contesté imputable au défendeur était précisément la détention de l'aéronef conformément aux prérogatives réglementaires se reposant sur un accord multilatéral relatif aux charges

---

<sup>49</sup> 103 ILR, pp. 503-519, Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circ., Etats-Unis.

<sup>50</sup> Cf. *MacArthur Area Citizens Ass'n v. Republic of Peru* (1987), 86 ILR, p. 81, Etats-Unis.

<sup>51</sup> 107 ILR, pp. 329-330, District Court, District of Delaware., Etats-Unis.

routières, l'immunité de l'Europcontrol, en tant qu'organe agissant pour le compte de l'Etat étranger avait été retenue.

La marge de manœuvre exceptionnellement large que le critère de la finalité laisse aux Etats étrangers était à l'origine des hésitations envers la vraisemblance de ce critère. Toutefois, il faut souligner que parfois la finalité même de l'acte pourrait contribuer à l'enlèvement de l'immunité parce que le juge du for n'est pas tenu aux soumissions avancées par la partie étatique. Autrement dit, dans la mesure où la partie étatique ne maîtrise pas le procès, le critère de but peut jouer à leur encontre comme témoigné dans l'affaire *Gregorian c. Izvestia* (1989)<sup>52</sup> et *Cicippio c. Iran* (1994)<sup>53</sup>. Dans tous les deux cas, le juge du for ignorait les arguments et les preuves avancés par les requérants selon lesquels le défendeur avait poursuivi une finalité commerciale parce que la prise en compte du critère de but n'était pas opportune en l'espèce.

Finalement, un autre aspect contestable du critère de la finalité se trouve dans la doctrine 'Act of State' dans la mesure où celle-ci pourrait coïncider *ratione materiae* avec l'immunité de l'Etat étranger. Pour mieux rendre compte de cette coïncidence, il convient de regarder de près l'affaire *International Association of Machinists c. OPEC* (1981)<sup>54</sup> où le défendeur avait pu se soustraire de la juridiction américaine en invoquant l'applicabilité de la doctrine 'Act of State' parce que la soumission à la juridiction américaine reviendrait sur les prérogatives des pays de l'OPEC en matière du contrôle sur ses ressources naturelles et que cette ingérence entraînerait des résultats gênants pour la politique étrangère américaine. Si la doctrine de la BVerG<sup>55</sup> rendait vraiment compte de

---

<sup>52</sup> 98 ILR, p. 76-93, Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circ., Etats-Unis.

<sup>53</sup> *Supra*, *op. cit.*

<sup>54</sup> 66 ILR, pp. 413-421, Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circ., Etats-Unis.

l'état actuel de droit international, il importe peu la méthode utilisée par le juge du for pour accorder ou écarter l'immunité de l'Etat étranger car ce que l'Etat du for est tenu à faire, c'est tout simplement le respect des limites établies par le droit international. Il s'agit en conséquence, au moins au regard du droit international public, d'une obligation de résultat et dans ces limites la doctrine 'Act of State' a un point de contact avec le principe d'immunité de l'Etat étranger.

En tout cas, la prise en compte de la finalité de l'opération contestée a été ainsi devenue un luxe que l'Etat du for peut offrir à sa seule discrétion en faveur de l'Etat étranger.

#### e. Les dommages corporels et le commerce

Les tentatives visant à assimiler les dommages corporels au commerce ont souvent échoué. Bien que le tribunal constatait que les actes prêtant aux dommages corporels ne sont pas accomplis dans le domaine commercial et qu'ils ne sont pas *jure gestionis*, il n'avait pas non plus reconnu le caractère *jure imperii* de ces actes. On peut citer au titre exemplaire l'affaire *Letelier c. Chili* (1984)<sup>56</sup> dans laquelle le tribunal refusait l'assimilation de l'assassinat prétendument imputable à l'Etat étranger à une activité commerciale<sup>57</sup> parce que le meurtre n'est pas une activité qu'une personne privée accomplit d'habitude au but lucratif dans le domaine commercial.

Il en va de même dans l'affaire *Kline and Others c. Kaneko and Others* (1988)<sup>58</sup> où l'enlèvement et l'expulsion du plaignant en vue d'avancer les intérêts commerciaux

---

<sup>55</sup> Cf. *l'affaire concernant les réclamations contre l'empire d'Iran* (1963), *supra*, *op. cit.*

<sup>56</sup> 79 ILR, pp. 561-570, Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circ., Etats-Unis.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 570, « An act of political terrorism is not the kind of commercial activity that Congress contemplated ».

<sup>58</sup> 101 ILR, pp. 497-505, District Court, Southern District of New York, Etats-Unis.

mexicains étaient soustraits à la juridiction du for parce que les comportements susmentionnés étaient réalisés dans le cadre de la mise en application de la législation d'immigration nationale. Au surplus, la finalité de l'expulsion, quoique commerciale, ne pourrait être prise en compte en l'espèce.

Les limites de l'exception commerciale de la FSIA se manifestent encore une fois dans l'affaire *Princz c. RFA* (1994)<sup>59</sup> où un ex prisonnier de guerre soumis aux travaux forcés faisait grief d'avoir été illégalement exploité par le troisième Reich. Le requérant prétendait que l'exploitation sous le régime d'esclavage s'assimilait à l'activité commerciale car il avait avancé les intérêts économiques allemands. Cependant, la prétention a été écarté par le tribunal du for sous l'appréciation de ce que la prise de prisonniers constitue un acte *jure imperii* selon le critère de la personne privée. Toutefois, l'entrée en vigueur de la législation anti-terroriste pourrait rendre le fond des solutions susvisées quelque peu dépassées<sup>60</sup>.

## **IV. La dissémination de la pratique des pays du Commonwealth**

### **1. La pratique britannique**

En droit anglais, l'immunité d'Etat étranger trouve sa racine dans le droit international coutumier. Emprunté de l'arrêt *Holland c. Lampen-Wolfe* (2000)<sup>61</sup> le constat qui suit récapitule la position du principe d'immunité de l'Etat étranger en droit

---

<sup>59</sup> 103 ILR, p. 594, at pp. 607-609, District Court, D.C., Etats-Unis.

<sup>60</sup> V. la 2<sup>e</sup> partie, section II.

<sup>61</sup> *Infra, op. cit.*

contemporain anglais :

“State immunity ... is a creature of customary international law and derives from the equality of sovereign states. It is not a self-imposed restriction ... it is a limitation imposed from without upon the sovereignty of the United Kingdom itself<sup>62</sup>.”

Le principe de l’immunité de l’Etat étranger est précisément régi d’abord par le SIA britannique (1978)<sup>63</sup> qui suit une approche assez répandue en établissant l’immunité de principe (§1) complétée par des exceptions (§2-§11). L’exception de la transaction commerciale relève de la §3 qui englobe tout contrat de fourniture de biens ou de services, les contrats de prestation de services, tout prêt ou autre arrangements financiers de même nature et finalement tout autre transaction ou activité à laquelle l’Etat s’engage autrement que dans l’exercice de son autorité souveraine. L’imprécision bien voulue du SIA 1978 laisse encore une discrétion considérable à la jurisprudence anglaise pour définir et développer au fur et à mesure le mode d’emploi des critères à utiliser pour identifier une activité engageant la souveraineté de l’Etat étranger.

Contrairement à la pratique américaine, il est plus difficile d’identifier chacun des critères utilisés en droit anglais, leur distinction étant quelque peu brouillée. Force est d’analyser le contexte, la nature, ainsi que la finalité au même moment.

Pour mieux rendre compte de la pratique anglaise, il convient de rappeler deux arrêts classiques établissant des précédents solides en droit anglais. Bien avant l’entrée en vigueur du SIA 1978, on pouvait constater d’ores et déjà l’acceptation de la règle d’immunité restreinte dans l’affaire *Trendtex c. Banque centrale de Nigeria* (1977)<sup>64</sup> où

<sup>62</sup> 119 ILR, p. 384.

<sup>63</sup> Doc. ONU (20.07.78) pp. 41-51

<sup>64</sup> 64 ILR, p. 111-154, JDI (1988-2), pp. 1088-1089, High Court, Queen’s Bench Division ; Court of

l'entreprise requérante faisait grief du défaut de paiement de la part de la Banque centrale. Le motif principal avancé par Lord Denning pour enlever l'immunité était précisément la descente du Nigeria dans le domaine des commerçants ; dès lors qu'il se voit impliquer dans des opérations commerciales, il doit aussi être assujéti aux règles du marché<sup>65</sup>.

Cependant, d'après Lord Shaw, l'engagement de la Banque centrale dans la pratique régulière des affaires commerciales la prive de la qualité de l'organe étatique et par la suite elle ne pourrait plus jouir de l'immunité de juridiction parce qu'en agissant comme un commerçant, il a amené d'autres commerçants privés à agir inconsciemment sans être avertis des aléas inhérents aux entités étatiques<sup>66</sup>. Cette opinion individuelle donne quelques indices se rapportant au critère de la personne privée dans la mesure où la réalisation de certaines activités propres au monde des commerçants entraîne la perte d'immunité. En tout cas et sans préjuger en rien la perte de la qualité de l'organe étatique, Lord Shaw estimait que l'immunité doit être quand même écartée parce que de par sa nature, l'opération matérielle entreprise par la Banque ne constituait aucun exercice de l'autorité souveraine<sup>67</sup>. L'ensemble de ces observations avancées ci-dessus suggère que le critère de la nature vise une certaine comparaison des activités accomplies par l'organe étatique avec les actes que réalisent les commerçants d'habitude et si tous les deux sont assez proches, l'Etat était censé d'avoir agi en qualité d'une personne privée.

La préférence pour le critère de la nature sur celui du but a été assurée par la House of Lords dès l'arrêt *I Congreso del Partido* (1981)<sup>68</sup>. Avant tout, l'approche contextuelle,

---

Appeal, Civil Division, Royaume-Uni.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 148-149.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>68</sup> 64 ILR, pp. 307-330, JDI (1988-2), pp. 1090-1092, High Court, Queen's Bench Division Royaume-Uni; En l'espèce, deux navires étaient engagés au transport du sucre vers la Chile. D'une part, le *Playa Larga*

ce qui donne en effet une forme concrète aux raisonnements avancés par l'arrêt précité, a été consolidée grâce à Lord Wilberforce. D'après lui, pour effectuer une qualification appropriée notamment lorsqu'on se trouve en présence de plusieurs éléments tant publics que privés, il faudrait d'abord y appliquer l'approche contextuelle selon laquelle on cherche à trouver le domaine dans lequel l'acte pertinent a été réalisé. Ce domaine est précisément défini par le contexte autour duquel la réclamation s'était fondée (*cause of action*). En d'autres termes, compte tenu de la théorie de la double personnalité selon laquelle les entités en cause pourraient avoir agi tant dans le contexte commercial que dans le contexte d'autorité publique, il faut vérifier si l'acte pertinent s'encadre dans l'un ou l'autre.

Une fois déterminé le contexte dans lequel l'acte pertinent s'était déroulé, on peut procéder par la suite à y appliquer les critères de la nature, ce qui n'empêche pas que le critère du but puisse devenir utile pour trancher un acte pertinent dont le caractère était particulièrement difficile à comprendre uniquement par le critère de la nature. Or, ceci ne signifie pas que les motifs qui se cachent derrière le manquement à l'obligation juridique pourraient altérer le caractère commercial de l'acte pertinent s'il était suffisamment clair<sup>69</sup>.

Pour mieux comprendre le rapport entre le critère du contexte et l'application des critères classiques, à savoir celui du but et de la nature, il faut regarder de plus près les activités se rapportant à chaque navire impliqué en l'espèce. Quant au *Playa Larga*,

---

appartenait à la République de Cuba, cette dernière était sans doute contractuellement engagée envers le Chili pour la livraison du sucre. D'autre part, la République de Cuba était devenue propriétaire du *Marble Islands* et sa cargaison sans être partie au contrat de transport maritime.

<sup>69</sup> 64 ILR, p. 314-315.

comme le navire appartenait au départ à la République de Cuba, il n'est pas douteux qu'elle s'était engagée dans le domaine commercial parce que les opérations impliquées auraient pu être également réalisées par les personnes privées, et donc il n'y avait aucune nécessité d'exercer les prérogatives de la puissance publique pour accomplir les actes pertinents. Le critère de la finalité a été rejeté en l'espèce de sorte que le tribunal faisait abstraction de ce que les opérations étaient réalisées sous l'auspice des instructions gouvernementales parce qu'en fin de compte les conséquences qui en découlent résultent inévitablement de l'entrée de l'Etat étranger dans le contexte commercial, dans lequel on peut distinguer des instructions gouvernementales<sup>70</sup> et pour autant la rupture du contrat de vente imputable au propriétaire du *Playa Larga* n'était plus protégée par l'immunité d'Etat.

Contrairement à la pratique américaine en ce qui concerne la qualification préalable, il est particulièrement difficile de tirer des conclusions générales sur le moment où le critère du contexte entrerait en jeu. On se demande s'il conviendra mieux d'extraire au départ une bonne fois pour tous l'acte pertinent (cf. la vente) de l'acte de souveraineté (cf. les instructions gouvernementales) pour que l'on puisse éviter de revenir postérieurement sur la séparabilité des actes mixtes. Si la séparation de l'acte pertinent aurait été déjà faite dans les considérations du contexte, on pouvait économiser les justifications pour ne pas utiliser le critère de la finalité, car la pertinence de l'acte de souveraineté aurait été déjà écartée. Dans ces limites, l'approche contextuelle recourue en l'espèce rassemble tout à fait à l'isolement des actes dans la jurisprudence américaine avancé

---

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 320.

<sup>71</sup> Cf. *Arango c. Guzman Travel Advisors Corp.* (1980), *infra*, *op. cit.*

antérieurement<sup>71</sup>.

Par contre, en ce qui concerne *Le Marble Islands*, Lord Wilberforce considère à titre d'opinion dissidente que l'Etat n'avait pas agi dans le domaine commercial parce qu'il n'était pas partie au connaissement (*bill of lading*), le titre sur lequel la réclamation s'était fondée. Dans ce cas-ci, attendu que la République de Cuba s'était approprié du navire en haute mer, lorsqu'il était déjà chargé des biens, le transfert du titre de connaissement à la Cuba est contestable. En conséquence, si le propriétaire du *Marble Islands* n'avait jamais entré dans le contexte commercial, les dons de ces biens au Vietnam pourraient avoir été qualifiés comme un acte *jure imperii*<sup>72</sup> mais sans préjuger en rien le délit civil de détournement (*conversion*) des marchandises auxquelles se rapportaient ces connaissements. Pour récapituler, Lord Wilberforce considère que les actes de puissance publique, sous la forme d'une rupture de contrat, peuvent se superposer aux actes de gestion en l'espèce<sup>73</sup> mais justement si l'Etat avait agi dans le domaine d'autorité publique. La divergence d'opinion avancée ci-dessus résulte peut-être de l'impuissance des critères classiques à confronter les spécificités de la pratique des marchands.

En dépit des difficultés encourues pour définir le rôle des critères classiques dans l'approche contextuelle, l'affaire *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. (1992)*<sup>74</sup> témoigne des tendances devenant de plus en plus claires. Au préalable, il semble que l'approche contextuelle était tenu ici pour une sorte de qualification préalable parce qu'elle était intervenue au début de l'analyse afin de séparer les actes *jure gestionis* des

<sup>71</sup> Cf. *Arango c. Guzman Travel Advisors Corp.* (1980), *infra, op. cit.*

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 322-323.

<sup>73</sup> JDI (1988-2), p. 1091.

<sup>74</sup> 103 ILR, p. 340-419, High Court, Queen's Bench Division; Court of Appeal, House of Lords, Royaume-Uni.

actes *jure imperii*. D'une part, l'invasion et l'occupation du Koweït sont des actes *jure imperii* accomplis par l'Iraq en exercice de ses prérogatives de la puissance publique. Ainsi, en ce qui concerne la saisine des aéronefs en tant que butins de guerre, l'Iraqi Airways Co. s'était intervenu pour le compte de l'Iraq comme un instrument pour la réalisation matériel de l'acte *jure imperii* qui consiste en l'appropriation des biens koweïtiens. Il en va de même pour l'ordonnance iraquienne qui avait affecté les aéronefs saisis pendant l'occupation du Koweït au service de la ligne aérienne iraquienne. D'autre part, l'exploitation commerciale de la ligne aérienne par l'Iraq, quoique dépendant de l'ordonnance iraquienne, constituait en effet une activité *jure gestionis* qui se déroule dans le domaine commercial et donc non couverte par l'immunité de l'Etat<sup>75</sup>. Ainsi pourrait-on conclure que contrairement à la qualification préalable envisagée dans la pratique américaine, l'approche contextuelle ne se limite pas à extraire un acte pertinent de l'ensemble des actes agglomérés mais par contre elle se termine par la distinction des actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, tous les critères classiques étant déjà utilisés dans l'analyse même du contexte. Il n'y a pas de critère unique auquel le juge anglais se réfère généralement lors de la qualification (*no single bright line test*) mais l'approche contextuelle permet le cas échéant de prendre en considération d'autres critères tels que la finalité ou le profit.

Cet arrêt suggère que le critère de la nature se manifeste devant les tribunaux anglais comme une vérification du domaine dans lequel l'acte contesté appartient. Ce mode d'emploi de critère de la nature est moins précis que le critère de la personne privée. Parce que le contexte accorde une marge de manœuvre plus large aux tribunaux,

---

<sup>75</sup> *Ibid*, p. 397-402, 405,406, 413-15.

il est extrêmement difficile de tirer des règles simples qui rendent compte de son utilisation.

La théorie du contexte n'implique pas qu'un acte ne pourrait jamais être *jure imperii per se*. Autrement dit, s'il ne s'agissait pas d'une série des actes mixtes agglomérés parmi lesquels tant la capacité publique que la capacité privée de l'Etat étranger se voit impliquer, rien n'empêche que l'on constate le caractère souverain de l'acte concerné sans procéder à l'analyse du contexte.

A certains égards, la pratique anglaise est similaire à la pratique américaine en ce qui concerne la manifestation du critère de la nature. Dans l'affaire *Littrell c. USA* (1993)<sup>76</sup>, le requérant, un soldat américain, faisait grief d'avoir subi des erreurs médicales à l'hôpital militaire américaine. Sa prétention selon laquelle le rapport du droit public que l'Etat étranger entretient avec ses soldats devrait se transformer en rapport du droit privé entre le soldat et le médecin a été rejeté par la Cour d'appel car d'après l'approche contextuelle, le rapport du droit public susvisé constitue une « *overriding relationship*<sup>77</sup> » qui prévaut sur tout rapport du droit privé dans le contexte concerné. Au surplus, comme le contexte permet la prise en considération de toutes les circonstances liées à la nature de l'activité sans qu'aucun élément unique soit déterminant<sup>78</sup>, le tribunal avait eu recours au critère de la non-ingérence<sup>79</sup> (on ne doit pas s'immiscer dans les affaires publiques de la force armée étrangère) et le critère de la personne publique, quelque peu équivalent au critère de la personne privée mais alors que le premier examinait si l'opération d'un

<sup>76</sup> 100 ILR, pp. 433-464, High Court, Queen's Bench Division, Royaume-Uni.

<sup>77</sup> *Ibid*, p. 451, 452.

<sup>78</sup> Ce constat était fondé sur l'affaire *I Congreso del Partido* (1981), *supra*, *op. cit.*

<sup>79</sup> 100 ILR, p. 459.

hôpital militaire constituait une activité militaire universellement reconnue, le second aurait mener vers l'interrogation sur le point de savoir s'il s'agissait d'une activité qui relève de la pratique régulière des commerçants privés. Le recours au contexte a brouillé la ligne entre le critère de la nature et du but parce que le traitement médical, normalement de nature privée était dénaturé par la finalité militaire à laquelle l'hôpital était attaché, ce qui transforme aussitôt le traitement en acte *jure imperii*. Néanmoins, l'emploi en l'espèce du critère de la personne publique, dans les mêmes termes que le critère de la personne privée chez les américains, avait pu renforcer l'objectivité de cet arrêt.

L'affaire *Holland c. Lampen-Wolfe* (2000)<sup>80</sup> affirme la valeur secondaire du critère de contexte, ce dernier n'étant aucunement nécessaire si l'emploi du critère de la nature était incontestable. En l'espèce, le requérant, un professeur à l'université dont les enseignements sont dirigés par la force armée américaine et destinés aux familles de ses membres intentait une action en diffamation contre le défendeur, aussi salarié de l'université, pour avoir rédigé un mémorandum lui critiquant. Lord Hope of Craighead était d'avis que l'opération de l'université ne constituait aucune activité commerciale car eu égard au contexte, à savoir l'entretien de la force armée, les programmes d'enseignement dont la force armée s'occupe relève de la protection sociale offerte dans le cadre de l'organisation de la base militaire en vue de soutenir un régime autosuffisant. Au demeurant, Lord Millet souligne que lorsque la nature de l'activité concernée ne suffisait pas de dégager le caractère officiel ou gouvernemental, le contexte pourrait dissiper le doute<sup>81</sup>. Toutefois, compte tenu de ce qu'une installation militaire est une

---

<sup>80</sup> 119 ILR, pp. 367-385, House of Lords, Royaume-Uni.

chose complexe qui comporte tant des opérations privées ainsi que des fonctions gouvernementales<sup>82</sup>, le critère du contexte était en l'espèce le plus approprié.

Finalement l'affaire *Banca Carige c. Banco Nacional de Cuba* (2001)<sup>83</sup> démontre que le contexte a l'air de pouvoir produire le même effet que la qualification préalable aux termes de la pratique américaine. En l'espèce, le Banco Central de Cuba (BCC), une entité étatique, avait acheté frauduleusement certaines actions du Banco Nacional de Cuba (BNC), actuellement devenu entité privée, au détriment de la Banca Carige (BC) qui était alors créancière de BNC. Eu égard au contexte, le tribunal du for avait pu soustraire l'accord sur la vente des actions (une activité *jure gestionis*), du contexte de la réorganisation du système bancaire cubain (une prérogative de la puissance publique) parce que la vente des actions s'était intervenue dans le domaine commercial et le rapport juridique en résultant n'implique aucune exercice de la souveraineté de l'Etat de sorte que même la finalité étatique ne saurait déqualifier la nature du droit privé<sup>84</sup>. Au mi-chemin de l'approche contextuelle, l'acte pertinent est exprimé du contexte ; dans l'autre moitié de l'approche contextuelle, l'acte pertinent se voit appliquer le critère de la nature et en plus le critère de but afin de renforcer la solution finale. Quoique la forme se diverge de la pratique américaine, l'aspect matériel de la pratique anglaise et la pratique américaine est quasiment identique.

L'étude de la jurisprudence anglaise est d'importance capitale parce que les modifications intervenues dans la pratique judiciaire du Royaume-Uni, un des principaux

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 383.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>83</sup> 124 ILR, pp. 550-570, Chancery Division, Companies Court, Royaume-Uni.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 562-563.

systemes de *common law*, est susceptible à entraîner des modifications dans d'autres systemes de *common law*, particulièrement au sein du Commonwealth. Au Canada (§2), en Australie (§3) ainsi qu'en Nouvelle Zélande (§4), la décision rendue dans l'affaire *I Congreso del Partido* (1981)<sup>85</sup> s'y faisait sentir.

---

<sup>85</sup> *Supra, op. cit.*

## 2. La pratique canadienne

La loi canadienne (1982)<sup>86</sup> consacre l'immunité de principe assortie aux exceptions parmi lesquelles figure l'activité commerciale qui s'entend d'un « act or regular course of conduct that is commercial by nature ». A défaut de la précision législative sur le mode d'emploi des critères distinguant l'activité commerciale de l'activité non commerciale, il incombe à la jurisprudence de les développer.

Au départ, nul ne doute que le critère de nature est le préféré pour identifier l'activité contesté. A titre d'exemple, dans l'affaire *Tritt c. Etats-Unis* (1989)<sup>87</sup>, la Cour Suprême de l'Ontario affirma que les deux agents du gouvernement américain qui avaient participé à la saisine des documents au cours d'une perquisition illégale bénéficient de l'immunité de juridiction parce que conformément au critère de la nature, ses actes se rattachent aux prérogatives de la puissance publique.

Cependant, la solution se complique lorsque l'activité contestée est plus complexe. Premièrement, la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Public Service Alliance c. Etats-Unis (I)* (1989)<sup>88</sup> considérait à tort que l'engagement des employés canadiens en tant que personnels civils même au sein de la base militaire américaine constituait un acte de commerce selon le critère de la nature parce qu'on se trouve en présence d'un contrat d'emploi qui était de plus assujetti à la législation sociale canadienne. Le tribunal avait parvenu à cette conclusion parce que la loi de 1982 ne comprend aucune exception à l'égard des contrats de travail et elle semble avoir rejeté le critère de la finalité. Par conséquent, étant donné que l'engagement des personnels relève de la pratique régulière

---

<sup>86</sup> "Act to provide for State immunity in Canadian Courts", 21 ILM, p. 798-801

<sup>87</sup> JDI (1993), pp. 161-162, Supreme Court, Canada.

<sup>88</sup> 86 ILR, pp. 626-639, Federal Court of Appeal, Canada.

des commerçants, l'exception d'activité commerciale a été déclenchée.

Malgré le rejet apparent du critère de la finalité, la Cour Suprême<sup>89</sup> avait renversé l'arrêt susmentionné et par la suite confirmé la rentrée du critère de la finalité dans la jurisprudence canadienne. En l'espèce, la nature et la finalité se confondent indissociablement<sup>90</sup> dans un contrat de travail ; comme l'engagement des salariés constitue une activité à plusieurs facettes, certaines de ces facettes se rapportent aux fonctions souveraines des Etats-Unis (cf. la non tolérance de la grève ou les raisons de sécurité) alors que d'autres relèvent plutôt de l'aspect commercial (cf. la rémunération des salariés). Dans la mesure où la loi de 1982 ne rejetait pas explicitement le critère de la finalité, ce caractère hybride de l'activité contestée justifie l'approbation de l'approche contextuelle telle qu'avancée par Lord Wilberforce<sup>91</sup>, ce qui permet de prendre en compte la finalité de l'acte le cas échéant. Le critère du contexte mène à la conclusion que l'application du Code de travail canadien provoquera en effet une ingérence aux prérogatives des Etats-Unis sur l'entretien de sa base militaire de sorte que les Etats-Unis aurait perdu le contrôle qu'il en aurait disposé sur sa base militaire et sur la nomination des personnels s'il était tenu à plier au régime de la grève générale envisagé dans la législation sociale du for ; la non reconnaissance d'immunité à la base militaire pourrait être si gênant de nature à rendre l'installation militaire inopérante en temps de guerre<sup>92</sup>.

Le critère de contexte a été utilisé comme un moyen de qualification préalable.

---

<sup>89</sup> *Public Service Alliance v. Etats-Unis* (II), (1992), 94 ILR, pp. 265-305, JDI (1999), pp. 806-808, Supreme Court, Canada.

<sup>90</sup> CRAWFORD (J.), "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *BYBIL* (1930), pp. 75-118. Face à l'inséparabilité entre la nature et la finalité d'un comportement de l'Etat étranger, M. Crawford défend dans cet ouvrage la conservation de la finalité comme un élément subsidiaire pour la classification.

<sup>91</sup> *V. I Congreso del Partido* (1981), *supra*, *op. cit.*

<sup>92</sup> 94 ILR, p. 285.

Grâce à ce critère, la Cour suprême avait pu retenir l'acte apparemment privé ou commercial dans le contexte souverain et finalement rejeter la demande au lieu de soustraire l'acte contesté du contexte.

Attendu que la rentrée du critère de la finalité peut provoquer des allégations abusives de la part de l'Etat étranger, M. Cory distingue entre la finalité immédiate et la finalité ultime en vue de l'atténuer. D'après lui, si le contexte se réfère à la finalité, il doit se limiter à la finalité immédiate car la finalité ultime n'est pas digne de confiance parce que l'Etat peut toujours l'affecter à sa faveur. Or, le manque d'un critère objectif pour distinguer l'une de l'autre est à l'origine de la faiblesse de cette distinction avancée dans cet *obiter dictum*.

### 3. La pratique australienne

La §9 du FSIA australien (1986)<sup>93</sup> suit l'approche britannique de l'immunité de principe. L'exception sur la transaction commerciale figure à la §11 dont la définition est quasiment identique à la §3 du SIA britannique. Or, la loi australienne reste muette sur le critère à suivre pour déterminer le caractère commercial de l'acte et ainsi les tribunaux se voient charger de constater ces critères.

Comparable à l'arrêt *Public Service Alliance c. Etats-Unis* (1992)<sup>94</sup>, l'affaire *Reid c. République de Nauru* (1992)<sup>95</sup> témoigne la prise en compte de la finalité de l'acte contesté lorsque le divorce entre la nature et la finalité était insurmontable. S'il en est ainsi, c'est parce que la finalité ferait partie de la définition même de l'activité.

---

<sup>93</sup> 25 ILM, p. 715-724

<sup>94</sup> *Supra, op. cit.*

<sup>95</sup> 102 ILR, pp. 193-201, Supreme Court of Victoria, Australie.

#### 4. La pratique nouvelle zélandaise

En Nouvelle Zélande, il n'y a aucune loi qui constate les critères à utiliser pour déterminer l'acte *jure imperii* et la jurisprudence a dégagé un critère assez originel dans l'affaire *KPMG c. Davidson* (1996)<sup>96</sup>. En l'espèce, le gouvernement des îles de Cook était soupçonné d'avoir participé à une évasion fiscale impliquant des entreprises néo-zélandaises. Le juge se voit confronter d'un mélange des éléments souverains et commerciaux, il procède à l'isolement de chaque élément au moyen de l'approche contextuelle avancée par Lord Wilberforce<sup>97</sup>; ainsi le billet à l'ordre (promissory note), un instrument négociable du droit privé, a été soustrait aux éléments agglomérés et par la suite soumis à la juridiction du for.

La Cour suggère que le contexte constitue une sorte de « troisième critère » qui permet de prendre en compte les deux critères classiques mais elle ne considérerait pas qu'il y ait un critère exclusivement déterminant pour identifier l'acte contesté.

Certains juges, tels que MM. Richardson et Thomas dans une opinion individuelle<sup>98</sup> cherchent au-delà de l'approche contextuelle initialement dégagée de l'arrêt *I Congreso del Partido* (1981)<sup>99</sup> et se penchent vers la doctrine de M. Brownlie matérialisée dans la résolution de l'IDI de 1991 sur l'immunité de l'Etat et ses biens de sorte que d'autres éléments tels que la bonne foi et l'enrichissement sans cause (cf. le régime fiscal, un acte

<sup>96</sup> 104 ILR, pp. 526-617, Court of Appeal, Nouvelle Zélande.

<sup>97</sup> 64 ILR 307, p. 267, « the court must consider the whole context in which the claim against the State is made », et p. 269, “it is not just that the purpose or motive of the act is to serve the purposes of the state, but that the act is of its own character a governmental act, as opposed to an act which any private citizen can perform”.

<sup>98</sup> 104 ILR, p. 529-531.

<sup>99</sup> *Supra*, op. cit.

qui relève de la puissance public établi par les îles de Cook, pourrait avoir eu une finalité légitime mais en tout cas au détriment du régime fiscal néo-zélandais) ou profit<sup>100</sup> ont été examinés pour arriver à la conclusion. D'après eux, l'approche la plus appropriée, c'est laquelle qui regarde tous les facteurs y attachés, tout en laissant la possibilité d'appliquer tous les critères qui peuvent y concerner.

La pratique des pays du Commonwealth examinée ci-dessus atteste la dissémination de l'approche contextuelle qui accorde un poids considérable au critère de la finalité en comparaison avec les Etats-Unis.

## **V. La pratique des pays de l'Europe occidentale**

Un grand nombre des arrêts des pays de l'Europe continentale a fait d'ores et déjà l'objet de commentaire dans plusieurs revues juridiques. Par conséquent, le propos de cette section sera limité à donner justement quelques aperçus de la pratique récente concernant l'utilisation des critères pour distinguer l'acte *jure imperii*.

### **1. La pratique belge**

La Pasicrisie belge souscrivait au critère de la « nature de l'acte et la qualité en laquelle l'Etat y est intervenu »<sup>101</sup> pour établir la juridiction belge et écarter l'immunité de l'Etat étranger dès 1903. Ceci étant, il convient de commencer par la jurisprudence contemporaine belge en vue d'observer comment elle aperçoit le critère de la nature.

Tout d'abord, quelques notions de la qualification préalable se trouvent dans

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 615.

<sup>101</sup> V. *Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais* (Ministère du Waterstaat), (1903), Pasicrisie belge, 1903, Bruxelles, 1<sup>re</sup> partie, p. 294.

l'affaire *S.A. Biocare c. Gécamines et la République de Zaïre* (1989)<sup>102</sup> dans laquelle S.A. Biocare, une entreprise dont le siège social se trouve en Belgique réclamait les dommages-intérêts pour l'expropriation des actions qu'elle retenait dans une société incorporée au Zaïre. Alors que l'expropriation était un acte de souveraineté *jure imperii* qui bénéficierait de l'immunité de juridiction, la procédure d'indemnisation mise à la disposition des particuliers par le gouvernement zaïrois constituait en effet un acte commercial ordinaire car les personnes privées peuvent y recourir et partant cette procédure tombe en dehors du champ d'immunité. En outre, ni l'extraction de la procédure d'indemnisation du décret d'expropriation ni la soumission de la première à la juridiction belge ne porte atteinte à la souveraineté du Zaïre. En l'espèce, la séparation de l'acte privé n'était pas effectuée au préalable mais plutôt en même temps que l'application du critère de la personne privée et parce que ce dernier permet en effet son extraction. En outre, le critère de la personne privée est plus souple car il n'exige pas que l'acte concerné doive être formellement réalisable par une personne privée mais il suffisait qu'une personne privée puisse y être impliquée.

La matérialisation du critère de la nature en tant que critère de la personne privé se manifeste encore une fois dans l'affaire *Banque Rafidain c. Corporation Consarc* (1993)<sup>103</sup>. Premièrement, la jurisprudence belge (comme le BVerG allemand<sup>104</sup>) était de l'avis que les critères pour identifier l'acte contesté ressortent de la *lex fori*. Selon les critères établis par la jurisprudence belge, la présence de l'accord entre le Ministère

<sup>102</sup> 115 ILR, pp. 415-418, JT 1989, p. 548, Tribunal civil de Bruxelles, 2<sup>e</sup> Ch., Belgique.

<sup>103</sup> 106 ILR, pp. 274-283, JT 1994, p. 787, note Verhoeven, JDI (1996), p. 444-446, Cour d'appel de Bruxelles, 8<sup>e</sup> ch., Belgique.

<sup>104</sup> *Supra*.

iraquien d'industrie et l'entreprise privée portant sur l'achat des matériaux scientifiques et médicaux, y compris les services y attachés indique l'implication du gouvernement iraquien dans une série des activités purement commerciales. Cette conclusion ne résulte de rien autre que le critère de la personne privée parce que le commerce des biens susvisés relève de la pratique régulière des commerçants. Le caractère commercial de l'acte n'est aucunement influencé par le but réel poursuivi par le Ministère iraquien, ce qui reflète une réticence vers l'emploi du critère de la finalité.

## 2. La pratique autrichienne

Selon la jurisprudence classique autrichienne, « pour que l'acte ait le caractère qui assurerait toute immunité juridictionnelle, il faudrait que sa nature fût telle qu'il ne put être accomplir par une personne privée »<sup>105</sup>. Au surplus et contrairement à la jurisprudence allemande et belge, les juges autrichiennes classifient l'acte *jure imperii* conformément au droit international public.

Dans affaire concernant *L'installation nucléaire tchèque (I)* (1988)<sup>106</sup>, le requérant demandait la livraison d'une ordonnance portant interdiction de la construction d'une installation nucléaire situé sur le territoire tchèque tout en soutenant que l'opération de cette installation portera atteinte aux biens situés au territoire du for qui lui appartient. Au premier abord, le Cour suprême estimait que les activités faisant l'objet du grief, tant la construction que l'opération de l'installation nucléaire, ne sont pas soustraites à la juridiction du for parce qu'une telle activité pourrait être accomplie par une personne

<sup>105</sup> *X. c. Gouvernement de la RFA* (Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshof in Zivilsachen, 1963, Vienne, vol. XXXVI, p. 71, no. 26).

<sup>106</sup> 86 ILR, pp. 575-578 (no. 5 Nd 509/87), Cour Suprême, Autriche.

privée et donc ne relevant pas d'un acte *jure imperii*.

Quant à la qualification, le juge autrichien prévoit la possibilité de renvoi. Toutefois, dans l'éventualité que le droit tchèque aurait rendu une classification distincte, c'est la classification propre au droit international qui prime. Cette primauté du droit international en ce qui concerne la qualification témoigne d'un point de contact avec la thèse de la BVerG<sup>107</sup> selon laquelle le droit international impose des limites auxquelles l'Etat du for doit respecter, bien qu'il n'impose pas l'utilisation de tel ou tel critère pour la qualification. En tout état de cause, en droit interne, chaque Etat demeure libre à laisser entrer les critères de classification du droit international si ceux-ci existent. Tenant dûment compte de ce qu'il appartient à l'Etat du for d'adhérer ou non aux critères qui se trouvent au-delà de son ordre juridique, la position de la BVerG n'est pas contradictoire avec la jurisprudence autrichienne parce que peu importe les critères (le moyen) si le *Kernbereich der hoheitlichen Betätigung* était respecté (le résultat).

En dépit de l'enlèvement de l'immunité de juridiction, l'Oberlandesgericht (1989)<sup>108</sup> avait infirmé la solution susmentionnée au motif que l'engagement des poursuites sera inutile dans la mesure où l'arrêt rendu serait vraisemblablement inexécutable en Tchécoslovaquie. Par contre, le tribunal rappelle que le contentieux interétatique est plus approprié pour obtenir un remède effectif. Ce genre de complication fait preuve de la nécessité de trouver des règles spéciales concernant les dommages aux biens et aux personnes, notamment lorsqu'il n'y a aucun rapport juridique entre l'auteur du dommage et la victime<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> V. *Réclamation contre l'empire d'Iran* (1963), *supra*, *op. cit.*

<sup>108</sup> 86 ILR, pp. 579-582, JDI (1993), p. 387 (no. 2 R 273/88), Oberlandesgericht de Linz, Autriche

<sup>109</sup> V. *infra*, 2<sup>e</sup> partie, section 2.

### 3. La pratique suisse

La jurisprudence suisse témoignant de l'emploi de ces critères classiques remonte au 1960 où le Tribunal Fédéral constatait que la distinction entre les actes accomplis *jure imperii* ou *jure gestionis* ne relève pas du but (*Zweck*) de l'activité étatique visée mais de sa nature propre<sup>110</sup>. Afin de préciser le mode d'emploi du critère de la nature, certains arrêts suisses feront l'objet de commentaire ci-dessous.

Antérieurement, il semblait que les tribunaux suisses comme les tribunaux allemands intègrent le problème de l'immunité de l'Etat étranger dans les considérations sur la compétence du for dans la mesure où le rattachement territorial (*Binnenbeziehung*) était tenu pour un critère additionnel. Une manifestation de ce brouillage entre l'incompétence du for et l'immunité de juridiction se trouve dans l'arrêt *Banque centrale de Turquie c. Weston* (1978)<sup>111</sup>. Sans entrer en détail sur les problèmes soulevés par les critères de rattachement qui appartiennent plutôt au droit international privé, il convient de se limiter à l'emploi du critère de la nature selon le droit positif suisse.

Au premier abord, le critère de la nature se manifeste comme le critère de la personne privée parce qu'il s'agit de déterminer si l'Etat s'était engagé dans un contrat qu'une personne privée aussi aurait pu conclure. Cependant, la pratique suisse comporte de certaines particularités dans la mesure où d'autres indices tels que le lieu de la négociation de l'acte ou le lieu de la conclusion pourrait être prise en compte mais de nouveau, ces indices relèvent de l'incompétence juridictionnelle du for. En dernière analyse, même si le contrat aurait été conclu hors de l'Etat du for, l'acte en cause pourrait

---

<sup>110</sup> ASDI, 1979, p. 143, 65 ILR, pp. 385-393.

<sup>111</sup> 65 ILR, pp. 417-420, JDI (1987), pp. 991-993, Tribunal Fédéral, Suisse.

encore être réputé pour un acte commercial tant que les relations diplomatiques entre l'Etat étranger et le for ne sont pas en cause. Ce dernier principe constitue plutôt une clause de sauvegarde non fondée sur la règle « *par in parem jurisdictionem non habet* » mais plutôt la règle « *ne impediatur legatio* ».

Par ailleurs, il paraît que les tribunaux suisses avaient utilisé des critères autres que les classiques, au moins dans les deux affaires qui suivent. Premièrement, dans l'affaire *Banco de la Nacion, Lima c. Banca cattolica del Veneto, Vicenza* (1984)<sup>112</sup>, le Tribunal fédéral était parvenu à la conclusion que le contrat litigieux était commercial parce que la solution contraire engendrait des résultats inéquitables permettant à une banque commerciale étroitement liée à un Etat d'entrer en concurrence avec les banques du secteur privée et de se soustraire à la juridiction du for. Bien qu'il se réfère aux comportements propres du secteur privé, l'un des composants du critère de la personne privée, il soulignait la préférence de parvenir aux résultats équitables.

Deuxièmement, dans l'affaire *Italie c. X et la Cour d'appel du Canton de la ville de Bâle* (1985)<sup>113</sup>, le Tribunal Fédéral avait retenu l'immunité de l'Italie à l'égard de sa possession d'un objet litigieux afin de respecter l'obligation de bonne foi à l'égard de la Convention européenne de l'assistance mutuelle en matière criminelle sous l'égide de laquelle l'Italie avait prétendument agi. Mais comme une convention était en cause, on ne pourrait affirmer que le critère de la bonne foi a été véritablement utilisé. Cependant, cette affaire mérite quand même d'être examinée parce que l'Italie soutenait que conformément à sa législation, la rétention de l'objet litigieux constituait un acte *jure*

---

<sup>112</sup> ASDI, 1985, p. 135, 170, Tribunal fédéral, Suisse.

<sup>113</sup> 82 ILR, pp. 23-29, JDI (1987, N.4), pp. 999-1000, ASDI 1986, pp. 60-64, Tribunal fédéral, Suisse.

*imperii*. Néanmoins, le juge du for refusait le renvoi au droit italien pour la qualification de l'acte, ce qui suggère que c'était la *lex fori* à laquelle était confiée la tâche de distinguer les transactions *jure imperii*.

Par contre, la loi de l'Etat étranger non comme la loi applicable par renvoi mais plutôt comme une loi de base du décret d'expropriation a servi comme référence pour l'octroi d'immunité dans l'affaire *S. c. République socialiste de Roumanie* (1987)<sup>114</sup>. En l'espèce, la Cour précise que le critère de la personne privée cherche à déterminer « si l'acte sur lequel se fonde la créance litigieuse relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un acte que tout particulier pourrait accomplir. »<sup>115</sup>. Ceci dit, le décret d'expropriation de la Roumanie ne saurait être contesté devant le juge du for parce que le décret constituait une mise en œuvre des règles du droit public étranger, ce qu'une personne privée n'est pas habilitée à faire.

En fin de compte, l'arrêt *Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA et huit consorts c. République du Paraguay et Sezione speciale per l'Assicurazione del credito all'esportazione* (1998)<sup>116</sup> fournit une représentation la plus proche de l'emploi du critère de la personne privée dans la pratique actuelle de sorte que si un Etat étranger « a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*), l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport du droit privé auquel il est Partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (*Binnenbeziehung*) »<sup>117</sup>. En outre, M. Calflisch a souligné que le *Binnenbeziehung*

<sup>114</sup> 82 ILR, pp. 45-50, ASDI, 1987, pp. 479-481, Tribunal fédéral, Suisse.

<sup>115</sup> ASDI 1987, p. 480,

<sup>116</sup> RSDIE 4/5/99, p. 654-656, Tribunal fédéral, Suisse.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 655.

n'est qu'une condition additionnelle propre au droit suisse et non une condition pour l'octroi d'immunité. Le critère utilisé pour identifier l'acte *jure imperii* c'est précisément celui de la nature intrinsèque de l'opération qui peut être dégagée au moyen du critère de la personne privée ; ainsi, lorsqu'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers, la transaction en cause ne bénéficiera pas d'immunité de l'Etat. La condition concernant les deux particuliers se heurte à la solution belge dans l'affaire *S.A. Biocare* (1989)<sup>118</sup> parce qu'elle n'exigeait pas la possibilité d'intervention des deux particuliers. Toutefois, cette exigence mène à une meilleure précision concernant la personnalité de l'Etat agissant comme personne privée.

#### 4. La pratique française

Au XIX<sup>e</sup> siècle, la distinction entre l'Etat puissance publique et l'Etat personne privée était inopérante en France<sup>119</sup>. Ultérieurement et surtout après le triomphe de la théorie d'immunité restreinte, les principes du droit administratif français sont utilisés pour distinguer l'acte qui relève de la prérogative de la puissance publique de l'acte de commerce qui est « exclusive de toute considération touchant l'exercice de la puissance publique de l'Etat, de son indépendance et de sa souveraineté »<sup>120</sup>. Est aussi un acte de commerce celui « auquel le principe de la souveraineté de l'Etat demeure complètement étranger »<sup>121</sup>. Contrairement à la notion de « commercial activity » des Etats-Unis, la

<sup>118</sup> *Supra, op. cit.*

<sup>119</sup> V. 4<sup>e</sup> rapport de la CDI, ACIDI 1982, II, 1, p. 262, RCDIP (1951), p. 305, 307, 660, note Loussouarn, RCDIP (1955), p. 534, note Timbal.

<sup>120</sup> *Etat roumain c. Pascalet et Cie* (1924), JDI (1925), p. 113, Tribunal de commerce de Marseille, France.

<sup>121</sup> *Société Le Gostorg et représentation commerciale de l'URSS c. Association France-Export* (1926), AJIL (1952), p. 520, Cour d'appel de Paris, France.

théorie de l'acte de commerce français ne trouve pas sa racine dans le critère de la personne privée mais plutôt du droit administratif français.

Au cours de la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle, la pratique française a subi une évolution en ce qui concerne l'emploi des critères classiques. Au départ, on observe une multiplicité des critères utilisés par les tribunaux français pour identifier l'acte *jure imperii*. Dans l'affaire *Entreprise Pérignon et autres c. USA* (1964)<sup>122</sup>, la finalité publique de l'activité contestée, à savoir l'affectation de l'activité au Plan Marshall, a amené la Cr. Cass. à écarter la clause de la soumission à la juridiction du for à laquelle les Etats-Unis avaient suscrit puisqu'elle était contraire à l'ordre public français. Par contre, dans l'affaire *RENFE c. Cavaillé* (1968)<sup>123</sup>, la Cour d'appel se référait seulement à la nature du rapport contractuelle entre les parties au différend sans faisant aucune mention de la finalité. Désormais, la forme était aussi regardée comme indice déterminante de l'acte *jure imperii* dans l'affaire *Société nationale des tabacs et allumettes c. Chaussois et autres* (1969)<sup>124</sup>. Peu après, le critère de la personne privée était employé pour écarter l'immunité de l'Espagne en ce qui concerne le contrat de bail parce qu'elle avait ainsi agi comme une personne privée quiconque<sup>125</sup>. Malgré cette pluralité des critères, on se demande quel est le plus préférable dans la pratique contemporaine.

Bien que l'arrêt *SEEE c. Banque Mondiale, Yougoslavie et la France* (1984, 1985)<sup>126</sup> rendu par la Cour d'appel a été ultérieurement renversé par la Cr. Cass. au motif

<sup>122</sup> 45 ILR, p. 57-82, 65 ILR, pp. 39-40, Gaz.Pal. 1965, I, p. 177, RGDIP 1965, p. 532, Cr. Cass., 1<sup>re</sup> Ch. Civ., France.

<sup>123</sup> 65 ILR, pp. 41-43, RCDIP 1971, p. 96, Cour d'appel de Montpellier, France.

<sup>124</sup> 65 ILR, pp. 44-46, Bull. Civ. 1969 I, p. 233, Cr. Cass., 1<sup>re</sup> Ch. Civ., France.

<sup>125</sup> V. l'affaire *Espagne c. l'Hôtel George V* (1973), 65 ILR, pp. 61-63, RGDIP 1973, p. 997, JDI (1973), p. 725, Cr. Cass., 1<sup>re</sup> Ch. Civ., France.

<sup>126</sup> 82 ILR, pp. 59-75, JDI (1985), p. 473, 911, JDI (1987), p. 120, Cr. Cass., 1<sup>re</sup> Ch. Civ., France.

que l'Etat étranger était soumis à l'arbitrage par la clause compromissoire, ceci n'implique pas que les critères utilisés par la Cour d'appel étaient équivoques. En l'espèce, la Cour d'appel, eu égard à la finalité de la construction du chemin de fer, à savoir le transport des personnes, estima que cet acte de construction était essentiellement une activité privée de sorte que ni son affectation éventuelle à la défense nationale ne sauraient la transformer en acte *jure imperii*. La Cour avait eu recours au critère de la nature ainsi que la finalité mais finalement ce qui était déterminant semble être celui de la nature, bien que la finalité était intervenue pour la définir (cf. le transport des personnes privées était une finalité privée).

Avant de procéder à la qualification de l'acte, la jurisprudence française avait eu recours à une extraction préalable de l'acte commercial de l'ensemble des actes accomplis en exercice de la prérogative de la puissance publique dans l'affaire *Société Euroéquipement c. Centre européen de la Caisse de stabilisation et de soutien des productions agricoles de la Côte d'Ivoire* (1991)<sup>127</sup>. Ce genre d'approche rassemble à la recherche de l'acte pertinent propre à la pratique des Etats-Unis ou à l'approche contextuelle propre aux pays du Commonwealth. En l'espèce, la mise en vente de l'immeuble initialement cédé à bail était considéré comme un acte « purement commercial », ce qui justifie en effet son extraction. Une fois l'acte pertinent dégagé, le juge regarde son « objectif » tout en ignorant la finalité qui se cache derrière la vente. Désormais, la notion même du mot « objectif » est peu précise. En fin de compte, les deux critères déterminants pour identifier l'acte *jure imperii* demeurent l'utilisation des prérogatives de la puissance public d'une part et l'accomplissement de l'acte dans

---

<sup>127</sup> JDI (1991), pp. 406-414, Tribunal d'instance du 2<sup>e</sup> arrondissement de Paris, France.

l'intérêt d'un service public d'autre part, ce qui laisse croire que tant la nature que la finalité pourrait être prise en compte.

Le critère de la forme a éventuellement perdue son importance dans la jurisprudence française. Dans l'affaire *Sieur Mouracade c. République arabe du Yémen* (1991)<sup>128</sup> un agent d'affaire avait intenté une action contre la République arabe du Yémen pour la rescision unilatérale du mandat de vente de la part de Yémen. Alors que l'agent reposait son argument sur le critère de la personne privée, le Procureur de la République invoquait le but public de l'opération. Finalement, le Tribunal de grande instance souscrivait au critère de la personne privée et accorda l'immunité de juridiction à l'Etat étranger même lorsqu'il avait contracté selon la forme du droit privé. Il soulignait aussi que la forme du droit privé ne saurait absorber la finalité publique de l'acte. Bien que la forme ait perdu son poids à l'égard du but, on ne pourrait conclure que la nature jouit de préférence sur le but dans la jurisprudence française.

Au départ, le critère de la nature se matérialise comme la forme dans la jurisprudence française. Or, le but ne pourrait être absorbé par la forme, ce qui rend défendable tant le critère de la nature que le critère du but, ce qui prive ceux qui commercent avec l'Etat de leur sécurité juridique.

Contrairement à l'approche allemande qui cherche une solution prévisible et objective, l'approche française est plutôt fondée sur la prudence et en conséquence elle laisse au juge un large champ d'appréciation pour trouver une solution pragmatique. Quant au problème de la sécurité juridique, la Cr. Cass. avait envisagé d'ores et déjà la possibilité de la soumission volontaire des Etats à la juridiction française ou quand bien

---

<sup>128</sup> JDI (1992), pp. 398-402, Tribunal de grande instance de Paris, France.

même leur soustraction non équivoque à la juridiction française au moyen d'une clause l'expresse<sup>129</sup>. Or, en l'absence d'une clause de soumission volontaire, il faudra revenir encore à la qualification de l'activité en analysant tous les indices que la jurisprudence française permet de prendre en compte.

---

<sup>129</sup> V. l'affaire *Espagne c. l'Hôtel George V* (1973), *supra*, *op. cit.* et COSNARD, *supra*, *op. cit.*

## VI. La pratique ‘sporadique’ des pays du reste du monde

La théorie de l’immunité de l’Etat étranger s’était développée plutôt au sein des Etats industrialisés ou développés. Pour cette raison, il est difficile de trouver une ligne jurisprudentielle profonde dans la pratique d’autres pays, notamment des pays de récente indépendance. Cependant, une étude sur leur pratique n’est pas privée de toute valeur car au moins elle peut indiquer une certaine *opinio juris* par rapport à l’utilisation des critères classiques.

### 1. La pratique argentine

Suite à l’arrêt *Manauta* (1994)<sup>130</sup>, la Ley de 24.488 selon laquelle « les Etats étrangers ne peuvent pas invoquer son immunité de juridiction ... lorsque la demande porte sur une activité commerciale ou industrielle réalisée par un Etat étranger (et) ... lorsque les tribunaux argentins sont compétents soit de par le contrat litigieux soit de par le droit international<sup>131</sup> » a été promulguée. Bien que cette loi comprend tant de l’exception d’activité commerciale que de la compétence juridictionnelle du for, elle n’a pas fourni les critères pour distinguer les actes *jure imperii* des actes *jure gestionis*. Par contre, elle fait renvoi au droit international général.

La Ley de 24.488 a été mise à l’épreuve dans l’affaire *Cereales Asunción c. Administración nacional de navegación* (1998)<sup>132</sup>. En l’espèce, une société chargée du

<sup>130</sup> *Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa sobre daños y perjuicios*, Corte Suprema, 22.12.94, Argentine, ([www.juschubut.gov.ar/centro\\_capacita/talleres/fallo4\\_taller.htm#manauta](http://www.juschubut.gov.ar/centro_capacita/talleres/fallo4_taller.htm#manauta)).

<sup>131</sup> Traduite par l’auteur. Le texte originel est le suivant : “los estados extranjeros no podrán invocar su inmunidad de jurisdicción ... cuando una demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por un estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos sugiere del contrato invocado o del derecho internacional.”

<sup>132</sup> *Cereales Asunción S.R.L. c/ Administración Nacional de Navegación y Puertos de la república*

transport vers la zone franche paraguayenne en territoire argentin avait intenté une action contre le Paraguay pour sa résiliation unilatérale du contrat. Après avoir fait des études du droit comparé, la Cour était parvenue à une solution quasiment identique à la FSIA américaine selon laquelle le caractère commercial de l'activité sera déterminé par sa nature plutôt que son but. Ainsi elle considérait que la concession du transport accordée par les autorités paraguayennes avait un caractère commercial, ce qui pourrait être considéré comme synonyme à l'acte *jure gestionis* et par la suite soumise à la juridiction du for<sup>133</sup>. Une fois tranchée la question de l'immunité, c'était le juge du lieu de l'exécution de l'obligation stipulée dans le contrat qui était compétent pour connaître le différend au fond. Ce souci d'établir la compétence du juge de « lieu de l'exécution » relève de la bonne foi dans le sens que les parties pourraient avoir raisonnablement cru qu'un tel contrat sera soumis à la juridiction de lieu d'exécution de l'obligation. Malgré ces raisonnements, l'arrêt n'a pas précisé comment le critère de la nature a été utilisé en l'espèce mais il faisait un pont direct entre l'acte commercial et la concession du transport.

---

*paraguaya sobre daños y perjuicios* (incumplimiento del contrato), Corte Suprema, 29.9.98, Argentine, ([www.redjurista.com/cereales\\_maritimo.html](http://www.redjurista.com/cereales_maritimo.html))

<sup>133</sup> §13, « sin perjuicio de la finalidad pública perseguida por todo Estado en su actuación, aun al realizar actos de gestión, la pauta de interpretación válida para determinar si un Estado puede ser juzgado por los tribunales del foro es la *naturaleza de la actividad*. En las particulares circunstancias del caso, los servicios de movimiento de carga portuaria constituyen actividad comercial en el sentido de la ley 24.488 y distan con evidencia de los actos de soberanía o imperio, pese a la índole pública del organismo creado por la ley paraguaya ».

## 2. La pratique philippine

Aux Philippines, les règles concernant l'immunité de juridiction sont ressorties du droit international coutumier. Dans l'arrêt *USA c. Ruiz and De Guzman* (1985)<sup>134</sup>, la Cour Suprême considérait que l'immunité doit être écartée à l'égard des opérations dans lesquelles un Etat est descendu au niveau de l'individu. En l'espèce, la concession visant la réparation de la base militaire américaine était en cause. Etant entendu que la base militaire était affectée à la défense tant des Etats-Unis que des Philippines et que la défense relève de la fonction du gouvernement de l'ordre suprême (*highest order*) on ne saurait les appliquer l'exception de l'acte commercial car la base navale n'était pas affectée aux fins commerciales. L'arrêt faisait référence ainsi au précédent *Syquia c. Lopez* (1949)<sup>135</sup> où la Cour avait soutenu que le facteur déterminant lors de la qualification de l'acte en cause n'est pas l'élément formel (cf. le contrat) mais plutôt la nature juridique de l'activité dans son ensemble, peu importe la forme. Ainsi, contrairement au critère de la personne privée, le critère sur la descente de l'Etat au niveau de l'individu, avancé ci-dessus, n'est pas toujours objectif ni subjectif. L'arrêt *USA c. Ruiz* (1985) laisse croire en outre que les tribunaux philippins permet l'utilisation de tous les deux critères et ne dispose pas d'une vraie priorité entre les deux. Même si l'arrêt *Syquia c. Lopez* suggère qu'il avait accordé la priorité à la nature, celle-ci aurait pu être défini par la finalité même de l'opération dans l'arrêt *USA c. Ruiz*. Contrairement à la pratique française au début des années 1950s, le critère de la nature n'était pas manifesté comme la forme aux Philippines.

<sup>134</sup> 102 ILR, pp. 122-131, Supreme Court, Philippines.

<sup>135</sup> 18 ILR, pp. 228 et s., Supreme Court, Philippines.

Bien que l'arrêt précité semble avoir brouillé les critères utilisés aux Philippines, l'arrêt *St. Siège c. Starbright Sales Entreprises Inc.* (1994)<sup>136</sup> éclaircirait ces réticences. En l'espèce, la Cour Suprême déclarait que le St. Siège bénéficiait de l'immunité de juridiction car eu égard au critère de la finalité, le terrain litigieux n'était pas affecté aux fins commerciales mais servait comme résidence pontificale<sup>137</sup>. La Cour avait utilisé aussi le critère du contexte de sorte que si le défendeur s'était consacré aux affaires immobilières, l'opération en l'espèce serait qualifiée comme *jure gestionis*. A défaut d'une loi régissant la matière, il ne semble pas que la jurisprudence des Philippines exclure aucun critère spécifique.

### 3. La pratique zimbabwéenne

Dans l'affaire *Barker McCormac Ltd. c. Gouvernement de Kenya* (1985)<sup>138</sup>, le requérant s'était privé du droit d'exercer l'option pour renouveler le contrat de loyer car le gouvernement du Kenya avait affecté l'immeuble aux fonctions diplomatiques. Après plusieurs références aux affaires *Trendtex* et *I Congreso del Partido*<sup>139</sup>, la High Court s'était parvenue à la conclusion que la rupture de contrat d'option constituait une cause indépendante et ne concerne en rien l'affectation de l'immeuble aux fins souverains. Ainsi, même les raisons de sécurité invoquée par le Kenya pour s'échapper à ses obligations ne sauraient altérer le caractère privé du droit d'option. La pratique zimbabwéenne atteste l'adhésion au critère du contexte pour extraire les actes

<sup>136</sup> 102 ILR, pp. 163-173, Supreme Court, Philippines.

<sup>137</sup> La Cour estimait que "the land had been acquired nor for ordinary commercial purposes but in order to provide a site for the official residence of the Papal Nuncio", 102 ILR, p. 164.

<sup>138</sup> 84 ILR, pp. 18-38, Supreme Court, Zimbabwe.

<sup>139</sup> *Supra, op. cit.*

commerciaux du contexte souverain.

#### 4. La pratique d’Afrique du sud

Des notions se rapportant au contexte au sens du droit anglais se trouvent dans l’affaire *Kaffraria Property Co. (Pty.) Ltd. c. Gouvernement de la République de Zambia* (1980)<sup>140</sup> où la compagnie Kaffraria faisait grief d’avoir subi des dommages occasionnés par le délai du paiement du transport des engrais imputable au gouvernement zambienne. Bien que l’ensemble des opérations pourraient avoir une finalité publique, le contrat de transport litigieux pouvait être aisément extrait de l’ensemble des obligations agglomérées parce que le transport constitue un « *straight-forward commercial transaction* » ayant une nature purement commerciale et relevant de la pratique régulière des commerçants (*ordinary course of business*). Ceci suggère que le critère de la nature se manifeste à l’Afrique du sud comme un critère de la personne privée. Fidèle à la tradition anglaise concernant le critère du contexte, le juge d’Afrique du sud admettait aussi le recours au critère de la finalité, bien que celui-ci n’aurait pas mené à un résultat contraire parce que l’acte pertinent purement commercial a été déjà soustrait au contexte public.

Or, la pratique d’Afrique du sud ne semble avoir accordé aucune priorité au critère de la nature. Dans l’affaire *CGM Industrial (Pty) Ltd. c. KPMG* (1998)<sup>141</sup>, le juge du for soutenait que le Lesotho jouait de l’immunité de juridiction à l’égard de la saisine illégale des documents que ses agents avaient effectuée en Afrique du sud parce que la saisine fait partie de l’enquête sur une évasion douanière et en fin de compte cette enquête relève de

---

<sup>140</sup> 65 ILR, pp. 708-717, Eastern Cape Division of the Supreme Court, Afrique du sud.

<sup>141</sup> 121 ILR, pp. 472-481, Transvaal Provincial Division, Afrique du sud.

l'exercice de l'autorité souveraine de Lesotho concernant le contrôle sur l'exportation et l'importation. Que le Lesotho possède ces documents au moyen de KPMG, une entreprise privée, n'implique pas qu'il s'était descendu au niveau des marchands car bien que le KPMG exerçait normalement des activités commerciales, il pourrait quand même agir pour le compte de l'Etat. L'arrêt ne fait aucune mention spécifique de la nature ou de la finalité mais au cours de l'approche contextuelle suivie, le juge pourrait avoir vraisemblablement regardé la nature de l'acte aggloméré, à savoir, l'enquête douanière, ce qui a été souvent énuméré dans la législation des pays anglo-saxons comme un acte *jure imperii*. En tout état de cause, le critère de la personne privée aurait rendu le même résultat.

L'abondance d'incertitude dérive peut-être du défaut d'une ligne jurisprudentielle profonde dans la pratique de ces pays en la matière ou de la réception sporadique de la pratique des pays dont la doctrine et la jurisprudence sont plus riches ou développées. Pour ce motif, il faut se garder à tirer des conclusions peu crédibles.

## **VII. La pratique conventionnelle, les projets d'articles et les résolutions**

L'approche conventionnelle ou quasi conventionnelle (cf. projets d'articles, résolutions) vise plutôt l'énumération des activités qui jouissent de l'immunité ou les activités qui n'en jouissent pas, afin d'abandonner les peines que les critères de la nature et du but soulèvent. Néanmoins, il ne peut pas éviter le retour à l'emploi de ces critères classiques parce que ces énumérations ne résolvent pas toutes les hypothèses.

## 1. La Convention européenne sur l'immunité des Etats de Bâle (1972)

La Convention de Bâle (1972)<sup>142</sup> cherche à harmoniser parmi les Etats parties les règles applicables concernant l'étendue de l'immunité de juridiction. Elle commence par l'énumération des exceptions dans lesquelles un Etat ne pourrait invoquer son immunité (cf. contrat de travail, §5, activité commerciale §7, ou l'exercice de l'activité commerciale de la même manière qu'une personne privée, §7, etc.). Chaque exception est assortie des rattachements spécifiques mais avant tout l'immunité de principe figure à la §15. Bien qu'elle ne faisait aucune mention des critères classiques, elle se réfère d'une part à la non soumission des « actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (*acte jure imperii*) » à la juridiction du for. D'autre part, elle prend en compte en effet le critère de la personne privée à la §7 selon laquelle l'exercice d'une activité commerciale « de la même manière qu'une personne privée » indique la présence d'une activité non couverte par l'immunité de l'Etat. En tout état de cause, la Convention laisse à chaque Etat partie la possibilité d'établir ses propres critères<sup>143</sup>.

## 2. Le projet d'articles de la Commission du droit international (1991)

Bien que le texte de la deuxième lecture du projet d'articles s'occupait peu sur le mode d'emploi des critères classiques, il y avait des longues discussions sur le point de savoir lequel des deux critères devant l'emporter au sein de la CDI. Malgré la difficulté de ne pas tenir de toute compte de la motivation de l'opération manifestement commerciale, la prise en considération de la finalité prête souvent aux controverses<sup>144</sup>. Plusieurs

---

<sup>142</sup> 11 ILM, p. 470, 4e rapport, p. 275.

<sup>143</sup> JDI (1992), p. 401.

<sup>144</sup> 4e rapport, *supra*, *op. cit.* p. 258.

membres de la CDI considèrent que la prise en compte du but doit s'accompagner d'un certain mode d'emploi distinguant par exemple la priorité des critères<sup>145</sup>. D'autres envisagent l'incorporation d'autres critères, tel que le critère du profit<sup>146</sup> mais le profit, au même sens que le but, provoque des incertitudes s'il n'est pas assorti à un mode d'emploi clair. Finalement le projet d'articles débouchait sur la formule suivante :

« Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une 'transaction commerciale' ... 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'Etat qui y est partie, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction (§2.2) ».

Certes le texte susvisé rend compte de la pratique contemporaine des Etats, mais en même temps il demeure imprécis en tant que guide pour les tribunaux du for. Ce défaut de précision était ce qui a motivé peut-être l'approche double défendue par M. Brownlie.

### **3. La double énumération et la résolution de l'Institut de Droit International (1991)**

Conscient de l'absence de la règle propre au droit international concernant la méthode à utiliser pour distinguer un acte de souveraineté d'un acte commercial, M. Brownlie avait entrepris une approche tout à fait différente et controversée pour distinguer l'acte *jure imperii* de l'acte *jure gestionis*, ce qui aboutissait à la résolution de

<sup>145</sup> V. ACIDI 1990, note M. McCaffrey (§2, p. 79), M. Solari Tudela (§40, p. 92), M. Roucouas (§50, p. 92)

<sup>146</sup> V. ACIDI 1991, p. 73, note M. Rao.

l'Institut de droit international (1991) de la session de Bâle<sup>147</sup>. L'approche double est fondée sur le droit international privé plutôt que le droit international public dans la mesure où elle cherche à délimiter la compétence du for à l'égard de certaines matières et la confirmer en ce qui concerne d'autres. L'approche du droit privé joue au détriment de la consolidation des règles de principe parce qu'elle transforme l'aspect propre au droit international public, à savoir la règle «*par in parem jurisdictionem non habet*» en question de la compétence du for.

Alors que la §3.3 de la résolution comprend une liste des hypothèses où le for est compétent (cf. transactions commerciales, §3.3.a, etc.), la §3.4 parle de l'incompétence du for (cf. actes législatifs et administratifs de l'Etat étranger en droit international public, §3.4.a, etc.) Malgré une tentative de rendre compte de la pratique des Etats en codifiant les actes qui bénéficieront d'immunité et ceux qui n'en bénéficieront pas, cette approche ne résolve pas la *vide juridique* qui se trouve entre les deux listes mais prête plutôt à des solutions aléatoires<sup>148</sup>. La qualité conventionnelle de la résolution était aussi douteuse parce que les commandements envisagés ne sont pas simples de mettre en œuvre sans réaliser un certain «*balance of interest*» entre les deux listes.

Certes la résolution ne prétend aucunement devenir un texte conventionnel mais plutôt elle vise la consolidation d'un mode d'emploi au service des juges du for. Désormais, si chaque juge prend la double liste comme guide à établir sa compétence, on voit mal comment il peut parvenir à une solution cohérente si toutes les deux listes se sont attribuées de la même priorité. Bien que la résolution rend compte de la pratique des

---

<sup>147</sup> AIDI (1992), Session de Bâle, Vol. 64-II.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 214-226.

pays du Common law dans la mesure où la méthode d'énumération législative servait comme guide principal mais tout en conservant l'importance des critères de la nature et du but pour les cas gris où le juge dispose d'une marge de manœuvre assez large en équilibrant plusieurs principes en vue d'aboutir à un résultat juste, il n'en va pas de même pour les pays du droit civil qui cherche des règles plus mécaniques ou objectives, même si elles sont assorties à plusieurs exceptions.

Finalement, il a été décidé que la résolution doit se référer aussi aux critères classiques, au moins, pour identifier les cas douteux, bien alors qu'en tout état de cause, chaque Etat demeure libre à déterminer ses propres critères.

La méthode d'énumération pourrait être néanmoins utile car elle permet de développer le critère de la forme. Désormais, l'énumération doit être prise en compte en tant qu'exception au principe plutôt que comme deux indices parmi lesquels on cherche un équilibre. Si la tâche de « *balance of interests* » est vraiment inévitable, on pourrait, au moins, incorporer la deuxième liste à titre d'exception spécifique dans le cadre d'une énumération unique. Autrement dit, en se situant sur un problème spécifique (cf. les transactions financières) et en étudiant les pratiques s'y rapportant on pourrait associer cette exception (apparemment propre à la première liste indiquant la compétence du for) avec d'autres « exceptions à l'exception » (propre à la deuxième liste qui indique l'incompétence du for) qui ont un rattachement étroit avec le problème spécifique mais non comme une exception générale applicable à n'importe quelle exception de la première liste sans accorder aucune priorité à l'une ou l'autre liste.

## VIII. Conclusion

Dans l'état actuel du droit international public, chaque Etat établit ses propres critères à utiliser pour identifier l'acte *jure imperii*, auquel tous les sujets étatiques du droit international sont tenus à ne pas ingérer. Bien que la plupart des Etats avaient accordé la priorité au critère de la nature, il n'y a qu'un seul Etat, l'Allemagne, qui adhère exclusivement à ce critère tout en manifestant un abandon du critère de la finalité. Malgré l'autonomie dont les Etats jouissent, il convient, au fur et à mesure du développement de la pratique des Etats, d'établir des critères universellement acceptables pour identifier ledit acte afin de soutenir une communauté internationale qui respectera de même l'accès des particuliers à la justice (l'un des droits de l'homme le plus fondamental) et promouvra les échanges au niveau mondial, tout en renforçant la sécurité juridique de ceux qui font le commerce avec les Etats mais en même temps en respectant les principes «*par in parem jurisdictionem non habet*» et «*ne impediatur legatio*». Après tout le principe de l'immunité des Etats étrangers devant le juge du for ne sert que pour expliquer comment les Etats du for respecte les deux maximes susmentionnées. Le mode précis au moyen duquel ces maximes sont respectées n'est pas ainsi une préoccupation propre au droit international public.

Or, au niveau du droit international privé et du droit comparé, il convient de rendre le plus précis possible les critères pour identifier l'acte *jure imperii* afin de s'acheminer vers un droit uniforme. Bien que la pratique des Etats ne soit pas absolument harmonieuse, l'analyse des critères utilisés par les tribunaux du for dans les affaires observées ci-dessus suggère la possibilité d'ajouter, au moins, trois précisions qui suivent.

Premièrement, lorsque le juge du for est prié de déterminer si l'acte en cause jouit de l'immunité de l'Etat étranger et l'acte contesté n'est pas un acte manifestement commercial de sorte que le critère de la nature ne pourrait confirmer sa nature commerciale d'une manière incontestable mais l'acte contesté a plutôt une nature juridique mixte, le juge du for essayera d'extraire un acte pertinent de l'ensemble des actes agglomérés et cette extraction sera valable si elle ne constitue aucune ingérence sur d'autres actes faisant partie de l'acte aggloméré qui relève de la prérogative de la puissance publique de l'Etat.

Deuxièmement, une fois l'extraction faite ou si on ne pourrait pas du tout extraire l'acte du contexte, on appliquera soit à l'acte pertinent soit à l'ensemble non séparable des actes le critère de la personne privée (parce que ce critère est une manifestation du critère de la nature la plus simple à mettre en œuvre).

Finalement, si l'Etat étranger peut prouver que le résultat obtenu constitue encore une ingérence à sa prérogative de la puissance publique, le juge pourrait procéder alors à regarder la finalité de l'acte(s) en cause.

Encore une fois, il faut souligner que la conclusion énoncée relève plutôt de l'analyse de la pratique des pays de Common law du point de vue d'un juriste du droit civil. Pour qu'on puisse tirer des conclusions plus universellement acceptables, il faut faire une étude minutieuse et analytique de la jurisprudence des pays de l'Europe continental.

## DEUXIÈME PARTIE: L'EMPLOI DES CRITÈRES DE LA FINALITÉ ET DE LA NATURE DANS LES EXCEPTIONS AUX RÈGLES DE PRINCIPE

La pratique contemporaine des Etats a démontré qu'on ne peut toujours compartimenter les activités de l'Etat en actes de commerce ou actes souverains<sup>149</sup>. Pour ce motif, les juristes ont entrepris la charge de subdiviser et raffiner les catégories des actes *jure imperii* en recherchant des règles spéciales qui y sont applicables. Conscient de ce qu'il y ait plusieurs règles spéciales qui méritent aussi une observation (cf. exception de la propriété intellectuelle), on n'examinera ici que les exceptions portées sur les contrats de travail (Section 1) et les délits civils non commerciaux ou les 'torts' (Section 2).

### **Section 1 : Les contrats de travail**

Les contrats de travail méritent des considérations spéciales par rapport aux règles générales parce que l'engagement des personnels de l'Etat touche un domaine souvent plus intime de la souveraineté. L'Etat étant une entité corporative<sup>150</sup>, il ne pourrait agir que par le biais des personnes physiques. Pour autant, le principe *ne impediatur legatio* devient fondamental en ce qui concerne ce genre de contrats. Ce principe doit être

---

<sup>149</sup> Cf. Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido*, 64 ILR, p. 307 at p. 316.

<sup>150</sup> V. Combacau, "Droit international public", Montchrestian, 1999, 5<sup>e</sup> éd.

particulièrement pris en considération lorsqu'on cherche à dégager les critères identifiant les contrats de travail soustraits à la juridiction du for. Par ailleurs, il convient aussi de noter les transformations subies par les critères classiques de la nature et du but pour qu'ils soient dûment adaptés aux spécificités qu'exigent les contrats de travail.

Au départ, les contrats d'emploi sont assujettis à la juridiction du for lorsqu'ils étaient tenus pour une opération commerciale n'impliquant pas la souveraineté de l'Etat étranger. Même la pratique de certains pays du Common law, tels que les Etats-Unis ou le Canada, ne reconnaît toujours aucune règle spéciale à l'égard de ces genres de contrats. Afin de conserver le schéma utilisé dans la première partie, on dégagera d'abord la pratique des Etats qui aperçoivent les contrats de travail comme un acte de commerce (I) et on examinera ensuite l'emploi des critères classiques par rapport aux contrats de travail aux pays du Commonwealth (II), les pays de l'Europe occidentale (III), dans les textes et résolutions de valeur conventionnelle (IV) et finalement on procédera à donner quelques généralisations concernant les pratiques observées (V). On ne procédera pas à l'analyse des critères de rattachement se rapportant à la nationalité du salarié parce que ceux-ci ne définissent en rien la fonction *jure imperii* dont remplit le salarié mais ils relèvent plutôt des règles du droit international privé établissant l'incompétence ou la compétence d'attribution du for.

## **I. La pratique des pays sans règles spéciales pour les contrats de travail : Les Etats-Unis et le Canada**

Aux Etats-Unis comme au Canada, les spécificités accordées à ce genre des contrats se manifestent sous la forme des énumérations qui figurent au FSIA 1976 selon lesquels l'engagement des salariés des fonctions supérieures (cf. les personnels diplomatiques, militaires ou fonctionnaires de l'Etat)<sup>151</sup> est censé d'être de nature publique, gouvernementale ou *jure imperii* alors que l'engagement des ressortissants américains ou des ressortissants des pays tiers par un Etat étranger<sup>152</sup> pourrait être soumis à la juridiction du for. La prise en compte du statut du salarié et le critère de la nationalité est quelque peu illusoire car de toute façon il est peu probable qu'un Etat étranger assignera une fonction supérieure à quelqu'un autre que son ressortissant. Le point de contact entre le contrat de travail et l'acte *jure imperii* se trouve dans la détermination de la « fonction supérieure » qui est souvent manifestée par une forme aisément reconnaissable, ce qui n'empêche pas bien entendu l'apparence des cas douteux auxquels on ne reviendra car leur solution relève de l'exception d'activités commerciales. A titre exemplaire, il convient à faire un renvoi à l'affaire *U.S. c. The Public Service Alliance of Canada* (1992)<sup>153</sup>, précitée ci-dessus, qui démontre comment les affaires se rapportant aux contrats de travail s'encadrent dans les actes commerciaux.

Désormais, en ce qui concerne les services, les tribunaux des Etats-Unis a parvenu à une solution contraire aux juges anglais<sup>154</sup>. Dans l'affaire *MacArthur Area Citizens Ass'n v. Republic of Peru* (1987)<sup>155</sup>, le juge du for soutenait que la restructuration du bâtiment de la chancellerie n'était pas un acte commercial parce qu'il concerne le

<sup>151</sup> "The employment of diplomatic, civil service or military personnel ..."

<sup>152</sup> "the employment of American citizens or third country nationals by the foreign state in US. ..."

<sup>153</sup> 94 ILR, p. 264, Supreme Court of Canada, *supra*, *op. cit.*

<sup>154</sup> Cf. *Tsakos v. U.S.* (1972), *infra*, *op. cit.*

<sup>155</sup> 86 ILR, p. 81, Etats-Unis.

fonctionnement du bureau diplomatique qui était affecté aux activités souveraines.

## **II. La pratique des pays du Commonwealth et d'autres pays de Common Law**

### **1. La pratique britannique**

La §4 du SIA 1978 suit l'approche d'énumération en écartant l'immunité de l'Etat à l'égard des contrats de travail bien que cette présomption est assortie aux exceptions figurant à la §16.1 qui peuvent restituer l'immunité (cf. lorsque le salarié est membre de la mission diplomatique ou consulaire, y compris personnels administratifs et techniques).

Généralement la fonction accomplie par le salarié est déterminante pour l'octroi ou la mise à l'écart de l'immunité de l'Etat. Dans l'affaire *Sengupta c. Republic of India* (1982)<sup>156</sup>, un ressortissant indien, salarié de la « Indian High Commission » faisait grief d'avoir subi un licenciement injuste, tout en alléguant qu'il ne remplissait que des fonctions de bureau n'impliquant aucun exercice de la souveraineté. Par la suite, la Cour se demande s'il suffit de prendre en compte justement la nature du contrat de travail ou si la détermination de la fonction *jure imperii* accomplie par le salarié pourrait ressortir aux autres critères supplémentaires ou même le critère de la finalité qui permet des considérations politiques (*policy*).

En l'espèce, la thèse de Dame Higgins, avocat du requérant, selon laquelle la préférence au critère de la nature telle que constaté dans l'affaire *I Congreso del Partido*

---

<sup>156</sup> 64 ILR, pp. 352-362, Employment Appeal Tribunal, Royaume-Uni.

(1981)<sup>157</sup> doit être purement et simplement transposé aux contrats de travail a été rejeté par la Cour au motif que la simple nature du contrat voire la nature de sa rupture n'apportent aucune solution solide pour distinguer entre les fonctions qui relèvent de la souveraineté de l'Etat et les fonctions de bureau (*clerical level*), ce qui amène la Cour à dégager quatre critères supplémentaires applicables au contrat de travail : (1) le critère de la personne privée, (2) la participation de tous les deux parties à la fonction publique, (3) la nature du manquement au contrat et surtout (4) la nécessité de se procurer que l'enquête n'immiscera pas dans les actes de souveraineté de l'Etat étranger<sup>158</sup>.

Eu égard au premier et au deuxième critères et attendu que le salarié avait participé à la fonction souveraine de l'Etat en agissant comme le support matériel (*instrumentum*) pour la mise en œuvre des objectifs étatiques<sup>159</sup>, l'immunité de l'Etat étranger a été retenu malgré le « *clerical level* »<sup>160</sup> du salarié. Par ailleurs, la non ingérence sur la politique de l'Etat étranger concernant le licenciement a aussi justifié l'octroi de l'immunité.

Bien que le premier et le troisième critère relève de la nature, le deuxième et le quatrième se réfèrent plutôt à la finalité et sont plus susceptibles de prévaloir sur la nature. Dans l'ensemble il semble que l'approche contextuelle, dégagée de l'affaire *I Congreso del Partido* (1981) s'est installée pour identifier la fonction souveraine de l'Etat.

L'approche « *balance of interests* » se manifeste dans l'affaire *Hicks c. USA*

<sup>157</sup> *Supra, op. cit.*

<sup>158</sup> Cette règle se trouve dans l'affaire *I Congreso del Partido* (1981, *op. cit.*) où Lord Wilberforce constatait que « l'immunité doit être accordée lorsque l'enquête entraînera une immixtion dans l'acte de souveraineté ou acte de gouvernement de l'Etat étranger ».

<sup>159</sup> 64 ILR, p. 361.

<sup>160</sup> On se réfère aux salariés qui n'accomplissent que les fonctions de bureau et qui ne sont pas chargés de l'exercice de la fonction publique ou souveraine.

<sup>161</sup> 120 ILR, pp. 606-611, Employment Appeal Tribunal, Royaume-Uni.

(1995)<sup>161</sup> où la Cour considérait que suite au licenciement injuste résultant de la fermeture de la base militaire, le réparateur de l'équipement de la piste de bowling faisant partie intégrante de la base aérienne américaine ne pourrait pas tenter l'action contre les Etats-Unis parce que la fonction dont il remplit participe à l'entretien de l'effectivité de l'activité militaire américaine. A part le critère de la finalité compris dans le contexte qu'on vient d'énoncer, la Cour avait recouru à d'autres critères tels que le critère de la non-ingérence (elle évite de s'immiscer sur la décision des Etats-Unis concernant la fermeture de la base) et le critère de profit (l'autofinancement du piste de bowling n'implique pas qu'il ait un but lucratif). Le juge anglais préfère une approche souple plutôt que des règles strictes. En tout état de cause, il semble que le critère de la finalité se manifeste à l'égard des contrats de travail comme le critère de la non-ingérence sur les fonctions souveraines de l'Etat étranger. Les deux affaires précitées suggèrent que ce critère a une valeur déterminant et par conséquent l'Etat retient une marge de manœuvre assez large pour s'échapper à la juridiction du for. Il semble que le principe de la non-ingérence saurait également prévaloir sur toute tentative de la part du salarié d'extraire les fonctions prétendument non souveraines du contexte souverain et sur la nature du droit privé ou la forme du contrat d'emploi. La spécificité des contrats de travail se manifeste dans ce cas-ci ; s'agissait-il d'un contrat de commerce (cf. la vente des boules), la rupture du contrat aurait engagé la responsabilité de l'Etat commerçant responsable du piste de bowling sans qu'il pourrait s'abriter sous la finalité souveraine.

Les contrats de travail étant tellement liés à la règle « *ne impediatur legatio* », les tribunaux britanniques autant que les allemands<sup>162</sup> ont souvent référé à la Convention de

---

<sup>161</sup> 120 ILR, pp. 606-611, Employment Appeal Tribunal, Royaume-Uni.

Vienne sur les relations diplomatiques (CVRD) afin de soutenir que la fonction remplie par le requérant relève de la souveraineté de l'Etat étranger. Il faut rappeler que la CVRD n'est pas applicable *per se* parce qu'elle régit les immunités des personnes physiques alors que dans les deux cas qui suivent, c'était l'Etat qui assumait le rôle du défendeur.

Dans l'affaire *République Arabe d'Egypte c. Gamal-Eldin* (1996)<sup>163</sup>, deux salariés du centre médical faisant partie de la mission diplomatique se voient refusé l'action pour le licenciement abusif parce que le centre médical était consacré particulièrement au traitement des ressortissants égyptiens qui sont venus au Royaume-Uni. Eu égard à l'art. 1 de la CVRD, l'ingérence sur cette fonction violerait la règle « *ne impediatur legatio* » car le bon fonctionnement du centre médical était indispensable pour la mission diplomatique. L'art. 1.b de la CVRD a été encore une fois consulté pour déterminer la qualité d'un membre de la mission diplomatique ; dans l'affaire *Ahmed c. Kingdom of Saudi Arabia* (1996)<sup>164</sup>, le secrétaire de l'ambassade de l'Arabe Saoudite se voit refusé l'action pour licenciement abusif, même alors qu'elle ne remplissait que des fonctions administratifs ou techniques.

Force est de conclure qu'en droit anglais, les Etats étrangers jouissent d'une immunité quasi absolue à l'égard des contrats de travail dont la fonction avait eu lieu dans un local diplomatique parce que l'Etat employeur peut toujours alléguer que l'enquête de la part du tribunal du for s'immiscera sur ses fonctions souveraines. Ceci témoigne une transposition des règles concernant l'immunité diplomatique au domaine de contrat de travail au sein des locaux diplomatiques.

<sup>162</sup> Cf. *Salarié handicapé au consulat français* (1988), AZ 1K 4/88, 114 ILR, *infra*, *op.cit.*

<sup>163</sup> (1996) 2 All E.R., pp. 237-247, Employment Appeal Tribunal, Royaume-Uni.

<sup>164</sup> (1996) 2 All E.R., pp. 248-256, Employment Appeal Tribunal, Royaume-Uni.

## 2. La pratique australienne

La §12 du FSIA 1985 australien comprend des règles spéciales se rapportant aux contrats de travail. Curieusement, au moins en dehors des locaux diplomatiques, on observe la rentrée des approches classiques. Dans l'arrêt *Reid c. République de Nauru* (1992)<sup>165</sup>, la compagnie aérienne de l'Etat étranger s'était vue refusée l'octroi de l'immunité à l'égard de la réclamation concernant le contrat d'emploi introduite par un pilote même alors que l'opération de la ligne était essentielle pour la survie du pays (à cause de son isolement géographique) parce que selon le critère de la personne privée, l'exploitation de la ligne aérienne relève de la pratique régulière des commerçants. En outre, suivant le critère du contexte, la fonction remplie par le pilote pourrait être extraite du contexte souverain tant que l'extraction ne met en cause aucune prérogative souveraine. La jurisprudence australienne distingue entre les fonctions politiques, ce qui bénéficient de l'immunité de l'Etat et les fonctions routinières, administratives, subalternes ou d'entretien, ce qui peuvent être soumis à la juridiction du for<sup>166</sup>.

## 3. La pratique nouvelle zélandaise

La jurisprudence de ce pays s'adhère à la doctrine dégagée de l'affaire *Sengupta* (1982)<sup>167</sup>. A titre exemplaire, il convient de citer l'affaire *Gouverneur de Pitcairn c. Sutton* (1994)<sup>168</sup>. Sans entrer dans le débat sur les questions concernant la qualité d'un sujet étatique, le gouvernement de Pitcairn avait joui de l'immunité de juridiction face

---

<sup>165</sup> 102 ILR, pp. 193-201, Supreme Court of Victoria, Australie.

<sup>166</sup> GARNETT (R.), *supra*, *op. cit.*, p. 90-92.

<sup>167</sup> *Supra*, *op. cit.*

<sup>168</sup> 104 ILR, pp. 508-525.

aux réclamations en provenance de ses employés parce que le gouvernement de Pitcairn était confié des fonctions souverains appartenant au British Crown mais surtout parce que l'enquête aurait empiété sur la souveraineté britannique. L'arrêt d'espèce atteste la réception du critère de la non-ingérence.

### III. La pratique des pays de l'Europe occidental

#### 1. La pratique allemande

En ce qui concerne l'emploi au sein de locaux diplomatiques, la jurisprudence allemande ressemble à la jurisprudence anglaise. Dans l'affaire *Conrades c. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (1981)<sup>169</sup>, l'Arbeitsgericht de Hannover a reconnu l'immunité du Consulat britannique par rapport au salarié remplissant la fonction du réceptionniste, standardiste, assistante adjointe et l'interprète. Le lieu d'emploi était déterminant pour l'octroi de l'immunité qui prévaut même lorsque le salarié ne remplissait que des fonctions subalternes car la réalisation des devoirs au sein du Consulat relève de l'exercice des droits souverains d'Etat. Comme l'affaire *République Arabe d'Egypte c. Gamal-Eldin* (1996)<sup>170</sup> et *Ahmed c. Kingdom of Saudi Arabia* (1996)<sup>171</sup> affaire sur le *salarié handicapé au consulat français* (1988)<sup>172</sup>, le juge du for se référait à l'art. 5 de la CVRD pour confirmer que les fonctions accomplis par le salarié relève de la souveraineté de l'Etat, ce qui aboutirait à l'irrecevabilité de la plainte.

<sup>169</sup> 65 ILR, p. 205, Arbeitsgericht, Hannover, Allemagne.

<sup>170</sup> *Supra, op. cit.*

<sup>171</sup> *Supra, op. cit.*

<sup>172</sup> 114 ILR, p. 508-512 (No. AZ 1K 4/88), BAG, Allemagne.

Il en va de même dans l'affaire *X c. Argentine* (1996)<sup>173</sup>, mais dans ce cas-ci, le BAG souligne que c'était la nature de l'acte accompli par le requérant qui était déterminant. Eu égard à l'art. 5 de la CVRD, il importe peu que le salarié avait rempli un rôle subalterne (il n'exerce aucune fonction discrétionnaire) ou que l'instrument au moyen duquel le salarié était engagé relève du droit privé parce qu'il suffisait que ses fonctions appartenissent au *Kernbereich der hoheitlichen Betätigung*<sup>174</sup> ou la sphère essentielle des fonctions souveraines de l'Etat. En fin de compte, toute enquête sur la cause invoquée par le requérant doit être évitée afin de respecter la règle *ne impediatur legatio*. Tant la préparation de budget au sein du Consulat Général<sup>175</sup> que les fonctions accomplies par l'attaché de presse<sup>176</sup> sont également censé d'appartenir à cette sphère essentielle susmentionnée selon le LAG. Dans ce dernier cas, le tribunal a retenu que ce qui importe c'était la nature de l'acte (*Rechnatur der Tätigkeit*) ou le rapport juridique ou la forme (*Rechtsverhältnisses*) mais non la finalité (*Zweck*) de l'acte. Désormais le LAG revenait sur l'arrêt précité dans l'affaire *Consulat américain à Francfort* (2002)<sup>177</sup> en soutenant que l'acte souverain est tiré du contenu de la fonction exercée (*Inhalt der ausgeübten Tätigkeit*) quoi que ce soit la forme légale utilisée (*Rechtsform*).

Par contre, lorsqu'on se trouve en présence des obligations de résultat se rapportant aux réparations au sein de l'ambassade ou services non liés à la fonction souveraine, le juge du for considérait que les Etats-Unis avait agi au titre d'une personne privée<sup>178</sup>.

<sup>173</sup> 114 ILR, p. 502-507 (No. 2 AZR 513/95), BAG, Allemagne.

<sup>174</sup> Ce principe a été extrait des affaires concernant les activités commerciales.

<sup>175</sup> V. *Muller v. USA* (1998), 114 ILR, p. 512-519, BAG, Allemagne.

<sup>176</sup> V. *United States Information Service* (2000), Urteil vom 23. November 2000, Az : 2 AZR 490/99, ([www.jurisweb.de](http://www.jurisweb.de)), BAG, Allemagne.

<sup>177</sup> Urteil vom 16. Mai 2002, Az : 2 AZR 688/00, ([www.jurisweb.de](http://www.jurisweb.de)), LAG, Allemagne.

<sup>178</sup> V. *Réparation de l'ascenseur à l'ambassade américaine* (1997), Urteil vom 20. November 1997, Az : 2 AZR 631/96, ([www.jurisweb.de](http://www.jurisweb.de)), BAG, Allemagne.

Contrairement à la pratique des pays anglo-saxons, la jurisprudence allemande transposait le critère de la nature aux problèmes liés au contrat de travail. Désormais, on se demande si le critère de la nature était vraiment déterminant parce qu'en fin de compte il semble que tous les fonctions réalisées au sein des locaux diplomatiques sont réputées comme des fonctions souveraines.

## 2. La pratique belge

Les salariés subalternes au sein des locaux diplomatiques jouissent d'une position plus heureuse devant les tribunaux belges. Dans l'affaire *Castanheira c. le Bureau commercial de Portugal* (1980)<sup>179</sup>, le requérant était congédié pour des infractions prétendues mais finalement le Bureau se voit priver d'invoquer l'immunité de juridiction par rapport au contrat de travail n'impliquant aucune fonction publique mais relevant plutôt d'un acte privé commercial. Cet approche suggère que les critères propres aux problèmes du commerce ont été tel quel transposés au domaine du contrat de travail.

Dans l'affaire *Rousseau c. République de la Haute Volta* (1983)<sup>180</sup>, la Cour a refusé l'immunité à la Haute Volta car « le contrat liant les parties est ... un contrat de travail d'ouvrier ... (comportant) un lien de droit privé ; partant c'était un acte d'affaire ordinaire et non un acte de pouvoir public, l'Etat ayant agi comme personne privée ». La solution avait été empruntée à la Convention de Bâle, quoiqu'elle ne fût pas applicable en l'espèce, la Haute Volta n'y étant pas partie. De plus, la Cour affirmait que d'après le droit international coutumier, aucune immunité ne serait accordée à l'égard d'un contrat

---

<sup>179</sup> 82 ILR, pp. 100-103, Tribunal de Travail de Bruxelles, Belgique.

<sup>180</sup> 82 ILR, p. 118 ; JDI (1989-2), pp. 1092-1093, Tribunal de Travail de Bruxelles, Belgique.

de travail qui doit être exécuté à l'Etat du for lorsque le salarié remplit un rôle subalterne ou participait aux activités qui ne sont que faiblement liées aux fonctions diplomatiques. Le critère déterminant pour le juge belge n'était pas le lieu de l'emploi mais plutôt le statut du salarié, une approche tout à fait différente à l'égard des affaires précitées.

La pratique belge suggère que les contrats de travail sont traités comme des actes de commerce tels que le Canada ou les Etats-Unis. A titre exemplaire, dans l'affaire *Maroc c. D.R.* (1989)<sup>181</sup>, en engageant un chauffeur, l'ambassade du Maroc avait agi à titre d'une personne privée par un contrat de travail, ce qui équivaut à un acte commercial ordinaire et partant l'écart de l'immunité de l'Etat.

Il en va de même pour les contrats comprenant une obligation de moyen. Dans l'affaire *De Queiroz c. Portugal* (1992)<sup>182</sup>, un enseignant de langue a pu réclamer les dommages-intérêts contre son employeur, le Consulat portugais, pour la rupture du contrat de travail parce qu'il ne remplissait aucun acte de souveraineté et le rapport d'emploi était soumis au droit privé.

Contrairement au Canada et les Etats-Unis, il n'y a aucune législation en Belgique constatant l'immunité de principe assortie aux exceptions et pour autant on hésite de confirmer que la jurisprudence belge n'avait pas fourni des règles spéciales se rapportant à l'exception de contrat d'emploi. Force est de reconnaître que la reprise des critères classiques normalement appliqués aux activités commerciales peut mieux protéger les salariés au sein des locaux diplomatiques.

---

<sup>181</sup> 115 ILR, pp. 421-423, Tribunal de Travail de Bruxelles, Belgique.

<sup>182</sup> 115 ILR, pp. 430-435, Tribunal de Travail de Bruxelles, Belgique.

### 3. La pratique française

Dans l'affaire *Barrandon c. Fédération des Etats-Unis d'Amérique* (1995)<sup>183</sup>, la Cr. Cass. a accordé l'immunité aux Etats-Unis tout en considérant tant la nature des fonctions assignés au requérant (cf. l'assistance médical aux employés, l'entretien des instruments chirurgicaux, etc.) que le but (cf. l'exercice des fonctions au profit des personnels civils et militaires en poste à Paris dans l'intérêt du service public, etc.). Bien que la Cour d'appel reposait la recevabilité de la demande sur la forme privée du contrat qui relève en effet du critère de la nature, , la Cr. Cass. l'a renversé en réaffirmant une prévalence de la finalité au détriment de la forme privée du contrat de travail.

### 4. La pratique espagnole

Dans l'affaire *EBM c. Equatorial Guinea* (1986)<sup>184</sup> et l'affaire *DA c. République d'Afrique du sud* (1986)<sup>185</sup>, le Tribunal Supremo déclarait que la conclusion du contrat d'emploi dont la prestation stipulée est effectuée à l'Etat du for n'est pas un acte souverain mais un acte privé, une solution prétendument conforme à la §5 de la Convention de Bâle de 1972. Désormais, MM. Chueca Sancho et Diez Hochleitner critiquaient fortement les deux arrêts susvisés tout en soutenant que le travail au sein des locaux diplomatiques doit se voit appliquer des règles les plus protectrices car appartenant à une catégorie spéciale des fonctions particulièrement liées à la souveraineté de l'Etat. Ils considèrent que le statut même du salarié constitue l'indice pour déterminer s'il remplit ou non les fonctions de la souveraineté.

<sup>183</sup> JDI (1996), pp. 102-110, Cour d'appel de Versailles, France.

<sup>184</sup> 40 *REDI* (1988), p. 7, 10, Tribunal Supremo, 10.2.1986, Espagne.

<sup>185</sup> Tribunal Supremo, 1.12.1986, Espagne.

## 5. La pratique néerlandaise

Dans l'affaire *Gootjes c. Belgique* (1978)<sup>186</sup>, la Belgique bénéficiait de l'immunité de juridiction à l'égard de la demande formulée par le salarié néerlandais qui remplissait un poste administratif au Consulat belge car celui-ci constituait un « organe public dans lequel la Belgique agit dans sa capacité publique ». Par contre, dans l'affaire *MK c. République de Turquie* (1985)<sup>187</sup>, la Cour a écarté l'immunité de la Turquie en se référant au statut du salarié. Comme l'employé n'était pas confié aucune responsabilité se rapportant au service public, il avait agi comme une personne privée quelconque<sup>188</sup>. Il est difficile de dire s'il s'agit vraiment du critère de la finalité ou de la nature, parce qu'en effet la finalité ou l'assignation d'une fonction spécifique au salarié contribue à définir la nature de l'acte, le critère de la personne privée n'étant qu'un critère subsidiaire qui intervient une fois la finalité était prise en considération. Parce que d'autres éléments, tels que le contrat d'emploi, le langage du contrat, etc. sont intervenus pour la qualification, il est absolument difficile de construire des règles générales.

Dans l'affaire *Van Hulst c. U.S.A.* (1989)<sup>189</sup>, le requérant était employé comme secrétaire mais sa nomination était soumise à une autorisation préalable pour des raisons de sécurité. L'immunité a été finalement retenue afin d'éviter le déroulement d'une enquête empiétant sur les fonctions souveraines de l'Etat. Ceci atteste la valeur primordiale du critère de la non-ingérence.

---

<sup>186</sup> 65 ILR, p. 372, Pays-Bas.

<sup>187</sup> 94 ILR, pp. 350-354, Sub district Court of The Hague, Pays-Bas

<sup>188</sup> GARNETT (R.), *supra*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>189</sup> NYIL (1990) p. 379

## 6. La pratique autrichienne

Deux affaires récentes ont démontré que le salarié qui remplit une fonction routinière pourrait tenter une action devant le juge autrichien contre l'Etat employeur. Dans l'affaire concernant le *chauffeur de l'ambassade britannique* (1978)<sup>190</sup>, le ressortissant autrichien employé comme chauffeur pourrait tenter l'action car le contrat de travail n'était pas conclu par l'Etat étranger dans l'exercice de son droit souverain. Il en va de même dans l'affaire sur *l'interprète de l'ambassade* (1991)<sup>191</sup> où ce dernier pourrait tenter l'action pour le licenciement injuste car le contrat de travail d'espèce relevait du droit privé.

La pratique autrichienne réaffirme l'approche du projet d'articles de la CDI qui cherche à renverser la présomption d'immunité pour les contrats d'emploi et les assortir aux exceptions. Premièrement, dans l'affaire *Dame X c. République Française* (1989)<sup>192</sup>, la Cour suprême souligne qu'il faut examiner la nature des obligations liées à l'emploi et non leur finalité pour déterminer si l'acte en cause était *jure imperii* ou *jure gestionis*. La fonction du chef de la section des visas relevait directement du pouvoir public de la France. En concluant le contrat d'emploi, la France avait agi *jure gestionis* et le salarié ne pouvait invoquer l'immunité de juridiction. L'affaire démontre la simple transposition des règles générales sur l'immunité aux contrats de travail litigieux.

Deuxièmement, dans l'affaire *M.Y. c. Etats-Unis d'Amérique* (1992)<sup>193</sup>, un employé autrichien de l'ambassade américaine a été congédié pour des raisons de sécurité sans

<sup>190</sup> 65 ILR, p. 20, Autriche.

<sup>191</sup> JDI (1991), Vol. 2, p.441, Autriche.

<sup>192</sup> 86 ILR, pp. 583-586 (No. 9 Ob A 170/89), Cour suprême, Autriche.

<sup>193</sup> JDI (1993), pp. 387, Autriche.

aucune précision d'autre de la part des Etats-Unis, faute de quoi la Cour réaffirmait que la conclusion de contrat d'emploi relève de l'acte *jure gestionis* et partant l'immunité était refusée.

## 7. La pratique suisse

Dans l'affaire *S. c. République d'Inde* (1984)<sup>194</sup>, un ressortissant italien exerçant la fonction d'une radiotélégraphiste et finalement des travaux de bureau au sein de l'Ambassade de l'Inde à Berne a introduit une action contre l'Inde en vue de récupérer les créances fondées sur le contrat de travail. Le Tribunal de poursuivre constatait que « la qualification de l'acte doit ... être faite en fonction du sens et du but de l'immunité ... (qui est précisément) la protection de l'activité souveraine de l'Etat étranger ... ». Etant prouvé que n'importe quel employeur eût pu engager S. en qualité de radiotélégraphiste et compte tenu de ce que le but du contrat ne saurait à lui seul être déterminant, force est de reconnaître que l'Inde ne subira aucune entrave à l'égard de son activité si l'Etat du for exerce la juridiction sur le rapport contractuel entre S. et l'Inde. En outre, les travailleurs subalternes sont plutôt liés à la mission diplomatique par un contrat de droit privé.

En tout état de cause, le juge suisse rappelle que les critères de but et de nature ne constituent qu'une approche indirecte pour contrebalancer l'intérêt de l'Etat du for à l'exercice de sa juridiction et l'intérêt de respecter la souveraineté de l'Etat étranger ; ceci étant le véritable enjeu, il convient de soupeser ces intérêts contradictoires et de ne pas s'attacher à aucune règle mécanique.

Malgré ce constat, force est de reconnaître que l'Etat employeur a moins d'influence

---

<sup>194</sup> 82 ILR, p. 13, JDI (1987), pp. 997-998, Tribunal fédéral, Suisse.

sur la qualification de la fonction assignée au salarié lorsque l'employé accomplissait ses fonctions en dehors du local diplomatique. Ainsi, dans l'affaire *Tsakos c. U.S.* (1972)<sup>195</sup>, compte tenu de ce que les Etats-Unis avaient agi par l'intermédiaire de M. Tsakos en vue d'organiser une exposition et que M. Tsakos a été confiée une fonction spécifique clairement définies, le tribunal du for avait pu constater que la fonction réalisée ne touche en rien les prérogatives de la puissance publique mais elle ressorte plutôt du rapport contractuel propre au droit privé parce que l'organisation de l'exposition pourrait être accomplie par une personne privée quiconque.

## 8. La pratique italienne

La pratique italienne permet de tirer une conclusion plus claire sur l'utilisation des critères classiques à l'égard des contrats de travail. Au départ, les tribunaux italiens ont appliqué tant le critère de la finalité que celui de la nature pour déterminer le caractère *jure imperii* du rapport d'emploi en cause mais en fin de compte, c'est le critère de la nature qui avait triomphé dans l'affaire *Parravicini c. Bureau commercial de la république démocratique de Bulgarie* (1969)<sup>196</sup>. Désormais, cette conclusion sera plus tard démentie au fur et à mesure, ce qui nous mène à la recherche d'autres critères à cause de la non séparabilité de la finalité et la nature de la fonction assignée au salarié de l'Etat.

L'inséparabilité se manifeste dans l'affaire *Luna c. République socialiste de Roumanie* (1974)<sup>197</sup> où le requérant, employé comme secrétaire comptable et en même temps standardiste de l'ambassade ne pourrait tenter l'action pour le licenciement

<sup>195</sup> 75 ILR, p. 78-80, Tribunal de travail de Genève, Suisse.

<sup>196</sup> 65 ILR, pp. 282-283, Tribunal de Milan, Italie.

<sup>197</sup> 65 ILR, p. 313-315, Cr. Cass., Italie.

injuste à cause du lien étroit de ses fonctions aux finalités institutionnelles de l'Etat étranger. Malgré la confirmation de l'immunité, le juge se rendait compte de la difficulté posée par la distinction entre la finalité et la nature de la fonction assignée aux salariés de l'Etat. Cette confusion sur les deux critères classiques a été confirmée dans l'affaire *Velloso c. Borla* (1979)<sup>198</sup>. En l'espèce, le juge avait eu égard à ce qu'il considérait comme la nature (ce qui était d'après lui le rattachement du rapport de l'emploi à l'organisation administrative de l'Etat étranger), et la finalité de la fonction remplie par le salarié (l'affectation du rapport d'emploi affecté à l'avancement des fonctions publiques de l'Etat) mais il s'était rendu compte de ce que la finalité a en effet transformé la nature de la fonction. Autrement dit, en matière de contrat de travail, le rattachement tellement étroit entre le salarié et les fonctions publiques de l'Etat a entraîné la confusion entre les deux critères classiques au détriment de la théorie de la double personnalité de l'Etat parce qu'on voit mal comment le salarié en agissant comme un instrument matériel de l'Etat pourrait remplir une fonction ayant une finalité autre que laquelle assignée par l'Etat ; la finalité est ainsi définie par l'Etat et elle détermine en effet la nature de la fonction assignée au salarié. Ainsi, M. Brownlie est parvenu à la conclusion que la distinction entre l'acte *jure gestionis* et *jure imperii* n'est pas déterminant pour accorder l'immunité dans les contrats de travail, ce qui réaffirme la nécessité d'établir des règles spéciales pour les contrats de travail<sup>199</sup>.

L'abandon progressif de la distinction entre les deux critères classiques se manifeste dans l'affaire *Bulli c. Royaume Uni* (1981)<sup>200</sup> où le juge était aussi amené à distinguer le

---

<sup>198</sup> 65 ILR, p. 328, Cr. Cass., Italie.

<sup>199</sup> V. BROWNLIE, *supra*, *op. cit.*, p. 333.

<sup>200</sup> 65 ILR, p. 343-347, Pretore de Venice, Italie.

caractère de la fonction remplie par le demandeur. Compte tenu que la fonction assignée poursuivait un intérêt privé collectif (un élément qui relève de la finalité) et que le salarié faisait partie de l'organisation des personnels (un élément objectif), il a été décidé qu'il s'agissait en l'espèce d'une fonction publique, le but étant intervenu finalement pour définir la nature.

Encore pire, le critère objectif de l'intégration du salarié à l'organisation structurelle du personnel de l'Etat employeur, un indice utilisé par le juge italien pour retenir l'immunité au motif de la non ingérence dans l'organisation de l'Etat, permet à l'Etat de mener le procès à son gré. Dans l'affaire *Panattoni c. RFA* (1987)<sup>201</sup> ainsi que l'affaire *République Française c. Jacuzio* (1987)<sup>202</sup>, il a été retenu que les salariés subalternes (on se réfère au huissier de la chancellerie dans la première affaire et l'enseignant au lycée dans la deuxième), même s'ils remplissent les fonctions permanentes, à savoir intégrés dans la structure organisatrice des personnels de l'Etat étranger, ils ne pourraient intenter l'action contre l'Etat employeur parce que l'enquête constituera une immixtion dans les fonctions étatiques. Cette renonciation à ingérer sur l'organisation structurelle des personnels de l'Etat étranger se manifeste aussi dans l'affaire *Perrini c. Académie de France* (1994)<sup>203</sup> et l'affaire *Etats-Unis c. Lo Gatto* (1995)<sup>204</sup> où la simple affirmation de la part de l'Etat employeur que le salarié s'était intégré dans son organisation structurelle suffit pour qu'il se voit accorder l'immunité de juridiction. Les motifs derrière la non ingérence se trouvent dans l'affaire *Libyan Arab Jamahiriya c. Trobbiani* (1990)<sup>205</sup> ; dans

<sup>201</sup> 87 ILR, pp. 42-47, Cr. Cass., Italie.

<sup>202</sup> 87 ILR, pp. 53-56, Cr. Cass., Italie.

<sup>203</sup> 114 ILR, pp. 536-539, Cr. Cass., Italie.

<sup>204</sup> 114 ILR, pp. 555-558, Cr. Cass., Italie.

<sup>205</sup> 114 ILR, pp. 520-525, Cr. Cass., Italie.

ce cas-ci, le tribunal du for affirmait que l'exercice du *jus imperii* du for, à savoir tant le *jus dicere* (le pouvoir de décision) que le *jus facta conoscere* (pouvoir d'enquête) doit être évitée si elle vise un acte *jure imperii* de l'Etat étranger. La superposition du *jus imperii* du for à l'acte *jure imperii* de l'Etat étranger constituera ainsi un éclatement non désiré.

La confusion entre les deux critères classiques et la tendance à éviter l'ingérence susmentionnées permettent aux Etats étrangers de mener considérablement le procès en sa faveur. Désormais, celle-ci n'implique pas forcément que les salariés à l'ambassade sur le territoire italien ne pourraient accéder à la justice comme ses collègues en Belgique parce que le juge italien admet la demande qui porte sur une question purement financière puisque celle-ci ne touche aucunement la sphère essentielle de la souveraineté de l'Etat employeur. D'abord, l'aspect purement financier se dissocie complètement du contrat de travail et partant l'enquête portant sur cet aspect n'entraînera aucun empiètement sur le domaine interne de l'Etat étranger. Il n'y a rien d'étonnant sur le critère de la séparabilité car le juge a aussi procédé à extraire certains actes spécifiques du contexte général dans les différends portant sur le commerce ou sur le délit civil non commercial. Désormais, le critère de la séparabilité de l'aspect purement commercial n'est pas absolu mais il se plie au rapport d'emploi public dans lequel le salarié occupe un poste de confiance<sup>206</sup>.

L'aspect purement financier a connu son triomphe dans l'affaire de l'*Ambassade Norvégien c. Quattri* (1991)<sup>207</sup> où la Cr. Cass. avait accordé au requérant les indemnités non acquittées (*indennità di cassa*) alors que l'immunité de la Norvège par rapport à la

---

<sup>206</sup> V. *Libyan Arab Jamahiriya v. Trobbiani* (1990), 114 ILR, pp. 520-525, Cr. Cass., Italie.

<sup>207</sup> 114 ILR, pp. 525-531, Cr. Cass., Italie.

réintégration et les dommages intérêts a été retenue. L'aspect purement financier vise aussi les arriérés de salaire à cause du mauvais calcul dudit montant<sup>208</sup> mais il ne concerne pas l'indemnité pour la terminaison du contrat de travail si le montant était encore litigieux car l'enquête en vue de déterminer le montant constituera une ingérence dans la souveraineté de l'Etat étranger<sup>209</sup>. Ainsi la nature de la demande joue un rôle déterminant pour la mise à l'écart de l'immunité de l'Etat étranger en matière du contrat de travail parce que la demande qui porte exclusivement sur un objet simplement économique ne s'immiscera pas dans le fond de l'engagement ou du licenciement, ce qui relève de la souveraineté de l'Etat étranger.

#### **IV. Les textes conventionnels**

##### **1. La Convention européenne sur l'immunité des Etats de Bâle (1972)**

La CEIE prévoit une distinction entre les entités d'Etat étranger établie pour des finalités commerciales et d'autres qui ne le sont pas. Selon l'art. 5.3, lorsque le travail dans le bureau ou l'agence s'était réalisé de la même manière qu'une activité industrielle, commerciale ou financière d'une personne privée, l'Etat ne pourrait plus invoquer l'immunité de juridiction sauf si le salarié était un résident habituel de l'Etat étranger. Désormais, cette dernière condition relève plutôt de l'incompétence d'attribution<sup>210</sup> de sorte que les résidents de l'Etat étranger n'attirent pas la juridiction du for même si l'activité en cause était de *jure imperii*. Mis à part les critères de la nationalité, la CEIE

<sup>208</sup> V. *l'Ambassade Zambien c. Sendanayake* (1992), 114 ILR, pp. 532-533, Cr. Cass., Italie.

<sup>209</sup> V. *Carbonar c. Magurno* (1993), 114 ILR, pp. 534-536, Cr. Cass., Italie.

<sup>210</sup> D'après M. Garnett, cette condition ressemble plutôt à la théorie de *forum non conveniens*, au moins pour les juristes anglo-saxons, *op. cit.*, p. 112-113.

avait incorporé le critère de la personne privée.

## 2. L'approche de la Commission de droit international

Le projet d'articles de la CDI (1991) prévoit la présomption de l'absence de l'immunité à l'égard d'un contrat qui sera exécuté dans l'Etat du for mais il rétablit l'immunité pour les services liées à la prérogative de la puissance publique, l'engagement, renouvellement de l'engagement ou de la réintégration, ou pour des raisons de la nationalité. Cette solution mène *de facto* à l'octroi de l'immunité en fonction du lieu d'emploi.

Au sein de la CDI, la non transposition des critères classiques aux contrats de travail a été défendue par M. Koroma qui souligne la confusion entre ces critères de sorte que « être au service d'un Etat étranger, c'est participer à l'exercice de la puissance publique de cet Etat »<sup>211</sup>. En outre, les aspects purement commerciaux ont aussi fait l'objet de discussion ; M. Ogiso considère que ceux-ci doivent constituer une « exception à l'exception » à l'égard de « l'exception concernant l'engagement, renouvellement ou la réintégration »<sup>212</sup>, quoique les concernés sur ces questions purement financières n'ont pas abouti au projet final. Le critère de la non ingérence dans la souveraineté de l'Etat étranger a été discuté au sein de la CDI mais cette question n'est non plus apparue dans le texte final<sup>213</sup>.

La CDI a aussi rendu compte de la difficulté de distinction, notamment aux Etats-Unis et au Canada entre les contrats de travail (celui qui prôt au versement d'un salaire) et les services qui sont des vraies transactions n'impliquant pas un rapport d'emploi<sup>214</sup>. En

---

<sup>211</sup> ACIDI 1990, §57, p. 84.

<sup>212</sup> ACIDI 1990, p. 94, ACIDI 1991, p. 80.

<sup>213</sup> ACIDI 1990, p. 325.

<sup>214</sup> ACIDI 1991, p. 325.

outre, la constatation de l'exception pour l'exercice des prérogatives de la puissance publique est aussi faible, étant entendu que c'est l'Etat qui détermine quand son salarié est affecté à l'exercice d'une telle fonction.

### **3. L'approche de l'IDI**

L'art. 2.2.c de la résolution de l'IDI sur l'immunité d'Etat (1991) prévoit la présomption de l'absence de l'immunité mais l'immunité pourrait être rétablie toutefois si l'enquête constitue une ingérence sur le contenu ou la mise en œuvre de la politique de l'Etat étranger. Etant tellement vague cette disposition, elle permet une interprétation assez large.

## **V. Conclusion**

La pratique des Etats a eu recours à plusieurs critères pour établir l'immunité de l'Etat étranger à l'égard du contrat de travail en cause. La tentative d'intégrer les critères classiques au domaine des contrats de travail a abouti à la confusion de la nature et la forme, ce qui a débouché sur un seul critère objectif, à savoir, le lieu du travail, étant entendu qu'en tout état de cause, c'était l'Etat employeur qui a le dernier mot pour déterminer le caractère *jure imperii* des fonctions remplies par son employé. La confusion des deux critères classiques a aussi abouti au critère du statut du salarié, mais encore une fois, l'Etat employeur au sein des locaux diplomatiques ou consulaires retient *de facto* une influence considérable pour identifier un salarié de haut niveau du salarié subalterne, ce qui laisse l'employé peu de chance de s'identifier à ses homologues dans le

secteur privé. Pour ces motifs, force est de souscrire à la constatation avancée par M. Garnett concernant le critère implicite du lieu de travail : si le travail se déroule au sein des locaux diplomatiques ou consulaires, on ne pourrait mettre en cause l'engagement, réintégration ou le licenciement par l'Etat employeur. Cette marge de manœuvre notamment large reconnue à l'Etat étranger se justifie par le rapport intensément étroit entre l'Etat et le salarié et le rôle particulièrement capital du principe « *ne impediatur legatio* » dans le domaine de travail, d'où la nécessité impérieuse de dégager les règles spéciales y applicables.

Par contre, lorsque l'objet de la demande porte sur les questions purement financières, celles-ci n'empiètent aucunement sur la souveraineté de l'Etat étranger parce que l'aspect financier s'entend plutôt la conséquence juridique séparable ou isolable telle que l'indemnisation pour le licenciement. L'application du principe de la séparabilité des actes spécifiques du contexte susvisé dans la 1<sup>re</sup> partie est donc envisageable le cas échéant.

On se demande s'il est possible d'établir des priorités universellement acceptables entre les critères susmentionnés mais comme cette tâche demande une étude plus approfondie de la jurisprudence, l'observation faite dans ce mémoire ne pourrait amener à aucune conclusion définitive. Désormais, les affaires considérées ci-dessus semblent avoir accordé la priorité au principe de la non-ingérence dans la sphère souveraine de l'Etat étranger de sorte que si celui-ci pourrait en prouver, il doit jouir de l'immunité ; il conviendra ainsi qu'on trouve un mode d'emploi plus précis pour éviter que ce critère tellement déterminant ne fasse pas l'objet d'abus.



## Section 2 : Les délits civils non commerciaux

Au départ, l'exception pour les délits civils non commerciaux se prêtait à l'attention particulièrement en ce qui concerne les dommages subis par les accidents de circulation afin que les assurances automobiles ne puissent se soustraire à ses obligations en se cachant sous l'abri d'immunité d'Etat. A ce moment-là, le critère de la personne privée était encore le fondement de cette exception<sup>215</sup>. Par la suite, cette exception s'est accrue et s'est étendue à d'autres délits ou quasi-délits civils. Notamment pendant ces dernières décennies, on a vu même une tendance générale vers l'application de cette exception à l'égard des dommages aux personnes résultant de la guerre, les actes de torture, ou d'autres violations de droit de l'homme. Aujourd'hui, certains pays, tel que les Etats-Unis, se sont attribués des compétences même pour connaître les dommages subis à l'extérieur du for résultant des actes de terrorisme !

On se demande si les critères de la nature et du but retiennent encore son importance puisque l'élément déterminant de ce genre de responsabilité est la survenance d'un dommage. Autrement dit, l'Etat étranger, peut-il se soustraire ses actes entraînant un dommage à la juridiction d'un autre Etat sous le prétexte d'avoir agi en tant qu'une personne publique ? Le for de lieu où le dommage a été subi, sert-il toujours comme le

---

<sup>215</sup> Au début, l'exception pour les accidents de circulation était fondée sur le comportement de l'Etat étranger en tant qu'une personne privée. A titre exemplaire, la Cour suprême de l'Autriche avait retiré l'immunité des Etats-Unis à l'égard de l'accident de trafic survenue dans le contexte d'un acte public parce que le mode de la réalisation de l'activité publique, précisément l'utilisation des voies publiques) relevait de la sphère des activités privées (l'affaire *Szezesniak v. Backer* (1955), 64 ILR, p. 23, Autriche).

for le plus approprié pour connaître un différend qui peut être mieux tranché par un mécanisme interétatique ? Sinon, comment peut-on expliquer le refus à l'individu de l'accès aux tribunaux voire même le déni de justice qu'il a subi ? Pour mieux statuer sur les aspects juridiques de l'espèce, on procédera à l'étude de la jurisprudence en la matière tout en faisant abstraction des motifs politiques invoqués par les ONGs dont l'intervention dans ce genre des différends est de plus en plus commune.

Avant d'entrer dans l'actualité, il convient de rappeler une affaire récente qui rend compte de la théorie classique de l'immunité des Etats à l'égard des délits civils. Ensuite, on dégagera les tendances récentes en matière des dommages aux biens causés par un acte en exercice de la prérogative de la puissance publique (I), les dommages environnementaux (II), les dommages aux personnes subis sur le territoire du for (III), les dommages aux personnes se produisant en dehors du for (IV), les réclamations de guerre (V) et finalement quelques observations finales sur les critères applicables (VI).

A titre exemplaire d'une hypothèse récente mais encore classique, la Corte suprema avait enlevé l'immunité des Etats-Unis à l'égard des dommages subis au sein de son Ambassade au Venezuela dans l'affaire *Lilia Ramirez c. Etats-Unis* (1998)<sup>216</sup>. Compte tenu de ce que le dommage était dû au défaut de la signalisation, le juge du for, après avoir appliqué le critère de la personne privé à ce comportement, a conclu finalement que l'Etat étranger ne saurait bénéficier de l'immunité parce qu'il avait agi comme une personne privée quelconque (*jure gestionis*). L'arrêt suggère ainsi que la qualité *jure imperii* de l'acte prêtant au dommage pourrait être déterminante.

---

<sup>216</sup> V. [www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa30071998-13113.html](http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa30071998-13113.html), Corte Suprema de justicia, 30.07.98, no. 13.113, Venezuela.

## I. Dommages causés par les actes *jure imperii*

Dans l'affaire *World Business Consultants c. Chew Siang Thai et Veterinary and Health Laboratory of Singapore* (2000)<sup>217</sup>, le Tribunal d'appel considérait que l'ingérence de la part du Ministre de la Santé de Singapour dans le contrat de commerce passé entre deux personnes privées ne saurait attirer la juridiction espagnole parce que l'intervention du Ministre était un acte *jure imperii* qui consistait précisément à refuser la livraison des certificats de conformité à la Directive européenne. Bien que le refus des certificats a en effet mis le contrat à néant en entraînant des dommages sur le territoire espagnol, le caractère *jure imperii* de l'acte fait écran pour l'engagement de la responsabilité « non contractuelle<sup>218</sup> » du Singapour. Il s'avère qu'il est difficile d'engager la responsabilité de l'auteur étatique du dommage englobé dans un contexte souverain si on n'a pas réussi à extraire le fait générateur du dommage à l'ensemble des actes réputés *jure imperii*.

## II. Dommages environnementaux

Dans l'affaire sur *les contaminations aux jardins* (1987)<sup>219</sup>, le requérant faisait grief d'avoir subi un dommage causé par l'accident du réacteur nucléaire à Chernobyl, en Union soviétique. Fidèle à ses précédents<sup>220</sup>, l'Amtsgericht avait constaté que les activités prêtant aux dommages relèvent des comportements privés aux yeux du droit

<sup>217</sup> Recurso de apelación 255/2000, Sala de lo Civil, Espagne.

<sup>218</sup> La « responsabilidad extracontractual » dans l'ordre juridique espagnol se réfère à la responsabilité pour faute ou les délits civils non commerciaux.

<sup>219</sup> 80 ILR, p. 378-388, No. 5 T 184/87, Amtsgericht, Allemagne.

<sup>220</sup> Cf. l'affaire *Réclamation contre l'Empire d'Iran* (1963), *supra*, *op. cit.*

allemand<sup>221</sup>. Ainsi, à l'épreuve du critère de la personne privée, l'Union soviétique s'était engagée dans une activité commerciale et par la suite elle ne pourrait plus invoquer l'immunité de juridiction à l'égard des dommages subis. Or, le Tribunal allemand aurait pu également traiter le dommage sous le régime des délits civils et soustraire le fait générateur au contexte souverain. Ceci témoigne d'un point de contact entre l'exception d'activité commerciale et l'exception des délits civils dans la mesure où le résultat final pourrait varier en fonction de l'approche choisie. Néanmoins, la demande a été rejetée au défaut du droit subjectif parce que la responsabilité à l'égard des accidents nucléaires est une obligation interétatique que les particuliers ne peuvent pas invoquer. Bien que le dommage environnemental pourrait être individualisé et soumis à la juridiction du for, les questions sur l'intérêt d'agir demeurent problématiques ce qui rend ce genre des dommages particulièrement délicats.

### **III. Dommages aux personnes subis sur le territoire du for**

Il faut rappeler que le FSIA 1976 n'a pas touché le fond du droit de « tort » américain qui demeure encore un critère de rattachement autonome de sorte qu'il ne dépend pas d'autres exceptions au principe de l'immunité aux Etats-Unis. L'affaire *Letelier c. Chili* (1984)<sup>222</sup> représente par excellence le rapport entre l'immunité de l'Etat étranger et les dommages aux personnes ; elle a peut-être posé la base des règles spéciales ultérieurement introduites dans le FSIA portant sur le terrorisme parrainé par l'Etat. En l'espèce, suite à l'assassinat prétendument imputable au Chili d'un politicien chilien aux

---

<sup>221</sup> 80 ILR, p. 381-382.

<sup>222</sup> 79 ILR, p. 561-570, Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circ., Etats-Unis.

Etats-Unis, le juge américain a procédé à extraire du contexte apparemment souverain le fait générateur du dommage. Il n'y a rien à s'étonner que la méthode utilisée pour l'extraction rassemble à laquelle utilisée dans la qualification préalable des actes mixtes car l'assassinat parrainé par l'Etat est en effet un acte composé à deux niveaux. D'un côté, on trouve le niveau du planning auquel le juge du for ne doit pas remettre en cause parce qu'il pourrait constituer une ingérence dans la souveraineté de l'Etat étranger. D'un autre côté, rien n'empêche que le juge du for engage la responsabilité de l'Etat étranger se rapportant au niveau opérationnel qui se réfère à la réalisation concrète des actes en vue de parvenir à l'objectif final de caractère officiel<sup>223</sup> parce qu'une fois enlevée la voile de l'Etat souverain (les actes au niveau du planning) les actes qui relèvent du niveau opérationnel pourrait causer un dommage de la même manière qu'une personne quiconque. En définitif quoi que ce soit le motif qui se cache derrière l'acte prétendument souverain ou *jure imperii* selon le défendeur, à savoir l'ordre à effectuer l'assassinat, il y a un dommage survenu qui était en effet autonome et séparable auquel la juridiction du for pourrait connaître. Comme le tribunal du for n'a pas prononcé sur les actes au niveau du planning ni les a qualifiés, il laisse entendre que le droit du for ne saurait déterminer l'illégalité des actes des Etats étrangers ou voire même que l'assassinat parrainé par l'Etat relevait d'un acte *jure imperii* !

Dans l'arrêt sur *l'ancien ambassadeur de Syrie à la RDA* (1997)<sup>224</sup>, la BVerG cherchait à engager la responsabilité de l'ancien ambassadeur de la Syrie qui était accusé

<sup>223</sup> La distinction entre ces deux niveaux se trouve dans l'ouvrage de Lady Fox (H.) p. 28 où elle rappelle l'affaire *Delehite c. Etats-Unis* où le niveau du planning se réfère à la décision de la part du Mexique de transférer les prisonniers alors que le niveau opérationnel se réfère au transport même des prisonniers.

<sup>224</sup> 115 ILR, pp. 596-618, BVerG (2 BvR 1516/96), Allemagne.

d'avoir soutenu un groupe terroriste en abritant certains explosifs aux locaux diplomatiques. Le tribunal ne revenait pas précisément sur la parrainage des activités terroristes mais il soulignait toutefois que le caractère officiel de l'acte n s'étend pas à son mode d'exécution qui n'est que vaguement lié aux fonctions officielles. Autrement dit, cette théorie laisse croire que les comportements matériels que le demandeur conteste appartient au niveau opérationnel, ce qui permet le juge du for de les trancher parce qu'il ne constituera aucune ingérence sur les actes officiels de l'Etat étranger qui se trouve au niveau du planning. Toutes les deux solutions dégagées ci-dessus présupposent qu'afin de faciliter la détermination de l'acte non immune, on pourrait transposer les règles sur la qualification préalable considérées à la première partie *mutatis mutandis* aux délits civils et vice versa. Etant donné que la qualification préalable vise la séparabilité des actes mixtes en vue d'appliquer la théorie de l'immunité restreinte, le développement de ce critère dans le domaine de l'activité commerciale est perméable à une influence du domaine des délits civils non commerciaux.

#### **IV. Dommages aux personnes se produisant en dehors du for**

L'introduction de l'exception du terrorisme dans le FSIA américain<sup>225</sup> avait provoqué un changement considérable de sorte que la juridiction américaine s'était étalée presque à l'infinité en matière des délits civils non commerciaux. Malgré les efforts du

---

<sup>225</sup> V. 27 U.S.C. § 1605(a)(7) et § 1610(a)(7) (Supp. 1998) introduits par l'Antiterrorism and Effective Death Penalty Act de 24.04.96. La § 1605(a)(7) prévoit que les tribunaux américains peuvent exercer leur juridiction sur tous les demandes « in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources ... for such act if such act or provision of material support is engaged in by an official, employee, or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment or agency. »

Congrès américain de combattre contre le terrorisme, les deux arrêts récents<sup>226</sup> rendus conformément au nouvel FSIA, tel qu'amendé, ont trouvé des obstacles juridiques pour obtenir leur exécution.

L'affaire *Alejandro c. Cuba* (1997)<sup>227</sup> met à l'épreuve l'exception du terrorisme tout récemment insérée dans le FSIA selon lequel « aucun Etat étranger ne bénéficiera de l'immunité de juridiction lorsque les dommages-intérêts sont demandés pour les dommages aux personnes causés par un acte de la torture, de l'assassinat, du sabotage d'un aéronef, de la prise des otages, ou de l'approvisionnement des soutiens matériels ... pour un tel acte si cet acte ... était imputable à l'agent, le salarié ou le fonctionnaire dudit Etat étranger<sup>228</sup> ». Au regard du droit international privé, il s'agit d'une compétence d'attribution quelque peu extraterritoriale parce que la juridiction américaine peut fonder sur cette exception dès lors qu'il y a une victime américaine.

En l'espèce, deux aéronefs civils avaient été abattus par la force aérienne cubaine hors de la mer territoriale cubaine. Conformément à la théorie de *respondeat superior*, l'acte d'agression était imputable à l'Etat et pour autant, la Cour américaine s'estime compétente pour adjuger les dommages-intérêts bien que le dommage causant la mort desdits pilotes n'était pas subi sur le territoire du for. Le juge du for ne cherche pas à mettre en cause le pouvoir de police cubaine mais c'était plutôt le dommage aux ressortissants américains qui a justifié l'intervention juridictionnelle.

<sup>226</sup> *V. Flatow v. Islamic Republic of Iran* (1998) et *Alejandro v. Republic of Cuba* (1997).

<sup>227</sup> 121 ILR, pp. 604-618, District Court, Southern District of Florida, Etats-Unis.

<sup>228</sup> Traduit par l'auteur. On se réfère à la § 1605.a.7, selon laquelle "Money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources ... for such an act if such an act or provision of material support is engaged in by an official, employee or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment or agency".

L'exception du terrorisme a été une fois de plus mise à l'épreuve dans l'affaire *Flawtow c. Islamic Republic of Iran* (1998)<sup>229</sup> où un ressortissant américain a été tué dans un attentat suicide en Israël. Cette affaire atteste un élargissement des limites de l'exception du terrorisme dans la mesure où la juridiction américaine s'estime compétente pour connaître même un dommage subi sur le territoire d'un autre Etat, tout en reposant sur le rattachement de la nationalité de la victime. Tout particulièrement, la compétence du juge est fondée sur le principe de la personnalité passive, ce qui relève de la protection diplomatique. L'arrêt affirme la conformité de l'exception du terrorisme avec le droit international dans la mesure où elle n'a créé aucune responsabilité nouvelle mais elle a simplement inventé un nouveau for pour la réclamation des droits universellement reconnus<sup>230</sup>.

Au regard du droit international, la solution américaine a fourni à ses ressortissants une sorte d'accès direct à la sollicitude pour les contre-mesures, ce qui assure une meilleure protection que la protection diplomatique car ce for n'exige pas l'épuisement des recours internes. En outre, la victime n'a plus besoin d'attendre pour que son Etat prenne la cause et intervienne au niveau interétatique. L'effet de l'exception du terrorisme à l'extérieur rassemble à la contre-mesure dans la mesure où la Cour américaine impose des dommages punitifs assez élevés afin de créer un effet dissuasif à l'égard de l'Etat auteur du dommage, tout en se justifiant sur la violation de la part de l'Etat étranger d'une règle de *jus cogens* du droit international coutumier.

Quant à la rétribution, l'arrêt *Alejandre* avait attribué aux familles des victimes

---

<sup>229</sup> 121 ILR, pp. 619-652, District Court, D.C., Etats-Unis.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 631

environs un million des dollars américains, ce qui a été partiellement retiré du compte bancaire cubain qui avait été gelée dès 1962. Désormais, la poursuite d'autres biens cubains aussi bloqués par l'embargo américain n'a pas rendu un résultat satisfaisant car le Cuban Assets Control Regulations, une loi américaine, faisait écran. Ainsi les victimes n'avaient pu obtenir la totalité de l'indemnisation allouée par la Cour. Dans l'affaire Flatow, les ayants cause des victimes trouvent aussi des difficultés pour la saisine des biens iraniens bénéficiant de l'immunité d'exécution forcée car ces biens étaient affectés à une finalité souveraine. Bien que les Etats-Unis aient étendu sa compétence d'attribution, la disponibilité des biens de l'Etat auteur du dommage sur le territoire du for et de plus l'immunité d'exécution empêchent encore la saisine effective des biens<sup>231</sup>.

Pour ces raisons, le Justice for Victims of Terrorism Act (2000) a été promulgué, et ainsi les victimes des actes de terrorisme pourrait obtenir l'indemnisation en présentant un arrêt favorable auprès le Secretary of the U.S. Treasury qui effectuera directement le paiement aux victimes alors que les Etats-Unis prendront la charge de récupérer ultérieurement le montant satisfait par un mécanisme de règlement de différend interétatique<sup>232</sup>. Cette solution semble atténuer l'approche américaine vers le terrorisme et le rendre plus conforme au droit international qui n'est pas prêt à accepter une protection contre les victimes de terrorisme selon laquelle une victime pourrait directement réclamer le dommage auprès ses tribunaux nationaux et ensuite obtenir la

---

<sup>231</sup> VITRANO (S.), "Awarding Recovery to Terrorism Victims", *Dickinson Journal of International Law* (2000), Vol. 19:1, pp. 213-243.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 239-240. L'indemnisation actuelle consiste à débloquer les fonds cubains et iraniens qui ont été gelés pendant l'administration Kennedy et de les redistribuer aux victimes. Les Etats-Unis assumera la créance du montant qui dépasse les fonds de l'Etat étranger. Cette approche est convaincante dans la mesure où elle accorde aux victimes l'indemnisation tirée de l'Etat 'coupable' mais en même temps la mise sous séquestre de ces fonds pourrait être contraire au principe d'immunité d'exécution et diminuer la capacité de la diplomatie américaine de rétablir les rapports amicaux avec les Etats concernés.

saisine tout en contournant le mécanisme de la protection diplomatique classique. Il convient de rappeler que l'effectivité de la nouvelle législation antiterrorisme est douteuse car on ne voit pas comment un arrêt ne permettant que la saisine des biens des Etats auteurs du terrorisme qui se trouvent sur le territoire du for pourrait vraiment affecter le soutien matériel de terrorisme chez eux compte tenu de ce que les seuls fonds des Etats auteurs disponibles sur le for ont été déjà congelés depuis les années 1960s et qu'il est peu probable que ces Etats déposeront encore des fonds sur le territoire du for. Même la JVTa ne semble porter aucune atteinte directe au financement du terrorisme<sup>233</sup>.

En tout état de cause, il y a une erreur sur le for le plus approprié car ce genre de différend doit être plutôt tranché par un organe judiciaire international ou même *ad hoc*, tel que l' Iran U.S. Claims Tribunal<sup>234</sup>. Le forum approprié pourrait mieux contribuer à la normalisation des rapports diplomatiques entre les Etats-Unis et l'Etat auteur de terrorisme parce que le juge interne ne saurait sauvegarder le droit au procès équitable de l'Etat défendeur<sup>235</sup>.

L'évolution déclenchée par l'exception du terrorisme pourrait déboucher dans l'avenir sur une deuxième génération de la « protection diplomatique » au niveau du droit interne dans laquelle une personne privée dispose d'un recours devant l'organe juridictionnel de son propre Etat pour réclamer les dommages-intérêts sans épuiser antérieurement le recours interne et ensuite l'Etat du for s'occuperait de payer le montant alloué par le juge du for et en même temps prendrait la cause de la victime. Dans ce sens,

<sup>233</sup> *Ibid.* p. 243.

<sup>234</sup> GARTENSTEIN-ROSS (D.), "Resolving outstanding judgements under the terrorism exception to the foreign sovereign immunities act", *New York University Law Review* (2002), Vol. 77, p. 496-535.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 505, notez que dans l'affaire *Alejandro* (1997, *supra, op. cit.*) et *Flatow* (1998, *supra, op. cit.*), l'intervention du Cuba se limitait à l'envoi de la note diplomatique et l'Iran était complètement absent au procès.

l'Etat subrogera la victime pour qu'il pourrait plus tard agir contre l'Etat auteur du dommage au niveau interétatique.

A défaut d'une législation tellement controversée comme la loi antiterrorisme américaine, il en va différemment au Canada lors que le dommage a été subi à l'extérieur du for. Dans l'affaire *Schreiber c. Canada* (1998)<sup>236</sup>, le requérant intentait une action pour dommages corporels causés par la torture subis lors de son arrestation à la RDA. Pour que la juridiction canadienne soit établie, le requérant doit établir que le dommage a été subi sur le for. D'après la Cour canadienne, bien que « l'exception des dommages corporels à l'immunité ne dépend pas de la nature de la conduite qui est à l'origine de la réclamation », elle ne saurait enlever l'immunité de la RDA car le requérant n'avait subi que des souffrances morales et l'atteinte à sa réputation, ce qui n'équivaut en rien au dommage corporel. Désormais, la Cour affirmait aussi que la prohibition à la torture est une norme de *jus cogens* qui l'emporte sur le principe de l'immunité de l'Etat mais cela n'implique pas que le for pourrait connaître le différend si aucun dommage corporel au sens le plus strict du terme n'est pas subi sur le territoire du for. Cette double logique de raisonnement semble démontrer que la Cour avait confondu la compétence d'attribution et l'immunité de juridiction car d'une part, elle suggère que la torture peut anéantir l'immunité de l'Etat, à savoir, la RDA ne pourrait pas invoquer son immunité à l'égard des actes de torture. D'autre part, elle affirme qu'elle ne se voit pas attribuer la compétence conformément au droit du for parce qu'aucun dommage a été subi sur le for. En tout état de cause, la Cour était parvenue à la solution contraire à la pratique

---

<sup>236</sup> V. [www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1998/vol1/html/1998rcs1\\_0841.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1998/vol1/html/1998rcs1_0841.html), Cour suprême, Canada.

américaine tout simplement parce que le dommage n'était pas subi sur le territoire du for.

Par contre, le Canada avait confirmé l'immunité de l'Etat étranger par rapport aux dommages subis par ses propres ressortissants dans l'affaire *Bouzari c. Iran* (2002)<sup>237</sup> parce que la survenance d'un dommage dont la cause, à savoir les actes de torture, constitue une violation de *jus cogens*, n'implique pas qu'un pays autre que l'Etat auteur de la violation est tenu à apporter un remède civil, surtout lorsque la violation s'était produite sur le territoire de l'Etat auteur. Cette solution est conforme à l'affaire *Pinochet* (1999)<sup>238</sup> où la House of Lords affirmait que l'interdiction à la torture constitue une norme de *jus cogens* mais elle demeure muette sur l'obligation d'assurer un remède civile ou d'ouvrir un for spécial pour les personnes privées. En tout état de cause, l'immunité de l'Etat auteur a été retenue parce que « si le Canada aurait écarté l'immunité de l'Etat étranger pour ses actes accomplis sous sa propre juridiction, le Canada violerait le droit international, sauf lorsqu'une exception d'activité commerciale est applicable »<sup>239</sup>.

## V. Dommages subis pendant l'occupation armée

Ces derniers temps, à tort ou à raison, on se trouve en présence d'un mouvement sociopolitique en faveur de la juridiction universelle en vue d'étendre la compétence du for sur les crimes de guerre directement imputables à l'Etat. Or, il y a des objecteurs persistants qui entravent, au moins, la consolidation des règles qui leur seraient

<sup>237</sup> 124 ILR, pp. 428-450, Cour suprême d'Ontario, Canada.

<sup>238</sup> V. [www.parliament.the-stationary-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.html](http://www.parliament.the-stationary-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.html), House of Lords, Royaume-Uni.

<sup>239</sup> Traduite par l'auteur, "were Canada to deny immunity to a foreign state for acts done in that state's jurisdiction, unless those acts fell within the commercial exception, Canada would be in violation of international law", 124 ILR, p. 449

applicable. Dans l'affaire *Prefecture de Voiotia c. RFA* (2001)<sup>240</sup>, la Cour grecque avait engagé la responsabilité de la RFA pour les atrocités de la seconde guerre mondiale. En effet la Cour avait accordé la réparation aux victimes mais le séquestre n'avait aucun succès en Grèce. Encore insatisfaites, les victimes du massacre de Distomo avaient intenté de nouveau l'exécution en Allemagne et finalement la BGH<sup>241</sup> avait refusé l'exequatur à la décision grecque en soutenant que la Cour grecque n'avait pas de juridiction sur les actes *jure imperii* commis par les soldats allemands. La BGH précise en outre que l'accord bilatéral de 1960 sur les réparations entre l'Allemagne et la Grèce ne préjugeait en rien la responsabilité de l'Allemagne envers les ressortissants grecs. Bien que l'Allemagne s'estime encore responsable pour les réclamations contre le 3<sup>e</sup> Reich, elle précise que toute réclamation doit être réalisée conformément à l'état du droit international en 1944, l'époque où les individus ne disposaient pas du droit à la réparation contre l'Etat agresseur pour les dommages de guerre mais il incombait à l'Etat dont ils sont ressortissants de prendre la cause et agir par le biais de la protection diplomatique sur le plan interétatique.

Au Japon, nombreux ressortissants chinois ont réclamé la réparation devant le Tribunal de Tokyo pour les dommages corporels subis pendant la guerre sino japonaise (1999)<sup>242</sup> entre 1937 à 1945. La Cour japonaise avait rejeté la demande en se reposant sur deux raisons. D'abord, même si l'action de violation soit contraire au droit international, à cette époque là, il n'y avait aucune règle internationale permettant un individu d'intenter une action en dommages-intérêts devant le juge du for dont il est ressortissant contre un

<sup>240</sup> Vol. 95 AJIL (2001) p. 198, Grèce.

<sup>241</sup> L'arrêt III ZR 245/98, 26.06.2003, ([www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)), BGH, Allemagne.

<sup>242</sup> JDI (2001), p. 558-561, Tribunal de Tokyo, Japon.

Etat agresseur étranger car il s'agit en effet d'une affaire interétatique. Deuxièmement, le Japon considérait que la demande contre l'Etat relève du droit public et pour autant c'était applicable le droit public japonais ou le droit ancien selon lequel le principe de l'immunité de l'Etat d'avant-guerre s'applique et pour autant la demande des dommages-intérêts ne pourrait voir le jour. Désormais, l'immunité à laquelle le juge du for se réfère n'est pas exactement l'immunité de l'Etat étranger mais plutôt l'immunité de l'Etat, un principe du droit international classique fondé plutôt sur la règle « le roi est au dessus de la loi ». Tant le Japon que l'Allemagne s'accrochent à la théorie de l'immunité de l'Etat afin de confirmer la non soumission des réclamations de guerre non introduites devant un tribunal international.

Même l'Argentine affirme le caractère *jure imperii* des actes de guerre. Dans l'affaire *Coronel, Oscar Antonio y otros c. Estado Nacional* (2000)<sup>243</sup>, l'équipage d'un navire détruit par les forces armées d'un Etat étranger réclamait les dommages-intérêts. Bien que la loi 24.488 argentine<sup>244</sup> enlève l'immunité de l'Etat étranger à l'égard des dommages subis dans le territoire du for (*delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio nacional*), la Cour avait retenu l'immunité de l'Etat étranger en l'espèce parce que tous les événements pertinents se sont produits dans le cadre d'un conflit armé, ce qui empêche que la destruction du navire pourrait être réputé comme un acte *jure gestionis*. Toute enquête sur ce genre des actes et toute déclaration sur sa validité contre la volonté de l'Etat étranger doivent être évitées car pouvant endommager les rapports amicaux

---

<sup>243</sup> *Coronel, Oscar Antonio y otros c. Estado Nacional – Ministerio de Defensa s/ accidente en el ámbito militar y f. Seguridad*, 9.11.2000, (<http://webs.montevideo.com.uy/estudios/juris/notas/00011.html>), Corte suprema, Argentine.

<sup>244</sup> *Supra, op. cit.*

entre les nations. Comme *obiter dictum*, M. Eduardo Becerra considérait que les violations du droit de l'homme réalisées par un acte *jure imperii* peuvent quand même être justiciables par le biais de la protection diplomatique.

Aujourd'hui la controverse repose sur l'essor des réclamations pour les dommages corporels subis pendant la guerre. L'intervention des ONG humanitaires et la notion de la «juridiction universelle» suggèrent la possibilité pour qu'un Etat quelconque pourrait accorder des réparations à ses ressortissants ou aux victimes de n'importe quelle nationalité au moyen de ladite juridiction universelle. Désormais, la pratique ne soutient en rien cette possibilité car bien que certains Etats l'ont soutenu (Etats-Unis, au moyen de l'amendement contre le terrorisme, et la Grèce, dans l'affaire du massacre de Distomo, la Belgique, en livrant un mandat d'arrêt contre un ministre des affaires étrangères d'un Etat étranger), aucun des Etats prétendument auteurs du dommage ne permettait l'exécution de ces arrêts sur son territoire. Au moins, ce comportement suggère une réticence de la part de ces Etats pour que ce genre des réclamations devant le tribunal d'un Etat non auteur de la violation pour les dommages causés par les actes prétendument *jure imperii* (fût-il un acte de guerre, de la torture en exerçant le pouvoir de police, ou du terrorisme) pourrait être consacrées et devenues admises par le droit international coutumier. En conséquence, le particulier se verra interdit l'accès à la justice, mais sans préjuger en rien la possibilité d'agir sur le plan interétatique.

## **VI. Conclusion**

Finalement, on revient à une affaire classique pour réaffirmer certains principes qui

sont encore applicables aujourd'hui. Dans l'affaire *Holubek c. Etats-Unis* (1961)<sup>245</sup>, le défendeur soutenait que le transport du courrier pour le compte de l'ambassade américaine était assimilable à l'accomplissement d'un acte souverain et partant le juge du for ne pourrait connaître les dommages demandés se rapportant à l'accident de circulation. Désormais, la Cour conclut que l'acte dommageable ne ressortissait pas au transport du courrier, mais à l'utilisation d'un véhicule à moteur et au comportement du défendeur en tant qu'usager de la route. En l'espèce, même le fait générateur n'était pas considéré comme un acte souverain et pour autant l'Etat du for pourrait sans aucune difficulté de principe exercer sa juridiction sur la réparation pour les dommages. Ce qui est en cause n'est pas exactement la distinction entre l'acte *jure imperii* et *gestionis* mais plutôt l'extraction du fait générateur d'un acte aggloméré, à savoir le transport du courrier dans lequel étaient intervenus plusieurs actes subsidiaires. Cette technique d'extraction est un critère universellement applicable à l'exception d'activité commerciale ainsi qu'à l'exception pour les délits civils non commerciaux surtout lorsqu'un acte aggloméré ou mixte est en cause. Le développement de ce critère dans un domaine des activités commerciales pourrait être aussi reflété dans le domaine des délits civils non commerciaux et vice versa. Ainsi, l'intégration du critère de la séparabilité ou la qualification préalable dans la méthode pour déterminer si une activité déterminée est immune ou non peut contribuer à préciser la mise en application de la théorie de l'immunité restreinte. Désormais, on ne pourrait faire d'autres précisions en vue de simplifier la qualification parce qu'il faudrait descendre et approfondir sur les différentes catégories des dommages civils pour trouver des règles plus spécifiques, ce qui pourrait

---

<sup>245</sup> 40 ILR, p. 43, Autriche.

devenir l'objet d'un autre travail de recherche plus spécialisé.

## CONSIDÉRATIONS FINALES

La pratique des Etats suggère qu'il n'y a pas de règle en droit international général concernant les critères pour identifier l'acte *jure imperii* et partant ces critères relèvent du droit interne. Or, la pratique laisse croire au même degré qu'il y ait une obligation de droit international bien acceptée par les Etats de ne pas ingérer dans le contenu minimum de la sphère souveraine de l'autre Etat. Ceci étant, la précision même de ce contenu minimum ne peut que ressortir de la pratique des Etats de sorte que la jurisprudence et le droit positif interne contribuent à la formation du droit international coutumier. Toutefois, il faut se garder de tirer des conclusions trompeuses de la pratique car elle n'indiquerait que la non pertinence de tel ou tel acte au contenu minimum puisqu'un Etat du for pourrait toujours accorder plus d'immunité que le contenu minimum du droit international. L'affaire *Mandat d'arrêt* (2002)<sup>246</sup> atteste qu'un Etat pourrait mettre en cause l'ingérence dans son contenu minimum effectuée par un autre Etat.

---

<sup>246</sup> Annuaire de la CIJ 2002 ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org))

## Législations

- Convention européenne sur l'immunité des Etats (16.05.1972), 11 ILM, p. 470  
 International Law Association Draft Convention on State Immunity, 22 ILM, p. 287-291  
 Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts, 21 ILM, pp. 798-801  
 Australian Foreign Sovereign Immunities Act (16.12.1985), 25 ILM, pp. 715-724  
 United State's Foreign Sovereign Immunities Act (21.10.1976), Doc. O.N.U., pp. 55-63  
 United Kingdom's State Immunity Act (20.07.1978), Doc. O.N.U., pp. 41-51

## Jurisprudence

### 1. Afrique de Sud

- Kaffraria Property Co. (Pty.) Ltd. v. Gouvernement de la République de Zambia* (1980), 65 ILR, pp. 708-717  
*CGM Industrial (Pty) Ltd. c. KPMG* (1998), 121 ILR, pp. 472-481

### 2. Allemagne

- Salarié handicapé au Consulat français* (1988), 114 ILR, pp. 508-512  
*Réclamation contre l'empire d'Iran* (1963), 45 ILR, p. 57, BVerG 16, 27, NJW (1963), p. 1732  
*Banque centrale de Nigeria* (1976), 65 ILR, p. 131-145  
*Bureau de tourisme espagnol* (1977), 65 ILR, pp. 140-145  
*Conrades v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (1981), 65 ILR, p. 205  
*Contaminations aux jardins* (1987), 80 ILR, p. 378-388.  
*X v. Argentine* (1996), 114 ILR, pp. 502-507  
*Ancien ambassadeur de Syrie à la RDA* (1997), 115 ILR, pp. 596-618  
*Muller v. USA* (1998), 114 ILR, pp. 512-519  
 Massacre au Disotomo (2003), ZR 245/98, [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

### 3. Argentine

- Manauta c. Federación Rusa* (1994),  
[www.juschubut.gov.ar/centro\\_capacita/talleres/fallo4\\_taller.htm#manauta](http://www.juschubut.gov.ar/centro_capacita/talleres/fallo4_taller.htm#manauta)  
*Cereales Asunción c. Administración nacional de navegación* (1998),  
[www.redjurista.com/cereales\\_maritimo.html](http://www.redjurista.com/cereales_maritimo.html)  
*Coronel, Oscar Antonio y otros c. Estado Nacional* (2000),  
<http://webs.montevideo.com.uy/estudios/juris/notas/00011.html>

### 4. Australie

- Reid c. République de Nauru* (1992), 107 ILR, pp. 371-381

### 5. Autriche

- Szezesniak v. Backer* (1955), 64 ILR, p. 23  
*Holubek c. Etats-Unis* (1961), 40 ILR, p. 43

*Chauffeur de l'ambassade britannique* (1978), 65 ILR, p. 20

*L'installation nucléaire tchèque* (No. 1 : 1988, 86 ILR, pp. 575-578, No. 2 : 1989, *Ibid.* pp. 579-582)

*Dame X c. République Française* (1989), , 86 ILR, p. 583-586

*Interprète de l'ambassade* (1991), JDI (1991), Vol. 2, p. 441

*M.Y. c. Etats-Unis d'Amérique* (1992), JDI (1993), p. 386

## 6. Belgique

*Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais* (Ministère du Waterstaat), (1903), Pasicrisis belge, 1903, Bruxelles, 1<sup>re</sup> partie, p. 294

*Castanheira c. Portugal* (1980), 82 ILR, p. 100

*Rousseau v. République de la Haute Volta* (1983), 82 ILR, p. 118

*Maroc c. D.R.* (1989), 115 ILR, pp. 421-423

*S.A. Biocare c. Gécamines (Zaïre) et la République de la Zaïre* (1989), 115 ILR, pp. 415-418, JT 1989 p. 548

*De Queiroz c. Portugal* (1992), 115 ILR, pp. 430-435

*Banque Rafidain c. Corporation Consarc* (1993), 106 ILR, pp. 274-283, JT 1994, p. 787

## 7. Canada

*Tritt c. Etats-Unis* (1989), JDI (1993), pp. 161-162.

*Public Service Alliance v. Etats-Unis* (I) (1989), 86 ILR, pp. 626-639 (appel)

*Public Service Alliance v. Etats-Unis* (II) (1992), 94 ILR, pp. 265-305 (Cour suprême)

*Schreiber c. Canada* (1998), [www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/fr/pub/1998/vol1/html/1998rcs1\\_0841.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/fr/pub/1998/vol1/html/1998rcs1_0841.html).

*Bouzari c. Iran* (2002), 124 ILR, pp. 428-450

## 8. Espagne

*EBM v. Equatorial Guinea* (1986), STS 10.2.1986, REDI (1988), p. 7, 10

*DA v. République d'Afrique du sud* (1986), STS 1.12.1986

*World Business Consultants c. Chew Siang Thai et Veterinary and Health Laboratory of Singapore* (2000), Rec. Apélation 225/2000, Sala de lo Civil

## 9. Etats-Unis

*The Schooner Exchange c. M'Faddon* (1812), 11 U.S. (7 Cranch) 116, 3 L.Ed. 297

*Arango c. Guzman Travel Advisors Corp.* (1980), 63 ILR, pp. 467-477.

*Texas Trading* (1981), 63 ILR, pp. 552-567

*Internacional Ass'n of Machinists v. OPEC* (1981), 66 ILR, p. 413-421.

*Gibbons v. Udaras Na Gaeltachta* (1982), 82 ILR, p. 81

*MOL, Inc. v. People's Republic of Bangladesh* (1984), 80 ILR, pp. 583-586

*Letelier c. Chile* (1984), 79 ILR, pp. 561-570

*Callejo v. Bancomer S.A.* (1985), 84 ILR, pp. 106-131

*De Sanchez c. Banco Central de Nicaragua* (1985), 88 ILR, pp. 76-91

*Chisholm c. Banque de Jamaïque* (1986), 121 ILR, pp. 487-499

- Practical Concepts Inc. v. Republic of Bolivia* (1987), 92 ILR, pp. 420-430
- MacArthur Area Citizens Ass'n v. Republic of Peru* (1987), 86 ILR, p. 81
- Kline and Others v. Kaneko and Others* (1988), 101 ILR, pp. 497-505
- Gregorian c. Izvestia* (1989), 98 ILR, pp. 76-93
- Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center and Others v. Hellenic Republic and Others* (1989), 101 ILR, pp. 509-519
- Argentine c. Weltover* (1992), 100 ILR, pp. 509-519
- Fuller Aircraft Sales v. Philippines* (1992), 103 ILR, pp. 503-519
- Cicippio c. Iran* (1994), 107 ILR, pp. 296-302
- Princz c. RFA* (1994), 103 ILR, p. 594, at pp. 607-609
- EAL (Deleware) Corp. et al. v. Europcontrol* (1994), 107 ILR, pp. 329-330
- Aléjandre c. Cuba* (1997), 121 ILR, pp. 604-618
- Flawtow c. Islamic Republic of Iran* (1998), 121 ILR, pp. 619-652

## 10. France

- Mellerio v. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, JDI (1874), p. 32, Cour d'appel, Paris.
- Entreprise Pérignon et autres c. USA* (1964), 65 ILR, pp. 39-40
- RENFE c. Cavaillé* (1968), 65 ILR, pp. 41-43
- Société Nationale des Tabacs et Allumettes c. Chaussois et autres* (1969), 65 ILR, pp. 44-46
- Espagne c. l'Hôtel George V* (1973), 65 ILR, pp. 61-63
- SEEE c. Banque Mondiale, Yougoslavie et la France* (1984, 1985), 82 ILR, pp. 59-75
- Société Euroéquipement c. Centre européen de la Caisse de stabilisation et de soutien des productions agricoles de la Côte d'Ivoire* (1991), JDI (1991), pp. 406-414
- Sieur Mouracade c. République arabe du Yémen* (1991), JDI (1992), pp. 398-402.
- Barrandon c. Fédération des Etats-Unis d'Amérique* (1995), JDI (1996), pp. 102-110

## 11. Grèce

- Prefecture de Voiotia c. RFA* (2001), AJIL (2001), Vol. 95, p. 193.

## 12. Italie

- Parravicini c. Bureau commercial de la république démocratique de Bulgarie* (1969), 65 ILR, pp. 282-283
- Luna v. S.R of Romania*, 65 ILR, p. 313
- Velloso v. Borla*, 65 ILR, p. 328
- Bulli v. Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (1981), 65 ILR, pp. 343-347.
- Panattoni c. RFA* (1987), 87 ILR, p. 42-47
- République Française c. Jacuzzi* (1987), 87 ILR, p. 53-56
- Libyan Arab Jamahiriya v. Trobbiani* (1990), 114 ILR, pp. 520-525
- L'ambassade Norvégien c. Quattri* (1991), 114 ILR, pp. 525-531
- Carbonar c. Magurno* (1993), 114 ILR, pp. 534-536

*Perrini c. Académie de France* (1994), 114 ILR, pp. 536-539

*USA v. Lo Gatto* (1995), 114 ILR, pp. 555-558

### **13. Japon**

*Guerre sino japonaise* (1999), JDI (2001), pp. 558-561

### **14. Nouvelle Zélande**

*KPMG v. Davidson* (1996), 104 ILR, p. 526

*Gouverneur de Pitcairn v. Sutton* (1994), 104 ILR, pp. 508-525

### **15. Pays-Bas**

*Gootjes v. Kingdom of Belgium* (1978), 65 ILR, p. 372

*MK v. République de Turquie* (1985), 94 ILR, pp. 350-354

*Van Hulst v. USA* (1989), NYIL (1990), p. 379

### **16. Philippines**

*Syquia c. Lopez* (1949), 18 ILR, pp. 228 et s.

*USA c. Ruiz and De Guzman* (1985), 102 ILR, pp. 122-131

*St. Siège c. Starbright Sales Enterprises Inc.* (1994), 102 ILR, pp. 163-173

### **17. Royaume-Uni**

*Le Parlement belge* (1880), L.R. Probate Division, 1879-1880, vol. 5, pp. 197-220, Court of Appeal

*Trendtex c. Banque central de Nigeria* (1977), 64 ILR, p. 111-154

*I Congreso del Partido* (1981), 64 ILR, p. 307

*Sengupta v. Republic of India* (1982), 64 ILR, p. 358

*Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.* (1992), 103 ILR 340, p. 391

*Littrell v. USA* (1993), 100 ILR, p. 433-464.

*Hicks v. USA* (1995), 120 ILR, pp. 606-611

*In Re Pinochet* (1999), [www.parliament.the-stationary-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.html](http://www.parliament.the-stationary-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.html)

*Arab Republic of Egypt v. Gamal-Eldin* (1996), 2 All ER 237

*Ahmed v. Kingdom of Saudi Arabia* (1996), 2 All ER 248

*Holland v. Lampen-Wolfe* (2000), 119 ILR, pp. 368-385

*Banca Carige c. Banco Nacional de Cuba* (2001), 124 ILR, pp. 550-570

### **18. Suisse**

*Tsakos c. Etats-Unis* (1972), 75 ILR, p. 78-80

*Banque Centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA and Another* (1978), 65 ILR, pp. 417-420

*S. v. République de l'Inde* (1984), 82 ILR, p. 13

*Banco de la Nacion, Lima c. Banca cattolica del Veneto, Vicenza* (1984), *ASDI* (1985), p. 135, 170

*Italie c. X et la Cour d'appel du Canton de la ville de Bâle* (1985), 82 ILR, pp. 23-29

*S. c. République socialiste de Roumanie* (1987), 82 ILR, pp. 45-50

*Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA et huit Consorts c. République du Paraguay et Sezione speciale per l'Assicurazione del credito all'esportazione* (1998), RSDIE 4/5/99, pp. 654-656

### **19. Zimbabwe**

*Barker McCormac (Pvt) Ltd. c. Gouvernement de Kenya* (1983), 84 ILR, pp. 18-38

### **Manuels**

BROWNLIE (I.), « Principles of Public International Law », p. 333, 336-339, 5<sup>th</sup> Ed.

COMBACAU (J.), "Droit international Public", 1999, 4<sup>e</sup> Ed., Montchrestien, Paris.

DIAZ DE VELASCO (M.), "Instituciones de derecho internacional publico", 1997, 11<sup>e</sup> Ed. Tecnos, Madrid.

VERHOEVEN (J.), "Droit international public", Larcier, 2000

### **Articles et ouvrages**

COSNARD (M.), « La soumission des Etats aux tribunaux internes », pp. 339-396.

CRAWFORD (J.), "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *BYBIL* (1983), pp. 75-118.

FOX (H.), "The Law of State Immunity", Oxford University Press, 2002, pp. 272-322

FOX (H.), « A Commercial Transaction under the State Immunity Act 1978 », *ICLQ* Vol. 43 (1994), p. 193, pp. 198-199

GARNETT (R.), "State Immunity in Employment Matters", *ICLQ* (1997) vol. 46, p. 81-124.

GARTENSTEIN-ROSS (D.), "Resolving outstanding judgements under the terrorism exception to the foreign sovereign immunities act", New York University (2000)

LALIVE, « L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales », 84 *RCADI* (1953, III), p. 255-7.

LAUTERPACHT (H.), "The problem of jurisdictional immunities of foreign States", *BYBIL* (1951), p. 255/6

MANN (F.A.), "State Immunity Act 1978", *BYBIL* (1980) vol. 51, p. 43.

De PAEPE, « De la compétence civile, etc. », *JDI* 22 (1985) pp. 31 et 33.

SINCLAIR (I.), 167 *RCADI* (1980, II), p. 210-213.

SINCLAIR (I.), 22 *ICLQ* (1973), p. 254-83

SORNARAJAH (M.), "Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity", *ICLQ* (1982) vol. 31, pp. 661.

VITRANO (S.), “Awarding Recovery to Terrorism Victims”, *Dickinson Journal of International Law* (2000), Vol. 19:1, pp. 213-243.

## Tables des matières

<u>INTRODUCTION</u>	4
<u>PREMIÈRE PARTIE : L’EMPLOI DES CRITERES DE LA FINALITE ET DE LA NATURE</u>	8
I. <u>La définition des critères classiques</u>	9
a) <u>Le but</u>	9
b) <u>La nature</u>	9
c) <u>Critères combinés</u>	10
II. <u>La renonciation explicite au critère de but dans la pratique allemande</u>	11
III. <u>La rentrée du critère de la finalité dans la pratique des Etats-Unis</u>	14
a. <u>La qualification préalable</u>	14
b. <u>L’épreuve de la personne privée</u>	17
c. <u>Le profit</u>	18
d. <u>La finalité</u>	20
e. <u>Les dommages corporels et le commerce</u>	24
IV. <u>La dissémination de la pratique des pays du Commonwealth</u>	25
1. <u>La pratique britannique</u>	25
3. <u>La pratique australienne</u>	37
4. <u>La pratique nouvelle zélandaise</u>	38
V. <u>La pratique des pays de l’Europe occidentale</u>	39
1. <u>La pratique belge</u>	39
2. <u>La pratique autrichienne</u>	41
3. <u>La pratique suisse</u>	43
4. <u>La pratique française</u>	46
VI. <u>La pratique ‘sporadique’ des pays du reste du monde</u>	50
1. <u>La pratique argentine</u>	50
2. <u>La pratique philippine</u>	52
3. <u>La pratique zimbabwéenne</u>	53
4. <u>La pratique d’Afrique du sud</u>	54
VII. <u>La pratique conventionnelle, les projets d’articles et les résolutions</u>	55
1. <u>La Convention européenne sur l’immunité des Etats de Bâle (1972)</u>	56
2. <u>Le projet d’articles de la Commission du droit international (1991)</u>	56
3. <u>La double énumération et la résolution de l’Institut de Droit International (1991)</u>	57
VIII. <u>Conclusion</u>	60
<u>DEUXIÈME PARTIE: L’EMPLOI DES CRITERES DE LA FINALITE ET DE LA NATURE DANS LES EXCEPTIONS AUX REGLES DE PRINCIPE</u>	62
<u>Section 1 : Les contrats de travail</u>	62
I. <u>La pratique des pays sans règles spéciales pour les contrats de travail : Les Etats-Unis et le Canada</u>	63
II. <u>La pratique des pays du Commonwealth et d’autres pays de Common Law</u>	65

1.	<u>La pratique britannique</u>	65
2.	<u>La pratique australienne</u>	69
3.	<u>La pratique nouvelle zélandaise</u>	69
III.	<u>La pratique des pays de l'Europe occidental</u>	70
1.	<u>La pratique allemande</u>	70
2.	<u>La pratique belge</u>	72
4.	<u>La pratique espagnole</u>	74
5.	<u>La pratique néerlandaise</u>	75
7.	<u>La pratique suisse</u>	77
8.	<u>La pratique italienne</u>	78
IV.	<u>Les textes conventionnels</u>	82
1.	<u>La Convention européenne sur l'immunité des Etats de Bâle (1972)</u>	82
3.	<u>L'approche de l'IDI</u>	84
V.	<u>Conclusion</u>	84
	<u>Section 2 : Les délits civils non commerciaux</u>	86
I.	<u>Dommmages causés par les actes <i>jure imperii</i></u>	88
II.	<u>Dommmages environnementaux</u>	88
III.	<u>Dommmages aux personnes subis sur le territoire du for</u>	89
IV.	<u>Dommmages aux personnes se produisant en dehors du for</u>	91
V.	<u>Dommmages subis pendant l'occupation armée</u>	97
VI.	<u>Conclusion</u>	100
	<u>CONSIDÉRATIONS FINALES</u>	102