INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ANNUAIRE

Tome 53

1969

I

Réimpression
SCHMIDT PERIODICALS GMBH
D-83075 Bad Feilnbach / Germany
2000

Réimpression publiée avec l' accord de l' éditeur,
l' Institut de Droit International, Genève, Suisse.

1969

—

ANNUAIRE

de

l'Institut de Droit International

ANNUAIRE

DE

l'Institut de Droit International

—

Cinquante-troisième volume

—

Session d'Edimbourg

SEPTEMBRE 1969

—

Tome I

Justitia et Pace

1969

BÂLE

Editions juridiques et sociologiques S.A.

(Verlag für Recht und Gesellschaft AG.)

nerie de « La Tribune de Genève »

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

I. La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales

Quatrième Commission

1. Rapport provisoire

présenté par

M. Pierre Pescatore

INTRODUCTION

1. Ce n'est pas la première fois que l'Institut aborde le sujet de la clause de la nation la plus favorisée*: le problème des effets de la clause en matière de commerce et de navigation a

* Dans un but de simplification, on utilisera dans ce rapport, selon le contexte, les expressions: la « clause », la « c.n.p.f. », ou encore, le « t.n.p.f. », pour traitement de la nation la plus favorisée. — Les ouvrages repris dans la bibliographie ne sont cités que par le nom de l'auteur; les documents, par leur titre abrégé. — L'expression « Accord général » désigne l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce; on utilise, alternativement, l'abréviation anglaise GATT pour désigner le système de l'Accord général. — C.N.U.C.E.D. désigne la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (en anglais: UNCTAD). — Les Recueils des traités de la Société des Nations et des Nations Unies sont désignés, respectivement, par: R.T.S.d.N. et R.T.N.U.

La Quatrième Commission est ainsi constituée: M. P. Pescatore, *rapporteur*, MM. Castañeda, Guggenheim, Hambro, Jennings, Jiménez de Aréchaga, Liang, Reuter, Sørensen, Ustor, Sir Francis Vallat, MM. Verosta et Yokota, *membres*.

déjà fait l'objet des délibérations de l'Institut, sur la base d'un rapport établi par le Baron B. Nolde, lors de la 40e session à Bruxelles en 1936.

La plupart des conclusions consacrées par la Résolution de 1936 conservent toute leur actualité et toute leur valeur; mais en même temps, il faut reconnaître l'évolution profonde intervenue depuis cette époque dans les relations internationales. Cette évolution affecte d'une manière sensible le jeu de la clause. Celle-ci, dans sa substance, reste égale à elle-même, de manière que rien n'est perdu en ce qui concerne l'expérience et la réflexion antérieures; mais il faut l'envisager dans son contexte nouveau et c'est pour cette raison que l'Institut a remis le problème à son ordre du jour. Le libellé du sujet assigné à la quatrième Commission fait allusion à ce contexte puisqu'il s'agit d'étudier la clause « dans les conventions multilatérales ». Il résulte de l'échange de vues engagé sur l'exposé préliminaire que la Commission entend donner une définition large à son sujet, en ce sens qu'il s'agit d'étudier le mécanisme de la clause non seulement *dans* les conventions multilatérales, mais encore *en rapport* avec celles-ci, et cela au niveau tant mondial que régional.

2. Or, en quoi consiste la mutation qui s'est produite dans les rapports internationaux depuis les premiers travaux de l'Institut sur la clause? A cette époque-là, les rapports internationaux dans le domaine économique reposaient encore sur une base essentiellement bilatérale. La clause se présentait ainsi toujours dans le même contexte qui avait été traditionnellement le sien depuis des siècles: celui des accords de commerce et d'établissement bilatéraux. Le problème avait bien été abordé, pour la première fois, sur une base multilatérale dans le cadre de la Société des Nations, mais ces travaux étaient restés infructueux sous le coup de la profonde dépression économique des années

1930 et des graves événements politiques de la même époque. Dans la réalité des faits, la clause se présentait donc toujours dans son contexte traditionnel, c'est-à-dire comme un mécanisme destiné à assurer l'égalité de traitement entre les Etats dans le cadre d'un système d'échanges caractérisé par l'existence d'un réseau de conventions économiques de caractère exclusivement *bilatéral*.

Après ce rappel, il est facile de mettre en évidence les caractéristiques du contexte nouveau dans lequel la clause est désormais insérée. On peut discerner sous ce rapport deux transformations majeures dans les rapports internationaux.

Multilatéralisme et organisation internationale

3. Un premier mouvement est celui de la multilatéralisation des relations économiques internationales. La substitution de rapports multilatéraux au bilatéralisme antérieur est intimement liée à un mouvement parallèle, celui de l'institutionnalisation de la vie internationale par la création de structures d'organisation permanentes.

Ce principe de « multilatéralisme institutionnalisé », dont on avait fait les premières applications dans un certain nombre d'unions techniques dès le XIXe siècle et qu'on avait transposé au domaine politique et social à la suite de la première grande guerre, ne fut étendu au secteur des rapports économiques internationaux qu'à partir de la seconde guerre mondiale. Bien que la communauté internationale manque encore à l'heure actuelle d'une structure économique vraiment universelle — on sait en effet que la tentative de créer une « Organisation internationale du commerce » sous l'égide des Nations Unies fut infructueuse — il n'en reste pas moins que les rapports économiques internationaux sont profondément influencés à l'époque

contemporaine par l'existence de diverses structures multilatérales de nature et d'étendue variables. La plus vaste et la plus importante de celles-ci est certainement le GATT, alors que d'autres organisations ont un caractère régional ou subrégional, tels que les groupements économiques de l'Europe occidentale, de l'Europe orientale, de l'Amérique latine et de l'Afrique.

4. Voilà donc une première transformation des structures internationales qui n'est pas restée sans effet sur le mécanisme de la c.n.p.f. Les problèmes posés sont d'ailleurs distincts suivant que le mouvement d'organisation multilatérale se développe à l'échelle mondiale ou à l'échelle régionale.

Dans la première perspective, celle de la multilatéralisation *globale* (c'est encore à l'heure actuelle une hypothèse imparfaitement réalisée), la clause a tendance à disparaître: là où les problèmes économiques sont abordés au fond et résolus avec la participation d'un grand nombre d'Etats, il reste effectivement de moins en moins de place pour ce système de renvoi purement formel à d'autres conventions qui est l'essence de la clause.

La situation est différente chaque fois que les problèmes économiques sont réglés dans le cadre d'un multilatéralisme plus restreint, à l'échelle *régionale*. Là encore, à l'intérieur d'une telle entente, le mécanisme de la clause tend à perdre son champ d'application. Par contre, dans les rapports avec les Etats tiers, qu'ils soient envisagés à titre individuel ou sous la forme d'autres groupements régionaux, la clause conserve son effet; son existence soulève même un problème du plus haut intérêt, celui de savoir si les avantages consentis dans le cadre d'un système régional doivent être étendus, ou non, aux tiers bénéficiaires de la clause.

Emergence de nouveaux systèmes économiques

5. D'autre part, l'application de la clause est affectée par des facteurs qui, à la différence de ceux qui précèdent, se situent

entièrement en dehors du champ de l'évolution spécifiquement juridique: c'est l'émergence de systèmes économiques profondément différents de celui — l'économie libérale et compétitive ou « économie de marché » — qui a donné lieu au développement de la clause. La c.n.p.f., en tout cas à l'époque de son plein essor, c'est-à-dire au cours du XIXe siècle, s'est développée dans le cadre d'un système du commerce international fondé sur les conceptions de l'économie de marché, en d'autres termes, de rapports déterminés par l'effet régulateur des prix formés par le libre jeu des forces économiques.

Déjà les mesures de contrôle et de dirigisme économiques imposées par la première guerre mondiale et reconfirmées, après un semblant de retour à la normale, en présence des difficultés économiques de la grande dépression des années 1930 et des approches de la seconde guerre mondiale, avaient apporté de notables entraves au jeu de la clause, telle qu'elle s'était développée à une époque qui ne connaissait, comme moyen de régler le commerce international, que les droits de douane. Nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur ce problème.

Mais il y a plus: depuis l'époque de la seconde guerre mondiale, les relations économiques sont influencées de plus en plus par deux types d'économie profondément distincts de l'économie de marché qui avait jusque-là dominé la scène internationale: c'est, d'une part, l'intervention de plus en plus active, dans le commerce international, des *pays à commerce d'Etat*, c'est-à-dire de pays pratiquant une planification centralisée de l'économie et, dans leurs rapports externes, un système plus ou moins prononcé de monopolisation du commerce extérieur entre les mains de l'Etat. D'autre part, il faut noter la prise de conscience d'un autre phénomène, en soi déjà ancien, mais porté depuis peu de temps seulement au niveau de la conscience universelle: c'est la reconnaissance des particularités et des besoins de l'économie et du commerce des *pays en voie de développement*.

Or, il est devenu de plus en plus manifeste que la c.n.p.f. ne permet pas de régler convenablement les rapports entre des régimes économiques aussi profondément différents, dont les exigences contradictoires s'affrontent dans le domaine des relations internationales contemporaines. La clause, fille de l'économie libérale, rencontre ici des problèmes qu'elle n'est pas capable de résoudre et il faut dès lors prendre recours à d'autres méthodes.

* * *

6. Les indications qui précèdent justifient les grandes articulations du présent rapport.

Il s'agira, d'une part, de montrer les transformations subies par la clause ou, mieux, le déplacement de son champ d'application sous l'impulsion du multilatéralisme institutionnalisé. Ce sera l'objet de la partie centrale de ce rapport, dont le but est de montrer quel est le rôle de la clause dans ce nouveau contexte et quels sont les services que ce procédé pourra encore rendre à l'avenir. En contraste, nous traiterons dans une autre partie les limitations apportées au jeu de la clause par l'évolution récente; là, il faudra développer trois ordres d'idées distincts: la clause et les pays à commerce d'Etat; la clause et les pays en voie de développement; enfin, la clause et les groupements régionaux.

Toutefois, avant de pouvoir aborder cette analyse, nous devons faire le point du fonctionnement et des problèmes de la clause dans sa phase « classique », c'est-à-dire pré-multilatérale. Il faudra fixer aussi certaines définitions et distinctions qui forment le cadre de cet exposé et mettre en évidence les difficultés rencontrées par la clause afin de mieux faire ressortir en quoi consiste le progrès dû à l'introduction du multilatéralisme. Ce seront autant de jalons posés en vue des développements annoncés ci-dessus.

PREMIÈRE PARTIE

NOTION, HISTOIRE ET SYSTÉMATIQUE DE LA CLAUSE

Notion et rôle de la c.n.p.f.

7. Dans une page classique de son cours sur les règles générales du droit de la paix, donné en 1933 à l'Académie de Droit International, Georges Scelle a défini la clause comme étant « un procédé de communication automatique du régime réglementaire de traités particuliers » à des tiers. Par cette stipulation, dit-il, « deux gouvernements organisent par avance leur participation éventuelle et réciproque à tout système juridique plus avantageux qu'ils viendraient par la suite à élaborer, d'accord avec d'autres gouvernements »[1]. Il n'est pas possible de donner une description plus adéquate du procédé que nous avons en vue dans ce rapport.

La c.n.p.f. est un mécanisme déjà ancien et, sans chercher des antécédents plus lointains dans l'histoire, on notera qu'elle est devenue courante dans les accords commerciaux du XVIIIe et surtout du XIXe siècle[2]; plus que cela, elle forme en quelque sorte la base et le pivot de ces accords dans le domaine non seulement du commerce, mais encore de la navigation, de l'établissement et du traitement des personnes. Son intérêt et son importance résultent du fait qu'elle comporte une double

[1] Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 46 (1933) p. 461.

[2] Sur l'historique de la clause voir, avec des accents placés différemment: la thèse de Hock qui fait une large place à l'historique; le cours du Baron Nolde sur la c.n.p.f., pp. 24 et s.; Ito, pp. 75 et s.; Basdevant, pp. 468 et s.; Sereni, pp. 53 et s.; Schwarzenberger, pp. 97 et s.

tendance de progrès dans les relations entre Etats: tendance à l'uniformisation des rapports internationaux et tendance à la libération du commerce international.

8. La tendance à l'*uniformisation* a un lien direct avec le sujet de la présente étude. En effet, la typification de la clause, en dépit des multiples expressions qu'elle a trouvées et des modalités variables qui l'affectent, a entraîné très tôt déjà une certaine harmonisation du contenu des accords économiques bilatéraux.

Mais il y a plus que cet effet d'harmonisation formelle: la clause a en effet permis, à une époque qui ne connaissait pas encore les procédés de l'organisation internationale et qui commençait seulement à faire les premières tentatives du multilatéralisme, de dépasser le cadre du bilatéralisme pur dans les relations économiques internationales. Ce dépassement était obtenu grâce à un renvoi — voilà en effet la technique essentielle de la clause — au régime accordé à d'autres Etats. En d'autres termes, le traitement donné à un pays déterminé est étendu de plein droit à l'ensemble des bénéficiaires de la clause. Ainsi, la clause joue comme un facteur d'égalisation et d'uniformisation [3]; pour autant elle était, dans un monde international encore très peu structuré, une anticipation des procédés multilatéraux de l'époque présente [4]. Mais, ainsi que nous allons le

[3] Cette fonction de la clause a été bien mise en évidence par Schwarzenberger, p. 99 qui parle d'une « *constant self-adaptation of treaties* ». Voir, dans le même sens, les observations de Schiavone sur l'effet de « nivellement » de la clause dans les relations internationales, *op. cit.*, pp. 8, 59 et s., 84 et s., ainsi que celles de Knapp, p. 279.

[4] Dahm, *op. cit.*, p. 594; le bilatéralisme, comme prémisse de l'opération de la clause, a été bien mis en évidence par le Baron Nolde, dans son cours sur les traités de commerce, p. 322, et dans son rapport à l'Institut, pp. 419 et s. Sur les avantages du multilatéralisme par rapport au bilatéralisme antérieur, voir S.d.N., « La politique commerciale dans le monde d'après-guerre », pp. 32-36.

montrer ci-après, ce fut une approche encore fort imparfaite et fragmentaire.

9. La seconde tendance inhérente à la clause est d'ordre non pas juridique, mais commercial. Le critère choisi pour définir le traitement égalitaire visé par la clause est celui de la nation « la plus favorisée », c'est-à-dire le standard le plus favorable au commerce étranger et au statut de ceux qui en font profession. Bien que la clause, ainsi qu'il sera exposé ci-après, puisse se combiner avec toutes sortes de politiques commerciales, il reste qu'en vertu de sa nature profonde elle a pour effet de stimuler la *libéralisation* progressive des échanges économiques internationaux. On comprend dès lors tout l'intérêt que comportait la clause à une époque qui ne concevait pas encore, à l'égal de la nôtre, l'idée générale d'une politique économique.

Ces considérations nous permettent de mieux situer la clause et de dire pourquoi le principe du traitement de la nation la plus favorisée, qui était jadis le mécanisme essentiel des rapports économiques internationaux, n'a plus aujourd'hui la même position centrale. D'une part, le développement des procédés authentiquement multilatéraux fait perdre graduellement son champ d'application à la clause; en effet, ce système de renvoi purement formel perd sa raison d'être là où l'on traite, dans un cadre multilatéral, le fond des problèmes économiques.[5] D'autre part, l'introduction dans les relations internationales de l'idée d'une politique économique globale, destinée à saisir dans leur cohésion les différents facteurs qui conditionnent les échanges internationaux, fait apparaître la clause, non plus comme un impératif général, mais plutôt comme un moyen *parmi d'autres* destiné à réaliser un objectif déterminé, celui de l'égalité de traitement là où elle apparaît justifiée.

[5] Ceci a été bien vu par Ito, p. 30, qui dit qu'on ne peut pas concevoir la clause « sous forme d'une convention universelle ou générale ».

§ 1. — Historique de la multilatéralisation de la clause

Travaux de la S.d.N. sur la clause

10. Une première tentative d'aborder le problème de la c.n.p.f. sur une base multilatérale fut faite dans le cadre de la Société des Nations.[6] Les conférences économiques et financières successives tenues sous l'égide de la S.d.N. — Gênes, 1922; Genève, 1927; Londres, 1933 — avaient recommandé vivement la conclusion d'accords commerciaux fondés sur l'application inconditionnelle et illimitée de la c.n.p.f.[7] Conformément à cette inspiration, deux organes de la S.d.N. avaient entrepris l'étude des problèmes posés par la clause.

On mentionnera seulement pour mémoire les travaux du *Comité d'experts pour la codification progressive du droit international.* Ce Comité, sur la base d'un rapport — dont il faut bien dire qu'il est assez superficiel — résolut de ne pas poursuivre l'étude de cette question dont la réglementation internationale « se heurterait à des obstacles sérieux ».[8]

11. Par contre, le *Comité économique* de la S.d.N., dans le cadre de ses études sur les problèmes de politique commerciale, a consacré une analyse beaucoup plus pénétrante au problème de la clause.[9] Les travaux de ce Comité ont un intérêt plus que

---

[6] Voir sur cette époque: le document de la S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres »; Curzon, pp. 20 et s., ainsi que l'historique bien documenté dans l'ouvrage de Schiavone, pp. 15 et s.

[7] Voir, dans le document cité de la S.d.N., les pp. 20, 36, 57 et s.

[8] S.d.N., doc. C.205.M.79 du 9 mai 1927, Rapporteur M. Wickersham.

[9] L'historique des travaux de ce Comité a été retracé dans le document cité de la S.d.N. Les idées du Comité sur la c.n.p.f. sont concrétisées dans deux documents: E.805, du 16 février 1933, qui codifie les documents antérieurs, et C.379.M.250, du 12 septembre 1936, qui porte l'empreinte des difficultés économiques et politiques profondes de son époque.

simplement historique, étant donné qu'ils ont préparé la mise en place des structures multilatérales du commerce mondial de l'époque contemporaine. Quelques lignes majeures peuvent être discernées dans l'orientation de ces travaux:

a) Tout d'abord, les études du Comité économique ont mis en évidence le fait que le mécanisme de la clause est inséparable d'une harmonisation des politiques commerciales des Etats et de l'existence d'un ordre économique conçu à une échelle multilatérale. Tout en attirant l'attention sur ce conditionnement général, le Comité économique n'a cependant jamais envisagé la clause autrement que comme une partie intégrante d'accords de commerce *bilatéraux*.

b) En second lieu, et ce fut là sans doute le résultat le plus concret, le Comité économique établit la rédaction d'une *clause-type* dont il recommande l'adoption dans les conventions bilatérales.[10] Cette clause, bien étudiée et bien équilibrée, a fourni depuis un modèle pour de nombreuses conventions bilatérales; mais ce qui est plus important, c'est que sa rédaction est entrée, à quelques retouches près, dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.[11] Ainsi, grâce à ce modèle, la S.d.N. a puissamment contribué à l'unification du droit international en la matière et facilité, par là, l'application et l'interprétation uniformes de la clause.

c) En troisième lieu, le Comité économique a essayé de dégager certains *principes communs* en ce qui concerne les modalités d'expression de la clause, son champ d'application et ses limites naturelles. En particulier, il a plaidé en faveur d'une application étendue de la clause (caractère « illimité ») et en faveur du caractère inconditionnel de celle-ci, en prenant vigoureusement position contre la clause dite « conditionnelle ».

d) Le Comité économique a essayé de définir largement la portée du principe du t.n.p.f. et de défendre ainsi son efficacité à l'égard d'un ensemble de *mesures restrictives* du commerce qui, à l'époque, entravaient sensiblement le fonctionnement normal de la clause: la résurgence de l'exigence de réciprocité; les prohibitions et restrictions d'importation sous forme, notamment, de licences et de contingents;

---

[10] Voir le libellé dans les docs. C.138, p. 12 et E.805, p. 21.

[11] GATT, Index analytique, ad art. I, note 2.

le contrôle des changes et les accords de clearing; les problèmes créés par le dumping et le procédé des subventions....

e) Enfin, le Comité économique et, d'une façon plus générale, les organes de la S.d.N. ont eu à faire face à un problème dont les données n'étaient pas encore distinctement perçues à l'époque. Il s'agissait de définir le rôle de la clause en présence d'un mouvement favorable à la multilatéralisation des rapports économiques internationaux qui se dessinait alors pour la première fois. D'une part, on devait s'interroger sur la question de savoir quelle serait l'influence de la clause sur les *conventions plurilatérales* conclues sous l'égide de la S.d.N. en vue de faciliter le commerce international. D'autre part, au milieu de la crise économique qui sévissait alors à l'échelle nationale et internationale, on vit, en Europe et ailleurs, un certain nombre de tentatives de *régionalisation* économique. Dans quelle mesure pourrait-il être dérogé aux obligations de la c.n.p.f. en vue de permettre la conclusion de telles conventions et la formation de tels groupements?

Cet ensemble de questions ne fut cependant pas encore dominé, ni résolu à l'époque de la S.d.N.; il faudra attendre la période postérieure à la seconde guerre mondiale avant que des solutions pratiques à tous ces problèmes soient trouvées et mises en œuvre [12].

La « Charte de La Havane » et le GATT

12. Déjà au cours des années de guerre, le Gouvernement américain avait, de concert avec le Gouvernement britannique, élaboré les premières lignes d'un projet tendant à l'organisation

[12] L'œuvre de la S.d.N. a été résumée, dans une perspective d'avenir, dans le document: « La politique commerciale dans le monde d'après-guerre », paru en 1945. On trouve aux pp. 58-86 un ensemble d'éléments qui préfigurent les règles consacrées ultérieurement dans la « Charte de La Havane » et le GATT. Deux idées fondamentales y sont mises en exergue: l'application la plus complète et la plus large de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée et la suppression des préférences (p. 58).

multilatérale de l'économie internationale, dans la perspective d'une libération du commerce sur la base du principe de la non-discrimination. Les étapes décisives de ce processus furent: les points IV et V de la Charte de l'Atlantique du 14 août 1941 (à la vérité encore peu expressifs); l'article VII du *Mutual Aid Agreement* entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne de 1942, qui annonce l'intention d'une action concertée, ouverte à la participation de tous les pays, en vue de « l'élimination de toutes formes de traitement discriminatoire dans le commerce international et de l'abaissement des tarifs douaniers et de tous autres obstacles au commerce »; enfin, les propositions du Gouvernement américain de 1945, en vue de la convocation d'une « Conférence sur le commerce et l'emploi ». Les propositions américaines formulaient les principes destinés à régir le commerce international et prévoyaient la création d'une « organisation internationale du commerce ». Parmi les règles envisagées on trouve, notamment, le principe du traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée, comme base des relations commerciales du futur [13].

13. Après le ralliement, à ces propositions, des principaux pays industriels, le Conseil économique et social des Nations Unies décida, en février 1946, la convocation d'une Conférence internationale sur le commerce et l'emploi, avec la mission d'élaborer le statut d'une Organisation internationale du commerce. C'est des travaux de cette conférence, réunie successivement à Londres, Genève et La Havane, qu'est issue la *Charte de La Havane* instituant une Organisation internationale du commerce, du 24 mars 1948. Il s'agit d'un instrument étendu qui se compose de deux sortes d'éléments: d'une part, l'énoncé des règles matérielles relatives aux domaines du commerce et de l'emploi; d'autre part, la constitution d'une structure

[13] Voir les détails de l'historique dans Schiavone, pp. 37 et s.

d'organisation internationale comportant, entre autres, les prévisions d'un règlement des différends. Le chapitre relatif à la politique commerciale était introduit par une disposition (art. 16) relative au traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée.

14. On sait que la Charte de La Havane n'est jamais entrée en vigueur. Cependant, dès avant la conclusion des travaux sur la Charte, il avait été décidé, en 1947, de mettre en vigueur provisoirement une partie de la Charte projetée, à savoir les dispositions matérielles relatives à la politique commerciale, réunies à cet effet dans un instrument intitulé: *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce,* signé le 30 octobre 1947. La clause de la nation la plus favorisée figure à l'article I de cet accord.

Originairement, l'Accord général n'avait été conçu que comme une mesure provisoire, une anticipation sur l'organisation future du commerce. Ceci explique pourquoi cet accord, en contraste avec la Charte de La Havane, ne contient pas de dispositions institutionnelles. Or, à partir de l'abandon de la Charte, l'Accord général subit une transformation graduelle: de provisoire, il est devenu un système remarquablement stable, en dépit du fait qu'il n'a jamais fait l'objet d'une ratification formelle; d'engagement purement contractuel, il s'est transmuté, d'une manière toute pragmatique, en une institution internationale, disposant d'une structure interne, d'une procédure d'action et d'un ensemble de pouvoirs de décision [14]. Mais le GATT n'a pu atteindre à l'universalité qui avait été la vocation originaire de la Charte de La Havane. Au début, il a groupé avant tout les pays industrialisés pratiquant une économie de marché, mais au fil des années, l'Accord général s'est élargi par l'adhésion d'un certain nombre d'Etats qui sont venus grossir, surtout, le

[14] Ce processus est bien décrit par Flory, pp. 252 et s.

groupe des pays en voie de développement. Par contre, les pays de l'Est se sont abstenus d'adhérer au GATT, exception faite de trois pays (la Tchécoslovaquie, membre originaire, la Yougoslavie et la Pologne). A l'heure actuelle, l'Accord général lie soixante-seize pays (deux autres pays ayant accédé à titre provisoire et douze autres appliquant l'Accord *de facto*), dont le commerce extérieur représente 80% du volume total des échanges mondiaux [15].

Une remarque doit être ajoutée au sujet des parties de la Charte de La Havane non reprises dans l'Accord général. Ce serait une erreur de penser qu'elles auraient entièrement disparu. L'article XXIX de l'Accord général, écrit en prévision d'une entrée en vigueur prochaine de la Charte, renvoie expressément aux principes généraux de celle-ci. Même à un moment où cette perspective est définitivement bouchée, les dispositions de la Charte restent une sorte de directive ou, à tout le moins, une source d'inspiration, dont on retrouve l'influence dans les travaux et les actes du GATT. Dans cet esprit, nous aurons l'occasion d'y faire itérativement référence.

§ 2. — Systématique de la clause

15. Nous devons maintenant, pour la clarté de l'exposé, préciser les contours de la clause, dans sa forme traditionnelle, par rapport à certaines dispositions typiques qui ne sont pas sans avoir, avec elle, des affinités mais qui s'en distinguent cependant plus ou moins nettement: le principe de non-discrimination, le principe du traitement national, le principe de réciprocité. Nous verrons que la clause se trouve, avec chacun de ces trois principes, dans un rapport dont l'étude permettra

[15] Renseignements tirés d'une brochure d'information du Secrétariat du GATT.

d'en préciser la portée [16]. D'autre part, il faudra comparer le mécanisme de la clause avec le procédé de la « stipulation en faveur des tiers ».

Au préalable, nous devons cependant faire une mise à jour du problème de la clause dans les conventions bilatérales.

L'évolution récente de la c.n.p.f. dans les conventions bilatérales

16. Dans un ouvrage publié en 1948 [17], R. C. Snyder a examiné la c.n.p.f. sur la base d'un dépouillement exhaustif de plus de six cents traités économiques publiés dans le Recueil des traités de la S.d.N.[18] Il n'est pas nécessaire de revenir sur cette analyse pénétrante, mais une comparaison s'impose avec les traités du même genre publiés dans le Recueil des traités des Nations Unies dont la publication embrasse, en ce moment, une période à peu près équivalente.

Une première constatation frappante peut être faite sous ce rapport. Si l'on fait abstraction des accords conclus dans le cadre du GATT, on ne peut dénombrer dans le Recueil des Nations Unies qu'une trentaine de traités internationaux comportant la c.n.p.f. Bien entendu, on n'est pas sûr que tous les traités internationaux contenant une telle clause ont été publiés dans le Recueil; mais en présence du grand écart entre le nombre des traités comportant la clause et publiés à l'époque de la S.d.N., d'une part, et le nombre des traités de ce genre publiés par les Nations Unies, d'autre part, on est amené à penser que depuis la création du GATT, *la clause sous la forme bilatérale est*

---

[16] Schwarzenberger, pp. 118 et s.; Schiavone, pp. 64-67.

[17] *The Most-Favored-Nation-Clause, an analysis with particular reference to recent treaty practice and tariffs.*

[18] Exactement 607, *op. cit.*, p. 42.

devenue beaucoup plus rare dans les relations internationales. Ceci s'explique aisément par le fait que des accords commerciaux dans la forme purement bilatérale, comportant une c.n.p.f. autonome, ne peuvent plus intervenir qu'entre des parties dont l'une au moins n'est pas membre du GATT; en ce qui concerne les Etats membres du GATT, il ne peut plus s'agir que de traités tombant en dehors du champ d'application matériel de l'Accord général, portant par exemple sur la matière de la protection des personnes, de l'établissement et de la navigation.

17. Tablant sur le matériel très restreint qui se trouve ainsi à notre disposition dans le Recueil des traités, on peut faire, pour le surplus, les constatations suivantes. Tous les traités en question comportent la clause sous sa forme *inconditionnelle et illimitée*. Dans ceux parmi ces traités qui sont plus explicites [19], il est dit régulièrement que le traitement de la nation la plus favorisée est accordé « sans condition et sans restriction ». Tel est le cas des traités suivants:

Etats-Unis–Yémen . . .	4 mai 1946, art. IV, R.T.N.U., 4, p. 165;
Etats-Unis–Népal . . .	25 avril 1947, préambule et nº 7, P.T.N.U., 16, p. 97;
Etats-Unis–Corée . . .	10 décembre 1948, art. VI, 2, R.T.N.U., 55, p. 157;
Danemark–Guatemala .	4 mars 1948, art. I et II, R.T.N.U., 96, p. 223;
Canada–Honduras . . .	11 juillet 1956, art. I, R.T.N.U., 305, p. 39;
Etats-Unis–Corée . . .	28 novembre 1956, préambule, R.T.N.U., 302, p. 281;
Tchécoslovaquie–Bulgarie	8 mars 1963, art. 2, R.T.N.U., 495, p. 219.

[19] Voir, au sujet de la distinction entre la clause en forme « simple » et « complexe », Snyder, pp. 51, 58 et s.

Les autres accords (sauf indication contraire, il s'agit de conventions commerciales, dont plusieurs sous forme de *modus vivendi* provisoires) contiennent des clauses moins explicites, mais toutes inconditionnelles.

Chine–France	accord sur les relations sino-indochinoises, 28 février 1946, R.T.N.U., 14, p. 137;
Arabie Saoudite–Chine . .	15 novembre 1946, R.T.N.U., 18, p. 197;
Belgique–France	accord d'indemnisation, 18 février 1949, R.T.N.U., 31, p. 173;
Union économique belgo-luxembourgeoise–Turquie .	12 mars 1947, R.T.N.U., 37, p. 221;
Danemark–Israël	14 novembre 1952, R.T.N.U., 160, p. 275;
Australie–Israël	6 septembre 1951, R.T.N.U., 188, p. 303;
Israël–Italie	31 octobre et 8 novembre 1951 R.T.N.U., 219, p. 293;
Israël–Yougoslavie	29 janvier 1951, R.T.N.U., 220, p. 7;
Israël–Turquie	4 juillet 1950, R.T.N.U., 220, p. 3;
France–Suède	convention d'établissement, 16 février 1954, R.T.N.U., 228, p. 137;
Canada–Venezuela	11 octobre 1950, R.T.N.U., 231, p. 3;
Canada–Equateur	10 novembre 1950, R.T.N.U., 231, p. 25;
Canada–Costa Rica	17 et 18 novembre 1950, R.T.N.U., 231, p. 25;
Canada–Italie	23 et 28 avril 1948, R.T.N.U., 231, p. 69;
Canada–Egypte	26 novembre et 3 décembre 1952, R.T.N.U., 223, p. 145;
Japon–U.R.S.S.	19 octobre 1956, R.T.N.U., 263, p. 119;
Ceylan–Japon	6 septembre 1952, R.T.N.U., 314, p. 279;

Israël-Vietnam	13 mars et 11 avril 1962, R.T.N.U., 448, p. 205;
Royaume-Uni-Transjordanie	22 mars 1946, art. 9, 2, R.T.N.U., 6, p. 143;
Arabie Saoudite-Syrie . . .	16 novembre 1961, R.T.N.U., 491, p. 163;
R.A.U.-U.R.S.S.	23 juin 1962, art. 1 et 2, R.T.N.U., 472, p. 43;
Afrique du Sud-Espagne . .	8 février 1963, R.T.N.U., 458, p. 79.

18. En règle générale, les traités cités ci-dessus reproduisent la clause sous une forme standardisée, mais quelques particularités méritent cependant d'être signalées. Ainsi, dans quelques-uns parmi les accords mentionnés, le t.n.p.f. est appliqué à la matière des *restrictions quantitatives* ainsi qu'à l'allocation de devises [20]:

Canada-Venezuela . .	11 octobre 1950, art. III;
Canada-Equateur . . .	10 novembre 1950, art. V;
Canada-Costa Rica . .	17 et 18 novembre 1950, art. III;
Canada-Honduras . . .	11 juillet 1956, art. III;
Afrique du Sud-Espagne	8 février 1963, art. III.

19. En ce qui concerne les *dérogations* au t.n.p.f., on trouve deux séries bien déterminées d'exceptions [21]. Les unes réservent l'application de préférences: groupements régionaux; Commonwealth britannique; trafic frontalier entre pays limitrophes. D'autre part, on voit apparaître dans la nomenclature des dérogations, à côté de l'exception classique en faveur des « unions douanières »:

dans le traité du 28 novembre 1956 entre les Etats-Unis et la Corée, une exception en faveur des « zones de libre-échange »;

[20] Cp. Snyder, pp. 88 et s., spécialement la note 59, et pp. 136 et s., spécialement la note 12.

[21] Cp. Snyder, pp. 156 et s.

dans le traité du 8 février 1963 entre l'Afrique du Sud et l'Espagne, une exception en faveur des « zones de libre-échange » et de « zones régionales économiquement intégrées »;

dans le *modus vivendi* du 14 novembre 1952 entre le Danemark et Israël une exception en faveur des « zones franches »;

dans l'accord du 25 avril 1947 entre les Etats-Unis et le Népal une exception en faveur des « conventions économiques plurilatérales » d'application générale, comprenant une zone commerciale d'étendue importante ayant pour objectif de rendre plus libéral et de favoriser le commerce international ou d'autres relations économiques internationales et ouverts à l'adhésion de tous les pays membres des Nations Unies. Une clause similaire se retrouve dans le *modus vivendi* entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Turquie du 12 mars 1947;

on notera enfin que les avantages stipulés dans le cadre du GATT sont exceptés dans les traités des 10 décembre 1948 et 28 novembre 1956 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Corée.

Pour le moment, il suffit d'avoir fait ces constatations; nous y reviendrons plus loin au cours de notre exposé.

La clause et le principe de non-discrimination

20. Le rapprochement entre ces deux termes nous permettra de mettre de l'ordre dans l'emploi de notions qu'on utilise souvent avec quelque confusion: « non-discrimination », « égalité de traitement », « c.n.p.f. », d'une part, « discrimination » et « préférence », de l'autre.

La notion de l'égalité de traitement ou, suivant l'usage anglo-saxon, de la *non-discrimination*, est la plus générale [22]. Du point de vue logique, la c.n.p.f. n'est qu'un cas particulier du principe

[22] Voir sur ces notions et sur leur rôle dans les relations économiques internationales: Patterson, pp. 3 et s.; Schiavone, pp. 3-4; Knapp, pp. 270 et s.; Jaenicke, v° *Gleichbehandlung*.

général de l'égalité de traitement; plus précisément, la c.n.p.f. résulte de la combinaison de ce principe avec un standard de référence, celui de l'Etat tiers le plus favorablement traité. L'idée de l'égalité de traitement est donc plus large que celle du t.n.p.f.; ainsi, nous verrons que le principe du traitement national est, lui aussi, une application de cette notion égalitaire, sauf que, dans ce cas, le standard de référence est différent de celui du traitement d'étranger qui caractérise la clause.

21. Mais le principe de non-discrimination et la clause se distinguent encore par le fait que les accents sont différemment placés. La clause se réfère au traitement le plus avantageux possible dans une situation donnée; elle a pour visée de favoriser en quelque sorte le « nivellement par le haut », c'est-à-dire de généraliser toute faveur particulière qui pourrait être accordée à un Etat déterminé. C'est ce qu'on peut appeler la *fonction positive* de la clause. Quant au principe de non-discrimination, son optique est inverse, il doit empêcher un traitement, au détriment d'un Etat ou de certains Etats, moins favorable que le traitement accordé à la généralité des autres pays.

On peut aussi retourner la perspective: alors que le principe de non-discrimination vise à empêcher que certains Etats se voient infliger un traitement moins favorable que la généralité, la clause doit empêcher que certains Etats isolés puissent s'assurer un traitement plus favorable que la normale. C'est ce qu'on pourrait appeler sa *fonction négative*. Comme telle, la c.n.p.f. constitue un obstacle à l'octroi de préférences en faveur de certains Etats. Voilà quelle est dans la pratique des choses sa fonction fondamentale: la c.n.p.f. est utilisée avant tout avec la visée d'empêcher la création de régimes préférentiels; quant à la libération du commerce, elle est fonction, beaucoup plus de la politique commerciale que du mécanisme de la clause. C'est donc en contraste avec la notion de préférence que doit

être comprise la fonction concrète de la c.n.p.f. dans les relations internationales. C'est dans cette perspective, bien déterminée, que la clause met en œuvre l'idée générale de non-discrimination ou d'égalité de traitement.[23]

22. Le lien logique entre la c.n.p.f. et l'idée générale de non-discrimination a, par ailleurs, une importance appréciable pour l'interprétation de la clause dans les domaines — restrictions quantitatives, contrôles monétaires — où, ainsi que nous le verrons, la clause ne peut pas rendre les mêmes services qu'en matière tarifaire. Dans un tel cas, il est en effet possible de se rabattre sur les idées générales d'égalité de traitement et de non-discrimination qui peuvent, à tout le moins, fournir une orientation utile là où le mécanisme de la clause n'est plus capable de jouer pleinement.

La clause et le principe du traitement national

23. Le principe du traitement national se rencontre fréquemment dans les conventions économiques et, tout spécialement, dans des conventions d'établissement. Tantôt le traitement national se trouve combiné avec la c.n.p.f., dans d'autres cas, une distinction nette s'établit entre les matières qui sont sujettes au traitement national et celles auxquelles s'applique le traitement de la nation la plus favorisée.

Le principe du traitement national comporte l'assimilation de la situation de l'étranger à celle *des propres nationaux* en ce qui concerne, par exemple, la protection des personnes, la protection des biens, l'établissement ou les activités professionnelles. En contraste, la c.n.p.f. consacre un traitement d'étranger,

[23] On reviendra plus longuement ci-après, dans la IIIe partie, à propos des accords régionaux, à la notion des préférences. Voir les nos 127-130.

c'est-à-dire un traitement distinct de celui qui est réservé aux propres nationaux de l'Etat lié par la clause.[24] A la différence du traitement national, qui écarte toute sorte de différenciation, le principe du t.n.p.f. présuppose donc la légitimité d'une différenciation entre nationaux et étrangers, entre activités nationales et activités étrangères, entre marchandises nationales et marchandises étrangères.

En règle générale, le traitement national est plus favorable que le traitement d'étranger; pour autant, le traitement national représente donc un avantage par rapport au t.n.p.f. Mais il se peut aussi que le traitement national soit moins favorable que le traitement réservé aux étrangers. Dans ce cas, c'est donc la c.n.p.f. qui confère un avantage à ceux qui en bénéficient; tel était le cas par exemple de certains avantages réservés aux étrangers sous le régime des capitulations; tel reste encore le cas, à l'heure actuelle, de certaines franchises fiscales réservées aux étrangers et du régime des immunités diplomatiques et consulaires qui s'accommode, lui aussi, du principe du t.n.p.f.

24. En pratique, le principe du traitement national trouve son *champ d'application* surtout dans deux domaines: en matière de traitement des personnes et en matière de fiscalité interne. On trouve même dans certaines conventions d'établissement le traitement national combiné avec le t.n.p.f., ce qui assure aux étrangers le même standard que celui des nationaux, sans les priver pour autant des privilèges éventuels dont ils pourraient jouir en leur qualité, précisément, d'étrangers.

Par contre, l'application des droits de douane ne peut, logiquement, être subordonnée qu'au principe du t.n.p.f., car le droit de douane est, par nature, discriminatoire à l'égard des marchandises étrangères. Appliquer à ces marchandises le traitement national signifierait en effet le libre-échange par l'effet de la suppression de toute protection douanière.

---

[24] Ito, pp. 23 et 180-186; Snyder, pp. 11 et s., 85 et s.

25. Les deux domaines d'application mentionnés ci-dessus — statut des personnes, fiscalité intérieure — méritent quelques commentaires plus approfondis.

L'application du traitement national en matière de *statut des personnes* s'explique par la considération que dans les relations internationales il faut respecter un certain « standard minimum » objectif en ce qui concerne le respect des prérogatives inhérentes à la personne humaine. C'est dès lors surtout en matière de protection judiciaire et extra-judiciaire des personnes et des biens ainsi qu'en matière de jouissance des droits civils que l'on trouve des applications du traitement national dans les conventions internationales. Par contre, les discriminations sont plus fréquentes en ce qui concerne l'accès des étrangers aux activités professionnelles, c'est-à-dire en matière d'établissement et de prestation de services. Dans ces matières, c'est plutôt le standard de la nation la plus favorisée qui prévaut; en effet, ainsi que nous le verrons plus loin, l'application généralisée du traitement national dans ce domaine constitue un élément d'union économique.[25]

L'application du principe du traitement national en matière de *fiscalité intérieure* s'explique par une considération d'ordre méthodologique. Chaque Etat dispose, dans l'arsenal de ses moyens fiscaux, de différents ordres d'instruments, les uns de caractère protecteur, destinés à régler le commerce extérieur, les autres de caractère non discriminatoire, utilisés à des fins économiques ou purement fiscales. Tel est le cas par exemple des droits de consommation qui frappent toutes les marchandises, nationales ou étrangères, et de la taxe sur la valeur ajoutée qui s'applique indistinctement à toutes les transactions, qu'elles soient purement nationales ou qu'elles aient un rapport avec l'étranger. Disposant d'un système complet de protection en matière de commerce extérieur, sous forme notamment des droits de douane, les Etats n'ont pas, normalement, intérêt à appliquer la fiscalité intérieure d'une manière discriminatoire. Dès lors, les clauses qui, dans les conventions économiques, assurent le traitement national en matière d'impositions intérieures ont pour but d'éviter que les Etats, après avoir consenti à des concessions en matière de fiscalité discriminatoire, notamment par l'effet de réductions sur les droits de douane, se reconstituent une protection par l'application discriminatoire de la fiscalité interne.

---

[25] Voir les n°s 80, 81 et 135.

26. Les considérations qui précèdent montrent que le principe du traitement national, d'une part, le t.n.p.f., d'autre part, malgré leur cumul occasionnel, *servent foncièrement à des fins distinctes*. Plus précisément, le t.n.p.f. s'applique là, et là seulement, où les Etats se sont ménagé la possibilité de traiter moins favorablement les personnes, activités économiques et marchandises étrangères que leurs propres nationaux, les activités économiques nationales et les marchandises nationales. La légitimité de cette différence de traitement entre ce qui est national et ce qui est étranger — on hésite à utiliser ici le terme de « discrimination » qui contient toujours quelque chose de péjoratif — ne saurait être contestée. Il apparaît donc que le but de la c.n.p.f. consiste à assurer aux pays tiers le traitement d'étranger le plus favorable, c'est-à-dire le traitement le plus favorable possible, à un moment donné, en dehors du traitement national

Une conséquence importante découle de ce que nous venons d'avancer. La c.n.p.f. est-elle capable de procurer indirectement le bénéfice du traitement national lorsque l'Etat concessionnaire, après avoir accordé à un ou plusieurs Etats le t.n.p.f., concède à un Etat tiers le traitement national dans une matière déterminée? Les bénéficiaires de la clause ne peuvent-ils pas alors prétendre que, désormais, le traitement national serait devenu le traitement d'étranger le plus favorable? [26]

Evidemment, il n'y a pas de problème chaque fois que les deux standards — t.n.p.f. et traitement national — sont combinés dans un traité. Par contre, en vue de ce que nous venons d'exposer ci-dessus au sujet de la différence de fonction des deux types de clause, nous doutons que l'on puisse admettre, comme un principe général, la règle formulée par Schwarzen-

---

[26] Dans le sens de l'affirmative: Snyder, pp. 11 et s. et 85 et s. La même opinion est exprimée par Schwarzenberger, p. 119, en ce qui concerne la pratique britannique.

berger lorsqu'il dit que « le principe de la nation la plus favorisée remplit la fonction d'étendre les privilèges accordés en application du principe du traitement national à tout Etat tiers parmi les bénéficiaires du t.n.p.f. dans le même domaine ».[27] En tout cas, ceci ne nous paraît pas admissible chaque fois que, par sa généralisation, le principe du traitement national devient un élément d'union économique entre les Etats bénéficiaires. Du moment que le principe du traitement national est étendu, par-delà le domaine du statut des personnes, à l'ensemble des rapports économiques avec un pays tiers — à ses marchandises, à ses agents et activités économiques — le pas est franchi vers un type de relations économiques d'une toute autre nature: il ne s'agit plus alors d'« échanges » entre Etats, mais bien de la fusion de deux ou de plusieurs Etats dans le cadre d'une union économique. En effet, le régime d'union n'est pas autre chose que l'extension systématique, entre deux ou plusieurs pays, du principe du traitement national à l'ensemble des courants d'activités et de marchandises de manière que, du point de vue économique, les marchés nationaux des pays participants soient fusionnés en un seul et même espace économique. Nous reviendrons plus longuement à ce problème.[28]

La clause et le principe de réciprocité

27. Une remarque préliminaire est à faire sur ce point. Il faut distinguer entre la réciprocité du t.n.p.f. en lui-même et la réciprocité dans les effets successifs que la clause peut produire au cours du temps. En ce qui concerne le premier aspect, il est normal que deux Etats ne stipulent le t.n.p.f. pas autrement qu'à titre réciproque, de manière que chacune des parties puisse

[27] *L. c.*, p. 119 (original anglais).

[28] Voir aux n°s 129 et ss.

invoquer le principe à l'égard de l'autre. L'octroi unilatéral du t.n.p.f. est toutefois concevable, en ce sens qu'un Etat est obligé par la clause sans pouvoir l'invoquer à son profit; mais de telles conventions consacrent régulièrement une inégalité entre les parties contractantes.[29]

Ce n'est pas cet aspect qui nous intéresse ici, mais bien la question de l'équilibre des intérêts dans les applications successives de la clause.

28. Le principe de réciprocité,[30] qui est l'une des directives fondamentales de la vie internationale, traduit en langage juridique *une notion d'équilibre* dans les rapports internationaux. D'une manière plus précise, dans les relations économiques internationales, l'application du principe de réciprocité introduit une idée d'équilibre matériel dans le principe purement formel d'égalité. Alors que le principe du t.n.p.f. doit réaliser l'égalité de traitement entre tous les Etats tiers, du point de vue de l'Etat obligé par la clause, le principe de réciprocité envisage l'équilibre des intérêts en y comprenant, cette fois, l'Etat obligé lui-même. En effet, du moment que l'on fait appel au principe de réciprocité, il ne s'agit plus simplement d'établir une com-

---

[29] Schwarzenberger, p. 100 et notes 5-7, signale un certain nombre de ces accords; il s'agit soit de clauses inscrites dans des traités conclus entre nations d'un degré inégal de civilisation, soit de clauses imposées dans des traités de paix. — Nous signalons plus loin la présence de clauses du même type en matière d'établissement dans les conventions d'associations de la C.E.E. — Voir sur la même question: S. Basdevant, p. 475; Ito, p. 32; Knapp, p. 144; Ustor, doc. A/CN.4/L.127, n° 8, avec des références aux traités de paix postérieurs à la seconde guerre mondiale.

[30] Voir à ce sujet le cours de Virally sur: « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain » où l'on trouvera, plus particulièrement, aux pp. 67 et s., des indications sur la combinaison entre le principe de réciprocité et le principe de non-discrimination en matière de commerce international.

paraison entre des tiers, mais on prend en considération aussi l'intérêt de la partie engagée par la clause.

Il apparaît donc que l'introduction de l'exigence de réciprocité dans les effets de la clause agit essentiellement comme une limite à la portée de celle-ci: on a pu dire avec raison qu'en quelque sorte, le principe de la réciprocité est la négation du principe du t.n.p.f. Alors que la clause tend à généraliser l'effet de toute concession faite à un pays déterminé, l'appréciation de la réciprocité nous ramène par la force des choses sur le terrain des considérations bilatérales,[31] l'introduction de l'idée de réciprocité agit ainsi comme un frein sur la tendance vers le multilatéralisme inhérente à la clause. La preuve en quelque sorte expérimentale de cette vérité a été fournie au cours des années 1930, lorsqu'un bilatéralisme extrême, inspiré précisément de l'idée de la réciprocité des avantages, se substitua au jeu de la c.n.p.f.[32] Tout ceci, toutefois, ne traduit qu'un aspect partiel du problème et nous tâcherons, ci-après, de montrer qu'une conception purement abstraite de l'égalité, séparée de toute idée de réciprocité, est impraticable.

29. C'est aussi à la notion de réciprocité que se rattache la controverse bien connue au sujet de la c.n.p.f. *inconditionnelle* et *conditionnelle*.[33] Bien que cette controverse paraisse aujour-

---

[31] Ceci a été exposé avec beaucoup de force par Snyder, pp. 144 et s. et p. 215 où il est dit que « la réciprocité est en substance le bilatéralisme ». On retrouve la même opinion chez Virally qui explique, pp. 70 et 76, comment l'application du principe de réciprocité conduit au bilatéralisme, aux préférences et au compartimentage des échanges internationaux.

[32] S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres », p. 45 et pp. 117 et s.; doc. C.379.M.250, où, à côté des méfaits du nationalisme, on mentionne la « politique d'échanges balancés », l'égalité étant remplacée par la réciprocité, d'après la méthode du donnant-donnant (p. 13).

[33] Certains auteurs parlent aussi de la clause « gratuite », par opposition à la clause « onéreuse », mais la terminologie utilisée ci-dessus est plus courante.

d'hui dépassée, puisque la clause sous sa forme inconditionnelle s'est généralement imposée dans les relations économiques internationales, il vaut la peine de rappeler brièvement les termes de la discussion qui est toujours plus actuelle qu'on ne pourrait penser.

A supposer qu'un Etat lié par la clause accorde quelque nouvel avantage à un Etat tiers, cette concession aura normalement donné lieu, de la part du tiers bénéficiaire, à quelque contrepartie en faveur de l'auteur de la concession. La question est alors de savoir si les titulaires de la clause pourront profiter de l'avantage concédé dans ces conditions sans, de leur côté, accorder une contrepartie, sinon identique, du moins équivalente à l'Etat obligé par la clause [34].

Ce fut là effectivement, pendant une longue période, la pratique constante des Etats-Unis d'Amérique qui avaient pour politique de n'insérer dans leurs conventions commerciales qu'une clause dite « conditionnelle », subordonnant ainsi l'extension de tout avantage à la concession d'une contrepartie équivalente de la part du bénéficiaire [35]. On a dit avec raison que, de ce fait, la clause perdait son effet essentiel qui est celui de l'automaticité: dans sa forme conditionnelle elle est réduite, somme toute, à une offre de négocier de nouvelles concessions moyennant contrepartie. En d'autres termes, cette modalité est en réalité la négation de ce qui fait l'essentiel de la clause, à savoir, son automaticité [36]. En fait, depuis l'abandon de cette

[34] Pour les détails, y compris la rédaction de ce type de clause, voir: Snyder, pp. 28 et s.; Knapp, pp. 281 et s.

[35] La doctrine américaine, spécialement en ce qui concerne la clause conditionnelle, est relatée par Hackworth et Hyde (voir à la bibliographie); Ito, pp. 325 et s.

[36] Le procédé de la clause conditionnelle a rencontré de très vives critiques tant dans les travaux de la S.d.N. que dans la doctrine. Voir: S.d.N., Comité économique, doc. E.805, p. 7 et doc. C.379.M.250, p. 25; « La

pratique par les Etats-Unis d'Amérique en 1922/1923, l'usage de la clause inconditionnelle, qui répondait déjà à une pratique constante entre les Etats européens, s'est généralisé au point que l'on peut considérer de nos jours que, dans le doute, la clause doit être présumée comme étant inconditionnelle [37].

30. Il ne faut pas penser cependant que, pour autant, toute préoccupation de réciprocité aurait disparu de l'emploi de la clause. Ce qui donne à penser, c'est d'une part le fait que la disparition complète de la clause conditionnelle au cours des années 1920 est concomitante du développement de divers autres instruments, à savoir les restrictions quantitatives et les contrôles de change, qui eurent précisément pour effet de paralyser l'automatisme de la clause et d'introduire de nouveaux éléments de bilatéralisme dans les rapports économiques internationaux. Même en faisant abstraction de ces moyens de contrôle, il faut admettre que le « libéralisme excessif » du t.n.p.f. inconditionnel [38] peut décourager les Etats à généraliser l'emploi de la clause. Le t.n.p.f. ne peut s'appliquer en dehors de toute considération de réciprocité, c'est-à-dire de toute préoccupation en ce qui concerne l'équilibre matériel des avantages [39].

---

politique commerciale dans le monde d'après-guerre », pp. 59 et 82. — Snyder, pp. 211-222; Schiavone, pp. 67-69. — Lors de ses travaux en 1934-1936 l'Institut de Droit international a critiqué à son tour la clause conditionnelle et s'est prononcé en faveur de l'emploi de la clause inconditionnelle.

[37] Cette présomption a été affirmée dans le § 1 de la Résolution votée par l'Institut en 1936: « La c.n.p.f. a, sauf disposition expresse contraire, le caractère inconditionnel ». Elle est affirmée de même par le rapporteur de la Commission du droit international, M. Ustor, au n° 26 du doc. A/CN.4/L.127.

[38] L'expression est de Snyder, p. 193; voir, dans le même sens, Curzon, p. 59.

[39] Ceci a été très bien vu par van Essen, pp. 6 et 14-16.

Afin de mieux faire comprendre les remarques qui précèdent, il nous paraît indiqué, à ce point, de jeter déjà un regard en avant, sur les systèmes multilatéraux.

Il est particulièrement significatif, sous ce rapport, de constater que l'*Accord général*, tout en adoptant la clause dans sa version inconditionnelle telle qu'elle avait été préconisée par la S.d.N., a réintroduit l'idée de réciprocité dans ses principes fondamentaux. En effet, le préambule prévoit la conclusion d'accords visant, « sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels », à la réduction des tarifs douaniers et des autres entraves aux échanges. Ces notions ne sont pas restées à l'état d'intentions pures puisqu'elles ont trouvé une expression concrète dans le mécanisme des négociations et dans tout un système de « compensations » destinées à assurer l'équilibre durable des prestations réciproques une fois consenties.

De même, l'idée de la réciprocité joue un rôle primordial dans le système du *traité de Montevideo*, du 18 février 1960, instituant l'Association latino-américaine de libre-échange. Le principe de la « réciprocité des avantages » (préambule) et de la « réciprocité des concessions » (art. 10, voir encore les art. 11 à 13) fait pièce au principe du t.n.p.f. (art. 18).

En contraste avec ce qui précède, on notera que l'idée de réciprocité est étrangère au système de la *Communauté économique européenne*: ainsi qu'il sera exposé ci-après, c'est un indice de ce qu'il s'agit ici d'un système authentique d'intégration, et non d'échanges.

Nous sommes donc amenés à penser que l'idée d'équilibre et de réciprocité est inhérente à la nature profonde des relations économiques internationales. Sans vouloir nier le fait que, poussée à ses extrêmes, l'exigence de la réciprocité constitue effectivement la négation du principe d'égalité qui inspire la clause, nous devons cependant reconnaître son rôle comme *tempérament de l'automaticité du t.n.p.f.* Mais l'expérience montre que ce tempérament ne peut s'appliquer utilement qu'à l'échelle multilatérale. En d'autres termes, nous sommes bien d'accord avec la doctrine unanime pour considérer que l'introduction d'une idée de réciprocité dans l'application du t.n.p.f. dans les rapports bilatéraux, comme ce fut le cas de la « clause

conditionnelle », met effectivement en cause l'effet essentiel du mécanisme. Par contre, c'est dans le cadre d'un système multilatéral de négociations commerciales qu'une idée d'équilibre matériel peut venir tempérer utilement et légitimement l'effet de ce principe d'égalité purement formel.

La clause et la doctrine des effets des traités à l'égard des tiers

31. La clause donne lieu à une relation, en apparence du moins, triangulaire: l'Etat concédant s'engage d'abord à l'égard du bénéficiaire, ensuite à l'égard d'un Etat tiers. Le second engagement se répercute favorablement sur le bénéficiaire. Mais quelle est, voilà la question qu'il faut poser, exactement la nature juridique de cet avantage?

Une première chose à dire, c'est que la clause ne crée aucune sorte de lien juridique entre le bénéficiaire et le tiers; seule une convention multilatérale pourrait entraîner un tel effet[40]. La clause s'inscrit exclusivement dans les relations bilatérales entre le concédant et le bénéficiaire, de façon que l'engagement contracté par le concédant à l'égard d'un tiers n'entraîne aucune modification, aucune « novation » de ses relations conventionnelles avec le bénéficiaire.

C'est cet aspect qui a été mis en évidence par l'arrêt de la Cour internationale de Justice, du 27 juillet 1952, relatif à l'*affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* L'affaire soumise à la Cour présentait cette particularité que le traité stipulant la clause était antérieur à l'acceptation, par l'Etat concédant (l'Iran), de la juridiction de la Cour, alors que le traité conclu avec un Etat tiers, invoqué par le bénéficiaire de la clause (la Grande-Bretagne), était postérieur à cette acceptation. La Cour décida que, pour apprécier sa compétence — qui, aux termes de la déclaration d'acceptation de l'Iran, se limitait aux traités postérieurs à

[40] Ito, p. 44.

cette dernière — il convient de considérer le traité stipulant la clause, et non pas le traité, conclu postérieurement par le concédant avec un tiers, qui donne lieu à application de la clause [41].

32. Un problème appartenant au même ordre d'idées fut abordé, ainsi qu'il est rappelé dans notre exposé préliminaire, à l'occasion des *travaux de la Commission du droit international* sur le droit des traités. En effet, au moment de discuter les articles relatifs à l'effet des traités à l'égard des tiers, certains membres de la Commission avaient évoqué le problème de la clause dans l'intention de tirer au clair si, oui ou non, ces règles s'appliqueraient à la clause. La Commission n'a pas retenu cette façon de voir. En réalité, le mécanisme de la clause, malgré une apparence superficielle, est étranger au problème de l'extension aux tiers de l'effet des traités.

Si le bénéfice de certaines dispositions consacrées par voie d'accord international s'étend à des tiers par le jeu de la clause, ceci est dû non pas au fait de l'accord, c'est-à-dire au fait de l'union de volonté entre l'Etat obligé par la clause et le tiers co-contractant; cet effet a lieu en vertu de la concession faite par le premier de ces Etats. Le bénéfice d'une concession quelconque s'étend à tous les titulaires de la clause, peu importe qu'il résulte d'un accord avec un pays déterminé (ce qui est sans doute le cas le plus fréquent), ou d'une disposition unilatérale, par exemple de caractère législatif ou administratif. En d'autres termes, ce qui déclenche l'effet de la clause, c'est bien l'acte de l'Etat qui se trouve obligé — quelle que soit la forme de cet acte — et non pas l'accord convenu avec le tiers favorisé. Nous ne sommes donc pas en présence d'une extension, à des

---

[41] *Recueil des arrêts*, 1952, pp. 108-109; voir, *ibid.*, pp. 136 et s., l'opinion dissidente de M. Hackworth, motivée moins par une analyse de la clause que par une interprétation des termes de l'acceptation de la juridiction de la Cour par l'Iran. — Rossillion, pp. 80-92.

tiers, des effets d'un accord international et ce ne sont dès lors pas les règles applicables à ces effets qui peuvent influencer le mécanisme de la clause.

Du point de vue juridique, il est plus correct d'analyser la clause comme conférant à son bénéficiaire *des droits conditionnés*, en ce sens que le contenu et l'effet successif de ces droits sont définis par référence aux droits accordés à n'importe quel pays tiers. Tant que cette condition n'est pas réalisée, la clause reste inopérante; une fois que la condition cesse d'exister, l'avantage conféré par la clause expire à son tour, de plein droit.

§ 3. — Analyse critique de la clause dans sa forme bilatérale

33. La c.n.p.f. « classique » a pour but essentiel d'établir l'égalité de traitement entre les Etats, leurs ressortissants et leur commerce, dans un système régi par des ententes économiques exclusivement bilatérales. Tout avantage accordé à un pays, à ses ressortissants ou à son commerce, est étendu automatiquement à tous les bénéficiaires de la clause. Toutefois, cet objectif n'a pu être pleinement atteint: en effet, tout au long de la période au cours de laquelle la clause a été appliquée dans les rapports bilatéraux, on a rencontré des problèmes que la clause a été incapable de résoudre. Il sera montré plus loin que seule une structure d'organisation et un processus de négociation ayant un caractère multilatéral se sont avérés capables d'amener la solution de ces problèmes.

Nous avons déjà, dans le paragraphe précédent, évoqué les problèmes posés, dans un régime d'accords bilatéraux, par la combinaison de la clause avec le principe de réciprocité.[42] Nous devons exposer maintenant un certain nombre d'autres

[42] Ci-dessus, n°s 29 et 30.

difficultés que la pratique bilatérale a rencontrées et qu'elle a été incapable de résoudre d'une manière satisfaisante [43].

La clause et la politique commerciale

34. Nous devons envisager ce problème à deux niveaux: celui des objectifs de la politique commerciale et celui de la tactique des négociations.

En ce qui concerne tout d'abord les *objectifs de la politique commerciale*, on a dit, avec raison, que la clause, bien que sa tendance foncière soit dans le sens du libéralisme, se combine avec toutes les politiques. Mais son rôle est différent suivant qu'elle sert une politique protectionniste utilisant un tarif élevé, fixé unilatéralement (dit « non négociable ») ou, au contraire, une politique libérale usant d'un niveau de protection modéré et d'un tarif dit « conventionnel », c'est-à-dire susceptible de faire l'objet de réductions par voie de négociation internationale [44]. En effet, un pays poursuivant une politique protectionniste et refusant de négocier son tarif douanier peut retirer un profit unilatéral de la clause, puisque celle-ci le fera profiter automatiquement, et sans contrepartie, de toutes les réductions tarifaires concédées à qui que ce soit par des pays pratiquant une politique commerciale plus libérale; la conséquence en est

---

[43] Voir, sur ce problème, l'analyse pénétrante de Snyder, pp. 186 et s., les observations de Zinser, pp. 186 et s., ainsi que les documents de la S.d.N.: « Traités de commerce, systèmes tarifaires et méthodes contractuelles » et « La politique commerciale entre les deux guerres ».

[44] Sur les rapports de la clause avec la structure tarifaire et sur les complications extraordinaires qui peuvent résulter de cette dernière, voir: Ito, pp. 232 et s.; le cours du Baron Nolde sur la c.n.p.f., pp. 53-63; Snyder, pp. 205 et s.; les doc. de la S.d.N., E.805, p. 4 et « La politique commerciale entre les deux guerres », spécialement aux pp. 42, 108 et s. et 117.

que ces derniers pays doivent aborder la question de l'octroi du t.n.p.f. avec réticence dans leurs rapports avec des pays hautement protectionnistes.

La clause ne peut donner pleinement ses résultats qu'à la condition de pouvoir se combiner avec une politique visant à la réduction des obstacles au commerce international dans le chef de tous les bénéficiaires de la clause[45]. Elle est incapable de produire pleinement son effet dans une situation internationale — ainsi qu'on l'a connue pendant la période entre les deux guerres mondiales — caractérisée par la divergence, et même, par l'anarchie des politiques commerciales nationales. La clause ne peut fonctionner d'une manière équitable qu'à la condition qu'elle puisse déployer ses effets dans le climat d'une politique commerciale spontanément homogène de tous les Etats, ainsi que ceci a été le cas au cours de la période de libre-échange du XIXe siècle; sinon, elle demande à pouvoir s'appuyer sur un mécanisme multilatéral capable de conduire à une harmonisation de la politique commerciale de la généralité des Etats dans le sens du libéralisme tarifaire[46].

35. Quant à la *tactique des négociations*, le fonctionnement de la clause a été notablement entravé, dans le système bilatéral, par la dispersion des négociations commerciales dans l'espace et dans le temps. L'existence de la clause a donné lieu ainsi à

[45] Ceci est bien mis en évidence par Snyder, p. 209, où il est souligné que la clause ne peut être efficace qu'à la condition d'être liée à des négociations tarifaires.

[46] Sur les liens entre la clause et la politique commerciale et sur l'ambiva ence de la clause suivant le type de politique qu'elle accompagne, voir: l'ensemble du document C.379.M.250 de la S.d.N. dont cette idée forme le thème fondamental et, plus spécialement, les pp. 11 et s.; dans le même sens, S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres », spécialement à la p. 147. — Parmi les auteurs: Snyder, pp. 196 et s. et les observations de van Essen, p. 4; Hawkins, p. 74.

une stratégie fort subtile des marchandages commerciaux; l'extension automatique des concessions accordées agissait facilement, dans de telles conditions, comme un frein de la libération du commerce. Ainsi, notamment, l'appréhension de voir chaque concession commerciale produire des répercussions incommensurables a amené les Etats à introduire dans leurs tarifs des spécifications extrêmement poussées, dépassant dans certains cas les limites de la bonne foi [47].

Des palliatifs furent appliqués, dans le système des accords bilatéraux, à cette situation; faisons remarquer qu'ils ne se trouvaient pratiquement à la disposition que des Etats suffisamment importants.

Ainsi, certains Etats synchronisèrent leurs négociations commerciales, de manière à pouvoir obtenir une idée cohérente de l'ensemble des résultats.

Les Etats-Unis d'Amérique en particulier ont introduit dans la tactique de leurs négociations commerciales un procédé appelé à un grand avenir: la sélection des produits, liée à la règle dite du « principal fournisseur ». En effet, du moment que la clause s'applique sous sa forme inconditionnelle, c'est-à-dire lorsqu'elle joue d'une manière pleinement automatique, il devient intéressant d'engager les négociations tarifaires, sur un produit déterminé, en premier lieu avec le pays qui se trouve être le principal fournisseur de la marchandise en cause. Ce sera là en effet que l'on peut escompter la contrepartie la plus substantielle. En appliquant systématiquement ce principe de sélection, un pays est en mesure de tirer un profit optimum de l'ensemble de ses négociations commerciales par le fait qu'il engage celles-ci, pour chaque position ou sous-position tarifaire, avec le pays qui possède l'intérêt le plus substantiel comme importateur[48]. Nous verrons plus loin que cette tactique de négociation a fait école puisqu'elle est devenue l'une des règles de procédure fondamentales dans le cadre du GATT.

---

[47] S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres », pp. 102 et s.; Snyder, pp. 199 et s. — Sur les spécialisations tarifaires en particulier: Ito, pp. 269 et s.; Roesner, pp. 58 et s.

[48] Voir à ce sujet: Hawkins, pp. 68 et s., 78 et s.

La clause et les obstacles non tarifaires

36. La c.n.p.f. a été développée à une époque de convertibilité monétaire généralisée, grâce à l'application de l'étalon-or, le seul moyen de régler le commerce international consistant alors dans l'application des droits de douane. Or, la première guerre mondiale entraîna l'introduction de l'emploi de nouveaux instruments, beaucoup plus incisifs, destinés à régler le commerce international, sous la forme des restrictions quantitatives, des contrôles de change et, dans le cas extrême, des prohibitions d'importation. Au lendemain de la guerre, on avait vécu pendant quelque temps dans l'illusion que ces mesures disparaîtraient d'elles-mêmes au fur et à mesure que les circonstances économiques se seraient normalisées. Ce fut bien là l'inspiration des premiers travaux de la S.d.N. en matière commerciale.[49] Or, ces moyens de réglementation, loin de disparaître, ont été systématisés et ils sont devenus des instruments permanents servant à contrôler le commerce international.

En l'absence de toute disposition de caractère international pouvant permettre de faire face aux problèmes créés par l'utilisation de ces moyens nouveaux, on constate une grande incertitude dans les opinions, les uns estimant que le procédé des restrictions quantitatives est incompatible avec la clause, les autres, qu'il échappe entièrement à l'empire de celle-ci. Une opinion intermédiaire tente d'adapter à ce nouveau genre de restrictions, suivant des modalités diverses, l'idée générale de non-discrimination dont la clause est l'expression [50].

---

[49] S.d.N., doc. C.379.M.250, pp. 14 et s.; « La politique commerciale entre les deux guerres », pp. 65 et 132. Sur l'aspect économique: S.d.N., « Les contrôles quantitatifs du commerce », par G. Haberler. Voir encore le remarquable exposé systématique et historique de Schiavone, pp. 111-125.

[50] Voir, à titre d'exemple, le cours du Baron Nolde sur la c.n.p.f., pp. 57 et s. Les travaux de l'Institut de Droit international accusent la même

Pareillement, les clauses des conventions commerciales conclues après l'introduction des restrictions quantitatives et des contrôles de change ne sont pas uniformes: certaines conventions appliquent expressément la clause aux restrictions en question; nous en avons signalé ci-dessus [51] quelques exemples récents. D'autres conventions, plus nombreuses, prennent recours à l'idée d'une *répartition proportionnelle* des contingents, par référence à une période antérieure.[52] Du point de vue économique, une telle solution n'est pas pleinement satisfaisante, puisqu'elle a pour effet de figer une situation passée. Du point de vue juridique, on a quitté, avec une telle solution, le terrain de la clause proprement dite pour y substituer un principe de justice distributive.

37. Pour notre part, nous considérons que *les restrictions quantitatives sont étrangères au système de la clause.* Dès lors, la question de savoir si elles sont compatibles, ou non, avec le t.n.p.f. n'a plus de sens. En effet, les restrictions quantitatives interviennent dans des conditions qui ne permettent plus à la clause d'accomplir son but. Elles comportent un élément d'intervention administrative, plus ou moins contraignante, qui empêche le déploiement de ce qui fait le caractère spécifique de la clause, à savoir, son automaticité. Dans de telles conditions, le recours à la clause n'est qu'une fiction: il faut bien reconnaître que le principe du t.n.p.f. se heurte ici à des limites qui lui sont

---

incertitude, au point qu'après une discussion contradictoire, toute allusion au problème fut éliminée de la Résolution. Voir le rapport du Baron Nolde, *Annuaire* 1934, pp. 442-444 et la discussion, *Annuaire* 1936, II, pp. 64-69.

[51] Voir n° 18.

[52] Un grand nombre de clauses de ce genre ont été recueillies par Snyder, pp. 88 et s. et 136 et s. L'auteur conclut que ces procédés nouveaux de restriction « constituent un corps de pratiques commerciales qui se trouve dans une large mesure au-delà du champ d'application des obligations existantes de traitement de la nation la plus favorisée » (p. 222).

inhérentes. La clause convient aux restrictions de caractère fiscal qui laissent intacte la liberté du commerce; elle est inopérante à l'égard de contraintes administratives.

Pour ce type de problème, les conventions commerciales fondées exclusivement sur la clause ne prévoient pas de solution. La répartition des chances commerciales dans le cas de restrictions quantitatives — et la même constatation vaut pour les restrictions monétaires — intéresse la généralité du commerce d'un pays déterminé avec *tous* ses partenaires commerciaux. Nous arrivons ainsi à la conclusion que le problème des restrictions quantitatives au commerce ne peut être abordé convenablement ni sur la base de la c.n.p.f., ni dans un cadre bilatéral.

L'instabilité des droits conférés par la clause

38. L'effet des droits conférés en vertu de la clause reste toujours conditionné, nous l'avons déjà dit, par l'existence de l'avantage conféré à la nation « la plus favorisée ». Le bénéficiaire acquiert cet avantage tel qu'il résulte de l'accord conclu avec le tiers favorisé, c'est-à-dire avec toutes les limites et les incertitudes qui peuvent lui être inhérentes. Il est généralement admis qu'il n'est pas nécessaire que le pays ainsi favorisé fasse effectivement usage du droit qui lui est conféré; mais il reste que l'effet à l'égard du bénéficiaire de la clause ne pourra pas durer plus longtemps que n'existe le droit qui en est l'origine: *cessante causa, cessat effectus*. On a dit avec raison que le bénéficiaire de la clause ne jouit donc pas d'un droit autonome, mais seulement d'un « droit-réflexe »; sa situation reste ainsi, à tous les égards, précaire [53].

La doctrine qui précède a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 27 août 1952 relatif à l'*affaire des ressor-*

[53] Snyder, pp. 36 et s. et p. 42.

tissants des Etats-Unis au Maroc. La Cour constate qu'en l'occurrence la c.n.p.f. invoquée par les Etats-Unis n'avait d'autre but que « de maintenir de tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés ». En conséquence, elle refuse d'admettre la création, dans le chef des Etats-Unis, d'un droit autonome en vertu de la clause. Dès lors, la disparition des conventions à laquelle la clause faisait allusion entraîne la disparition des avantages revendiqués par les Etats-Unis [54].

Nous verrons comment, sur ce point aussi, la multilatéralisation de la clause dans le système de l'Accord général a permis de donner une plus grande stabilité aux effets de la clause.

La clause et le régime de la concurrence internationale

39. En parlant ici de concurrence nous n'envisageons pas les règles applicables aux entreprises privées (problème des « ententes économiques » et des « monopoles »); puisqu'il s'agit dans ce contexte d'un problème ayant trait aux rapports interétatiques, notre attention se concentre exclusivement sur l'intervention *des Etats* dans le jeu de la concurrence internationale.

Les instruments utilisés par les Etats en vue de procurer à leurs entreprises des avantages concurrentiels dans le commerce international sont divers et parfois fort subtils. Il faut mentionner, sous ce rapport: les subventions ou aides publiques à l'exportation, les dégrèvements fiscaux ou les restitutions de taxes fiscales à l'exportation, enfin, les atteintes à la concurrence par l'intermédiaire de monopoles publics. De telles interventions, par le fait qu'elles peuvent fausser les conditions d'une concurrence normale, appellent des mesures de défense de la part des autres Etats, notamment sous la forme du prélèvement de droits compensateurs. Ce problème a été largement discuté surtout sous l'angle de vue des mesures de défense contre les *subventions* et les *pratiques de dumping*.

[54] *Recueil des arrêts*, 1952, pp. 190-192; Rossillion, pp. 92-106.

Or, un problème surgit ici en ce qui concerne l'application de la c.n.p.f.: un Etat lié par la clause peut-il utiliser de tels moyens de combat contre tel ou tel Etat individuel, donc rompre à son égard l'égalité de traitement? Là, comme à propos des restrictions quantitatives, on a commencé par s'interroger sur la compatibilité de ces mesures de défense avec le principe de l'égalité de traitement consacré par la clause. Certains auteurs ont cru pouvoir les déclarer contraires à l'égalité de traitement [55] — et l'Institut de Droit international, dans le § 8 de sa Résolution de 1936, a suivi la même opinion —, alors que d'autres ont estimé que le prélèvement de droits compensateurs tendait précisément à rétablir l'égalité rompue par les interventions artificielles de l'Etat [56].

Cette discussion sur la compatibilité avec la clause nous paraît vaine étant donné que, tout comme nous l'avons déjà vu à propos des restrictions quantitatives, il s'agit ici d'un problème qui se situe entièrement en dehors du champ d'application de la c.n.p.f. Un principe différent de celui de l'égalité de traitement entre ici en jeu, à savoir le principe d'une *concurrence loyale* dans le cadre des rapports économiques internationaux. Ce n'est pas à la règle purement formelle d'égalité, telle qu'elle est consacrée par la clause, qu'il faut demander une solution de cette question extrêmement complexe. Nous verrons plus loin que c'est précisément sur la base d'une différenciation entre

---

[55] C'est en ce sens que se prononcent: Nolde, dans son cours sur la c.n.p.f., pp. 63-69 et Snyder, à la suite d'un exposé approfondi de la pratique conventionnelle, pp. 118-130.

[56] Ito, pp. 354-392, arrive à la conclusion que l'imposition des droits additionnels ne constitue qu'un « acte de défense légitime » à l'égard d'un « acte d'offensive économique, voire d'un acte de concurrence déloyale » (p. 392). Dans le même sens, Hawkins, pp. 138 et s. — Pour une présentation moderne du problème, voir dans le livre de Patterson le chapitre VI: *Discrimination as a Tool for Protection*, pp. 271 et s., dans lequel l'auteur évoque avant tout le cas de la politique suivie à l'égard du Japon.

les principes généraux applicables au commerce international que le problème a été abordé et résolu dans le cadre de l'Accord général.

40. Une autre forme, plus récente, de mesures d'intervention dans la concurrence internationale peut donner lieu à des questions en ce qui concerne l'application de la c.n.p.f.: il s'agit des *prélèvements variables*, tels qu'ils sont perçus sur la base des règlements agricoles de la Communauté économique européenne. A la différence des droits de douane, qui sont fixés uniformément en raison soit de la valeur, soit de la quantité des marchandises, ces prélèvements sont fonction du prix intérieur (« prix de seuil ») et calculés de manière à combler l'écart entre le prix d'importation et le prix de référence fixé selon les besoins du marché intérieur [57]. Or, l'application de ces prélèvements peut soulever un doute en rapport avec la clause: leur caractère variable est-il compatible avec l'obligation de non-discrimination inhérente à la clause? Tel est bien le cas, étant donné que les prélèvements sont fixés d'une manière uniforme en fonction d'un seul prix de référence; dans ces conditions, l'obligation de l'égalité de traitement entre les bénéficiaires de la clause n'est d'aucune manière enfreinte.

La clause et le régime des dérogations

41. Depuis que la clause est appliquée dans les relations commerciales internationales, on a ressenti le besoin d'apporter certaines restrictions à son champ d'application. Ce que nous avons en vue dans ce contexte, ce ne sont pas les possibilités de contrôle et de prohibition que les Etats se sont réservées dans

[57] 6e Rapport général de la Commission de la C.E.E., 1963, n° 268. — Cour de Justice des Communautés européennes, arrêt du 13 décembre 1967, aff. 17-67, Neumann, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, XIII, p. 589.

l'intérêt de la sécurité publique, de la moralité et de l'hygiène publique; il s'agit là de dérogations non pas à l'égalité de traitement, mais à la liberté du commerce, dues à des considérations extra-commerciales. Ce que nous voulons envisager ici, ce sont les restrictions apportées à la clause, comprise comme règle de non-discrimination.

Depuis longtemps, les Etats ont coutume d'insérer dans leurs accords commerciaux des dérogations à la clause afin de réserver les faveurs accordées à certains Etats qui leur sont unis par des liens particuliers de caractère économique ou politique. Ces restrictions peuvent couvrir des régimes soit de franchise totale, soit de simple préférence.

> Parmi les régimes de franchise totale il faut mentionner les *unions douanières* et, à une époque aujourd'hui révolue, les rapports particuliers existant entre les métropoles et leurs *colonies*.
>
> Quant aux *régimes préférentiels*, il s'agit d'un ensemble bigarré: clauses de voisinage, clauses régionales, clauses impériales . . .
>
> A ces clauses en quelque sorte classiques, il faut en ajouter d'autres, plus récentes, que nous avons déjà rencontrées ci-dessus: la catégorie des « conventions plurilatérales » développée à l'époque de la S.d.N., celle des « zones de libre-échange », enfin, d'autres formes d'intégration économique moins bien définies [58].

Ce n'est pas ici l'endroit d'aborder ce problème au fond: ce sera l'objet de la dernière partie de ce rapport. Ce qu'on voudrait montrer ici, c'est simplement le fait que la question des dérogations en faveur de liens particuliers d'ordre économique ou politique s'est posée tout au long de l'histoire de la clause. Les problèmes ainsi soulevés ont été tranchés positive-

---

[58] Snyder a relevé une grande variété de clauses relatives au trafic frontalier, aux unions douanières, aux conventions plurilatérales, aux relations avec les colonies et autres possessions, aux « relations particulières » avec certaines nations (pp. 155 et s.); on trouvera d'autre part un catalogue très complet des exceptions, tant coutumières que conventionnelles, à la clause, dans l'ouvrage de Knapp, pp. 309 et s.

ment dans la mesure où les Parties aux conventions commerciales ont pris soin d'insérer des exceptions expresses dans leurs accords. Mais ceci ne résout pas toutes les questions.

42. Une première question est de savoir s'il n'existe pas certaines dérogations à la clause qui s'appliquent de plein droit, même en l'absence d'une stipulation expresse à cet effet. Ainsi, il est généralement admis que la coutume internationale admet une telle dérogation en faveur des unions douanières et du trafic frontalier. Mais ce sont à peu près les seules certitudes que l'on possède.

En effet, l'existence de cette coutume est loin d'épuiser le problème et c'est là que nous touchons à une faiblesse considérable de la clause sous sa forme traditionnelle. Car la clause, ou, plus exactement, le régime des accords bilatéraux qui servent de cadre à la clause, ne permet pas de résoudre les difficultés suscitées par les *formes nouvelles* de coopération économique qui ne tombent pas sous les dérogations d'ores et déjà consacrées par la coutume ou reconnues par les clauses de style dans les conventions commerciales. Pour cette raison, la clause était devenue un frein au développement de nouvelles formes de rapports économiques internationaux. Ainsi, à l'époque de la S.d.N., certains Etats ont réussi, en invoquant la c.n.p.f., à bloquer le développement vers certaines formes de coopération économique à l'échelle soit plurilatérale, soit régionale; des possibilités de développement ont ainsi été perdues [59].

43. Pour le surplus, des difficultés peuvent surgir lorsqu'une entreprise concrète de coopération économique internationale ne réalise pas d'une manière pure et indubitable le type de l'une des formes de coopération admises comme cas de dérogation par les conventions commerciales ou par la coutume. Des

[59] Voir ci-dessous, n° 121.

incertitudes et même des *différends* peuvent ici s'installer sans que le système des conventions bilatérales offre le moyen de vider ces divergences[60]. On peut penser que des incertitudes de ce genre ont joué un rôle dans la détermination de l'attitude négative adoptée par les pays de l'Est, au nom de la clause, à l'égard des entreprises d'intégration économique en Europe occidentale.

Une fois de plus, nous voyons donc — et l'étude du GATT confirmera cette opinion — qu'il est indispensable de pouvoir disposer d'un « forum » multilatéral qui permette d'examiner les cas de dérogation, spécialement les cas nouveaux et les cas douteux, et qui ait le pouvoir de statuer à ce sujet avec effet pour tous les Etats bénéficiaires de la clause.

---

[60] Voir toutefois dans Snyder, pp. 44 et s., le relevé des clauses relatives au règlement des litiges dans les conventions commerciales comportant la c.n.p.f.

DEUXIÈME PARTIE

LA C.N.P.F. DANS LE CONTEXTE MULTILATÉRAL

44. Dans la première partie de ce rapport on a montré que la clause, telle qu'elle a été pratiquée longtemps dans les conventions commerciales, constitue une tentative d'adapter aux besoins du commerce international — qui aspire par nature au multilatéralisme — les procédés bilatéraux qui caractérisaient les rapports économiques internationaux jusqu'à la veille de la seconde guerre mondiale. Il est apparu que la clause ne peut remplir ce rôle que bien imparfaitement. Dans la présente partie il s'agira de montrer comment la c.n.p.f. a été utilisée et, par là, transformée dans des cadres authentiquement multilatéraux.

Cette partie aura une structure très inégale étant donné que le problème se concentre presque entièrement autour d'un seul traité international, à savoir l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947, dont nous avons rappelé ci-dessus les antécédents. En dehors de l'Accord général, il n'a pas été possible de repérer des utilisations très significatives de la clause dans d'autres systèmes multilatéraux.

§ 1. — La c.n.p.f. dans le cadre de l'Accord général

45. Il n'est pas notre mission d'expliquer d'une façon générale les fonctions, les règles et les activités du GATT: il s'agira simplement de montrer quel est le rôle joué par la c.n.p.f. dans le système de l'Accord général, ce qui n'est qu'un aspect limité d'un ensemble beaucoup plus complexe. Nonobstant, cet exposé

nous conduira au cœur même des problèmes qui relèvent des fonctions du GATT, étant donné que le principe du t.n.p.f. est la base fondamentale du système de l'Accord général.

Le système de l'Accord général s'inspire de trois idées profondes qui s'enchaînent: la libération du commerce international par l'élimination ou la réduction des obstacles aux échanges; la généralisation du bénéfice de ces mesures, par l'application du principe de non-discrimination, dont la c.n.p.f. est l'expression la plus fondamentale; enfin, la stabilisation du résultat ainsi obtenu.

Les principes du GATT

46. L'article 17, § 1 de la Charte de La Havane prévoyait que « chaque Etat membre, à la demande d'un ou de plusieurs autres Etats membres, et suivant la procédure établie par l'organisation, entreprendra et mènera à terme avec cet Etat membre ou ces Etats membres des négociations qui tendront à la réduction substantielle du niveau général de chaque tarif douanier... sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels ». Bien que cette disposition n'ait pas été reprise en toutes lettres dans l'Accord général — on n'en trouve qu'un reflet au préambule (« ... la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres entraves aux échanges... ») et une expression atténuée à l'article XXVIII *bis*, § 1 — toute la pratique du GATT démontre que la *réduction des barrières douanières* constitue l'objectif fondamental poursuivi par les Parties.

Ainsi, l'Accord général aura éliminé radicalement l'un des obstacles majeurs au plein développement des effets de la clause, à savoir l'existence de tarifs purement autonomes ou « non-négociables ». Par le fait de participer au GATT, un Etat accepte de soumettre à négociation son tarif douanier et, en dehors de celui-ci, l'ensemble de ses défenses commerciales. Pour les

nouveaux adhérents l'application de ce principe entraîne l'obligation de payer un « droit d'entrée » sous forme de concessions qui forment la contrepartie des avantages qu'ils retirent de l'application, à leur égard, par l'effet de la c.n.p.f., de toutes les concessions tarifaires antérieurement négociées entre les Parties contractantes.

47. Tous les avantages accordés par une Partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, aux termes de l'article premier, § 1, « immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres Parties contractantes ». C'est cette *clause de la nation la plus favorisée*, inspirée de la clause-modèle rédigée par la S.d.N. ainsi que nous l'avons déjà signalé, qui forme la base de l'Accord général [61]. Elle assure automatiquement à toutes les Parties contractantes le bénéfice de toutes les concessions convenues entre Parties contractantes, sans contrepartie autre que celle qui consiste dans l'équilibre général des concessions tel qu'il résulte des négociations tarifaires.

Pour le surplus, en raison de la généralité même de la clause de l'article premier, qui forme l'*a-priori* de toute négociation commerciale entre les Parties, il devient impossible aux Etats qui ont adhéré au GATT de placer leurs relations économiques en dehors de l'empire de la clause. Ils ont donc, en adhérant au

[61] Sur l'importance et le rôle de cette disposition, voir Curzon, pp. 62 et s. — Zinser, pp. 102-104, établit une comparaison intéressante entre l'article I de l'Accord général et la c.n.p.f. traditionnelle, en faisant ressortir à la fois les avantages et les limites de la nouvelle rédaction. — Voir, sur la même question, l'exposé de Schiavone, pp. 87 et s. et, plus particulièrement, les remarques du même auteur sur le caractère multilatéral de la clause dans le système du GATT, pp. 90 et 109, ainsi que le relevé, aux pp. 91 et s., de quelques applications accessoires du t.n.p.f. dans le système du GATT.

GATT, renoncé à l'option, qui était ouverte sous le système des conventions bilatérales, entre la conclusion d'accords comportant la c.n.p.f., d'accords ne comportant pas cette clause, ou d'accords comportant des expressions atténuées de celle-ci. De ce fait, l'Accord général a fait table rase des complications et des subtilités que l'on avait vu foisonner dans les conventions commerciales de l'entre-deux-guerres à l'effet, précisément, de limiter le jeu de la clause.

48. Le résultat obtenu par l'effet de la clause, codifié en vertu de l'article II, auquel nous reviendrons ci-dessous [62], est *consolidé* par des engagements pris pour des périodes déterminées dont la durée est en principe de trois ans (art. XXVIII, § 1). A l'issue d'une telle période les concessions peuvent être retirées mais, aux termes du § 2 de l'article cité en dernier lieu, les Parties contractantes « s'efforceront de maintenir les concessions octroyées sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels à un niveau non moins favorable que celui qui résultait du présent Accord avant les négociations ». En d'autres termes, tout retrait de concession doit donner lieu à des compensations de telle manière que subsiste le niveau général de libération précédemment atteint. Des retraits de concessions au cours d'une période de consolidation ne sont possibles que dans des circonstances exceptionnelles, définies par l'article XXVIII, § 4 et la clause de sauvegarde de l'article XIX; le retrait donne lieu à des consultations et il ne peut se faire que de l'accord des « parties principalement intéressées ». De cette façon, le GATT a introduit dans les relations économiques internationales un élément de stabilité qui pare aux incertitudes inhérentes à la clause bilatérale [63].

---

[62] Voir n° 52.

[63] Sur l'effet de stabilisation du multilatéralisme dans le GATT, voir: Patterson, p. 18 (... « *for a member to back out of its non-discriminatory*

Toutefois, il n'est pas possible de comprendre la pleine portée des principes que nous venons d'énoncer sans envisager le mécanisme des négociations tarifaires.

Le mécanisme de négociation du GATT

49. La conception originaire du GATT était encore celle du bilatéralisme, du moins comme point de départ: les négociations tarifaires s'engagent de pays à pays et le résultat est généralisé par le jeu de la c.n.p.f. Dans cet esprit, le préambule prévoit la « conclusion d'accords » entre Parties; l'article Ier, § 1 parle des avantages accordés par « une partie contractante » à « tout autre pays ». Mais à tous les stades de la négociation nous voyons intervenir des facteurs de multilatéralisme.

La procédure des négociations s'est développée d'une manière toute pragmatique. En effet, les éléments de procédure formulés dans l'article 17 de la Charte de La Havane n'ayant pas été repris dans la version originaire de l'Accord général, les règles de la négociation furent fixées *ad hoc*, sous forme de règlements intérieurs, pour les sessions successives des conférences tarifaires [64], avant d'être fixées par l'article XXVIII *bis*, inséré lors de la revision de 1954-55 [65].

---

obligations would threaten an unraveling of a huge package... »); voir: Curzon, pp. 62 et 108 et s.; Zinser, pp. 95 et s.; Flory, pp. 63 et s.

[64] Conférence de Torquay, 1950, I.B.D.D. I, p. 108 (règlement de la conférence) et 120 (règlement des négociations entre Parties contractantes); conférence de Genève, 1956, I.B.D.D., Suppl. 4, pp. 87 et 90; négociations tarifaires de 1960, dites « Dillon », I.B.D.D., Suppl. 8, pp. 113 et 122; négociations tarifaires de 1964, dites « Kennedy », résolution de la réunion ministérielle de mai 1963, I.B.D.D., Suppl. 12, p. 48.

[65] Sur la procédure de négociation voir l'analyse approfondie de Seyid Muhammad, pp. 98 et s.; Zinser, pp. 127 et s.; Flory, pp. 60 et s. et p. 207. — Curzon, pp. 76 et s., a bien caractérisé les avantages des éléments de multilatéralisme inhérents à la méthode de négociations du GATT.

50. Au cours de la *période antérieure* à la « négociation Kennedy », la méthode du GATT s'inspirait des procédés éprouvés dans la préparation des accords commerciaux. Les réductions tarifaires étaient négociées, comme on a coutume de dire, « pays par pays, produit par produit », suivant un principe d'équilibre des concessions, c'est-à-dire sur la base de la réciprocité [66]. Une certaine concentration de la négociation intervient déjà à ce stade par l'effet de la règle du « principal fournisseur », étant entendu, pour le surplus, que toute partie contractante qui, sans être le principal fournisseur d'un autre pays, possède un « intérêt substantiel », a le droit de participer à la négociation. Ce procédé conduit à la formation d'un nombre élevé de « groupes » de négociation suivant des combinaisons extrêmement variables, bilatérales ou plurilatérales.

L'application de ces critères a pour effet de *polariser les négociations* en conformité des grands courants d'échanges et de faire porter ainsi le principe de l'équilibre des concessions sur les relations commerciales les plus importantes et les plus représentatives. Sans atteindre à une négociation proprement multilatérale, cette méthode assure cependant la participation des principaux intéressés à chaque phase des travaux. De ce fait, chaque négociation aboutit à un résultat équilibré portant directement sur l'essentiel des échanges internationaux; l'extension, par le jeu de la clause, pourra se faire d'autant plus facilement, sans entraîner les répercussions imprévisibles qui sont le propre de la clause bilatérale. C'est de cette manière que le GATT a réussi à concilier les exigences de l'égalité de traitement avec celles de la réciprocité matérielle [67].

---

[66] Règlement de la Conférence de Torquay, § 3 (avec renvoi à l'art. 17 de la Charte de La Havane); Accord général, art. XXVIII *bis*, § 2.

[67] Ce point est mis en évidence par Zinser, p. 90, et Virally, p. 84.

51. A ce point intervient un autre facteur de multilatéralisation, c'est la *simultanéité* des négociations. En effet, bien que ceci ne soit pas exigé formellement par l'Accord général, l'usage s'est installé de concentrer les négociations tarifaires dans le cadre de sessions successives, consacrées chaque fois par un arrangement global [68].

Les offres de concession, autant que les résultats des négociations menées sur ces offres, sont communiqués à toutes les Parties contractantes par l'intermédiaire du secrétariat international, de manière que les Parties restent pleinement informées du cours de toutes les négociations engagées. Ainsi, chaque pays peut fixer sa stratégie en considération de l'ensemble et intervenir sur les points précis où ses intérêts lui paraissent être touchés. Grâce à cet aménagement très simple — unité de lieu, unité de date et information mutuelle — sont éliminées les complications qui résultaient du système bilatéral par la dispersion dans l'espace et dans le temps et par l'effet du secret dont les négociations se trouvaient entourées.

52. Une fois que les négociations sont terminées, leur résultat est codifié en vertu de l'article II sous forme de *listes de concessions*. Ces listes forment partie intégrante de l'Accord général lui-même et c'est à ces listes, et non pas aux accords bilatéraux qui ont permis d'y parvenir, que s'applique le principe du t.n.p.f. En d'autres termes, ce qui est généralisé en vertu de la clause ce ne sont pas, formellement, des accords bilatéraux ou des accords conclus entre groupes restreints de pays, mais ce sont bien des dispositions figurant dans un instrument multilatéral [69].

---

[68] Flory, pp. 207 et s.

[69] Les commentateurs ont quelque mal à expliquer le rôle de la clause dans l'art. II en rapport avec la disposition générale de l'art. Ier. Voir à ce sujet le commentaire de Curzon, p. 64.

Il faut ajouter cependant que le caractère bilatéral des concessions réapparaît, soit à l'expiration de la période de consolidation (art. XXVIII, § 1), soit dans des circonstances spéciales (*ibid.*, § 4). Dans un tel cas, la négociation est engagée de nouveau avec la Partie contractante avec laquelle la concession avait été négociée primitivement et, éventuellement, toute autre Partie dont l'intérêt comme principal fournisseur aurait été entre-temps reconnu. En d'autres termes, les avantages acquis par les bénéficiaires de la clause restent quand même subordonnés aux dispositions à convenir entre les Parties plus directement intéressées. Leurs droits ne sont pas devenus pleinement autonomes.

53. Lorsque l'on envisage ce mécanisme dans son ensemble, on doit constater que le rôle de la c.n.p.f., qui formait jadis le fondement des accords commerciaux, est devenu en quelque sorte *marginal*. En effet, le système du GATT est conçu de telle manière — et cela n'était possible que dans un régime multilatéral — que les négociations commerciales portent sur les courants d'échanges d'importance majeure. Pratiquement, les tractations se concentrent de ce fait dans une large mesure entre les mains des « grandes puissances » économiques, à savoir les Etats-Unis d'Amérique, la Communauté économique européenne, la Grande-Bretagne, le Japon... Ces négociations se font sur la base du principe d'équilibre et de réciprocité. Ce n'est qu'ensuite, une fois que les transactions essentielles ont été conclues entre les parties principalement intéressées, que la clause intervient pour généraliser le résultat des négociations et pour l'étendre aux courants commerciaux de moindre importance.

Il est permis de penser que, dans ces conditions, les véritables bénéficiaires de la clause sont avant tout les pays économiquement moins importants, les intérêts des grandes

puissances économiques étant réglés par voie de négociation directe [70].

Multilatéralisation progressive
de la méthode de négociation

54. La méthode de négociation que nous venons de décrire a été celle qui s'appliquait au cours des premières sessions du GATT, y compris la négociation « Dillon ». Au cours de la session la plus récente, la négociation « Kennedy », on a appliqué une méthode plus nettement multilatérale. Ceci est conforme aux prévisions de l'article XXVIII *bis* qui, après avoir rappelé la procédure traditionnelle, dispose que les négociations peuvent aussi « se fonder sur les procédures multilatérales acceptées par les parties contractantes en cause » (§ 2, *a*).

Cette méthode, dont le principe avait déjà été préconisé antérieurement par le Gouvernment français [71], est celle des *réductions linéaires*, c'est-à-dire l'application d'un pourcentage uniforme de réduction à tous les droits de douane. Les règles fondamentales de cette négociation ont été définies en ces termes par la Conférence ministérielle du 21 mai 1963:

> Les négociations commerciales auront un caractère général et elles seront fondées sur le traitement de la nation la plus favorisée et sur le principe de réciprocité.
>
> Les négociations porteront sur toutes les catégories de marchandises et sur tous les obstacles, tarifaires et non tarifaires.
>
> Etant donné les résultats limités des négociations produit par produit, les négociations « devront se fonder sur un plan de réductions tarifaires

[70] Sur l'intérêt des petits pays, voir l'observation pertinente de Zinser, p. 158. — Curzon, pp. 69 et 102-103, attire l'attention sur le danger que fait courir au système du GATT une polarisation excessive des négociations entre les Etats-Unis d'Amérique et la Communauté économique européenne.

[71] Flory, p. 210.

linéaires substantielles avec des exceptions limitées qui feront l'objet d'une confrontation et justification ». Les réductions linéaires seront égales, sauf la fixation de règles spéciales en cas de disparités sensibles entre les niveaux des tarifs [72].

55. Le principe de la réduction linéaire étant adopté comme base et comme point de départ, la négociation s'est engagée cette fois-ci non pas sur tous les produits, mais seulement sur les *exceptions* au principe. C'est à propos de ces exceptions que l'ancienne procédure de négociation a repris ses droits et que se sont organisées des négociations soit bilatérales, soit entre groupes restreints de pays, suivant l'intérêt prépondérant qui était engagé pour les différents produits en cause. C'est donc dans le choix des exceptions et dans les négociations menées sur elles que s'est réaffirmé, d'une manière limitée, le bilatéralisme foncier des rapports établis au sein du GATT.

Il semble bien que cette composante bilatérale doive subsister d'une manière permanente au fond de la structure, par ailleurs, multilatérale du GATT. En effet, la répartition très inégale des richesses entre les nations du monde autant que les disparités du développement économique des pays feront que les intérêts resteront toujours répartis d'une manière très inégale entre les Parties contractantes. Pour cette raison, on ne pourra sans doute jamais aboutir à un multilatéralisme parfait; dans cette mesure-là, il restera donc toujours un domaine d'application pour la clause de la nation la plus favorisée.

Délimitation du champ d'application de la clause

56. L'Accord général — tirant la conclusion des travaux de la S.d.N. — a assigné à la c.n.p.f. un champ d'application plus précis et mieux approprié, grâce à une diversification des règles

[72] I.B.D.D., Suppl. 12, p. 48. — Flory, pp. 212 et s.; Rehm, pp. 409 et s.

matérielles relatives au commerce international beaucoup plus poussée que ceci ne pouvait être le cas dans les anciennes conventions commerciales. Ces dernières se réduisaient en effet bien souvent à l'énoncé pur et simple du principe du t.n.p.f., de manière que l'on devait s'interroger sur la question de savoir si la clause s'applique, ou non, à tel ou tel procédé de protection, tarifaire ou extra-tarifaire.

L'Accord général a éliminé ces incertitudes par le fait qu'il a restreint le champ d'application de la clause au domaine qui est, par nature, le sien, à savoir le domaine des droits de douane et des taxes d'effet équivalent, en y comprenant d'ailleurs l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations. Par contre, ce sont des principes distincts du t.n.p.f. qui s'appliquent à d'autres catégories d'obstacles au commerce international.

57. Les *restrictions quantitatives* sont soumises par l'Accord général à un régime de prohibition. En d'autres termes, l'Accord s'inspire de cette idée fondamentale que le commerce international ne peut être réglé que par le moyen des droits de douane — soumis, ainsi que nous l'avons vu, à un processus de réduction — et non pas par celui des restrictions quantitatives (art. XI, § 1) [73].

Les restrictions quantitatives ne restent admissibles, à titre exceptionnel, que dans la mesure où elles sont nécessaires en vue de sauvegarder l'équilibre de la balance des paiements d'un pays (art. XII) [74]. Ainsi, l'Accord général a assigné leur véritable fonction aux restrictions quantitatives: leur but n'est pas

---

[73] Voir dans Curzon, pp. 127 et s., un exposé approfondi des antécédents et des données actuelles du problème.

[74] L'Accord général admet en outre des exceptions plus spécifiques, en faveur de l'agriculture (art. XI, § 2, c) et du développement économique (art. XVIII, section B, § 9).

de protéger la production nationale, moins encore de protéger des branches déterminées de celle-ci, mais bien de restreindre le volume global des importations dans une situation de déséquilibre de la balance des paiements. En ce qui concerne la constatation d'un tel déséquilibre, le GATT reconnaît d'ailleurs la compétence du Fonds Monétaire International (art. XV, § 2)[75].

Dans la mesure où un pays doit prendre recours à des restrictions quantitatives, il doit les appliquer de manière non-discriminatoire (art. XIII). L'Accord général reconnaît par là, implicitement, l'impossibilité d'étendre le mécanisme de la c.n.p.f. à cette forme particulière de contrôle; il y substitue un autre critère mieux adapté à la nature intrinsèque des restrictions quantitatives, à savoir une répartition du commerce des différents produits « se rapprochant dans toute la mesure du possible de celle que, en l'absence de ces restrictions, les diverses parties contractantes seraient en droit d'attendre » (§ 2). La répartition des contingents donne lieu à consultation avec les Parties contractantes ayant un intérêt substantiel à la fourniture des divers produits et, comme *ultima ratio*, l'Accord général prévoit la répartition de « parts proportionnelles », déterminées conformément à une période de référence antérieure (§ 2, *d*).

58. En ce qui concerne l'application des *impositions intérieures*, l'article III de l'Accord général prévoit le principe du traitement national, c'est-à-dire l'application non-discriminatoire de cette fiscalité à la production interne et aux importations pareillement. Ainsi que nous l'avons déjà exposé ci-dessus[76], ce qui est soumis au processus de réduction et au principe du

---

[75] A son tour, l'Accord relatif au F.M.I. prohibe dans son art. 8, section 3 les discriminations de caractère monétaire dans les transactions internationales. — Cf. van Essen, p. 399.

[76] Voir n° 25.

t.n.p.f. en vertu des articles I et II, c'est la fiscalité protectrice, concrètement les droits de douane et les taxes d'effet équivalent. Ceci étant présupposé, l'application du principe du traitement national empêche les Etats d'utiliser la fiscalité intérieure à des fins de protection et les met ainsi dans l'impossibilité de réduire ou d'annuler, par ce moyen détourné, les concessions tarifaires qu'ils auront faites. Une distinction nette est ainsi établie entre la fiscalité protectrice et discriminatoire, soumise à des réductions étendues à tous par l'effet du principe du t.n.p.f., et la fiscalité intérieure, soumise au principe du traitement national.

59. Enfin, l'Accord général a disposé clairement que la c.n.p.f. ne porte pas préjudice à la possibilité, pour les Parties, d'appliquer des *droits antidumping ou compensateurs* (art. II, § 2 *b*, VI et XVI). L'article VI circonscrit d'une manière plus précise dans quelles conditions de tels droits peuvent être institués, mais il aura fallu attendre la conclusion de la négociation « Kennedy » pour aboutir à un « code antidumping » permettant d'appliquer en pratique des dispositions de l'Accord général [77]. Les anciennes controverses sur la compatibilité, avec la clause, de ces mesures de défense commerciale, sont ainsi définitivement vidées [78].

Clauses échappatoires et règlement des litiges

60. Enfin, un dernier grand progrès a été réalisé par l'Accord général grâce à un ensemble de développements intimement liés à la création d'un système institutionnel de caractère multilatéral, inconcevables donc dans un système d'accords commer-

---

[77] I.B.D.D., Suppl. 15, pp. 25 et s.; Curzon, pp. 119 et s.; Flory, pp. 36 et s.; Rehm, pp. 427 et s. et spécialement p. 431.

[78] Ainsi se trouve désavoué le § 8 de la Résolution votée par l'Institut en 1936; voir la discussion à l'*Annuaire* de 1934, pp. 455-460.

ciaux bilatéraux. Ce mécanisme institutionnel peut servir et sert effectivement non seulement à garantir la bonne application de la clause, mais encore à régler les difficultés que peut soulever sa mise en œuvre.

Ainsi que nous l'avons rappelé ci-dessus, l'Accord général était conçu originairement comme un engagement purement contractuel, appliqué provisoirement en attendant la mise en place de l'Organisation internationale du commerce. Or, à partir du moment où il apparut que cette organisation ne pourrait pas devenir une réalité, le GATT s'est institutionnalisé d'une manière progressive. La Conférence des Parties contractantes est devenue une institution permanente, dotée de certains pouvoirs de décision, statuant par des votes à la majorité (art. XXV, § 4; dans les cas décisifs, il s'agit d'une majorité qualifiée) et jouissant du concours d'un secrétariat international. Cet organisme relativement peu différencié accomplit des fonctions à la fois politiques, administratives et quasi-juridictionnelles. C'est en tenant compte de l'existence de ce mécanisme institutionnel qu'il faut comprendre les remarques qui suivent.

61. L'Accord général prévoit, dans de nombreuses dispositions, des *consultations* entre les représentants des Parties contractantes. Ces consultations peuvent déboucher, s'il y a lieu, sur une « action collective » des Parties en vue d'assurer l'exécution des dispositions de l'Accord général (art. XXV, § 1). Voilà donc institué un pouvoir de décision international.

62. L'article XXV, § 5 permet aux Parties contractantes, par un vote à la majorité qualifiée, de relever, dans des « circonstances exceptionnelles », une Partie contractante d'une des obligations qui lui sont imposées par l'Accord général. C'est la procédure, utilisée dans des circonstances très variées, des *dérogations* ou « *waiver* ». Grâce à cette procédure, il a été possible, entre autres, dans certaines circonstances, de relever

des Parties contractantes d'obligations qui leur incomberaient en vertu de la c.n.p.f. Régulièrement, ces dérogations ne sont accordées que sous réserve d'un contrôle annuel, exercé par les Parties contractantes [79].

Il faut ajouter toutefois qu'une bonne partie des cas de dérogation concerne les obligations de libération contractées par les Parties et non pas l'obligation de non-discrimination stipulée par l'article premier. Quant aux cas de dérogation au principe du t.n.p.f., il s'agit presque exclusivement de permissions qui rentrent dans le domaine des préférences en faveur du développement [80]. Parmi les cas restants, on mentionnera deux dérogations de grande importance:

> La dérogation du 10 novembre 1952 en faveur de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, rendue nécessaire en raison du fait que la Communauté, comme régime d'intégration partielle, ne remplit pas les conditions posées par l'article XXIV relatif aux unions douanières et zones de libre-échange [81].
>
> La dérogation du 20 décembre 1965 relative à un accord préférentiel entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada instituant un régime de franchise des droits de douane pour les produits de l'industrie de l'automobile [82].

Flory a attiré avec raison l'attention sur l'utilité de ce qu'il appelle « la technique de l'exception » dans le GATT [83]. Grâce à cette technique — qui n'est concevable que dans un système multilatéral — les Etats peuvent assumer des engagements généraux de grande portée, telles que les obligations résultant

[79] Une liste complète des dérogations figure dans la table cumulative qui fait suite au dernier volume des I.B.D.D. Voir, à ce sujet, Flory, pp. 17 et s. et l'étude systématique de Zimmer, pp. 119 et s.

[80] Voir ci-dessous, n° 98.

[81] I.B.D.D., Suppl. 1, p. 17.

[82] I.B.D.D., Suppl. 14, p. 39.

[83] *Op. cit.*, p. 234.

du t.n.p.f., du traitement national, de la non-discrimination, de la réciprocité, de la consolidation des réductions... puisqu'ils ont l'assurance de pouvoir, dans des situations critiques, recourir à des dérogations. Le problème politique et juridique consiste, dans ce cas, à subordonner l'utilisation de ces échappatoires à des conditions matérielles et procédurales telles qu'il ne puisse pas en résulter d'abus. Dans le GATT, ce contrôle est assuré par trois sortes de dispositifs: l'exigence de circonstances exceptionnelles, la nécessité d'une majorité qualifiée et la perspective de mesures de rétorsion en cas de violation, par une Partie, de ses obligations.

63. Enfin, la pratique institutionnelle du GATT a permis de développer un procédé de *règlement des litiges*. Celui-ci n'a rien de juridictionnel, ni même de juridique: le processus consiste essentiellement dans une procédure de réclamation et de consultation avec, le cas échéant, la constitution de groupes d'experts *(panels)* chargés d'établir les faits en cas de litige et de proposer des solutions transactionnelles. Vu la nature essentiellement économique des différends qui peuvent surgir et compte tenu de la grande souplesse des règles matérielles de l'Accord général qui tiennent de la « directive » et du « standard » beaucoup plus que de la règle juridique proprement dite, cette méthode d'investigation et de conciliation paraît plus appropriée, du moins dans un premier stade des affaires, que la méthode judiciaire ou arbitrale [84].

Conclusions sur le GATT

64. A ce point, il est possible de conclure sur les transformations apportées aux effets de la c.n.p.f. par le système du GATT.

---

[84] Pour le détail, tant de la procédure que des cas concrets d'application, voir Flory, pp. 66 et s. et Steinberger, p. 225.

La clause n'a pas changé de nature, mais son champ d'application s'est sensiblement modifié.

En un sens, la clause a été *renforcée* et son champ d'application étendu par le fait que les relations commerciales entre les Parties contractantes se trouvent soumises impérativement au principe du traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée, sans autres exceptions que celles qui sont, soit prévues par l'Accord, soit décidées par les Parties contractantes.

A d'autres égards cependant les effets de la clause ont été *atténués*: par la « polarisation » des négociations selon les grands courants d'échanges (ce qui ne fait jouer la clause plus que pour les courants marginaux); par l'observation, dans les négociations tarifaires, d'un principe de réciprocité et d'équilibre; par l'élargissement du procédé de négociation proprement multilatéral qui — toutes les Parties contractantes étant appelées à participer simultanément et sur un pied d'égalité — laisse de moins en moins de place pour l'application du mécanisme de la clause.

Enfin, l'Accord général a *écarté* la clause pour certains domaines qui, en raison de leur nature intrinsèque, ne conviennent pas à son application: restrictions quantitatives, impositions intérieures, droits antidumping et compensateurs. Dans ces domaines-là on prend recours à d'autres principes et à des techniques mieux appropriées.

§ 2. — La c.n.p.f. dans les traités d'intégration économique

65. C'est un problème assez curieux que nous abordons maintenant car, en soi, il y a une antinomie entre le principe du t.n.p.f. et le principe de l'intégration économique tel qu'il se concrétise dans la constitution d'unions douanières, d'unions économiques ou de zones de libre-échange. En effet, les régimes

d'intégration sont caractérisés par la libération totale et complète des échanges (c'est-à-dire par une élimination de *tous* les obstacles, portant sur *tous* les échanges économiques), et par l'application généralisée, comme nous l'avons dit ci-dessus, du principe du traitement national. L'optimum de la libération étant atteint à tous les égards, il ne devrait rester logiquement plus de place pour l'application de la clause, car celle-ci suppose toujours le maintien de défenses commerciales, donc la possibilité d'un régime comparativement plus ou moins favorable [85].

Dès lors, là où la clause fait son apparition dans des traités d'intégration économique, elle est un indice sûr du fait que les Etats participants ne sont pas encore allés au bout de la libération mutuelle et qu'ils retiennent entre leurs mains, à tout le moins, la possibilité de favoriser par des dispositions particulières leurs échanges avec un autre Etat partenaire ou même avec un Etat tiers. Le recours à la technique de la clause devient ainsi la caractéristique de régimes qui n'ont pas encore amené les participants à renoncer à leur autonomie commerciale, ni abouti à une libération totale des échanges, de manière à laisser encore une place à l'octroi de préférences.

Lorsqu'on passe en revue sous cet angle de vue les divers systèmes d'intégration économique, on peut faire des constatations assez surprenantes.

Absence de la clause du système de la C.E.E.

66. Le traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne a résolu le problème de la mise en place graduelle d'un marché commun *sans recours aucun à la technique de la c.n.p.f.*, même pendant la période de transition au cours de laquelle l'autonomie des Etats membres était

[85] En ce sens, la remarque pertinente de Vieira, p. 29.

encore restée grande dans les différents domaines. Ceci est dû surtout à la création d'un système institutionnel fonctionnant sur une base multilatérale, de manière qu'il ne reste plus aucune place pour des ententes particulières entre Etats membres dans les matières relevant de la compétence de la Communauté et de ses institutions.

> Les seuls arrangements particuliers entre Parties, reconnus par le traité de Rome, sont ceux qui existent entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, mais cela seulement dans la mesure où la réalisation des unions existant entre lesdits pays est en avance sur la réalisation du marché commun; les trois pays en question ne sont pas obligés d'étendre aux autres partenaires les avantages qu'ils s'accordent sur la base des liens particuliers établis entre eux (art. 233) [86].

Dans quelques cas où, pendant la période transitoire, le traité prévoit pour les Etats membres la possibilité de prendre certaines mesures par voie autonome, il stipule une obligation de non-discrimination (voir p. ex.: l'art. 36, relatif à certaines mesures de protection; l'art. 44, § 1 relatif à la protection agricole au cours de la période de transition; l'art. 45, § 1 relatif aux accords à long terme entre Etats membres en matière agricole). Pour le reste, l'égalité de traitement entre les Etats membres est automatiquement sauvegardée par le fait que les mesures destinées à assurer la mise en œuvre graduelle du marché commun ne peuvent pas être prises autrement que sous la surveillance et, très souvent, à l'intervention des institutions communes. Ceci explique pourquoi la C.E.E. a pu entièrement se passer, même pendant la période transitoire, du principe du t.n.p.f., l'égalité de traitement étant inhérente à la structure même de la Communauté.

---

[86] Par contre, l'allusion de l'article 234 du traité de Rome à la c.n.p.f. n'a pas d'intérêt pour le problème que nous discutons ici, étant donné que cette disposition concerne exclusivement les relations des Etats membres avec les Etats tiers et non leurs relations mutuelles.

Rôle transitoire de la c.n.p.f. dans le Benelux

67. Les mêmes remarques s'appliquent, du moins en principe, au traité du 3 février 1958 instituant l'Union économique Benelux, qui ne contient aucune référence au principe du t.n.p.f. Mais cette constatation n'est pas vraie pour la « convention transitoire » qui fait annexe au traité. On sait que le système du Benelux est conçu de telle manière que certaines parmi les dispositions du traité d'union se trouvent encore inhibées dans leur plein déploiement par les dispositions de la convention transitoire; or, celle-ci, en plusieurs de ses dispositions, a pris recours au mécanisme du t.n.p.f.

> L'article 2 de la convention permet aux Parties de maintenir certaines restrictions à l'égard des ressortissants des autres Parties contractantes en matière d'exercice d'activités économiques et professionnelles indépendantes. Les conditions ainsi imposées, par l'une des Parties, aux ressortissants des autres Parties, ne sauraient toutefois être « plus sévères que celles qu'elle exige des ressortissants de pays tiers ».
>
> Plus explicite est l'article 10 relatif aux entraves à la libre circulation des marchandises (il s'agit des entraves autres que les entraves tarifaires, ces dernières étant depuis 1948 totalement abolies au sein du Benelux). Il y est dit que les Parties « s'accordent dans tous les cas le régime le plus favorable en vigueur à l'égard d'un pays tiers ».
>
> Le même procédé réapparaît dans le chapitre relatif à l'agriculture qui permet le maintien de certaines mesures de protection à l'intérieur de l'union, mais il est prévu que les Parties s'accordent dans tous les cas « le régime le plus favorable en vigueur à l'égard d'un pays tiers » (art. 19, 3; voir encore l'art. 12).

Ainsi, en contraste avec l'image idéale de l'union telle qu'elle est reflétée par le traité, la convention transitoire, qui traduit la réalité des choses et dont les effets ne sont d'ailleurs pas encore entièrement expirés, montre, par le recours à la technique de la c.n.p.f., que l'intégration dans le cadre du Benelux n'a pas encore atteint son point optimum, sinon les Etats membres n'auraient pas été amenés à s'accorder cette garantie mutuelle

de ne pas se traiter plus défavorablement que les pays tiers. On notera, à ce propos, qu'à la différence de la C.E.E., le Benelux ne dispose pas d'une structure supranationale; les possibilités d'actions unilatérales des gouvernements sont d'autant plus grandes, ce qui a fait naître le besoin de recourir au procédé de la c.n.p.f. Tout ceci, d'ailleurs, est dans une large mesure périmé par la réalisation du marché commun des Six.

Recours occasionnel à la c.n.p.f. dans l'A.E.L.E.

68. La convention de Stockholm du 20 novembre 1959 instituant l'Association européenne de libre-échange s'est passée, elle aussi, en principe du moins, de recourir au procédé de la c.n.p.f.

> Certaines dispositions particulières, qui réservent aux Etats membres la possibilité d'une action autonome, sont assorties d'une clause de non-discrimination. Tel est le cas de l'article 4, § 3 qui permet aux Etats membres d'accorder le bénéfice de la convention même à des marchandises qui ne répondent pas pleinement aux critères d'origine fixés par la convention; ceci n'est toutefois possible qu'à condition que le même traitement soit accordé à tous les produits importés du territoire de n'importe lequel des autres Etats membres. Pareillement, l'article 10, § 4 prévoit que l'élimination des restrictions quantitatives entre les Etats membres doit se faire de manière non discriminatoire. Procédé identique à l'article 20, § 2 relatif aux mesures de sauvegarde: celles-ci doivent s'appliquer d'une manière non discriminatoire aux importations de tous les Etats membres.

Par contre, c'est au procédé de la clause que la convention de Stockholm a pris recours dans un cas particulier, celui de l'article 23, qui prévoit la possibilité d'accords en matière agricole conclus entre deux ou plusieurs Etats membres. Le § 3 de cet article prévoit que toutes dispositions relatives aux tarifs douaniers contenus dans de tels accords « seront appliquées *en faveur* de tous les autres Etats membres ». Cette disposition ne

doit pas surprendre dans le système de l'A.E.L.E., étant donné que, dans une très large mesure, l'agriculture reste exclue du régime de libre-échange.

69. Les cas d'application de la clause mentionnés jusqu'ici ont ceci de commun qu'ils ne se présentent que d'une manière incidente, comme une sorte de « corps étrangers » dans des régimes d'intégration assez parfaits. Nous verrons maintenant d'autres cas où la clause occupe une place beaucoup plus importante.

Rôle central de la clause dans l'A.L.A.L.C.

70. La clause occupe une place centrale dans le système du traité de Montevideo du 18 février 1960 instituant l'Association de libre-échange en Amérique latine. Un chapitre particulier, regroupant les articles 18, 19 et 20, lui est en effet consacré [87]. *L'article 18* dispose que « tout avantage, franchise, immunité ou privilège, accordé par une Partie contractante en faveur de produits originaires de tout autre pays ou destinés à celui-ci sera immédiatement et inconditionnellement étendu aux produits similaires originaires ou à destination du territoire des Parties contractantes ». L'article 20 étend l'application du même principe aux capitaux.

Par contre, l'article 19 *excepte* du jeu de la clause les avantages particuliers destinés à faciliter le commerce frontalier soit entre les Parties contractantes, soit entre une Partie contractante et un pays tiers. Une seconde dérogation au jeu de la clause est prévue en faveur des « pays de moindre développement économique relatif » par l'article 32 *a* qui permet aux Parties contractantes plus développées d'accorder à ces pays « des avantages

[87] Sur les antécédents et le rôle de la c.n.p.f. dans le traité de Montevideo, voir Vieira, nos 26 et ss.

qui ne seraient pas étendus aux autres Parties contractantes », afin de stimuler l'installation ou l'extension de certaines activités productives.

71. Somme toute, on voit qu'il s'agit d'une c.n.p.f. dans le sens le plus classique du terme. Comment expliquer la présence de cette clause dans le traité de Montevideo ?

L'explication, c'est que l'A.L.A.L.C., visiblement inspirée par les méthodes intergouvernementales du GATT beaucoup plus que par la méthode institutionnelle de la C.E.E., s'en remet *à des négociations* entre les Etats membres pour la réduction progressive des obstacles au commerce, en vue de la réalisation d'une zone de libre-échange entre les Parties. Ceci résulte notamment de l'article 4 du traité qui prévoit que cet objectif sera atteint « par la voie de négociations périodiques entre les Parties contractantes »; le résultat de ces négociations est consacré par l'établissement, d'une part, de « listes de réductions nationales » et, d'autre part, d'une « liste commune » qui se substituera graduellement aux listes nationales. Les concessions octroyées sur les produits inclus dans la liste commune sont irrévocables, alors que les concessions figurant sur les listes nationales peuvent être retirées à la suite de négociations et moyennant une compensation appropriée (art. 8). Le système de l'A.L.A.L.C. fait ainsi une large part à l'autonomie des Etats et la procédure de négociation est, en conséquence, assez souple, ainsi qu'il résulte du Titre III du protocole N° 1 sur les normes et procédures à suivre dans les négociations, joint au traité de Montevideo, où il est indiqué qu'en dehors des travaux multilatéraux, les Parties peuvent mener des « négociations particulières bilatérales, ou par groupes de pays » (§ 11)[88]. Les conces-

[88] Voir: Rapport de la IIe réunion du groupe préparatoire, Mexico, 16-27 février 1959, *sub* n° 12, Nations Unies, *Multilateral Economic Cooperation in Latin America*, vol. 1, p. 48.

sions auxquelles on arrive dans ces conditions sont étendues par l'effet du principe du t.n.p.f.

Voilà donc la raison d'être de la clause dans le système du traité. Ce que nous venons de dire est d'autant plus vrai que l'appartenance à l'Association de libre-échange laisse intacte la souveraineté des Etats parties en matière de rapports économiques avec les pays non-membres, ce qui explique que la c.n.p.f. de l'article 18 s'étende aux avantages accordés à « tout autre pays » et non seulement à ceux qui seraient accordés à l'un des pays membres.

Cette place prépondérante de la c.n.p.f. dans le système de l'A.L.A.L.C. permet de douter que, du moins pendant la période transitoire, l'Association latino-américaine de libre-échange puisse être considérée comme un véritable système d'intégration: dans l'immédiat, il s'agit bien plutôt d'un régime destiné à faciliter le commerce intra-américain, en d'autres termes, d'un système de préférences mutuelles, l'article 18 ayant pour objet précisément d'assurer l'application non discriminatoire de ces préférences à l'intérieur du groupe.

72. Un problème particulier s'est posé au sein de l'A.L.A.L.C. en ce qui concerne l'application de la clause aux *accords de complémentation* particuliers que l'article 16 permet aux Parties de conclure en matière industrielle. Les avantages concédés dans de tels accords particuliers doivent-ils être étendus aux autres Etats parties en vertu de l'article 18?

Alors que les travaux préparatoires prévoyaient expressément une dérogation à la clause en faveur de tels accords [89], le traité de Montevideo lui-même est muet sur la question. Toutefois, une résolution ultérieure, n° 99 (IV), dispose en son article 21 que les Parties contractantes qui ne participent pas à un accord de complémentation ne peuvent bénéficier des franchises conve-

[89] *Ibid.*, n° 12, *b*.

nues réciproquement par les Parties que moyennant l'octroi d'une compensation adéquate. On voit que la solution choisie ne consiste ni dans l'application pure et simple de la clause, ni dans une dérogation pure et simple à celle-ci, mais dans l'introduction d'une condition nouvelle: les pays non parties à l'accord de complémentation peuvent bénéficier de celui-ci à condition d'accorder une « compensation adéquate ». On est donc revenu, dans ce cas, à l'ancienne forme de la clause conditionnelle [90]. Cette solution est bien conforme à la physionomie générale du traité de Montevideo qui a donné à la réciprocité une place aussi centrale qu'au principe du t.n.p.f [91].

73. Le même problème a resurgi ultérieurement, à propos des « *accords sub-régionaux* », une catégorie qui n'est pas prévue par le traité de Montevideo. Ces accords, admis par des résolutions ultérieures de la Conférence de l'A.L.A.L.C., permettent à des groupes restreints d'Etats membres de l'Association de réaliser, entre eux, des systèmes particuliers d'intégration, en avance sur le développement général de la zone de libre-échange entre toutes les Parties [92]. L'existence de ces accords pose la même question que celle des accords de complémentation: les Etats participants peuvent-ils se réserver les avantages qui en résultent ou doivent-ils en étendre le bénéfice, par le jeu de la clause de l'article 18 du traité de Montevideo, à tous les autres pays membres? Dans sa résolution 222 (VII), du 17 décembre 1967, la Conférence a exempté, purement et simplement, les

[90] Vieira, nos 31 et 32.

[91] Voir ci-dessus, no 30.

[92] E. Cardeñas et F. Peña, Los acuerdos subregionales y el Tratado de Montevideo, *Derecho de la Integracion*, I.N.T.A.L., Buenos Aires, 1968, no 2, pp. 10-19; annexe documentaire, *ibid.*, pp. 161-173. La définition des accords sub-régionaux résulte de la résolution 202 (CM-II/VI-E) du 2 septembre 1967; *l. c.*, p. 161.

avantages stipulés dans de tels accords, de l'obligation découlant de la c.n.p.f.[93] C'est l'application de la même idée qui inspire l'article 233 du traité instituant la C.E.E. dont l'objet est de définir la position de l'Union économique belgo-luxembourgeoise et du Benelux à l'égard de la Communauté des Six.

Disparition de la c.n.p.f. dans le système d'intégration centre-américain

74. Le premier traité d'intégration de l'Amérique centrale, signé à Tégucigalpa le 10 juin 1958 entre le Guatemala, El Salvador, le Honduras, le Nicaragua et Costa Rica [94], a la visée d'instituer une union douanière entre les pays participants; mais, dans l'immédiat, il se limite à l'institution d'un régime partiel de libre-échange. Les produits énumérés dans une liste annexée au traité jouissent d'une franchise totale et sont soumis de ce fait au même traitement que les produits nationaux (art. I et II), alors que les marchandises non comprises dans ladite liste jouissent dans les autres Etats, sans condition ni restriction, du t.n.p.f. (art. III).

75. Dans un traité ultérieur, signé à Managua le 13 décembre 1960 [95], les Parties au traité de Tégucigalpa (à l'exclusion du Costa Rica auquel cependant le droit d'accession est expressément réservé) ont étendu les engagements du traité antérieur par le fait que le libre-échange est appliqué en principe à tous les produits originaires de leurs territoires respectifs (art. III, al. 1); l'alinéa 4 du même article accorde le traitement national à toutes ces marchandises. Seuls certains produits, qui font

[93] *L. c.*, p. 165, septième principe. Le même texte a été publié dans: *International Legal Materials*, VII (1968), pp. 851 et s.

[94] R.T.N.U., 454, p. 47.

[95] R.T.N.U., 455, p. 3.

l'objet d'une annexe au traité, sont exceptés de ce principe de libre-échange; aux termes de l'article IV, le commerce de ces produits est soumis aux mesures et conditions spécifiées dans ladite annexe. Or, celle-ci se compose de six listes (une liste correspondant à chacune des relations bilatérales qui s'établissent entre les quatre Parties) qui indiquent avec précision les droits applicables à chaque produit et les modalités de la libération définitive. Ces modalités ne peuvent être modifiées que par des négociations multilatérales (art. IV, al. 2). Le traité de Managua ne reproduit dès lors plus la c.n.p.f. qui figurait dans le traité de Tégucigalpa, ce qui n'est que logique, puisqu'il ne reste, dans ces conditions, plus aucune place pour des arrangements particuliers entre Parties.

La c.n.p.f. dans les accords d'association de la C.E.E.

76. Une remarque doit être avancée ici en ce qui concerne le caractère juridique des accords d'association conclus par la C.E.E. Malgré la participation de plusieurs Etats à ces conventions, il ne s'agit pas de conventions multilatérales au sens propre du terme, mais de conventions bilatérales. Ceci est vrai même pour l'accord de Yaoundé, du 20 juillet 1960, créant une association entre la Communauté et un groupe d'Etats africains. Bien qu'une pluralité d'Etats participent, de part et d'autre, à cet accord, il ne s'agit pas d'une convention multilatérale, car en réalité, cet accord est conclu entre deux groupes d'Etats, ayant chacun des intérêts propres et divergents; il relève dès lors beaucoup plus du type de la « *convention collective* », telle qu'on la connaît dans le droit social, que de celui de la convention multilatérale qui suppose que les Parties contractantes traitent indépendamment les unes des autres et non pas sous forme de groupes solidaires. Nonobstant cette question de

qualification, les dispositions matérielles des accords d'association sont particulièrement intéressantes pour le problème que nous sommes en train d'examiner.

77. On sait que l'*accord de Yaoundé* [96] a été qualifié comme constituant entre la C.E.E. et les Etats africains un régime de « zone de libre-échange ». Ce régime n'est toutefois pas parfaitement réciproque, étant donné que les Etats associés conservent une assez large liberté en ce qui concerne non seulement le maintien ou l'introduction de mesures de protection à l'égard des importations en provenance de la C.E.E., mais encore la conclusion d'accords économiques particuliers, soit entre eux, soit même avec des pays tiers. Or, chaque fois que l'accord d'association fait référence à une telle possibilité d'action autonome réservée aux Etats associés, on constate que les dispositions sont assorties d'une clause destinée à empêcher que le commerce des pays membres de la Communauté soit traité plus défavorablement que le commerce des autres pays: cet effet est obtenu par l'insertion de clauses stipulant le t.n.p.f.

Tel est l'objet de l'article 7 qui dispose que le régime que les Etats associés appliquent aux produits originaires des Etats membres de la Communauté « ne peut en aucun cas être moins favorable que celui appliqué aux produits originaires de l'Etat tiers le plus favorisé ».

La même idée réapparaît dans une disposition plus particulière, à savoir l'article 4, § 1, concernant la perception, par les Etats associés, de droits à l'exportation sur les produits à destination des Etats membres de la Communauté: ces droits « ne peuvent être supérieurs à ceux appliqués aux produits destinés à l'Etat tiers le plus favorisé ».

Dans le même esprit il est disposé, à l'article 9, que l'accord d'association ne fait pas obstacle au maintien ou à l'établissement d'unions douanières ou de zones de libre-échange entre un ou plusieurs Etats associés et un ou plusieurs pays tiers dans la mesure où ces régimes ne sont pas ou ne se révèlent pas incompatibles avec les principes et les dispositions du régime d'association.

[96] Journal Officiel des Communautés, 1963, p. 294.

Enfin, l'article 30, qui figure dans le titre relatif au droit d'établissement, prévoit que les ressortissants et sociétés des Etats membres de la Communauté jouissent dans les Etats associés du traitement le plus favorable qui pourrait être accordé par ceux-ci aux ressortissants ou sociétés de tout Etat tiers. On notera au passage que cette clause ne comporte pas de réciprocité.

78. Des clauses du même genre se retrouvent dans divers *autres accords d'association*: accord du 9 juillet 1961 avec la Grèce (art. 18, § 6) [97]; accord du 16 juillet 1966 avec le Nigéria (art. 4, § 1; 6, § 2; 7; 15); accord du 16 juillet 1968 avec les Etats de l'Est africain (art. 4, § 1; 6, § 2; 7; 16) [98]. On notera qu'en contraste avec la disposition parallèle de la convention de Yaoundé, l'article cité en dernier lieu, relatif à l'établissement, dans l'accord signé avec les Etats de l'Est africain, comporte une clause de réciprocité.

§ 3. — Conventions multilatérales ne faisant aucune référence à la notion du t.n.p.f.

79. On a passé en revue certaines autres catégories de conventions internationales en vue d'examiner si elles auraient fait usage de la technique de la « nation la plus favorisée » [99]. Cet examen a été négatif pour les catégories mentionnées ci-après. Nous les passons en revue, étant donné qu'elles sont néanmoins en mesure d'éclairer certains aspects de notre problème.

---

[97] *Ibid.*, 1964, p. 1431.

[98] Ces derniers accords n'ont pas encore été publiés officiellement.

[99] Quelques cas d'application plus anciens sont cités par Schwarzenberger, p. 103, note 4. — Un cas récent se trouve dans l'art. 8 de la convention sur la pêche, signée à Londres le 9 mars 1964 (texte: *Rev. gén. de droit int. public*, 1964, p. 1043; D. Vignes, La conférence européenne sur la pêche, A.F.D.I., 1964, pp. 680 et s.).

Conventions multilatérales d'établissement

80. Deux conventions de ce genre ont été élaborées sous l'égide du Conseil de l'Europe: la convention européenne d'établissement, du 13 décembre 1955, et la convention européenne d'établissement des sociétés, du 20 janvier 1966 [100].

Les problèmes réglés par ces deux conventions concernent l'entrée et le séjour des ressortissants respectifs; l'exercice des droits civils; les garanties judiciaires et administratives; l'exercice des activités lucratives; l'exercice de certains droits particuliers, comme l'électorat dans les organismes professionnels et la fonction d'arbitre; l'enseignement scolaire; le régime fiscal, les prestations civiles, l'expropriation et les mesures de nationalisation; enfin, la reconnaissance et la protection des sociétés, ainsi que l'exercice des activités de ces dernières. Or, tous ces problèmes sont résolus par l'application du principe du *traitement national.* Ces conventions ont donc, sur toute la ligne, dépassé le standard du t.n.p.f.

81. La généralisation de ce principe de solution reflète le caractère particulièrement étroit des relations politiques et économiques entre les Etats parties du Conseil de l'Europe, ainsi qu'il est dit dans un alinéa du préambule des deux conventions, libellé comme suit:

> Affirmant que les droits et prérogatives qu'ils accordent mutuellement à leurs ressortissants (à leurs sociétés et autres organismes) sont concédés uniquement en raison de l'étroite association qui unit, de par le statut, les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Cette motivation est particulièrement importante par le fait qu'elle traduit l'intention des Parties contractantes de ne pas étendre les avantages stipulés dans ces conventions à des pays

---

[100] Conseil de l'Europe, *Série des traités et conventions européennes,* nos 19 et 57.

tiers qui ne bénéficieraient, en matière d'établissement, que du t.n.p.f. Cette attitude est conforme à la doctrine exposée ci-dessus en ce qui concerne la différence essentielle entre le standard du t.n.p.f. et celui du traitement national, du moins dans le cas où ce dernier est systématiquement étendu à l'ensemble d'un important secteur d'activité économique [101].

Accords internationaux sur les produits de base

82. Un certain nombre de conventions multilatérales d'importance mondiale, dont les antécédents remontent déjà assez loin, ont été conclues en vue de régler la production et le commerce de certains produits agricoles (blé, café, huile d'olive et sucre) et de certaines matières premières (étain) [102].

Il n'est pas possible d'analyser ici en détail les mécanismes assez complexes de ces accords. Il suffira de retenir qu'ils visent à stabiliser les prix de certaines marchandises, tout en maintenant des niveaux de production équitables pour les pays producteurs. A cet effet, ces conventions prévoient des mécanismes destinés à limiter la production ou la commercialisation de certaines denrées, ainsi qu'à garantir des niveaux de prix déterminés, au moyen, notamment, de l'institution de quotas de production et d'exportation, ou de la constitution de stocks. Des institutions multilatérales sous forme de conseils intergouvernementaux ont été créées par ces divers accords avec la mission d'assurer la gestion des régimes d'intervention prévus.

---

[101] Ci-dessus, n° 26. — Dans le même sens: A.-Ch. Kiss, La convention européenne d'établissement et la clause de la nation la plus favorisée, A.F.D.I., 1957, pp. 478-489.

[102] On trouvera des indications abondantes sur les accords en question dans les *Actes de la C.N.U.C.E.D.*, session de Genève, 1964, vol. 3, « Commerce des produits de base », spécialement aux pp. 134-155 et 164-194; voir encore le rapport du Secrétaire général, *ibid.*, vol. 2, pp. 34-36.

Par toute leur finalité et par leurs mécanismes ces accords se situent dans le domaine du dirigisme économique à l'échelle internationale, au moyen de mesures restrictives de la production et du commerce. De ce fait, ces accords sont étrangers au principe du t.n.p.f. qui ne peut fonctionner convenablement, ainsi que nous l'avons vu, que sous le régime d'une liberté commerciale incompatible avec le principe même des conventions en question.

Conventions douanières conclues sous l'égide des Nations Unies

83. Il existe un certain nombre de conventions douanières, conclues sous l'égide des Nations Unies, dont l'objet est, dans des domaines très variés, chaque fois le même: il s'agit de permettre l'importation, en franchise, de certains objets, soit de caractère non commercial (objets de caractère culturel; véhicules divers de tourisme), soit de caractère publicitaire (échantillons, matériel publicitaire; matériel d'exposition), soit enfin destinés à être réexportés (véhicules commerciaux; containers, emballages, palettes; matériel professionnel; marchandises en admission temporaire) [103].

Or, le régime étant ici celui de la franchise pure et simple, il n'y a pas de place pour le « plus » ou le « moins » caractéristique de la c.n.p.f.: la clause ne joue donc aucun rôle dans ces conventions.

[103] Il est inutile d'énumérer ces conventions en détail; on peut les repérer facilement dans les tables du R.T.N.U., v° « douanes ».

TROISIÈME PARTIE

LES LIMITES DE LA CLAUSE

84. Après avoir montré le rôle et les transformations de la c.n.p.f., nous allons nous attacher maintenant à la question des limites apportées au champ d'application de la clause. En effet, là aussi l'évolution récente a posé des problèmes nouveaux ou, plutôt, elle a posé à une échelle beaucoup plus large certains problèmes que l'on n'avait pas, jusque-là, saisis dans toute leur ampleur.

Ainsi, on a dû se préoccuper déjà à la suite de la première guerre mondiale des problèmes créés par l'intervention des Etats dans le commerce international, mais ce n'est qu'à une époque plus récente que s'est posé à une échelle considérable le problème du rôle de la clause dans les rapports économiques entre pays à économie de marché et pays à économie centralisée. Pareillement, les questions soulevées, en ce qui concerne l'application de la clause, par les rapports particuliers entre les métropoles et leurs dépendances coloniales préfigurent déjà, en quelque sorte, les difficultés soulevées par le commerce des pays en voie de développement; mais ce n'est que très récemment, sous l'influence notamment de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, que le problème de l'application de la clause dans les rapports économiques avec les pays en voie de développement est posé dans toute son ampleur et dans sa véritable perspective.

Par contre, les données du problème de l'application de la clause aux systèmes régionaux d'intégration ou de préférence sont beaucoup mieux connues depuis longtemps; mais il reste

que le phénomène du régionalisme économique, lui aussi, ne s'est jamais affirmé avec autant de force qu'à l'époque actuelle.

§ 1. — La clause et les pays à commerce d'Etat

85. Le problème de l'application de la c.n.p.f. dans les rapports commerciaux entre les pays à économie de marché et les pays à commerce d'Etat — c'est-à-dire les pays dont l'économie est caractérisée par la mainmise de l'Etat sur les moyens de production, l'existence d'une planification centrale de l'économie et, par voie de conséquence, d'un monopole du commerce extérieur — est dominé par un curieux paradoxe. Ce paradoxe consiste en ce que les pays à commerce d'Etat préconisent l'emploi de la c.n.p.f.[104], qui ne semble jouer aucun rôle appréciable dans leurs relations mutuelles[105], alors que les pays

---

[104] En ce qui concerne l'opinion de la doctrine dans les pays socialistes voir les parties I à III de la réponse de M. Szászy à l'exposé préliminaire. — Déjà en 1957, l'Union soviétique a fait dans le cadre de la Commission Economique pour l'Europe des Nations Unies une proposition visant à la conclusion d'un accord paneuropéen de coopération économique fondé sur la c.n.p.f., doc. ECE/270 du 12 mars 1957. — Les principes des pays de l'Est ont été reconfirmés lors de la 1re session de la C.N.U.C.E.D. à Genève, 1964, dans le projet de résolution: « Principes régissant les relations commerciales internationales et la politique commerciale » dont le point 2 affirme l'application du principe du t.n.p.f. (*Actes*, vol. 6, 1re partie, p. 13).

[105] Telle est l'impression qui se dégage de la « Note sur la coopération économique entre les pays membres du Conseil d'aide économique mutuelle » présentée à la 1re session de la C.N.U.C.E.D. par le Secrétariat de ce Conseil (*Actes*, vol. 7, p. 409) qui mentionne bien les principes de l'« égalité parfaite des membres », du « respect de leur souveraineté et de leurs intérêts nationaux », de « la réciprocité des avantages », des « concours fraternels d'entraide », mais sans référence au principe du t.n.p.f. — Dans le même sens, le document présenté par le Secrétariat de la Commission Economique des Nations Unies pour l'Europe, *ibid.*, vol. 6, 1re partie, p. 147; dans le même rapport, il est indiqué que les échanges entre pays à

à économie de marché manifestent la plus grande réticence à accepter l'application, dans leurs relations avec les pays à commerce d'Etat, d'un mécanisme qu'ils pratiquent couramment par ailleurs[106]. Ce paradoxe s'explique toutefois facilement lorsque l'on considère les caractéristiques des rapports économiques entre les pays à commerce d'Etat et les pays à économie de marché.

Les données du problème

86. Pour bien comprendre le problème, il faut essayer de l'envisager tour à tour dans la perspective de chacune des deux parties[107]. En ce qui concerne, tout d'abord, les *pays à commerce d'Etat*, il n'y a pas de doute que la jouissance de la clause assurerait à leurs exportations, sur les marchés des pays à

économie planifiée sont réglés essentiellement par des accords à caractère quantitatif (*ibid.*, p. 146, nos 70 et 71). — Le C.A.E.M. accomplit sa mission par la coordination des plans au niveau, surtout, de l'investissement; à défaut d'un véritable marché entre les pays de l'Est, il n'y a pas de place pour l'application du mécanisme de la c.n.p.f. Voir à ce sujet l'ouvrage de Pryor, *The Communist Foreign Trade System.*

[106] Le rapport déjà cité du Secrétariat de la Commission Economique pour l'Europe attire lui aussi l'attention sur le fait que « les pratiques commerciales effectivement suivies par un pays appartenant à l'un ou l'autre groupe peuvent varier suivant que son partenaire commercial fait partie du même groupe ou d'un groupe différent ». (*Actes*, vol. 6, 1re partie, p. 130.)

[107] Telle est bien la perspective dans laquelle le problème a été abordé dans le cadre de la Commission Economique pour l'Europe: voir les travaux du « Groupe spécial pour l'étude des problèmes du commerce entre l'Est et l'Ouest », doc. TRADE/140 du 2 octobre 1963 et TRADE/162 du 14 décembre 1964; ceux-ci ont inspiré, à leur tour, le rapport déjà cité, « Problèmes commerciaux entre pays ayant des systèmes économiques et sociaux différents » présenté à la 1re session de la C.N.U.C.E.D. (arguments des pays de l'Est, *l. c.*, pp. 155 et s.; arguments des pays à économie de marché, pp. 156 et s.).

économie libérale, les avantages de la non-discrimination, plaçant ainsi leur commerce dans une situation de chances égales avec le commerce de tous les autres pays. Mais ceci ne serait vrai qu'à la condition que leurs exportations ne rencontrent pas d'autres obstacles que les barrières douanières; or, les pays à économie de marché — du moins certains d'entre eux — maintiennent, ainsi que nous le verrons, à l'égard des pays à commerce d'Etat, un système rigoureux de mesures de défense. Pour le surplus, le développement des échanges est entravé par des barrières politiques, sous la forme de la prohibition d'exporter un certain nombre de « produits stratégiques » vers les pays de l'Est.

87. Quant aux *pays à économie de marché*, ils doivent faire face, dans leurs relations économiques avec les pays à commerce d'Etat, à un double problème, en ce qui concerne la réciprocité de la clause et les conditions de concurrence sur leurs propres marchés [108].

Problème de la *réciprocité*. Si la clause procure des chances effectives aux pays à commerce d'Etat à l'intérieur des Etats à économie de marché, la réciproque n'est pas vraie en ce qui concerne les exportations des pays à économie de marché vers les Etats à économie centralisée [109]. Dans ces derniers pays, la non-discrimination en matière tarifaire assurée par la clause ne procure pas, par elle-même, une chance réelle aux importateurs, étant donné que ceux-ci ne trouvent pas, pour autant, accès aux marchés intérieurs des pays à commerce d'Etat. En effet, le tarif douanier ne joue, dans les pays de l'Est, qu'un rôle subordonné; l'orientation des échanges dépend des besoins du plan économique national qui, à son tour, détermine l'action des organismes publics chargés de gérer le commerce extérieur [110]. Pour le surplus, en raison

---

[108] Voir à ce sujet, Papanicolaou, pp. 250-252.

[109] Papanicolaou, p. 264; La Charrière, p. 114.

[110] Ce point est justifié longuement dans le rapport de la Commission Economique pour l'Europe, cité ci-dessus; voir spécialement les nos 10, 49, 62 et 68 aux pp. 132, 140, 144 et 145, respectivement.

de l'inconvertibilité des monnaies des pays en cause, le commerce ne peut se faire autrement qu'en respectant un équilibre bilatéral. Dans leur ensemble, ces mesures équivalent à une restriction quantitative du volume du commerce [111].

Problème de *concurrence*. Un problème d'un autre ordre surgit par l'importation des produits des pays à économie centralisée dans les pays à économie de marché. En effet, étant donné que la structure des pays à commerce d'Etat ne permet pas une formation des prix suivant des conditions purement économiques, comme dans les pays à économie de marché, il est possible que les conditions de concurrence se trouvent faussées sur les marchés des pays à économie libérale par l'importation de produits des pays à commerce d'Etat. C'est pourquoi les pays à économie de marché se sont ménagé, à l'égard des pays de l'Est, des instruments de défense destinés à « se protéger contre une désorganisation du marché qui serait provoquée par les plans d'exportation des pays à économie planifiée » [112].

88. On voit d'emblée que, dans de telles conditions, la c.n.p.f. ne peut pas jouer le rôle qui est normalement le sien dans les rapports entre pays à économie de marché et pays à économie centralisée, étant donné qu'elle ne peut pas assurer une réciprocité effective en faveur des pays à économie de marché. Dans ces conditions, ces derniers pays ne sont pas disposés à admettre, dans leurs rapports avec les pays de l'Est, la suppression de tous les obstacles au commerce autres que les droits de douane, principe qu'ils pratiquent dans leurs relations mutuelles, et désirent se ménager la possibilité d'appliquer les mesures appropriées de contrôle et de défense. Par voie de conséquence, là où elle est malgré tout stipulée dans les conventions commerciales entre pays appartenant aux deux systèmes économiques, la clause reste dans une large mesure fictive.

---

[111] Papanicolaou, p. 281.

[112] Rapport de la Commission Economique pour l'Europe à la 1re session de la C.N.U.C.E.D., 1964, *Actes*, vol. 6, 1re partie, p. 157. — Sur l'ensemble de ce problème, voir Papanicolaou, pp. 287 et s.

Les tentatives de solution

89. Comment, dans de telles conditions, régler le commerce entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat? Quelles dispositions prendre pour favoriser, dans le respect mutuel des systèmes économiques et sociaux en présence[113], un développement équilibré des échanges, c'est-à-dire un système d'échanges fondé sur le principe de l'avantage mutuel? Bien que le problème soit loin d'être résolu, la pratique fournit déjà quelques indications concrètes.

90. Les problèmes posés par le commerce Est-Ouest sont apparus pour la première fois au moment où il s'agissait de rétablir des relations commerciales normales avec l'Etat soviétique. C'est dans les *conventions commerciales* conclues avec l'Union soviétique et, à la suite de la seconde guerre mondiale, avec les autres pays de l'Est, que l'on a tenté en premier lieu de résoudre les problèmes que nous venons d'indiquer. Deux sortes de solutions ont été essayées dans ce cadre[114].

En premier lieu, l'insertion d'une clause dite des « considérations commerciales », par laquelle la partie pratiquant le commerce d'Etat s'engage à s'inspirer exclusivement, dans ses échanges, de considérations d'ordre commercial et financier[115]. Toutefois, une telle clause risque de rester purement platonique étant donné que, par le fait des différences de constitution politique, économique et sociale, ces considérations n'ont pas la même signification de part et d'autre.

---

[113] Ce point est souligné par M. Ustor dans son rapport à la Commission du droit international, doc. A/CN.4/L.127, n° 18.

[114] Voir à ce sujet l'étude de Zieger et celle de Domke et Hazard, citées à la bibliographie.

[115] Voir le modèle de cette clause dans l'article de Domke et Hazard, p. 58.

Le second moyen consiste à compléter l'octroi mutuel de la clause par des engagements précis, de caractère quantitatif et financier, à l'effet de définir la nature et le volume des échanges pendant une période déterminée. Ces engagements font l'objet soit d'annexes aux conventions commerciales, soit de protocoles successifs à court terme, complémentaires d'un traité-cadre conclu pour une durée plus longue. Evidemment, ces listes ou protocoles contingentaires réduisent à peu de chose la signification réelle de la clause[116].

91. La *Charte de La Havane* a consacré au problème du « commerce d'Etat » une section spéciale, groupant les articles 29 à 32; la substance de l'article 29 a été reprise par l'article XVII de l'*Accord général*. Dans leur ensemble, ces dispositions ne sont pas pleinement adéquates au problème qui nous occupe ici, étant donné qu'elles considèrent la question sous l'angle de vue des entreprises et monopoles d'Etat isolés; or, il n'y a pas de commune mesure entre une entreprise ou un monopole public formant « enclave » dans un système d'économie libérale et le régime de collectivisation économique implanté dans les pays de l'Est.

Dans ces dispositions, nous trouvons les critères suivants: l'application du principe général de non-discrimination; la référence aux « considérations d'ordre commercial » ainsi qu'aux « usages commerciaux ordinaires »; enfin, l'invitation aux Etats d'engager « des négociations sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels », afin de limiter ou de réduire les entraves existantes (art. XVIII, § 3; cp. les formules plus explicites de l'art. 31 de la Charte de La Havane, relatif à l'expansion du commerce)[117]. Dans l'ensemble, ces solutions

[116] Zieger, p. 10467; Domke et Hazard, p. 65.

[117] Voir l'étude plus complète de ces dispositions dans l'article de Papanicolaou, pp. 239-243.

restent fort imprécises: elles ne sauraient offrir plus qu'un point de départ.

92. Il est plus instructif d'envisager sous cet angle de vue, par-delà les textes, *la pratique du GATT* qui a dû s'occuper du problème des relations commerciales entre pays de structure économique différente, étant donné que cette institution compte parmi ses membres trois pays de l'Est européen, à savoir la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie et la Pologne. Toutefois, les cas de la Tchécoslovaquie et de la Yougoslavie sont assez particuliers par le fait que le premier de ces deux pays a adhéré à l'Accord général à une époque où son économie ne se trouvait pas encore soumise aux principes dirigistes du commerce d'Etat, alors que le second pratique un régime économique relativement décentralisé, plus proche de l'économie de marché que les systèmes des autres pays de l'Est [118].

93. Par contre, le cas de la Pologne est beaucoup plus nettement tranché. Dans le protocole du 18 octobre 1967, qui a consacré, après une période prolongée d'adhésion provisoire, l'accession définitive de la Pologne au GATT, on constate que l'admission au bénéfice du t.n.p.f., qui procure au nouvel adhérent l'avantage de toutes les réductions tarifaires négociées antérieurement entre les Parties contractantes, est conditionné par un ensemble bien équilibré de dispositions réciproques dont les traits essentiels sont les suivants [119]:

> Les Parties contractantes qui appliquent aux importations polonaises des prohibitions ou des restrictions quantitatives assouplissent progressivement l'élément discriminatoire de celles-ci en vue d'en éliminer toute incompatibilité avec les règles de l'article XIII de

---

[118] Sur le cas de ces deux pays, voir Flory, pp. 196 et 198, respectivement, ainsi que les *Actes* de la C.N.U.C.E.D., session de Genève, 1964, vol. 6, 1re partie, pp. 148 et s.

[119] I.B.D.D., Suppl. 15, p. 49.

l'Accord général, sous réserve de mesures de défense à prendre au cas où certaines importations de la Pologne porteraient ou menaceraient de porter un préjudice grave aux producteurs nationaux. (Protocole d'accession, §§ 3 et 4.)

En contrepartie, la Pologne s'engage à augmenter d'un pourcentage minimum déterminé par an la valeur totale de ses importations en provenance des territoires des autres parties contractantes. (Protocole d'accession, Annexe B, I.)

En réduisant les choses à leur plus simple expression on dira que l'octroi du t.n.p.f. et la réduction des entraves quantitatives, par les Etats à économie de marché, trouve sa contrepartie dans un engagement de caractère *quantitatif* en matière d'importation, de la part du pays à commerce d'Etat. Le processus est graduel de part et d'autre et une large part est faite, par le protocole d'adhésion, aux consultations sur les difficultés que pourra soulever l'évolution future des échanges entre la Pologne et les autres Parties du GATT.

Perspectives d'avenir

94. Le cas qu'on vient d'exposer est particulièrement intéressant, étant donné qu'il permet de voir quel pourrait être le genre d'équilibre à rechercher dans le cadre d'un arrangement destiné à régler dans leur ensemble les problèmes du commerce entre les pays à commerce d'Etat et les pays à économie libérale [120].

Selon toutes les prévisions, un tel arrangement ne pourra faire *qu'une place subordonnée au principe du t.n.p.f.*, les effets de ce principe étant primés par les mesures destinées à assurer l'équilibre matériel des échanges par l'instauration d'une « récipro-

[120] On trouve une telle projection d'avenir dans le rapport du Secrétariat de la Commission Economique pour l'Europe à la C.N.U.C.E.D., 1re session, *Actes*, vol. 6, 1re partie, nos 149-157, pp. 164 et s. Voir, dans la même perspective, les hypothèses de solution formulées par Papanicolaou, pp. 268-281.

cité effective ». Plus précisément, l'équilibre pourra résulter de l'octroi, par les pays à économie de marché, d'un traitement non discriminatoire, en contrepartie d'engagements de caractère quantitatif de la part des pays à commerce d'Etat. Sans doute, les Parties ne consentiront-elles à de tels arrangements que sous réserve de clauses de sauvegarde.

D'autre part, il ne sera pas possible d'envisager un tel règlement d'ensemble, qui demandera des consultations étendues et des aménagements plurilatéraux, tant que l'on n'aura pas réussi à mettre en place *une structure multilatérale* englobant les pays à commerce d'Etat. Un travail d'approche a été fait dans cette direction par la Commission Economique pour l'Europe et, plus récemment, dans le cadre de la C.N.U.C.E.D. Mais on ne voit pas encore clairement à l'heure actuelle quelle pourrait être la physionomie d'une institution globale, compétente à cette fin, ni la relation de celle-ci avec le GATT [121].

§ 2. — Préférences en faveur des pays en voie de développement

Données fondamentales du problème

95. Il faut, pour commencer, attirer l'attention sur le caractère encore essentiellement politique du problème que nous abordons. Rien n'est encore réalisé en cette matière sur un plan général; nous nous trouvons encore dans le domaine des pro-

[121] Sur les travaux de la Commission Economique pour l'Europe, voir l'étude de Nötel, citée dans la bibliographie. — Les arguments pour le multilatéralisme sont développés dans le passage cité du Rapport de la Commission Economique pour l'Europe et dans l'étude de Papanicolaou, pp. 252-262.

jets qui n'ont pas atteint le seuil de la concrétisation juridique, sauf certains arrangements particuliers dont nous devrons parler avant d'aborder le problème dans sa généralité.

Mais au préalable, il faut indiquer quelle est l'idée fondamentale des préférences en faveur des pays en voie de développement. Il n'est nullement sûr que l'application du principe égalitaire du t.n.p.f. apporte un gain réel aux pays en voie de développement puisque, sous le régime de la clause, les produits de ces pays se trouvent en compétition avec ceux de pays dont les industries sont hautement compétitives et qui jouissent de ce fait d'un avantage concurrentiel sur les industries des pays moins développés. En d'autres termes, l'application d'un principe de non-discrimination ne confère pas de chance effective à ces pays. Ceux-ci ne pourront trouver un accès pour leurs productions industrielles aux marchés des pays hautement développés qu'à la condition d'y jouir non pas simplement de l'égalité, mais d'un traitement préférentiel. Selon cette conception, le principe égalitaire de la clause devrait donc être confiné aux rapports entre pays économiquement évolués. Quant aux pays en voie de développement, ils devraient jouir d'un double avantage: d'une part, celui d'un accès privilégié aux marchés des pays industrialisés; d'autre part, celui de la liberté de se créer mutuellement des débouchés privilégiés au moyen d'arrangements préférentiels.[122]

Avant d'exposer les travaux consacrés à ce problème dans différents cadres multilatéraux, nous voudrions parler, au préalable, de quelques anticipations particulières sur la solution globale de la question des préférences en faveur du développement. En effet, le problème évoqué ci-dessus n'est nouveau qu'en ce sens qu'il n'a été posé que très récemment dans une

---

[122] Sur l'ensemble de ce problème, voir la note signée XXX dans A.F.D.I., 1963, p. 69.

perspective à la fois fondamentale et systématique. Mais il n'est pas absolument sans précédent; or, ces antécédents sont pleins d'intérêt, puisqu'ils montrent dans quelle direction pourrait tendre l'effort futur.

De quelques anticipations sur le régime des préférences

96. On fera remarquer, tout d'abord, que les arrangements préférentiels qui se sont constitués, avec des modalités d'ailleurs fort variables, dans le cadre des *régimes coloniaux*, et qui ont survécu dans la suite sous la forme de structures impériales ou politiques comme le Commonwealth britannique et l'Union française, comportaient déjà certains éléments d'assistance économique [123]. On s'en est aperçu en tout cas au moment de la liquidation des empires coloniaux: en effet, malgré la dissolution des rapports de dépendance politique, les liens préférentiels de caractère commercial, qui assuraient aux anciens pays coloniaux des débouchés préférentiels sur le territoire de leurs métropoles, furent maintenus explicitement ou par des arrangements pragmatiques.

97. La Communauté économique européenne est devenue l'héritière d'une partie de ces arrangements, intéressant surtout les territoires d'ancienne colonisation française. On sait que ces liens ont été repris sous la forme du *régime d'association* des pays et territoires d'outre-mer prévu par les articles 131 et suivants du traité de Rome, reconduit et réaménagé par la convention d'association signée à Yaoundé, le 20 juillet 1963. Ces deux régimes successifs consacrent une position fortement

[123] Voir: McNair, pp. 291 et s.; Knapp, pp. 99-108, sur les préférences coloniales, et pp. 127-135, sur la préférence impériale britannique. Voir encore, sur les préférences impériales, Viner, *The Customs Union Issue*, pp. 15 et s.

préférentielle des Etats africains intéressés sur le marché commun par le fait que leurs importations se font en franchise, alors que les importations de tous autres pays tiers sont soumises aux droits du tarif extérieur commun.

98. Il est intéressant de considérer sous le même angle de vue la *pratique du GATT* en ce qui concerne, d'une part, l'octroi de dérogations et, d'autre part, l'appréciation de la conformité, avec les engagements de l'Accord général, de certains projets d'intégration régionale.

Lorsque l'on parcourt le catalogue des dérogations au principe du t.n.p.f. accordées en vertu de l'article XXV, § 5 on constate, ainsi que nous l'avons déjà relevé, que toute une série de ces dérogations portent sur les rapports préférentiels établis entre certains pays développés et divers territoires en voie de développement [124].

D'autre part, en examinant la jurisprudence des Parties contractantes concernant l'admissibilité, au regard de l'Accord général, de certains projets d'intégration régionale auxquels participent des pays en voie de développement, on ne manque pas d'être frappé par le fait de voir admettre, ou tolérer, des aménagements qui tiennent de la préférence autant, ou même plus, que de l'intégration authentique au sens de l'article XXIV de l'Accord général [125]. Cette remarque s'applique, notamment,

---

[124] Le cas le plus significatif est la dérogation accordée à l'Australie en vue de l'octroi de préférences tarifaires pour les pays peu développés qui présentent les caractéristiques indiquées à l'art. XVIII, § 4, *a* de l'Accord général (I.B.D.D., Suppl. 14, p. 25). Diverses autres dérogations concernent des arrangements particuliers de caractère préférentiel en faveur de pays en voie de développement: Afrique du Sud – Rhodésie et Nyassaland; Australie – Papoua et Nouvelle-Guinée; Etats-Unis – Iles du Pacifique; France – Maroc; Italie – Libye et Somalie. Voir à l'index du dernier supplément des I.B.D.D., v° « dérogations accordées au titre de l'art. XXV, 5 ».

[125] Détails chez Flory, pp. 103 et s.

au régime d'association de la C.E.E., qui comporte des caractéristiques distinctes d'aide au développement, ainsi qu'aux projets d'intégration économique en cours de réalisation entre les pays de l'Amérique latine. Dans le même ordre d'idées, il faut signaler l'accord commercial multilatéral de caractère préférentiel, signé le 23 décembre 1967 à New Delhi entre l'Inde, la République Arabe Unie et la Yougoslavie, prévoyant des réductions tarifaires sur un grand nombre de produits et ouvert à tous les pays en voie de développement [126].

99. A ce point, il faut formuler une *observation critique* de grande importance. On doit en effet attirer l'attention sur un inconvénient grave de la situation qui s'est créée par le fait de cette multitude de préférences disparates, dont l'accord de New Delhi, cité en dernier lieu, est l'exemple le plus frappant. Ces arrangements, sans lien entre eux, résultant en partie de circonstances purement historiques, en partie de constellations politiques assez arbitraires, ont rompu l'égalité entre les pays en voie de développement et risquent de créer ou de perpétuer un régime de « clientèles » internationales. On comprend qu'en l'absence de tout système plus rationnel qui serait prêt à s'y substituer, les pays bénéficiaires ne soient pas disposés à abandonner les avantages que l'histoire leur a légués ou que d'autres circonstances leur ont conférés.

Mais dans une perspective d'avenir, il faudrait s'efforcer d'y substituer un système plus conforme à la justice distributive. Dans cet esprit, on ne peut que saluer les efforts qui sont faits actuellement en vue d'aborder le problème des préférences en faveur du développement sur une base générale — ce qui ne peut se faire que dans le cadre des Nations Unies — en vue d'aboutir à des solutions qui tablent sur des données objectives

[126] Cet accord a été approuvé provisoirement lors de la 25e session du GATT; doc. L/3032.

et qui rétablissent ainsi l'égalité entre les pays éprouvant un besoin d'aide à leur développement.

Premières tentatives de solutions multilatérales: Charte de La Havane et GATT

100. Une fois de plus, l'impulsion première, dans ce domaine, résulte de la *Charte de La Havane* dont l'article 15 prévoyait la conclusion « d'accords préférentiels entre deux ou plusieurs pays, en considération des programmes de développement économique », par dérogation au principe général du t.n.p.f. (§§ 1 et 2). Le même article subordonnait la conclusion de ces accords à un ensemble de conditions assez strictes de fond et de procédure, destinées à empêcher que renaissent des préférences du genre de celles que la Charte visait précisément à supprimer [127].

101. Le 8 février 1965, les Etats membres du GATT ont arrêté le texte d'une nouvelle partie insérée dans l'*Accord général*, la « *Partie IV* », comprenant les articles XXXVI à XXXVIII nouveaux, qui formule un ensemble d'orientations, de principes et d'engagements destinés à favoriser la croissance économique des pays en voie de développement. L'objectif de ces articles est d'étendre le volume et d'améliorer les termes du commerce des pays intéressés; à cet effet, les nouveaux engagements comportent une renonciation, de la part des pays développés, à la réciprocité dans leurs relations commerciales avec les pays moins développés (art. XXXVI, § 8), mais ils ne dérogent pas au principe général du t.n.p.f [128].

---

[127] Voir sur ces antécédents: Patterson, pp. 323 et s. et Curzon, pp. 209 et s.

[128] I.B.D.D., Suppl. 13, p. 3; Flory, pp. 178 et s. — La politique du GATT a été exposée à la tribune de la C.N.U.C.E.D. par M. Wyndham White, Actes de la 1re session, Genève, 1964, *Actes*, vol. 2, pp. 492-499.

Des propositions plus précises, visant cette fois à apporter des dérogations au t.n.p.f., ont été examinées dans le cadre d'un groupe de travail qui a présenté son rapport le 25 novembre 1964. Ce groupe a retenu deux hypothèses de travail consistant dans l'insertion, à l'article premier de l'Accord général, de clauses stipulant [129]:

> « qu'aucune disposition de l'Accord ne devrait empêcher les pays industrialisés de consentir des préférences pour des produits originaires de pays peu développés, sans discrimination entre ces pays »;
>
> « qu'aucune disposition de l'Accord ne devrait empêcher les pays peu développés d'accorder des préférences à d'autres pays peu développés ».

Cette proposition n'a pas encore reçu jusqu'ici de suite dans le cadre du GATT; elle a du moins le mérite de formuler en termes simples les deux principes essentiels qui forment l'enjeu de toute cette discussion.

Travaux et projets de la C.N.U.C.E.D.

102. Le problème fut repris dans la suite, sur une base plus large et en termes plus radicaux, lors des travaux de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. Dans son *rapport introductif* à la première session, le Secrétaire général de la Conférence, M. Raul Prebisch, introduisit le problème des préférences à la lumière d'une critique des conceptions de la « Charte de La Havane » et de celles de l'Accord général. Ce dernier, dit-il, n'a pas été aussi utile aux pays en voie de développement qu'aux pays industrialisés, cet instrument, tout autant que son modèle, étant inspiré du concept du libre jeu des forces économiques, admissible, selon son avis, entre pays de structure analogue mais non pas entre pays de structure franchement différente. « Si valable que soit le principe de la

[129] I.B.D.D., Suppl. 13, p. 108.

nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre égaux, ce n'est pas là un concept acceptable et adéquat pour un commerce entre pays de puissance économique très inégale. » A son avis, le GATT ayant d'ores et déjà reconnu le principe de concessions tarifaires sans réciprocité au profit des pays en voie de développement, « l'adoption du principe d'un traitement préférentiel pour les échanges commerciaux des pays en voie de développement doit logiquement constituer l'étape suivante »[130]. Les traits essentiels de la proposition du Secrétaire général peuvent être résumés en ces termes:

a) création, en faveur des pays en voie de développement, d'un système de préférences, accordées sans réciprocité et d'une manière non discriminatoire à tous les bénéficiaires;

b) admission, dans les relations mutuelles entre les pays en voie de développement, de la création de régimes préférentiels dont le bénéfice ne serait pas étendu aux pays développés.

103. La mise en œuvre de ces formules aurait pour effet d'exclure deux sortes d'aménagements actuellement en vigueur: d'une part, la suppression des préférences particulières, accordées par certains pays développés à certains pays sous-développés à l'exclusion de tous autres (en clair, les préférences du Commonwealth et le système d'association de la C.E.E.); d'autre part, la suppression des avantages accordés, à titre de réciprocité et en contrepartie des préférences dont ils jouissent, par certains pays en voie de développement à des pays développés, tel que c'est le cas, aussi, pour les régimes mentionnés.

---

[130] C.N.U.C.E.D., *Actes* de la 1re session, Genève, 1964, vol. 2, pp. 19 et 41. — Sur le problème des regroupements régionaux des pays en voie de développement, voir: Dell, pp. 160 et s.

Cependant, les propositions du Secrétaire général prévoient deux sortes de ménagements: des clauses de sauvegarde seraient réservées aux pays développés, en cas de perturbation de leurs marchés par des importations anormalement accrues, à la faveur des préférences; l'assurance est donnée aux bénéficiaires actuels de « préférences particulières » qu'ils retrouveraient dans le nouveau régime généralisé des avantages équivalents.

104. Lors de la *première session de la Conférence*, ces propositions n'ont pas pu rallier l'unanimité. Le « 8e principe général » qui formule sur ce point les conclusions de la Conférence a bien recueilli une large majorité, mais il a rencontré l'opposition des principaux pays développés. Dans cette résolution la Conférence, après avoir rappelé les principes généraux de l'« intérêt réciproque » et du « traitement de la nation la plus favorisée » dans les relations commerciales, préconise les mesures suivantes en faveur des pays en voie de développement:

a) renonciation de la part des pays développés à la réciprocité dans les échanges;

b) création de nouvelles préférences, tarifaires et non tarifaires, accordées à l'ensemble des pays en voie de développement;

c) non-extension aux pays développés du traitement préférentiel que les pays en voie de développement peuvent s'accorder entre eux;

d) suppression progressive des préférences spéciales dont certains pays en voie de développement bénéficient actuellement dans leurs échanges avec certains pays développés [131].

---

[131] C.N.U.C.E.D., *Actes* de la 1re session, Genève, 1964, Acte final, vol. I, p. 12; voir encore l'Annexe A, III, 5 où se trouvent formulées les opinions, majoritaire et minoritaire, *ibid.*, p. 44.

105. Dans l'intervalle entre la première et la deuxième session de la Conférence, un certain assouplissement s'est dessiné dans l'attitude des pays développés, notamment au cours des consultations tenues dans le cadre de l'O.C.D.E [132]. De son côté, le groupe des pays en voie de développement réuni à Alger réclame à nouveau, avec vigueur, dans la « Charte d'Alger » du 24 octobre 1967, la création d'un « système général de préférences tarifaires sans discrimination ni réciprocité » [133].

Le problème fut repris lors de la *deuxième Conférence* de la C.N.U.C.E.D. à New Delhi, en 1968, sur la base d'une étude plus approfondie du problème par le Secrétariat général [134]. A la suite des travaux de la 2e Commission de la Conférence, un progrès fut fait en ce sens que le principe « de la création prochaine d'un système mutuellement acceptable de préférences généralisées non réciproques et non discriminatoires en faveur des pays en voie de développement » fut admis unanimement dans la résolution 21 (II) arrêtée le 26 mars 1968. Mais le désaccord subsiste sur les modalités des préférences envisagées; en conséquence, la question est renvoyée, par la même résolution, en vue d'études ultérieures.

Problèmes soulevés par l'octroi de préférences en faveur du développement

106. Ainsi qu'il résulte du rappel consacré ci-dessus à l'évolution du problème depuis les jours de la Charte de La Havane jusqu'aux travaux de la C.N.U.C.E.D., les préférences dont il

---

[132] O.C.D.E., Communiqué de la 152e réunion ministérielle, du 1er décembre 1967, doc. C (67) 131, point 7.

[133] Doc. MM 77/1/20 du 30 octobre 1967, 2e partie, programme d'action, B.

[134] Voir les documents relevés dans la bibliographie.

est question devraient déroger à deux égards au principe du traitement de la nation la plus favorisée: une préférence serait accordée, par les pays économiquement développés, aux importations de produits originaires de pays en voie de développement, mais sans discrimination entre ces derniers; pour le surplus, il serait dérogé au t.n.p.f. afin de permettre aux pays en voie de développement de créer entre eux des arrangements préférentiels, c'est-à-dire de s'accorder des avantages commerciaux qui ne rempliraient pas les conditions strictes auxquelles se trouvent soumises les dérogations à la clause en faveur des systèmes d'intégration économique.

107. S'il est facile de formuler le principe des arrangements préconisés en faveur des pays en voie de développement, la mise en œuvre de ces formules soulève une foule de problèmes auxquels on ne voit pas encore, à l'heure actuelle, de solution bien précise.

a) Tout d'abord, l'octroi de ces préférences — comme l'octroi de toute préférence — soulève *un problème économique* de caractère fondamental: tout arrangement préférentiel est en effet contraire à l'idée d'une allocation optimale des ressources économiques disponibles et, par là, à celle d'une répartition optimale du travail à l'échelle mondiale. Toute préférence a pour effet de détourner le commerce des sources de production les plus rationnelles vers des sources moins économiques. On peut rencontrer cette objection — qui serait irréfutable si les préférences en question devaient avoir un caractère perpétuel — en faisant observer que les dérogations à l'égalité de traitement ne pourraient avoir qu'un caractère temporaire et dégressif, de manière à permettre l'installation et le développement de certaines activités industrielles dans les pays en voie de développement; les préférences seraient supprimées le jour où, grâce aux faveurs accordées pendant une période initiale, ces industries auraient pu franchir le seuil de la compétitivité [135].

[135] Cette conception se dégage nettement du Communiqué de l'O.C.D.E., cité ci-dessus, où il est question d'un « traitement tarifaire spécial temporaire ».

b) Un second problème consiste à savoir quels seront les pays admis au bénéfice de ce genre de préférences et quels seront, d'autre part, les pays qui en porteront la charge. Bien qu'il soit relativement facile de délimiter en gros ces deux catégories, puisque les deux groupes se sont déjà départagés spontanément au sein de la C.N.U.C.E.D., un problème particulièrement ardu se pose à l'intérieur du groupe des pays en voie de développement: on sait en effet qu'il existe des différences profondes en ce qui concerne les *degrés relatifs de développement* économique et que, pour le surplus, la situation de chaque pays est conditionnée par des circonstances particulières tenant à la situation géographique, aux ressources naturelles et à la structure sociale. La disparité profonde des degrés de développement et la difficulté de faire à ce sujet des constatations objectives entraîneront sans doute des complications considérables dans l'allocation des préférences [136].

c) Non moins difficile sera, enfin, le problème posé par *l'objet des préférences* envisagées. Ces préférences auront-elles un caractère général, de manière que l'on favoriserait même des branches de production qui, dans tel ou tel pays, pourraient être compétitives à l'échelle de l'économie mondiale, ou s'agira-t-il de préférences sélectives accordées à certaines catégories de marchandises?

On imagine sans difficulté les complications sans nombre qui résulteront de la multitude des pays donneurs de préférences, de la multitude et de la diversité des pays preneurs et, enfin, de la multitude des produits en cause.

§ 3. — La c.n.p.f. et les accords régionaux

Remarques introductives

108. Ces remarques préliminaires servent à situer la question du régionalisme dans son contexte, ainsi qu'à la cadrer d'une

[136] G. de Lacharrière, Aspects récents du classement d'un pays comme « moins développé », A.F.D.I., 1967, pp. 703-716.

manière plus précise, par l'élimination d'une perspective qui est de nature à fausser les données du problème.

109. La clause de la nation la plus favorisée, grâce à sa généralisation dans les accords commerciaux et grâce à son insertion dans un système multilatéral de grande envergure par le GATT, traduit plus que jamais une tendance à l'universalisme dans les échanges économiques internationaux. Or, de nombreux Etats entretiennent entre eux, soit à titre bilatéral, soit encore dans le cadre de groupements limités, de caractère surtout régional, des liens particuliers qui se traduisent sur le plan économique par des mesures destinées à favoriser la coopération au-delà du niveau de ce qu'il est possible d'atteindre dans les relations économiques internationales à l'échelle mondiale.

> Les raisons d'être de ces groupements particuliers sont aussi diverses que leurs formes d'expression. Leur création et leur maintien sont dus tantôt au voisinage immédiat, tantôt à une solidarité régionale, tantôt à des liens politiques ou culturels. Dans certains cas, la solidarité est imposée en quelque sorte par la nature et la géographie, comme c'est le cas des groupements régionaux; dans d'autres cas, il s'agit de survivances historiques qui perpétuent, dans le domaine des échanges commerciaux, certains grands empires dont la structure politique s'est entre-temps effondrée, tels que l'Empire ottoman, l'Empire colonial britannique, l'Empire colonial français.... Ces diverses solidarités se manifestent sous la forme de liens économiques d'une intensité, elle aussi, très variable: dans certains cas, il s'agit de véritables unions; dans d'autres cas, plutôt de zones préférentielles dont les participants, sans atteindre à une libération généralisée de leurs échanges, s'accordent des avantages limités [137].

C'est cette *polarité des relations économiques internationales* — que nous pouvons caractériser par les deux termes d'« universalisme » et de « régionalisme » — qui soulève le problème que

[137] Sur le problème des solidarités régionales et du régionalisme, voir les observations très pertinentes de Scelle, pp. 462 et s.; Knapp, pp. 136 et s.; Steinberger, pp. 17 et s.

nous aurons à examiner dans le présent paragraphe. Dans quelle mesure les Etats, membres des groupements particuliers que nous venons de décrire, peuvent-ils légitimement prétendre limiter à leurs relations mutuelles les avantages qu'ils s'accordent, donc les refuser aux Etats tiers bénéficiaires de la c.n.p.f.? Ou, pour dire la même chose dans la perspective de ces derniers: dans quelle mesure un Etat bénéficiaire de la clause peut-il légitimement réclamer à son profit les avantages que s'accordent mutuellement les membres de l'un des groupements particuliers que nous avons caractérisés, étant entendu d'ailleurs qu'une telle prétention de la part d'un non-membre peut avoir pour effet de rendre impossible la formation ou le maintien du groupe?

Les deux ordres de solidarité, universelle et régionale, sont légitimes; il serait excessif de vouloir au nom de l'universalisme nier toute possibilité d'avantages particuliers dans un cadre régional; mais il serait tout aussi regrettable de démanteler, par le menu, le principe de l'égalité de traitement à l'échelle universelle, au moyen d'une extension indue des avantages de caractère purement régional. En d'autres termes, il faudra tracer quelque part la ligne de partage entre les formations régionales légitimes et les discriminations incompatibles avec l'universalisme de la clause.

110. Avant d'entrer plus avant dans l'analyse du problème, nous voulons dégrossir celui-ci par un rappel de ce qui vient d'être dit sur les *préférences en faveur du développement*. Il n'y a pas de doute, en effet, que certains régimes préférentiels, par exemple la plus grande partie des préférences reconnues par l'article I, § 2 de l'Accord général, de même que certains régimes d'intégration, imparfaits comme les régimes de l'Amérique latine, ou asymétriques comme les régimes d'association de la Communauté économique européenne, ne sont dans leur effet pratique, dans une certaine mesure du moins, rien d'autre que

des préférences en faveur du développement de certains pays ou de certaines régions.

Pour la clarté de l'exposé, nous voulons renvoyer dans le contexte de l'aide au développement ceux parmi les arrangements régionaux — préférences ou pseudo-intégrations — dont l'objectif véritable répond à cette intention d'aide. Ceci nous permettra, dans le présent contexte, d'envisager le problème exclusivement en vue des rapports entre Etats possédant des économies pleinement compétitives, et donc capables de participer à des relations commerciales fondées sur le principe d'égalité qui est le fondement de la c.n.p.f.

Antécédents du problème dans la pratique bilatérale

111. Le problème de la dérogation à la c.n.p.f., en faveur d'arrangements particuliers de caractère bilatéral ou régional, s'est posé à partir de l'époque de la première grande expérience d'*union douanière*, celle du *Zollverein* allemand[138]. Depuis cette époque, on peut relever dans les conventions commerciales des dispositions typiques à l'effet d'excepter du jeu de la clause certaines formes de rapports économiques particulièrement étroits entre Etats. Les cas de dérogation mentionnés dans les conventions commerciales se répartissent en deux catégories distinctes: d'une part, les dérogations en faveur de l'union douanière auxquelles sont venues s'ajouter depuis peu de temps des dérogations en faveur de formes plus récentes d'intégration économique; d'autre part, des dérogations en faveur d'un ensemble très varié d'arrangements préférentiels[139].

[138] Voir à ce sujet les indications rassemblées par Viner, *The Customs Union Issue*, pp. 5 et s. L'auteur relate un certain nombre de controverses diplomatiques qui se sont élevées à ce sujet au cours du XIXe et du début du XXe siècle.

[139] Nous ne mentionnons que pour mémoire une autre dérogation, consacrée par la tradition, en faveur du trafic frontalier. Voir Ito, pp. 284

112. Le problème de la dérogation en faveur de l'*union douanière* s'est posé avec une fréquence telle et il a reçu, non seulement dans les accords commerciaux, mais encore dans la pratique internationale, une solution à tel point uniforme que l'on peut dire qu'il existe à ce sujet une dérogation coutumière à la clause [140]. L'Institut s'est prononcé en ce sens dans le § 7 de sa Résolution de 1936.

Il est donc permis de dire que les clauses expresses que l'on trouve dans les conventions commerciales, à l'effet d'exempter l'union douanière des obligations de la clause, n'ont qu'un caractère déclaratoire, l'exemption s'appliquant de plein droit même à défaut d'une stipulation expresse.

Il faut évidemment qu'il s'agisse d'une union douanière vraie et complète (un problème que nous aurons à examiner plus loin) pour que deux ou plusieurs pays puissent prétendre à cette dérogation; or, il semble bien que les controverses diplomatiques soulevées dans le temps par la formation de certaines unions aient été dues au caractère ambigu des accords d'union en question [141].

---

et s.; rapport du Baron Nolde, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1934, p. 452; Snyder, pp. 157 et s.

[140] Ceci fut admis expressément par le Comité économique de la S.d.N. qui déclare que « les unions douanières constituent des dérogations admises par tradition au principe du traitement de la nation la plus favorisée » (doc. E.805, p. 20). De même, le rapport du Baron Nolde, p. 453. — Voir les autres indications réunies par P. Pescatore, p. 175, note 3. — Les dissidences sont peu nombreuses; voir: Hackworth, p. 295 et McNair, pp. 282 et s.

[141] Voir Viner, pp. 6 et s. — Quant à l'affaire du régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, tranchée par l'avis consultatif de la Cour Permanente de Justice Internationale, du 5 septembre 1931 (*Recueil*, série AB, p. 35), elle a été décidée pour des motifs de droit international étrangers au problème de la clause.

113. L'exemption en faveur de l'union douanière s'applique *a fortiori* à ce qu'on appelle l'« *union économique* ». En effet, celle-ci n'est, dans son essence, rien d'autre qu'une extension du principe d'union à l'ensemble de la vie économique de deux ou de plusieurs pays: libération des prestations (services, « invisibles »), libération des facteurs de production (libre circulation de la main-d'œuvre; libération de l'établissement économique en faveur des particuliers et des sociétés; libération des transferts financiers), harmonisation des politiques et des législations économiques. Alors que l'union douanière se restreint aux mesures nécessaires en vue de libérer les transferts de marchandises, par la suppression des droits de douane, des restrictions quantitatives et des obstacles techniques, l'union économique s'étend à l'ensemble des facteurs qui conditionnent l'activité économique des pays participants. Tel est bien le système d'accords tels que le traité instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le traité instituant l'Union économique Benelux et le traité instituant la Communauté économique européenne. Ces régimes sont tous caractérisés par le mouvement d'expansion de l'union douanière, considérée comme noyau et comme fondement, vers l'objectif de l'union économique [142].

L'union économique ne pose pas de problème particulier, du point de vue de la c.n.p.f., dans la mesure où cette clause fait partie intégrante de conventions commerciales, étant donné que celles-ci ne concernent généralement que des matières telles que les douanes et les restrictions quantitatives, en d'autres termes, des mesures qui tombent exclusivement dans le domaine de l'union douanière au sens strict du terme. Donc,

---

[142] Voir, en particulier, l'art. 9 du traité C.E.E. — P. Pescatore, La notion du Marché commun dans les traités instituant l'U.E.B.L., le Benelux et les Communautés européennes, *En hommage à Victor Gothot*, Liège, 1962, pp. 497-546.

l'union économique est compatible avec la clause par le fait qu'elle inclut l'union douanière.

Par contre, un problème peut se poser dans les rapports avec les conventions économiques du type des « traités d'amitié et d'établissement ». Il est très caractéristique de constater, sous ce rapport, que les Parties des deux conventions européennes d'établissement, ainsi que nous l'avons vu, se sont expressément défendues, dans le préambule de ces conventions fondées sur l'application systématique du traitement national, contre toute extension, par le jeu de la c.n.p.f., des avantages inhérents à ce principe [143].

114. Depuis peu de temps, on voit apparaître dans les clauses de style des conventions commerciales d'autres cas de dérogation à la c.n.p.f. qui se réfèrent à des *formes d'intégration économique d'invention plus récente:* zones de libre-échange et autres zones économiquement intégrées. Ces nouvelles formes de coopération économique sont encore trop récentes pour que l'on puisse parler d'une dérogation coutumière à l'instar de celle dont bénéficie l'union douanière [144]. Les Etats participant à de tels systèmes ne pourront dès lors obtenir la reconnaissance d'une dérogation que par l'insertion de prévisions expresses dans leurs conventions commerciales ou, à défaut, en jetant dans la balance leur puissance de négociation internationale afin d'obtenir une dérogation *ex post.*

115. Enfin, il faut ajouter quelques remarques relatives aux *clauses d'exception géographique* ou « clauses régionales » — baltique, scandinave, ibérique, centre-américaine, etc. —

---

[143] Voir ci-dessus, n° 81.

[144] Steinberger, p. 221, note 876, estime que la zone de libre-échange est en train de devenir un cas de dérogation coutumière à l'instar de l'union douanière.

qui sont inscrites dans un grand nombre de conventions commerciales [145]. Dans la mesure où de telles clauses ne concernent pas des régimes d'union, c'est-à-dire dans la mesure où elles servent à couvrir des préférences régionales contre les effets du t.n.p.f., elles n'assurent une exemption que pour autant qu'elles sont expressément stipulées. Elles ne représentent aucune sorte de coutume internationale, ne fût-ce que pour la raison qu'elles sont trop changeantes et trop incertaines [146].

Les travaux de la S.d.N.
(« conventions plurilatérales », régionalisme)

116. Une étape importante fut franchie, en la matière, par les travaux de la S.d.N. On peut discerner deux lignes d'action dans les efforts de cette organisation, la première en direction d'une multilatéralisation, sinon universelle, du moins partielle du commerce international; la seconde en direction du régionalisme proprement dit.

Bien que le résultat de ces efforts, assez confus en eux-mêmes, fût décevant, il apparaît cependant, avec la distance historique qui est la nôtre, que ces travaux ont utilement préparé le terrain des accords économiques conclus à la suite de la seconde guerre mondiale.

117. La S.d.N., dans le cadre de ses conférences économiques successives et de sa Commission économique, s'est efforcée de libérer le commerce international grâce à l'élaboration de *conventions plurilatérales* qui devaient porter sur la réduction

---

[145] Ito, pp. 304 et s.; Nolde, La c.n.p.f., pp. 93 et s.; Viner, pp. 18 et s.; Zimmer, pp. 29 et s.

[146] En ce sens, Viner et Zimmer, *l.c.* — On notera que l'Accord général ne contient aucune allusion à la notion des clauses d'exception géographiques, sauf, bien entendu, les préférences qu'il a expressément réservées.

des obstacles tarifaires, l'élimination des restrictions quantitatives et la libération des paiements internationaux[147]. Un problème surgit en présence du fait que seul un groupe restreint d'Etats paraissait disposé, du moins dans une période initiale, à participer à de tels arrangements multilatéraux: les mesures de libération que les Parties s'accorderaient mutuellement pourraient-elles se limiter au cercle des pays participants ou devraient-elles être étendues, par le jeu de la c.n.p.f., à des Etats non participants? Si la seconde hypothèse devait être la bonne, c'est-à-dire si les avantages résultant de telles conventions multilatérales à participation restreinte devaient être automatiquement, par le jeu de la clause, étendus à des Etats qui auraient refusé d'y participer, c'eût été dans le résultat pratique, pensait-on, une sorte de prime à l'abstention. Afin d'éviter un tel résultat, les promoteurs de ces conventions plurilatérales recommandèrent une solution consistant à réserver le bénéfice des mesures de libération aux Etats participants, mais ceci sous réserve de certaines conditions:

a) il faut que les conventions plurilatérales aient pour objet des mesures destinées à promouvoir la libération du commerce international;

b) il faut qu'elles soient d'application générale, c'est-à-dire qu'elles groupent un nombre appréciable d'Etats ou, selon une formule plus adéquate, englobent un espace commercial appréciable;

c) il faut enfin qu'elles soient conclues sous l'égide de la S.d.N. et ouvertes à l'adhésion de tous les pays[148].

---

[147] Voir le relevé des conventions de cette époque dans le doc. de la S.d.N. « La politique commerciale entre les deux guerres », pp. 84-89.

[148] La doctrine du Comité économique de la S.d.N. est formulée dans le document: « La politique commerciale dans le monde d'après-guerre », pp. 64-66. — Voir sur la même question le remarquable exposé d'Ito,

118. Ces notions furent consacrées par une convention interaméricaine, à laquelle participèrent cependant aussi l'Union belgo-luxembourgeoise et la Grèce, à savoir l'« Accord en vue d'éviter que les obligations découlant de la clause de la nation la plus favorisée ne soient invoquées pour obtenir les avantages et bénéfices établis par certaines conventions économiques multilatérales », signé à Washington, le 15 juillet 1934. Aux termes de l'article premier de cet accord, les Parties conviennent de ne pas invoquer la clause à l'égard de « conventions économiques multilatérales susceptibles d'une application générale, qui englobent une zone commerciale sensiblement étendue, qui ont pour objet de faciliter et de stimuler le commerce international ou d'autres relations économiques internationales, et auxquelles tous les pays sont admis à adhérer » [149].

L'accord de Washington, à défaut d'une participation suffisante, n'a jamais pu exercer une influence réelle sur la solution du problème. Toutefois, on voit réapparaître sporadiquement, depuis cette époque, une dérogation en faveur des « conventions plurilatérales » dans les accords commerciaux [150]; nous en avons signalé ci-dessus un ou deux exemples postérieurs à la seconde guerre mondiale [151].

---

pp. 393 et s. — A son tour, l'Institut de Droit international s'est préoccupé du problème (*Annuaire* 1934, pp. 430-435; *Annuaire* 1936, II, pp. 73 et s.), pour admettre dans le § 7 de sa Résolution une dérogation à la clause en faveur « de conventions ouvertes à la signature de tous les Etats, dont l'objet est de faciliter et de stimuler le commerce, etc. »). — Voir encore: Viner, pp. 26 et s.; Knapp, pp. 65 et s.

[149] R.T.S.d.N., CLXV, p. 9. — Sur les antécédents de cette convention, voir Vieira, n° 25.

[150] Snyder, p. 167.

[151] Ci-dessus, n° 19. — Cette conception continue à exercer son influence aux Etats-Unis d'Amérique, ainsi qu'il ressort d'une déclaration de M. Kearney à la 976e séance de la Commission du droit international des Nations Unies, le 16 juillet 1968.

119. La discussion sur le conflit de la clause avec les conventions plurilatérales trouva un prolongement lors des travaux préparatoires de la *Charte de La Havane*. A cette époque, deux thèses s'opposèrent: d'une part, l'opinion de ceux qui, dans l'esprit de la doctrine de la S.d.N., désiraient réserver aux seules Parties l'avantage des mesures de libération à intervenir; d'autre part, l'opinion de ceux qui ne voyaient pas d'objection à ce que le bénéfice de ces mesures pût être étendu à des Etats qui ne participeraient pas à la nouvelle Organisation internationale du commerce.

Le problème fut résolu par l'article 98 de la Charte de La Havane qui constitue, en réalité, l'abandon de la doctrine de la S.d.N. sur les conventions plurilatérales. Il y est en effet prévu, ce qui est évident, qu'un Etat membre ne saurait réserver à des Etats non-membres un traitement préférentiel par rapport à celui qui serait accordé aux Etats membres; mais rien n'empêche, selon cet article, que les faveurs accordées aux Etats membres soient étendues à des Etats non-membres.

Telle est bien devenue la pratique généralisée dans le cadre du GATT, bien que l'article 98 de la Charte n'ait pas été repris dans l'Accord général. Il n'y a pas de doute que les Parties contractantes sont libres de conclure avec des pays non membres du GATT des accords commerciaux comportant la c.n.p.f. et d'étendre ainsi, à ces Etats tiers, les avantages qu'ils ont consentis dans le cadre de l'Accord général[152]. Bien entendu, l'Etat tiers ne pourra obtenir les avantages stipulés dans le cadre du GATT que par l'intermédiaire de la c.n.p.f. qui lui a été concédée à titre bilatéral, et seulement dans les limites de cette clause. En pratique, cela signifie notamment que les dispositions de l'Accord général relatives aux restrictions quantitatives ne

[152] Voir les détails dans Seyid Muhammad, pp. 134 et s.; Zinser, pp. 116 et s.; Zimmer, pp. 33 et s.; Roesner, pp. 107 et s.

sont pas étendues aux Etats tiers, ce qui pose, ainsi que nous l'avons vu, un problème dans les relations avec les pays de l'Est.

120. Somme toute, nous concluons sur ce point que la doctrine de la S.d.N. relative aux « conventions plurilatérales » a été *une erreur d'orientation.* Car, ou bien une convention plurilatérale reçoit l'adhésion d'un grand nombre d'Etats, et le problème — comme c'est le cas pour le GATT — devient marginal, et donc d'intérêt négligeable. Ou alors, une telle convention ne parvient pas à rallier un nombre appréciable d'Etats et elle joue comme une préférence, ce qui n'est pas désirable. D'accord avec M. Ustor, Rapporteur de la Commission du droit international[153], nous estimons que les avantages concédés dans le cadre de conventions multilatérales sont susceptibles d'être étendus à des Etats tiers par le jeu de la clause — sauf, bien entendu, les cas où une telle convention multilatérale appartient à la catégorie des traités d'intégration, dont nous traiterons à la fin de ce paragraphe.

121. Il faut rappeler d'autre part, dans ce contexte, certains efforts de *coopération économique régionale*, dans l'ensemble infructueux, qui se développaient à la même époque dans le sillage des travaux de la S.d.N.[154].

Il s'agit, en premier lieu, des travaux des pays du « groupe d'Oslo », concrétisés par la *convention de rapprochement économique signée à Oslo* le 22 décembre 1930 entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Danemark, la Norvège, les Pays-Bas et la Suède, et élargie

[153] Document A/CN.4/L.127, n° 27. Bien entendu, les avantages d'une convention multilatérale peuvent être exclus des effets de la c.n.p.f. par une stipulation *expresse*; nous en avons cité deux exemples ci-dessus, n° 19; voir d'autres exemples dans Seyid Muhammad, p. 136.

[154] S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres », pp. 53 et s.; Viner, pp. 30 et s.; Zimmer, pp. 33 et s.

ensuite par l'accession de la Finlande [155]. Cette convention fut développée plus tard par l'arrangement de La Haye du 28 mai 1937 entre les mêmes Parties [156]. La portée de ces arrangements resta fort réduite étant donné qu'ils ne consacrent pour l'essentiel que des obligations de consultation préalable et, en ce qui concerne l'arrangement de 1937, un engagement de ne pas aggraver les obstacles existants. Ce dernier arrangement n'eut d'ailleurs qu'une existence éphémère.

Dans le même ordre d'idées, il faut mentionner la *convention signée à Ouchy* le 18 juillet 1932, entre la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas — donc en quelque sorte un précurseur du Benelux — dont l'objectif était la libération du commerce entre les pays participants par des réductions successives des droits de douane, pouvant aller jusqu'à 50%, et la renonciation à toute aggravation des restrictions et réglementations existantes. La convention était ouverte à tout Etat tiers [157].

Ces tentatives, et quelques autres similaires [158], n'eurent pas de lendemain. Le principal obstacle résultait de l'opposition soulevée par certains Etats sur la base de la c.n.p.f. contre ces tentatives de libéralisation régionale [159]. Dans leur rapport commun sur « la politique commerciale dans le monde d'après-guerre », les Comités économique et financier de la S.d.N., après avoir évoqué l'échec de ces projets, ajoutent cette réflexion: « On ressentait l'absence d'un ensemble de principes qui auraient obtenu l'assentiment des différents Etats au sujet des exceptions possibles à la clause de la nation la plus favorisée et, également, l'absence d'un organisme international auquel les propositions de cette nature auraient pu être renvoyées » [160].

[155] R.T.S.d.N., CXXVI, p. 431 et CLXII, p. 380.

[156] R.T.S.d.N., CLXXX, p. 5.

[157] Texte dans Hudson, *International Legislation*, VI, n° 313, p. 94.

[158] Elles intéressaient avant tout les pays du Balkan, voir: S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres », pp. 51 et s.

[159] S.d.N., « La politique commerciale entre les deux guerres », p. 110; voir encore les observations critiques de Snyder, pp. 151 et s.

[160] Doc. cité, p. 67.

Le GATT et les intégrations régionales

122. Le système du GATT est construit suivant *une polarité foncière des attitudes* prises à l'égard des arrangements particuliers d'ordre commercial entre Parties contractantes: défaveur à l'égard des préférences; faveur à l'égard de l'intégration régionale.

D'une part, l'Accord général réagit vigoureusement contre les systèmes de préférences. S'il est vrai qu'il n'a pas été possible d'éliminer celles-ci radicalement (ce qui était la tendance américaine à l'époque des négociations), l'Accord général entraîne cependant un « blocage » des préférences par le fait qu'il énumère limitativement celles qui sont encore tolérées (art. I, §§ 2 et 3); les marges de préférence existantes ne pourront plus être dépassées (§ 4); pour le reste, l'application générale du principe du t.n.p.f. empêche la création de toute nouvelle préférence [161]. Toutefois, ainsi que nous l'avons vu, le mécanisme des dérogations en vertu de l'article XXV, § 5 a permis la création d'un certain nombre de nouvelles préférences.

En contraste avec ce qui précède, l'Accord général est favorable aux intégrations régionales. Un article particulier de l'Accord, l'article XXIV, est consacré à ce problème. Dans la pratique des choses, cet article est devenu l'une des dispositions-clés de l'Accord général. Ce n'est pas ici le lieu de faire l'exégèse de cette disposition qui a donné lieu à des travaux approfondis et à un certain nombre de publications importantes [162]. Il suffira d'en rappeler les éléments essentiels, dans la mesure où ils peuvent éclairer le problème qui fait l'objet de ce rapport.

123. L'article XXIV, après avoir reconnu en principe l'utilité d'une « intégration plus étroite » des économies des pays parti-

[161] Voir: Schiavone, pp. 183 et s., Steinberger, pp. 58 et s.

[162] Voir avant tout l'ouvrage de Steinberger.

cipant à de tels accords régionaux (§ 4), indique plus concrètement deux formes d'intégration reconnues comme légitimes au regard de l'Accord général: les unions douanières et les zones de libre-échange.

C'est au § 8 que nous trouvons la définition de ces deux formes d'intégration. On entend par *union douanière*, d'une façon générale, « la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers ». L'union douanière se caractérise, plus précisément, par la suppression des droits de douane et autres réglementations commerciales restrictives pour l'essentiel des échanges commerciaux entre les territoires constitutifs de l'union et par l'identité, en substance, des droits de douane et autres réglementations appliqués au commerce avec des pays tiers. Quant à la *zone de libre-échange*, elle est caractérisée par l'élimination des droits de douane et autres réglementations commerciales restrictives pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange, mais sans entraîner la mise en commun des instruments destinés à régler les rapports commerciaux avec les tiers.

On notera que la dérogation de l'article XXIV s'applique de plein droit, sous réserve des obligations d'information et de consultation prévues par le § 7. La formation d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange ne dépend donc ni d'une autorisation, ni d'une décision de dérogation des Parties contractantes [163].

124. Toutefois, l'article XXIV subordonne la reconnaissance de la légitimité d'une intégration régionale non seulement à l'existence d'une forme d'intégration répondant aux critères qui viennent d'être indiqués, mais encore à une exigence supplé-

[163] Steinberger, p. 137.

mentaire: l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange « doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres Parties contractantes avec ces territoires » (§ 4). Ce critère reflète la théorie de Viner [164] sur l'effet — *trade creation, trade diversion* — des unions douanières. Il ne faut pas, selon l'Accord général, que l'objectif de libéralisation du commerce international puisse être compromis par la formation de groupements régionaux pratiquant une politique protectrice à l'égard du monde extérieur, afin de se réserver d'autant mieux le bénéfice des mesures mutuelles de libération constitutives de l'intégration.

Cette exigence est concrétisée à son tour par le § 5 qui dispose que les droits de douane appliqués par une union douanière à l'égard des Etats tiers ne doivent pas être « d'une incidence générale plus élevée, ni les autres réglementations commerciales, plus rigoureuses que ne l'étaient les droits et les réglementations commerciales en vigueur dans les territoires constitutifs » de l'union; une disposition analogue s'applique aux droits de douane et réglementations commerciales appliqués, à titre individuel, par les Etats membres d'une zone de libre-échange.

Il faut bien souligner que ces exigences sont spécifiques à l'Accord général, dont la visée est de maintenir et de favoriser la libération du commerce international; elles ne sont pas inhérentes à la nature même des deux formes d'intégration en cause.

125. On ajoutera encore que l'Accord général a résolu un autre problème susceptible de créer des difficultés dans le système bilatéral: celui des *accords temporaires* destinés à conduire, à terme, vers une union douanière ou une zone de

[164] *The Custom Union Issue*, pp. 41 et s.

libre-échange accomplie. L'Accord général admet leur légitimité à condition que les arrangements comportent un plan qui permet d'envisager avec une certitude raisonnable que le mouvement arrivera au terme d'une intégration complète (§ 5, *c*).

Dans le même esprit, le § 10 prévoit une possibilité de dispense au cas où une union douanière ou zone de libre-échange ne répondrait pas pleinement aux critères fixés par l'Accord général.

126. L'application de ces dispositions a donné lieu déjà à des travaux approfondis dans le cadre des institutions du GATT à propos des différents systèmes d'intégration établis depuis l'entrée en vigueur de l'Accord général: Communautés européennes et système d'association de la C.E.E.; Association européenne de libre-échange et adjonction de la Finlande à celle-ci; Association latino-américaine de libre-échange; accords d'intégration de l'Amérique centrale (du fait que l'un des pays participants, le Nicaragua, est en même temps Partie contractante du GATT); Marché commun arabe; Union économique et douanière de l'Afrique Centrale, ainsi que divers accords bilatéraux de même nature.

Les débats ont permis d'approfondir considérablement les différents aspects du problème, mais dans les cas les plus importants, spécialement en ce qui concerne la Communauté économique européenne, ils n'ont pas abouti à des décisions formelles. Il en est résulté une série de *modus vivendi* pragmatiques dont l'effet est de reconnaître dans les faits, sinon la légitimité des arrangements conclus, du moins le caractère irrésistible du mouvement d'intégration régionale [165].

---

[165] Sur la jurisprudence du GATT en matière d'intégration régionale, voir Flory, pp. 105 et s.; une synthèse des critères élaborés sur la base de l'Accord général se trouve aux pp. 153-166.

Bases systématiques d'une solution: intégration et mesures de « libération relative »

127. Après avoir rappelé ces antécédents, nous essaierons maintenant de donner une réponse au fond du problème juridique qui se pose. Il ne peut être question ici de refaire, et moins encore de vouloir corriger les travaux du GATT [166]; nous tenterons plutôt de mettre en évidence les données essentielles du problème afin de faciliter une solution dans les domaines qui ne sont pas soumis à l'empire des règles très précises de l'Accord général.

Il faut aborder ce problème à la lumière de notions claires. La question de la compatibilité, avec la c.n.p.f., des accords régionaux ne peut être abordée utilement qu'en fonction d'une distinction fondamentale entre, d'une part, les mesures visant simplement à libérer, c'est-à-dire à faciliter et à étendre le commerce international et, d'autre part, les mesures, beaucoup plus radicales, d'intégration économique qui consistent dans une libération générale, totale et irréversible des rapports économiques entre deux ou plusieurs pays [167].

---

[166] Voir, à ce sujet, les observations critiques de Schiavone, pp. 185 et 208.

[167] A ce point de la discussion, il faut attirer l'attention sur l'ambiguïté du terme de « libération » tel qu'il est couramment utilisé dans la matière qui nous intéresse. En effet, le même mot est employé pour désigner deux choses qualitativement différentes: les mesures de libération *totale* du commerce entre deux ou plusieurs pays, telles qu'elles conduisent à l'intégration économique, et les mesures de libération seulement *partielle* qui permettent d'étendre et de faciliter les échanges entre pays, mais sans conduire à une intégration véritable. Le vocabulaire ne permettant pas d'exprimer d'une manière satisfaisante cette différence, pourtant fondamentale, on pourrait parler de mesures de libération *absolue*, par opposition aux mesures de libération seulement *relative*.

128. Les mesures de simple libération, ou de *libération relative*, sont caractérisées par le fait qu'elles laissent à la disposition des Etats la possibilité d'une protection résiduelle, par l'application de droits de douane (bien que réduits) ou par d'autres moyens. Telle est la visée des conventions commerciales bilatérales, autant que de l'Accord général: ces accords visent bien à la réduction des obstacles au commerce international, mais nullement à leur élimination totale. Il en résulte que, malgré l'application de telles mesures de libération, l'économie des Etats participants conserve toujours son caractère d'économie nationale par le fait des protections plus ou moins substantielles qui subsistent.

Il en résulte que, dans un régime de libération seulement relative, les Etats conservent intacts entre leurs mains tous les instruments qui pourront leur servir, en cas de nécessité, même en rupture de leurs engagements internationaux, à rétablir toutes les défenses de leur économie nationale si les circonstances devaient l'exiger. L'Accord général l'a bien prévu, puisque dans de telles circonstances, il ne reste aux autres Etats rien que la possibilité de mesures de rétorsion[168]. De ce fait, malgré les dispositions prises pour la consolidation du niveau de libération atteint à un moment donné, une certaine précarité reste toujours inhérente au système des mesures de simple libération.

129. Envisagée sous cet angle de vue, *l'intégration* est beaucoup plus radicale dans ses objectifs et dans ses effets. Elle consiste dans la suppression de toutes les défenses commerciales entre deux ou plusieurs Etats et elle porte — dans une hypothèse optimale — sur tous les rapports économiques, c'est-à-dire non seulement sur les transferts de marchandises entre pays

[168] Flory, pp. 259-261.

participants, mais encore sur les prestations invisibles, les transferts financiers, les facteurs humains et les facteurs matériels de production. L'intégration tend à faire disparaître l'autonomie des économies nationales (pour cette raison on ne peut plus parler, au sens propre du terme, d'« échanges » entre pays participant à un système d'intégration), ainsi qu'à fusionner celles-ci dans un marché global qui présente, à une échelle plus grande que celles des économies participantes, les caractéristiques d'un marché intérieur. [169]

Par le fait que les accords d'intégration sont conclus en règle générale soit pour des périodes prolongées, soit même sans limitation de durée et sans possibilité de dénonciation [170], il leur revient, en plus de leur effet qualitativement différent, une plus grande stabilité qu'aux mesures destinées à la simple « facilitation » des échanges internationaux.

130. Cette distinction étant établie entre la simple libération des échanges et l'intégration économique, il est possible de situer la *notion des préférences* [171]. La préférence est une mesure de libération simplement relative de caractère fermé, c'est-à-dire une mesure de libération de portée partielle, limitée aux rela-

---

[169] Voir à ce sujet Balassa, pp. 1 et s. L'auteur met à la base de sa définition la distinction entre « intégration » et « coopération »; la différence entre ces deux notions, dit-il, est qualitative autant que quantitative. La simple coopération vise à « *atténuer* la discrimination », alors que le processus d'intégration économique a pour objet la « *suppression* de certaines formes de discrimination » (p. 2).

[170] Les accords du *Zollverein* étaient conclus pour des périodes renouvelables de 12 ans; l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et la C.E.C.A., pour des périodes de 50 ans; le traité instituant la C.E.E. est conclu « pour une durée illimitée » (art. 240).

[171] Sur la notion des préférences, voyez l'ouvrage de Zimmer, spécialement aux pp. 20 et s.; sur certains antécédents historiques du problème, pp. 38 et s.; sur les préférences du Commonwealth en particulier, pp. 66 et s.

tions bilatérales entre deux Etats ou aux relations mutuelles à l'intérieur d'un groupe restreint.

On entend donc par préférence tout ce qui favorise le commerce entre un nombre restreint de pays, à l'exclusion de tous les autres, mais sans atteindre au niveau d'une véritable intégration. Cette limitation matérielle des mesures de préférence peut résulter de diverses circonstances: soit que les obstacles au commerce sont simplement atténués, par exemple au moyen de réductions tarifaires, mais non abolis; soit encore que les mesures de libération, même totales, ne concernent que certains produits à l'exclusion des autres; l'effet préférentiel peut résulter enfin du caractère non réciproque des mesures de libération, de manière que l'effet de fusion consécutif à l'intégration ne peut pas se produire.

Principe de la solution: priorité de l'intégration sur les mesures de libération relative

131. Une dérogation à la clause doit prendre place, et cela de plein droit, en faveur des arrangements régionaux ayant la nature d'une authentique intégration économique, en d'autres termes, en faveur des arrangements qui ont pour objet de consacrer des liens économiques qualitativement distincts de ceux qui résultent de conventions commerciales dont la visée ne dépasse pas l'objectif d'une libéralisation relative des échanges commerciaux.

Cette thèse demande à être justifiée.

132. Une première justification résulte d'une analyse *des intérêts* mêmes que poursuivent les Etats qui s'unissent dans le cadre de l'une des formes d'union représentatives de l'intégration économique. Ces avantages sont spécifiques de l'intégration; ils ne pourraient résulter de simples conventions commer-

ciales. Dès lors, ce qu'une convention commerciale ne saurait donner, elle ne saurait, non plus, l'empêcher.

Les avantages auxquels nous venons de faire référence sont, en bref, de trois ordres:

> Le bénéfice de la *dimension économique* par le fait de conférer aux Etats membres (et surtout aux plus petits parmi eux) la possibilité de participer aux avantages d'un marché de dimension optimale ou se rapprochant d'une telle dimension, du point de vue d'une organisation rationnelle de la production et de l'écoulement des produits (économies dites « d'échelle »). En même temps, l'agrandissement de la dimension du marché, grâce à l'élimination systématique des obstacles à la libre circulation des produits et des obstacles au déplacement des facteurs de production, augmente la compétitivité des producteurs, ce qui se répercute par un abaissement des coûts de production et par une amélioration de la qualité des produits.
>
> Le second avantage est celui de la plus grande *diversification* de l'économie globale de l'ensemble, par rapport aux économies nationales des Etats composants. Cette plus grande diversité, grâce à l'irréversibilité du processus d'intégration, se traduit par la création à la fois de débouchés et de sources d'approvisionnement plus sûrs à l'intérieur de l'union.
>
> Enfin, il faut considérer les *avantages politiques* de l'intégration. En effet, la formation d'un groupement intégré, c'est-à-dire suffisamment homogène pour être capable d'agir d'une manière cohérente à l'égard des Etats tiers, procure aux Etats participants un surplus considérable de puissance de négociation dans les relations économiques internationales. Il est permis de penser que c'est là le motif fondamental qui inspire la création des groupements économiques à l'époque contemporaine [172].

[172] A cela, on peut ajouter une considération qui se situe au niveau de la politique pure. Il n'y a pas de doute que l'intégration économique favorise l'union politique. Nous ne partageons pas, pour autant, l'opinion de ceux qui pensent que l'intégration économique devrait être, en quelque sorte, un acheminement inéluctable vers l'union politique. Cet aboutissement n'est pas exclu, mais il est parfaitement concevable aussi que deux ou plusieurs Etats s'unissent économiquement, précisément afin de se créer une base matérielle qui leur permette de mieux défendre leur autonomie à la fois politique et culturelle. En d'autres termes, l'intégration économique peut

133. L'argument juridique consiste à dire, en présence d'intérêts économiques et politiques aussi fondamentaux, que les mesures de simple coopération et de simple libération commerciale qui, tout en réduisant les obstacles au commerce international, laissent cependant intact le caractère national des économies en présence, c'est-à-dire le principe même des possibilités de défense, par les différents pays, de leurs économies, sont incapables de procurer les avantages qu'un Etat peut attendre de sa participation à un système d'intégration [173]. Or, on ne peut pas songer qu'un Etat, par le fait de s'être lié par des conventions commerciales et d'avoir concédé dans un tel cadre la c.n.p.f., se soit privé de la possibilité de rechercher les objectifs de l'intégration.

C'est, somme toute, l'application de la règle disant que la clause ne peut procurer que le bénéfice d'avantages *eiusdem generis*. Pour que la clause puisse produire son effet, il faut qu'il y ait *identité d'objet* entre la convention qui comporte la clause et celle qui confère l'avantage revendiqué par le bénéficiaire. Dans son rapport à la Commission du droit international, M. Ustor, citant un texte de Sir Gerald Fitzmaurice, dit à ce sujet: «... la clause ne peut, en principe, assurer que des droits du même genre et du même ordre... (que ceux qui sont accordés à un autre pays). La matière ou catégorie de matières doit être la même: le fait d'accorder le traitement de la nation la plus

---

servir à la fois comme une préparation de l'union politique ou comme un moyen, au contraire, *de l'éviter*: tout dépend des intentions des parties. Mais toujours est-il que, même dans cette seconde hypothèse, là où l'unification politique n'est pas visée, l'intégration économique crée néanmoins entre deux ou plusieurs Etats une zone d'intérêts communs à tel point large et fondamentale que leur coopération politique doit en être, par la force des choses, influencée favorablement.

[173] Cet aspect est méconnu par Dell qui fait, aux pp. 40 et s., une critique très intéressante, mais tout aussi partiale, de l'intégration.

favorisée en ce qui concerne une matière donnée ou une catégorie de matières déterminées ne peut pas conférer le droit de jouir du traitement accordé à un autre pays en ce qui concerne une autre matière ou une autre catégorie de matières.» [174] La clause, insérée dans une convention commerciale, porte sur la catégorie des mesures de libération relative et assure la jouissance de toutes dispositions de cet ordre; son effet s'épuise à la limite de l'intégration qui est, qualitativement, autre chose.

Une illustration particulièrement significative a été fournie, en ce qui concerne le principe *eiusdem generis*, par le rapport de la Commission permanente de conciliation italo-suisse dans l'*affaire concernant l'application aux citoyens suisses de l'impôt extraordinaire italien sur le patrimoine*. Le litige portait sur la question de savoir si une c.n.p.f. inscrite dans un traité d'établissement pouvait assurer à la Suisse une exemption fiscale stipulée, en faveur des ressortissants des Nations Unies, dans le traité de paix conclu avec l'Italie. La Commission de conciliation, à la suite d'un échange approfondi d'arguments entre parties, a rendu le 31 octobre 1956 l'avis suivant. Après avoir rappelé les limites de la c.n.p.f., largement consacrées par la pratique internationale en ce qui concerne le trafic frontalier, les préférences coloniales, les « unions douanières et autres », elle ajoute: « Toutes ces limitations ont le même fondement et le même trait commun. Toutes, en effet, supposent l'existence entre deux ou plusieurs Etats de certains rapports qui sont sans identité ou équivalent possible dans les relations entre ces Etats et l'Etat qui, cependant, voudrait se prévaloir à leur égard de la clause de la nation la plus favorisée.» [175] Suivant l'expression utilisée

---

[174] Doc. A/CN.4/L.127, n° 23 (original anglais). — Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law, Part II », *British Yearbook of International Law*, XXXII (1955-6), p. 84. — Voir encore: McNair, p. 287; Schwarzenberger, p. 108 et les précédents cités à la note 6; Kiss, *l. c.*, A.F.D.I., 1957, p. 479, note 3.

[175] Commissione permanente di conciliazione fra la Repubblica italiana e la Confederazione svizzera, etc., pp. 186-187. En ce qui concerne le point de droit qui nous intéresse, voir la thèse italienne aux pp. 58-60, 148-152, 174-177; la thèse suisse, pp. 77-81, 116-119, 161-167.

par l'agent italien, dont la thèse a obtenu gain de cause, la c.n.p.f. ne saurait jouer entre deux traités « absolument hétérogènes » [176]. L'argument peut être transposé sans difficulté à notre matière.

Un autre exemple récent de l'application du même principe se trouve dans la *Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral*, du 8 juillet 1965. En effet, en vertu du 7me principe inscrit dans le préambule et de l'article 10, « les facilités et droits spéciaux accordés aux termes de la présente Convention aux Etats sans littoral en raison de leur situation géographique particulière sont exclus du jeu de la clause de la nation la plus favorisée ». La raison d'être de cette disposition résulte du texte même: un pays tiers ne pourra pas revendiquer, en vertu de la c.n.p.f., une faveur accordée en considération d'une « situation géographique particulière », car il n'y a pas de commune raison entre, d'une part, la convention relative aux Etats sans littoral et, d'autre part, la matière des accords de commerce ou de navigation.

134. Ce qui vient d'être dit prend plus de relief encore lorsque l'on considère *les contreparties de l'intégration*, c'est-à-dire les servitudes économiques et politiques qu'elle impose. En effet, les avantages de l'intégration — la plus grande dimension du marché intérieur, la sécurité des débouchés et des approvisionnements, la plus grande puissance de négociation, ainsi que nous l'avons dit — ne peuvent être obtenus qu'au prix de concessions notables sur la liberté d'action des Etats parties à un système d'intégration. D'une part, ces Etats doivent accepter la compétition économique des partenaires sans pouvoir prendre recours à des mesures de protection; d'autre part, dans leurs rapports économiques avec le monde extérieur, ils doivent prendre égard à la défense des intérêts de leurs partenaires, en d'autres termes, substituer à la défense de leurs seuls intérêts nationaux une attitude constante de solidarité.

C'est cela qui s'exprime dans l'article 234 du traité instituant la C.E.E., où il est dit que, dans l'application des conventions conclues antérieurement avec les Etats tiers (ce qui vise à la fois

[176] *Ibid.*, p. 152.

l'Accord général et les conventions commerciales comportant la c.n.p.f.), « les Etats membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des Etats membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les Etats membres ».

Il apparaît ici, une fois de plus, qu'il n'y a pas de commune mesure entre les prestations auxquelles oblige normalement la c.n.p.f., à savoir l'application non discriminatoire de mesures *limitées* de libération, et les mesures de libération *radicale*, la renonciation à toute défense, qui fait l'objet des traités d'intégration économique.

135. Enfin, il est rappelé que les systèmes d'union économique sont fondés sur le principe de l'égalité de traitement, ou *traitement national*, appliqué systématiquement à tous les domaines, aux marchandises, aux invisibles, au traitement des personnes physiques et des sociétés, de manière à aboutir à la fusion de deux ou plusieurs espaces économiques nationaux en un seul espace économique homogène[177]. En contraste avec l'octroi du traitement national, le t.n.p.f. reste toujours un traitement d'étranger, en d'autres termes, un traitement par hypothèse moins favorable que celui qui est accordé aux marchandises et aux activités économiques nationales.

Si deux ou plusieurs Etats conviennent entre eux d'effacer complètement la différence qui subsiste entre le standard de la nation la plus favorisée et le traitement de leurs propres nationaux, et même d'aller plus loin encore, par le fait d'effacer les divergences matérielles de traitement, grâce à l'harmonisation

[177] Ci-dessus, nos 26 et 113. Voir, à titre d'exemple, les clauses générales de l'art. 2 du traité d'union Benelux et l'art. 7 du traité instituant la C.E.E.

des législations et des politiques, l'objectif de la c.n.p.f. est de loin dépassé. Les bénéficiaires de la clause ne sont dès lors pas fondés à réclamer en leur faveur ce qui sort manifestement du champ de l'obligation qui a été, à leur égard, assumée.

Ils pourront toujours exiger légitimement que l'union globale leur accorde le traitement d'étranger le plus favorable — et c'est de là que dérivent les conditions posées par le GATT en ce qui concerne l'incidence générale du tarif douanier et des autres réglementations commerciales appliquées par les unions douanières ou les Etats membres d'une zone de libre-échange — mais un Etat tiers ne pourra pas, au nom de la clause, réclamer le bénéfice des dispositions prises pour la libération du commerce *à l'intérieur* de l'union.

136. En un mot, il n'y a donc pas de commune mesure entre ce qui fait l'objet normal de la clause et les avantages que voudraient revendiquer ceux qui invoquent la clause pour s'approprier le bénéfice de faveurs consenties dans le cadre d'un système d'intégration auquel ils ne sont pas parties. Dans ces conditions — à supposer évidemment que l'on se trouve dans le cas d'une intégration authentique — les objections d'un pays tiers bénéficiaire de la clause devraient être considérées comme étant inspirées plutôt par *le désir d'empêcher un certain regroupement régional* que celui de s'approprier l'avantage économique exorbitant qui pourrait résulter d'une telle revendication. Encore une fois, ce serait dépasser, et de loin, la signification de la c.n.p.f. que de la faire servir à des visées politiques de ce genre.

Chacun des trois arguments que nous venons de développer nous ramène donc à la même idée. Que l'on envisage l'intégration sous l'angle de son objectif, de ses contreparties ou du principe de sa réalisation (la généralisation du traitement national), la conclusion est la même: son objet est *qualitativement différent* de l'objet d'une convention commerciale ou d'une convention

d'établissement. La c.n.p.f. stipulée dans un tel cadre ne peut pas assurer la jouissance d'avantages autres que ceux qui forment l'objet de ce type de conventions. Elle est impuissante à procurer les avantages typiques de l'intégration et ce serait dès lors *un abus de droit* si la clause était utilisée pour barrer à d'autres Etats la voie vers un tel objectif.

Application pratique du principe

137. Le principe que nous venons de dégager ne fournit cependant qu'une orientation très générale. En effet, il n'est pas facile de définir dans le concret la notion de l'intégration économique, d'autant plus que les accords d'union conclus, sous quelque nom que ce soit, entre deux ou plusieurs Etats, sont souvent loin de correspondre à l'image idéale que nous avons projetée de l'intégration. Il est donc souvent malaisé de discerner entre l'intégration authentique, c'est-à-dire entre les aménagements qui conduisent à la création entre deux ou plusieurs Etats de conditions semblables à celles d'un grand marché intérieur, et les arrangements préférentiels incompatibles avec le t.n.p.f.

138. Nonobstant, nous croyons qu'il est possible de définir d'une manière suffisamment concrète les conditions que doit remplir un régime d'intégration pour qu'il puisse prétendre bénéficier d'une dérogation à la clause: il faut qu'il conduise à la suppression *radicale, générale et durable* de toutes les restrictions, tarifaires et autres, aux courants économiques entre les pays participants.

a) Suppression radicale, c'est-à-dire sans laisser de restes protecteurs, ni même la possibilité, pour les Etats participants, de réintroduire des défenses commerciales;

b) suppression générale, c'est-à-dire sans exclure aucun produit, ni aucune forme d'activité économique;

c) durable, de manière que les agents économiques peuvent considérer les mesures de libération introduites comme une perspective à long terme et concevoir leurs plans en conséquence.

Les conditions énoncées sont communes à l'union douanière et économique, d'une part, à la zone de libre-échange, d'autre part.

139. En ce qui concerne *l'union douanière en particulier*, on a l'habitude d'ajouter une condition supplémentaire, à savoir l'application d'un tarif douanier commun et de réglementations commerciales identiques dans les rapports avec les pays tiers [178]. Mais ici, nous touchons à une antinomie: cette exigence n'est formulée qu'à l'égard des unions douanières et non pas à l'égard des zones de libre-échange, dont le trait distinctif consiste précisément dans une libération totale des échanges mutuels, sans adoption concomitante d'un tarif douanier commun et de réglementations commerciales identiques. Comment justifier cette différence de rigueur dans les conditions appliquées à ces deux types d'intégration?

On peut alléguer tout d'abord une raison de fait: si, entre les Etats membres d'un régime de zone de libre-échange, subsis-

[178] Telle est, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, l'attitude de l'Accord général, art. XXIV, § 8, *a*, ii. — D'autres ajoutent encore une caractéristique supplémentaire: la mise en commun des recettes douanières et la répartition de celles-ci suivant une clé prédéterminée. Voir à ce sujet l'analyse de Viner, p. 5, et de Knapp, pp. 55 et s. La même doctrine inspire l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, *l. c.*, p. 51, *sub* 4. Or, une chose est la description du type de l'union douanière; autre chose sont les conditions minima qu'un tel régime doit remplir pour donner lieu à une dérogation à la c.n.p.f. En fait, une union douanière peut fonctionner parfaitement sans qu'il y ait lieu à une mise en commun et une répartition des recettes, ainsi qu'il est prouvé par le Benelux et la C.E.E.

taient des divergences par trop accentuées en matière de tarifs et de réglementations commerciales, le fonctionnement du libre-échange se trouverait indirectement compromis. Ainsi, l'adhésion à un tel régime exerce une pression naturelle sur les Etats parties dans le sens d'une harmonisation spontanée des dispositions applicables aux échanges avec les pays tiers, en d'autres termes, une pression dans le sens d'un comportement semblable à celui des membres d'une union douanière proprement dite. Mais ceci n'est pas le motif décisif.

La raison véritable, c'est que la dérogation à la c.n.p.f. doit être reconnue, quelle que soit la qualification du régime d'intégration, dès lors que celui-ci conduit à une libération totale des courants économiques entre les partenaires, c'est-à-dire dès que se trouve atteint le stade de ce qui est qualifié de « zone de libre-échange ». A partir de ce « seuil » d'intégration, la dérogation est acquise. Quant à la question de savoir si les Etats participant à un régime d'intégration veulent franchir le pas vers l'union douanière, par l'adoption d'un tarif extérieur commun et de réglementations commerciales communes, il s'agit là d'une question qui ne concerne pas les tiers bénéficiaires de la clause. Cette question concerne exclusivement les partenaires du régime d'intégration, en ce sens que seule la création d'une union douanière peut conférer aux Etats participants le troisième des avantages mentionnés ci-dessus, à savoir l'accroissement de leur puissance de négociation dans les relations économiques internationales[179]. L'acquisition de cet accroissement de pouvoir est au prix des servitudes inhérentes à la formule de l'union douanière; quant à la zone de libre-échange, elle n'implique pas

[179] Ainsi, les Etats membres des Communautés européennes ont choisi — pour des raisons qu'il n'est pas nécessaire d'analyser dans ce contexte — la forme de la zone de libre-échange pour la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la forme de l'union douanière pour le Marché commun général.

ces contraintes mais, en revanche, puisque du point de vue des tiers elle laisse subsister les marchés des Etats participants comme marchés nationaux séparés, cette formule d'intégration n'augmente guère la « masse de manœuvre » des Etats membres de la zone dans les relations commerciales internationales.

Notre conclusion, sur ce point, est donc que la différence entre l'union douanière et la zone de libre-échange est irrelevante du point de vue de la compatibilité avec la clause. Celle-ci dépend exclusivement de la réalisation d'un libre-échange parfait entre Etats partenaires à un régime d'intégration.

140. Les problèmes réels, en ce qui concerne la compatibilité avec la clause, résultent des *dérogations* qui subsistent à l'intérieur des régimes d'intégration et des limites qui sont tracées de ce fait à leur application matérielle et temporelle. Ainsi, on constate que même dans des régimes d'union dont on ne saurait contester le caractère d'intégration, il subsiste des dérogations limitées, plus ou moins étendues, parfois très tenaces.

Dans l'*union économique belgo-luxembourgeoise*, qui représente probablement le régime d'intégration le plus développé depuis l'époque du *Zollverein*, on n'a pas encore réussi après une période de près de cinquante ans à unifier complètement les droits d'accise et le régime agricole [180].

La même remarque vaut à plus forte raison pour le *Benelux* qui n'a jamais réussi à résoudre réellement son problème agricole et qui n'a jamais su dépasser les premières tentatives d'unification des droits d'accise, ni réussir entièrement l'élimination des entraves techniques à la libre circulation.

Dans ce contexte, il faut attirer particulièrement l'attention sur l'existence, dans les traités d'intégration, des *clauses dites de « sauvegarde »* qui permettent aux Etats membres, dans des circonstances

[180] Sur l'état le plus récent de cette union, voir le cahier spécial de la Chronique de Politique étrangère, sur l'Union belgo-luxembourgeoise, par P. Pescatore, volume XXXIII, n° 4, juillet 1965.

critiques, d'instituer entre eux de nouvelles mesures de restriction, parfois même par voie unilatérale [181].

Les mesures de libération prises par les Etats européens dans le cadre de l'*O.E.C.E.* n'ont porté que sur la suppression des restrictions quantitatives et la libération des paiements; par contre, cette organisation n'a jamais abordé le problème de la réduction ou de la suppression des droits de douane. De ce fait, l'O.E.C.E. ne constituait pas une intégration véritable, mais plutôt une zone préférentielle, et elle aurait pu prêter à critique du point de vue de la c.n.p.f. Si la mise en place du système de l'O.E.C.E. n'a jamais suscité d'oppositions sérieuses, ceci est dû au fait que ce régime préférentiel s'est créé à une époque où l'économie mondiale se trouvait profondément désorganisée par l'effet de la seconde guerre mondiale. Il y a cependant encore plus que cela: l'O.E.C.E. a été comprise dès le début comme étant, en intention, l'amorce d'un effort généralisé vers la suppression des restrictions quantitatives et des obstacles aux paiements internationaux, prévision qui s'est effectivement matérialisée [182].

Enfin, on notera que la *Convention de Stockholm* instituant l'A.E.L.E. excepte dans une large mesure les produits agricoles du principe de libre-échange applicable aux domaines de l'industrie et du commerce. — La même impression prévalait à l'époque de la mise en vigueur du *traité de Rome* instituant la C.E.E., étant donné que l'agriculture se trouvait soumise à un régime distinct, non encore défini dans le traité. On pouvait appréhender alors que les Etats membres soient incapables de parvenir à un accord sur un régime agricole commun; on sait que cette crainte a été démentie puisque les marchés agricoles sont soumis aujourd'hui à une réglementation commune, bien que distincte des autres secteurs du Marché commun.

141. Des problèmes plus difficiles encore résultent du fait qu'en dehors des dérogations limitées du point de vue matériel, il existe des accords d'intégration qui n'ont, dans leur ensemble, qu'un caractère incomplet du fait qu'ils sont *provisoires et*

---

[181] Voir: traité Benelux, art. 14; traité instituant la C.E.E., art. 226. Paolo Gori, Les clauses de sauvegarde des traités C.E.C.A. et C.E.E., Centre international d'études et de recherches européennes de Luxembourg, Heule (Belgique), 1967.

[182] Voir, sur ce problème, Steinberger, pp. 66 et s.

transitoires[183]. En fait, tous les grands projets d'intégration de l'époque contemporaine sont caractérisés par un « gradualisme » sous forme d'une réduction progressive des obstacles, suivant un principe plus ou moins automatique comme c'est le cas des traités de Rome et de Stockholm, ou selon un processus de négociation continue comme dans le cas du traité de Montevideo.

Pendant les stades initiaux, de tels projets ne se distinguent en rien d'un système préférentiel, puisque les Etats participants conservent toujours une protection résiduelle plus ou moins considérable. De tels projets ne peuvent donc être jugés qu'en tenant compte, à la fois, de l'intention qui leur est inhérente et des garanties qu'ils peuvent offrir en ce sens que le but visé sera atteint dans des délais raisonnables.

Prévisions sur la structure future de l'économie mondiale

142. Ainsi donc, si le principe nous paraît clair — l'intégration authentique constitue, de plein droit, un cas de dérogation aux effets de la clause — l'application de ce principe aux multiples variétés d'intégration, en présence surtout des dérogations et des atermoiements que celles-ci peuvent comporter, soulève de multiples incertitudes. Il devient dès lors indispensable *de pouvoir prendre recours à un mécanisme multilatéral* de consultation, d'examen, de décision et, s'il y a lieu, de règlement des litiges.

Nous apercevons ici, une fois de plus, l'un des avantages du GATT qui offre précisément un ensemble de mécanismes institutionnels capables d'accomplir ces diverses fonctions, et surtout les premières, celles de la consultation et de l'examen des faits.

---

[183] L'Accord général a tenu compte de ce problème par l'introduction, dans l'art. XXIV, de la notion des « accords provisoires » conclus en vue de l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange (§ 5). Voir à ce sujet: Zimmer, pp. 82 et s.

Ainsi s'est constituée une sorte de « jurisprudence » sur les arrangements régionaux compatibles, ou non compatibles, avec le principe général du t.n.p.f. En contraste, on rappellera que l'absence d'une conception multilatérale en la matière a eu pour conséquence, à l'époque de la S.d.N., de faire échouer les premières tentatives de libération régionale du commerce, à la suite des résistances opposées par des pays isolés, bénéficiaires de la clause à titre bilatéral.

143. Nous tirons de ces réflexions une seconde conclusion. Dans l'aménagement de la structure économique du monde, il faut tenir compte des exigences et des ressources à la fois de l'universalisme et du régionalisme économique [184].

L'économie mondiale est le champ de la *coopération économique internationale*, caractérisée par le principe de non-discrimination dans la forme du t.n.p.f. Dans l'état actuel des relations internationales, c'est-à-dire à une époque où il n'est pas concevable que les Etats abandonnent toutes leurs défenses commerciales et consentent à traiter sur un pied d'égalité leur économie nationale et l'économie de tous les autres Etats, la clause ne pourra procurer jamais plus que l'extension non discriminatoire des facilités accordées au commerce grâce à des mesures partielles, sous forme d'une réduction des droits de douane et d'une atténuation des autres obstacles au commerce international.

Par contre, le cadre régional offre des chances aux possibilités d'*intégration réelle*, c'est-à-dire à des systèmes économiques fondés sur le principe de la suppression totale des obstacles et sur la création, entre des groupes d'Etats, de conditions similaires à celles d'un marché intérieur. De tels rapports écono-

[184] Voir sur la « régionalisation » de l'économie mondiale, les remarques introductives et les conclusions de l'ouvrage de Steinberger, pp. 23 et 225 et s.

miques ne sont possibles que sur la base de relations de proximité et de confiance qui ne sont pas concevables, du moins dans l'état actuel des relations internationales, à l'échelle du monde.

Il semble donc bien que nous allions vers un système économique construit, dans une certaine mesure, à deux paliers: à la base nous trouverons les groupes économiques restreints, fondés sur un principe d'intégration; au-dessus, des rapports intergroupes fondés sur le principe du t.n.p.f. Plus précisément, la situation sera telle que seules quelques très grandes puissances seront encore capables de participer, à titre individuel, aux relations économiques internationales; elles trouveront en face d'elles des groupes solidaires, d'étendue variable, capables grâce à leur solidarité de mieux défendre leurs intérêts dans le cadre d'une économie mondiale dont le rythme d'action et de développement est déterminé par les plus grandes parmi les Puissances économiques. Une telle forme d'organisation offrira de moins en moins de chances aux petits pays qui voudraient participer isolément aux rapports économiques internationaux; en revanche, cette structure offrirait la possibilité d'un développement plus harmonieux de l'ensemble [185], par le fait qu'elle permettrait aux solidarités régionales de porter pleinement leurs fruits sans mettre en cause, à l'échelle de l'économie universelle, le grand principe d'égalité consacré par la clause de la nation la plus favorisée.

---

[185] Ceci pose encore le problème, essentiellement politique, du minimum et de l'optimum de la dimension des groupements économiques régionaux. La limite *minimale* nous semble être indiquée par la puissance de négociation dont de tels groupements ont besoin pour pouvoir défendre efficacement leurs intérêts dans les rapports avec les grandes puissances économiques. Du point de vue de la dimension *optimale* de tels groupements, il faut mettre en balance les besoins de l'efficacité économique et les facteurs de dispersion politique qui rendent ingouvernables, et donc inefficaces, des groupements régionaux trop hétéroclites.

CONCLUSIONS

144. Au terme de cette discussion, il convient de s'interroger sur la teneur de la Résolution que la quatrième Commission pourra soumettre aux délibérations de l'Institut. Ceci devra nous amener en premier lieu à revenir à la Résolution votée par l'Institut en 1936, au cours de sa 40e session à Bruxelles, sur les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation.

Attitude à prendre à l'égard de la Résolution de 1936 : points à confirmer

145. Lorsqu'on passe en revue, à la lumière des réflexions qui précèdent, la Résolution de 1936, on peut faire une première constatation réconfortante: c'est que les dispositions essentielles des dix paragraphes formulés à cette occasion ont résisté à l'érosion du temps et restent valables, même en présence du changement profond des perspectives que nous avons constaté.

Ainsi, il est toujours vrai que dans le doute, la clause a un caractère inconditionnel (§ 1);

que la clause comporte extension de tous les bénéfices accordés à un Etat tiers, qu'ils aient leur source dans le droit interne ou dans le droit conventionnel (§ 2);

que les effets de la clause ont leur durée limitée à la durée des conventions avec les Etats tiers (§ 3) — proposition toujours valable sous réserve, toutefois, des progrès faits dans le cadre de l'Accord général en ce qui concerne la stabilisation du régime de libération.

Valable toujours ce qui est dit sur le champ d'application matériel de la clause (§§ 4 à 6) — sous réserve, peut-être, de détails relatifs au trafic de perfectionnement et à l'origine des marchandises dont l'étude a été depuis approfondie dans le cadre des diverses organisations économiques internationales.

Enfin, on ne peut qu'approuver l'affirmation du principe de bonne foi et la condamnation du recours à des discriminations de fait (§ 9). Ces dispositions ont trouvé leur accomplissement dans les méthodes du GATT qui s'inspire précisément d'un esprit de coopération et de bonne foi dans l'application des règles juridiques.

Points à reviser

146. Par contre, il est dans la Résolution de 1936 certaines dispositions dont il faudra se distancer; nous avons hâte de dire que, loin d'adresser une critique à l'œuvre de nos devanciers, nous constatons simplement que l'expérience pratique a fait entre-temps des progrès considérables.

Une première observation concerne le § 7, relatif aux *dérogations à la clause* en faveur du trafic frontalier, des unions douanières, des « conventions ouvertes à la signature de tous les Etats, dont l'objet est de faciliter et de stimuler le commerce et les relations économiques internationales par un abaissement systématique des droits de douane », des « accords mutuels et exclusifs entre Etats, impliquant l'organisation de régimes économiques d'un caractère régional ou continental », enfin, de tout « accord économique entre les membres associés d'une communauté politique ». Autant nous approuvons les deux premières dérogations, relatives au trafic frontalier et aux unions douanières, autant nous voudrions faire valoir des réserves à l'égard des autres catégories mentionnées. En voici les raisons.

Quant à la dérogation en faveur des « conventions destinées à faciliter le commerce international », nous rappelons notre opinion qu'il s'agit là d'une erreur d'orientation. La pratique internationale démontre bien qu'il n'y a pas de raison d'en réserver le bénéfice aux seules parties: bien au contraire, du moment qu'il est possible de rallier à de telles conventions un nombre appréciable des puissances commerciales du monde — ce qui est la condition *sine qua non* de leur efficacité — il n'y a

plus d'intérêt à en exclure les Etats tiers, dans la mesure où ils sont bénéficiaires de la clause à l'égard de l'un ou de l'autre des pays participant à un tel système multilatéral.

En ce qui concerne les deux catégories mentionnées en dernier lieu, les critères retenus à l'époque par l'Institut sont beaucoup trop larges et trop lâches étant donné que les dits « régimes économiques d'un caractère régional ou continental » ainsi que les régimes économiques accompagnant une « communauté politique » peuvent constituer une intégration authentique, mais ils peuvent aussi recouvrir un régime de simple préférence. En d'autres termes, il ne suffit pas de viser simplement l'étendue d'un régime, ou sa composante politique; il faut voir à la substance, étant entendu que seul un régime d'intégration authentique peut prétendre à la dérogation aux effets de la clause.

147. Dans le § 8 de sa Résolution de 1936, l'Institut s'était prononcé contre la compatibilité, avec la clause, des droits dits *antidumping*. Or, la pratique internationale est actuellement contraire: sans doute, l'application des droits antidumping et de mesures similaires peut prêter à abus, mais nul ne songera à contester de nos jours le principe de la légitimité de mesures de défense commerciale destinées à rétablir des conditions normales d'une concurrence internationale, lorsque celles-ci ont été faussées par des interventions de la puissance publique. En d'autres termes, il est admis aujourd'hui que l'application du principe de l'égalité de traitement, consacré par la c.n.p.f., est *conditionnée* par le respect de la loyauté dans la concurrence internationale.

148. Enfin, le § 10 de la Résolution de 1936 prévoit que « tout différend concernant l'interprétation et l'application de la clause de la nation la plus favorisée doit être résolu par la voie *judiciaire ou arbitrale* ». Or, l'expérience du GATT montre dans

une autre direction. Il est apparu en effet que les litiges qui peuvent surgir à propos de la clause sont liés très étroitement à un ensemble de données économiques qui se prêtent mal à des moyens de solution purement juridiques tels que les règlements judiciaires ou arbitraux. Il semble bien que la méthode des consultations et des investigations sur les faits *(fact-finding)*, débouchant en fin de compte sur des compromis pragmatiques, soit plus conforme à la matière commerciale que les règlements judiciaires. Ces derniers ne peuvent être envisagés que pour un stade ultérieur, lorsque l'organisation de la communauté commerciale mondiale aura atteint un degré où elle pourra procéder par voie de décisions obligatoires, de manière à créer un besoin de protection juridique. Dans le cadre des formes d'organisation plutôt lâches de l'époque contemporaine, il semble donc qu'il soit peu adéquat de viser d'emblée à des règlements juridictionnels.

Présentation du nouveau projet de Résolution

149. Le caractère du projet qui fait suite au présent rapport se distingue, par la force des choses, assez profondément de la Résolution arrêtée en 1936. A cette époque-là, il s'agissait de résoudre les problèmes d'application posés par une clause-type dans les conventions bilatérales. Par contre, à l'heure actuelle, la question se pose dans une perspective plus fondamentale, à savoir celle de l'organisation multilatérale du commerce international, de manière que la Résolution sera une contribution à la construction d'un ordre juridique nouveau, plutôt qu'un apport à la solution des questions d'application et d'interprétation du droit existant. En conséquence, la Résolution proposée a un caractère avant tout de politique juridique, ce qui est bien conforme aux statuts de l'Institut qui a reçu pour but, entre autres, de favoriser « le progrès du droit international... en harmonie avec les besoins des sociétés modernes » (art. 1er).

150. Sans vouloir donner un commentaire détaillé des dispositions proposées — puisque tout le rapport qui précède tient lieu d'exposé des motifs — on expliquera ci-après la *charpente générale* de ce projet. Après un rappel de la Résolution de 1936, on indiquerait en quoi consiste l'évolution qui a amené l'Institut à revenir sur le sujet de la c.n.p.f.: il s'agit, ainsi qu'il est exposé dans l'introduction, du mouvement de « multilatéralisme institutionnel » qui est à l'origine des transformations de la clause. La partie dispositive serait articulée en cinq ordres d'idées.

a) Tout d'abord, il s'agirait de rappeler, par une brève énumération, les multiples avantages apportés par l'insertion de la clause dans un système multilatéral organisé:

— généralisation de l'emploi de la clause selon un libellé uniforme;

— lien établi entre la clause et certaines orientations de la politique commerciale (libéralion, consolidation, réciprocité);

— avantages de la méthode de négociation multilatérale;

— concentration de la clause sur les aspects du commerce international qui sont conformes à sa nature propre, grâce à la solution, par l'application d'autres principes, de problèmes tels que celui des obstacles non tarifaires et des règles de concurrence;

— enfin, avantage de la formation d'une « jurisprudence » multilatérale en matière de dérogations et de règlement des litiges.

b) Après avoir rappelé les efforts infructueux en vue de la création d'une organisation internationale du commerce à l'échelle mondiale (allusion à la « Charte de La Havane »), on reconnaîtrait le progrès considérable atteint depuis cette époque, grâce aux dispositions matérielles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et grâce à la structure institu-

tionnelle créée sur la base de cet accord. En même temps, on attirerait l'attention sur deux ordres de problèmes qui, à défaut d'universalité de ce système, n'ont pas pu être convenablement résolus par le GATT: le problème des relations entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat ainsi que la question des relations économiques entre pays industrialisés et pays en voie de développement. Un alinéa spécial serait ensuite consacré à chacun de ces deux problèmes.

c) En ce qui concerne le commerce Est-Ouest, on attirerait l'attention sur l'inopérance relative de la clause, pour insister ensuite sur la nécessité d'aborder la solution de ce problème, sur une base multilatérale, par des moyens — de caractère quantitatif — mieux appropriés, dans le respect des systèmes économiques des pays intéressés de part et d'autre.

d) On mettrait ensuite en évidence le problème des préférences en faveur du développement, en commençant par une observation critique ayant trait au caractère disparate des préférences résultant soit du maintien de systèmes qui n'ont, à l'heure actuelle, plus qu'une justification purement historique, soit de la création de nouvelles préférences, par l'utilisation de régimes d'intégration imparfaits ou asymétriques. Sans nier l'intérêt de ces régimes en eux-mêmes — puisqu'ils constituent à tout le moins une réponse partielle au problème — l'Institut exprimerait le désir qu'à ces préférences disparates l'on substitue, en faveur des pays en voie de développement, un ensemble de préférences fondées sur des critères objectifs et accessibles sans discrimination à tous les Etats.

e) Enfin, au sujet des accords régionaux, l'Institut exprimerait une opinion plus tranchée que celle de la Résolution de 1936, en affirmant deux principes:

— d'une part, l'élimination de toutes préférences autres que les préférences en faveur du développement économique et les

préférences traditionnelles en faveur des relations de voisinage;

— la reconnaissance d'une dérogation, jouant de plein droit, en faveur des systèmes d'intégration régionale authentiques, c'est-à-dire de régimes reposant sur une libération totale et effective des courants économiques entre deux ou plusieurs pays et sur l'application généralisée du principe du traitement national.

Il serait ajouté enfin qu'en vue des imperfections inhérentes aux projets d'intégration, il est indispensable de créer à l'échelle mondiale un « forum » qui servirait de cadre à des consultations et qui serait compétent pour prendre les décisions nécessaires et pour régler les litiges éventuels.

Luxembourg, octobre 1968

AVANT-PROJET DE RÉSOLUTION

L'Institut de Droit international,

(1) rappelant la Résolution votée au cours de sa 40e session (1936) sur « les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation », spécialement en ce qui concerne le caractère inconditionnel de la clause, l'automaticité et l'étendue de ses effets, ainsi que le respect du principe de la bonne foi dans son application;

(2) considérant la nécessité de reconsidérer les problèmes soulevés par l'application et l'interprétation de la clause en raison de la profonde mutation intervenue depuis cette époque dans les relations internationales par l'effet, notamment, de l'introduction, dans le domaine des relations économiques internationales, du principe du multilatéralisme et des méthodes institutionnelles, à l'échelle tant mondiale que régionale;

adopte les Résolutions suivantes:

(3) I. L'Institut *reconnaît les nombreux avantages* qui résultent, pour l'efficacité de la clause, de l'insertion du principe du traitement de la nation la plus favorisée dans des systèmes multilatéraux de caractère institutionnel en raison, notamment, des circonstances suivantes:

(4) *a)* La généralisation du principe de l'égalité de traitement dans les relations économiques internationales et l'uniformisation du libellé de la clause, favorable à l'uniformité de ses effets.

(5) *b)* Le lien établi, dans le cadre des systèmes multilatéraux, entre le principe du traitement de la nation la plus favorisée et certains autres principes fondamentaux de l'ordre économique international concernant la libération progressive du commerce international, la stabilisation du niveau de libération une fois acquis et l'idée de réciprocité des avantages.

(6) *c)* La mise en œuvre d'une méthode de négociation à tous égards supérieure à la méthode bilatérale par le fait d'une meilleure information des Etats et de la possibilité, pour ces derniers, d'aboutir ainsi à des résultats mieux équilibrés, aptes à être généralisés par le jeu de la clause.

(7) *d)* Une délimitation plus adéquate du champ d'application de la clause, grâce à un effort multilatéral portant sur des domaines qui exigent des principes de solution distincts, tels que: la question des restrictions quantitatives et, en général, des obstacles non tarifaires aux échanges, ainsi que les problèmes de concurrence internationale.

(8) *e)* Le fonctionnement d'un système permettant l'octroi de dérogations, dans des circonstances particulières, au principe général du traitement de la nation la plus favorisée.

(9) *f)* L'organisation de mécanismes de contrôle et de procédés pouvant servir au règlement de litiges, conformes à la nature propre des intérêts en jeu, c'est-à-dire destinés en premier lieu à établir la réalité de faits contestés ainsi qu'à aboutir à des compromis pratiques, avant tout recours à des moyens de règlement arbitraux ou judiciaires.

(10) II. Tenant compte des multiples avantages des méthodes multilatérales, l'Institut *encourage vivement les efforts destinés à étendre et à perfectionner l'utilisation des procédés multilatéraux* en ce qui concerne la mise en œuvre du principe du traitement de la nation la plus favorisée. Plus particulièrement:

(11) *a)* L'Institut reconnaît l'importance capitale de l'œuvre accomplie sur la base de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, qui a fait progresser considérablement, tant au niveau des questions de fond qu'à celui des méthodes, la solution des problèmes inhérents à l'application généralisée de l'égalité de traitement dans les relations économiques internationales, dans une perspective de libération progressive du commerce.

(12) *b)* L'Institut constate qu'en conséquence de l'échec du projet de créer, sous l'égide des Nations Unies, une organisation de caractère universel pour les problèmes du commerce international, et à la suite de l'abstention de divers Etats de participer à l'Accord général, les problèmes intéressant l'application de la clause restent sans solution généralement acceptée en ce qui concerne, d'une part, les rapports entre pays à économie de marché et pays de commerce d'Etat et, d'autre part, les rapports entre pays industrialisés et pays en voie de développement.

(13) L'Institut estime que les problèmes mentionnés ne sauraient être résolus autrement que dans le cadre d'une organisation mondiale bénéficiant de la coopération de tous les Etats intéressés, étant entendu cependant que la création d'une telle structure, sous quelque forme que ce soit, ne devrait pas porter préjudice aux résultats obtenus

d'ores et déjà sur la base de l'Accord général et grâce à ses institutions, spécialement dans le domaine des rapports commerciaux entre pays à économie de marché.

(14) III. L'Institut constate que, dans le domaine des *relations entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat*, la clause, comme mécanisme adapté surtout aux besoins de l'économie de marché, ne peut pas jouer un rôle appréciable. Son application demande dès lors à être complétée par d'autres mesures, définies dans un esprit de respect mutuel, qui soient mieux adaptées aux exigences des rapports entre systèmes économiques aussi profondément différents.

(15) Il estime qu'il y aurait avantage à ce que cet effort de solution soit entrepris dans un cadre multilatéral, seul apte à assurer qu'il soit tenu compte d'une manière équitable de tous les intérêts en jeu.

(16) L'Institut reconnaît qu'un travail d'approche particulièrement utile a été accompli dans cette direction par la Commission Economique pour l'Europe des Nations Unies et souhaite la continuation de ces efforts.

(17) IV. En ce qui concerne le problème des *relations économiques entre pays industrialisés et pays en voie de développement*, l'Institut déplore qu'à défaut de toute solution de caractère général, il s'est instauré un régime disparate de préférences, accordées soit comme telles, soit sous le couvert de systèmes incomplets d'intégration économique.

(18) L'Institut considère que ces régimes, dus en grande partie à des raisons purement historiques, ont introduit des discriminations dans les relations économiques internationales et sont donc contraires au principe d'égalité qui forme l'inspiration profonde de la clause. Pour cette raison, l'Institut ne verrait que des avantages à ce que les

préférences accordées dans de telles conditions, à certains pays à l'exclusion d'autres, soient graduellement remplacées par un système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs.

(19) L'Institut appuie dès lors chaleureusement les efforts déployés par les Nations Unies, dans le cadre de la Conférence sur le commerce et le développement, en vue d'aboutir à des solutions plus conformes au principe de la justice distributive.

(20) V. L'Institut reconnaît que l'ordre économique international doit tenir compte à la fois des exigences de l'égalité de traitement à l'échelle universelle et des *solidarités plus étroites existant dans le domaine économique à l'intérieur de groupes plus restreints* d'Etats, tout particulièrement dans un cadre régional.

(21) En vue d'atteindre un juste équilibre entre ces deux ordres d'intérêts, les uns et les autres parfaitement légitimes, l'Institut formule les recommandations suivantes:

(22) *a)* La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, dans l'intérêt de la meilleure répartition possible des activités économiques à l'échelle universelle, exige l'élimination de toutes formes de préférences entre Etats, sous la seule réserve, d'une part, des préférences en faveur du développement économique et, d'autre part, des préférences naturelles reconnues par la tradition en faveur du commerce frontalier entre Etats.

(23) Toutes autres préférences, qu'elles soient de caractère bilatéral ou de caractère multilatéral, sont incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement consacré par la clause de la nation la plus favorisée; elles ne peuvent subsister qu'en vertu de dérogations expressément acceptées.

(24) *b)* Une dérogation aux obligations consacrées par la clause doit être reconnue en faveur des systèmes régionaux à condition qu'ils aient la nature d'une véritable intégration économique, reposant sur l'élimination radicale, totale et durable des obstacles aux courants économiques entre les pays participants et sur la généralisation du principe du traitement national en ce qui concerne à la fois les activités économiques et les facteurs de production, de manière à créer, entre deux ou plusieurs Etats, des conditions analogues à celles qui caractérisent un marché intérieur.

(25) Les Etats tiers bénéficiaires de la clause ne sont dès lors pas fondés à revendiquer le bénéfice d'avantages accordés, dans ces conditions, entre les pays qui participent à un tel système d'intégration régionale.

(26) *c)* Il appartient aux Etats de décider librement et sans immixtion extérieure de leur adhésion à des systèmes d'intégration régionale; il en découle que la dérogation à la clause peut être opposée de plein droit aux Etats tiers par les Etats participant à un système régional d'intégration répondant aux exigences ci-dessus définies.

(27) *d)* Toutefois, en raison des incertitudes qui résultent soit des limitations inhérentes aux mesures adoptées en vertu des différents systèmes régionaux, soit des délais auxquels leur réalisation progressive peut se trouver subordonnée, l'Institut considère comme indispensable l'intervention et la surveillance d'un organisme de caractère multilatéral offrant un cadre approprié pour des consultations et doté des pouvoirs de décision et d'arbitrage nécessaires dans des cas pouvant donner lieu à des divergences d'appréciation entre Etats.

ANNEXE I

Exposé préliminaire
présenté par
M. Pierre Pescatore

Le Bureau de l'Institut de Droit international a chargé la Quatrième Commission [1] d'étudier la question de « la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales ». Or, la définition du sujet donne lieu à des incertitudes, ainsi qu'il est montré par les considérations ci-après. Avant de se lancer dans l'étude d'un sujet fort vaste et complexe, la Commission devrait donc préciser, en premier lieu, l'objet et l'orientation de ses travaux. La présente note doit fournir aux membres de la Commission des éléments de réflexion à cet effet.

A. Remarques relatives à la définition du sujet

1. *La clause de la nation la plus favorisée dans les travaux de la Commission du droit international.* Il semble qu'à l'origine, le choix du sujet ci-dessus ait été inspiré par certaines discussions qui se sont élevées au sein de la Commission du droit international des Nations Unies, à propos de la rédaction du projet d'articles sur le droit des traités. Au moment où la

[1] La Commission est ainsi composée : M. Pescatore, *rapporteur*, MM. Castañeda, Guggenheim, Hambro, Jennings, Jiménez de Aréchaga, Liang, Reuter, Sørensen, Szászy, Sir Francis Vallat, MM. Verosta et Yokota, membres.

Commission examinait les articles relatifs à l'effet des traités à l'égard d'Etats tiers, M. Jiménez de Aréchaga avait introduit une proposition visant à excepter la clause de la nation la plus favorisée de l'application des dispositions envisagées par la Commission du droit international. Cette proposition a soulevé une discussion assez intéressante sur la nature juridique de la clause [1].

Le problème posé à la Commission du droit international consistait à savoir si la clause de la nation la plus favorisée représente un cas d'extension des effets d'un traité à des Etats tiers. Si tel avait été le cas, il aurait fallu, dans ce contexte, soit traiter de la clause, soit en réserver la réglementation. Une majorité des membres de la Commission semble avoir estimé que la clause est étrangère à cette matière ; en conséquence, il fut décidé de ne pas en traiter. Nonobstant, la discussion avait révélé l'intérêt de la question et on trouve en conséquence la mention suivante dans le rapport de la Commission du droit international introduisant le projet d'articles sur le droit des traités :

> « ... la Commission ... n'a pas cru opportun de traiter de la clause dite « de la nation la plus favorisée » dans la codification actuelle du droit général des traités, tout en estimant qu'il pourrait être indiqué, à l'avenir, d'en faire l'objet d'une étude spéciale. De même, si la Commission a reconnu qu'il importait de ne préjuger en aucune façon l'application de la clause de la nation la plus favorisée, elle a pensé qu'il n'était pas nécessaire de faire figurer dans les articles 30 à 33 du présent projet une exception portant spécialement sur ces clauses ; elle estime, en effet, que ces clauses ne sont nullement affectées par lesdits articles. » (Rapports de la Commission du Droit international sur la 2e partie de sa 17e et sur sa 18e session, docs. de la 21e session de l'Assemblée générale, suppl. N° 9, A/6309/Rev. 1, par. 32).

[1] Voir, à ce sujet : « Annuaire de la Commission du droit international », 1964, vol. I, 740e séance (par. 51 et 52) ; 741e séance (par. 8-16 ; 752e séance (par. 1-55).

Bien qu'à l'origine le problème ait été envisagé sous un angle de vue très particulier (qualification de la clause au regard du problème des effets des traités internationaux à l'égard de tiers), il semble que la Commission du droit international envisage maintenant d'étudier la clause de la nation la plus favorisée dans sa généralité. Il n'y a pas de doute que l'Institut de Droit international ferait œuvre utile en préparant des éléments qui pourraient plus tard servir à la Commission du droit international.

2. *Le sujet fixé par le Bureau de l'Institut.* Telle n'est cependant pas la manière dont le Bureau de l'Institut a défini le problème posé à la Quatrième Commission. En effet, le sujet formulé par le Bureau comporte une spécification importante : il s'agira d'étudier la clause de la nation la plus favorisée « dans les conventions multilatérales ». Cette façon de formuler la question appelle quelques remarques.

Historiquement, la clause de la nation la plus favorisée a trouvé son origine dans les traités commerciaux, au sens large du terme, qui ont conservé jusqu'à très récemment un caractère exclusivement *bilatéral*. C'est en vue de cette structure du commerce international que la clause a été développée par la pratique des Etats et qu'elle avait été envisagée en son temps par la Société des Nations qui, ainsi que l'on sait, a consacré d'importants travaux à la clause de la nation la plus favorisée. A leur tour, ces travaux ont suscité de nombreuses publications doctrinales et l'Institut de Droit international lui-même, inspiré manifestement des termes dans lesquels la discussion s'était développée au sein de la S.d.N., avait abordé le problème.

Il paraît utile, à ce point, de donner quelques indications bibliographiques sur le problème de la clause de la nation la plus favorisée, tel qu'il s'est posé pendant cette phase « traditionnelle » ou « prémultilatérale ».

a) Documents de la Société des Nations :

Comité d'experts pour la codification progressive du droit international, « La clause de la nation la plus favorisée », Genève, 9 mai 1927, doc. C.205. M.79. 1927. V.

Recommandations du Comité économique concernant la politique commerciale, Genève, 18 juin 1929, doc. C.138. M.53. 1929. II.

Recommandations du Comité économique concernant la politique tarifaire et la clause de la nation la plus favorisée, Genève, 16 février 1933, doc. E. 805. (Document de synthèse, qui reprend les documents antérieurs).

Comité économique, l'égalité de traitement dans l'état actuel des relations économiques internationales, « Clause de la nation la plus favorisée », Genève, 12 septembre 1936, doc. C.379. M.250. 1936. II.B.

b) Travaux de l'Institut de Droit international :

Rapport du Baron *B. Nolde*, Annuaire 38 (1934), pp. 414-472. Discussion et Résolution, *ibid.*, 39 (1936), vol. II, pp. 38 et ss. et 289.

c) Publications doctrinales :

En général, voir les articles de *Günther Jaenicke* dans « Wörterbuch des Völkerrechts » de *Strupp-Schlochauer*, 1960-1961, vis. « Diskriminierung », « Gleichbehandlung » et « Meistbegünstigungsklausel ».

Ouvrages et articles faisant une part à l'expérience nationale :

Suzanne Basdevant, v° « La clause de la nation la plus favorisée » : *Répertoire de droit international*, Paris, 1929.

Georg Schwarzenberger, « The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice », B.Y.I.L. XXII (1945), pp. 96-121.

Henri François Oppenheim, « La clause de la nation la plus favorisée dans la pratique internationale de la Suisse », thèse, Zürich, 1948, 214 pp.

Richard Carlton Snyder, « The Most-Favored-Nation-Clause », Columbia University, New York, 1948 (polycopié), 264 pp.

Gottfried Zieger, « Die rechtliche Bedeutung der Meistbegünstigungsklausel im Ost-West-Handel », Europa-Archiv, 1958, 1er semestre, pp. 10 463 — 10 470.

Ramon Velasco, « La clausula de la nacion mas favorecida », Lima, 1962, 162 pp.

Peter Roesner, « Die Meistbegünstigungsklausel in den bilateralen Handelsverträgen der Bundesrepublik Deutschland », thèse, Heidelberg, 1964, 140 pp.

Ce n'est qu'en vertu d'une évolution relativement récente, par l'effet de la *multilatéralisation* des relations économiques — soit à l'échelon régional, soit à l'échelon mondial — que la clause de la nation la plus favorisée se présente dans un contexte nouveau. Dans cette perspective, il faut songer évidemment en premier lieu à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et à l'œuvre accomplie dans le cadre des organes créés pour en assurer l'application ; on sait en effet que l'Accord général est fondé précisément sur la systématisation de la clause de la nation la plus favorisée. Ce sera donc sans doute à cette expérience internationale qu'on devra avant tout se référer, mais sans négliger pour autant d'autres systèmes multilatéraux tels qu'on les connaît surtout en Europe (OECE, Communautés européennes, Association européenne de libre-échange) ainsi qu'en Amérique latine [1].

---

[1] La bibliographie est beaucoup moins abondante à ce sujet.

Voir : *Günther Jaenicke*, « Das allgemeine Zoll- und Handelsabkommen, Rechtsgrundlagen und Rechtsprobleme », Archiv des Völkerrechts 7 (1958/1959), pp. 371-420.

Guy de Lacharrière, « Aspects récents de la clause de la nation la plus favorisée », A.F.D.I. VII (1961), pp. 107-117.

Robert Zinser, « Das GATT und die Meistbegünstigung », Schriftenreihe zum *Handbuch für europäische Wirtschaft*, Bd 24, Baden-Baden, 1962, 202 pp.

Gerard Curzon, Multilateral Commercial Diplomacy, « The General Agreement on Tariffs and Trade », London, 1965, 367 pp.

Le rapporteur estime que l'étude du problème qui vient d'être indiqué constituerait l'orientation la plus opportune des travaux et, en même temps, la plus conforme à la décision du Bureau. On éviterait ainsi de refaire les études qui ont été menées à leur conclusion par les travaux de la S.d.N. et les publications doctrinales consacrées à la clause de la nation la plus favorisée dans les traités de commerce bilatéraux. L'effort de recherche et de réflexion porterait plutôt sur les problèmes soulevés par l'insertion de la clause dans un contexte multilatéral.

En acceptant cette orientation, on rencontrera toutefois une difficulté qui provient du fait que les problèmes résultant de l'insertion de la clause dans un contexte multilatéral se concentrent essentiellement dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Or, il n'y a pas de sens à ce que l'Institut de Droit international essaie de reprendre en quelque sorte les travaux accomplis par les institutions de l'Accord général, d'autant plus que ces délibérations ont le caractère d'une négociation continue, très concrète et pragmatique. Il s'agirait bien plutôt d'en tirer les seuls éléments ayant valeur de principe en ce qui concerne l'évolution de la clause de la nation la plus favorisée.

3. *La clause de la nation la plus favorisée et l'intégration régionale.* Enfin, il faut signaler un problème plus spécifique qui a beaucoup retenu ces derniers temps l'intérêt des spécialistes. C'est la question de l'applicabilité — ou, plutôt, de la non-applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée aux avantages accordés dans le cadre de régimes d'intégration régionale sous forme, notamment, d'union douanière, de zone de libre-échange ou d'autres systèmes préférentiels, consacrés par des conventions multilatérales. Dans ce cas, il ne s'agit plus de la clause de la nation la plus favorisée « dans » les

conventions multilatérales, mais bien de la clause (qu'elle soit elle-même de caractère bilatéral ou multilatéral) *en rapport* avec les conventions multilatérales. L'actualité de ce problème a été démontrée non seulement par les discussions qui ont eu lieu au sein de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce à propos des différentes formules d'intégration régionale, mais encore par les objections élevées contre ces dernières par des Etats tiers individuels, non disposés à reconnaître leur légitimité.

Ces explications font apparaître que ce n'est pas le multilatéralisme qui est caractéristique de ce problème, et que celui-ci ne rentre donc pas, à strictement parler, dans le sujet posé par le Bureau. Nonobstant, comme il s'agit d'une question soulevée par l'interférence entre, d'une part, la clause de la nation la plus favorisée (multilatérale ou bilatérale) et, d'autre part, des systèmes préférentiels dont la plupart revêtent une forme multilatérale, on pourrait considérer que ce problème, lui aussi, ferait partie *lato sensu* du sujet proposé à la Commission [1].

Considérant l'intérêt d'actualité que présente le problème indiqué ci-dessus, la Commission devra décider s'il convient de l'englober dans l'étude qu'elle va entreprendre. Compte tenu de la divergence des positions adoptées à cet égard par les différents Etats et groupes d'Etats, l'examen de cette question

---

[1] Voir, sur ce problème : *Jacob Viner*, « The Customs Union Issue », New York-London, 1950, 221 pp. (passim).

Blaise Knapp, « Le système préférentiel et les Etats tiers », Genève, 1959, 398 pp.

Helmut Steinberger, « GATT und regionale Wirtschaftszusammenschlüsse », Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 41, Köln, 1963, 248 pp.

pourrait donner lieu sans doute à une discussion intéressante et préparer même, peut-être, une meilleure compréhension internationale.

Conclusion. Suivant que l'on s'inspire des travaux de la Commission du Droit international, du libellé même du sujet arrêté par le Bureau de l'Institut, ou encore de l'actualité internationale, on peut parvenir à des orientations assez sensiblement divergentes des travaux. Il apparaît dès lors indispensable, avant que le rapporteur puisse utilement réunir les éléments de la discussion, que les membres de la Commission s'entendent pour fixer d'une manière suffisamment précise l'étendue du champ qu'ils entendent couvrir.

B. Quelques éléments d'analyse

Bien qu'il soit encore difficile de procéder à une analyse valable du problème, tant que celui-ci n'est pas fixé avec précision, il est cependant d'ores et déjà possible de repérer certaines questions qu'il pourrait paraître intéressant d'approfondir. La considération de ces « points-repères » permettra sans doute aux membres de la Commission de réfléchir d'une manière plus analytique aux problèmes posés et de découvrir ainsi plus facilement la bonne orientation des travaux.

1. Toute étude, quelle que soit sa portée, devrait débuter par la réunion d'*un « échantillonnage » aussi représentatif que possible* des clauses de la nation la plus favorisée. La clause bilatérale étant typifiée depuis les travaux de la S.d.N., et grâce aux innombrables précédents qui existent dans les accords commerciaux conclus entre les différents pays, l'attention devrait se tourner vers les conventions multilatérales susceptibles de comporter des clauses de ce genre. Il conviendrait à cet effet d'explorer les secteurs suivants :

— les tarifs douaniers et le commerce, y compris le régime des paiements internationaux ;
— l'établissement et les prestations de services ;
— les transports ;
— les droits intellectuels ;
— la fiscalité ;
— la protection juridique et l'exécution des décisions judiciaires ;
— éventuellement, les privilèges et immunités diplomatiques.

Une telle recherche fournirait une base positive pour l'étude à entreprendre ; elle donnerait en particulier des indications sur les types de la clause de la nation la plus favorisée multilatérale et sur son champ d'application matériel.

2. En second lieu, il sera sans doute aussi nécessaire, dans toutes les hypothèses, de dégrossir le problème au moyen de certaines *différenciations et distinctions* entre la clause de la nation la plus favorisée et certaines autres clauses ayant une nature ou un effet similaire. Sous ce rapport il faudra songer aux clauses suivantes :

— la clause de non-discrimination ;
— la clause de traitement national ;
— la « stipulation en faveur de tiers » (c'est ici que l'on retrouverait le problème spécifique, discuté par la Commission du droit international).

On trouve dans la doctrine de nombreuses indications qui pourront servir aux fins ci-dessus. Il s'agira de voir, d'une part, par quoi la clause de la nation la plus favorisée se distingue des autres clauses indiquées, ce qui permettra de

préciser quelle est son originalité, et d'examiner, d'autre part, comment la clause de la nation la plus favorisée peut éventuellement se combiner avec les clauses mentionnées. On peut en effet constater une sorte de complémentarité entre la clause de la nation la plus favorisée et les clauses de non-discrimination et de traitement national.

3. On devra étudier sans doute aussi le problème des *effets de la clause*, de ses limites et de la fin de ses effets.

a) Sous ce rapport, l'insertion de la clause dans les conventions multilatérales soulève un problème nouveau qui est celui de l'effet de la clause dans les relations « internes » entre les parties et de son effet « externe », c'est-à-dire, en ce qui concerne son application éventuelle à des Etats tiers.

b) Quant à l'effet de la clause dans le temps, on pourrait s'intéresser aussi au problème de la « consolidation » des concessions tarifaires, tel que ce régime s'est développé dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Il est vrai que ce régime n'est pas typique de la « multilatéralisation » de la clause, mais qu'il sert à stabiliser la libération du commerce international.

4. Une autre orientation de recherche devra concerner sans doute *les nouvelles modalités de la clause*, dues à l'insertion de celle-ci dans un contexte multilatéral. On rencontrera ici des problèmes très intéressants, caractérisés par ce qu'on pourrait appeler l'« institutionnalisation » de la clause :

a) l'organisation, dans le cadre de l'Accord général, d'un mécanisme de négociation servant à assurer l'équilibre des prestations réciproques, fondé sur le principe de l'« avantage mutuel » et la règle du « principal fournisseur », le résultat étant généralisé grâce, précisément, à la clause de la nation la plus favorisée ;

b) l'octroi de dérogations et d'exceptions (notamment le mécanisme des « waiver ») ;

c) les procédures servant au règlement des litiges soulevés par l'application de la clause.

Cette étude révélera que l'insertion de la clause dans un mécanisme institutionnel a permis de résoudre divers problèmes qui n'ont cessé de créer des difficultés à l'époque de la clause bilatérale, tels que le problème des contreparties (principe de réciprocité ; caractère « conditionnel » ou « inconditionnel » de la clause) et la question des exceptions compatibles avec la clause de la nation la plus favorisée.

Luxembourg, 10 janvier 1967.

Questionnaire

Les considérations qui précèdent suggèrent les questions ci-après :

1. Quels devront être le cadre et l'orientation des travaux de la Commission ? La Commission est-elle d'accord pour considérer que l'objet essentiel de ses travaux devrait consister dans l'étude des problèmes nouveaux soulevés par l'insertion de la clause de la nation la plus favorisée dans les systèmes multilatéraux ?

2. Quels sont les systèmes multilatéraux que la Commission désirerait voir envisager à ce titre, en dehors de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce dont l'étude s'impose de toute évidence ?

a) Existe-t-il d'autres systèmes d'envergure mondiale pouvant présenter un intérêt sous ce rapport ?

b) Quels systèmes régionaux — américains, européens... faut-il envisager ?

3. Dans quelle mesure la Commission désire-t-elle que soient abordés, à titre incident, accessoire ou complémentaire, d'autres problèmes qui ont trait à la clause de la nation la plus favorisée ?

a) Faut-il étudier le problème de qualification juridique soulevé à la Commission du droit international ou faut-il considérer cette question comme définitivement tranchée ?

b) Faut-il étudier le problème des dérogations à la clause de la nation la plus favorisée, c'est-à-dire le problème de l'applicabilité ou de la non-applicabilité de la clause aux avantages concédés mutuellement dans le cadre des différents régimes d'intégration régionale (union douanière, zone de libre-échange, marché commun...) ?

4. Les éléments d'analyse indiqués ci-dessus permettent-ils de faire une présentation suffisamment complète du problème (sous réserve, pour le rapporteur, de fixer l'articulation de son rapport provisoire à la lumière de la décision prise sur la délimitation du sujet) ou les membres de la Commission désirent-ils recommander encore d'autres directions de recherche ?

5. Le rapporteur saurait gré aux membres de la Commission de bien vouloir compléter, s'il y a lieu, la liste des ouvrages traitant de la clause de la nation la plus favorisée dans la pratique bilatérale des différents pays, autres que ceux mentionnés *sub* A, 2. *c)* ci-dessus. Seuls les ouvrages suffisamment récents, donnant une vue compréhensive sur la pratique nationale des différents pays présentent une utilité.

ANNEXE II

Observations de membres de la quatrième Commission en réponse à l'Exposé préliminaire et au questionnaire de M. Pierre Pescatore du 10 janvier 1967

1. Observations de M. Paul Guggenheim

Genève, le 16 juin 1967.

Mon cher Confrère,

a) C'est avec un très grand intérêt que j'ai lu votre exposé préliminaire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales. Avant de répondre à votre questionnaire, je tiens à vous dire que je suis d'accord avec l'orientation que vous comptez donner à votre rapport. C'est à juste titre que vous voulez d'abord explorer les secteurs que vous mentionnez dans votre étude (p. 155). Comme vous, je pense que cette recherche devrait avoir en premier lieu comme objet les conventions multilatérales. En ce qui concerne les clauses ayant une nature différente, mais certains effets similaires, comme la clause de la non-discrimination, le traitement national, la stipulation en faveur des tiers, il suffirait d'élaborer les critères qui les distinguent de la clause de la nation la plus favorisée et de ne pas examiner leurs effets qui sont très différents. D'autre part, une récente expérience pratique démontre qu'il serait cependant erroné de considérer que la clause de la nation la plus favorisée s'applique d'une manière automatique dès que les co-contractants sont tombés d'accord sur son champ d'application, car la clause com-

porte certaines limites. C'est ainsi que la Commission permanente de conciliation italo-suisse a admis dans son rapport du 31 octobre 1956 que toutes ces limitations supposent l'existence entre deux ou plusieurs Etats de certains rapports qui sont sans identité ou équivalent possible dans les relations entre ces Etats et l'Etat qui, cependant, voudrait se prévaloir à leur égard de la clause de la nation la plus favorisée. *

Ce sont ces limites — surtout dans le cadre des conventions multilatérales — qui devraient également faire l'objet de votre examen, comme cela est d'ailleurs suggéré dans votre exposé où vous soulevez « le problème nouveau qui est celui de l'effet de la clause dans les relations « internes » entre les parties et de son effet « externe », c'est-à-dire en ce qui concerne son application éventuelle à des Etats tiers. »

b) Votre questionnaire me suggère les réponses suivantes :

1. Je suis d'accord que l'objet essentiel de nos travaux consiste dans l'étude des problèmes nouveaux soulevés par l'insertion de la clause de la nation la plus favorisée dans les systèmes multilatéraux.

2. L'étude de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) s'impose de toute évidence. Si d'autres conventions multilatérales doivent être examinées — surtout en matière monétaire — est une question à laquelle il est difficile de répondre pour le moment. On verra plus clairement ce qu'il convient de faire lorsqu'un examen approfondi de la clause aura lieu au sein du GATT.

3. Je pense, toutefois, qu'il faudra certainement étudier — comme vous l'envisagez — le problème de dérogation à

* Voir Atti relativi alla vertenza per l'applicazione ai cittadini svizzeri dell'imposta straordinaria sul patrimonio, Roma 1960, p. 187. Le rapport a été adopté à l'unanimité.

la clause, et surtout le problème de la non-applicabilité de la clause aux avantages concédés mutuellement dans le cadre des unions douanières et zones de libre échange.

4. Je me permets d'attirer votre attention sur la bibliographie qui se trouve dans la section relative à la clause de la nation la plus favorisée dans le premier volume de la 2e éd. de mon *Traité de droit international public*, pp. 209 et ss., qui sortira de presse au cours de l'automne. Pour votre gouverne, je joins une épreuve de cette section.

Veuillez croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Votre très dévoué,

Paul Guggenheim.

2. Observations de M. Edvard Hambro

New York, le 29 juin 1967.

Mon cher Confrère,

J'ai votre exposé préliminaire sur mon bureau depuis longtemps dans l'espoir de pouvoir vous envoyer une réponse complète et satisfaisante. Mais, malheureusement la crise politique et militaire au Proche-Orient a pris tout mon temps, et je ne puis que vous donner quelques indications bien fragmentaires.

Comme remarque générale, il faut vous dire que je trouverais en tout cas bien difficile de vous donner des réponses déjà maintenant. Il faut plutôt voir votre rapport avant de pouvoir vous répondre. Il faut peut-être — si vous me pardonnez le langage de la Cour internationale — joindre les exceptions au fond.

Avec ces réserves, je réponds oui à votre première question.

Je ne suis pas à même en ce moment de répondre aux autres questions. Le manque de temps ne me donne pas la possibilité de les étudier à fond avant de vous répondre.

Je m'excuse d'être si peu positif, et j'espère seulement que les crises dans le cadre de l'ONU ne m'empêcheront pas de collaborer plus utilement avec vous l'année prochaine.

Je vous prie, mon cher Confrère, d'agréer l'expression de mon dévouement bien amical ainsi que de ma haute considération.

Edvard Hambro.

3. Observations de M. R. Y. Jennings

Cambridge, 4 July 1967.

Dear Colleague,

Thank you for your most helpful preliminary report on the MFN clause in multilateral treaties. My answers to your questions are these :

1. I entirely agree with your own feelings about this question. I think it would be unfortunate if we did not direct our studies to the context of multilateral systems, where most of the really important problems seem likely to arise.

2. I regret that I have not yet managed to give sufficient attention to this question to be able to give a really informed and useful answer.

3. *(a)* On the whole, I think not.

(b) Yes, I think we can hardly avoid having a careful look at this aspect of the matter.

4. I am very content with the scheme you have outlined.

5. I suggest the addition of McNair, *The Law of Treaties* (1961), Chapter XV ; and the very useful bibliography which appears at the head of that chapter.

Yours sincerely,

R. Y. Jennings.

4. Observations de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga

Geneva, 28 June 1967.

Dear Colleague,

I have read with great profit your very interesting " Exposé préliminaire " on " La clause de la nation la plus favorisée " and I wish to convey to you the following replies to the " questionnaire ".

1. I am in favour of examining all legal problems arising from the clause, including those having to do with the relations of the clause to multilateral conventions and systems. Therefore I would support your idea to have the terms of reference of the Commission enlarged to read : " La clause de la nation la plus favorisée en rapport avec les conventions internationales ".

2b. I would suggest also taking into consideration in your study the problems raised in the Latin American Free Trade Association, where the legal effects of the clause are now under active discussion. I would like to refer you to two recent publications having to do with such discussions :

Mateo Magariños de Mello, " Los acuerdos de complementación y la cláusula de la nación más favorecida ". *Revista Análisis*, Buenos Aires, año III, No. 132, set. 1963. p. 26a, 32.

Manuel A. Vieira, " La cláusula de la nación más favorecida y el Tratado de Montevideo ", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, vol. IV, 1965-66, pp. 189-238.

3a. No. However, I must add in this respect that I am afraid you did not interpret properly the reasons why I raised the question of the most favoured nation clause at the 16th session of the International Law Commission.

It was not raised as a " problème de qualification juridique " and therefore, I fear it is not an adequate or fair description of my proposal to say that " le problème posé à la Commission du droit international consistait à savoir si la clause de la nation la plus favorisée représente un cas d'extension des effets d'un traité à des Etats tiers ". I have never entertained such a strange idea.

I first proposed to deal with the clause in the context of the Law of Treaties, as an independent chapter, on its merits, because I was of the opinion, which I still maintain, that the subject falls within the scope of the Law of Treaties and, in its legal aspects, constitutes part and parcel of the same, being subject to other chapters, such as the rules on treaty interpretation. This is the reason why I proposed that the clause " should find a place in the draft " (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. I, 741st meeting, Paragraphs 8 to 11).

The question was later reintroduced in connexion with stipulations in favour of third states because the articles then discussed (which could be deprived of their titles in the process of codification) were so broadly drafted that, in my view, the risk existed that they might be understood as interfering with the smooth operation of the clause. Such articles provided, " inter alia " that " when a State is ... entitled to exercise a right arising from a provision of a treaty to which it is not a party,

the provision may only be terminated or amended with the consent of that State ".

If such a rule were applied to a State exercising a right arising from a provision of a treaty between two other States, under a most favoured nation clause, as that text could well be literally interpreted, then the proposed rule would contradict the decision of the International Court of Justice in the Morocco case (1952 *Reports*, pp. 192-6 and 204).

The discussion revealed that the Commission did not intend to interfere in these articles with the operation of the most favoured nation clause. Substantial drafting changes introduced in second reading in 1966 have dispelled any risk of misinterpretation on this matter.

3b. Certainly.

4. No, besides the suggestion made in No. 1 above.

5. See No. 2 above.

Yours very truly,
Eduardo Jiménez de Aréchaga.

5. Observations de M. Paul Reuter

Paris, le 2 mai 1967.

Mon cher Collègue,

Je vous remercie bien vivement de votre exposé préliminaire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales et j'admire les efforts que vous avez faits pour orienter de la manière la plus profitable une recherche dont le principe semble plus découler des circonstances que d'une conviction mûrie.

En vérité, comme vous le faites remarquer, si le problème de la nature juridique du mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée a été soulevé au sein de la Commission du droit international, c'est parce que cette dernière a trouvé une majorité en son sein pour ramener tous les effets des traités à l'égard des tiers à un mécanisme conventionnel unissant le tiers en cause et les parties au traité. Il va sans dire que cette construction basée sur la relativité absolue des traités repose sur des considérations auxquelles un organe comme la Commission du droit international est particulièrement sensible. Mais rien de cela ne saurait lier l'Institut qui est un organisme indépendant dont les membres peuvent se placer sur un tout autre plan que ceux de la Commission. Ceci dit, je ne pense pas qu'il faille se concentrer exclusivement sur une discussion doctrinale.

En limitant l'examen de la Quatrième Commission aux conventions multilatérales on aboutit à un résultat assez curieux sur lequel il faut insister et que vous avez eu le mérite de mettre en lumière.

Si l'on considère le jeu de la clause collective entre les Parties on constate qu'elle a pour objet essentiel d'instituer un régime d'égalité ou de non-discrimination. Est-ce qu'alors on pourrait instituer un régime ayant la même consistance que celui de la nation la plus favorisée en recourant à ces formules aujourd'hui à l'honneur dans tous les domaines ? Qu'il y ait ou non des différences entre une clause collective et une règle de non-discrimination, il serait intéressant d'établir comment on est arrivé, dans les travaux diplomatiques qui ont précédé le GATT, à cette formule.

Mais si l'on regarde les rapports entre les Parties et des Etats tiers on retrouve tout l'intérêt du mécanisme traditionnel de la clause de la nation la plus favorisée, et notamment comment

se combinent entre elles plusieurs clauses de la nation la plus favorisée.

Par ailleurs je ne sais pas si la pratique du GATT permet de procéder à une riche moisson sur le plan juridique à moins que l'on puisse idéaliser beaucoup les conditions de son fonctionnement ; c'est pourquoi je crois que les termes de l'enquête doivent être, comme vous le proposez, élargis le plus possible, quitte à ce que vous nous proposiez ensuite un cadre modeste si la moisson est pauvre.

Autrement dit je réponds de la manière suivante à votre questionnaire :

1. Je suis d'accord sur l'objet « essentiel » à la condition que ce ne soit pas l'objet « exclusif » : c'est un centre à partir duquel il faut rayonner.

2. Le GATT est quantitativement plus que qualitativement important. Des mécanismes de non-discrimination existent ailleurs et il ne faut pas songer seulement aux accords douaniers collectifs, mais aux conventions collectives de toute nature, notamment à celles du Conseil de l'Europe.

3. La Commission du droit international n'a pas dans sa compétence de « trancher » aucun problème et les problèmes théoriques ne sont pas sans intérêt pour l'Institut. Quant au point 3 b) c'est de tous le plus lié à la clause.

4. Il est bien entendu qu'il faut étudier tous les mécanismes susceptibles de concurrencer la clause ou de se combiner à elle. Historiquement l'idée de « réciprocité » a joué un grand rôle dans l'histoire de la clause bilatérale. Quelle est sa place dans le fonctionnement de la clause collective ? Quelles sont les nouvelles tendances du droit international depuis 1964 sur ce plan, et pas seulement au GATT ?

5. Je suis peu informé de la question. Une consultation ne pourrait-elle pas être adressée au Max Planck Institut dont le dépouillement mécanographique des traités devrait avoir dans une matière comme celle de votre rapport une incontestable utilité ?

Cette lettre ne vous apporte sans doute, mon cher Collègue et ami, rien que vous n'ayez dit, mais, malgré cela et même à cause de cela, elle vous démontrera avec quel intérêt je suis votre effort dont nous serons tous à bénéficier.

Veuillez croire aux sentiments très distingués et très cordiaux de

Paul Reuter.

6. Observations de M. Max Sørensen

Aarhus, le 5 juillet 1967.

Mon cher Confrère,

J'ai étudié avec le plus grand intérêt votre exposé préliminaire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales, et je tiens à rendre hommage à la clarté et à la perspicacité de votre analyse des problèmes qui se posent devant notre commission.

En essayant de délimiter notre étude des problèmes, il conviendrait, à mon avis, de prendre comme point de départ les difficultés que la clause a soulevées dans l'expérience pratique récente. Si je ne me trompe, ces difficultés se réfèrent à deux tendances différentes dans l'évolution des relations économiques internationales. D'une part, nous voyons, sur le plan régional, les Etats créer des systèmes d'intégration économique

qui placent leurs relations réciproques sur une autre base juridique que celle de leurs relations avec le monde extérieur. D'autre part, nous voyons des régimes préférentiels s'instaurer en faveur des pays en voie de développement. Les deux tendances, dont le juriste ne peut que reconnaître les mérites, s'opposent au régime égalitaire qui est le but visé par la clause de la nation la plus favorisée. Interpréter et circonscrire cette clause de manière à ne pas constituer une entrave trop rigoureuse à l'évolution des relations économiques mondiales est donc la tâche qui s'impose. C'est d'ailleurs une tâche qui se pose, comme vous le soulignez à juste titre, non seulement lorsque la clause est inscrite dans une convention multilatérale, mais également par rapport aux clauses traditionnelles des traités commerciaux bilatéraux. Mais l'étude du problème qui se pose par rapport aux conventions multilatérales pourrait avoir des incidences importantes sur ce dernier aspect, et c'est ainsi qu'il serait justifié de se tenir à la formule employée pour indiquer le sujet à étudier par notre commission.

C'est ainsi que j'arrive aux réponses suivantes à votre questionnaire :

1. Oui.

2. Il conviendrait de distinguer entre, d'une part, les systèmes multilatéraux dans lesquels la clause de la nation la plus favorisée est inscrite et, d'autre part, les systèmes, arrangements ou accords, soit multilatéraux, soit bilatéraux, qui soulèvent la question de leur compatibilité avec le régime égalitaire envisagé par la clause.

En ce qui concerne la première catégorie, le GATT est l'exemple le plus important. On pourrait s'intéresser aussi, peut-être, à certains aspects des obligations en vertu de l'accord sur le Fonds monétaire international, surtout le devoir en vertu

de l'art. 8, section 3, de ne pas recourir à des pratiques discriminatoires en matière d'échanges.

En principe, les clauses de non-discrimination insérées dans certains arrangements régionaux rentrent également dans la matière à étudier par la commission, mais le besoin pratique de régimes différentiels dans le cadre de ces arrangements régionaux n'est pas le même, et le problème se pose donc d'une manière moins aiguë dans ce contexte.

En ce qui concerne la deuxième catégorie, il sera peut-être difficile de dresser un catalogue exhaustif, mais on pourrait essayer d'établir une typologie aussi complète que possible.

3. a. Ne serait-il pas sage de réserver cette question jusqu'à la fin de l'étude que la commission est appelée à entreprendre ? La qualification juridique doit se faire en fonction du contenu des règles et principes dont la commission pourrait constater l'existence.

b. Oui.

4. Votre analyse est une base parfaite.

5. Je n'ai rien à ajouter, mais dans la mesure où l'étude englobera certains aspects de la non-discrimination en matière économique, la littérature y relative devrait être consultée (voir par exemple : Günther Jaenicke : Diskriminierung, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2. Aufl., Bd. I, pp. 387-392).

En vous présentant mes excuses pour le retard que cette réponse a subi, je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments respectueusement dévoués.

Max Sørensen.

7. Observations de M. Etienne Szászy [1]

Mon cher et très honoré Confrère,

J'essaie de m'acquitter de mon devoir de répondre à votre questionnaire et de vous faire parvenir mes observations sur votre intéressant exposé préliminaire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales. Je me bornerai tout d'abord à exposer brièvement l'opinion dominante de la doctrine dans les pays socialistes de l'Europe orientale, ce qui intéressera peut-être les spécialistes des pays occidentaux, car dans ces pays la doctrine des auteurs socialistes est moins connue à cause de la difficulté de la langue de ces pays. Ensuite je tâcherai d'exposer mon opinion personnelle sur la question, et enfin je donnerai mes réponses au questionnaire.

I.

Les idées fondamentales de la doctrine dans les pays socialistes de l'Europe orientale sont exposées surtout dans un article d'une importance fondamentale du professeur D.M. Genkin publié en russe dans le *Sovietskoe Gosoudarstvo i Pravo* (Etat et Droit soviétique, 1958, n° 9, pp. 22 à 32) sous le titre : *Prinzip naibolchego blago priyatsvobaniya torgovykh* dogovorakh v gosoudarstv (Principe de la nation la plus favorisée dans les traités commerciaux des Etats), puis dans un article d'une importance également considérable du Dr Endre Takács publié en hongrois dans le volume *A nemzetközi gazdasági kapcsolatok jogi problémái* (Les problèmes juridiques des rela-

[1] M. Szászy a été remplacé entre temps au sein de la commission par M. Ustor.

tions économiques internationales, éditeur Gyula Simon, 1963, pp. 154 à 173) sous le titre *A legnagyobb kedvezmény záradéka* (La clause de la nation la plus favorisée). On peut encore citer les articles dans le *Diplomatitseskij Slovar* (Dictionnaire diplomatique) publié en 1961 sous la rédaction de A. A. Gromyko, S. A. Golunsky et V. M. Khvostov (tome III, pp. 368 à 370), puis dans le manuel *Mejdunarodnoe pravo* (Droit international) publié en 1964 sous la rédaction de D. B. Levin et G. P. Kalyujnaya (pp. 332 et suiv.).

Le point de vue socialiste a été exposé d'une manière détaillée par les experts hongrois à la séance du 25 avril 1961 du Conseil économique et social des Nations Unies à New York et à la séance des experts de la Commission économique pour l'Europe au mois de juin 1959 à Genève. L'idée directrice de ce point de vue a été expliquée par le présent auteur dans le vol. 20 (1967), pp. 393 et suiv. de la *Vanderbilt Law Review* de la façon suivante : " [according to the socialist view] the most favoured nation principle includes two kinds of obligations. In a positive sense it means that the state entitled to claim the application of the clause is to be dealt with in the same manner as the most favoured state. In a negative sense the clause means that no disadvantageous, prejudicial treatment may be applied—that no discrimination may be made to the prejudice of the state which is entitled to most favoured nation treatment. The purpose for the stipulation of application in the clause is to secure and maintain fundamental equality between the states. The most favoured nation clause presupposes reciprocity, i.e., that the favour is mutually secured for the contracting states. This follows from the basic legal principle of the equality of states." (p. 422) " In opposition to the socialist view, Article II of GATT restricts the unconditional most favoured nation treatment in two directions. On the one hand, it limits the effect of the Convention to the export and

import duties, fees, and customs' clearances and to the transfer of funds connected with the foreign trade. On the other hand, it limits its effect to relationships between the states which are parties to the Convention (general most favoured nation treatment)". p. 423)

II.

Suivant les auteurs socialistes de l'Europe orientale, le but de la clause est de faire fonctionner de façon efficace le principe de la liberté du commerce et d'assurer des conditions de concurrence égales (Genkin, *op. cit.*, p. 30 ; *Dictionnaire diplomatique*, tome III, p. 369). La clause est un puissant agent de nivellement et d'amélioration pour la condition des étrangers.

Suivant le *Dictionnaire diplomatique* (p. 369) « l'URSS dans ses rapports économiques avec les autres Etats avait appliqué et applique toujours la clause dans le but de renforcer la coopération réelle entre les Etats, la coopération basée sur les principes de l'égalité, des avantages mutuels, du respect, de l'estime de la souveraineté nationale, aussi bien des grands que des petits pays, sans considération de la structure économique, sociale ou politique des divers Etats ».

Les auteurs soutiennent que seule la forme absolue, gratuite ou inconditionnelle peut être considérée comme une clause de la nation la plus favorisée réelle, que la forme onéreuse ou conditionnelle n'est qu'une forme de la clause de réciprocité et possède par sa nature même un caractère discriminant (Takács, *op. cit.*, p. 158).

Les auteurs exposent également que la clause doit être interprétée suivant les règles générales de l'interprétation des traités. En cas de doute il faut présumer que l'Etat contractant ne voulait restreindre sa liberté que le moins possible, que l'effet de la clause est identique avec le territoire de l'objet de la

convention contenant la clause (Takács, *op. cit.* p. 159 ; Genkin, *op. cit.* p. 25).

Suivant le *Dictionnaire diplomatique* (tome III, p. 370) « l'organisation des groupements économiques spéciaux comme l'OECE, la CECA, le Conseil de l'Europe, etc., n'encourage pas le développement de la coopération économique internationale, mais crée des obstacles, suscite des embarras au commerce international et en conséquence viole les règles universellement reconnues du droit des gens ».

Suivant le manuel de droit des gens cité (p. 333) la clause doit affecter non seulement les matières douanières, commerciales, l'entrée et la circulation des marchandises, l'usage des moyens de communication, la navigation, le traitement des ressortissants des parties contractantes, ainsi que la situation et les pouvoirs de leurs représentants diplomatiques et consulaires, mais aussi toutes les relations qui peuvent surgir entre les différents pays. Les traités de commerce des pays socialistes conclus avec d'autres pays socialistes stipulent d'une manière expresse, à l'exemple de l'article 2 du traité de commerce signé entre la Bulgarie et la République démocratique allemande le 16 juillet 1959, que la clause s'étend en dehors du commerce et de la navigation maritime, « sur toutes autres espèces de relations économiques entre les Etats contractants ».

Le même manuel expose que le caractère de l'application du principe est étroitement attaché à la structure sociale et politique des Etats, car le capital monopoliste se sert souvent de la clause pour soumettre l'économie des autres Etats à ses propres intérêts (p. 332).

Selon le manuel (p. 334) et suivant Genkin aussi (p. 24) les rapports économiques entre les pays socialistes sont basés en général sur le principe de la nation la plus favorisée et, à titre exceptionnel seulement, sur le principe du régime national

(*nazionalny regim*), quand cela semble être justifié. De même, les Etats socialistes tâchent de limiter dans la mesure du possible les exceptions à l'application de la clause et s'efforcent à ne reconnaître qu'une seule exception, celle notamment qui exclut du jeu de la stipulation de la clause les avantages concédés à des pays limitrophes (*Manuel*, p. 335). Les exceptions d'ailleurs — suivant la doctrine socialiste — ne sauraient être acceptées par prétérition, comme implicites, mais doivent être expressément spécifiées et précisées quant à leur portée et leur étendue. De cette façon la clause peut être restreinte, surtout en matière douanière, par des réserves visant soit une zone frontalière, soit le trafic frontalier, à raison de la nécessité d'autoriser la liberté des échanges à l'intérieur d'une zone limitée.

La doctrine dominante approuve les principes compris dans la Résolution prise en 1936 par l'Institut de Droit international au sujet de l'interprétation de la clause (Takács, *op. cit.* p. 159).

Elle approuve également les arrêts de la Cour internationale de Justice de La Haye rendus le 22 juillet 1952 dans l'affaire entre l'Anglo-Iranian Oil Co. et l'Iran (*Recueil* 1952, p. 176) et dans le procès entre les Etats-Unis et le Maroc (Takács, *op. cit.* pp. 160-161).

Elle est d'avis que la question de savoir si la clause qui s'étend sur les questions des permis d'importation et des contingents doit être jugée sur la base de l'interprétation des textes. De ce point de vue, il est important de savoir : si les parties contractantes au moment de la conclusion du traité pouvaient penser à la limitation de l'importation, ensuite si dans leurs pays, à ce moment-là, le système du libre échange ou de l'économie dirigée était en vigueur (Takács, *op. cit.* p. 162).

Contrairement aux opinions de Boris Nolde (La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels, *Recueil des Cours*, vol. 39, 1932, tome I, pp. 5-129) et Henry François

Oppenheim (La clause de la nation la plus favorisée dans la pratique internationale de la Suisse, 1948), suivant lesquels le contingentement de l'importation des marchandises va toujours à l'encontre de la clause, le professeur Genkin soutient que « le contingentement et l'octroi des permis y relatifs n'exclut point l'application de la clause, mais définit le domaine d'application de celle-ci » (Genkin, *op. cit.* p. 27).

Les auteurs socialistes analysent également d'une manière approfondie les rapports entre les traités économiques multilatéraux et la clause de la nation la plus favorisée (Genkin, *op. cit.* pp. 28, 31-32, Takács, *op. cit.* pp. 165-170). L'idée essentielle qui les intéresse, c'est celle des « communautés internationales », le mouvement d'intégration dans un ordre déterminé, avec un but déterminé, cette « cristallisation » (l'expression de M. de Soto dans son étude publiée dans le *Journal du droit international*, 1953, n° 3, p. 516), qui s'effectue entre les diverses organisations dont les influences s'enchevêtrent souvent. La question principale, à laquelle ils cherchent à donner une réponse juste, c'est de savoir s'il faut admettre que des *outsiders*, par le jeu automatique d'une clause de la nation la plus favorisée, puissent réclamer le bénéfice des avantages, tout en refusant de s'intégrer dans la communauté en formation, et de participer aux responsabilités et aux sacrifices que cette intégration comporte (Alice Piot, La clause de la nation la plus favorisée, *Revue critique de droit international privé*, 45/1956, p. 13).

Selon les auteurs socialistes, il s'agit de savoir si l'on doit considérer comme valable une disposition insérée dans un traité multilatéral, stipulant, d'une part, que ce traité a pour fondement une union étroite, une communauté à créer entre les Etats participants, et stipulant, d'autre part, et en conséquence, que les avantages qu'ils se concèdent les uns aux autres sont absolument liés à l'existence de cette communauté, ne sauraient en

aucune façon être considérés en dehors de celle-ci, et encore moins en être dissociés pour faire l'objet d'une extension à d'autres pays par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée.

Les auteurs socialistes exposent que les auteurs occidentaux — ainsi que le rappelle Alice Piot — considèrent une telle stipulation comme justifiée et ils sont d'avis qu'il ne suffirait même pas de prétendre considérer comme sous-entendue la condition que l'Etat qui réclame, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, un avantage accordé à d'autres Etats doit fournir la même contrepartie que ces autres Etats. Car, selon les auteurs occidentaux, il ne s'agit plus, dans un phénomène d'intégration européenne, de prestations réciproques échangées entre les Etats — *do ut des* — mais bien de sacrifices qu'ils font les uns et les autres à un bien commun, donc d'une orientation de chacun d'eux à quelque chose qui les dépasse tous, c'est-à-dire d'un phénomène de finalité, radicalement original et incommunicable. Il est rigoureusement impossible qu'un Etat existant en dehors de cet ordre puisse, sans y entrer, fournir des prestations équivalentes à l'intégration qu'il comporte (Alice Piot, *op. cit.* p. 16).

Les auteurs socialistes n'acceptent pas cette argumentation. Ils analysent d'une manière approfondie les propositions de la Commission économique de la Société des Nations présentées en 1929, le rapport du sous-comité de la Commission d'études de la Société des Nations approuvé en 1931 par la Commission, puis les dispositions contenues dans les articles II, XXI, XI, XII, XIII de l'Accord du GATT et dans l'article 7 de la Résolution de l'Institut de Droit international de 1936, ensuite les débats ayant eu lieu en 1955 à l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet de l'extension de l'effet de la clause, ainsi que les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur le traitement réciproque des nationaux, élaborée

par le Comité des Ministres assisté d'un Comité d'experts et signée par les représentants des Gouvernements le 13 décembre 1955, enfin l'article 234 du Traité de Rome établissant la CEE. Ils exposent que dans les grands pays industriels de l'Ouest une pratique est en cours de se développer, laquelle n'accorde pas les avantages résultant des traités multilatéraux — surtout si ceux-ci étaient conclus dans le but de l'intégration économique — à des pays tiers sur la base de la clause de la nation la plus favorisée. Or, suivant les auteurs socialistes — ce qui avait été reconnu même par les experts lors de l'élaboration de la Convention du Conseil de l'Europe — il n'existe pas de règle de droit international positif qui pourrait être invoquée à l'appui de cette pratique. Au contraire, du point de vue juridique « il semble que l'on soit en présence d'un phénomène très inquiétant pouvant conduire certains Etats, sans le consentement de l'Etat bénéficiaire de la clause, à s'estimer dégagés de l'obligation d'accorder les bénéfices résultant de celle-ci sous prétexte que la convention conclue aboutira avec le temps à une union douanière » (Takács, *op. cit.* p. 170). Les auteurs socialistes approuvent la décision du Conseil des ministres de la CEE du mois de décembre 1959 déclarant que les Etats du Marché commun diminueront de 10 p. c. à partir du premier janvier 1960 les douanes des produits pas seulement vis-à-vis de tous les pays ayant droit aux bénéfices de la nation la plus favorisée (Takács, *op. cit.* p. 169).

En ce qui concerne le rôle du principe de la nation la plus favorisée dans les relations des deux systèmes économiques, capitaliste et socialiste, les auteurs socialistes s'occupent d'une manière détaillée des débats de la conférence de l'*International Association of Legal Science*, tenue à Rome sous l'égide de l'UNESCO à la fin du mois de février 1958, au sujet des aspects juridiques du commerce entre les systèmes économiques socialiste et capitaliste. Ils analysent surtout le rapport des pro-

fesseurs John Hazard et Martin Domke. Suivant ce rapport, la clause de la nation la plus favorisée ne signifie une obligation qu'à la charge des pays dont l'économie est basée sur l'activité privée et non pas à la charge des pays ayant une économie planifiée, car l'influence des douanes sur l'économie des pays exerçant le monopole d'Etat du commerce extérieur est minime, vu que dans ces pays, ce sont les autorités qui décident de la question de savoir quelles sont les marchandises qui doivent être importées ou exportées et de quel pays et vers quel pays respectivement. Le rapport soutient également que les douanes n'ont aucune importance dans les pays socialistes, car c'est l'Etat qui paie les douanes à lui-même. Les auteurs socialistes affirment que, dans les pays socialistes, le rôle des douanes est beaucoup plus important que le rapport l'admet et que la clause de la nation la plus favorisée a beaucoup d'effets secondaires aussi, car elle assure par exemple l'accès aux marchés et aux tribunaux étrangers (Takács, *op. cit.* p. 171).

Les auteurs socialistes critiquent également les conclusions de John Hazard exposées par lui dans l'*American Journal of International Law* (n° juillet, 1958), mais approuvent les conclusions présentées par le professeur américain Berman, à la conférence organisée par l'UNESCO au mois de septembre 1958 à Prague, au sujet de la compréhension internationale et la coopération pacifique. Suivant Berman, il faut maintenir le principe général de la non-discrimination dans les traités de commerce entre les pays capitalistes et socialistes et il faut rédiger les clauses de la nation la plus favorisée d'une manière plus détaillée ; il faut assurer d'une manière expresse dans les clauses la non-discrimination dans le domaine de l'usage des possibilités de navigation, de l'accès des commerçants et des organisations commerciales aux marchés, du libre accès des étrangers aux tribunaux, de l'octroi des visas et des mesures analogues (Takács, *op. cit.* p. 172).

En somme, suivant la doctrine dominante dans les pays socialistes de l'Europe orientale, la clause doit et va maintenir son important rôle régulateur dans le commerce international, car elle répond aux exigences du principe de l'égalité entre les Etats et est conforme à la Charte des Nations Unies. L'importance de la clause se maintiendra dans le commerce entre les deux systèmes économiques aussi, car — ainsi que Genkin l'expose — il n'est pas exact qu'elle ne fournit pas les mêmes avantages aux pays capitalistes qu'aux pays socialistes. Genkin invoque à ce propos les traités de commerce signés par l'URSS avec l'Autriche le 17 octobre 1955, avec le Canada le 29 février 1956, avec le Pakistan le 27 juin 1956, avec l'Uruguay le 11 août 1956 (Genkin, *op. cit.* p. 31). Dans le domaine de la lutte entre les principes du traitement égal et du traitement préférentiel, selon les auteurs socialistes, c'est le premier qui emportera la victoire (Takács, *op. cit.* p. 173). La clause — et cela est la conclusion finale des auteurs socialistes et particulièrement de Genkin — « la clause est un facteur d'une importance énorme dans la lutte contre la tension internationale, dans l'établissement de la paix dans le monde entier ». (Genkin, *op. cit.* p. 32).

III.

En ce qui concerne mon opinion personnelle, je suis complètement d'accord avec vous, mon cher et très honoré Confrère, en ce que l'étude du problème qui nous occupe devrait débuter par la réunion d'un « échantillonnage » aussi représentatif que possible des clauses de la nation la plus favorisée et que notre attention devrait se tourner vers les conventions multilatérales susceptibles de comporter des clauses de ce genre.

Je suis également d'accord avec vous en ce qu'il faudrait dégrossir le problème au moyen de certaines *différenciations* et *distinctions* entre la clause de la nation la plus favorisée et certaines autres clauses ayant une nature ou un effet similaire : à savoir la clause de non-discrimination, du traitement national, de la stipulation en faveur de tiers, et en plus — ainsi que Genkin le remarque (*op. cit.* p. 24) — des principes « des possibilités égales » et « des portes ouvertes ».

Je suis enfin d'accord avec vous qu'on devrait étudier le problème des effets de la clause, de ses limites, et de la fin de ses effets, ainsi que les nouvelles modalités de la clause dues à l'insertion de celle-ci dans un contexte multilatéral ; ensuite les problèmes ayant trait à « l'institutionnalisation » de la clause, à l'application du principe de « l'avantage mutuel » et la règle du « principal fournisseur », à l'octroi de dérogations et d'exceptions *(waiver)*, à la procédure servant au règlement des litiges soulevés par l'application de la clause.

En ce qui concerne le jugement de valeur qu'on doit porter sur notre clause, je pense qu'il est incontestable qu'il existe à l'heure actuelle, surtout depuis la seconde guerre mondiale, une tendance très forte, peut-être même générale, dans la littérature récente, qui voit dans la clause une conception périmée, inadaptée à la nature institutionnelle de la société internationale moderne. Il ne faut que lire les conclusions de l'article mentionné plus haut d'Alice Piot, ainsi que les ouvrages cités dans votre exposé préliminaire, pour se rendre compte que l'opinion dominante actuelle est d'avis que notre clause est du « droit vide », du « droit abstrait », « une sorte d'algèbre juridique ». On cite une phrase célèbre de Niboyet qui, en s'appuyant sur une comparaison de Riedl, déclare que « la clause ferait ... penser à quelqu'un qui n'oserait plus inviter un ami à déjeuner, craignant de ce fait une invasion de toutes ses relations » (*Traité de droit international privé français*, t. II, n° 745).

On déclare que la clause n'était pas inadaptée aux exigences de la société internationale au siècle dernier, quand « les intérêts en jeu étaient essentiellement étatiques et politiques, et relevaient donc d'un système juridique contractuel et volontariste. Mais actuellement — on affirme — les intérêts en jeu sont plutôt nationaux qu'étatiques, sociaux et humains que politiques. Le domaine du contrat, comme en droit interne, est en régression, et quant à l'indépendance des membres de la société internationale ... elle évoque des temps révolus. » (Alice Piot, *op. cit.* p. 12.) La clause avait joué sans doute — dit-on — « au siècle dernier un rôle moralisateur et bienfaisant ; mais elle reste une technique primaire faite pour le climat de méfiance et d'égalité juridique exacerbée entre les Etats, auquel elle correspond. A l'heure actuelle — soutient-on —, l'égalité juridique paraît mieux réalisée par une réglementation commune (traités multilatéraux) qui correspond aux tendances, sinon à la création, d'une collectivité internationale globale, du moins à la cristallisation de communautés internationales plus ou moins bien délimitées. » (Voir l'importante étude citée de M. de Soto pp. 536, 538.)

Pour ma part, je ne peux pas accepter ces conclusions. Je suis convaincu que les idées exposées dans l'étude excellente et d'une importance fondamentale de Suzanne Basdevant (Madame Bastid) publiée en 1929 dans le *Répertoire de droit international* (t. III, pp. 464 et suiv.) sont toujours valables.

Il est vrai qu'on avait reproché à la clause, déjà avant la première guerre mondiale, d'être contraire à la nature même des traités dont elle détruit l'équilibre, à la stabilité que l'on recherche particulièrement dans la conclusion de conventions commerciales, à la réciprocité de ces conventions ; et lorsqu'elle porte sur les droits privés, on lui faisait grief d'entraîner l'incertitude dans les relations internationales à cause de la multiplicité de ses formes. Il est également vrai que ce ne sont pas seule-

ment les tribunaux et les administrations, chargés d'appliquer les conventions comprenant la clause, qui rencontrent des difficultés lorsqu'ils veulent appliquer la clause. Les négociateurs des conventions se trouvent aussi souvent dans une situation difficile, car — ainsi que le rappelle Alice Piot — lorsqu'ils sont en présence d'un projet contenant la clause, ils doivent rechercher quelle est, dans le pays avec lequel ils négocient, la nation actuellement la plus favorisée ou celle qui pourra l'être dans l'avenir. Ou peut-être, plutôt, leur faut-il prévoir le traitement que ce pays appliquera, en fait, suivant sa propre conception de la clause. D'autre part, ils doivent supputer la portée actuelle et future de la clause dans leur propre pays, en tenant compte, non seulement de la pratique administrative, mais aussi de la jurisprudence des tribunaux nationaux, et, le cas échéant, des juridictions internationales. Enfin, ils ont à mettre en balance les résultats de ces diverses évaluations (A. Piot, *op. cit.* pp. 6-7).

Niboyet peut avoir raison lorsqu'il fait allusion à quelqu'un qui n'oserait pas inviter un ami à déjeuner, craignant de ce fait une invasion de toutes ses relations (Niboyet, *Traité*, t. II, n° 745), et il peut avoir raison en ce que si on insère dans la clause, à l'exemple de l'article 3 de la convention signée le 16 février 1954 entre la France et la Suède, la condition de la réciprocité effective, que « cette réciprocité diplomatique a . . . une tête internationale, mais deux pieds nationaux . . . que c'est un triptyque » (Niboyet, *op. cit.* p. 734). Mais en sens contraire, la clause présente de sérieux avantages en ce qu'elle assure des conditions de concurrence égales, apporte plus d'uniformité dans les tarifs, permet d'éviter la preuve stricte de l'origine des marchandises importées ; elle généralise les abaissements de tarifs et, en période de tendances prohibitionnistes, elle est un obstacle à la réduction des tarifs. En matière de droits privés, elle constitue un puissant agent de nivellement

et d'amélioration pour la condition des étrangers (S. Basdevant, *op. cit.* p. 482).

A mon avis, il n'est pas exact que la clause tende à devenir une clause de style, qu'elle n'ait pas par elle-même de contenu, que les avantages concédés par les parties contractantes des traités multilatéraux entre eux ne sauraient faire l'objet d'une extension à d'autres pays par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Il n'est pas exact non plus qu'elle est devenue du droit vide, du droit abstrait, une sorte d'algèbre juridique, qu'elle est inadaptée à la nature de la société internationale moderne. Il est vrai que « si la poésie est une musique et une évocation, si la peinture pure est une harmonie de couleurs, le droit pur, lui, ne peut être une réussite qu'aux dépens de la matière humaine qu'il aurait pour véritable rôle d'informer, au sens aristotélicien de ce terme » (Piot, *op. cit.* p. 20), mais notre clause n'est pas de droit pur, elle a un contenu bien défini, elle a une importance considérable du point de vue de l'évolution du commerce international, elle a de sérieux avantages, elle généralise les abaissements de tarifs, elle contribue au développement du commerce mondial, elle améliore la condition des étrangers. Je suis convaincu qu'elle se maintiendra dans le commerce entre les deux systèmes économiques, occidentaux et socialistes aussi, car elle fournit des avantages aussi bien aux pays occidentaux qu'aux pays socialistes.

Après quatre ans du « Kennedy Round » l'accord vient d'être effectué, 12-16 mai 1967, dans le cadre du GATT à Genève avec l'objectif de supprimer progressivement les obstacles qui s'opposaient aux échanges depuis la vague de protectionnisme déclenchée par la grande crise de 1931. Ce résultat a été atteint dans un certain sens en ce qui concerne les produits industriels. Les droits sur la plupart d'entre eux vont être réduits de moitié et, compte tenu des exceptions, le pourcentage moyen de réduction du tarif dans beaucoup de pays sera sans doute

de l'ordre de 37 à 38 % des droits initiaux. Cette diminution va être échelonnée sur cinq ans, ce qui devrait atténuer les effets trop brutaux d'une baisse aussi ample de la protection.

L'accord de Genève soulèvera de nouveau la question de l'interprétation de la clause de la nation la plus favorisée dans les traités multilatéraux et mettra en relief de nouveau l'actualité de notre problème.

L'actualité de l'interprétation de la clause sera également mise en évidence par l'adoption de l'East-West Trade Relations Act dont l'adoption a été demandée au Congrès par le Président des Etats-Unis en 1966 et dans son message de janvier 1967. L'importance de ce projet de loi a été exposée d'une manière très convaincante dans un article excellent du professeur Harold J. Berman et M. John R. Garson (Harvard Law School) publié sous le titre : « Possible Effects of the Proposed East-West Trade Relations Act Upon U.S. Import, Export and Credit Controls » dans la *Vanderbilt Law Review* (Vol. 20/1967, n° 2, pp. 279-302). Ce projet rend possible l'abolition des restrictions discriminantes sur les importations de marchandises en provenance des Etats socialistes de l'Europe orientale (à l'exception de la République Démocratique Allemande) au moyen des accords bilatéraux ayant une durée maximum de trois ans. Le projet permet au Président d'annuler l'effet de l'article 231 du Trade Expansion Act de 1962, suivant lequel l'application des positions très élevées du tarif douanier de 1930 est obligatoire pour toutes les importations « from any country or area dominated or controlled by Communism except Yugoslavia and Poland » et il permet également au Président de suspendre l'application de l'article 11 du Trade Agreements Extension Act de 1951, suivant lequel le Président est autorisé à « take such measures as may be necessary to prevent the importation of ermine, fox, kolinsky, marten, mink, muskrat and weasel furs and skins...

which are product of the Union of Soviet Socialist Republics or of Communist China ».

Il est vrai que le projet ne rétablit point d'une manière automatique le traitement de la nation la plus favorisée aux Etats socialistes, car le Président est autorisé à maintenir ou annuler les restrictions sur les importations en provenance des Etats socialistes suivant qu'il réussit ou non à conclure des accords commerciaux avec les pays socialistes en question.

Il est également vrai que le projet n'a pas l'intention expresse de changer la structure de l'exportation américaine du contrôle des crédits.

Il est enfin vrai aussi qu'il fait dépendre l'annulation des restrictions des concessions accordées par les pays socialistes.

Il n'est pas moins vrai que le projet fait un pas en avant, car il reconnaît que « imports are *no* sacrifice for centrally planned economies of the Soviet type » (Berman, *op. cit.* p. 281) et qu'il n'est pas exact que « the granting of most-favored-nation treatment to a Communist country would involve an economic loss to the United States, for which some specific compensating benefit must be obtained » (Berman, *op. cit.* p. 281, note 5). L'opinion publique commence à comprendre aux Etats-Unis que « equal tariff treatment for imports from Communist countries would presumably constitute an economic benefit to American importers and to American consumers of the imported products... The removal of tariff discriminations can serve not only as a benefit to American importers and consumers but also as an inducement to another country to reduce its restrictions upon American exports. » (Berman, *loc. cit.)*

IV.

Mes réponses au questionnaire :

Ad 1.

Je suis d'accord pour considérer que l'objet essentiel de nos travaux devrait consister dans l'étude des problèmes nouveaux soulevés par l'insertion de la clause de la nation la plus favorisée dans les systèmes multilatéraux.

Ad 2.

Il serait intéressant d'étudier, en dehors des autres systèmes originaux américains et européens, les problèmes relatifs à l'interprétation et à l'application de la clause du point de vue du système des Etats socialistes de l'Europe orientale basé sur les Conditions générales de livraison signées en 1958 par l'URSS et les démocraties populaires de l'Europe et la Mongolie.

Ad 3.

a) Je pense qu'il faudrait étudier le problème de qualification juridique soulevé à la Commission du droit international.

b) Oui.

Ad 4.

Je pense qu'en dehors des éléments d'analyse indiqués dans l'exposé préliminaire, il serait intéressant d'étudier l'application de notre clause du point de vue du règlement du commerce entre l'Est et l'Ouest.

Ad 5.

J'ai indiqué plus haut les ouvrages traitant notre clause qui pourraient peut-être être intéressants du point de vue du travail de la commission.

En dehors de ces ouvrages, je pourrais mentionner encore les articles très intéressants de William W. Bishop (pp. 253-256), Chittharanjan F. Amerasinghe (pp. 257-278), Harold J. Berman et John R. Garson (pp. 279-302), Gene T. Hsias (pp. 303-320), Ernst-Joachim Mestmäcker (pp. 321-354), Clive M. Schmitthoff (pp. 355-368), Stephen Szászy (pp. 393-428) and William Harvey Reeves (pp. 429-564) tous publiés dans le N° 2 du volume 20 (1967) de la *Vanderbilt Law Review* à l'occasion d'un « Symposium on State Trading ». Ont un intérêt spécial au point de vue de notre sujet, en outre, les ouvrages suivants : Domke et Hazard, State Trading and the Most-Favored-Nation Clause, 52 *A.J.I.L.* 55 (1958) ; Berman, Rapport Final, in Aspects Juridiques du Commerce avec les pays d'Economie Planifiée (*International Association of Legal Science*, Paris 1961) ; Berman, The Legal Framework of Trade Between Planned and Market Economies : The Soviet-American Example, 24 *Law & Contemp. Prob.* 482, 506-08 (1959) ; Clesner, Proprietary Rights and East-West Trade (pts 1-2), 9 *Idea* 75, 183 (1965) ; Metzger, Federal Regulation and Prohibition of Trade With Iron Curtain Countries, 29 *Law & Contemp. Prob.* 843, 1000-18 (1964). L'exposé le plus complet des restrictions commerciales américaines se trouve dans le « Background Documents on East-West Trade. Sen. Comm. on Foreign Rel., 89th Cong. Ist Sers. (Feb. 1965) ». Il ressort de ces ouvrages et de ces *Background Documents* que dans l'année 1965 la valeur des marchandises exportées des Etats-Unis vers les pays socialistes était de 139 millions de dollars et la valeur totale des exportations de 26,5 billions.

Dans la littérature soviétique, je peux mentionner les ouvrages suivants en langue russe : B.S. Vagonov, Questions de l'organisation du commerce extérieur des démocraties populaires, 1954 ; A.G. Goikhbarg, Le monopole du commerce extérieur dans les traités commerciaux avec les Etats étrangers dans le commerce extérieur, 1953, N° 8, pp. 12-14 ; G. P. Kalyoujnaya, Les formes juridiques du commerce extérieur de l'URSS dans son développement historique, 1951; D. D. Michoustine, Le monopole du commerce extérieur de l'URSS, 1938 ; T. R. Popescu, Probleme juridique în relatiile comerciale internationale ale R.P.R., 1955; D. F. Ramzaitsev, L'arbitrage de commerce extérieur dans l'URSS, 1957, et Les questions juridiques du commerce extérieur de l'URSS, 1954. Est également important l'ouvrage collectif rédigé par D. M. Genkin sous le titre « Questions juridiques du commerce extérieur de l'URSS avec les pays de la démocratie populaire », 1955.

On peut citer encore le livre de Genkin : « Der Aussenhandel und seine rechtliche Regelung in der UDSSR », publié en 1963 en allemand, et l'ouvrage collectif rédigé par M. Kemper sous le titre « Liefervertrag, Montagevertrag, Kundendienstvertrag im Aussenhandel der RGW-Staaten » et publié à Berlin en 1967.

Agréez, mon cher et très honoré Confrère, l'expression ma haute considération.

Etienne Szászy.

8. Observations de Sir Francis Vallat

London, 29 June 1967.

My dear Colleague,

1. The subject is narrow. Accordingly, the Committee should examine it as thoroughly as possible in all its aspects. The purpose should be to analyse the nature and effect of the Most Favoured Nation Clause and the legal problems to which it gives rise. The Committee should not, however, deal with other types of treaty clauses, except so far as they may have the same substantive effect or their examination may throw light on the study of the Most Favoured Nation Clause.

2. Apart from the General Agreement on Tariffs and Trade, the Committee should concern itself with Most Favoured Nation Clauses whether they appear in world-wide, « regional » or other multilateral treaties. Regard should be had to the nature and effect of the clauses rather than to the scope of the treaties in which they appear.

3. Questions such as those mentioned should be examined to the extent that they fall within the scope of the study as delineated in the answer to question 1 above.

4. In my opinion, the elements indicated are sufficient.

5. No works additional to those listed in A.2(c) have been found by me.

Yours sincerely,

Francis Vallat.

9. Observations de M. Kisaburo Yokota

Tokyo, June 21, 1967.

Dear Professor,

I congratulate you on formulating an excellent exposé préliminaire on the most-favoured-nation clause in the multilateral conventions, a copy of which I received several weeks ago. I take now the pleasure to send my answers to your questionnaire as follows :

Question 1 : My answer is affirmative, that is, the Commission should study the new problems to be brought about by the insertion of the most-favoured-nation clause in the multilateral systems, for our task is to work out the general, if possible, universal rules of international law concerning the most-favoured-nation clause. Therefore all the problems to be newly brought about by the insertion of the clause in the multilateral conventions should be studied by the Commission, at least at the beginning of its work.

Question 3 : *a)* I think we should study ourselves the problem of legal qualification discussed in the International Law Commission. The most-favoured-nation clause has much to do with the effects of a treaty to a third State, for it gives undoubtedly rights and interests provided in a treaty to a State which is not a party to the treaty. The discussion in the International Law Commission shows that the opinions of the members of the Commission are not always clear nor accordant. We had therefore better consider this problem ourselves.

b) My answer is affirmative. The reason is that the study in the derogations to the most-favoured-nation clause will contribute to clarify the content and extent of the clause itself. Moreover, such derogations seem to be an essential aspect of the clause at present.

Question 4 : I think that the elements of analysis indicated in your exposé préliminaire are sufficient for the presentation of the problem at least for the time being.

I am,

Sincerely yours,

Kisaburo Yokota.

La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales

Quatrième Commission

2. Rapport définitif
présenté par
M. Pierre Pescatore

1. Le rapporteur de la Quatrième Commission a la grande satisfaction de pouvoir constater que, dans leur ensemble et pour l'essentiel, les analyses de son rapport provisoire ont été acceptées par les membres de la Commission. Nonobstant, un certain nombre d'observations et de questions ont été formulées, tant en ce qui concerne la substance du rapport que les conclusions libellées dans l'avant-projet de Résolution.

Ces remarques ont permis non seulement d'approfondir divers aspects du problème, mais encore d'apporter un certain nombre de compléments dans ce rapport définitif. L'articulation du texte est la même que celle du rapport provisoire, de manière à faciliter un rapprochement entre les idées exposées en premier lieu et leur développement ultérieur, à la lumière des réactions reçues de la part des membres de la Commission.

Le rapporteur voudrait exprimer ici sa profonde gratitude pour toutes les contributions, dont certaines particulièrement substantielles, qu'il a reçues de la part des membres de la Commission au cours des phases successives des travaux. Cette expression de reconnaissance s'étend à plusieurs personnes qui ont bien voulu faire bénéficier le rapporteur de

leurs conseils sur certains aspects particuliers du sujet, à savoir M. H. W. Dittmann, directeur général adjoint du GATT, M. Giancarlo Olmi, conseiller juridique de la Commission des Communautés européennes, M. E. E. Papanicolaou, docent à l'Université de Genève, ainsi que M. Daniel Vignes, conseiller juridique du Conseil des Communautés européennes.

Observations relatives à l'introduction

2. L'introduction du rapport provisoire, dont le but est de tracer le cadre du sujet et d'indiquer les grandes articulations de la matière, a donné lieu à quelques observations plus générales.

M. *Ustor* a apporté une confirmation et une illustration intéressante sur l'un des points touchés dans l'introduction (n° 4), où il est dit que *la multilatéralisation* des rapports internationaux à l'échelle mondiale rend, somme toute, superflu le recours à la technique de la c.n.p.f.

Ce problème, ainsi qu'il est rappelé, avait été abordé par M. Žourek, rapporteur spécial de la Commission du droit international pour la question des relations et immunités consulaires. Le rapporteur spécial, après s'être interrogé sur la question de savoir s'il ne serait pas souhaitable, en raison de l'existence de nombreuses conventions bilatérales en la matière, d'insérer une clause de la nation la plus favorisée dans le projet d'articles répond, entre autres, par cet argument : « ... la nécessité d'une clause de la nation la plus favorisée se fait beaucoup moins sentir lorsqu'il s'agit d'une convention multilatérale de portée universelle, la généralisation des avantages concédés étant assurée par la forme multilatérale des engagements assumés ». Le rapporteur spécial rappelle à ce propos que la même attitude avait déjà été prise par la

Commission lors de la préparation du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques.[1]

3. Au n° 5 du rapport provisoire, on a essayé de montrer comment *l'émergence de problèmes économiques nouveaux* dans les relations internationales — rapports entre économies libérales et économies dirigistes, rapports entre économies industrialisées et économies en voie de développement — a fait apparaître les limites, sinon même l'inopérance de la clause de la nation la plus favorisée.

Deux membres de la Commission n'admettent pas sans réserve cette façon de voir. M. *Guggenheim* pense que la clause a un caractère essentiellement technique et qu'elle est, comme telle, applicable dans de nombreux domaines du droit. M. *Ustor* défend avec vigueur la même opinion et il rappelle cette phrase de Dahm qu'il a reprise dans son document de travail présenté à la Commission du droit international : « (La clause) peut être liée aux systèmes les plus divers de politique économique, au libre-échange aussi bien qu'au protectionnisme ».[2]

Est-il possible de maintenir les positions du rapport provisoire en présence de ces observations ?

Il faut, pour commencer, voir le problème à deux échelons de profondeur. Le rapporteur ne fait pas de difficulté pour reconnaître que la technique de la clause, bien qu'elle donne les meilleurs résultats si elle se combine avec une politique commerciale libérale, peut s'accommoder aussi d'une politique protectionniste. On l'a dit expressément et justifié au n° 34 du rapport provisoire. C'est là aussi le sens, à ce qu'il semble, de la phrase de Dahm citée par M. *Ustor* et c'est également à ce niveau que se situe l'observation de M. *Guggenheim*.

---

[1] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, vol. II, p. 23.

[2] Doc. A/CN.4/L.127, n° 17.

Par contre, le problème évoqué dans la partie introductive et développé plus longuement dans la troisième partie du rapport provisoire est beaucoup plus fondamental. Il ne s'agit pas ici des orientations variables de la politique commerciale, mais bien de divergences plus foncières entre structures économiques et degrés de développement. Or, à ce niveau-là, on peut se demander si la clause est réellement adaptée aux problèmes qui se posent. Le principe égalitaire de la clause est taillé à la mesure d'économies compétitives ; il convient mal aux besoins d'économies qui se trouvent encore à un stade inférieur de développement. D'autre part, l'automatisme de la clause, c'est-à-dire l'extension des chances commerciales qu'elle entraîne en faveur de tous, dès lors que ces chances sont accordées à un seul, s'accorde mal avec les interventions dirigistes des Etats, dans l'économie, au moyen de restrictions quantitatives ou financières (n°s 36 et 37 du rapport provisoire). Plus que cela, le jeu de la clause est largement paralysé lorsque ses interventions prennent un caractère systématique comme c'est le cas des économies planifiées (n°s 85 et ss. du rapport provisoire). Il s'agit là de tout autre chose que d'un simple « protectionnisme », étant donné qu'en présence des interventions dirigistes de l'Etat dans le commerce extérieur, qu'elles soient occasionnelles ou qu'elles soient systématiques comme dans les régimes d'économie planifiée, la clause n'est plus capable de conférer directement des chances sur le marché, parce qu'elle ne peut jouer plus que *comme un mécanisme conditionné* par des décisions préalables de caractère administratif ou même politique.

C'est pourquoi le rapporteur maintient sa conception originaire en ce sens que la clause est un procédé spécifique à l'économie de marché ; que, par contre, elle n'est pas capable de résoudre convenablement, à elle seule, les problèmes que posent les échanges entre Etats dont les uns adhèrent aux

principes de l'économie de marché, alors que les autres se sont donné des principes de structure différents ; qu'il est donc plus réaliste d'orienter, pour autant, la recherche vers d'autres principes de solution — des critères plus souples tels que ceux de non-discrimination, d'équilibre, de réciprocité, de croissance équilibrée des échanges... — plutôt que de prendre recours à la clause de la nation la plus favorisée qui n'est pas une « panacée ». On reviendra plus longuement à cette question à propos de la troisième partie du rapport provisoire.

4. Enfin, certains membres de la Commission, tout en approuvant le fait que le rapport provisoire est axé essentiellement sur les problèmes du commerce international, ont fait reconnaître le désir de voir justifier plus amplement cette limitation.

Le rapporteur voudrait offrir à ce sujet les explications que voici. L'un des avantages de la clause, comme système purement abstrait de renvoi, est de s'accommoder de toutes les matières imaginables, parmi lesquelles une mention particulière doit être faite de deux matières intimement liées : le droit d'établissement et le droit privé. Il n'y a pas de doute que l'étude de ces questions aurait pu apporter des éclaircissements utiles, spécialement sur la question du rapport entre le principe du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Le rapporteur estime cependant qu'un spécialiste du droit international privé serait mieux placé pour entreprendre l'étude de cet aspect du problème ; il serait heureux si cette suggestion pouvait être accueillie dans le cadre de l'Institut.

Observations relatives à la première partie : Notion, histoire et systématique de la clause

L'évolution de la c.n.p.f. dans les conventions bilatérales

5. Les recherches faites par MM. *Ustor* et *Verosta* ont fait apparaître que le relevé de traités qui figure au n° 17 du rapport provisoire — établi sur la base des tables du Recueil des traités des Nations Unies — n'est pas exhaustif. En réalité, les conventions comportant la c.n.p.f. sont beaucoup plus nombreuses que ne le faisaient apparaître les titres relevés dans le rapport provisoire. Il n'est pas possible, dans ce cadre, d'en dresser une liste exhaustive. Mais une revue rapide permet cependant de confirmer deux constatations.

La première, c'est que la clause n'est pas utilisée autrement que dans sa forme inconditionnelle. La forme conditionnelle de la clause semble bien avoir définitivement disparu.

La seconde, c'est que ces conventions se situent toutes en dehors du champ d'application du GATT : il s'agit de conventions conclues entre Etats dont l'un, au moins, n'est pas partie à l'Accord général. Il est donc permis de maintenir la thèse disant que la clause est devenue plus rare dans sa forme traditionnelle, c'est-à-dire, bilatérale.

La clause et le principe de non-discrimination

6. M. *Reuter* s'interroge dans ses observations sur le rapport entre le t.n.p.f. et le *principe général de non-discrimination*. Il considère que la relation entre les deux principes mériterait d'être analysée plus profondément et précisée.

Ainsi qu'il est dit dans le rapport provisoire, le principe du t.n.p.f. n'est rien qu'une application de l'idée générale de non-

discrimination, mais une application dans le sens d'une spécificité plus grande : en effet, au principe de l'égalité de traitement se trouve ajouté un critère concret de référence, celui du traitement le plus favorable accordé à n'importe quel autre Etat. Or, c'est précisément cette plus grande spécificité de la clause qui fait toute sa valeur ainsi qu'il résulte d'une comparaison des effets que produiraient, dans une situation identique, le principe général de non-discrimination et la c.n.p.f.

Tout d'abord, en ce qui concerne le principe de non-discrimination, on pourrait s'interroger sur la question de savoir si une discrimination existe déjà du moment qu'un Etat tiers isolé est traité plus favorablement que la généralité des autres Etats ; ne faudrait-il pas dire plutôt qu'une véritable discrimination n'existe que lorsque le traitement infligé à un Etat est plus défavorable que celui qui est réservé non pas à un seul, mais à la généralité des Etats. La clause a l'avantage de prévenir toute discussion de ce genre étant donné que son effet se déclenche dès qu'un traitement plus favorable est accordé à un Etat quelconque, même isolé.

D'autre part, il faut se demander à quoi engage le principe de non-discrimination : l'Etat qui se plaindrait d'une inégalité de traitement peut-il exiger d'être traité aussi avantageusement que n'importe quel autre ou son droit se restreint-il à pouvoir exiger que soit éliminée toute sorte de traitement préférentiel réservé à des tiers ? En d'autres termes, le principe de non-discrimination donne-t-il lieu au nivellement vers le haut de ceux qui sont défavorisés ou, plutôt, au nivellement vers le bas de ceux qui ont pu obtenir une faveur ? Une fois de plus, on voit ici l'avantage de la clause : son sens, ainsi qu'il est exposé dans le rapport provisoire, est très nettement à sens unique, à savoir celui du nivellement vers le haut.

On peut donc répondre à l'observation de M. *Reuter* que, par rapport au principe général de non-discrimination, la

c.n.p.f. a l'avantage de résoudre indiscutablement certains points d'incertitude que soulève l'application du principe général de non-discrimination. Cela se vérifie d'ailleurs dans le concret à propos des restrictions quantitatives auxquelles on ne peut appliquer, ainsi que nous l'avons dit, le principe du t.n.p.f. : on doit bien se rabattre alors sur un principe général tel que celui de la non-discrimination, ou celui de la répartition équitable, qui donnent moins de satisfaction parce qu'ils donnent moins de certitude.

La clause et le principe du traitement national

7. Les observations critiques de MM. *Castañeda* et *Guggenheim* ont mis en évidence un problème particulièrement délicat en ce qui concerne le rapport entre le principe du t.n.p.f. et le principe du traitement national. Il est rappelé que le rapport provisoire table sur cette conception qu'il y a une différence de nature entre les deux standards de traitement au point que l'on ne peut pas dire que la clause de la nation la plus favorisée peut attirer à l'Etat bénéficiaire, le cas échéant, jusqu'au bénéfice du traitement national. Pour la bonne compréhension de ce problème assez subtil, mais important en pratique, il convient de rappeler plus explicitement les données du problème.

Supposons que l'Etat A ait accordé le bénéfice du t.n.p.f. à un ou plusieurs autres Etats, disons B, C, D, etc. Or, ultérieurement, il conclut avec un Etat X un traité portant sur le même objet, par exemple, le droit d'établissement ou la protection des personnes, fondé non pas sur le standard du t.n.p.f., mais sur le principe du traitement national, c'est-à-dire sur l'assimilation du statut des ressortissants de l'Etat X à celui des ressortissants de l'Etat A. Ne peut-on pas dire que, par l'effet du traité conclu par l'Etat A avec l'Etat X, le stan-

dard de la « nation la plus favorisée » s'identifie désormais au traitement national ? En d'autres termes, la c.n.p.f. assurerait aux Etats B, C, D, etc. la jouissance du traitement national.

La question est sujette à controverse puisqu'à l'équation qui vient d'être établie on peut objecter qu'il y a une différence de nature entre les deux clauses en discussion puisque, ce à quoi un Etat s'oblige par la c.n.p.f., ce n'est toujours que d'accorder le traitement *d'étranger* le plus favorable, ce qui est autre chose que l'assimilation avec les propres nationaux. On peut objecter pour le surplus ceci : la thèse disant que la c.n.p.f. assure à l'Etat bénéficiaire l'avantage du traitement national, dès lors que celui-ci est accordé à n'importe quel autre Etat, aboutirait à ce résultat inéquitable que les Etats bénéficiaires de la c.n.p.f. pourraient donc désormais revendiquer le traitement national sans être tenus de l'accorder de leur part, ce qui nous ramène au problème de la réciprocité dans l'application de la clause. En effet, nous y reviendrons dans un instant, le traitement national n'est assuré normalement qu'à titre de réciprocité et ce serait décidément aller très loin que de conférer le même avantage à des pays qui continuent, en vertu de la clause, à n'accorder qu'un traitement d'étranger.

C'est pour ces motifs que le rapporteur maintient sa façon de voir en ce sens que la c.n.p.f. ne peut assurer davantage que le traitement d'étranger le plus favorable possible ; que, par contre, l'octroi du traitement national représente une *transitio ad aliud genus*, incommunicable par le truchement de la clause.

8. A juger d'après les réponses reçues, cette conclusion n'est pas sujette à discussion dans les cas où le principe du traitement national forme partie intégrante de la constitution d'un régime d'intégration économique entre plusieurs Etats. M. *Guggenheim* semble admettre également que, d'une façon

générale, la communication du traitement national par le truchement de la c.n.p.f. ne peut pas avoir lieu « dans les domaines strictement économiques ». Par contre, il réserve son jugement en ce qui concerne le domaine du droit d'établissement auquel on pourrait ajouter celui, en général, du traitement des personnes et de la protection des droits. A défaut d'avoir pu approfondir cet aspect des rapports internationaux, le rapporteur voudrait, lui aussi, en ce qui concerne ce domaine, exprimer son opinion seulement sous réserve d'un examen plus approfondi. Par contre, en ce qui concerne les rapports économiques internationaux, le rapporteur maintient fermement sa thèse disant que le fait, par un Etat, d'accorder le traitement national au commerce et aux activités économiques d'un pays tiers, n'engage pas cet Etat à étendre le même traitement à tous les bénéficiaires de la c.n.p.f.

La clause et le principe de réciprocité

9. Là aussi, les observations formulées par MM. *Castañeda* et *Reuter* ainsi que, dans la perspective plus particulière des rapports entre Etats à économie de marché et Etats à économie planifiée, par M. *Ustor*, obligent à approfondir le débat.

En premier lieu, il faut attirer l'attention sur le fait que *la notion de réciprocité intervient ici de deux manières*, ainsi qu'il est indiqué, d'une façon peut-être trop sommaire, au n° 27 du rapport provisoire. Elle intervient une première fois au moment même où un Etat accorde à un autre le bénéfice de la clause. En effet, alors que normalement la clause n'est pas accordée autrement qu'à titre réciproque (les Etats se promettent alors mutuellement le t.n.p.f.), il existe certaines hypothèses exceptionnelles dans lesquelles des Etats sont amenés à promettre le t.n.p.f. sans que le bénéficiaire de cette

promesse assume à son tour le même engagement. On a dit avec raison que la concession unilatérale du t.n.p.f. consacre, entre Etats, une inégalité qui ne peut être justifiée que par des circonstances particulières. Ainsi, sans remonter jusqu'au régime des capitulations, on a signalé la présence de telles clauses dans certains traités de paix et jusque dans certains accords d'association conclus par la Communauté économique européenne.[3]

C'est également à ce niveau qu'il faut saisir l'objection de M. *Ustor* à l'égard de certains raisonnements du rapport provisoire, relatifs aux pays à commerce d'Etat, qui reviendraient à réintroduire dans la c.n.p.f. une exigence de réciprocité dont on a justement dénoncé, par ailleurs, l'incompatibilité avec l'esprit de la clause. Il faudra revenir plus longuement à ce problème dans les commentaires consacrés à la troisième partie du rapport provisoire. Pour le moment on se bornera à dire que, compte tenu de la structure économique et politique des pays en cause, la clause ne peut guère, dans les relations avec des pays à économie libérale, jouer autrement que dans le sens d'une clause unilatéralement concédée.

10. Autre chose, par contre, est la question de la réciprocité *dans les effets successifs de la clause* acceptée, par hypothèse, à titre mutuel par deux ou plusieurs Etats. Ici, la clause est

[3] A ce point, une rectification s'impose. Le rapporteur, à la suite d'une remarque formulée par le Rapporteur spécial de la Commission du droit international (cf. fin de la note 29 du rapport provisoire) avait signalé les traités de paix conclus après la seconde guerre mondiale comme contenant une clause unilatérale. Ainsi que M. *Verosta* l'a fait remarquer avec raison, ces traités n'assurent le t.n.p.f. qu'aux Etats qui « accordent par voie de réciprocité un traitement analogue ». Voir les traités suivants: Bulgarie, art. 29 (R.T.N.U., 41, p. 21); Hongrie, art. 33 (*ibid.*, p. 135); Roumanie, art. 31 (R.T.N.U., 42, p. 3); Finlande, art. 30 (R.T.N.U., 48, p. 203); Italie, art. 82 (R.T.N.U., 49, p. 3). — Même clause dans le traité d'Etat conclu avec l'Autriche, art. 29 (R.T.N.U., 217, p. 223).

capable de jouer en faveur de l'un quelconque des partenaires, mais on a montré que même si cette réciprocité est assurée à la base, l'opération de la clause peut conduire à des déséquilibres matériels que certains Etats ont essayé de corriger en donnant à la clause un caractère dit « conditionnel » (rapport provisoire, n° 29). Or, l'introduction de cette exigence supplémentaire de réciprocité enlevait à la clause son principal avantage, à savoir celui de l'automaticité ; elle transformait la clause en une simple offre de négociation. On a montré ensuite comment, précisément, l'introduction de multilatéralisme dans les relations économiques internationales a permis, à l'aide d'une méthode appropriée de négociation, d'assurer une transaction heureuse entre la sauvegarde d'un équilibre matériel dans les avantages concédés et le jeu automatique de la clause. En d'autres termes, ce qui apparaissait dans les relations bilatérales comme un frein au libre jeu de la clause devient, dans un système multilatéral, un principe utile d'équilibre.

En conclusion sur ce point, le rapporteur pense donc pouvoir retenir les idées que voici :

a) Qu'il faut considérer comme anormales des situations où la clause n'est octroyée qu'à titre unilatéral, de même que des situations dans lesquelles, bien qu'elle soit accordée à titre mutuel, la clause ne peut jouer que dans un sens unique par suite des disparités de structure économique entre les partenaires.

b) Que la combinaison de la clause avec un système multilatéral de négociation permet de tenir compte d'un principe de réciprocité équitable qui, autrement, peut constituer un frein au jeu normal de la clause.

On ajoutera cette remarque que la discussion pourrait être facilitée si l'on se résolvait à réserver la notion de la réciprocité pour marquer le caractère fondamental de la clause comme

engagement mutuel, en contraste avec la clause concédée à titre unilatéral. En ce qui concerne les effets successifs de la clause, on parlerait mieux d'un « équilibre » que d'une réciprocité des avantages.

La clause et la doctrine des effets des traités à l'égard des tiers

11. M. *Castañeda* a attiré avec raison l'attention sur le fait qu'au n° 32 du rapport provisoire le terme de « tiers » est employé avec un double sens : le tiers n'est en effet pas le même suivant que l'on se place au point de vue du premier bénéficiaire de la clause ou à celui de l'Etat ultérieurement favorisé. Pour la clarté de l'argument, il faut en effet soigneusement distinguer :

— l'Etat obligé par la clause, ou l'Etat « concédant » ;
— l'Etat « bénéficiaire » de la clause ; et
— l'Etat favorisé ultérieurement qui seul mérite, dans ce cas, le nom de « tiers ».

Mais l'argument en lui-même reste inchangé. Il est rappelé qu'il consiste à dire que, ce qui importe pour savoir si le bénéficiaire de la clause peut revendiquer un certain avantage, ce n'est pas la relation juridique établie entre l'Etat obligé par la clause et le tiers favorisé ; ce qui assure l'avantage au bénéficiaire de la clause, c'est le simple fait que ce même avantage ait été conféré à un tiers, peu importe que ce soit en vertu d'un accord international, en vertu de la loi interne ou en vertu d'une simple pratique de fait. En d'autres termes, l'avantage est assuré, en vertu de la relation contractuelle entre l'Etat concédant et le bénéficiaire de la clause, par l'octroi, quelle qu'en soit la cause juridique, du même avantage à un tiers

quelconque. On n'est donc pas en présence de la situation typique des effets d'un traité international à l'égard d'un Etat qui n'en est pas Partie, puisque, précisément, le bénéficiaire de la clause n'est pas tiers à l'égard de l'Etat concédant et que l'existence d'une relation contractuelle entre l'Etat concédant et le « tiers » favorisé est irrelevante.

Par contre, le rapporteur estime que l'introduction des notions de conditions « suspensive » et « résolutoire », suggérées par M. *Castañeda*, ne fait pas avancer la compréhension du problème. En tout cas, on ne peut pas parler d'une condition résolutoire : en effet, ce n'est pas la réalisation de quelque nouvelle condition qui entraîne la suppression d'une faveur accordée en vertu de la clause, mais simplement la suppression du régime accordé au tiers favorisé.

L'effet de la clause et la règle eiusdem generis

12. Les observations critiques faites par M. *Guggenheim* au sujet des conséquences tirées de la règle *eiusdem generis*, en ce qui concerne la dérogation à la clause en faveur de l'intégration économique (voir le n° 133 du rapport provisoire), ont amené le rapporteur à repenser cet aspect du problème. Il est apparu au fil de cette réflexion que la règle *eiusdem generis* forme le pivot de toute la matière et, comme il s'agit d'un problème de caractère général qui intéresse la clause dans sa forme bilatérale autant que multilatérale, c'est à cet endroit que l'on voudrait reprendre le problème.

Originairement, la règle *eiusdem generis* a été développée pour exprimer l'exigence d'une identité ou, à tout le moins, d'une similitude de l'objet des avantages qui doivent être étendus en vertu de la clause. C'est dans cette perspective que la règle est exprimée dans les dispositions de l'Accord général

dont l'article I prévoit l'extension des réductions tarifaires à tout « produit similaire ».[4]

13. Mais ce n'est pas là que s'arrête cette exigence. Il faut que le rapport de similitude existe également en ce qui concerne *la nature* de la mesure dont l'extension est revendiquée en application de la clause et, même, en ce qui concerne *le conditionnement juridique* de cette mesure, c'est-à-dire le cadre dans lequel elle intervient.

Ainsi, comme nous l'avons exposé ci-dessus, un Etat ne peut pas, en vertu de la clause — dont la nature est d'assurer le traitement d'étranger le plus favorable — revendiquer le bénéfice du traitement national. La clause de traitement national, nous l'avons dit, a intrinsèquement une autre portée que la clause de la nation la plus favorisée ; elle n'est donc pas *eiusdem generis* par rapport à cette dernière et son bénéfice ne peut dès lors pas être acquis par l'intermédiaire de la c.n.p.f.

Quant au « conditionnement juridique », on a donné au n° 133 du rapport provisoire un exemple tiré de la pratique arbitrale qui montre qu'une clause de la nation la plus favorisée insérée dans un traité d'établissement ne peut pas assurer le bénéfice d'avantages consentis en vertu d'un traité d'une toute autre nature, à savoir un traité de paix. Ce qui est en cause ici, ce n'est pas la nature intrinsèque de la clause, mais bien le contexte juridique : le bénéfice de la clause ne peut pas porter plus loin que l'objet même du traité dans lequel elle se trouve insérée. Or, pour en rester à l'exemple donné, un traité de paix poursuit une finalité profondément différente de celle

[4] On notera que le même critère figure dans les dispositions des articles III (traitement national en matière de taxations intérieures) et XIII (non-discrimination en matière de restrictions quantitatives). — Voir, sur la notion des « produits similaires », l'arrêt du 4 avril 1968 de la Cour de Justice des Communautés européennes, aff. 27/67, Fink-Frucht GMBH, Recueil de la jurisprudence 1968 (XIV), p. 327.

d'un traité d'établissement. On a transposé l'argument à la question de l'effet de la c.n.p.f., encadrée dans un traité commercial, à l'égard des avantages concédés dans le cadre d'un système d'intégration économique. De l'avis du rapporteur, il n'existe, en effet, aucune commune mesure entre un traité destiné simplement à faciliter le commerce international et l'objectif beaucoup plus ambitieux et plus fondamental d'un traité d'intégration économique sous forme de zone de libre-échange, d'union douanière ou d'union économique. On a donc conclu que la c.n.p.f. « commerciale » est inopérante à l'égard des avantages concédés dans le cadre d'un système d'intégration.

On voit dès lors l'importance capitale de la règle *eiusdem generis* autant pour l'Etat qui concède la c.n.p.f., que pour les Etats qui en bénéficient. C'est en effet cette règle qui indique au premier la mesure de ses engagements, et, aux seconds, les limites des prétentions qu'ils peuvent légitimement élever.

14. Résumons en disant que la clause ne peut produire son effet qu'à la triple condition qu'il y ait, en ce qui concerne l'avantage revendiqué en vertu de la clause, à la fois

— identité, ou à tout le moins, similitude d'objet ;

— identité de nature entre le standard de référence envisagé par la clause et l'avantage concédé ; enfin,

— identité entre le conditionnement juridique de la clause et le cadre dans lequel un avantage est revendiqué.

Ce sera sans doute par un approfondissement de la règle *eiusdem generis* que l'on pourra circonscrire d'une manière plus précise la portée de la clause et, par là, vider un certain nombre de divergences qui se manifestent autour de la question de son effet.

Observations relatives à la deuxième partie : La c.n.p.f. dans le contexte multilatéral

Peu de questions ont été posées au sujet de cette partie du rapport provisoire.

Le mécanisme de négociation du GATT

15. En ce qui concerne le GATT et, d'une façon générale, le mécanisme de négociation des traités commerciaux, deux membres de la Commission, MM. *Castañeda* et *Reuter* ont demandé d'obtenir de plus amples explications sur la *règle du « principal fournisseur »*. Celle-ci peut, effectivement, sembler mystérieuse aux non-initiés.[5]

---

[5] Le principe de la règle du « principal fournisseur » est retenu dans le règlement de la Conférence de Torquay, nº 1, I.B.D.D., Vol. I, 1952, p. 108. La règle est formulée plus explicitement dans le document: *Report of the First Session of the Preparatory Committee of the U.N. Conference on Trade and Employment*, London, 1946, Annexure 10, Section E, sous le titre: « Principal supplier rule »:

1. It is generally agreed that the negotiations should proceed on the basis of the " principal supplier " rule, as defined in this paragraph. This means that each country would be expected to consider the granting of tariff or preference concessions only on products of which the other members of the Preparatory Committee are, or are likely to be, principal suppliers.

2. In determining whether, on the basis of the " principal supplier " rule, a product is to be included in the negotiations, reference should be had not merely to whether a particular member of the Preparatory Committee is, or may become, a principal supplier, but to whether the members of the Committee, taken as a whole, supply, or are likely to supply, a principal part of the product in question.

3. In other words, if a principal part of total imports of a particular product into the territory of a particular member is supplied by the

Pour comprendre le rôle de cette règle, il faut se représenter bien concrètement les caractéristiques des négociations tarifaires. Il faut rappeler que le multilatéralisme n'est pas, et ne sera sans doute jamais parfait au sein du GATT, étant donné que chaque Partie contractante possède son tarif douanier et négocie les positions de ce tarif avec les autres Parties contractantes. Comment une telle négociation est-elle engagée ? C'est dans chaque cas au pays exportateur d'une marchandise qu'il appartient d'adresser, au pays importateur, ses demandes visant à la réduction de telle ou de telle position tarifaire. Or, pour pouvoir entamer une négociation à cet effet, le pays exportateur doit, selon les règles du GATT, établir sa qualité de « principal fournisseur » sur le marché du pays importateur. Cette qualité s'établit sans difficulté sur la base des statistiques du commerce extérieur. L'exigence de cette qualification comme principal fournisseur étant posée en principe, il est d'ailleurs parfaitement possible que plusieurs exportateurs se groupent pour établir leur position comme principal fournisseur.

Le but de ce mécanisme est de concentrer la négociation entre les mains de celui des pays exportateurs qui, pour un produit donné sur le marché d'un pays importateur déterminé, détient l'intérêt le plus substantiel. C'est en effet ce pays-là qui est le mieux placé pour négocier et pour aboutir à un résultat représentatif. Les concessions obtenues dans de telles conditions sont alors étendues automatiquement aux autres fournisseurs par le jeu de la c.n.p.f. On voit donc que la règle du principal fournisseur joue comme une inhibition, au stade de

---

other members of the Preparatory Committee taken together, then the importing member should, as a general rule, be willing to include that product in the negotiations, even though no single other member of the Committee, taken by itself, supplies a principal part of the total imports of the product.

l'initiative des négociations, à l'égard des Etats qui n'ont pas, sur le marché d'un pays importateur déterminé, une position prééminente comme exportateur ; quant au résultat d'une négociation, les exportateurs secondaires ont tout avantage à ce que ce soit le pays disposant de la plus grande masse de manœuvre qui mène le jeu, puisqu'ils finiront par en profiter.

N'existe-t-il pas d'autres conventions multilatérales appliquant la technique de la c.n.p.f. ?

16. Une remarque de M. *Reuter* laisse percer quelque déception de n'avoir pu trouver, dans le rapport provisoire, des exemples plus nombreux de conventions multilatérales faisant usage de la technique du t.n.p.f.

De son côté, M. *Verosta* a signalé le cas d'un certain nombre de conventions multilatérales, en apparence du moins, à savoir les traités de paix, déjà cités, conclus à la suite de la deuxième guerre mondiale, ainsi que le traité d'Etat autrichien du 15 mai 1955. Effectivement, ces traités comportent l'application de la technique de la c.n.p.f., mais il faut bien se rendre compte de ce qu'en réalité, en raison de la constellation politique sous-jacente à chacun de ces traités, il ne s'agit pas d'actes authentiquement multilatéraux, puisque, chaque fois, l'une des parties contractantes se trouve, à l'égard des autres, en position singulière. Malgré la participation d'Etats multiples, ces traités appartiennent donc à la catégorie des actes bilatéraux, ainsi que M. *Reuter* l'a d'ailleurs fait remarquer à propos des conventions d'association de la C.E.E. (n° 76 du rapport provisoire).

17. Par contre, le cas de la *convention européenne sur la pêche,* signée à Londres le 9 mars 1964, mérite quelques déve-

loppements plus approfondis.[6] Voici quel est le rôle de la c.n.p.f. dans le système de cette convention.

Les articles 2 à 6 de la convention définissent une zone de douze milles mesurés à partir de la ligne de base de la mer territoriale, à l'intérieur de laquelle le droit de pêche est réservé à l'Etat riverain selon les modalités suivantes : dans la zone des premiers six milles, le droit de pêche est exclusif (art. 2) ; dans la zone extérieure, comprise entre six et douze milles, le droit de pêche est exercé conjointement par l'Etat riverain et par les autres Parties contractantes dont les navires ont habituellement pratiqué la pêche dans cette zone pendant une période déterminée (art. 3).

Lorsqu'une Partie contractante accorde à un autre Etat des avantages qui dépassent les limites des dispositions citées, ces avantages s'étendent automatiquement, aux termes de l'article 8, à toutes les Parties contractantes. Il s'agit donc d'une clause de la nation la plus favorisée. Plus précisément, l'article 8 prévoit deux hypothèses :

a) tout avantage accordé ultérieurement *à un Etat tiers* s'étend de plein droit à toutes les Parties contractantes « que celles-ci puissent ou non prétendre à ce droit au titre d'activités de pêche habituelles, et cela dans la mesure ou l'Etat non contractant se prévaudra de ce droit d'une manière effective et habituelle » (par. 1) ;

b) tout avantage accordé *à une autre Partie contractante,* au-delà de ce qui est prévu par la convention s'étend, de même, à toutes les Parties (par. 2).

Enfin, on notera que l'article 10 réserve le maintien ou l'institution de régimes particuliers en matière de pêche entre les

[6] Texte au R.T.N.U., 581, p. 57. Voir encore la note 99 du rapport provisoire.

Etats membres de divers groupements régionaux : Communauté économique européenne, Benelux, groupe scandinave (art. 10, *a, b et c*).

Observations relatives à la troisième partie : Les limites de la clause

18. Les remarques des membres de la Commission sont beaucoup plus nombreuses en ce qui concerne cette troisième partie.

Il faut mentionner en premier lieu une observation critique de M. *Ustor* qui s'adresse à l'intitulé et, par là, à la conception même de cette partie du rapport provisoire. En ce qui concerne la question des pays à commerce d'Etat, M. *Ustor* estime en effet que les difficultés qui apparaissent dans ce domaine représentent moins la manifestation de limites inhérentes à la clause elle-même que la conséquence du fait que les pays à économie de marché, ou certains d'entre eux, ne permettraient pas, par l'introduction d'éléments étrangers, à la clause de jouer pleinement son rôle. Quant aux problèmes particuliers des pays en voie de développement, M. *Ustor* pense qu'il sont d'une toute autre nature que ceux que posent les relations économiques avec les pays à commerce d'Etat et il ne semble pas approuver le rapprochement entre deux phénomènes étrangers l'un à l'autre.

Le rapporteur pour sa part persiste à croire qu'il y avait de bonnes raisons de donner au rapport provisoire une articulation qui fît ressortir, après une description du rôle traditionnel de la clause dans le cadre bilatéral (première partie), après l'étude des transformations subies par la clause dans le cadre du système multilatéral (deuxième partie), dans une partie

finale, les considérations qui montrent que la clause rencontre des limites, peu importe d'ailleurs que celles-ci lui soient intrinsèques (comme c'est le cas de son inapplicabilité aux accords régionaux d'intégration), ou qu'elles résultent de considérations extrinsèques comme c'est distinctement le cas pour les préférences en faveur du développement économique. Quant aux problèmes que posent, au regard de la clause, la planification économique et le commerce d'Etat, il faut bien constater comme un fait l'inefficacité de la clause : avec M. *Ustor*, le rapporteur penche à penser que cette inefficience de la c.n.p.f. est due à des facteurs extrinsèques, mais toute la question est de savoir où en réside l'origine. De l'avis du rapporteur, celle-ci doit être recherchée fondamentalement dans l'inexistence, dans les pays à économie planifiée, d'un véritable marché compétitif comme mécanisme régulateur de l'économie. C'est ce qu'il s'agira de développer plus longuement ci-après.

La clause et les pays à commerce d'Etat

19. M. *Ustor* a apporté des observations particulièrement approfondies sur cette partie (n°s 85 à 94) du rapport provisoire. Il a formulé, en dehors de ce qui vient d'être rappelé, deux observations destinées à mieux situer le problème.

D'une part, il fait remarquer que, dans la réalité des choses, la différence entre « pays à économie de marché » et « pays à commerce d'Etat » est moins tranchée que ne le voudrait la théorie. Car le marché joue aussi son rôle, et ceci d'ailleurs dans une mesure variable, dans les divers pays à commerce d'Etat. D'autre part, M. *Ustor* attire l'attention sur le fait que les processus économiques dans les pays à économie libérale sont influencés par ce qu'on pourrait appeler la « stratégie »

économique des grandes firmes, stratégie qui, à son tour, n'est pas insensible dans certains cas aux influences politiques. Or, ces influences peuvent avoir pour effet d'amortir les avantages conférés aux pays de l'Est par la c.n.p.f.

On ne voudra pas nier la réalité de ce qui vient d'être dit, mais le rapporteur estime néanmoins qu'en ce domaine il faut mettre les choses à leur place en distinguant entre les caractéristiques essentielles, constitutives, des régimes économiques et les simples « épiphénomènes » dont l'influence sur les systèmes reste, malgré tout, limitée. Telle est d'ailleurs la manière d'approche utilisée par des institutions telles que la Commission économique pour l'Europe et la C.N.U.C.E.D. qui ont mis à la base de leurs investigations, en toute objectivité, la distinction entre les deux types fondamentaux de structure retenus comme hypothèse de travail dans le rapport provisoire.

20. La thèse fondamentale du rapport provisoire consiste à dire que la clause ne peut pas atteindre son plein effet dans les rapports entre pays à commerce d'Etat et dans les rapports de ces pays avec les pays à économie de marché. Ce n'est pas à dire que la clause soit absente de ces relations, bien au contraire : M. *Ustor* a fait remarquer avec raison que la c.n.p.f. est courante dans les accords commerciaux conclus par les pays de l'Est.

Mais il ne suffit pas qu'une telle clause soit inscrite dans les traités pour que nous puissions dire qu'elle joue effectivement un rôle régulateur des échanges. Bien loin de là, on s'est efforcé de montrer qu'en réalité la clause reste pratiquement inopérante à l'égard d'interventions dirigistes dans le commerce international et, plus particulièrement, de toutes régulations de caractère quantitatif. En effet, alors que, dans les rapports avec un pays à économie de marché, la clause donne un accès effectif au marché dans les conditions accordées au

pays le mieux placé [7], les importations dans les pays à commerce d'Etat sont soumises à un régime qu'on pourrait appeler celui de la « double clé ». Car les conditions d'importation commandées par la clause (spécialement le traitement tarifaire) sont doublées ici d'un autre obstacle, à savoir celui d'une décision d'importation, quelle qu'en soit d'ailleurs la forme, qui dépend des exigences du plan économique, sinon même de considérations politiques.

Il est particulièrement intéressant d'examiner sous ce rapport les traités commerciaux des pays de l'Est et, spécialement, de l'U.R.S.S. qui font apparaître que la c.n.p.f. est régulièrement [8] sous-tendue par l'un des deux dispositifs typiques que voici :

a) soit l'installation, sur le territoire de l'autre Partie, d'une *Représentation commerciale* à laquelle est assuré, en vertu d'un statut annexé au traité, le contrôle exclusif des échanges commerciaux. Des clauses de ce genre se trouvent dans des traités de commerce conclus tant avec des pays à commerce d'Etat qu'avec des pays à économie de marché [9] ;

---

[7] Ceci n'est pas vrai d'une manière absolue, étant donné que même les pays à économie de marché connaissent aussi dans leurs relations mutuelles le problème des « obstacles non-tarifaires aux échanges ». Mais, si l'existence de ces obstacles peut freiner le commerce, elle n'entame pas le principe mentionné dans le texte.

[8] Cette règle n'est pas sans exceptions. Voir les accords commerciaux suivants: Nouvelle-Zélande - U.R.S.S., 1er août 1963, R.T.N.U., 486, p. 27; Nouvelle-Zélande - Pologne, 7 juillet 1965, R.T.N.U., 548, p. 19; U.R.S.S. - Australie, 15 octobre 1965, R.T.N.U., 553, p. 239. Ces accords stipulent, purement et simplement, le t.n.p.f.

[9] Voir, à titre d'exemple, pour la première catégorie: U.R.S.S. - Hongrie, 15 juillet 1947, R.T.N.U., 216, p. 247 (Annexe, art. 1); pour la deuxième catégorie: U.R.S.S. - Autriche, 17 octobre 1955, R.T.N.U., 240, p. 289 (Annexe, art. 1).

b) soit un ensemble de *dispositions de caractère quantitatif* qui déterminent le volume concret des échanges. Ces dispositions peuvent figurer dans le traité commercial même, ou faire l'objet d'accords complémentaires auxquels il est renvoyé par le traité de commerce.[10]

On voit clairement que, dans de telles conditions, la clause ne peut pas jouer son rôle comme régulateur automatique du commerce : elle se transforme en un mécanisme conditionné par d'autres décisions de caractère non commercial. Or, de l'avis du rapporteur, il faut, dans une investigation scientifique de ce genre, tenir compte de ces facteurs, en attirant l'attention sur le fait que l'application de la clause rencontre ici des limites, afin d'orienter la recherche vers des principes de solution mieux appropriés, tels que celui d'une croissance régulière des échanges et d'une répartition équitable du commerce entre pays.

---

[10] Un exemple particulièrement marquant est fourni par les relations commerciales entre l'U.R.S.S. et le Royaume Uni de Grande-Bretagne: par un arrangement du 16 février 1934 (R.T.S.d.N., CXLIX, p. 445) les deux pays sont convenus du principe du t.n.p.f.; sur cette base intervient, le 24 mai 1959, un accord commercial de caractère quantitatif (R.T.N.U., 374, p. 305). — Exemples récents d'accords comportant, en dehors de la clause, des arrangements de caractère quantitatif: U.R.S.S. - Ceylan, 8 février 1958 (R.T.N.U., 348, p. 159); U.R.S.S. - Cuba, 13 février 1960 (R.T.N.U., 369, p. 17); U.R.S.S. - Somalie, 2 juin 1961 (R.T.N.U., 493, p. 173); U.R.S.S. - Ghana, 4 novembre 1961 (R.T.N.U., 437, p. 213); U.R.S.S. - R.A.U., 23 juin 1962 (R.T.N.U., 472, p. 43); U.R.S.S. - Dahomey, 10 juillet 1963 (R.T.N.U., 528, p. 167); U.R.S.S. - Tanganyka, 14 août 1963 (R.T.N.U., 493, p. 195). — Exemples récents de traités commerciaux renvoyant à des accords complémentaires de caractère, probablement, quantitatif: Tchécoslovaquie - Bulgarie, 8 mars 1963 (R.T.N.U., 495, p. 219, art. 1, 2); Roumanie - Tchécoslovaquie, 16 décembre 1963 (R.T.N.U., 527, p. 285, art. 1, 2); Tchécoslovaquie - Hongrie, 20 décembre 1963 (R.T.N.U., 538, p. 127, art. 1, 2 — formule très expressive).

21. Un développement majeur est consacré par M. *Ustor* à la *question de la réciprocité dans les échanges* entre pays à commerce d'Etat et pays à économie de marché. N'y a-t-il pas à ce sujet une contradiction dans le rapport provisoire ? En effet, d'une part, l'introduction du principe de réciprocité est désignée comme étant la négation du principe de la nation la plus favorisée (n° 28), alors que, d'autre part, on semble admettre comme légitime le fait que les pays à économie de marché modifient le jeu normal de la clause par l'introduction de mesures destinées à assurer l'équilibre des avantages (n° 88).

On a pris position déjà, ci-dessus, sur ce problème de réciprocité. Autre chose est en effet la question de la réciprocité de la clause même, la question de son caractère mutuel, et l'exigence de contre-prestations nouvelles chaque fois que, par l'effet d'un avantage accordé à un quelconque pays tiers, les bénéficiaires de la clause peuvent revendiquer le même avantage à leur profit. C'est dans la première perspective seulement que l'on a désigné la réciprocité comme étant une exigence légitime, en caractérisant comme une chose anormale l'octroi unilatéral du t.n.p.f. sans que l'autre partie soit tenue de donner une réciprocité effective. Or, c'est bien une situation de ce genre qui se produit dans les rapports d'une économie de marché avec une économie intégralement planifiée : on a beau convenir de l'application réciproque et inconditionnelle du t.n.p.f., celui-ci ne pourra toujours produire ses effets qu'à sens unique, étant donné qu'il est impuissant à l'égard des procédés du commerce d'Etat. En effet, dans un régime qui se fonde sur un monopole public du commerce extérieur, la décision d'importer repose entre les mains d'organismes qui sont l'émanation du même pouvoir qui fixe les conditions, fiscales et autres, de l'importation. Dans de telles conditions, ce qui importe réellement, ce sont moins les conditions de l'importa-

tion que la décision de l'organisme importateur à laquelle est subordonnée la jouissance des avantages assurés par la clause.

Le rapporteur persiste donc à croire qu'il est vain d'attendre de la clause un véritable progrès dans les échanges économiques entre les pays à commerce d'Etat et les pays à économie de marché. Il faudrait chercher plutôt dans la voie d'autres méthodes, inspirées de l'idée d'un développement équilibré des échanges qui ne peut être trouvé autrement que par voie de négociations. C'est dire toute l'importance qui s'attache à la création d'un cadre — actuellement encore inexistant — qui permette à de telles négociations de s'engager et de progresser dans de bonnes conditions.

Préférences en faveur des pays en voie de développement — données fondamentales du problème

22. Dans le rapport provisoire (n° 85) on a attiré l'attention sur le *caractère encore essentiellement politique du problème* des préférences en faveur des pays en voie de développement. On a pu montrer plus concrètement que, sauf certaines solutions partielles (auxquelles on a reproché d'être injustes parce qu'elles sont disparates), l'effort international n'a pas dépassé encore le stade des discussions et des tentatives.

Sur ce point, M. *Ustor* fait un pas de plus lorsqu'il se demande s'il n'est pas possible de dégager du droit international moderne de véritables normes juridiques, s'il n'existe pas un véritable « devoir des pays industrialisés développés d'accorder des préférences aux pays en voie de développement », en d'autres termes, si le processus n'a pas tout de même déjà dépassé le stade encore essentiellement politique tel qu'il se trouve décrit dans le rapport provisoire. Ne peut-on pas dire que le « huitième principe général » formulé par la première session de la C.N.U.C.E.D. (rapport provisoire,

n° 104) constitue une expression du droit d'ores et déjà en vigueur ?

Le rapporteur ne conteste pas l'existence de tels droits et de tels devoirs sur un plan de morale internationale. Il reconnaît le grand décalage qui existe à l'heure actuelle entre les pratiques en vigueur et les exigences impérieuses qui se dégagent de l'état de sous-développement de nombreux pays. Mais il n'a pas trouvé, dans l'analyse de la situation, des éléments qui permettraient de parler de droits et de devoirs au sens juridique du terme. Un travail considérable de concrétisation sera encore nécessaire avant que l'on puisse parler de véritables structures juridiques.

23. Une autre observation, celle-là aussi de caractère fondamental, est formulée avec force par M. *Castañeda* qui rencontre ici une idée exprimée à son tour par M. *Hambro*. Il constate en effet une *incompatibilité radicale* entre la clause et une politique internationale du développement. Cette constatation confirme l'une des idées directrices du rapport provisoire, en ce sens que le principe égalitaire de la clause ne convient réellement qu'à des économies suffisamment développées pour soutenir la compétition internationale. C'est précisément pour cette raison que le rapporteur a soulevé le problème de l'aide au développement en parlant des limites de la clause.

24. Il est un autre point du rapport provisoire qui a provoqué des réactions, celles-là en des sens contraires : il s'agit du passage (n° 99) où le rapporteur a attiré l'attention sur l'inconvénient créé par l'octroi, en l'absence de tout système d'envergure mondiale, de *préférences disparates* à des pays ou des groupes de pays en voie de développement. M. *Reuter*, s'il est permis d'interpréter ses expressions extrêmement courtoises, considère comme excessives les appréciations de cet alinéa ; par contre M. *Castañeda* donne son entière attache

aux appréciations qu'il contient, de même d'ailleurs que M. *Ustor* qui regrette que le rapport et surtout le projet de Résolution ne se soient pas prononcés avec plus de vigueur. Il y aura, à ce sujet, sans doute un juste milieu à tenir entre des expressions d'opinions excessives dans un sens ou dans l'autre.

Le rapporteur concède qu'en l'absence de tout système d'envergure mondiale qui permette une répartition juste des avantages et des charges, en ce qui concerne l'effort à consentir en faveur de développement économique, les préférences existantes ont pour le moins le mérite d'exister et d'apporter une aide appréciable aux pays bénéficiaires. Leur suppression intempestive ferait sans doute plus de tort que de bien tant que n'existe pas un système pratiquement opérant pour prendre la relève. Mais cela ne devrait pas fermer nos yeux sur le caractère très peu satisfaisant de la situation actuelle. L'Institut de Droit international, saisi du problème par son propre choix, se doit de définir une position objective et de montrer la voie vers des solutions conçues en vue de l'intérêt général de la communauté internationale. Or, à la lumière de cet objectif, les préférences existantes ne peuvent pas être considérées comme autre chose que des contingences historiques, destinées à être réappréciées lorsqu'un système universel se sera suffisamment concrétisé pour se traduire dans la réalité des faits.

La c.n.p.f. et les accords régionaux

25. Dans l'ensemble, les remarques formulées à propos de cette partie du rapport provisoire sont moins tranchées que celles qui précèdent.

Faut-il en inférer que la *distinction qualitative* entre l'intégration économique et les mesures de simple libération com-

merciale, que le rapporteur a placée à la base de cette section de l'exposé, est généralement acceptée par la Commission ?

Quant aux observations qui ont été faites sur certains points de détail, on donnera les explications voulues.

26. Au n° 126 du rapport provisoire, qui rappelle les travaux du GATT sur les différents systèmes d'intégration régionale, il est dit que ces discussions n'ont pas abouti à des décisions formelles mais qu'il en résulte une série de « *modus vivendi* pragmatiques ». M. *Reuter* estime que cette expression serait encore excessive puisqu'il n'y aurait même pas, en tout cas pour ce qui concerne la C.E.E., un accord verbal de la part des Parties contractantes. Le rapporteur n'admet pas cette opinion, précisément en ce qui concerne la C.E.E., étant donné qu'il faut tenir compte d'un fait juridique d'importance capitale : c'est que, depuis la mise en place du tarif extérieur commun, la Communauté est considérée par le GATT comme ne formant qu'un seul territoire douanier ; par voie de conséquence, le tarif extérieur commun a été substitué, dans les annexes de l'Accord général, aux quatre tarifs nationaux antérieurs (celui des trois pays du Benelux étant déjà antérieurement unifié). Or, cette modification des annexes n'est-elle pas, de la part d'un organisme tarifaire comme le GATT, un acte de reconnaissance par excellence à l'égard de la constitution de l'union douanière qui forme, ainsi que l'on sait, le fondement du Marché commun ?

27. A propos des n°s 127 et ss., où le rapporteur a essayé de marquer assez longuement la *différence de nature entre l'intégration et les mesures de simple « libération relative »* du commerce, M. *Castañeda* estime que l'argument serait trop explicite et mériterait d'être ramassé.

Le rapporteur n'est pas de cet avis, étant donné qu'il s'agit d'une question qui n'a pas cessé de créer des divergences de

vues dans la vie internationale et qu'il n'est possible de venir à bout de ces divergences qu'au prix d'une analyse suffisamment fondamentale. Cet effort a déjà été fourni depuis un bon moment par certains économistes de grand renom [11] ; le rapporteur estime que le moment est venu, pour les juristes, de s'intéresser de plus près à ce phénomène capital. Bien loin de vouloir limiter le débat, il exprime pour cette raison l'espoir que les travaux de l'Institut permettront d'approfondir les idées qu'il a essayé d'amorcer.

28. Au n° 129 du rapport provisoire, on a fait ressortir l'une des caractéristiques des systèmes d'intégration économique internationale, à savoir *leur permanence*. Cela n'est pas une question, simplement, de clauses relatives à la durée des traités en question, mais cette idée de permanence exprime une exigence tout à fait fondamentale : en effet, à la différence des arrangements destinés à régler simplement les échanges commerciaux internationaux [12], les traités d'intégration visent à une modification durable des structures économiques. Pour cette raison, l'intégration est inconcevable si elle ne peut pas se développer dans la perspective du « long terme » et même, d'un long terme qui se confond avec le définitif.

C'est pourquoi le rapporteur doit élever des objections contre une observation de M. *Reuter* qui vise à affaiblir la

---

[11] Voir, outre les ouvrages de Balassa et Viner, cités à la bibliographie du rapport provisoire: Rolf Sannwald et Jacques Stohler, Wirtschaftliche Integration, Tübingen, 1958; Jan Tinbergen, International Economic Integration, 2nd Edition, Amsterdam, 1965.

[12] Ainsi, les accords commerciaux ne dépassent pas, souvent, une durée d'un an, ou comportent des préavis de dénonciation très brefs; la période de « consolidation » du GATT est en principe de 3 ans (art. XXVIII, 1) et même cet engagement peut être remis en cause par des mesures de sauvegarde (art. XIX).

portée de l'expression « sans possibilité de dénonciation », en suggérant l'existence d'un droit implicite de dénonciation dans les traités conclus sans limitation de durée. C'est, tout d'abord, confondre l'idée d'une durée *illimitée* avec celle d'une durée *indéterminée*. Pour le surplus, une telle supposition contredit un principe de structure fondamental de l'intégration, à savoir celui de la pérennité : en effet, à défaut de stabilité, les régimes d'intégration ne pourraient pas atteindre leur but qui est celui d'une modification durable des structures.

29. M. *Verosta*, à propos des idées développées à partir du n° 131 du rapport provisoire, introduit une idée que lui inspire la situation des Etats jouissant d'un *statut de neutralité permanente*. S'il admet, pour la généralité des Etats, l'idée (exprimée dans le n° 26 de l'avant-projet de Résolution), qu'il appartient aux Etats de décider librement de leur adhésion à des systèmes d'intégration régionale, il se rend compte de ce que cette proposition pourrait ne pas être applicable dans le cas d'un Etat qui a accepté un statut de neutralité. En effet, la participation à un système d'intégration économique peut créer — mais ceci dépend beaucoup des circonstances et des modalités — des liens à tel point étroits qu'un Etat neutre pourrait être mis en difficulté à l'égard de ses devoirs. En d'autres termes, en choisissant ou en acceptant le statut de neutralité, un Etat renonce ou se trouve contraint de renoncer à certaines perspectives de coopération économique. Faut-il qu'il en pâtisse au point de se voir opposer la dérogation à la c.n.p.f. et d'être exclu des avantages que s'accordent mutuellement les Etats participant à un système d'intégration ?

Le rapporteur estime que cette conséquence est inéluctable du moment qu'un Etat est empêché de participer à un système d'intégration par l'effet de ses obligations de neutralité. La

véritable solution, de l'avis du rapporteur, ne se trouve pas dans la direction indiquée par M. *Verosta*, mais bien dans la recherche de formes de participation conçues de telle manière qu'un Etat neutre peut entrer dans un système d'intégration avec des sauvegardes telles qu'il ne puisse être mis en difficulté à l'égard de ses obligations de neutralité. Il reste à voir cependant si ce n'est pas là la « quadrature du cercle », cela étant dit moins du point de vue de l'Etat neutre, que de celui des Etats participant à un système d'intégration : est-il encore possible de développer celui-ci suivant sa dynamique propre, qui est une dynamique politique, s'il faut prendre égard aux exigences, sur certains points contradictoires, qu'impose une politique de neutralité ?

30. Dans une remarque adressée à la même partie du rapport provisoire (n° 132, alinéa final), M. *Reuter* se demande si vraiment la recherche *d'une plus grande puissance de négociation* dans les relations économiques internationales est le ressort principal du mouvement d'intégration. On peut concéder sans difficulté que la création par deux ou plusieurs Etats d'un régime d'intégration économique s'inspire de motivations diverses, d'ordre interne et externe. Il n'est pas facile de dire quelle est, dans cet écheveau de motivations, souvent intuitives plutôt qu'explicites, le facteur dominant.

Si l'on tient compte des conséquences extrêmement importantes que comporte, pour la liberté d'action, la participation à un système d'intégration économique, il faut penser que seul un sentiment d'urgence et même de nécessité peut amener un Etat à prendre une décision d'une telle portée. Or, n'est-ce pas précisément l'idée de pouvoir subsister dans la compétition économique internationale qui crée ce sentiment de nécessité, beaucoup plus que l'aspiration à un plus grand bien-être économique à l'intérieur ? C'est cette hiérarchie des urgences qui

a amené le rapporteur à placer l'accent sur l'intérêt primordial des Etats participant à un système d'intégration de se créer une plus grande puissance de négociation dans les rapports économiques internationaux, afin d'éviter d'être brimés, sinon même écrasés par les grandes puissances dont le dynamisme industriel et commercial domine la scène internationale.

31. M. *Castañeda* a fait remarquer que le rapport provisoire traite d'une manière peut-être trop cursive la question des *accords provisoires et transitoires* destinés à conduire en fin de compte vers un régime d'intégration accompli (n° 141 du rapport provisoire). De même, le projet de Résolution, par le fait qu'il ne considère, au titre de dérogation à la clause, que les régimes de « véritable intégration économique, reposant sur l'élimination radicale, totale et durable des obstacles aux courants économiques » ne prendrait en considération que le *terminus ad quem* en ignorant la période de transition parfois longue qui précède cette vision en quelque sorte idéale. N'est-il pas vrai, en effet, qu'en tout cas l'époque actuelle des relations économiques internationales est précisément caractérisée par l'existence de ces régimes de transition ?

M. *Castañeda* a certainement raison de dire que le problème mérite d'être approfondi. La difficulté résulte de cette circonstance que, tant que le processus d'intégration n'a pas atteint son terme final, il présente toutes les apparences d'un régime de préférence. Il se caractérise par des mesures de libération simplement partielles, bien que progressives, qui favorisent le commerce entre les pays participants tout en laissant entre les mains de ceux-ci les défenses résiduelles qui leur permettent de maintenir un caractère, encore, national à leurs économies. Seules l'intention et le dynamisme d'un tel processus permettent de distinguer celui-ci d'un système de simples préférences. Peut-on, au nom de ce qui n'est au demeurant

rien qu'une intention et une espérance, demander aux Etats tiers d'accepter le jeu de ces préférences au même titre qu'un régime déjà accompli d'intégration économique ? Quelle garantie peut-on donner aux Etats tiers que le mouvement ne va pas se ralentir et peut-être même s'arrêter en cours de route, de manière à n'aboutir qu'à un régime de préférences au lieu d'une véritable intégration ? Que les pays participants posent un tel acte de foi, c'est compréhensible — mais peut-on exiger la même confiance des Etats tiers qui n'ont aucune prise sur le processus ?

A ces questions, il n'est, hélas, aucune réponse satisfaisante dans l'hypothèse de relations internationales inorganiques. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'un groupe de pays ne peut réussir à passer le cap d'une telle période de transition que s'il a la force de cohésion et la puissance de négociation nécessaires pour amener les pays tiers à accepter la situation. A l'époque de la S.d.N., l'opposition de certains pays a ainsi réussi à bloquer, au nom de la clause, certaines avances timides et partielles en direction de l'intégration économique (rapport provisoire, n° 121).

Une véritable réponse à ce problème ne peut être recherchée, de l'avis du rapporteur, que sur le plan de l'organisation universelle : il n'est pas possible de trouver une solution satisfaisante au problème posé par les régimes transitoires, destinés à conduire vers l'intégration économique, autrement que dans un cadre organisé à une échelle multilatérale, disposant de critères d'appréciation matériels ainsi que d'un pouvoir de décision et de contrôle approprié. En d'autres termes, c'est bien dans la direction de la pratique du GATT que doit être recherchée une solution au problème des accords transitoires. On sait que l'article XXIV de l'Accord général fixe certaines conditions minima auxquelles doit répondre un projet d'intégration économique et que le mécanisme institution-

nel permet d'exercer un contrôle et d'imposer même certaines conditions aux pays participant à un régime transitoire.

Une solution d'avenir devrait comporter un renforcement des solutions acquises dans le cadre de l'Accord général, et ceci dans deux directions : d'une part, dans la direction de l'universalité et, d'autre part, dans la direction d'un renforcement des pouvoirs de contrôle et de décision afin de créer, à l'égard des Etats participant à des systèmes d'intégration, une pression destinée à les acheminer dans des délais raisonnables vers l'objectif final qu'ils se sont fixé. Somme toute, cette discussion fournit donc un nouvel argument en faveur de la multilatéralisation et de l'institutionnalisation des rapports économiques internationaux.

Avant-projet de Résolution

Observations générales

32. Pour commencer, il faut faire mention de celles qui concernent le style et l'allure générale du projet. Quatre membres de la Commission, à savoir MM. *Jennings, Reuter, Sørensen* et *Sir Francis Vallat,* considèrent que le projet empiète trop sur des sujets de politique ou d'économie internationale et qu'il conviendrait donc de le centrer sur les problèmes qui relèvent de la mission de l'Institut, à savoir les problèmes juridiques. Dans les observations de M. *Reuter* cette critique concerne d'ailleurs autant le fond que le style du projet et le choix de certains termes qui, de l'avis de notre confrère, conviennent à une assemblée politique plutôt qu'à une réunion scientifique. Voilà sans doute une conjonction impressionnante d'opinions, qui n'est cependant pas unanime puisque, dans sa prise de position, M. *Castañeda* approuve la ligne générale du rapport provisoire et de ses conclusions qui veulent être non seulement un apport à la solution des questions d'application et d'interprétation du droit existant, mais, au-delà de ce modeste objectif, une contribution au développement de l'ordre juridique international.

Pour sa part, le rapporteur estime que la ligne générale de la Résolution a été déterminée d'avance par le choix même du sujet. En effet, du moment que l'on a placé l'étude des problèmes posés par la clause de la nation la plus favorisée sur le terrain qui est actuellement le plus mouvant de la vie internationale, à savoir celui du multilatéralisme, inséparable comme il a été dit de l'institutionnalisation des rapports interétatiques,

on a forcé le rapporteur à prendre position sur un ensemble de processus dynamiques, en plein développement : l'intégration régionale, l'aide au développement, les rapports entre économies planifiées et économies fondées sur le mécanisme du marché, la structure institutionnelle des rapports économiques internationaux... Ces évolutions sont loin d'avoir atteint leur point d'équilibre. Dans ces conditions, il n'est pas possible de faire un travail cohérent et sensé sans se préoccuper aussi des orientations d'avenir, qui sont politiques parce qu'elles sont encore ouvertes.

Or, il est parfaitement possible de projeter vers l'avenir, à la lumière de l'expérience acquise, les lignes essentielles de certaines solutions qui apparaissent comme justes et utiles. L'Institut n'agit pas autrement lorsqu'il s'occupe de questions intéressant, par exemple, la sauvegarde de la paix ou le respect des impératifs d'humanité : pourquoi s'abstiendrait-il alors de faire certaines prévisions sur un ordre international futur lorsqu'il s'agit d'apporter une contribution au développement des cadres d'une structure économique internationale ? Dans cette perspective, le rapporteur ne voit pas pourquoi l'Institut devrait s'abstenir d'apporter son encouragement ou sa caution aux efforts qui sont déployés par diverses institutions internationales, telles que la C.N.U.C.E.D., la Commission économique pour l'Europe ou le GATT, suivant des lignes d'action dont on ne peut pas méconnaître le caractère à la fois objectif et constructif.

C'est pour ces raisons que le rapporteur maintient et défendra la conception générale de son projet de Résolution. Il s'est cependant efforcé de le rédiger de telle manière que le lecteur puisse, ultérieurement, discerner clairement entre les orientations d'avenir et les prises de position sur certains problèmes juridiques actuels, bien déterminés.

33. Pour les raisons indiquées, le rapporteur n'est pas en mesure, non plus, de suivre la suggestion de M. *Sørensen* qui consiste à limiter la Résolution à trois points qui seraient : la dérogation à la clause en faveur du développement économique ; la dérogation en faveur des systèmes régionaux d'intégration ; enfin, la création de garanties d'ordre institutionnel et procédural en matière de dérogations à la clause.

Le rapporteur estime en effet qu'il n'y aurait plus, si la Résolution devait être réduite à ces trois aspects particuliers, de correspondance entre la teneur du rapport et les conclusions qui en sont tirées. Si la Commission a pris la peine d'ouvrir une discussion sur l'ensemble du problème de la clause en présence de la multilatéralisation des relations internationales, il faut qu'elle reste logique avec sa propre méthode et tire des conclusions pour chacun des aspects examinés, soit en formulant des principes juridiques, soit, là où il s'avère impossible d'arriver à un tel degré de concrétisation, en indiquant pour le moins quelques orientations de pensée.

Examen du détail des observations

34. Cela dit, on passera en revue les différents paragraphes de l'avant-projet de Résolution dans la mesure où ceux-ci ont donné lieu à des observations plus particulières. Pour le moment, il s'agira de regrouper ces observations et de prendre position sur chacune d'entre elles.

(1) et (2) Pas d'observations.

(3) M. *Hambro* exprime l'opinion — qui s'applique sans doute non seulement à ce paragraphe, mais encore à ceux qui suivent — que la Résolution s'applique plutôt à la procédure de la diplomatie multilatérale qu'à la clause de la nation la plus favorisée et il se demande si l'on n'est pas allé un peu trop

loin dans la direction du multilatéralisme tout court. — Le rapporteur estime que l'observation s'adresse plutôt à la manière de poser le problème qu'aux propositions qu'il a formulées. Le sens même de la question mise à l'ordre du jour par l'Institut était précisément de voir quelles perspectives nouvelles ont été ouvertes par l'insertion de la clause dans le système multilatéral. L'analyse a permis de découvrir de multiples avantages à cette transformation du contexte et de constater, en même temps, à la limite, le dépassement de la clause par l'introduction des procédés du multilatéralisme. Les alinéas en question de la Résolution ne font rien que formuler ces différentes constatations ; si elles en disent plus long sur le multilatéralisme que sur la clause, tant mieux pour le système multilatéral.

(4) et (5) Pas d'observation.

(6) M. *Guggenheim* considère comme un peu forte l'expression disant que la méthode de négociation multilatérale serait « à tous égards » supérieure à la méthode bilatérale. — La réponse du rapporteur consiste à dire que la méthode doit être adaptée à l'objet de chaque négociation. Or, et voilà le fond de l'argument, en raison de la complication croissante des processus économiques modernes, il ne reste plus guère dans ce domaine de questions qui puissent être utilement traitées dans un cadre purement bilatéral.

Ce n'est en effet que dans son ensemble qu'un Etat peut apprécier d'une manière suffisamment précise la portée d'une négociation, en ce qui concerne tant les concessions qu'il est disposé à faire (compte tenu des répercussions entraînées par l'application de la c.n.p.f.) que la valeur des contreparties qu'il peut obtenir. En d'autres termes, seule une négociation multilatérale, engagée au sein d'un groupe suffisamment représentatif de pays, peut permettre d'établir un bilan global des avantages et des charges. Il en résulte que les parties peuvent, plus

facilement que dans une négociation bilatérale, aller jusqu'à la limite des concessions.

Le rapporteur n'aurait d'ailleurs aucune objection à ce que la formule « à tous égards », peut-être trop absolue, soit atténuée, mais il ne désire pas faire de concession sur l'idée générale de la supériorité, en matière de commerce international, de la méthode multilatérale sur la méthode bilatérale.

(7) Pas d'observation.

(8) M. *Guggenheim* estime que l'octroi des dérogations dans des circonstances particulières est aussi facile dans le système multilatéral que dans le système bilatéral. — Le rapporteur ne peut d'aucune manière partager cette opinion. En effet, à supposer qu'un pays désire accorder à un Etat tiers des faveurs qu'il n'aimerait pas étendre à d'autres, pour des raisons particulières (p. ex. en raison de liens politiques, ou pour préparer le terrain à une intégration économique ultérieure), il est possible et même probable que, dans le système bilatéral, il rencontrera des attitudes divergentes auprès des Etats à l'égard desquels il est lié par la clause de la nation la plus favorisée : *tot capita, tot census*. Seule une institution multilatérale permet une confrontation simultanée des différentes opinions et l'acheminement vers un concensus général.

(9), (10), (11) Pas d'observation.

(12) M. *Verosta* estime que l'expression « l'abstention de divers Etats de participer à l'Accord général » implique un jugement de valeur ; il donnerait sa préférence à une expression plus neutre, telle que celle de « non-participation ». — Le rapporteur admet la pertinence de cette observation, la solution la plus simple consistant à éliminer les termes qui ont donné lieu à objection.

(13) M. *Castañeda* estime que l'expression disant que les problèmes mentionnés « ne sauraient être résolus autrement que dans le cadre d'une organisation mondiale » gagnerait à être mieux nuancée. L'objection est, au fond, la même que celle de M. *Guggenheim* à l'égard du paragraphe 6. — Le rapporteur est tout disposé à accueillir cette suggestion et serait heureux de recevoir des propositions à cet effet.

(14) M. *Ustor* estime que ce paragraphe atténue trop le rôle joué par la c.n.p.f. dans les relations entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat. Ce serait donc surtout aux termes « ne peut pas jouer un rôle appréciable » que s'adresserait cette critique. — Le rapporteur estime que le texte proposé ne fait que refléter l'objectivité de la situation réelle : il y a une antinomie foncière entre les procédés du commerce d'Etat et le jeu de la clause. Il appartiendra à la Commission de prendre position après examen plus approfondi de ce problème, à la lumière du présent rapport définitif.

(15) M. *Guggenheim* se demande si ce point — et la même observation concerne le paragraphe 16 — doit être retenu, vu le caractère universel de l'Institut et la difficulté de faire accepter des considérations « métajuridiques » de ce genre. — Dans l'intention du rapporteur ce paragraphe est destiné avant tout à rattacher la matière au cadre général du sujet étudié par l'Institut, en montrant que la solution du problème des relations entre pays à systèmes économiques différents gagnerait à être replacée dans un cadre multilatéral. En l'absence de cette déclaration, on pourrait en effet faire à la Résolution le reproche de s'occuper d'une question située entièrement en dehors du sujet.

(16) M. *Verosta* se demande si l'œuvre de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies a été suffisamment fructueuse, en ce qui concerne le problème du t.n.p.f.,

pour que l'on en fasse ici mention. — Le rapporteur estime que cela est tout à fait justifié, étant donné que la Commission économique pour l'Europe a fait, dans le domaine des rapports économiques entre l'Est et l'Ouest, un travail patient et utile de pionnier.

(17) Ce paragraphe, relatif au problème du commerce des pays en voie de développement, fait l'objet de deux prises de position contradictoires : M. *Reuter* estime excessives les critiques qu'il contient alors que, de son côté, M. *Ustor* aimerait que les idées exprimées dans ce paragraphe et dans ceux qui suivent fussent formulées avec, encore, plus de mordant. — On voudra retenir, comme point de départ, que l'idée d'un « système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs » a fait entre temps son chemin et qu'elle semble à l'heure actuelle généralement acceptée par tous les Etats. Or, si l'on admet cette position initiale, il faut bien constater l'état peu satisfaisant de la situation actuelle, caractérisée par l'existence de préférences, certainement utiles pour leurs bénéficiaires, mais incohérentes si on les envisage dans le cadre d'un effort mondial en faveur du développement. Tout compte fait, le rapporteur maintient donc l'expression des idées formulées dans ces paragraphes, mais il admet qu'on peut se poser la question de savoir si l'Institut doit s'engager sur des lignes aussi nettement politiques que celles-ci. Mais passer entièrement sous silence ce problème, ce serait se placer en dehors d'une préoccupation essentielle de notre temps.

(18) M. *Sørensen*, si on a bien compris son observation, trouve trop absolue l'idée d'un « système généralisé de préférences » qui ne laisserait pas une souplesse suffisante pour une individualisation des avantages au titre de l'aide économique suivant les besoins particuliers des pays. — Le rapporteur est bien d'accord pour considérer qu'en fin de compte on devra

trouver un équilibre entre les mesures générales et les actions particulières ; toutefois, dans la conjoncture actuelle, caractérisée par l'absence de toute conception générale et par des réalisations exclusivement particulières, il semble nécessaire de placer l'accent là où se trouve, actuellement, la faiblesse du régime, c'est-à-dire sur l'exigence de généralité et de cohérence du système.

(19) M. *Guggenheim* et M. *Verosta* se sont heurtés à l'expression de « justice distributive ». M. *Verosta* propose d'y substituer l'expression « solutions équitables ». — Le rapporteur serait tout disposé à accepter cette modification.

(20) et (21) Pas d'observation.

(22) M. *Guggenheim* trouve excessive et peu réaliste l'exigence d'une « élimination de toute forme de préférences entre Etats ». — Cette observation touche un point tout à fait fondamental puisqu'il faut bien se rendre compte de ce que la préférence est bien, ainsi qu'il est exposé dans le rapport provisoire, la véritable « anti-clause » (voir, au rapport provisoire, les n°s 21 et 130). Les conceptions égalitaire et préférentielle du commerce international se sont affrontées à l'époque des négociations qui ont abouti à la Charte de La Havane et à l'Accord général : on sait que la conception égalitaire n'a pu obtenir gain de cause, pour le principe, qu'au prix de concessions en faveur d'un certain nombre de préférences historiques dont on trouve l'énumération dans les annexes de l'article I (2) de l'Accord général. Du point de vue de la répartition optimale des activités économiques dans le cadre de la communauté internationale, ces préférences sont un facteur de perturbation. Elles ne méritent de survivre que dans la mesure où elles sont justifiées au titre de préférences en faveur du développement économique ; pour le surplus, elles sont con-

traires à l'idée de l'égalité des Etats dans les relations internationales. Pour les raisons indiquées, le rapporteur défend la position exprimée dans ce paragraphe. Quant au cas particulier des conventions destinées à éviter la double imposition, mentionné par M. *Guggenheim*, il n'en est pas préjugé, étant donné que cette matière, très spéciale, est restée entièrement en dehors du champ de vision du rapport.

(23) Pas d'observation.

(24) Ce paragraphe fait l'objet d'une observation de la part de M. *Jennings*. Pourquoi admettre une dérogation en faveur des systèmes régionaux alors que l'on repousse, ailleurs, comme discriminatoires des arrangements préférentiels fondés sur des bases historiques ? — On peut se demander si cette observation ne repose pas sur un malentendu. Le paragraphe 24 n'admet la légitimité d'une dérogation en faveur de systèmes régionaux qu'à la condition qu'ils aient la nature d'une véritable intégration économique. C'est donc bien la qualité intrinsèque de ces arrangements qui leur assure la dérogation. Au contraire, en ce qui concerne les liens purement historiques auxquels il est fait allusion, ils ont le caractère de simples préférences et, à ce titre, se trouvent en contradiction avec la philosophie égalitaire qui inspire la clause.

(25) Pas d'observation.

(26) Il est rappelé que c'est à cette partie de la Résolution que s'adressent les observations de M. *Verosta* relatives au problème des Etats neutres. Compte tenu des explications données ci-dessus, le rapporteur estime qu'il n'y a pas lieu de modifier le libellé de ce paragraphe.

(27) M. *Castañeda* considère le texte de ce paragraphe comme étant trop absolu lorsqu'il est dit que l'Institut considère comme « indispensables » l'intervention et la surveillance

d'un organisme de caractère multilatéral. — Le rapporteur estime que cette expression doit être comprise dans son contexte : il est effectivement indispensable de prendre recours à de tels dispositifs si l'on veut éviter les incertitudes, et tout ce qui s'ensuit, auxquelles il est fait allusion au début de ce paragraphe. Le rapporteur se sent réconforté dans cette attitude par une observation faite par M. *Sørensen* qui a bien voulu souligner le caractère essentiel de ce paragraphe dans l'ensemble de la Résolution.

Conclusion

(28) Pour les raisons indiquées ci-dessus, le rapporteur propose de maintenir, dans son ensemble, l'avant-projet de Résolution annexé au rapport provisoire.

Toutefois, compte tenu des observations faites par les membres de la Commission, il y aurait lieu d'amender comme suit divers paragraphes de l'avant-projet :

(6) *c)* L'application d'une méthode de négociation mieux adaptée que la méthode bilatérale aux exigences des échanges économiques internationaux et permettant à la clause de produire un effet optimal dans le sens de la libération du commerce.

(8) *e)* L'octroi, selon des critères admis par la généralité des Etats, de dérogations, dans des circonstances particulières, au principe général du traitement de la nation la plus favorisée.

(10) II. Tenant compte des multiples avantages de la méthode multilatérale, l'Institut appuie les efforts etc.

(12) *b)* Supprimer les mots « et à la suite de l'abstention de divers Etats de participer à l'Accord général ».

(13) L'Institut estime que la solution des problèmes mentionnés pourrait être trouvée plus facilement dans le cadre d'une organisation mondiale, etc.

(14) III. L'Institut constate que la clause, comme mécanisme adapté surtout aux besoins de l'économie de marché, ne peut pas jouer pleinement son rôle dans le domaine des relations entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat, compte tenu des différences profondes de structure entre les deux systèmes économiques. Son application demande dès lors à être complétée par des mesures mieux adaptées, définies dans un esprit de respect mutuel, en vue de favoriser une croissance équilibrée des échanges économiques.

(18) Sans méconnaître le fait que ces régimes présentent un intérêt en tant que solutions partielles d'un problème urgent, l'Institut considère néanmoins qu'ils sont contraires au principe de non-discrimination. Pour cette raison, il conviendrait que les avantages en question soient graduellement remplacés par un système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs.

(19) L'Institut appuie dès lors les efforts déployés par les Nations Unies, dans le cadre de la Conférence sur le commerce et le développement, en vue d'aboutir à des solutions équitables dans ce domaine.

Luxembourg, mai 1969.

AVANT-PROJET DE RÉSOLUTION AMENDÉ

L'Institut de Droit international,

(1) rappelant la Résolution votée au cours de sa 40e session (1936) sur « les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation », spécialement en ce qui concerne le caractère inconditionnel de la clause, l'automaticité et l'étendue de ses effets, ainsi que le respect du principe de la bonne foi dans son application ;

(2) considérant la nécessité de reconsidérer les problèmes soulevés par l'application et l'interprétation de la clause en raison de la profonde mutation intervenue depuis cette époque dans les relations internationales par l'effet, notamment, de l'introduction, dans le domaine des relations économiques internationales, du principe du multilatéralisme et des méthodes institutionnelles, à l'échelle tant mondiale que régionale ;

adopte les Résolutions suivantes :

(3) I. L'Institut *reconnaît les nombreux avantages* qui résultent, pour l'efficacité de la clause, de l'insertion du principe du traitement de la nation la plus favorisée dans des systèmes multilatéraux de caractère institutionnel en raison, notamment, des circonstances suivantes :

(4) *a)* La généralisation du principe de l'égalité de traitement dans les relations économiques internationales et l'uniformisation du libellé de la clause, favorable à l'uniformité de ses effets.

(5) *b)* Le lien établi, dans le cadre des systèmes multilatéraux, entre le principe du traitement de la nation la plus favorisée et certains autres principes fondamentaux de l'ordre économique international concernant la libération progressive du commerce international, la stabilisation du niveau de libération une fois acquis et l'idée de réciprocité des avantages.

(6) *c)* L'application d'une méthode de négociation mieux adaptée que la méthode bilatérale aux exigences des échanges économiques internationaux et permettant à la clause de produire un effet optimal dans le sens de la libération du commerce.

(7) *d)* Une délimitation plus adéquate du champ d'application de la clause, grâce à un effort multilatéral portant sur des domaines qui exigent des principes de solution distincts, tels que : la question des restrictions quantitatives et, en général, des obstacles non tarifaires aux échanges, ainsi que les problèmes de concurrence internationale.

(8) *e)* L'octroi, selon des critères admis par la généralité des Etats, de dérogations, dans des circonstances particulières, au principe général du traitement de la nation la plus favorisée.

(9) *f)* L'organisation de mécanismes de contrôle et de procédés pouvant servir au règlement de litiges, conformes à la nature propre des intérêts en jeu, c'est-à-dire destinés en premier lieu à établir la réalité de faits contestés ainsi qu'à aboutir à des compromis pratiques, avant tout recours à des moyens de règlement arbitraux ou judiciaires.

(10) II. Tenant compte des multiples avantages de la méthode multilatérale, l'Institut *appuie les efforts destinés à étendre et à perfectionner l'utilisation des procédés multilatéraux* en ce qui concerne la mise en œuvre du principe du traitement de la nation la plus favorisée. Plus particulièrement :

(11) *a)* L'Institut reconnaît l'importance capitale de l'œuvre accomplie sur la base de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, qui a fait progresser considérablement, tant au niveau des questions de fond qu'à celui des méthodes, la solution des problèmes inhérents à l'application généralisée de l'égalité de traitement dans les relations économiques internationales, dans une perspective de libération progressive du commerce.

(12) *b)* L'Institut constate qu'en conséquence de l'échec du projet de créer, sous l'égide des Nations Unies, une organisation de caractère universel pour les problèmes du commerce international, les problèmes intéressant l'application de la clause restent sans solution généralement acceptée en ce qui concerne, d'une part, les rapports entre pays à économie de marché et pays de commerce d'Etat et, d'autre part, les rapports entre pays industrialisés et pays en voie de développement.

(13) L'Institut estime que la solution des problèmes mentionnés pourrait être trouvée plus facilement dans le cadre d'une organisation mondiale bénéficiant de la coopération de tous les Etats intéressés, étant entendu cependant que la création d'une telle structure, sous quelque forme que ce soit, ne devrait pas porter préjudice aux résultats obtenus d'ores et déjà sur la base de l'Accord

général et grâce à ses institutions, spécialement dans le domaine des rapports commerciaux entre pays à économie de marché.

(14) III. L'Institut constate que la clause, comme mécanisme adapté surtout aux besoins de l'économie de marché, ne peut pas jouer pleinement son rôle dans le domaine des *relations entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat*, compte tenu des différences profondes de structure entre les deux systèmes économiques. Son application demande dès lors à être complétée par des mesures mieux adaptées, définies dans un esprit de respect mutuel, en vue de favoriser une croissance équilibrée des échanges économiques.

(15) Il estime qu'il y aurait avantage à ce que cet effort de solution soit entrepris dans un cadre multilatéral, seul apte à assurer qu'il soit tenu compte d'une manière équitable de tous les intérêts en jeu.

(16) L'Institut reconnaît qu'un travail d'approche particulièrement utile a été accompli dans cette direction par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies et souhaite la continuation de ces efforts.

(17) IV. En ce qui concerne le problème des *relations économiques entre pays industrialisés et pays en voie de développement*, l'Institut déplore qu'à défaut de toute solution de caractère général, il s'est instauré un régime disparate de préférences, accordées soit comme telles, soit sous le couvert de systèmes incomplets d'intégration économique.

(18) Sans méconnaître le fait que ces régimes présentent un intérêt en tant que solutions partielles d'un problème ur-

gent, l'Institut considère néanmoins qu'ils sont contraires au principe de non-discrimination. Pour cette raison, il conviendrait que les avantages en question soient graduellement remplacés par un système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs.

(19) L'Institut appuie dès lors les efforts déployés par les Nations Unies, dans le cadre de la Conférence sur le commerce et le développement, en vue d'aboutir à des solutions plus équitables dans ce domaine.

(20) V. L'Institut reconnaît que l'ordre économique international doit tenir compte à la fois des exigences de l'égalité de traitement à l'échelle universelle et des *solidarités plus étroites existant dans le domaine économique à l'intérieur de groupes plus restreints d'Etats,* tout particulièrement dans un cadre régional.

(21) En vue d'atteindre un juste équilibre entre ces deux ordres d'intérêts, les uns et les autres parfaitement légitimes, l'Institut formule les recommandations suivantes :

(22) *a)* La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, dans l'intérêt de la meilleure répartition possible des activités économiques à l'échelle universelle, exige l'élimination de toutes formes de préférences entre Etats, sous la seule réserve, d'une part, des préférences en faveur du développement économique et, d'autre part, des préférences naturelles reconnues par la tradition en faveur du commerce frontalier entre Etats.

(23) Toutes autres préférences, qu'elles soient de caractère bilatéral ou de caractère multilatéral, sont incompati-

bles avec le principe de l'égalité de traitement consacré par la clause de la nation la plus favorisée ; elles ne peuvent subsister qu'en vertu de dérogations expressément acceptées.

(24) *b)* Une dérogation aux obligations consacrées par la clause doit être reconnue en faveur des sytèmes régionaux à condition qu'ils aient la nature d'une véritable intégration économique, reposant sur l'élimination radicale, totale et durable des obstacles aux courants économiques entre les pays participants et sur la généralisation du principe du traitement national en ce qui concerne à la fois les activités économiques et les facteurs de production, de manière à créer, entre deux ou plusieurs Etats, des conditions analogues à celles qui caractérisent un marché intérieur.

(25) Les Etats tiers bénéficiaires de la clause ne sont dès lors pas fondés à revendiquer le bénéfice d'avantages accordés, dans ces conditions, entre les pays qui participent à un tel système d'intégration régionale.

(26) *c)* Il appartient aux Etats de décider librement et sans immixtion extérieure de leur adhésion à des systèmes d'intégration régionale ; il en découle que la dérogation à la clause peut être opposée de plein droit aux Etats tiers par les Etats participant à un système régional d'intégration répondant aux exigences ci-dessus définies.

(27) *d)* Toutefois, en raison des incertitudes qui résultent soit des limitations inhérentes aux mesures adoptées en vertu des différents systèmes régionaux, soit des délais auxquels leur réalisation progressive peut se

trouver subordonnée, l'Institut considère comme indispensables l'intervention et la surveillance d'un organisme de caractère multilatéral offrant un cadre approprié pour des consultations et doté des pouvoirs de décision et d'arbitrage nécessaires dans des cas pouvant donner lieu à des divergences d'appréciation entre Etats.

ANNEXE

Observations des membres de la Quatrième Commission sur le rapport provisoire et l'avant-projet de Résolution présentés par M. Pierre Pescatore en octobre 1968

1. Observations de M. Jorge Castañeda

Mexico, le 28 février 1969.

Je tiens tout d'abord à vous féliciter de cette étude lucide et intelligente qui sans doute contribuera à éclaircir un sujet complexe en soi et qui, par surcroît, se trouve dans un état de transition dont les implications futures sont difficiles à prévoir.

Je partage entièrement votre opinion sur ce que doit être le rôle de l'Institut (à travers l'éventuelle Résolution qu'il adoptera) : (faire) « une contribution à la construction d'un ordre juridique nouveau, plutôt qu'un rapport à la solution des questions d'application et d'interprétation du droit existant ». J'apprécie votre intention de mieux faire comprendre le jeu de la clause de la nation la plus favorisée dans son cadre actuel de « multilatéralisme institutionnalisé », en remontant à l'ãnalyse de la clause dans sa forme bilatérale ; et je suis aussi d'accord, en termes généraux, sur la structure de votre rapport. Les commentaires qui suivent n'expriment pas des désaccords, et mon observation fondamentale ne représente qu'un souci de voir pousser un peu plus loin l'analyse sur la signification et la portée juridique des préférences en faveur des pays en voie de développement.

Mes remarques sur le rapport même seront ordonnées, selon votre désir, conformément aux numéros courants du texte.

1. Les arguments avancés (au n° 26) pour soutenir que la c.n.p.f. est incapable de procurer indirectement le bénéfice du traitement national aux titulaires de la clause lorsque l'Etat concessionnaire accorde à un Etat tiers le traitement national, ne semblent pas suffisamment convaincants. Ladite thèse ne suscite aucun doute lorsque l'octroi réciproque du traitement national entre deux ou plusieurs Etats, par sa généralisation, devient un élément d'intégration économique entre eux. Mais en dehors de ce cas spécial la solution postulée n'est pas évidente, sans que je sois pour autant persuadé de l'opinion contraire. Le rapport gagnerait, à mon avis, par un renforcement de l'argumentation.

2. La question de la compatibilité entre la c.n.p.f. et l'exigence de réciprocité n'est pas très claire (n° 28). Il découle du rapport, me semble-t-il, que la clause, par l'élargissement de l'effet de toute concession, atteint indirectement le but d'une réciprocité généralisée entre tous les membres (de l'Accord). Or, on fait remarquer dans le rapport que le principe de réciprocité est, en quelque sorte, la négation du principe du t.n.p.f. et que l'exigence de réciprocité agit comme une limite à la portée de la clause. Les deux constatations sont sans doute vraies, mais pour mieux éclaircir la question il faudrait peut-être élargir un peu le débat.

3. La discussion sur l'effet des traités à l'égard des tiers (n° 32) devient un peu confuse, sans doute à cause de la complexité du sujet en soi et aussi parce que le terme « tiers » est employé dans plusieurs sens différents. Au même paragraphe, « tiers » veut dire « bénéficiaire » et « tiers favorisé ».

4. J'ai l'impression qu'au dernier paragraphe du n° 32 vous utilisez, à juste titre, les concepts de « condition suspen-

sive » et de « condition résolutoire », mais sans recourir à ces termes. Ne serait-il pas avantageux de les employer ?

5. J'aurais aussi apprécié une explication plus complète sur l'important procédé de négociation basé sur la règle du « principal fournisseur » (n° 35).

6. Par contre, la partie du rapport qui a trait aux différences entre les mesures d'intégration et celles de libération relative, aux avantages de l'intégration et aux raisons qui expliquent pourquoi les systèmes d'intégration donnent lieu à une dérogation à l'application de la c.n.p.f. (n°s 127 et ss.), me semble trop minutieuse et gagnerait à être résumée, d'autant plus que le dernier sujet mentionné est aussi examiné ailleurs.

7. La compatibilité entre la clause et les unions douanières et zones de libre-échange, pendant leur période, parfois longue, de gestation, n'est pas étudiée dans le rapport. Il est dit à plusieurs reprises, justement, que la dérogation au jeu de la clause peut être justifiée uniquement quand il s'agit d'une intégration authentique, c'est-à-dire quand les obstacles aux courants économiques entre les membres ont été éliminés d'une façon « radicale, totale et durable » (projet de Résolution, point 24). Or, cette situation est presque toujours l'aboutissement d'un processus. Ce qui se passe à ce propos pendant la période changeante de la transition est précisément le problème sur lequel on aimerait avoir des indications. Le rapport (n° 141) se contente de reconnaître la difficulté due à ce que les systèmes d'intégration sont caractérisés par leur « gradualisme ».

8. Les observations sur les préférences en faveur du développement concernent tant le texte du rapport que le projet de Résolution. En premier lieu, je tiens à exprimer mon total

accord avec votre thèse : le maintien de préférences pour des raisons historiques qui n'ont guère de justification aujourd'hui et la création de nouvelles préférences dans le cadre de régimes d'intégration imparfaits ou asymétriques, ont donné lieu à un ensemble disparate de préférences. A la longue, ces situations hétérogènes peuvent donner lieu à d'absurdes surenchères entre groupes de pays en voie de développement. Je suis d'avis, comme vous, que l'Institut devrait exprimer le désir qu'à ces préférences disparates l'on substitue un ensemble de préférences fondées sur des critères objectifs et accessibles sans discrimination à tous les Etats.

Encore, aurait-il fallu souligner que les régimes d'intégration économique, qui sont à la base de certaines préférences, sont imparfaits ou incomplets du fait qu'ils peuvent se trouver en une phase passagère de transition, mais qu'ils peuvent tendre à devenir des unions douanières ou des zones de libre-échange « authentiques ». D'un autre côté, il faut aussi admettre le fait, certainement regrettable, que les préférences déjà octroyées à certains pays en voie de développement à l'exclusion d'autres, se répercuteront inévitablement sur la situation de ces derniers et produiront une réaction similaire de la part de leurs groupements.

Mais la question la plus importante est autre : si l'Institut accepte et reconnaît les préférences en faveur du développement comme une des deux seules exceptions valables (l'autre serait le commerce frontalier) au principe de l'égalité de traitement, ne serait-il pas nécessaire qu'il accepte et reconnaisse également, d'une manière claire et franche, la constatation indéniable qui est à la base de cette exception ? Et cette constatation n'est autre que *l'incompatibilité radicale entre la clause de la nation la plus favorisée et une politique internationale de développement et d'assistance aux pays sous-développés.*

Comme le dit très justement Gros Espiell dans un article récent (dont je me permets de recommander vivement l'inclusion dans votre bibliographie) [1], « la clause de la nation la plus favorisée n'est un instrument ni indiqué ni acceptable dans la lutte contre le sous-développement, car il ne pourra être remédié à l'inégalité économique entre les Etats seulement par un traitement inégal ; l'inégalité ne se corrige pas avec l'application de mesures égales, mais avec l'adoption d'un traitement différent, lequel, en favorisant les uns, provoquera, comme résultat final, une égalisation effective et véritable ». Pour le dire en termes plus catégoriques, avec le Secrétaire Général de la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement, « si valable que soit le principe de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre égaux, ce n'est pas là un concept acceptable et adéquat pour un commerce entre pays de puissance économique très inégale ».

Une reconnaissance généralisée de cette incompatibilité pourrait avoir une certaine importance pour l'évolution des relations commerciales dans l'avenir. Cette nouvelle conception a fait son chemin, même au sein du GATT, par le truchement de la nouvelle Partie IV de l'Accord général, selon laquelle les pays développés n'attendent pas de réciprocité des parties peu développées en retour des engagements que les premiers aient pu assumer envers les seconds dans leurs négociations commerciales (art. XXXVI, 8). Cette règle, qui peut être qualifiée de révolutionnaire, signifie une altération radicale des principes originaires du GATT. J'estime qu'une déclaration catégorique de la part de l'Institut sur cette incom-

[1] « La Cláusula de la Nación más favorecida. Su sentido actual en el acuerdo general de aranceles y comercio. » Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XX. Núm. 3, Julio-septiembre 1967

patibilité serait un élément essentiel dans la « construction d'un ordre juridique nouveau » en relation avec la c.n.p.f.

Je pense également que la nouvelle Partie IV devrait être étudiée de plus près dans sa portée et dans ses implications juridiques. J'ai en vue, spécialement, l'influence que pourrait avoir l'article XXXVI (principes et buts) et les articles XXXVII et XXXVIII (obligations et action collective) sur l'interprétation contemporaine de l'article I, paragraphe 1, de l'Accord général. L'auteur uruguayen cité, Gros Espiell, estime que conformément au sens *actuel* de l'article I de l'Accord général, la c.n.p.f. pourrait ne pas être appliquée dans les négociations commerciales entre pays en voie de développement et pays développés.

Une discussion approfondie de cette dernière question déborderait sans doute le cadre de ces observations préliminaires, sur lesquelles j'espère m'entretenir avec vous à Edimbourg. Pour le moment, je me contente d'exprimer le vœu que l'Institut se penche de plus près sur ce sujet.

9. Le projet de Résolution reflète bien, à mon avis, la situation de la clause pour ce qui concerne les rapports entre pays à commerce d'Etat et pays à économie de marché (points 14 et 15). L'affirmation que ces problèmes ne peuvent être résolus autrement que dans le cadre d'une organisation mondiale (point 13) pourrait être plus nuancée, ainsi que la constatation selon laquelle le problème reste sans solution généralement acceptée vu l'échec du projet de créer cette organisation universelle et l'abstention de divers Etats de participer à l'Accord général.

10. La dérogation au jeu de la clause reconnue en faveur des systèmes régionaux peut donner lieu à des incertitudes et controverses qui doivent certainement être résolues d'une manière satisfaisante. L'existence de mécanismes multilatéraux

efficaces, à cet effet, serait hautement désirable. Mais ce serait aller trop loin, je crois, que de considérer « comme *indispensable* l'intervention et la surveillance d'un *organisme* de caractère multilatéral... *doté de pouvoirs de décision et d'arbitrage...* ».

Jorge Castañeda.

2. Observations de M. Paul Guggenheim

Genève, le 12 décembre 1968.

Mon cher Confrère,

C'est avec un vif plaisir que j'ai lu votre excellent rapport provisoire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales. Comme tout ce qui sort de votre plume, j'ai admiré la clarté et la pénétration de votre pensée. J'ai très peu à ajouter à votre étude si complète et qui montre d'une façon admirable l'évolution de la clause dans le cadre des conventions bilatérales ou multilatérales et aussi sa profonde différence avec la clause du traitement national.

Pour le moment je n'ajoute donc que quelques observations, me réservant d'intervenir plus amplement dans les discussions qui auront certainement lieu au sein de la Quatrième Commission.

N° 5. Je ne partage pas votre attitude en vertu de laquelle la clause peut, dans des conventions multilatérales, ne pas trouver sa place hors du domaine de l'économie du marché. A mon avis, la clause comme telle a un caractère technique applicable, dans de nombreux domaines du droit. Mais vous avez probablement raison lorsque vous limitez l'examen de la clause à l'aspect des relations économiques.

N° 26. Vous avez raison de dire qu'il y a cumul dans certaines conventions entre la clause de la nation la plus favorisée et le principe du traitement national. Le cumul est probablement impossible dans les domaines strictement économiques. Il se peut toutefois, que les Etats désirent réaliser simultanément un standard national et un traitement égal dans certaines conditions (*cf.* Guggenheim, Traités d'établissement, *Fiches juridiques suisses :* n° 622, p. 9). Cette question ne pourra-t-elle pas se poser dans le cadre de conventions multilatérales lorsque le standard national est au-dessous du standard de la nation la plus favorisée ?

N° 133. L'affirmation que la clause ne peut procurer le bénéfice qu'elle cherche à réaliser que dans le domaine *eiusdem generis* est contestable. A ce sujet, il ne faut pas confondre les *exceptions* à la clause avec le champ *d'application* de la clause même. Les exceptions sont explicitement insérées dans les conventions de commerce (par exemple régime frontalier, double imposition), tandis que certaines restrictions au domaine de l'application de la clause proviennent de l'interprétation restrictive de la clause. Je ne vois pas la raison pour laquelle la clause doit être soumise à un principe d'interprétation particulier — limité au domaine *eiusdem generis* — sans tenir compte d'autres principes d'interprétation (par exemple le sens clair, l'intention des parties). Contrairement à ce que vous dites au n° 133 de votre exposé, je ne pense pas que les limitations de l'application de la clause présupposent l'existence entre deux ou plusieurs Etats de certains rapports qui sont *sans équivalent possible* dans les relations entre ces Etats et l'Etat qui, cependant, voudrait se prévaloir à leur égard de la clause de la nation la plus favorisée. Ma manière de voir a pour conséquence que seules les limitations et restrictions

entrent en ligne de compte qui sont explicitement prévues ou éventuellement confirmées par le droit coutumier.

Projet de Résolution

N° (6). Je ne vois pas pour quelle raison *la méthode de négociation* plurilatérale serait « à tous égards » supérieure à la méthode bilatérale. Peut-être pourriez-vous entrer un peu plus dans les détails de cette question qui est souvent débattue par les négociateurs des traités de commerce ?

N° (8). L'octroi des dérogations dans des circonstances particulières est, dans mon opinion, aussi facile dans le système multilatéral que dans le système bilatéral. Toutefois, la clause se rapproche davantage, dans le système multilatéral, de la clause conditionnelle de la nation la plus favorisée que de la clause inconditionnelle. (Voir Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. II, 1967, p. 214 et ss.)

N^os^ (15 et 16). Je me demande si ces points doivent être insérés dans le projet, vu le caractère universel de l'Institut et le fait qu'il sera difficile de faire accepter vos considérations (métajuridiques) à ce dernier.

N^os^ (18 et 19). Il est difficile de trouver des critères objectifs correspondant à la justice distributive en vue de déterminer les relations entre pays industrialisés et pays en voie de développement, hors du domaine de la clause inconditionnelle ou conditionnelle. Je serais intéressé de savoir par quels critères on peut remplacer le régime général de préférence établi, il est vrai, d'une manière assez arbitraire et peu cohérente en ce qui concerne les relations multilatérales.

N° 22. Il n'est pas très réaliste d'admettre que le principe d'égalité de traitement est en mesure d'entraîner actuellement,

sur le plan universel et dans le cadre de conventions multilatérales, l'élimination de toutes formes de préférence entre Etats, sous la réserve, d'une part, des préférences en faveur du développement économique, et, d'autre part, des préférences naturelles reconnues par la tradition en faveur du commerce frontalier entre Etats. Par exemple, je ne vois pas qu'un critère objectif existe en vue d'équilibrer entre Etats les engagements pris en matière d'interdiction de la double imposition, même si l'on songe à la seule répartition de la matière fiscale.

Veuillez croire, mon cher Collègue, à mon amical souvenir.

Paul Guggenheim.

3. Observations de M. Edvard Hambro

New York, le 7 février 1969.

Mon cher Confrère,

J'ai lu votre rapport avec une très vive admiration.

Somme toute je suis d'accord avec votre projet de Résolution.

Néanmoins j'ose soulever quelques petites objections. Il y a nettement une contradiction logique entre une clause absolue et le désir de donner des avantages aux pays en voie de développement. Je suis aussi de votre avis : Il faut aider les nations pauvres ou en tout cas ne pas leur nuire avec une clause absolue. Je trouve que votre pensée dans cette matière est très claire mais que la formulation n'est pas heureuse pour des lecteurs qui n'ont pas étudié le rapport entier.

Pour le reste je trouve que beaucoup de vos propositions — aussi excellentes qu'elles soient — s'appliquent plutôt à la

procédure de la diplomatie multilatérale qu'à la clause de la nation la plus favorisée.

Etant donné que la tâche de notre Commission est d'examiner la clause dans les traités multilatéraux et non les avantages de la diplomatie par conférence dans sa totalité, je me demande si l'on n'est pas allé un peu trop loin dans la direction du multilatéralisme tout court.

Mes remarques ne signifient pourtant pas que je ne partage pas vos points de vue *de lege ferenda.*

Je vous prie d'agréer, cher Confrère, l'expression de ma haute considération et de mes sentiments bien amicaux.

Edvard Hambro.

4. Observations de M. R. Y. Jennings

Cambridge, 25 February 1969.

Dear Professor Pescatore,

My main comment can only be to congratulate you on a remarkable analysis which is already of itself a major contribution to our understanding of this matter ; and there is really nothing that I would wish to change in the technical analysis.

With regard to the *avant-projet* of resolutions I have one quite general comment to make. I am no economist and therefore hesitate to hazard any opinion on a question which touches economics very nearly. Nevertheless, I must confess to serious doubts about the tendency I seem to detect in the draft resolution to erect the MFN clause into a sort of economic and political ideal. I wonder whether in some situations and in some respects a regime of carefully thought-out discriminations may not be not only preferable but inevitable ? For, after all, the so-called equality of the MFN kind is a very formal

equality and the reality in terms of trade may be very different. So I would hope that the Institute would confine itself to the legal and technical aspects and not seem to promulgate the MFN system as a political philosophy ; for quite apart from any other consideration I would doubt whether the Institute is at all qualified to pronounce on political and economic questions.

I have one doubt over a detail. In draft Resolution 24 (b) the customary exception is made for regional arrangements under certain conditions. This, though doubtless necessary, is of course a grave breach of the philosophy of equal treatment—but that is by the way. My question is that I cannot understand why the regional arrangement is permitted as an exceptional and different situation but no such concession is seemingly intended for a historical though not regional arrangement of discrimination.

Yours sincerely.

R. Y. Jennings.

5. Observations de M. Paul Reuter

Paris, le 6 décembre 1968.

Mon cher ami,

Je vous remercie de l'envoi de votre substantiel rapport provisoire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales.

Je suivrai votre suggestion et articulerai donc les observations que vous nous faites l'honneur de nous demander en trois sections (A, B et C). En ce qui me concerne, c'est surtout au titre des remarques de caractère préliminaire et général (A) et au titre du projet de Résolution final (C) que je tiens à exposer mon sentiment. La substance même du rapport n'ap-

pelle que des remarques moins importantes, habituelles lorsqu'il s'agit de textes de ce genre.

A.

Les conventions multilatérales qui font usage de la clause de la nation la plus favorisée sont finalement, d'après votre vaste enquête, peu nombreuses ; elles ne concernent guère que des accords douaniers mondiaux et régionaux. Le sujet se trouve ainsi ramené à des problèmes relatifs aux échanges commerciaux dans un cadre soit mondial, soit régional. Les problèmes essentiels portent alors sur les rapports entre le système mondial ou à vocation mondiale et des systèmes régionaux ou particuliers, ainsi que sur des règles particulières qu'appellent les échanges entre Etats inégalement développés ou différemment structurés (économie libérale, économie planifiée). Après de lentes et savantes approches sur ces lignes générales, votre œuvre culmine dans une vaste construction et vous nous proposez finalement une vision sur l'organisation internationale de l'ensemble des échanges économiques mondiaux. Comme votre rapport le laisse entendre dès le début on a quitté ainsi le plan des conventions internationales pour celui de l'organisation proprement dite. C'est bien cet exposé qui donne à votre rapport son unité, son élan dynamique et son intérêt captivant. Il va sans dire que je ne mets pas en cause la légitimité de cette démarche, ni l'intérêt de la conclusion.

Seulement, si les choses sont bien telles que nous disons, il y a nécessairement et pour une part, un changement complet dans la nature des questions soulevées : on passe du plan de l'interprétation juridique à celui de la politique législative. Quand en 1936 l'Institut avait abordé la question de la clause de la nation la plus favorisée, sa Résolution avait pour objet de poser des règles d'interprétation concernant une clause

conventionnelle ; ces règles avaient un caractère juridique à raison du grand nombre de traités comportant cette clause ; l'Institut avait cherché à dégager des présomptions susceptibles d'aider les interprètes de la clause. A partir du moment où il s'agit d'un système à vocation mondiale, le GATT (ou un autre), et de quelques systèmes régionaux, quel est l'objet proprement *juridique* de l'enquête ? Pour l'établir avec certitude, il manque un élément essentiel : une collection suffisamment étendue d'hypothèses pour pouvoir dégager une règle *générale*. Si le monde devient « a world of areas », si chaque système dispose de ses traditions, de ses notions, de ses règles particulières, il est difficile de poser des règles générales. Mais si l'on veut réunir ces grands ensembles dans un système mondial dont l'esquisse sera cherchée dans le GATT, dans la CNUCED, ou dans tel autre organisme de la famille des Nations Unies, on fait — qu'on le veuille ou non — œuvre de législateur plus que d'interprète. On trace alors le schéma d'une vaste politique économique.

Que tel soit le sens final de votre rapport ne me semble guère contestable. Ce résultat dénote une puissance de pensée que l'on doit admirer, mais il ne va pas sans soulever quelque appréhension, voire même quelques objections.

En effet on se trouve amené à apprécier et à justifier des positions politiques et économiques, qui sont à l'heure actuelle largement controversées et qui dépendent parfois d'appréciations pour lesquelles on peut se demander si l'Institut présente un cadre de discussion souhaitable. En ce qui concerne l'Institut je laisserai volontiers à d'autres plus anciens que moi le soin d'en discuter.

Mais pour m'en tenir à l'essentiel il n'est pas douteux par exemple que certaines tendances existent sur le plan mondial et qui se révèlent assez défavorables à des unifications économiques limitées à certains Etats. On a entendu dans le sein

même du GATT affirmer qu'une union douanière qui serait trop importante au point de vue du volume de son commerce mondial mettrait en cause entre les membres du GATT l'application de la clause de la nation la plus favorisée. D'un autre côté, le GATT n'est pas favorable à des unions économiques trop partielles ou trop superficielles ; un Etat important a fait connaître dernièrement les objections qu'il élèverait à l'égard d'accords commerciaux entre la Communauté économique européenne et un autre Etat membre du GATT ; il est vrai qu'un autre Etat non moins important et non membre du GATT a fait connaître également son opposition à un élargissement substantiel du cercle des Etats membres de la Communauté économique européenne. Je n'oserais soutenir que des questions de ce genre soient tranchées par application de règles juridiques ; je n'oserais même pas prendre position sur les caractères d'une organisation économique optimale du monde de demain.

Je me dois également de relever les appréciations que vous faites vôtres au n° 99 de votre rapport sur « les circonstances purement historiques » et sur « les constellations politiques assez arbitraires » qui justifieraient certaines préférences consenties à des pays en voie de développement. Il ne vous a pas échappé que cette question ne présentait pas des aspects juridiques dominants et les oppositions que cette question soulève tant au sein de la CEE que de la CNUCED sont connues. Sans prendre moi-même l'initiative d'une polémique politique, j'estime que l'avenir est trop incertain et les écarts dans le retard économique trop substantiels pour que l'on puisse formuler ainsi des propositions définitives.

Autrement dit, l'organisation économique mondiale est déchirée actuellement par des tendances contraires ; celles-ci peuvent être décrites, avec les problèmes juridiques qu'elles font naître ; en ce qui me concerne j'estime que je n'ai pas à

prendre parti dans le cadre de l'Institut ni sur les chances de ces tendances, ni sur leur bien-fondé.

B.

En ce qui concerne la substance particulière des développements successifs de votre rapport, je dois dire que je me sens un peu intimidé par le volume énorme de connaissance technique que révèle votre étude, et c'est plus pour vous prouver le soin avec lequel je l'ai lu que pour y ajouter quelque chose que je prends la liberté de vous présenter quelques brèves observations.

N°s 20 et suivants. Je suis d'accord avec ce que vous dites sur la non-discrimination et la clause ; il est certain que la première est plus générale et a pour objet d'exclure les exceptions, tandis que la seconde a pour objet de les généraliser. Mais la vraie question est de savoir si, dans une convention où figure la non-discrimination sans référence au traitement national, les problèmes juridiques sont les mêmes que s'il y avait la clause de la nation la plus favorisée ; sur ce point subsiste un doute dans mon esprit (cf. n° 68 *in fine*).

N°s 29 et 30. La question pourrait se poser de savoir si la combinaison de la réciprocité avec la clause inconditionnelle n'amène pas un retour à la clause conditionnelle ; dans les matières de droit privé cette question a été l'objet de développements importants.

N° 50. Pour ceux qui n'ont pas participé à de telles négociations, la négociation sur la base du principal fournisseur reste mystérieuse, au moins dans la mesure où se détermine la situation des Etats qui sont fournisseurs secondaires.

N° 76. Le caractère multilatéral des conventions est l'objet de bien des sous-distinctions ; celle que vous indiquez est

bien connue (p. ex. traités de paix), mais j'hésiterais à l'avenir à me servir du terme « bilatéral » à cette occasion.

N° 79. N'y avait-il pas en dehors de l'étude centrée sur le GATT d'autres domaines qui auraient, au moins sur le plan juridique, donné lieu à des remarques intéressantes ?

N° 99. Je souhaiterais que la forme de ce développement soit sensiblement adoucie (*cf.* A, *supra*).

N° 126. C'est exact, mais je souhaiterais que le terme *modus vivendi* soit remplacé par une expression encore moins formelle : il n'y a même pas, concernant la CEE un accord verbal.

La prétendue « jurisprudence » du GATT n'est que le fruit d'équilibres politiques mouvants entre la « mondialité » et le « régionalisme ».

N° 129. La question de savoir s'il ne subsiste pas dans ces accords une possibilité de dénonciation est sujette à discussion ; il serait plus exact ou plus prudent de dire « sans possibilité *expresse* de dénonciation ».

N° 132, in fine. S'agit-il vraiment d'un avantage *politique* ? L'expression est peut-être un peu forte. Par ailleurs je ne suis pas sûr que ce soit *le* motif fondamental de l'intégration : ce serait donner aux aspects externes de l'intégration la primauté.

N° 140. Si vous abordez le problème de l'OECE il est peut-être intéressant de dire un mot des rapports de l'OECE avec le FMI au point de vue non-discrimination (est-ce que cela a joué comme s'il y avait clause de la nation la plus favorisée ?)

N° 149, d. Je suis défavorable (*cf.* A).

C.

Il résulte des observations présentées sous A que je formule d'expresses réserves à un certain nombre d'alinéas de la Résolution proposée ; je la trouve d'ailleurs beaucoup trop longue. Mais même si l'on acceptait au fond, plus que je ne le fais, les positions du rapport, je crois que la rédaction devrait éviter que l'Institut emploie des formules qui relèvent d'un *policy making body* et non d'une association de juristes. Nous n'avons pas à « reconnaître, constater, estimer, déplorer, appuyer, recommander... » etc., lorsqu'il s'agit d'un domaine dans lequel il est bien clair que des accommodements entre l'universalité et le régionalisme, entre l'égalité abstraite et la considération des circonstances particulières propres à chaque cas, relèvent d'appréciations qui échappent à notre compétence.

Pardonnez-moi, mon cher ami, d'avoir été si long : votre rapport ne saurait laisser indifférent.

Bien cordialement vôtre,

Paul Reuter.

6. Observations de M. Max Sørensen

Aarhus, le 22 janvier 1969.

Mon cher Confrère,

Votre rapport provisoire est d'une ampleur telle, qu'il a exigé et mérité une étude intensive, d'autant plus que les réflexions qu'il a suscitées touchent à des problèmes hautement importants, non seulement pour les relations économiques internationales, mais aussi pour le rôle de notre Institut.

Je tiens, en premier lieu, à vous féliciter chaleureusement de l'œuvre magistrale que vous avez accomplie. Tout indépendamment de la suite qui lui sera réservée, votre rapport restera un instrument indispensable à celui qui désire comprendre la matière et les problèmes y relatifs qui se posent à l'heure actuelle. En ce qui concerne le rapport comme tel, je n'ai aucun commentaire à vous offrir, sauf mes éloges sans réserve aucune.

Ce n'est qu'en arrivant à l'avant-projet de Résolution, qui est joint à votre rapport, que j'éprouve des doutes. Tout en admirant la richesse des pensées que vous y avez exprimées, je me demande si l'Institut pourrait, et devrait, se prononcer dans le sens que vous proposez.

Je suis enclin à penser que nous devons nous borner à formuler certaines conclusions d'ordre juridique, plutôt que nous exprimer en des termes qui évoquent le débat sur la politique économique et sociale. Nous ne devons ni déplorer telle ou telle tendance dans l'évolution des relations économiques internationales, ni recommander des procédés en vue de porter remède aux imperfections qu'on pourrait constater. En outre, nous ne devons pas perdre de vue que se posent dans les relations économiques internationales beaucoup de problèmes auxquels la clause de la nation la plus favorisée, quels que soient le sens et la portée qu'on lui attribuerait, ne pourrait jamais fournir de solution, tels que les régimes de commerce d'Etat, l'organisation des marchés pour les produits agricoles, etc.

Ce que nous pouvons utilement faire, à mon avis, c'est de constater que des phénomènes nouveaux qui se sont manifestés dans la vie économique internationale justifient un réexamen de l'interprétation et de l'application de la clause.

Nous devons, comme vous le proposez, rappeler les points essentiels de la Résolution de 1936 qui ont gardé toute leur

valeur. Partant de ce rappel, nous pourrions formuler certaines propositions sur l'interprétation et l'application de la clause à la lumière des données nouvelles.

Les points à retenir sont, à mon avis, les suivants :

1. La clause ne doit pas empêcher le traitement préférentiel en faveur des Etats en voie de développement, dans le but de favoriser le développement de leur production industrielle, agricole ou autre.

Tout en appréciant, à cet égard, les mérites d'un « système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs » (par. 18 de l'avant-projet), je me demande dans quelle mesure on doit nécessairement insister sur une telle condition. Ne pourrait-il pas, par exemple, dans certaines circonstances, se recommander, comme une mesure adéquate et justifiée, d'accorder des contingents tarifaires en faveur d'un Etat particulier ? Et est-ce que les régimes internationaux établis, relatifs à certaines matières premières, et dont les mérites semblent être généralement reconnus, correspondent à la formule susmentionnée ?

2. Comme deuxième point, je suis d'accord pour exprimer l'opinion qu'en cas de systèmes régionaux d'intégration économique, tels que définis au paragraphe 24 de l'avant-projet, les Etats tiers ne doivent pas pouvoir invoquer la clause pour réclamer un traitement identique à celui que les Etats membres s'accordent mutuellement.

Cependant, eu égard à la délimitation de notre sujet l'on se heurte à la difficulté suivante. L'exception en faveur de l'intégration économique vaut d'une manière égale pour les régimes multilatéraux et les régimes bilatéraux, soit l'intégration entre deux Etats seulement, soit la clause comme partie d'un traité bilatéral. Sans exclure la dérogation au traitement de la n.p.f. dans de tels cas, vous trouverez certainement la formule

adéquate pour rester dans le cadre de notre sujet, à savoir les régimes multilatéraux.

3. Il est particulièrement important, à mon avis, de lier la faculté de déroger à la clause à certaines garanties d'ordre institutionnel et procédural. Une attitude libérale en faveur des dérogations ne peut pas se justifier exclusivement sur la base des éléments de fond ; il faut en outre insister sur l'importance de procédures adéquates en vue de prévenir les abus. C'est pourquoi le paragraphe 27 de l'avant-projet est essentiel.

A mon avis, un projet de Résolution construit autour des trois points capitaux que je me suis permis de relever, présenterait un grand intérêt, et j'espère qu'il serait susceptible d'être reçu favorablement par l'Institut.

Veuillez croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments cordialement dévoués.

Max Sørensen.

7. Observations de M. Endré Ustor

Budapest, le 19 décembre 1968.

Cher Ami et Confrère,

J'étais ravi de lire votre puissant rapport sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales. Le rapport systématise l'immense matière avec une économie digne du sujet économique et en tire les conclusions pour la plupart convaincantes. Recevez, cher Confrère et Ami, mes congratulations très sincères. Je tiens à vous féliciter tout particulièrement pour la manière de voir avec laquelle vous avez abordé cette tâche. Les traditions de l'Institut de Droit international laissent une grande liberté aux auteurs des rapports dans le traitement de leurs sujets, ce que des rapporteurs

doués d'imagination peuvent utiliser pour exposer leurs idées en matière de politique juridique et d'organisation. Votre rapport est, en effet, bien plus qu'une simple analyse du rôle de la clause et il recherche aussi les mesures institutionnelles par lesquelles le développement du commerce mondial pourrait être favorisé.

La Quatrième Commission de l'Institut se trouve dans la situation heureuse de pouvoir baser son activité sur votre rapport. Ce rapport témoigne de ce que son auteur ne dispose pas seulement d'une immense érudition mais encore de ce qu'il est guidé des plus pures intentions de promouvoir la coopération entre les Etats, le progrès pacifique et l'aide aux pays arriérés.

Sur la base de tout ce qui vient d'être dit, il n'est pas surprenant si je commence en faisant remarquer que je suis d'accord avec la plus grande partie du rapport et la plupart de ses conclusions.

1. Je suis d'accord sur ce que le rapport traite du rôle de la clause exclusivement dans le cadre du commerce international. Et je trouve cela naturel car — autant que je sache — la clause ne figure pas dans d'autres conventions multilatérales que celles relatives au commerce international. Or, dans votre exposé préliminaire vous avez précisé votre intention d'explorer tous les terrains où existent des conventions multilatérales comportant la clause de la nation la plus favorisée. Eu égard à cela, il faudra brièvement expliquer dans le rapport, pourquoi celui-ci est limité au domaine du commerce international.

A ce propos, je voudrais attirer votre attention sur l'explication intéressante que M. Žourek a présentée dans son deuxième rapport (Annuaire de la Commission du droit international, 1960, vol. II) à la Commission du droit international lors de la codification du droit des relations et immunités

consulaires. La deuxième partie de ce rapport traite de l'usage de la clause de la nation la plus favorisée en matière de relations et immunités consulaires. A la section 3 de la deuxième partie, le rapporteur cherche une réponse à la question suivante : est-il souhaitable d'insérer une clause de la nation la plus favorisée dans le projet d'articles relatif aux relations et immunités consulaires ? (p. 23).

M. Žourek donne à cette question une réponse négative et cette position a été acceptée par la Commission du droit international également. Parmi les motifs qu'il en a donnés, le suivant mérite particulièrement l'attention : « ... la nécessité d'une clause de la nation la plus favorisée se fait beaucoup moins sentir, lorsqu'il s'agit d'une convention multilatérale de portée universelle, la généralisation des avantages concédés étant assurée par la forme multilatérale des engagements assumés. »

Il est évident que si l'on réussit dans un domaine quelconque à établir une convention de caractère universel, donc une convention telle que tous les Etats y participent et qu'il n'y a pas de « troisième » resté à l'écart, la clause perd son actualité et s'intègre aux obligations que les parties contractantes assument vis-à-vis l'une de l'autre. (Voir une idée similaire de Vieira dans son ouvrage cité, p. 213, al. 3.)

Etant donné, cependant, qu'avec la technique actuelle de la législation internationale, aucune convention n'a jusqu'à présent obtenu une participation universelle et qu'il y a peu de chances d'y parvenir, la solution adoptée par la Commission du droit international sur le plan des relations consulaires ne peut, évidemment, pas être étendue automatiquement à tous les autres domaines.

2. La plupart de mes remarques se réfèrent aux parties du rapport ayant trait à l'usage de la clause dans la *relation des*

pays à économie de marché et des pays à commerce d'Etat. Je dois souligner en premier lieu ce qui est évident pour nous deux, mais demande un éclaircissement de la part des autres lecteurs du rapport, ce, notamment, que les dénominations mentionnées servent à des fins pratiques mais qu'elles ne sont pas précises au point de vue scientifique. En effet, la situation réelle est que l'industrie et le commerce d'Etat jouent un rôle dans les pays à économie de marché également et, réciproquement, le marché joue un rôle aussi dans les pays à commerce d'Etat ; dans les deux cas ce rôle varie selon les pays individuels.

C'est dans sa troisième partie, sous le titre « Les limites de la clause » que le rapport traite des relations entre des Etats dont l'économie est régie par ces deux systèmes.

Je suis d'avis que les difficultés qui apparaissent dans ce domaine concernant l'application de la clause, ne représentent pas les limites de la clause elle-même mais elles sont à rechercher dans la circonstance que les pays à économie de marché ou une partie de ceux-ci, s'efforcent d'introduire dans ces relations des éléments étrangers à la clause ou du moins à la clause inconditionnelle.

J'apprécie beaucoup l'effort manifeste du rapport que pour mieux élucider ce problème, « il faut essayer de l'envisager tour à tour dans la perspective de chacune des deux parties » (n° 86). Je dois, quand même, relever une insuffisance, à savoir que le rapport n'a pas tiré des recherches la conclusion qui en résulte clairement. Or, cette conclusion est la suivante : les pays à économie de marché, qui à l'égard des pays à commerce d'Etat maintiennent — ainsi que vous vous exprimez — un système rigoureux de mesures de défense, enfreignent — je le répète : enfreignent — leurs obligations basées sur la clause inconditionnelle. Ici je pense non seulement à des barrières expressément politiques sous la forme de la prohibi-

tion d'exporter un certain nombre de produits « stratégiques », mais à toutes les autres mesures pratiquement discriminatoires à l'égard des produits commerciaux d'un Etat vis-à-vis duquel est en vigueur un accord commercial comportant une clause inconditionnelle. A cela ne peut donner lieu ce que vous exprimez par « l'absence de la réciprocité ». Le rapport même précise que « le principe de la réciprocité est la négation du principe du traitement de la nation la plus favorisée » (n° 28).

En revanche, le rapport approuve, à un autre endroit, la conception selon laquelle la clause « ne peut pas jouer un rôle qui est normalement le sien dans les rapports entre pays à économie de marché et pays à économie centralisée, étant donné qu'elle ne peut pas assurer une réciprocité effective en faveur des pays à économie de marché » (n° 88). Cependant, la clause ne garantit de réciprocité effective ni en théorie — l'idée de la réciprocité matérielle est étrangère à la clause inconditionnelle — ni en pratique.

Elle ne la garantit pas non plus au bénéfice des Etats à économie centralisée. Dans les marchés à économie capitaliste il n'y a pas non plus de garantie que les acheteurs procèdent toujours et dans tous les cas suivant des considérations commerciales. Il arrive maintes fois que des grandes entreprises et des monopoles prennent leurs décisions sans tenir compte de considérations commerciales. Des raisons politiques conduisent souvent à des mesures de boycott. La supposition que les décisions qui n'ont pas été prises sur la base de considérations commerciales se heurteront à la longue aux propres intérêts des entreprises capitalistes, est une thèse plausible mais qui devient tout à fait inopérante lorsqu'il s'agit des grands trusts et monopoles qui peuvent se permettre de pareilles « distractions » politiques sans pour autant porter atteinte à leurs intérêts matériels.

Une thèse similaire est celle que les entreprises capitalistes, en tant que propriétés privées, sont indépendantes des décisions gouvernementales. Il est évident, toutefois, que l'indépendance des entreprises ne dépend pas uniquement des conditions de propriété mais encore des conditions de crédit et de la clientèle. Les commandes et crédits directs et indirects des gouvernements peuvent influer — *ipso facto* — sur la politique d'affaires ; il est donc évident qu'une raison sociale dans le cahier de commandes de laquelle les commandes gouvernementales s'élèvent à 10 %, ne peut pas être considérée comme immunisée contre les décisions politiques du gouvernement. Si l'on y ajoute encore les leviers dont dispose le gouvernement dans les pays à économie de marché également, comme par exemple subventions, taxes, douane, etc., on établira la fausseté de la supposition généralisante que dans les pays à économie de marché les entreprises sont indépendantes des décisions politiques du gouvernement ; elle est fausse tout comme celle qui dit que dans le monde socialiste la gestion des entreprises n'est jamais dirigée par des considérations commerciales, mais toujours par les décisions gouvernementales.

La circonstance que dans les pays à commerce d'Etat les entreprises étatiques jouissent d'une situation monopolisée non plus ne peut pas être une raison de discrimination. Ce n'est pas là une spécificité de l'économie des pays socialistes. La circonstance que dans les pays capitalistes les monopoles ne sont pas créés par des règles juridiques mais qu'ils se font valoir dans la pratique, ne change rien à la situation. Du point de vue des petites entreprises concurrentes la circonstance que la condition monopolisée des General Motors, du Shell Petrol ou de la maison Unilever se fonde sur des règles juridiques ou sur une situation de fait, est entièrement indifférente.

Par ce qui précède je ne voudrais pas donner l'impression qu'à mon avis, il ne serait pas nécessaire de rechercher des

solutions pouvant se prêter à résoudre les problèmes du commerce entre l'Est et l'Ouest. Ce que je voudrais exprimer est seulement que la faute n'est pas dans la clause de la nation la plus favorisée, mais dans l'application de celle-ci. La clause — la clause inconditionnelle — n'offre, par nature, pas de garantie pour un équilibre des avantages matériels acquis grâce à elle. Même si la situation était telle, que dans le commerce entre l'Est et l'Ouest la clause offrait un avantage toujours à la partie de l'Est au détriment de la partie de l'Ouest, cela ne pourrait quand même pas donner droit à la violation du contrat commercial et de la clause que ce dernier comporte. Cependant la situation n'est pas celle où l'exportation vers l'Ouest est un véritable « lit de roses » pour les exportateurs de l'Est et où, en revanche, les exportateurs de l'Ouest sont pratiquement dépourvus de la possibilité d'écouler leurs marchandises sur les marchés de l'Est. Ce fait, qui est mis en lumière dans une certaine mesure par ce qui précède, est bien connu dans les cercles commerciaux auxquels la situation est familière.

Même s'il existe une pratique discriminatoire s'appuyant sur le déséquilibre des avantages matériels, je ne crois pas que l'Institut de Droit international pourrait lui prêter son assistance — ne serait-ce que par voie indirecte — pour la légaliser. La pratique discriminatoire est contraire non seulement au caractère essentiel de la clause — qui réside en l'empêchement de toute discrimination — mais aussi au principe *pacta sunt servanda*.

Sur cette même base, l'affirmation que « dans le domaine des relations entre pays à économie de marché et pays à commerce d'Etat la clause de la nation la plus favorisée ne peut pas jouer un rôle appréciable » (avant-projet de Résolution, n° 14), appelle également une correction. Si c'était ainsi, les Etats intéressés ne maintiendraient pas des relations

contractuelles fondées sur la clause et ne se réclameraient pas de la clause — de la part des Occidentaux aussi — chaque fois qu'ils protestent contre sa violation.

Qu'un pays à commerce d'Etat fournisse une contrepartie matérielle pour l'application sans discrimination à son égard des obligations basées sur la clause, c'est nettement contraire au principe sur lequel se fonde la clause inconditionnelle. De mon avis, cela se réfère à la solution aussi qui fut appliquée à la Pologne par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). A ce propos, il faut cependant souligner qu'une résolution adoptée par la réunion ministérielle du GATT en septembre 1967 porte, entre autres, qu'il faut décider suivant les pays et les cas de la participation des pays socialistes au GATT et le cas de l'un ne peut pas constituer un précédent au cas de l'autre.

3. Pour compléter ce qui est dit au n° 85 du rapport, je voudrais énumérer quelques *accords commerciaux entre pays socialistes* qui comportent la clause de la nation la plus favorisée :

Traité de commerce et de navigation entre l'U.R.S.S. et la République populaire hongroise, 15 juillet 1947. R.T.N.U., 216, p. 266.

U.R.S.S.-Roumanie, 20 février 1947, R.T.N.U., 226, p. 79.

Traité de commerce et de navigation entre la République socialiste tchécoslovaque et la République populaire hongroise, 20 décembre 1963, R.T.N.U., 538, p. 141.

Tchécoslovaquie-Roumanie, R.T.N.U., 527, p. 285.

Tchécoslovaquie-Bulgarie, R.T.N.U., 495, p. 219, etc.

4. Je crois que la question des *préférences en faveur des pays en voie de développement* figure parmi les plus importants problèmes de l'ère contemporaine. Aujourd'hui encore la clause est l'instrument juridique fondamental dans l'organisa-

tion du commerce international ; c'est elle qui sert le mieux les intérêts communs liés à la libéralisation généralisée du commerce international et à l'élimination de la discrimination.

Les préférences en faveur des pays en voie de développement se sont d'abord présentées, telles qu'elles sont rédigées à l'article 1 du GATT, comme une exception contractuelle à la clause. Le n° 95 du rapport ainsi que les paragraphes qui suivent, donnent un aperçu clair et concis sur l'évolution réalisée sous ce rapport depuis 1947.

Je pense, pourtant, que les conclusions que comportent les numéros 17-19 de l'avant-projet de Résolution ne sont pas non plus rédigés avec autant de courage qu'en mériterait ce thème.

Je crois que nous ne pouvons pas ne pas reconnaître que, dans ce domaine, le droit international a de nouvelles normes ou du moins que celles-ci sont en cours d'évolution. Une *communis opinio* est en train de se former selon laquelle il est devenu du devoir des pays industrialisés développés d'accorder des préférences aux pays en voie de développement. Dans son livre sur le GATT, Flory — se réclamant de Lacharrière et Virally — écrit ce qui suit : « Le principe de la dualité des normes applicables aux pays industrialisés et aux pays en voie de développement tend à devenir l'un des nouveaux principes du droit international économique et commercial. En définitive, le nouveau principe de la dualité des réglementations correspond à l'idée d'un droit adapté aux problèmes économiques de sous-développement et diffère de celui qui régit les pays développés. Il est le fondement du nouveau droit international de développement » (p. 189). Cette constatation correspond aux revendications pressantes dont les sessions de la CNUCED ont été les forums. L'essentiel de celles-ci est le suivant : « Si valable que soit le principe de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre égaux, ce n'est

pas là un concept acceptable et adéquat pour un commerce entre pays de puissance économique très inégale », ou autrement dit : « Le concept du libre jeu des forces économiques est inadmissible entre pays de structure franchement différente tels que les pays industriellement avancés et les pays en voie de développement. » Ce sont des vérités fondamentales qui ne peuvent pas être niées et, effectivement, elles ne sont niées par personne. Ce sont des vérités telles que celle qui dit que seul un traitement égal entre égaux est juste, un traitement égal entre égaux et inégaux est injuste. A la dernière session de la Commission du droit international le professeur Tammes des Pays-Bas a fait remonter cette vérité jusqu'à l'Ethique à Nicomaque d'Aristote.

Cette vérité est transposée en des termes commerciaux par le huitième principe général qui, à mon avis, devrait être expressément appuyé par l'Institut. Les arguments qu'on y oppose, et que cite le n° 107 de votre rapport, ne sont pas convaincants. L'argument que les préférences en faveur des pays en voie de développement ne pourront revêtir un caractère perpétuel est sans poids : aussitôt qu'un pays en voie de développement devient un pays développé, la préférence lui est *ex définitione* retirée. Bien que les problèmes de la dégression des préférences effectuée en temps utile, de la détermination du critère déterminant quels sont les pays développés et ceux en voie de développement, de l'objet des préférences, soient autant de questions difficiles, ils ne sont que des questions de l'exécution et ne sauraient empêcher une réunion d'hommes de science, venus pour la plupart de pays développés, de se prononcer nettement pour le principe qui — par la force des choses — est devenu ou du moins doit devenir le fondement du droit international contemporain. Nous devons voir clairement que c'est la tâche la plus urgente et la responsabilité commune de la génération d'aujourd'hui — et de bien des générations

encore — de venir en aide aux pays en voie de développement. En fin de compte, il s'agit là, *in ultima analysi*, des droits des hommes, du droit à la vie, souvent même à la vie seule, de plusieurs centaines de millions. Que, dans la solution de ce problème extrêmement grave, la responsabilité incombe en premier lieu aux anciens Etats colonisateurs est tout à fait évident.

Dans ces conditions, vous comprendrez j'en suis sûr, cher Ami et Confrère, que je ne puisse pas considérer comme suffisamment univoque, brutale et passionnée la rédaction d'une résolution à adopter qui n'exprime pas un autre désir que celui « d'un système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs », ainsi que « des solutions plus conformes au principe de la justice distributive ».

5. Ainsi qu'il ressort de ce qui précède et comme je l'ai dit plus haut, je crois que les chapitres du rapport : « La clause et les pays à commerce d'Etat », de même que « Les préférences en faveur des pays en voie de développement » ne devraient pas être traités sous le nom collectif de : « Les limites de la clause », car il s'agit ici de choses de nature différente. Pour cette même raison, je crois qu'il n'est pas opportun de résumer ces deux phénomènes différents au préambule du rapport sous le titre : « Emergence de nouveaux systèmes économiques ». Je crois que Dahm a raison lorsqu'il dit que « la clause peut être liée aux systèmes les plus divers de politique économique, au libre-échange aussi bien qu'au protectionnisme », et Guenkine a raison également lorsqu'il dit que « la clause ne porte pas atteinte au système économique des Etats et ne saurait y porter atteinte ». (Voir mon document de travail à la Commission du droit international, A/CN, 4/L, 127, VIII.) Et pour ce qui est des pays en voie de développement, là surtout il ne s'agit pas de ce qu'ils ont un système économique qui diffère

de celui des pays développés ; l'origine des règles particulières afférentes à ces pays et du droit international de développement n'est pas à chercher dans la dissimilarité de leur système économique.

6. L'ampleur bibliographique et la précision des notes constituent un important mérite du rapport. Evidemment, la bibliographie ne s'étend pas, pour des raisons linguistiques, à la littérature de l'Union soviétique et des Etats de l'Europe orientale. Quant à cette littérature, les ouvrages dont j'ai profité le plus sont ceux de Guenkine et Usenko (U.R.S.S.), Bistritzky (CSSR) et Nyerges (Hongrie).

7. En plus des remarques que je viens de faire, il y en aurait encore d'autres relatives à certains autres points de votre rapport. Etant donné que ces remarques ultérieures nécessiteraient encore de la réflexion de ma part, et que le délai que vous m'avez fixé pour les observations vient d'expirer, je ne voulais pas retenir les observations que j'ai faites dans ma présente lettre ; je voudrais toutefois me réserver le droit de revenir aux autres questions à une date ultérieure.

Je vous prie de croire, cher Ami et Confrère, à mes sentiments les plus distingués et les plus cordiaux.

Endré Ustor.

8. Observations de Sir Francis Vallat.

London, 5th February 1969.

Mon cher Confrère,

Having studied with admiration your clear and excellent report on the most favoured nation clause in Multi-Lateral

Conventions, I have been reluctant to offer any adverse criticisms.

Prompted by your letter of the 20th January 1969. I feel that it is my duty to write, even though I do so with regret. I have no comments to offer under A or B of your letter of the 28th October 1968, but I would like to offer a comment on C, i.e. remarks concerning draft resolutions.

My comment is of a general character. I agree with what is said in paragraph 143 of your Provisional Report to the effect that l'*Institut de Droit international* should encourage the progress of international law in harmony with the needs of modern society. However, I think that a line should be drawn between the expression of views on issues which are mainly of a political nature and on those which are mainly legal. It is obvious that in promoting progressive development of international law, some account must be taken of political needs. On the other hand it would, in my view, not be right for the Institute to adopt resolutions which are mainly based on judgments of a political nature. The word " political " is here used in a broad sense to include matters in the commercial field.

Bearing in mind these considerations, I am afraid that I find your draft Resolution goes too far along the path of political judgments and enters into delicate questions of international commercial policy which do not seem to me to be appropriate for judgment by the Institute.

I am not offering any suggestions for specific amendments because I think that this is a matter for discussion and I have no doubt that in the deliberations of the Fourth Commission we shall be able to find a happy solution that will be satisfactory to all.

Yours sincerely,

Francis Vallat.

9. Observations de M. Stephan Verosta

Vienne, le 20 février 1969.

Mon cher Confrère,

C'est avec un très grand intérêt que j'ai étudié votre rapport provisoire sur la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales. Je tiens à rendre hommage à la clarté de votre présentation des problèmes qui se posent devant notre Commission.

Il m'est impossible aujourd'hui d'aborder tous les sujets analysés par vous et je me bornerai de soulever les points suivants :

1. Pour compléter la liste des traités comportant la clause de la n.p.f. (n°s 17 et 18 du rapport), on pourrait mentionner les traités de paix du 10 février 1947 avec l'Italie, la Roumanie, la Bulgarie, la Hongrie et la Finlande, qui dans leurs articles 82, 31, 29, 33 et 30 contiennent la c.n.p.f. (limitée à une durée de dix-huit mois et sous condition de réciprocité).

Une disposition analogue (limitée et conditionnelle) se trouve dans l'article 29 du Traité autrichien du 15 mai 1955 (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (Nr. 152/1955).

La clause de la n.p.f. se trouve — dans sa forme traditionnelle — dans le Traité de commerce et de navigation austro-soviétique du 17 octobre 1955 à l'article 3 (Bundesgesetzblatt Nr. 193/1956). La même c.n.p.f. est incorporée dans les traités de commerce entre l'U.R.S.S. et le Canada du 29 février 1956, le Pakistan du 27 juin 1956, et l'Uruguay, du 11 août 1956, ce qui est souligné dans l'Observation de M. Szászy.

En effet, la c.n.p.f. se maintient sous sa forme bilatérale pas seulement dans le domaine des relations entre pays à économie de marché, mais aussi dans les relations entre pays à économie de marché et les pays à commerce d'Etat.

2. Au lieu de parler dans le paragraphe 12 de l'avant-projet de résolution d'une « abstention » de divers Etats de participer à l'Accord général, je suggérerai que l'on se borne à préciser qu'il s'agit là — et d'une manière objective — d'une « non-participation » de divers Etats à l'Accord général. Ainsi il serait tenu compte du fait que divers pays à commerce d'Etat qui n'avaient pas participé à l'Accord ont cherché et trouvé moyen d'y participer. On pourrait signaler ici le cas de la Yougoslavie, qui d'abord a cherché à obtenir la participation provisoire pour devenir ensuite membre de plein droit. Il y aurait le cas de la Pologne, qui a fait en 1967 l'objet d'un protocole d'adhésion provisoire, et, tout récemment, le cas de la Roumanie qui, elle aussi, cherche une formule appropriée de participation à l'Accord général.

3. Tout en reconnaissant le bien-fondé du libellé du paragraphe 16 de l'avant-projet de Résolution concernant le travail accompli par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, nous savons que ce travail d'approche n'a pas apporté des éléments tangibles en ce qui concerne le t.n.p.f.

4. Il serait peut-être préférable de ne pas introduire dans la Résolution la notion d'une « justice distributive » qui ne saurait être incontestée et de se borner à dire « solutions équitables » (par. 19).

5. Lorsqu'il est dit dans le paragraphe 26 de l'avant-projet de Résolution qu'il appartient aux Etats de décider librement de leur adhésion à des systèmes d'intégration régionale, on ne doit pas oublier qu'il existe des Etats qui, en vertu des principes mêmes établis dans les n°s 131 à 134 du rapport ainsi que dans la note n° 172, ne sont pas à même d'en décider en toute liberté. Il s'agit par exemple des Etats jouissant d'un Statut de neutralité permanente — tels que la Suisse et

l'Autriche — dont la liberté de joindre des unions politiques et économico-politiques se trouve restreinte dans *l'intérêt de la Communauté internationale* même.

Le rapport précise très judicieusement les avantages politiques de l'intégration (n° 132) et souligne (voir note 172) combien l'intégration économique, en créant une zone d'intérêts large et fondamentale, influence par la force des choses la coopération politique même là où l'unification politique n'est pas visée expressément.

On peut donc se demander si la dérogation à la clause peut valablement être opposée à des Etats tiers neutres à titre permanent qui pour des raisons sus-indiquées mêmes se voient exclus de la participation à un système d'intégration « authentique » ou « véritable ».

Veuillez croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Votre très dévoué,

Stephan Verosta.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages généraux; politique commerciale; non-discrimination; réciprocité

S.d.N., Traités de commerce, systèmes tarifaires et méthodes contractuelles, par D. SERRUYS, doc. 1927.II.26.

S.d.N., La politique commerciale entre les deux guerres: propositions internationales et politiques nationales, doc. 1942.II.A.6.

S.d.N., Les contrôles quantitatifs du commerce, leurs causes et leur nature, par G. von HABERLER, doc. 1943. II.A.5.

S.d.N., La politique commerciale dans le monde d'après guerre, doc. 1945.II.A.7.

NOLDE, B., Droit et technique des traités de commerce, R.C.A.D.I., 3 (1924), p. 295-455.

HAWKINS, H. C., Commercial Treaties and Agreements, Principles and Practice, New York, 1951, 245 p.

SCHEUNER, U., Zweiseitige Handelsverträge und multilaterale Handelsvereinbarungen, *Friedens-Warte* 52 (1954), Nr. 2, p. 97-115.

KNAPP, B., Le système préférentiel et les Etats tiers, thèse, Genève, 1959, 398 p.

GIULIANO, M., La cooperazione internazionale in materia economica nei suoi aspetti giuridici, 2ª ediz., 1965, 261 p.

PATTERSON, G., Discrimination in International Trade, The Policy Issues, 1945-1965, Princeton, 1966, 414 p.

SCHIAVONE, G., Il principio di non-discriminazione nei rapporti commerciali internazionali, Milano, 1966, 306 p.

VIRALLY, M., Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain, R.C.A.D.I., 122 (1967), p. 1-105.

Clause de la nation la plus favorisée : jurisprudence internationale

Cour internationale de Justice, arrêt du 22 juillet 1952, Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, *Recueil*, 1952, p. 93.

Cour internationale de Justice, arrêt du 27 août 1952, Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, *Recueil*, 1952, p. 176.

Commissione permanente di conciliazione fra la Repubblica italiana e la Confederazione svizzera, Atti relativi alla vertenza per l'applicazione ai cittadini svizzeri dell'imposta straordinaria italiana sul patrimonio (31 octobre 1956), Roma, Ministero degli Affari esteri, 1960.

Clause de la nation la plus favorisée : recueils et manuels

BASDEVANT, S., La clause de la nation la plus favorisée, dans *Répertoire de Droit international* de A. de LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, tome III, Paris, 1929, p. 464-513.

SCELLE, G., Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I. 46 (1933), p. 461-464.

HACKWORTH, G. H., Digest of International Law, vol. II, 1941, p. 57 et vol. V, 1943, p. 269-296.

ROUSSEAU, Ch., Principes généraux du droit international public, t. I, 1944, p. 464-468 et 776-780.

FRANÇOIS, J. P. A., Handboek van het Volkenrecht, 1de Deel, Zwolle, 1949, p. 843-855.

HYDE, Ch., International Law, vol. 2, 1951, p. 1502-1515.

OPPENHEIM, L.-LAUTERPACHT, H., International Law, vol. I, 8th Ed., 1955, p. 969-974.

JAENICKE, G., dans *Wörterbuch des Völkerrechts* de Strupp-Schlochauer, 1960-1961, vis. « Diskriminierung », « Gleichbehandlung » et « Meistbegünstigungsklausel ».

DAHM, G., Völkerrecht, Bd. II, 1961, p. 593-595.

MCNAIR, The Law of Treaties, 1961, p. 272-305.

GUGGENHEIM, P., Traité de droit international public, tome I, 2e éd., 1967, p. 205-215.

LEVEL, P., vo Clause de la nation la plus favorisée, *Répertoire de droit international*, Dalloz, Paris, 1968.

Clause de la nation la plus favorisée : documents, monographies et articles

S.d.N., Comité d'Experts pour la codification progressive du Droit international, « La clause de la nation la plus favorisée », Genève, 9 mai 1927, doc. C.205.M.79. 1927.V.

S.d.N., Recommandations du Comité économique concernant la politique commerciale, Genève, 18 juin 1929, doc. C.138.M.53. 1929.II.

S.d.N., Recommandations du Comité économique concernant la politique tarifaire et la clause de la nation la plus favorisée, Genève, 16 février 1933, doc. E.805 (Document de synthèse, qui reprend le document C.138).

S.d.N., Comité économique. L'égalité de traitement dans l'état actuel des relations économiques internationales. « Clause de la nation la plus favorisée », Genève, 12 septembre 1936, doc. C.379.M.250. 1936. II.B.

Nations Unies, Annuaire de la Commission du droit international, 1964, vol. I, 740e séance (§§ 51 et 52); 741e séance (§§ 8-16); 752e séance (§§1-55); Rapport de la Commission sur la 2e partie de sa 17e et 18e session, docs. de la 21e session de l'Assemblée générale suppl. N° 9, A/6309/Rev. 1, §32.

Nations Unies, Commission du droit international, La clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités, par Endre USTOR, doc. A/CN.4/L.127, du 19 juin 1968.

RIEDL, R., La clause de la nation la plus favorisée, Documentation présentée au Comité économique de la S.d.N., Vienne, 1928, 119 p.

ITO, N., La clause de la nation la plus favorisée, Paris, 1930, 425 p.

BONHOEFFER, K., Die Meistbegünstigung im modernen Völkerrecht, Berlin, 1930, 64 p.

HOCK, H., Was hat man mit der Meistbegünstigung gewollt? Thèse, Berlin, 1931, 101 p.

EBNER, J., La clause de la nation la plus favorisée en droit international public, Paris, 1931, 215 p.

SERENI, A. P., Il trattamento della nazione più favorita, *Rivista di diritto internazionale*, 24 (1932), p. 53-82, 201-226 et 405-427.

NOLDE, B., La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels, R.C.A.D.I., 39 (1932), p. 1-127.

Institut de Droit international: Rapport du Baron B. NOLDE, *Annuaire* 38 (1934), p. 414-472. — Discussion et Résolution, *ibid.*, 39 (1936), vol. II, pp. 38 et s. et 289.

CATUDAL, H. M., The Most-Favored-Nation Clause and the Courts, A.J.I.L. 35 (1941), p. 41-54.

SCHWARZENBERGER, G., The Most-Favored-Nation Standard in British State Practice, B.Y.I.L. XXII (1945), p. 96-121.

OPPENHEIM, H. F., La clause de la nation la plus favorisée dans la pratique internationale de la Suisse, thèse, Zurich, 1948, 214 p.

SNYDER, R. C., The Most-Favored-Nation Clause, Columbia University, New York, 1948, 264 p.

ROSSILLION, C., La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, *Journal du droit international (Clunet)*, 1955, p. 76-107.

VELASCO, R., La clausula de la nación más favorecida, Lima, 1962, 162 p.

ROESNER, P., Die Meistbegünstigungsklausel in den bilateralen Handelsverträgen der Bundesrepublik Deutschland, thèse, Heidelberg, 1964, 140 p.

Chamber of Commerce of the U.S.A., The Most-Favored-Nation Principle, an Appraisal of its Current Validity in World Trade, 1966, 45 p.

Clause de la nation la plus favorisée: aspects récents

ESSEN van, J. L. F., Het beginsel van non-discriminatie en de clausule van de meestbegunstigde natie, *Netherlands International Law Review*, 1954, p. 395-418.

PIOT, A., La clause de la nation la plus favorisée, *Rev. crit. de droit int. privé*, 45 (1956), p. 1-20.

DE LACHARRIÈRE, G., Aspects récents de la clause de la nation la plus favorisée, A.F.D.I., 1961, p. 107-117.

XXX, Evolution de la réglementation internationale en matière de discrimination et de préférences, A.F.D.I., 1963, p. 64-67.

Accord général sur les tarifs et le commerce (GATT)

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Instruments de base et documents divers, Vol. I à III et Suppléments 1 à 15 (cité: I.B.D.D.).

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Index analytique, 2e revision, Genève, 1966 (polycopié).

SEYID MUHAMMAD, V. A., The Legal Framework of World Trade, London, Stevens, 1958, 348 p.

JAENICKE, G., Das allgemeine Zoll- und Handelsabkommen, Rechtsgrundlagen und Rechtsprobleme, *Archiv des Völkerrechts*, 7 (1958/1959), p. 371-420.

PATRIARCA, G., Il GATT e la clausola della nazione più favorita: regola ed eccezioni, *Rivista di politica economica*, 1961, N° 12, p. 2207-2252.

ZINSER, R., Das GATT und die Meistbegünstigung, *Schriftenreihe zum Handbuch für europäische Wirtschaft*, Bd 24, Baden-Baden, 1962, 202 p.

SCHIAVONE, G., Uguaglianza di trattamento e clausola della nazione più favorita nell' Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio, *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p. 366-387.

CURZON, G., Multilateral Commercial Diplomacy, The General Agreement on Tariffs and Trade and its impact on national commercial Policies and Techniques, London, 1965, 367 p.

FISCHER, G. C., The Most-Favored-Nation Clause in GATT: A Need for Reevaluation? *Stanford Law Review*, 19 (1967), p. 841-855.

ZIMMER, R., Zollpräferenzen im GATT, Göttingen, 1967, 156 p.

REHM, J. B., Developments in the Law and Institutions of International Economic Relations, The Kennedy Round of Trade Negotiations, A.J.I.L. 62 (1968), p. 403-434.

FLORY, Th., Le GATT, droit international et commerce mondial, Paris, 1968, 306 p.

Autres conventions multilatérales

United Nations, Multilateral Economic Co-operation in Latin America, vol. I, Text and documents, 1962, doc. E/CN. 12/621.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement économique, 1re session, Genève, 1964, vol. 3, « Commerce des produits de base ».

VIEIRA, M. A., La cláusula de la nación más favorecida y el Tratato de Montevideo, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, IV (1965-1966), 59 p.

DELL, S., A Latin American Common Market, London, 1966, 336 p.

La clause et le commerce Est-Ouest

S.d.N., Relations commerciales entre les économies à marché libre et les économies contrôlées, par J. VINER, doc. 1943. II.A.4.

Nations Unies, Conseil Economique et Social, « Moyens propres à favoriser une plus large coopération commerciale entre Etats », doc. E/3389, du 13 juin 1960.

Nations Unies, Commission économique pour l'Europe, « La clause de la nation la plus favorisée », par B. VITANYI, note présentée par la Hongrie, doc. TRADE/SM/7/Add. 2, du 19 juin 1959.

Nations Unies, Commission économique pour l'Europe, Rapports du Groupe spécial pour l'étude des problèmes du commerce entre l'Est et l'Ouest, doc. TRADE/140, du 2 octobre 1963 et TRADE/162, du 14 décembre 1964.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement économique, 1re session, Genève, 1964. — Vol. 6, 1re partie:

« Principes régissant les relations commerciales internationales », doc. présenté par la Pologne, la Tchécoslovaquie et l'U.R.S.S. (p. 13 et s.);

« Problèmes commerciaux entre pays ayant des systèmes économiques différents », doc. présenté par le Secrétariat de la Commission économique pour l'Europe (p. 129-194);

« Les travaux de la Commission économique pour l'Europe dans le domaine du commerce et du développement » (pp. 467-481).

Vol. 7:

« Note sur la coopération économique entre les pays membres du Conseil d'aide économique mutuelle », présentée par le Secrétariat général de ce Conseil (p. 409-418).

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Conseil du commerce et du développement, « Examen des relations commerciales entre pays ayant des systèmes économiques et sociaux différents », doc. TD/B/128 et Add. 1 à 3, du 21 juillet 1967.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, 2e session, New Delhi, 1968, « Examen des relations commerciales entre pays ayant des systèmes économiques et sociaux différents, y compris les problèmes du commerce Est-Ouest », doc. TD/18, du 3 novembre 1967.

ZIEGER, G., Die rechtliche Bedeutung der Meistbegünstigungsklausel im Ost-West-Handel, *Europa-Archiv*, 1958, 1er semestre, p. 10 463-10 470.

DOMKE, M. et HAZARD, J. N., State Trading and the Most-Favored-Nation Clause, A.J.I.L. 52 (1958), p. 55-68.

PRYOR, F. L., The Communist Foreign Trade System, London (1963), 293 p.

NÖTEL, R., The Role of the United Nations in the Sphere of East-West Trade, *Economia Internazionale*, XVIII, N. 4, Genova, novembre 1965, 22 p.

PAPANICOLAOU, E.-E., Essai sur la multilatéralisation des échanges commerciaux entre pays à systèmes économiques différents, *Cahiers de l'Institut de Science Economique appliquée*, Genève, décembre 1965, p. 229-314.

Préférences en faveur du développement

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement économique, 1re session, Genève, 1964. — Vol. 1, Recommandations. — Vol. 2, Déclarations de principes:

Raul PREBISCH, Rapport du Secrétaire général, p. 5-73;

Eric Wyndham WHITE, Secrétaire général du GATT, p. 492-499.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, 2e session, New Delhi, 1968:

« Vers une stratégie globale du développement », Rapport du Secrétaire général, doc. TD/3/Res. 1.

« Question de l'octroi et de l'extension de préférences en faveur des pays en voie de développement », doc. TD/12, du 1er novembre 1967.

« Le problème des préférences spéciales », doc. TD/16, du 12 janvier 1968.

Rapport de la 2e Commission, par M. A. MAHMOOD (Pakistan), doc. TD/88, du 28 mars 1968.

Résolution 21 (II), doc. TD/11/Res. 21.

VINER, J., International Trade and Economic Development, Oxford, 1953, 120 p.

BALASSA, B., Trade liberalization among Industrial Countries, Objectives and Alternatives, 1967, 251 p.

L. F., Les préférences: Le rôle qu'elles pourraient jouer dans le cadre d'une politique d'aide à l'expansion commerciale des pays en voie de développement, *Revue du Marché Commun*, 1965, p. 371-375.

JOHNSON, H. G., Préférences commerciales, accords régionaux et développement économique, *Revue Economique*, 1966, p. 896-934.

American Society of International Law, Tariff Preferences and Developing Countries (exposés de K. S. SUNDARA RAJAN et R. L. MCNEILL), *Proceedings*, 60 (1966), p. 84-102.

KOSCHORRECK, W., Entwicklungshilfe durch Ausweitung des Handels, Zollpräferenzen zugunsten von Entwicklungsländern, *Europa-Archiv*, 1968, p. 101-112.

La clause et les accords régionaux

United Nations, Customs Unions, A League of Nations Contribution, 1947.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement économique, 1re session, Genève, 1964, vol. 6 et 7, « Expansion du commerce international et groupements régionaux ».

MEINE, H., Die Beschränkungen in den Meistbegünstigungsklauseln, thèse, Berlin, 1928, 97 p.

RIEDL, R., Dérogations à la clause de la nation la plus favorisée, Paris, 1931, 59 p.

BRANDT, H., Die Durchbrechung der Meistbegünstigung, Berlin, 1933, 91 p.

VINER J., The Customs Union Issue, New York, 1950 (reprint, 1961), 221 p.

ALLEN, J. J., The European Common Market and the GATT, Washington D.C., 1960, 244 p.

PESCATORE, P., dans: *Les relations extérieures des Communautés européennes*, R.C.A.D.I., 103 (1961), p. 159-185.

HAY, P., The European Common Market and the Most-Favored-Nation Clause, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 23 (1961/62), p. 661-684.

BALASSA, B., The Theory of Economic Integration, London, 1962, 304 p.

DELL, S., Trade Blocs & Common Markets, London, 1963, 293 p.

JAHNKE, L. G., The European Economic Community and the Most-Favored-Nation Clause, *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. I (1963), p. 252-271.

STEINBERGER, H., GATT und regionale Wirtschaftszusammenschlüsse, Köln, 1963, 248 p.

PATTERSON, G., The Most-Favored-Nation Clause and Economic Integration, *Annuaire Européen*, 1965, p. 145-156.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES
(Supplément)

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, *Rapport du groupe de travail des arrangements commerciaux entre l'Inde, la R.A.U et la Yougoslavie*, doc. L/3032 du 25 juin 1968; Décision du 14 novembre 1968, doc. L/3132 du 23 novembre 1968.

LIEBICH, F. K., Grundriss des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens, Baden-Baden, 1967.

GROS ESPIELL, H., La cláusula de la nación la más favorecida. Su sentido actual en el Acuerdo general de aranceles y comercio, *Revista Española de Derecho Internacional*, XXI, Num. 1 (1968), pp. 37-53.

II. Les obligations délictuelles en droit international privé

Vingt-sixième Commission

1. Rapport provisoire

présenté par

M. Johannes Offerhaus

Le 1er août 1965, le rapporteur a eu l'avantage de soumettre à la Commission son exposé préliminaire, accompagné d'un projet de questionnaire. La cinquante et unième Session de l'Institut, tenue à Varsovie, lui a permis de discuter très utilement le sujet avec un certain nombre de membres de la Vingt-sixième Commission[1] et d'autres confrères. Le rapporteur leur exprime sa gratitude pour l'intérêt qu'ils ont bien voulu manifester et pour leurs observations judicieuses qui lui ont permis d'adapter le texte et l'ordre du questionnaire. C'est le questionnaire révisé en date du 1er novembre 1965, qui accompagne maintenant l'exposé préliminaire. La numérotation des paragraphes de l'exposé n'est pas exactement celle du questionnaire.

Les membres de la Commission, ainsi que MM. Fragistas et Miaja de la Muela, ont, par leurs observations écrites, donné au rapporteur un appui très précieux. C'est sur la base de ces observations qu'il a essayé de rédiger un rapport provisoire qui expose les problèmes dans l'ordre des questions. Ce rapport

[1] Cette Commission est ainsi composée: M. Offerhaus, *rapporteur*, MM. Audinet, Batiffol, Cheatham, Egawa, Gutzwiller, Kahn-Freund, Makarov, Maridakis, De Nova, Valladão, Wengler, Žourek, membres.

est suivi d'un projet de Résolution (également provisoire), introduit par quelques mots de commentaires à la fin du rapport.

1. *La qualification*

Il n'est pas étonnant que sur la première question l'opinion des membres de la Commission ne soit pas unanime. Cela ne saurait nous décourager, parce que cette difficulté est bien connue dans tout le droit international privé et qu'à cet égard les rédacteurs d'une Résolution de l'Institut disposent de moyens de solution inconnus de la doctrine et des tribunaux. Pour l'Institut, il s'agit principalement de la question de savoir s'il faut traiter le problème ou non, sans trop entrer dans les sous-distinctions *a)* et *b)* de la question 1.

MM. Cheatham, Kahn-Freund, Miaja de la Muela et De Nova se prononcent pour une règle sur la qualification, MM. Audinet, Batiffol, Fragistas et Makarov sont contre, M. Maridakis s'abstient, mais il nous soumet une définition de la matière des obligations délictuelles.

Considérons les arguments. M. *Cheatham* croit qu'il est nécessaire de traiter le problème, parce que c'est la loi du for qui détermine quelle est la règle de conflits applicable à la situation de fait et comment les faits doivent être rangés dans le système des conflits de lois. Mais, en second lieu, ces mêmes faits (« the matter ») doivent être qualifiés d'après la loi ainsi désignée. On distingue alors les notions et les règles de conflits de lois devant être qualifiées et interprétées d'après la loi du for, et les notions et les règles du droit interne, dont la qualification et l'interprétation relèvent de cette loi interne. C'est aussi la formule du « Restatement Second », paragraphe 7, de sorte qu'on peut en conclure que ce texte avec ses commentaires et ses exemples correspond à l'opinion de M. Cheatham.

M. *Kahn-Freund* démontre par l'exemple des « breach of marriage promises » que le concept des obligations délictuelles diffère beaucoup d'un pays à l'autre; il se réfère également aux obligations fondées sur la propriété, le transport, le travail et autres qui sont parfois qualifiées de délictuelles. La qualification doit nécessairement être faite d'après une des lois en cause, parmi lesquelles M. Kahn-Freund choisit la loi du for. Mais pour lui, cela ne veut pas dire que la loi du for doive être appliquée à côté d'une autre loi déterminée par la règle de conflits. Il rejette le cumul de la loi du for et de la *lex causae* consacré par des décisions célèbres des cours anglaises. Probablement cette conclusion exclut-elle aussi le cumul suggéré dans mon exposé préliminaire, selon lequel l'acte doit en tout cas être illicite selon les notions générales du for. En cela, les questions 1 et 8 sont à mon avis très liées.

M. *Miaja de la Muela* considère qu'une règle sur la qualification est absolument nécessaire. M. *De Nova* propose la qualification d'après les notions juridiques (« legal ideas ») de la loi du for. Cette formule est nuancée. On la retrouve dans la réponse claire de M. De Nova à la question 1. Selon ce dernier, on qualifie d'après la loi du for, pourvu qu'on prenne en considération que ce sont des règles de conflits qu'on interprète, non des règles « substantives ».

M. *Audinet* ne croit pas que l'on doive nécessairement envisager le problème de la qualification, parce que celle-ci peut dépendre de la *lex causae*, l'argument du cercle vicieux ne lui paraisant pas irréfutable. D'autre part, la qualification d'après la loi du for lui paraît contraire à la tendance d'appliquer le droit international privé dans un esprit international.

Pour M. *Batiffol*, il ne paraît pas opportun de résoudre le problème dans le cadre des actes illicites, puisqu'il est trop

général; d'ailleurs, il n'est pas utile de régler le problème ici parce que les obligations délictuelles ne posent pas, sous cet angle, des problèmes spécifiques à propos desquels on pourrait éprouver la valeur d'une des doctrines en cause. Je me demande si c'est concluant, lorsqu'on pense au « cercle vicieux » qui — précisément en matière d'actes illicites — proviendrait de la qualification d'après la *lex causae*, et au désarroi que soulèvent actuellement les systèmes anglais et continentaux sur le rôle de la loi du for dans la détermination du droit applicable. Mais, en fin de cause, j'appuie la première thèse de M. Batiffol.

M. *Fragistas* préfère que l'Institut s'abstienne: il sera difficile de trouver une formule qui satisfasse la majorité des membres. Par son analyse, M. Fragistas démontre combien les divers systèmes de droit diffèrent sur le rôle que doit jouer le problème de la qualification. Et il observe que l'Institut devrait formuler une définition qui couvre toute la matière. Pour M. Fragistas, il est essentiel que la responsabilité ne soit pas fondée sur un lien spécial préexistant entre les parties. Dans cette perspective on aurait en même temps restreint les difficultés de qualification.

J'ajoute que M. *Maridakis* limite le domaine des délits aux cas où « une personne empiète sur le champ d'activité réservé à une autre personne sans y être autorisée en vertu d'un lien juridique préétabli ». Et il s'approche un peu plus des problèmes de qualification et de définition, lorsqu'il dit au N° 5 de ses observations que c'est la « proper law of the tort » d'après laquelle le juge vérifie « *si* l'agissement... dans son ensemble... constitue un acte illicite et si... la faute du sujet est en plus un délit ».

M. *Makarov* veut s'abstenir de toute qualification, qui est un problème d'ordre général. Selon lui, la seule question qu'on peut se poser est celle de savoir si notre matière exige une qualification spéciale dérogeant à la règle générale « qui est (à son

avis) celle de la compétence de la *lex fori* atténuée par des considérations d'ordre comparatif ». M. Makarov ne voudrait pas y déroger. En ce qui concerne la question 1, il dit que ma proposition terminologique — notions générales de non-licéité de la *lex fori* — peut être acceptée, car elle indique que c'est la méthode comparative qui doit être appliquée. Pour cette raison M. Makarov répond affirmativement à la question 8. Je reviendrai sur ce sujet.

Il convient d'être prudent dans la rédaction d'une Résolution. Une majorité nette manque. A mon avis, si on introduisait une disposition sur la loi applicable à la qualification, il en résulterait qu'aussitôt que l'acte ou l'omission de l'auteur ne serait *pas* qualifié d'illicite, soit par la loi du for, soit par la *lex causae*, tout le domaine ainsi exclu échapperait en même temps à nos discussions. Le sujet de ces discussions risquerait de varier selon les opinions divisées des membres sur le problème des qualifications.

En abandonnant la tentative de formuler une règle sur la qualification, on fait en même temps justice à ceux qui pensent qu'il ne faut pas attaquer un tel problème de caractère général.

Que font ceux qui rédigent les textes de conventions internationales? Dans un certain sens, leur technique peut servir d'exemple pour les Résolutions de l'Institut. Parfois ils introduisent une définition ou une interprétation nette et autonome, parfois ils y mettent une notion juridique vague, utilisable dans un système de conflits de lois large et souple. Dans les conventions, la question de la qualification n'est pas souvent traitée à côté de celle de la loi applicable. D'ailleurs, dans le cadre de l'Institut, la méthode pourrait aussi s'appliquer, qui consiste à poser des règles pour le noyau de la matière, et à en admettre l'application par analogie pour les situations qui y ressemblent.

Ma première suggestion en vue d'éviter les qualifications ressemble à peu près à la méthode comparative de M. Makarov.

J'avais proposé de dire que l'Institut s'occupe de toutes les situations dans lesquelles l'acte ou l'omission n'est pas licite (on peut aussi dire: est intolérable) d'après la loi du for. Il importe de remarquer que même en l'absence de « for » réel, chacun peut se poser ces questions sans faire appel au juge. La suggestion implique que, par un certain cumul, les deux lois seraient applicables: la *lex « fori »* ef la *lex causae* (question 8). En d'autres termes, il doit être tenu compte de la *lex « fori »* en ce sens que l'application de la *lex causae* serait *conditionnée* par les notions générales de non-licéité de la loi du for. La suggestion implique aussi que tout acte ou omission, qui n'est pas compris dans cette formule, n'est pas non plus englobé dans la Résolution de l'Institut. Un des considérants du projet de Résolution s'exprime dans le sens de cette suggestion.

On pourrait aussi abandonner toute qualification en adoptant des définitions ou en disant que la matière est celle des « obligations délictuelles » sans plus. Je me réfère aux définitions suggérées par MM. Fragistas et Maridakis, et à la méthode d'élimination, proposée par ceux qui limitent le sujet aux rapports non contractuels ou aux rapports qui ne sont pas fondés sur un lien préexistant (M. Fragistas).

D'une part, il serait dangereux d'englober explicitement dans notre étude l'enrichissement sans cause, ainsi que les obligations quasi délictuelles (*terra incognita* dans beaucoup de pays); d'autre part, il est séduisant, et presque indispensable, d'englober les présomptions de fait et la distribution du risque; n'oublions pas que les dispositions classiques sur la responsabilité des parents et des commettants, etc. (question 11) sont souvent fondées sur l'idée de la distribution du risque, sans même parler de la responsabilité des propriétaires d'animaux, de bâtiments, d'entreprises, de véhicules. Dès lors la Résolution pourra, sans qu'on aborde les qualifications, dire qu'est exclue de notre domaine la responsabilité provenant des obligations contrac-

tuelles, ainsi que l'enrichissement sans cause et les obligations quasi délictuelles.

Dans le projet de Résolution, il nous semble qu'il ne faut pas reprendre la formule suggérée par M. Fragistas, parce qu'il existe sans aucun doute des rapports de droit de famille préexistants qui, tout de même, devront être compris dans nos études (par exemple la rupture du lien conjugal par un tiers, etc.).

Le problème de la qualification soulève des controverses si le choix doit s'opérer entre la loi du for et la loi du lieu du délit. Dès que la *lex causae* n'est pas la loi du lieu mais celle du statut personnel ou une loi basée sur d'autres circonstances de fait, *connexes au for*, la coïncidence de la loi applicable et du for fait disparaître une partie du fantôme. Cette observation ne saurait préjuger le choix de l'Institut entre la loi du lieu avec exceptions, et la « proper law ».

2. *Domaine général des obligations délictuelles ou catégories spéciales*

Les questions 2, 3 et 4 posent le problème de l'étendue de nos études. Les considérations y relatives devront se refléter dans le projet de Résolution. Dès l'abord, trois observations méritent l'attention:

a) Les questions concernant le domaine des obligations délictuelles touchent de près au problème de la qualification; on a déjà dit que ce dernier problème peut être évité si l'on opte pour une définition.

b) On peut objecter qu'avant de délimiter le domaine des obligations délictuelles et avant de déroger à une règle générale par des règles spéciales — comme il est suggéré aux questions 2, 3 et 4 — il faudrait que le choix entre la loi du lieu et la loi du « milieu social » (« proper law ») soit déjà fait; ceux qui préco-

nisent le « milieu social » comme règle générale n'ont plus besoin d'exceptions ou de règles spéciales parce qu'ils veulent précisément que le juge puisse en chaque cas d'espèce déterminer quel est ce milieu ou cette « proper law ». Le rapporteur pense que l'Institut devrait avant tout se rendre compte de la diversité des domaines du droit où l'acte illicite et l'obligation délictuelle jouent un rôle. Lorsque le domaine aura été délimité, il sera plus facile d'opter de façon générale pour la loi du lieu ou celle du milieu social. D'ailleurs l'ordre des articles de la Résolution n'est pas nécessairement celui du questionnaire.

c) Les questions 2, 3 et 4 sont interdépendantes. La question 2 implique seulement que l'on choisisse entre des règles générales pour les obligations délictuelles et des règles pour des catégories spéciales et, dans cette dernière hypothèse, que l'on précise lesquelles.

La question 3 a pour objet de préciser la préférence éventuellement donnée au principe d'une règle générale. Dans ce cas, la question se pose de savoir s'il faut exclure ou inclure: soit certains chapitres ou domaines du droit où des actes illicites peuvent se présenter *(a-c)*, soit certaines catégories ou types d'obligations délictuelles *(d-g)*. La question 3 concerne donc des exceptions ou dérogations au domaine général.

La question 4 part de l'hypothèse qu'on a fait un choix dans le cadre des questions 2 et 3; la question 4 pose le point de savoir si certaines catégories incluses devraient être soumises à des règles de conflits dérogeant à la règle générale.

En ce qui concerne la question 2, aucun des membres n'a fait un choix en faveur de règles de conflits uniquement pour des catégories spéciales d'obligations délictuelles. Tous se sont prononcés en faveur de règles générales.

MM. *Audinet*, *Batiffol* et *Kahn-Freund* n'entrent pas dans le détail de la question. M. *Batiffol* ajoute que la méthode selon

laquelle on n'étudierait que quelques obligations d'un type déterminé ne serait acceptable que si le principe général était tellement « controuvé » que son maintien ne saurait se justifier, ce qui à son avis n'est pas le cas; le principe général de la responsabilité pour faute ou négligence en droit interne ne doit pas être nié en droit international privé. M. *Kahn-Freund* dit que l'application du principe général exige une certaine flexibilité à l'égard des catégories spéciales; nous croyons que c'est toujours un principe du droit.

Qu'il me soit permis de consacrer quelques lignes aux observations de M. *Fragistas*. Celui-ci, tout en reconnaissant qu'il touche au problème des qualifications, propose de comprendre dans les obligations délictuelles celles qui sont fondées sur les actes illicites sans faute ou négligence, ou bien sur des seuls faits, même s'il n'y a pas eu un acte illicite. Il y a beaucoup de ressemblance avec les cas de faute présumée ou de risque. Ces cas devraient être compris dans les règles générales, contrairement aux cas qui sortent complètement du domaine des obligations délictuelles, comme la responsabilité fondée sur un lien préexistant (parenté, contrat), la *negotiorum gestio* et l'enrichissement sans cause.

J'ai moi-même aussi exclu ces derniers cas lorsque j'ai considéré la qualification et la définition des obligations délictuelles; je fais une réserve à l'égard du lien de parenté dont la classification touche à la question 3*a)*.

Quant aux cas de présomption de faute et de risque, il faut admettre qu'ils sont situés très près de la responsabilité pour faute. On les rencontrera aussi à la question 11. Apparemment, les règles générales devront du moins leur être appliquées par l'analogie.

MM. *Cheatham* et *Makarov*, dans leurs réponses à la question 2, touchent en même temps à la matière des questions 3 et 4.

Finalement, en ce qui concerne l'étendue de nos études, il convient de signaler le livre du professeur *Raymond van der Elst*, de Bruxelles, « Les lois de sûreté et de police en droit international privé français et belge » (t. II, pp. 226-241). L'auteur y soutient la thèse selon laquelle la responsabilité civile se fonde sur la loi locale considérée comme loi de police et de sûreté. Abstraction faite du droit français et du droit belge, cette thèse ne se prête pas à être appliquée sur le plan mondial. D'ailleurs, même le Projet de loi française relative au droit international privé a dédoublé les deux matières. Tout de même, je me permets de citer quelques phrases révélatrices du livre de M. van der Elst: « L'accident mortel de roulage le plus banal pourra-t-il être envisagé sans que *se posent éventuellement* des problèmes concernant les liens de droit que peuvent créer le transport bénévole, la dévolution successorale, les rapports de famille, les contrats d'assurance, de travail ou d'emploi conclus par l'auteur du dommage? Et que dire des délits et quasi-délits commis *dans le cadre des relations préexistantes*: l'adultère, la rupture de promesse de mariage, l'abandon d'un époux, la responsabilité du père naturel, le délit commis dans l'exécution d'un contrat ou dans l'exercice d'une profession!

» Chaque fois se poseront des questions nombreuses dont la solution, le plus souvent, impliquera de savoir si certains *rapports juridiques préalables* doivent, sur le plan du droit international privé, *s'apprécier de façon indépendante*, selon leur loi propre, ou si une « *absorption* » se produit soit au profit du *statut délictuel*, soit au profit de *la loi qui régit le lien de droit sur lequel* le délit est venu se greffer.»

3. *Exceptions éventuelles au domaine général*

a) *Les cas qui touchent au droit de la famille*

Il me semble qu'il y a des cas, tels que la rupture des fiançailles, qui, dans tous les systèmes de droit interne, appartiennent au droit de la famille, mais qui, en droit international privé, sont soumis soit au statut personnel, soit à la règle de conflits sur les obligations délictuelles (première catégorie). Toutefois, il faut envisager aussi les conséquences d'un accrochage de voitures mettant en jeu les époux ou les parents, ainsi que les cas de transport gratuit. Ces deux matières appartiennent déjà, en droit interne, au domaine des obligations délictuelles mais on *pourrait*, en droit international privé, leur appliquer le statut personnel, soit complètement, soit en partie (deuxième catégorie).

En ce qui concerne les questions 3 *a)* et *b)*, M. *Batiffol* dit que ces cas « se situent dans des domaines où la compétence de principe appartient à une loi *autre* que celle qui régit la responsabilité délictuelle ». Il continue en disant que des *dérogations* en faveur de la loi du lieu du dommage concernent la loi applicable au droit de la famille, parce qu'il s'agit de déterminer la *portée* de l'application de la *dérogation*.

C'est dire qu'en principe la règle (disons : du statut personnel) s'applique, à moins qu'une dérogation ne soit justifiée. Il me semble qu'il s'agit pour M. Batiffol de la première catégorie visée à l'alinéa précédent, ce qui nous permettrait de soumettre les accrochages de la deuxième catégorie à la loi du lieu, à moins que dans des situations à déterminer on n'y déroge en faveur du statut personnel.

M. *Audinet* préfère exclure les cas du droit de famille. Je crois que l'opinion de M. *Cheatham* est à peu près identique puisque celui-ci se prononce seulement en faveur de règles sur la responsabilité d'un des époux pour les actes de l'autre et sur le

recours éventuellement ouvert à l'un contre l'autre (voir ci-dessous à la question 11 *c)*. A mon sens, ce cas appartient à la deuxième catégorie, visée à l'alinéa premier *(supra)*. MM. *Fragistas, Kahn-Freund* et *Makarov* veulent inclure le droit de famille. M. Fragistas prend l'exemple de la rupture des fiançailles. M. Kahn-Freund préfère indiquer qu'il existe des problèmes spéciaux et, à la question 4, il donne des exemples sur lesquels je reviendrai plus tard. M. Makarov n'a que peu d'hésitations quant au domaine de nos études. Il veut envisager la rupture des fiançailles, la destruction du mariage par exemple par séduction de la femme, « the interference with a marriage relationship ». Si l'on décide de déroger en partie à la règle générale de la loi du lieu, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de distinguer dans la Résolution l'hypothèse où la règle de conflits spéciale s'applique à l'atteinte aux droits familiaux ou matrimoniaux de celle où la règle de conflits s'applique à tous les cas où la seule existence d'un rapport familial justifie une dérogation au principe général. Il est évident que les rapports entre les membres d'un autre groupe cohérent de personnes demandent notre attention particulière.

b) *Les cas du droit public ou les cas soumis à la juridiction des tribunaux*

La Commission est unanime pour exclure le droit public. M. *Batiffol* ajoute que la dérogation en faveur de la loi du lieu concerne la portée de l'application de la loi sur la responsabilité administrative. M. *Kahn-Freund* observe que la distinction entre le droit privé et le droit public n'existe pas partout; puis il se demande quelle serait la loi régissant les entreprises d'Etat, agissant à l'étranger, et celle régissant les obligations provenant du préjudice causé par un membre des forces militaires alliées ou à un tel membre. Ces cas touchent aussi au problème de la

souveraineté des Etats. J'ajoute que la Convention de Bruxelles de 1926 concernant les immunités des navires d'Etat consacre le principe de la soumission aux mêmes règles que celles applicables aux navires privés.

Puisque la matière de notre étude est limitée aux obligations délictuelles en droit international privé, il ne me paraît même pas nécessaire d'exclure expressément le droit public ou le droit international public. La délimitation exacte diffère toujours de pays à pays. M. *Kahn-Freund* s'est exprimé contre un critère juridictionnel, comme aussi M. *Fragistas* qui observe d'ailleurs que les tribunaux administratifs s'occupent parfois du droit privé.

c) *Le droit du travail*

Cette matière ne paraît pas assez mûre pour qu'une décision soit prise. M. *Batiffol* hésite et il pense à des précisions éventuelles qu'il faudrait apporter à la règle générale. MM. *Audinet* et *Cheatham* ne veulent pas l'inclure. M. *Kahn-Freund*, se prononçant pour l'inclusion, fait une réserve importante en disant que pour les accidents « at work » les problèmes de « workmen's compensation » ne devraient être inclus que dans la mesure où ils touchent aux principes généraux de la responsabilité délictuelle. La réponse de M. *Fragistas* me paraît déplacer un peu les difficultés lorsqu'il souhaite que les obligations délictuelles soient incluses, à l'exclusion des effets du contrat de travail. M. *Makarov*, dans le cadre de la question 9, propose une règle spéciale pour quelques rapports de droit du travail.

e) *La concurrence déloyale*

C'est la première matière, visée à la question *d)*, qui introduit différentes catégories ou types d'obligations délictuelles. M. *Cheatham* préfère l'exclure, mais MM. *Audinet*, *Fragistas*,

Kahn-Freund et *Makarov* s'expriment en faveur de son inclusion. En effet, cette matière est une des plus importantes; son exclusion du programme serait d'autant plus regrettable qu'elle est captivante pour les juristes. M. *Batiffol* hésite et il pense, ici aussi, qu'il faudrait apporter des précisions à la règle générale. On devra songer à l'adoption dans cette matière d'une règle de conflits spéciale. Quant à la référence faite par M. *Fragistas* aux « prescriptions spéciales » existantes, il importe de savoir si ce sont des dispositions concernant les conflits de lois.

A la question 9, M. *Makarov* propose une règle spéciale pour un des cas de concurrence déloyale.

Les observations des membres de la Commission ne fournissent pas au rapporteur des données et des propositions suffisantes pour dominer tous les aspects de la concurrence déloyale. La jurisprudence, et plus encore la doctrine des divers pays, contiennent de nombreux développements sur ce thème. Nous nous bornerons à mentionner l'arrêt du Bundesgerichtshof allemand du 20 décembre 1963 (BgHZ 40.391, *Neue Jurist. Wochenschrift* 1964, 969, « Revue critique de droit international privé », 1965, 678, note *E. Mezger*). Il nous semble que la Cour a pris pour point de départ la considération que le lieu du délit se situe là où il y a empiètement sur la sphère juridique protégée et que le lieu du débouché constitue donc un rattachement très important en droit international privé, même s'il s'agit de la concurrence que se font à l'étranger deux entreprises allemandes. Ici, la Cour touche à un des points centraux dans la discussion actuelle. La Cour a jugé toutefois qu'en l'espèce la loi allemande s'imposait dans une certaine mesure, tout comme dans le cas où la concurrence opposerait, dans le pays étranger, exclusivement des entreprises allemandes. En fait, le procès tranchait un différend entre deux entreprises allemandes (la demanderesse reprochait à la défenderesse d'avoir envoyé à des tiers une circulaire publicitaire insistant sur le fait que certains employés

de la demanderesse venaient de passer au service de la société défenderesse). Or, l'arrêt laisse ouverte la question de savoir si l'application de cette loi s'impose également en cas de concurrence allant à l'encontre des intérêts d'entreprises d'une autre « nationalité » ou du public.

La décision allemande montre combien la détermination de la loi applicable dépend des faits de la cause. Le juge a toujours à l'esprit le degré de rigidité des lois internes en conflit.

Une hirondelle ne fait pas le printemps. Le rapporteur n'ignore pas que la concurrence déloyale en droit international privé pourrait faire l'objet d'une commission distincte. Mais la discussion serait confuse sans un examen préalable des actes illicites en général.

Pour la doctrine, je me réfère aux publications qui suivent: *H. Wirner*, « Wettbewerbrecht und IPR » (1959), *K. Troller*, « Das IPR des unlauteren Wettbewerbs » (1962), *E. Deutsch*, « Wettbewerbtatbestände mit Auslandsbeziehung » (1962), *F. Gore*, « La concurrence déloyale en droit international privé français » (1959) et en particulier à l'article de notre confrère *Wengler*, « Die Gesetze über unlauteren Wettbewerb und das IPR », *Rabels Zeitschrift*, 1954, 401-426, et, « Laws concerning unfair competition and the conflict of laws », *The American Journal of Comparative Law*, 1955, 167-188.

f) *Accidents de la circulation*

La réponse de tous les membres est positive. On souligne la grande importance de cette question. M. *Batiffol* ne croit pas opportun de proposer un régime particulier. En effet, en cherchant la règle générale, il faut toujours avoir à l'esprit la circulation routière. M. *Cheatham*, à juste titre, rappelle les dérogations éventuelles concernant les rapports entre parents.

Il ne ressort pas des observations des membres de la Commission, qu'il soit nécessaire d'adopter des règles spéciales pour

les accidents de la circulation. C'est le problème *général* des exceptions à apporter éventuellement à la loi du lieu en faveur de quelque autre statut qui se pose. Nous devons comparer nos conclusions avec celles à tirer des exemples de la diffamation ou de la concurrence déloyale internationale entre des parties qui appartiennent au même Etat ou qui y sont établies.

Est-ce que les transports bénévoles ou gratuits ont un caractère tellement particulier qu'une règle de conflits spéciale se justifie en cas d'accidents de la circulation? On ne le sait pas encore. Le service gratuit peut aussi se présenter entre parties dont l'une s'est rendue coupable d'un acte illicite envers l'autre. Admettons cependant que les accidents de la route en fournissent un exemple bien connu et qu'alors le lien familial ou amical constitue un facteur important dans la détermination de la loi applicable.

Par ailleurs, les parties en cause ne forment même pas toujours un groupe cohérent; ainsi en va-t-il en cas de transport offert par bienveillance à quelque inconnu. Dans beaucoup de pays, l'interprétation du caractère juridique de ces rapports est laissée aux juges; un « guest-statute », comme celui d'Ontario, est exceptionnel. S'agit-il d'une gestion d'affaires, d'un contrat, y a-t-il lieu d'interpréter telle ou telle loi par analogie? Et si l'on est d'accord pour reconnaître que l'accident provient d'un acte illicite, la règle générale devra-t-elle céder le pas à une règle spéciale? Lorsque M. *Ehrenzweig* veut voir appliquer la loi du domicile commun des parties et, en cas de domicile différent, celle du lieu du garage de la voiture, loi prévisible aussi pour l'assureur, il semble choisir une règle spéciale valable pour tous les accidents de la circulation.

Il me semble que deux considérations s'entremêlent: la *spécialisation* des divers types d'obligations délictuelles d'une part, et le désir de couvrir *toute* la matière par une formule générale, d'autre part. A cet égard, il aurait été séduisant d'exa-

miner si l'évolution récente de la jurisprudence américaine doit nous inciter à recourir à des formules telles que le « centre de gravité », « the grouping of contact rules » ou même à l'étude de la balance des « governmental interests ». Dans le cours qu'il a fait en 1964, à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur *Gerhard Kegel* a réservé une place centrale aux théories de *Brainerd Currie* et il a choisi comme titre: « The Crisis of Conflict of Laws ». Malgré son admiration pour la pensée logique et audacieuse de Currie, Kegel concède: « On the other hand, we see the old *fundamentals* still *unshaken* and we come to the conclusion that only they are valid enough to support the house of conflict of laws » (p. 5).

J'aurais pu traiter ces mêmes problèmes aux paragraphes 9 et 10 de ce rapport. Il conviendrait aussi de se demander si une interprétation souple et large de la notion du « lieu du délit » ne permettrait pas d'arriver à des solutions saines dans un certain nombre de cas (voir questions 5 et 6).

Aux Pays-Bas, M. *H. V. Jessurun d'Oliveira*, dans son étude intitulée « Internationale Verkeersongelukken », (Amsterdam, 1965), a placé les accidents de la route dans le cadre de l'évolution de la doctrine en matière de droit international privé en général: « Le droit international privé des collisions constitue en même temps le domaine des collisions en droit international privé » (p. 21).

g) *Actes commis en haute mer, dans l'air et dans l'espace*

MM. *Audinet*, *Fragistas*, *Kahn-Freund* et *Makarov* sont en faveur de leur inclusion. M. Audinet suggère quelques solutions pour les cas d'absence de souveraineté territoriale, notamment l'application de la loi du pavillon. M. *De Nova* hésite et il englobe dans nos études les actes illicites « at least on the sur-

face ». Quelques-uns des membres pensent que des règles spéciales sont nécessaires, ce qui est compréhensible pour les actes qui n'ont pas de lien avec le territoire d'un Etat organisé. Il s'ensuit que cette catégorie devra être soumise à un régime particulier, basé sur des rattachements propres. Pour cette raison, M. *Batiffol* préfère ne pas inclure cette matière pour le moment, mais la réserver pour une date ultérieure, et il rappelle que pour le droit aérien l'Institut lui-même (comme je l'avais signalé au n° 6 de l'exposé préliminaire) a adopté à Bruxelles, en 1963, des textes sur la responsabilité délictuelle. Durant la même session, l'Institut a adopté une Résolution sur le régime juridique de l'espace, y compris la responsabilité de l'Etat sous l'autorité duquel un objet spatial est lancé. L'Institut s'est déjà occupé, lors de sessions antérieures, du droit maritime (responsabilité du propriétaire du navire: loi du pavillon, Bruxelles 1885), et des conflits de lois en matière d'abordages maritimes (Lausanne, 1888). Le droit uniforme des abordages a, depuis la Convention de 1910, été réglé en grande partie « sans qu'il y ait à tenir compte des eaux où l'abordage s'est produit ». Je ne crois pas que l'Institut puisse faire œuvre utile en risquant de formuler de nouvelles règles spéciales pour toutes ces matières sous l'angle des obligations délictuelles. A mon avis, cette conclusion est également justifiée dans le cas où, d'après la règle générale que l'Institut doit déterminer, les obligations délictuelles ne seraient pas soumises à la loi du lieu, mais à la loi du milieu social. Ce qui reste à déterminer, c'est la manière de formuler l'exception à la règle générale pour les actes en haute mer, dans l'air et dans l'espace. Pour les eaux territoriales il me semble que les règles générales suffiront.

4. *Soumission de certaines catégories à des règles de conflits spéciales*

L'inclusion de diverses catégories d'obligations délictuelles dans les études de l'Institut n'implique pas que les règles générales s'appliqueront simplement à toutes ces catégories. Quelques membres pensent qu'il y a des catégories pour lesquelles des règles spéciales s'imposent. M. *Miaja de la Muela* n'en voit pas la nécessité. M. *Audinet* s'exprime dans le même sens sauf pour les actes en haute mer, dans l'air et dans l'espace. M. *Batiffol* dit, à juste titre, que ceux qui préfèrent des règles spéciales devront démontrer pourquoi la règle générale ne vaut pas.

Ainsi M. *Kahn-Freund* expose que, pour la concurrence déloyale, M. Wengler a bien démontré la nécessité de règles spéciales; pour la diffamation et la violation de la vie privée par les moyens de communication, notre confrère fait appel à la jurisprudence des Etats-Unis. En effet, c'est une catégorie que j'aurais pu inclure dans le questionnaire à la question 3.

M. Kahn-Freund fait aussi mention des actes illicites connexes aux rapports familiaux en donnant des exemples empruntés aux deux catégories (3 *a supra*): d'une part, les dommages causés par l'adultère, la séduction, « alienation of affection » et, d'autre part, les dommages causés au mari en raison des frais d'hôpital provenant d'un accident subi par sa femme, et le préjudice matériel ou immatériel causé à l'un des époux par l'accident subi par l'autre.

M. *Makarov* préfère une méthode qui ressemble beaucoup à celle que j'avais suggérée à la question 4. A la règle générale qui soumet les obligations délictuelles à la loi du lieu du délit, on ajoute les concrétisations pour diverses matières juridiques. Ainsi, on pourrait reproduire le début de l'article 2, alinéa 2, de la Résolution de l'Institut, adoptée à Florence en 1908, sur les conflits de lois en matière contractuelle

qui commence par : « C'est ainsi qu'on appliquera... ». Cette formule pourrait en effet servir de modèle. Une observation seulement: La règle de Florence, à son alinéa 1, prévoit qu'à défaut de volonté manifestée, la détermination de la loi applicable sera déduite de la nature du contrat, de la condition relative des parties ou de la situation de la chose. C'est une formule générale couvrant tous les contrats, de sorte qu'on peut y parler de concrétisations. Par contre, pour les actes illicites la loi du lieu est une notion déjà concrétisée.

Il conviendra donc, dans le domaine des obligations délictuelles, d'opposer plutôt les dérogations ou les exceptions à la règle générale.

A la question 9, M. Makarov propose d'admettre quelques-unes de ces exceptions.

M. *Cheatham* a fait une suggestion analogue à celle de M. Kahn-Freund lorsqu'il propose de soumettre la responsabilité de l'un des époux envers l'autre à la loi de la nationalité commune ou du domicile commun des époux.

Les exemples de MM. Kahn-Freund et Cheatham font surgir la question de savoir s'il ne faut pas, pour les rapports entre époux et pour les effets sur le patrimoine de l'un des époux d'un préjudice causé à l'autre, distinguer: dans quelques-uns de ces rapports c'est plutôt le statut matrimonial que le statut personnel commun des époux qui devrait les régler.

5. *Application de la loi du lieu du délit*

Nous touchons au problème central. La solution classique de l'application de la loi du lieu a été combattue par ceux qui préfèrent une formule plus générale dans le sens de la « proper law of the tort » ou du « milieu social » et par ceux qui, tout en maintenant le principe du lieu du délit, veulent admettre d'im-

portantes exceptions à ce principe. Mais on est d'accord pour admettre que le « lieu du délit » comprend le lieu de l'acte et celui du préjudice (question 6).

Cinq membres de la Commission au moins, MM. Batiffol, Fragistas, Makarov, Miaja de la Muela et De Nova se sont exprimés en faveur du maintien de la loi du lieu en principe, quitte à y ajouter des exceptions. L'opinion des autres membres est soit en faveur du principe du « milieu social », soit nuancée dans ce sens qu'elle oscille entre les deux extrêmes.

Commençons par les partisans du principe de la loi du lieu.

M. *Batiffol* s'oppose fortement à la « proper law of the tort » qui, à son avis, implique la détermination dans chaque cas individuel du « centre de gravité » de la situation. On peut sérier les arguments de M. Batiffol: *a)* contrairement à ce qui se passe en matière de contrats, les parties à l'acte illicite n'ont pas pu organiser les « points de contact », ce qui mène à une incertitude absolue; *b)* les points de rattachement en matière d'obligations délictuelles sont très variés et par eux-mêmes insuffisants pour déterminer la « proper law », ce qui est un inconvénient plus important que la circonstance que le lieu du délit est fortuit dans certains cas; *c)* la formule de la « proper law » supprime toute prévisibilité qui est pourtant nécessaire afin que la victime puisse déterminer si « elle doit, peut plaider ou a intérêt à une transaction »; la formule encourage la victime au « forum shopping » ou bien au sacrifice de ses droits; *d)* la loi du lieu donne plus de certitude, elle coïncide souvent avec celle que le défendeur devait respecter et elle a dans les cas normaux un lien substantiel avec la responsabilité.

M. *Fragistas* énumère, en faveur du principe de la loi du lieu, les arguments qui suivent: les règles sur les obligations délictuelles s'adressent à tous ceux qui vivent dans un même pays, et elles règlent leur conduite; d'autre part, leur protection dépend

de ces règles. En tant que règles protectrices, ces règles ont un caractère territorial, elles ne varient pas selon le statut personnel des parties. En outre, il faut s'en tenir à la loi du lieu faute de mieux; l'application de la *lex fori* serait un recul; le cumul de la *lex causae* et de la *lex fori* est injustifié. La solution du Restatement Second (« the most significant relationship ») est trop vague, elle manque de sûreté, elle est arbitraire et s'en remet trop aux juges. M. Fragistas voudrait admettre une exception pour les obligations entre personnes qui ont le même statut personnel et se trouvent provisoirement à l'étranger (voir la question 9 sous *a)*, *infra*).

M. *Makarov* dit qu'il ne faut pas modifier le point de départ, c'est-à-dire la compétence de la *lex loci delicti*, mais qu'il faut admettre des exceptions. M. Makarov a parfaitement raison de remarquer que mon exposé préliminaire ne contient pas toutes les citations et les motifs militant en faveur de la loi du lieu, mais je n'ai pas voulu faire une encyclopédie à l'usage d'un Institut d'experts; un rapport succinct a des avantages pour beaucoup de raisons.

M. *Miaja de la Muela* constate sa préférence pour la loi du lieu. M. *De Nova* préfère la même loi en principe, parce qu'il est désirable que la loi applicable soit déterminée d'après la méthode de recherche des rattachements que présente la situation de fait et parce qu'il s'agit de déterminer l'influence que la communauté territoriale a subie par la conduite illicite d'une personne. M. De Nova, en partant du principe de la loi du lieu, reconnaît qu'une exception peut être faite dans les cas où le lieu est fortuit et sans importance; je reviendrai à ces cas à la question 9.

Les observations des autres membres sont, comme je l'ai dit, plus en faveur du remplacement total de la loi du lieu, ou bien elles oscillent entre les extrêmes. J'en parlerai dans l'ordre alphabétique, et j'y reviendrai à la question 9.

M. *Audinet* ne veut pas poser en principe la soumission à la loi du lieu. Il trouve que cette solution, qui est celle de la jurisprudence de son propre pays, n'est pas assez nuancée et ne tient pas suffisamment compte des intérêts à sauvegarder.

M. *Cheatham*, dont l'opinion est explicitée à la question 9, dit « oui » à la question 5 sur la loi du lieu, mais il limite cette réponse affirmative à quelques aspects de certaines obligations délictuelles. A cet égard, je crois qu'il est pourtant significatif que M. Cheatham ait déjà, à la question 2, qualifié cette limitation de « complément » aux principes généraux, et qu'aux questions 9 et 10 il propose de « remplacer » la loi du lieu dans certains cas. Je pense que cette terminologie ne range pas M. Cheatham parmi les partisans de la loi du milieu social comme principe général.

Les observations de M. *Kahn-Freund* demandent une analyse. Notre confrère dit: oui, en principe, à la question 5. Cela veut dire que la loi du lieu sera présumée être la loi du milieu social (« social environment ») sauf preuve contraire. M. Kahn-Freund propose cette présomption (j'ajoute: comme *praesumptio juris*, non *de jure*), cette « rebuttable presumption », pour le motif que l'application de la loi du lieu est conforme aux prévisions des deux parties, prévisions qui ressortent également de leur conduite en matière d'assurance.

Cependant, à la question 9, M. Kahn-Freund répond qu'il se range complètement aux arguments de M. *J. H. C. Morris*. Est-ce à dire que M. Kahn-Freund voudrait remplacer la loi du lieu par la « proper law » comme principe général? Je crois que du point de vue systématique, on devra placer M. Kahn-Freund parmi les partisans de la loi du lieu, sous réserve de la preuve contraire, car le droit matériel dépend dans une large mesure des règles sur la charge de la preuve. La situation du demandeur

se trouve bien renforcée par le principe qu'il est dispensé d'une preuve qui autrement aurait pesé sur lui.

La proposition de M. Kahn-Freund présente encore un autre aspect. Qu'est-ce que le défendeur devra prouver à l'encontre de la présomption en faveur du demandeur? Si ce sont des circonstances de fait dont résulte l'application d'une autre loi, le défendeur devra au moins indiquer quelles sont ces circonstances. Il me semble que M. Kahn-Freund a en vue la loi d'un milieu social autre que le lieu du délit, étant admis que les circonstances de fait concrétisent ce milieu. Mais en réalité cela veut dire que le défendeur devra prouver l'applicabilité d'une autre loi. Or, il y a de nombreux systèmes de droit qui obligent le juge à appliquer la loi étrangère *d'office*. Et pour l'Institut, la solution suggérée par M. Kahn-Freund revient à admettre que les exceptions à la règle générale soient énumérées, quitte à laisser aux tribunaux de chaque pays le soin de décider si ces lois exceptionnelles pourront oui ou non être appliquées d'office.

M. Kahn-Freund lui-même nous dit qu'on devra développer la théorie et que la preuve contraire sera plus facile pour quelques types d'obligations délictuelles que pour les autres.

. . .

Terminons par les considérations de M. *Maridakis*. Je me demande si, dans la pensée de notre confrère, ses observations sous N°s 2-3 sont compatibles avec celles figurant sous N°s 4-5. M. Maridakis reconnaît bien que l'homme prend nécessairement en considération le droit de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve au moment de l'acte, que les faits peuvent se manifester dans plusieurs Etats, que tous ces faits se ramènent à une unité et qu'il est donc nécessaire que le droit d'un seul Etat soit appliqué. Ici, le lecteur partisan du principe du lieu de l'acte et du préjudice se sent tout à fait à l'aise.

Pourtant ce n'est pas la conclusion de M. Maridakis: l'analyse de la tâche confiée au juge, qui est semblable à celle du

législateur; oblige celui-ci à ne pas appliquer la loi du for ou la loi du lieu de l'acte et du préjudice, mais la « proper law of the tort » ou bien « le droit qui convient le plus au cas envisagé en considération des circonstances particulières ».

Finalement, pour renforcer le principe de l'application de la loi du lieu, on peut poser la thèse que ce faisant, et en admettant des exceptions au principe en faveur de la loi du milieu social, on ne méconnaît pas l'importance de la doctrine de la « proper law », tandis qu'en posant le principe de la « proper law » et en y admettant des exceptions en faveur de la loi du lieu, on méconnaîtrait le rôle qui, en matière d'obligations délictuelles, est toujours attribué au lieu du délit.

L'intérêt du principe de la loi du lieu a été démontré clairement par M. *Hans-Jochem Lüer* dans une monographie récente intitulée « The *lex loci delicti* in single contact cases—a comparative study of continental and American law » (Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, 1965, pp. 124-159). C'est un essai fort bien documenté. L'auteur allemand s'y est limité aux « international single contact cases », dans lesquels le lieu de l'acte et celui du préjudice coïncident, de sorte que le choix entre ces deux lieux n'offre pas de difficultés. D'ailleurs, les « multiple contact cases » appartiennent au domaine de notre question 6.

Le fait que M. Lüer a rédigé son étude à l'Université de Californie sous l'égide du professeur Ehrenzweig, nous donne la certitude que les diverses solutions d'origine américaine ne sont pas négligées (« Thus, there is still a great confusion in this field and for the American courts the task of looking for better solutions remains », p. 130).

M. Lüer expose les avantages du principe de la loi du lieu: 1. L'uniformité des décisions qui favorisera aussi leur reconnaissance à l'étranger; 2. La prévisibilité de la loi applicable qui

facilite également le choix d'une assurance convenable; 3. Les intérêts de l'Etat du lieu, argument qui n'est pas très convaincant lorsque ce lieu est fortuit; d'ailleurs, en ce cas, il faut rechercher une solution adéquate et distincte. Bien que M. Lüer affirme que ce troisième argument est avancé par les « legal writers especially in France », on n'en trouve pas confirmation dans les observations du membre français de notre Commission, M. Batiffol.

La récente loi tchécoslovaque sur le droit international privé, du 4 décembre 1963, entrée en vigueur le 1er avril 1964, dispose à son article 15 (qui ne s'éloigne pas beaucoup de la loi antérieure de 1948): « sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'une infraction à une obligation résultant de contrats ou d'autres actes juridiques, les droits à l'indemnité sont régis par la loi du lieu où le dommage est survenu ou du lieu où s'est produit le fait donnant naissance au droit à indemnité ». (*Revue critique de droit international privé*, 1965, p. 618).

Quant aux divers types d'actes ou omissions illicites, il est opportun de rappeler que les droits et intérêts de ceux qui se trouvent à l'étranger peuvent être lésés de mille manières dans le monde moderne. Que l'on songe, par exemple, au bruit excessif des avions, à la pollution des eaux et de l'air, à l'atteinte à la vie privée (« privacy ») au moyen des télécommunications. Ce sont là les vraies « Quellen des internationalen Privatrechts ».

6. *Lieu de l'acte ou/et lieu du préjudice*

Dans l'hypothèse de l'adoption de la loi du lieu du délit, le problème connexe est celui du rôle de l'acte et du préjudice dans la détermination de la loi applicable.

Les opinions les plus nuancées se sont fait jour. J'ai essayé d'y apporter un certain ordre, mais j'admets qu'on peut le faire autrement.

a) Commençons par les membres qui ont choisi entre l'acte et le préjudice ou qui, à tout le moins, ont exprimé leur préférence pour l'un des deux.

M. *Audinet* pense que le lieu du délit doit être celui où se réalise le préjudice, parce que c'est là que se produit le désordre social qu'il constitue.

M. *Makarov* penche pour la reconnaissance de la loi du préjudice. Il nous fournit quelques données récentes (application de la loi la plus favorable au lésé par un arrêt de la Cour fédérale d'Allemagne du 23 juin 1964) mais, en fin de cause, M. Makarov ne vote pas pour le « cumul électif ». Il me semble que l'article 31 de la nouvelle loi polonaise du 12 novembre 1965, citée par M. Makarov, qui se réfère à la naissance de l'obligation, ne fait que déplacer les difficultés en soulevant des doutes quant au moment de la naissance de l'obligation. (La traduction en langue française, *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 323, dit: « l'Etat où s'est produit le fait générateur de l'obligation ».)

Les autres membres de la Commission ne nient pas que la conduite de l'auteur soit un facteur important, mais personne, en réponse à la première question figurant sous 6, ne fait le choix en faveur de la seule application de la loi du lieu où l'acte s'est accompli. De même, aucun membre ne donne une réponse affirmative à la question 6 sous *a)* et ne se prononce en faveur du cumul de la loi du lieu de l'acte et de celle du lieu du préjudice; il paraît qu'on rejette ce système favorable aux défendeurs.

b) Quelques membres ont proposé que le domaine des obligations délictuelles soit divisé en groupes selon des critères objectifs, de sorte que la loi du lieu de l'acte et celle du lieu du préjudice soient appliquées à ces groupes respectifs. C'est ainsi que M. *Miaja de la Muela* préfère la loi de l'acte, sauf pour le cas où la loi du préjudice serait aussi la loi du for. Cette excep-

tion couvre peut-être la moitié des cas. Prenons comme exemple la compétence des tribunaux du lieu du préjudice basée sur le domicile du débiteur ou sur le lieu même du délit. Il y a la difficulté secondaire résultant du fait que, dans certains pays, la détermination de la juridiction du for dépendra des mêmes facteurs: de l'acte ou du préjudice, de sorte qu'un choix entre ces deux doit déjà être fait en déterminant la compétence juridictionnelle.

M. *De Nova*, qui divise aussi le domaine en deux groupes, veut distinguer deux types d'obligations, selon que celles-ci sont sanctionnées soit par des dispositions correctionnelles ou préventives, soit par des dispositions qui tendent à compenser les dommages. Le lieu du délit devrait être déterminé selon ce critère. Dans ce sens, M. Ehrenzweig a distingué «admonition versus compensation». Je me demande si le caractère des sanctions légales devrait ainsi être décisif. On négligerait ainsi, d'une part, l'importance, dans la chaîne des causes en chaque espèce, de la conduite de l'auteur et, d'autre part, celle des conséquences patrimoniales du côté de la victime. En outre, beaucoup de dispositions s'occupent tant de la conduite que du dommage.

c) Les membres de la Commission n'ont pas donné jusqu'ici leur appui à ceux qui veulent aussi diviser le domaine d'après un critère objectif, en distinguant la responsabilité basée sur une faute et les cas de risque. M. *Fragistas* s'y oppose expressément. J'avais touché à cette distinction dans mon exposé préliminaire, n° 6, alinéa 4. Je crois que M. Fragistas a raison lorsqu'il observe que tout auteur doit, dans le monde actuel, envisager la possibilité de préjudices à l'étranger.

d) Si les idées qui précèdent étaient rejetées, on devrait se prononcer sur les questions 6 *b)* et 6 *c)*. Il y a d'abord ceux qui

veulent appliquer la loi de l'acte et la loi du préjudice alternativement et qui préfèrent donc laisser le choix à la victime *(favor actoris)*.

Notons dès l'abord qu'un problème secondaire reste posé, notamment celui de savoir si le juge sera obligé de s'associer ou non au choix qu'a exprimé le demandeur: dans beaucoup de cas le juge fera ainsi, mais il y a des situations dans lesquelles chacune des lois en cause présente quelques aspects favorables au demandeur et d'autres qui lui sont défavorables: la question se pose alors de savoir si le juge devra appliquer d'office la loi qui lui semble la plus favorable au demandeur. On touche ici au désavantage particulier à toute règle de droit international privé qui impose l'application de la loi la plus favorable à l'une des parties (voir *I. Kisch*, « La loi la plus favorable », *Ius et lex* (1959), p. 373).

M. *Fragistas* dit qu'il faut laisser le choix à la victime. Cependant il propose une exception en faveur de l'application de la loi du lieu de « l'activité » de l'auteur dans les cas où celui-ci ne pouvait pas prévoir de dommages dans le pays où le préjudice s'est réalisé. M. Fragistas nous soumet l'exemple de conserves détériorées et exportées à l'étranger. M. Fragistas n'accepte pas le critère subjectif de la connaissance par le vendeur de la mauvaise qualité des produits, mais bien le critère objectif du domaine de ses affaires: lorsqu'il exporte ses produits, la loi du pays d'exportation entrerait en cause. Il me semble que tout commerçant doit prévoir que ses produits, qui souvent passent d'une main à l'autre, peuvent causer un dommage à travers les frontières. J'ai donc des doutes à l'égard de l'exception suggérée.

M. Fragistas propose ensuite de préciser le lieu du préjudice en considérant comme tel le pays dans lequel la conduite de l'auteur a porté atteinte à la victime. La mort à Vienne, après

une blessure en Grèce, ne compte pas. Cette précision se rapproche de l'opinion de ceux qui cherchent à définir le moment exact ou essentiel du préjudice.

Il faut, au sujet du choix alternatif, dire un mot de l'observation de M. *Cheatham*. Notre confrère fait des objections aux deux méthodes, celle du cumul (6 *a*) et celle de l'option (6 *b*), mais il ne propose pas de solution nette. M. Cheatham considère ces deux méthodes du point de vue de l'encouragement du demandeur et du découragement du défendeur; en bon philosophe, il croit nécessaire de choisir entre le découragement limité et le découragement sévère de l'auteur du délit.

e) Les observations de MM. Kahn-Freund et Batiffol se ressemblent en ce qu'elles laissent une grande liberté au juge pour fixer le facteur décisif de l'ensemble de cette unité complexe qui se compose de l'acte et du préjudice. Mais, dans leurs arguments, nos deux confrères diffèrent beaucoup. Leurs conclusions s'attachent à la réponse à donner à la question 6 *c)*.

Durant la préparation de ce rapport j'ai prié M. Kahn-Freund de bien vouloir préciser son opinion sur quelques points de détail. Il m'a dit qu'il avait par malentendu introduit une objection basée sur le prétendu « dépeçage » du problème; puis, il s'est déclaré d'accord sur le sens que j'avais donné au système « alternatif » de la question 6 *b)*.

L'essentiel de la réponse de M. *Kahn-Freund* consiste en ce qu'en premier lieu il veut appliquer la loi du lieu avec lequel l'acte illicite a les liens les plus étroits, système analogue à celui que la doctrine anglaise applique aux contrats. En effet, c'est la « proper law of the tort » suggérée par M. Morris. Dans le cas d'une diffamation par la radio ou la télévision, cela revient à appliquer la loi du lieu de *l'acte* si l'insulte est diffusée dans douze pays d'Europe; dans le cas d'une concurrence déloyale

par lettres qu'une firme néerlandaise a envoyées en Belgique, c'est en Belgique, comme milieu social, qu'on trouvera le lieu du *préjudice* et, par conséquent, du délit. Si ce système n'était pas acceptable pour la Commission, M. Kahn-Freund préférerait suivre le système américain qui considère comme décisif le lieu de la première atteinte à la victime. Il s'oppose à la désignation du lieu de l'acte sans plus, ainsi qu'à la solution de la jurisprudence allemande qui laisse le choix au demandeur.

M. *Batiffol* rejette le cumul, en faisant appel à l'évolution analogue des lois internes en faveur de la victime demanderesse (6 *a)*); il rejette aussi l'option, suggérée à la question 6 *b)*. M. Batiffol préfère la loi du lieu où s'est située une partie essentielle, soit de l'acte, soit du préjudice, et il penche vers la loi du lieu où le préjudice s'est principalement réalisé, quitte à choisir une formule prudente ou à admettre des distinctions.

Il me semble qu'en choisissant une formule dans le sens de la question 6 *c)*, on pourrait laisser toute liberté au juge pour déterminer dans la chaîne des causes, depuis le début de l'acte jusqu'à la fin des conséquences du préjudice, quel est le facteur décisif, en considérant les principes de la causalité et les facteurs essentiels des événements. Il me paraît désirable qu'ainsi la formule couvre les cas de faute et de risque, la responsabilité pour autrui, et celle des personnes morales.

7. *Nationalité du pays du for*

La grande majorité de la Commission rejette des règles semblables à celle de l'article 12 de l'«Einführungsgesetz» de l'Allemagne. MM. *Audinet*, *Batiffol*, *Kahn-Freund* et *Makarov* se déclarent contre les dispositions de ce genre qui appartiennent au problème général de la réserve de l'ordre public. M. *De Nova* est du même avis. M. Batiffol pense que dans les cas de respon-

sabilité disproportionnée, l'ordre public pourra être invoqué aussi bien par les étrangers que par les nationaux. M. *Fragistas* dit qu'on devra peu à peu éliminer la discrimination entre ces deux catégories de personnes.

Par contre, M. *Miaja de la Muela* répond par l'affirmative à la question 7. M. *Cheatham* attribue quelque valeur à l'observation de la loi nationale de l'auteur en ce qui concerne la liberté de la presse.

M. *Makarov* fait des objections au raisonnement de M. Lüer dans un article récent, sur lequel je reviendrai, et il rejette les critères de l'article 31, paragraphe 2, de la nouvelle loi polonaise. La question 9 permettra de revenir sur l'influence de la loi du statut personnel commun des parties.

8. *Acte illicite d'après la loi du lieu et d'après la loi du for?*

Les réponses à cette question démontrent qu'elle est liée au problème des qualifications. Je rappelle que M. *Makarov*, en réponse à la question 1, s'est demandé si les obligations délictuelles n'exigent pas une qualification spéciale dérogeant à l'application de la règle générale « qui est (à son avis) celle de la compétence de la *lex fori* atténuée par des considérations d'ordre comparatif ». M. Makarov dit nettement à la question 8 qu'il a déjà donné son avis en répondant à la question 1. Or, je crois aussi que les deux problèmes sont tellement liés que j'ai pu dire dans l'exposé préliminaire, ainsi qu'à l'occasion de la question 1 *(supra)*, que la qualification d'acte illicite revient à l'application de la notion de non-licéité ou d'intolérabilité d'après la loi du for, et que cela pourrait être un des moyens d'éviter les difficultés de la qualification.

M. *Batiffol* distingue l'application cumulative de la loi du for et de la *lex causae* et le problème des qualifications. Quand la

règle de conflits a désigné une loi déterminée, dit-il, il appartient à celle-ci de régler la matière et notamment de dire quels actes sont réputés ou non illicites. Ici encore, je me demande s'il est possible d'écarter le fantôme du cercle vicieux. Il me paraît que M. Batiffol n'accepte ni la réponse positive à la question 8, ni les solutions de la jurisprudence anglaise. Cependant, je me demande si l'application de la loi du lieu ou d'une autre *lex causae* ne devrait pas être conditionnée par la non-licéité d'après la loi du for. Je ne crois pas qu'en accentuant le rôle important de la *lex causae* on puisse écarter toute la discussion prévue à la question 1 *(supra)*.

Il est évident que les membres de la Commission ne veulent pas tenir compte, pour fixer une règle internationale, de la loi du for à côté de la *lex causae*, à l'instar de quelques décisions des cours d'Angleterre. M. *Kahn-Freund* partage ces objections. Je crois donc que la question 8 ne soulèvera pas de difficultés spéciales, exception faite de ce qui a été dit au sujet du problème des qualifications.

M. *Audinet* répond par la négative à la question 8 en ajoutant qu'il ne veut pas donner à la loi du *lieu* une compétence générale. En effet, la question de la compétence de la loi du for peut aussi se poser si la compétence générale est attribuée à une autre loi que celle du lieu (la *lex causae*), mais par raison de commodité j'étais parti de la loi du lieu dans toutes les questions 6-8.

MM. *Cheatham*, *Fragistas* et *De Nova* se déclarent aussi contre le cumul de la loi du for et de la *lex causae*. Par contre, M. *Miaja de la Muela* répond par l'affirmative, et cela en conformité avec sa tendance à reconnaître une certaine importance à la loi du for.

Je suis reconnaissant à M. *Kahn-Freund* d'avoir expliqué la teneur des décisions anglaises et écossaises. La matière est

flottante et elle démontre la valeur spéculative des solutions de la Common Law.

Il me semble que la question 8 ne concerne pas le rôle de l'ordre public. L'ordre public pourra parfois imposer une solution analogue. Mais il faut se demander si le projet de Résolution contiendra une règle indépendante sur l'ordre public (voir la question 10).

9. *Remplacement de la loi du lieu par le statut personnel commun ou la « sphère juridique »*

On peut dire que la question 9 *a)* concerne le seul cas de nationalité commune ou de domicile commun des parties, et que la question 9 *b)* traite de toute autre « *lex causae* » que la loi du lieu. C'est donc un domaine très large qui couvre la sphère juridique dans sa totalité et qu'on peut aussi qualifier de « milieu social » (social environment), soumis à la « proper law of the tort ».

En parlant, à la question 9 *b)*, des conséquences ou des effets de l'acte, j'ai voulu dire que toutes les circonstances de fait imaginables entrent en ligne de compte. Il s'ensuit que la question 9 *b)* comprend aussi les points de vue de ceux qui voudraient remplacer entièrement la loi du lieu par la loi du milieu social. Sur ce point, je me réfère à mon exposé préliminaire n° 8 où j'ai cité l'article 18, alinéa 2, du Projet Benelux.

Je résume d'abord l'opinion des membres qui se sont exprimés carrément contre le remplacement suggéré (M. Miaja de la Muela) ou bien carrément en faveur d'un changement de principe (MM. Maridakis et Audinet). Ensuite j'énumérerai les diverses propositions qui ont été faites pour apporter quelques exceptions à la règle générale de la loi du lieu.

M. *Miaja de la Muela* répond par la négative aux deux questions sous 9.

Un résumé des observations de M. *Maridakis* a été donné à propos de la question 5, *supra*. Bien que M. Maridakis reconnaisse l'intérêt de la loi du lieu, il conclut en faveur de la « proper law of the tort ».

M. *Audinet* se déclare contre la compétence générale de la loi du lieu et il propose de faire certaines distinctions. Pour les dommages causés aux immeubles, il préfère la *lex rei sitae* comme étant la loi du milieu économique. Pour les biens mobiliers qui ont une assiette stable, ce sera la loi du pays où le bien a cette assiette. Pour les dommages causés à la personne et les dommages causés à une chose mobilière sans assiette stable, M. Audinet distingue, d'une part, le cas où les parties ont un même statut personnel — (c'est alors leur loi nationale ou domiciliaire commune qui s'appliquerait; je laisse de côté le rôle attribué par M. Audinet au siège des compagnies d'assurance en cause), — d'autre part, le cas où les parties ont un statut personnel différent: ici ce serait la loi de l'auteur ou de la victime, selon que l'une ou l'autre admet la responsabilité et selon que l'auteur a pu ignorer les dispositions de la loi de la victime. Ensuite, M. Audinet conclut en faveur de la loi du lieu du préjudice comme ultime solution transactionnelle. Je dois avouer que j'ai des doutes quant à l'influence du facteur de l'ignorance du droit, notamment dans le cas où l'auteur a aussi pu ignorer les dispositions de la loi du lieu.

J'en viens aux observations de MM. Batiffol, Cheatham et Fragistas qui, en partant de la loi du lieu, admettent quelques exceptions.

A la question 9 *a)*, M. *Batiffol* admet la loi de la nationalité commune ou du domicile commun si c'est celle du juge saisi et à condition que le défendeur accepte cette loi. Je me demande s'il est justifié de poser la condition que le défendeur se soit soumis à cette loi, vu que c'est un critère de fait, difficile à manier. Je

me demande aussi, si pour reconnaître le caractère exceptionnel du rôle du statut personnel, on devrait limiter cette exception au cas où ce statut commun coïncide avec le for. Quant à la question 9 *b)*, je me réfère à la réponse de M. Batiffol à la question 6.

M. *Cheatham* propose de *remplacer* la loi du lieu pour quelques obligations délictuelles ou quelques aspects de la pluralité de ces obligations (« of *most* torts », formule qu'on ne trouve pas dans sa réponse à la question 5). M. Cheatham fournit des exemples; ad 9 *a)*: la nationalité commune ou le domicile commun des deux époux, parties à la cause; *ad* 9 *b)*: la loi du lieu des conséquences de l'acte, si la tendance protectrice de cette loi est plus forte que celle de la loi du lieu. A mon avis, ces « protective purposes » nous rappellent le rôle du « but social » des lois (Bartin). En effet, il s'agit ici de l'importance respective de la loi du lieu du préjudice et de la loi du lieu de l'acte, de sorte que c'est dans le cadre de la question 6 qu'on devrait rendre justice à la suggestion de M. Cheatham. De plus, il m'a toujours paru risqué, pour le choix de la loi applicable, de faire dépendre celle-ci de la formulation plus ou moins impérative des lois internes en cause.

A la question 9 *a)*, M. *Fragistas* admet une seule exception pour le cas où les parties ont le même statut personnel *et* se trouvent provisoirement dans un pays étranger. Cela revient à admettre une exception pour un cas spécial, dans lequel le rattachement au lieu du délit n'est que très faible. Je signale la ressemblance avec l'opinion de ceux qui prévoient une exception pour les lieux accidentels ou sans importance. Il me semble qu'on pourrait réunir les cas de ce genre dans une formule unique en disant qu'il n'y a qu'un faible rattachement à la loi du lieu. A la question 9 *b)*, M. Fragistas pense que les formules générales comme celle du « Restatement Second » (« most signi-

ficant relationship ») sont trop vagues et arbitraires et qu'elles s'en remettent trop aux juges.

On arrive ensuite aux observations de MM. Kahn-Freund et De Nova, qui proposent d'adopter une exception à la loi du lieu, et de la formuler dans une clause générale.

M. *Kahn-Freund* se déclare contre l'admission de la loi du statut personnel commun dans tous les cas. J'ai compris que notre confrère admet cette loi lorsque le statut commun *indique* que c'est là que se trouve le milieu social (« the social environment of the tort »), mais M. Kahn-Freund, en citant la jurisprudence américaine et canadienne, souligne que tout dépend des faits. C'est donc la réponse à la question 9 *b)* qui, pour lui, fait pencher la balance: elle est affirmative et s'harmonise avec l'opinion exprimée par M. Morris.

M. *De Nova* plaide pour une exception au principe de la loi du lieu pour les cas de lieux accidentels ou sans importance. Le lieu accidentel se présente lorsqu'un avion disparaît dans un Etat non prévu à l'horaire ou lorsque l'acheteur de vivres empoisonnés meurt à un endroit très éloigné (pourquoi cette limitation selon la distance géographique?). Le lieu sans importance s'est présenté dans le litige *Babcock v. Jackson*, mais le peu d'importance du lieu n'aurait pu être invoqué si la personne lésée n'avait pas été « a member of the party ». Est-ce que cela veut dire: n'avait pas le même statut personnel? On voit combien le critère est difficile à manier. En l'espèce, la personne lésée ne fait pas partie de la famille X avec laquelle elle voyage, mais elle est très liée à Monsieur X, dont la femme a assigné ce dernier en divorce. Peut-être ce critère de M. De Nova n'est-il pas très vague en soi — mais c'est M. De Nova lui-même qui, à la question 9 *b)*, répond nettement qu'il faut envisager le milieu social.

Je termine par les suggestions de M. *Makarov* qui s'oppose à la recherche de la « proper law of the tort » ainsi qu'à la solution américaine qui part des intérêts étatiques en question (« the jurisdiction which has the strongest interests », etc.). Il est frappant que l'article de M. *Barrineau*, cité par M. Makarov soit intitulé « *Lex fori v. Lex loci* in the fields of torts »; en effet, l'antagoniste de la loi du lieu est souvent la loi du for. Dans mon exposé préliminaire, l'affaire Babcock sert d'illustration à l'application de la loi du for.

M. Makarov, pour les exceptions à la loi du lieu, préfère adopter une formule générale, en y ajoutant quelques exemples concrets (réponse à la question 9 *b)*). Dans ses observations sur le problème, M. Makarov expose qu'on doit établir « une circonstance de rattachement spéciale pour chaque catégorie de rapports entrant dans ce domaine exceptionnel » et que le catalogue de ces règles « va dépendre du catalogue des matières de droit que nous serons prêts à inclure dans notre projet de Résolution ».

Après avoir cité quelques textes de formule générale, M. Makarov énonce quatre exemples empruntés à M. *Binder*, comme concrétisations de cette formule. Les exemples concernent: les rapports entre époux ou membres d'une famille: domicile commun; les groupes de personnes provenant d'un même pays et se trouvant à l'étranger: nationalité commune; les accidents de travail: lieu de l'occupation de l'ouvrier; la concurrence déloyale entre des entreprises du même pays et qui exercent leur activité à l'étranger: loi nationale des entreprises.

Quant à l'application de la loi du statut personnel commun, on distingue trois variantes de règles spéciales qui s'appliquent: *a)* à toutes les parties, à condition que le rattachement à la loi du lieu soit faible (M. Fragistas, M. De Nova); *b)* aux époux entre eux (M. Cheatham); *c)* aux époux entre eux, aux membres

d'une famille, et aux groupes de personnes se trouvant à l'étranger (M. Makarov).

Il faut remarquer que l'application des règles spéciales sera subordonnée à la présence de ce qu'on a appelé un « milieu social ». Et puis, il peut être utile de distinguer les règles spéciales qui s'appliquent à *toute* obligation délictuelle dans les limites de *quelques* catégories de personnes, et celles qui s'appliquent à quelques types ou catégories d'actes illicites mais qui comprennent toutes les personnes.

Il va sans dire qu'on pourrait concrétiser davantage les divers cas dans lesquels les parties semblent être plus étroitement rattachées à leur loi nationale ou domiciliaire qu'à la loi du lieu du délit. Un phénomène du même genre se présente dans d'autres domaines du droit international privé. Nous pensons par exemple à la loi applicable aux divorces internationaux et même à la « Kegelsche Leiter ». L'exemple de la nationalité commune et du domicile commun des parties est très convaincant; celui de la nationalité commune avec domicile différent l'est déjà moins. Il faudrait envisager ensuite les cas de nationalité et de domicile différents de chacune des parties, sans oublier qu'une de ces lois personnelles peut coïncider avec la loi du for ou avec celle du lieu. Il ne faudrait pas négliger non plus les cas de bipatridie. Par ailleurs, selon quel critère ou à l'aide de quelle fiction doit-on considérer qu'une personne victime ou auteur d'un acte illicite est plus familière avec telle loi personnelle qu'avec la loi du lieu? Pour les personnes morales, la nécessité de dérogations au principe général me semble moins urgente, mais il ne faut pas les déconsidérer entièrement. M. *H. J. Lüer* (*loc. cit.*, pp. 157 et ss.) touche à ces problèmes.

En ce qui concerne les solutions dites modernes, il y a lieu de se référer à quelques publications récentes. M. *Graveson*, dans la 5e édition (1965) de son commentaire « The conflict of laws »

(pp. 509-511), fait allusion aux critiques qu'a soulevées la décision écossaise *Mc Leroy v. McAllister* (1949), défavorable à la veuve créancière, décidant une affaire dans laquelle « a Glasgow resident was negligently killed in England by another Glasgow resident ». Or, les juges écossais rejetèrent les prétentions de la demanderesse au motif que celle-ci n'avait pu prouver que le *jus actionis* lui appartenait personnellement selon le droit écossais. En effet, ce dernier ne prévoit pas la transmissibilité aux héritiers de l'action en réparation du dommage causé à la victime décédée. L'auteur pense que le « Restatement Second », paragraphe 379, est « indicative of the new thinking » et il relate l'arrêt *Babcock v. Jackson*, tout en laissant au lecteur la liberté du choix.

M. *Cheshire*, dans la 7e édition (1965) de son « Private International Law », nous donne un commentaire plus personnel. Dans mon exposé préliminaire, j'ai déjà eu l'occasion de montrer combien la jurisprudence anglaise avait causé de confusion. On veut espérer que les « Lords in Appeal in Ordinary » tireront profit de la fameuse déclaration du « Lord Chancellor », en date du 26 juillet 1966, proposant « to depart from a previous decision when it appears right to do so », et abandonneront — à la première occasion qui se présentera après la session de l'Institut — l'ancienne pratique des « précédents » en matière de « torts in the conflict of laws ». Considérant, en 1965, les chances de la doctrine de la « proper law of the tort » et du « social environment », M. *Cheshire* dit: « Interesting though this suggestion of a more flexible text is, it has not as yet found favour either with English or Scottish judges » (p. 252). Et il poursuit: « Recently, however, judicial flirtation with a notion akin to that of the proper law of the tort has occurred in the United States of America. The facts of Babcock v. Jackson . . . . . were as follows . . . . ., etc. » (p. 253). Il n'est

guère difficile d'imaginer ce qui va suivre: M. Cheshire souligne la distinction nette faite dans cette décision, par le juge Fuld, entre la question de savoir si le conducteur de la voiture avait bien observé les règles de la route de la province d'Ontario, d'une part, et le point de savoir quels sont les rapports entre le « host-driver » et le « passenger-guest », tous les deux domiciliés à New York, d'autre part. M. Cheshire ajoute que même les juges anglais et écossais pourraient faire la même distinction: « The House of Lords should take the opportunity, when it presents itself, to overrule Machado v. Fontes ». Il rappelle que dans *Phillips v. Eyre* en 1870 déjà, *Willis J.* avait formulé sa célèbre condition double (« double choice of law rule » dit M. Graveson, p. 502), avec cette restriction cependant: « as a general rule », de sorte qu'en conclusion, M. Cheshire déclare que « all issues that can arise in a tort action are not necessarily within the ambit of the rule » (p. 254).

10. *Lex fori et forum conveniens*

Aucun des membres ne s'est prononcé en faveur de l'application de la loi du for comme telle, en remplacement de la loi du lieu du délit ou d'une *lex causae* dans le sens de la question 9. J'ai déjà touché au rôle de la loi du for en rapport avec les questions précédentes. A la question 10, il est important de voir pour quels motifs la Commission rejette la loi du for, même si celle-ci était conditionnée par le *forum conveniens*. J'ajoute qu'à la question 10 *a)* une exception a été prévue pour le cas où la loi du for préfère elle-même une autre loi; il me semble résulter du silence des membres que cette exception ne porte pas atteinte au principe de la loi du for.

M. *Audinet* se prononce contre la loi du for, sous réserve de l'ordre public. M. *Cheatham* s'exprime contre la loi du for, sous

réserve des matières procédurales. MM. *Fragistas* et *De Nova* sont contre, sans motifs spéciaux; leurs opinions s'expliquent par l'ensemble de leurs observations. M. *Miaja de la Muela* ne donne pas de réponse explicite à la question 10 *a)*, mais il ne croit pas possible d'arriver à un accord sur le *forum conveniens*. Encore faudrait-il demander à M. Miaja de la Muela, si cela veut dire qu'il accepte l'application absolue de la loi du for ou qu'il la rejette, faute d'accord sur les limites de la question 10 *b)*.

M. *Batiffol* répond par la négative, parce qu'il ne lui semble pas désirable que les droits des parties dépendent du choix fait par le demandeur et que cette situation s'aggrave au fur et à mesure que les compétences judiciaires en droit interne se multiplient. C'est ainsi que cette réponse dispense de distinguer selon qu'il existe ou non un *forum conveniens*. M. *Kahn-Freund* se prononce contre la loi du for; il pense que le *forum conveniens* pourrait être utilisable dans les rapports interétatiques aux Etats-Unis et que cela explique l'opinion de MM. Currie et Ehrenzweig. Quant aux critères de juridiction, les systèmes de droit varient beaucoup et il semble très difficile de s'entendre sur le sens du *forum conveniens*. M. *Makarov* souligne qu'il ne s'agit pas, à la question 10, de la loi du for comme exception à la règle générale: comme principe, M. Makarov n'accepte point la doctrine américaine des « State interests » et il remarque que les tribunaux peuvent surestimer les intérêts de leur propre Etat. A l'alinéa 4 de ses observations, M. Makarov déclare qu'une résurrection de la théorie de la compétence de la loi du for datant de la première moitié du XXe siècle doit sûrement être exclue de notre projet de Résolution.

Finalement, la question 10 soulève le problème de l'exception de l'ordre public qui n'est pas expressément compris dans le questionnaire. La contrepartie de l'application des lois étrangères réside dans l'application de la loi du for dans des cas

particuliers. Les Conventions récentes de La Haye font exception pour le cas où l'application de leurs dispositions est manifestement incompatible avec l'ordre public (« manifestly contrary to public policy »).

Il est indispensable d'admettre l'exception de l'ordre public, mais il faut la limiter. Dans deux arrêts récents, la Cour d'appel de Paris a eu recours à cette exception pour faire échec à l'application de la loi du lieu d'un accident routier. La Cour a tellement ressenti la force de l'ordre public qu'elle est allée jusqu'à écarter la règle classique en faveur de la loi française (arrêts du 2 octobre 1963, *Revue critique de droit international privé*, 1964, 332, note *P. Lagarde*, et du 30 juin 1964, *Revue critique de droit international privé*, 1965, 353, note *H. Batiffol*). Il semble que, pour les tribunaux français, la protection de la victime mette en cause — et on semble trouver un certain appui dans l'article 3, alinéa 1er du Code civil — l'ordre public international, de manière à écarter complètement l'application de la loi du lieu au profit de la loi française. (Voir la critique de ces décisions chez *H. V. Jessurun d'Oliveira*, « Internationale Verkeersongelukken », Amsterdam, 1966, pp. 7-8.)

11. *Loi applicable aux divers rapports juridiques*

La question 11 est liée à la question 3. Mais ici, il ne s'agit plus de distinguer des catégories de droit dans le système du droit international privé — droit des obligations délictuelles ou droit de la famille par exemple — ou certains types d'obligations délictuelles. Il s'agit bien ici du domaine de la responsabilité provenant d'obligations délictuelles; cependant, le règlement de certains aspects des rapports juridiques ou sociaux y est tel qu'évidemment on se trouve aux limites de la responsabilité même.

Quelques membres de la Commission ont fait des observations générales, d'autres se sont prononcés sur chacun des problèmes en particulier. Je rappelle encore qu'à côté des questions 11 *c)* et *g)* il y a la question de la responsabilité pour risque et de la responsabilité sans faute fondée sur le risque créé, et celle de la responsabilité des personnes morales.

M. *Cheatham* indique que l'évolution de la société, de la science et de la technique, ainsi que celle des institutions du droit, modifient ausi le caractère des obligations délictuelles. M. Cheatham cite l'emploi des moyens modernes de communication et les radiations provenant de matière atomique. Dans les rapports internationaux, les lois sur la diffamation par les moyens modernes, eu égard à la liberté de la presse et de la parole, devront être interprétées strictement et celles qui touchent à la radiation exigent des règles sévères sur la responsabilité. Selon M. Cheatham, les méthodes du droit international privé devront tenir compte de cette évolution récente.

J'ai l'impression que ces principes larges et flexibles peuvent être appliqués en droit interne mais qu'il faudrait examiner quelles en sont les conséquences sur les conflits de loi — à moins d'admettre que le choix de la loi applicable dépend de la répression plus ou moins sévère par les lois internes.

Du point de vue du système du projet de Résolution, M. *Makarov* dit que si on décide de concrétiser la formule générale, c'est la question 2 qui devra trouver une réponse détaillée. A cet égard, j'ai formulé mes propositions lorsque j'ai traité des suggestions de M. Makarov; on les trouve à la fin de mon rapport sur la question 4, *supra.*

M. *Miaja de la Muela* veut bien soumettre tous les rapports compris dans la question 11 à la loi du lieu ou à la *lex causae,* tout en prenant en considération le droit public et l'ordre

public du for. Pour cette réserve, je me réfère aux questions 3, 9 et 10.

M. *Audinet* répond par l'affirmative, sauf pour la lettre *j)* (action directe contre l'assureur de l'auteur) qu'il voudrait soumettre à la loi du contrat d'assurance. M. *De Nova* donne la même réponse positive, non sans exprimer des doutes à l'égard des lettres *i)* (droit de l'assureur de la victime) et *j)*.

Pour ce qui concerne les observations de MM. *Batiffol*, *Fragistas*, *Kahn-Freund* et *Makarov*, qui ont considéré chaque problème en particulier, je suivrai l'ordre du questionnaire.

a) La faute concomitante de la victime. La réponse de nos quatre confrères est affirmative.

b) Responsabilité des enfants et aliénés. La réponse est également affirmative. D'une part, cette responsabilité est un élément premier du régime des obligations (M. Batiffol); elle appartient à l'organisation de la responsabilité délictuelle (M. Fragistas); d'autre part, il ne faut pas appliquer la loi personnelle (MM. Batiffol et Kahn-Freund) et la « capacité » est limitée à l'aptitude de s'engager par acte de volonté (M. Fragistas).

c) Parents, maîtres, commettants, instituteurs et autres. La réponse est affirmative. M. Batiffol dit qu'en particulier la loi du contrat n'entre pas en cause; il n'y a même pas toujours un contrat avec l'auteur. M. Kahn-Freund fait une exception pour la responsabilité des parents pour les actes de leurs enfants et de l'un des époux pour l'autre (cet exemple est aussi mentionné par M. Cheatham); il faudra donc régler ces cas séparément. Deux observations à cet égard:

1. Cette réponse démontre combien la question 11 est liée à la question 3 *a)*;

2. La série de personnes responsables pour les actes illicites d'autrui est, dans notre questionnaire, empruntée au système du Code civil français et des autres Codes dérivés de celui-ci; on n'y trouve pas les époux.

d) Recours contre les héritiers et ayants droit après décès de l'auteur. Les opinions sont divisées. MM. *Fragistas* et *Makarov* voudraient soumettre ce rapport à la loi du lieu ou à la *lex causae*, ils n'y voient pas une règle sur la succession. MM. *Batiffol* et *Kahn-Freund* sont de l'avis contraire. M. Batiffol pense que la loi successorale décide si et dans quelle mesure les dettes du défunt passent ou ne passent pas aux héritiers.

e) Droits des héritiers et des ayants droit après décès de la victime. Ici aussi, MM. *Fragistas* et *Makarov* veulent soumettre le rapport à la loi du lieu ou à la *lex causae*. MM. *Batiffol* et *Kahn-Freund* voudraient distinguer, en faisant dépendre de la loi successorale la transmission éventuelle de l'action qui a appartenu au défunt, tandis que l'action personnelle intentée par les héritiers est régie par la loi sur la responsabilité. Ici M. *Kahn-Freund* se réfère au caractère particulier des « wrongful death statutes » et de l'article 840 du Code civil allemand.

f) La prescription des actions.

g) La charge de la preuve et les présomptions.

h) Les limitations légales de la responsabilité.

En ce qui concerne ces trois questions, MM. *Batiffol*, *Fragistas* et *Kahn-Freund* pensent qu'elles touchent au fond de la responsabilité, qu'elles appartiennent au droit matériel (substantive rules). M. *Makarov* estime que la discussion de ces questions nous mènerait trop loin et qu'elles peuvent donc rester en dehors de nos investigations. Sans doute devra-t-on aussi considérer que ces questions ont une portée générale; d'autre

part, il me semble que cet argument n'empêchera pas l'Institut de se prononcer sur ces trois matières, puisque aucun des membres n'a émis l'avis qu'elles appartiennent ici au droit de la procédure.

i) Les droits de l'assureur de la victime.

j) L'action directe contre l'assureur de l'auteur.

Ici, MM. *Fragistas* et *Makarov* expriment leur doute sur la question de savoir s'il faut discuter de problèmes intimement liés au contrat d'assurance. M. Fragistas pense qu'il vaudrait mieux étudier séparément le contrat d'assurance. M. Makarov opte pour l'application de la loi du contrat d'assurance, mais il cite la jurisprudence belge qui parfois applique la loi du délit. Quant au fond, M. *Kahn-Freund* dit que les deux problèmes sont difficiles et c'est probablement la loi sur le contrat d'assurance qui les régit. Enfin M. *Batiffol*, sans faire un choix définitif, relève la jurisprudence française qui penche pour la loi du lieu du délit, dans le désir de favoriser la victime et d'appliquer largement l'action directe.

On touche ici à un domaine important et actuel. Cependant, les opinions dans la doctrine et dans la jurisprudence des divers pays sont très divergentes. Une Résolution de l'Institut à cet égard ne pourrait être que réservée et nuancée et elle ne changerait en rien les décisions sur les grands principes de la loi applicable à la responsabilité.

Quant aux limitations légales de la responsabilité, je signale la jurisprudence de la Cour de cassation belge, dans son arrêt du 23 novembre 1962, (*Revue critique de droit international privé*, 1963, 542, note *Marthe Simon-Depitre*), relatif à la collision de deux navires néerlandais et finlandais dans les eaux intérieures néerlandaises. L'arrêt casse le jugement de la Cour d'appel de Bruxelles, qui avait appliqué la loi nationale du

navire finlandais responsable. La Cour de cassation dispose que « la détermination du fait générateur de la responsabilité délictuelle..., le mode et l'étendue de la réparation, sont régis par la loi du lieu où le fait litigieux a été commis et que, par conséquent, la possibilité d'abandon ou la limitation de responsabilité dont jouit l'armement, en tant que modalité de la réparation d'un délit commis par une personne dont il est responsable, doit être soumise à la loi du lieu où l'acte illicite a été commis ».

On notera qu'il en va ainsi « par application de la règle de droit international privé établie par l'article 3, alinéa 1er du Code civil » parce qu'il faut, d'après l'opinion actuelle en Belgique, considérer comme lois de police et de sûreté qui obligent tous ceux qui habitent (!) le territoire, les lois qui déterminent la responsabilité, ainsi que l'étendue de la réparation (voir: *Raymond van der Elst*, « Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge », tome II, chapitres I-III, pp. 226-341). Nous avons déjà remarqué qu'une telle *motivation* ne se prêtait pas à une application généralisée, bien que, en ce qui concerne la limitation de la responsabilité, la *solution* soit justifiée.

A la fin de ces considérations, il importe de dire encore quelques mots en guise de commentaire du projet provisoire de Résolution.

Un certain nombre de considérants ont paru inévitables, car on y délimite le domaine qui fait l'objet de nos études.

Après avoir écarté toute décision sur le problème des qualifications, on soumet à l'Institut la question de savoir si les règles de conflits ne doivent pas être conditionnées par les notions générales de non-licéité du for. La réponse à cette question est mise provisoirement entre crochets. On en trouvera l'explication aux paragraphes 1 et 8 du rapport provisoire. Cette question pourrait éventuellement être écartée si l'on définissait

suffisamment le domaine des obligations délictuelles, ainsi que les matières que l'on entendrait exclure.

Ce domaine est tellement vaste que l'Institut ne pourra faire œuvre utile qu'en se bornant à dégager quelques grandes lignes.

Plus on examine les détails de chaque catégorie d'obligations, plus on est persuadé que chacune suffirait à occuper une session entière. Ce n'est pas sur le rôle actuel des moyens de communication, ni sur des questions touchant au commerce, à l'assurance ou à la technique, mais bien sur les grands principes de l'évolution du droit qu'on acceptera le plus facilement l'autorité de l'Institut.

Et même dans le domaine du droit, il est nécessaire de se limiter aux grandes lignes: la délimitation correcte des domaines des contrats et des délits, de même que l'analyse du délit *stricto sensu* et du quasi-délit, supposeraient l'existence d'un superspécialiste du droit comparé, disposant de la jurisprudence du monde entier. Il en va de même en ce qui concerne la délimitation exacte du domaine du droit des successions.

On trouvera dans le rapport provisoire les raisons pour lesquelles la détermination de la loi applicable se trouve dans les divers articles du projet de Résolution. Il a paru indispensable de se servir de formules souples.

Le principe de l'application de la loi du lieu du délit n'est pas absolument contraire au principe de l'application de la loi du milieu social. Souvent, le principe de la loi du lieu — assorti de certaines exceptions — aboutit au même résultat que l'application de la loi du milieu social, qui en principe se concrétise au lieu du délit. Que l'on compare à cet égard les paragraphes 5 et 6 du rapport. Le principe de la loi du lieu est réaliste et il tient compte de l'évolution moderne s'il admet des dérogations qui pourront être concrétisées suivant la méthode facultative — en faveur de la loi du milieu social...

Amstelveen, 15 août 1966.

Projet provisoire de Résolution

L'Institut de Droit international,

Estimant utile d'adopter certaines règles sur la loi applicable aux obligations délictuelles en droit international privé;

Considérant qu'il ne paraît pas opportun de poser de règle sur la loi applicable à la qualification des obligations délictuelles, ce qui soulèverait des discussions sur la qualification considérée comme problème d'ordre général en droit international privé;

[*Considérant* que l'application de la loi déterminée d'après les règles qui suivent est conditionnée par les notions générales de non-licéité (ou: intolérabilité) de la loi du for;]

Considérant que le domaine des règles qui suivent comprend la responsabilité pour faute ou négligence ou la responsabilité basée sur la distribution équitable du risque;

Considérant que sont exclus de ce domaine l'enrichissement sans cause, les obligations quasi-délictuelles et les obligations fondées sur un contrat;

Considérant qu'indépendamment des règles sur la loi applicable aux obligations délictuelles en général, les actes commis en haute mer, dans l'air ou dans l'espace devront être soumis à des dispositions spéciales, dont l'Institut s'est partiellement occupé dans le passé — récemment, pour les actes commis dans l'air, à Bruxelles en 1963 — et dont la formule déborde les limites d'un règlement des obligations délictuelles en général;

Considérant que le recours contre les héritiers et ayants droit après le décès de l'auteur de l'acte illicite, ainsi que les droits

des héritiers et ayants droit après le décès de la victime lorsque ces droits ont appartenu au défunt, sont laissés en dehors du champ d'application des règles qui suivent, pour autant que ces rapports sont soumis au droit de succession;

Considérant que les droits de l'assureur de la victime contre l'auteur et l'action directe de la victime contre l'assureur sont à tel point liés au contrat d'assurance que l'Institut estime utile de ne pas se prononcer sur la loi applicable à ces rapports;

a pris la Résolution suivante:

Article premier

Les obligations délictuelles sont, en droit international privé, en principe soumises à la loi du lieu du délit, [conditionnées par les notions générales de non-licéité (ou: intolérabilité) de la loi du for].

Article 2

Le lieu du délit est déterminé par les facteurs qui, depuis le début de l'acte jusqu'à la fin des conséquences du préjudice, sont essentiels, compte tenu des principes de la causalité.

Article 3

Par dérogation aux articles précédents, les obligations délictuelles pourront être soumises à la loi du milieu social des parties, compte tenu aussi du fait que la loi du lieu du délit n'est quelquefois que faiblement rattachée aux circonstances de la cause.

C'est ainsi que peut s'appliquer:

a) la loi du statut personnel commun des parties, lorsqu'il s'agit de rapports entre membres d'une même famille, entre futurs époux ou entre membres d'un groupe cohérent de personnes;

b) la loi du statut matrimonial commun des parties, lorsqu'il s'agit, soit de rapports entre époux, soit des effets du préjudice causé à l'un des époux à l'égard du patrimoine de l'autre;

[*c)* la loi du lieu de l'occupation des ouvriers au service d'une entreprise, lorsqu'il s'agit de la responsabilité de l'entreprise pour les accidents du travail;]

[*d)* la loi de l'Etat où plusieurs entreprises sont établies, lorsqu'il s'agit de la concurrence déloyale commise par celles-ci dans un Etat tiers ou y ayant causé un préjudice.]

Article 4

La loi applicable d'après les règles précédentes comprend:

a) la responsabilité provenant de la faute concomitante de la victime,

b) celle des mineurs et aliénés,

c) celle des parents, maîtres, commettants, instituteurs et autres personnes pour les actes d'autrui,

d) celle des personnes morales pour ceux qui agissent en leur nom.

Article 5

La loi applicable d'après les règles précédentes comprend les dispositions sur la charge de la preuve et les présomptions, les limites légales de la responsabilité et la prescription des actions.

Article 6

La loi applicable d'après les règles précédentes peut être écartée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

ANNEXE I

Exposé préliminaire

présenté par

M. Johannes Offerhaus

1. Le présent exposé servira à préparer une première discussion en Commission. Le rapporteur tient à s'excuser de son retard; toutefois, il espère que la Session de Varsovie offrira l'occasion de faire le choix d'un certain nombre de problèmes dont l'Institut devrait en tout cas s'occuper. Le présent exposé ne prétend pas mentionner de façon exhaustive toutes les publications en la matière.

On a été longtemps d'accord pour soumettre les obligations délictuelles à la loi du lieu du délit, quelques exceptions mises à part, et sauf l'incertitude quant au choix entre le lieu de l'acte et celui du préjudice. Puis la situation a changé: récemment, des juristes, dans divers pays, ont proposé d'autres règles de principe.

Nous pensons cependant qu'il ne faut pas modifier trop vite le point de départ des règles de conflits en la matière. Il convient de se souvenir que M. *Batiffol*, dans la 3e édition de son *Traité* (1959), se référant aux études de Lainé, Meijers et Lewald, a dit:

> « Il semble d'ailleurs que l'application aux délits de la loi du lieu de leur survenance soit aussi ancienne, sinon plus, que la notion d'une loi du contrat. On y trouve déjà une allusion dans Guillaume Durant (1237-1296) »

en poursuivant par une référence à une série d'auteurs, parmi lesquels figurent Bartole et Balde (No 216). Ensuite, au No 285,

il est dit que le rapport de droit ne peut être localisé ni par son objet, comme pour les biens corporels, ni par son sujet,

> « car il s'agit d'une matière patrimoniale... ce rapport de droit doit être localisé par sa source, le fait juridique qui lui donne naissance, à savoir le délit. Or, ces faits ne présentent qu'un point de localisation, le lieu où ils sont survenus... »

M. *J. H. C. Morris* s'exprime dans un sens tout à fait différent, d'abord dans *Torts in the Conflicts of Laws* (12, Mod. Law Review 248 (1949)) et plus particulièrement dans *The proper law of a tort* (Harvard Law Review 64, pp. 881-895 (1951)). Là, les « social factors » sont accentués, et le doute subsiste sur la question de savoir si la même règle vaut pour les accidents de la route, « radio diffamation », « seduction of women », les animaux qui s'échappent, et « economic conspiracies and conversion » qu'on a désigné par « trover ». Puis vient l'essai important de M. *Heinz Binder, Zur Auflockerung des Deliktsstatuts* (Rabels Zeitschrift 1955, pp. 401-499).

En même temps, on signale un développement récent de la jurisprudence aux Etats-Unis. Le problème y est actuel en raison de la divergence des lois des divers Etats de l'Union et du développement accéléré du trafic et de la technique.

Tandis que d'après le « Restatement First » (1934) « the place of injury » était le point de rattachement principal, il apparaît du « Restatement Second, Tentative Draft 8 (1963) and 9 (1964) », préface, p. 2, que

> " (a) torts are now said to be governed by the local law of the state which has the most significant relationship with the occurrence and with the parties (b) separate rules are stated for different kinds of torts ".

La question se pose de savoir s'il faut remplacer la loi du lieu du délit par une autre loi ou bien — au cas où l'on s'en tiendrait à la loi du lieu — si ce lieu est celui des effets sociaux de l'acte plutôt que celui de l'acte lui-même.

Avant de traiter le principe de la loi du lieu, ainsi que les solutions des conflits de lois possibles qui s'en écartent, il importe de toucher au problème des qualifications et à la question de savoir si quelques rapports de droit « périphériques » doivent être exclus du domaine des règles sur les obligations délictuelles.

2. On parle de « problème des qualifications » quand il s'agit de la seule détermination de la loi qui qualifie l'obligation comme étant délictuelle ou non délictuelle.

Le problème ne se pose pas lorsqu'un tribunal applique sa propre loi; il est important aussitôt que la loi étrangère est prise en considération. Est-ce qu'on qualifiera d'après la *lex fori* ou d'après la *lex causae*, ou bien d'après une troisième loi, ou encore de façon autonome? La qualification selon la *lex fori* implique qu'un acte sera considéré comme illicite, bien qu'il soit licite suivant la loi du lieu où l'acte est accompli, et vice versa. La qualification d'après la *lex causae* nous entraîne dans un cercle vicieux, parce qu'au moment de qualifier, nul ne sait quelle est cette *lex causae*.

Dans le cas du transport gratuit d'un passager d'automobile, est-ce le contrat ou le délit qui domine? La transaction d'une banque qui se fait transférer tout ce que possède son débiteur est-elle illicite, comme contraire aux bonnes mœurs? L'abus de droit doit-il être considéré comme délictuel si l'on agit dans le but de nuire et sans aucun intérêt légitime (Pays-Bas) ou bien y a-t-il caractère délictuel si l'auteur, ayant un intérêt, néglige celui des autres (Cour de Cassation belge)?

Il faut remarquer d'emblée une chose: il n'est pas certain qu'on doive traiter séparément le problème des qualifications. Celui-ci ne se pose que dans les cas où le rapport de droit a des liens avec le pays du juge. En l'absence d'un tel lien, le juge n'aurait pas de compétence. C'est dire que le rapport de droit

est toujours plus ou moins lié au pays du for. Dès que ce lien est pris en considération comme rattachement, le problème des qualifications est identique au problème du cumul de plusieurs lois. Il faudrait voir en quoi cela diffère du système des conflits du droit anglais, d'après lequel certaines conditions de la *lex fori* et de la loi du lieu de l'acte doivent être remplies.

Cependant, quelques auteurs soutiennent la qualification autonome, supranationale (Rabel, Nussbaum), ou bien la formule: « die gegen eine allgemeine Norm des Verhaltens verstossende schuldhafte Schädigung eines Anderen » (Raape), soit la définition de l'acte illicite d'après les usages internationaux (Hijmans), ou dans un sens plus ou moins international (van Brakel).

Nous croyons qu'un procédé par élimination mène à un résultat identique; c'est ce que propose M. *C. W. Dubbink* dans sa thèse *De onrechtmatige daad in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (1947), en appliquant la méthode téléologique pour déterminer ce qu'est l'acte illicite; suivant celle-ci, est illicite toute infraction aux règles de la vie sociale en dehors du droit des contrats, du droit de famille et du droit des successions. Ce qui est décisif, c'est tout l'ordre, toute la construction des règles de conflits de lois dans le pays du for. Que l'on compare l'opinion de M. *Batiffol, Traité,* 3e éd., No 285, note 68 — qui d'ailleurs ne touche qu'indirectement aux qualifications:

> « Les *faits* juridiques peuvent se ramener, en dehors des faits du droit de famille, tels que le mariage et le décès (régime matrimonial légal et succession *ab intestat*), aux délits et à l'enrichissement sans cause, ... ».

L'élément commun à toutes ces idées est que la loi du for contribue à la solution des conflits, soit par la voie de la qualification, soit parce que quelques conditions de la *lex fori* font partie de la règle de conflits. Nous croyons que M. *P. Bourel* (*Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles,*

1961) propose la qualification au sens très large, de sorte qu'on y englobe la question de savoir quelles sont les personnes responsables d'après la loi locale et quelle doit être la règle subsidiaire en cas de pluralité ou d'absence de lieu du délit. Ceci nous semble être un peu excessif. Il se peut qu'une telle solution ait été proposée par *Niboyet*, dont la thèse a été résumée par M. *Bourel* par ces mots (p. 61):

> « la détermination du lieu de l'obligation extracontractuelle ou de la loi compétente à titre de *lex loci* serait une qualification en sous-ordre, c'est-à-dire une *condition* de l'application de la loi compétente. »

3. A la fin de la partie 1, nous avons dit que certains rapports de droit devraient être exclus du domaine des obligations délictuelles. Il se peut que, soit l'acte illicite, soit le préjudice, se situe dans la sphère personnelle des parties, de sorte que la règle de conflits régissant les obligations délictuelles ne s'applique pas. Il faut d'ailleurs distinguer: il y a des matières qui n'appartiennent point au domaine de ces obligations; d'autres y appartiennent, mais il n'est pas opportun que l'Institut s'en occupe, afin de limiter les discussions aux problèmes principaux.

On a déjà indiqué que le droit de famille et le droit des successions, ainsi que celui des contrats, seraient exclus. Mais M. *Bourel* traite bien de la responsabilité du fiancé, de l'époux, du père naturel. Aux Pays-Bas, un arrêt du « Hoge Raad » dit que l'obligation alimentaire envers un enfant naturel ne résulte pas, du point de vue des règles de conflits, d'un acte de procréation illicite. Dans le « Restatement Second » on distingue « interference with a marriage relationship » et « alienation of a parent's affection »; puis, au paragraphe 390g, intitulé « intra-family immunity », il est dit:

> " whether one member of a family is immune from tort liability to another member of the family is determined by the local law of the state of their domicile."

En effet, ce problème se présente dans les litiges sur le « guest-statute ». Il y a aussi les rapports de droit périphériques dans lesquels le délit et le contrat coïncident, et ceux qui touchent au droit des biens (*Bourel*, pp. 150 et s.). De même, le droit du travail et le droit professionnel ont un caractère ambivalent, et on y touche au droit public. Il nous semble qu'en tout cas la « workmen's compensation » devrait être exclue des débats de l'Institut. Il faut chercher à trouver une formule générale, soit en laissant à part les rapports qui appartiennent principalement au droit des personnes ou au droit public, soit en énumérant des « kinds of torts » exclus.

Il faut veiller à ce que ces matières ne pénètrent pas subrepticement dans le domaine des obligations délictuelles, par la voie d'une interprétation large de la notion du « *locus* » au sens de « sphère juridique ».

Sont aussi périphériques des sujets tels que la prescription extinctive, la charge de la preuve et la limitation (légale) de la responsabilité. On peut les qualifier de matières procédurales, régies par la loi du for. Cependant, elles sont si étroitement liées au régime même de la responsabilité qu'on devra probablement en discuter.

Il est vraisemblable que la concurrence déloyale devra être incluse dans nos recherches. S'il y a des doutes, ils proviennent du fait que, d'après certains systèmes de droit, la concurrence déloyale fait partie du droit professionnel ou du droit commercial par opposition au droit civil. On l'appelle parfois « le seul délit propre aux commerçants ».

La démarcation peut être faite vers deux côtés. D'une part, on peut exclure le droit des cartels et « anti-trust », qui concerne l'organisation générale du marché ou qui relève du droit public; c'est plutôt la concurrence interdite que la concurrence déloyale (*Bourel*, pp. 156/157). D'autre part, la démarcation se fait du côté des règles spéciales sur les brevets d'invention, les marques de

commerce, le nom commercial, les dessins et modèles, la fausse indication de provenance ou l'appellation d'origine, matières sur lesquelles la loi de l'Etat qui a créé ou sanctionné ces droits a une influence prépondérante.

En effet, les cas de dénigrement, de confusion, de désorganisation d'une entreprise, etc., sont les plus importants. Les soumettra-t-on à la règle posée pour les actes illicites en général? Il nous intéresse de savoir si M. Wengler et d'autres spécialistes préféreraient une règle de conflits spéciale. En son temps (Rabels Zeitschrift 1954, p. 401 et s.), M. *Wengler* a suggéré que par exception la loi personnelle commune aux deux compétiteurs régisse ces rapports, à moins que l'intérêt des tiers ne soit en jeu; il y aurait là une « geschlossene Gemeinschaft ». Dans beaucoup de cas, le lieu du délit serait celui du préjudice, si l'on attache une importance décisive à la question de savoir « auf welchem Absatzmarkt sie (die Vornahme) sich auswirkt » (*ibid.*, p. 417). M. *Bourel* (p. 160 et s.) propose la distinction des critères juridique, économique et social d'après lesquels la loi applicable est déterminée; c'est la faute qui détermine le lieu du délit d'après le critère juridique, le marché d'après le critère économique; quant aux considérations sociales, il y a également, selon *Binder*, un certain rayonnement (« Ausstrahlung ») par la résidence commune des parties.

Le droit de la circulation, en particulier de la circulation routière, démontre toute l'actualité des obligations délictuelles de caractère international. Les litiges portés en justice sont fréquents. Si l'Institut voulait aussi s'occuper des accidents de la route pour les soumettre à une règle de conflits spéciale, il devrait le justifier. A cet égard se souviendra-t-on de la formule américaine: « the State of the greatest interest in the parties and in the occurrence », ou bien désire-t-on des règles spéciales pour déterminer les facteurs qui composent le dommage, les limitations légales, les rapports entre proches parents, etc.?

4. D'après la règle de conflits traditionnelle, les obligations délictuelles sont régies par la loi du lieu du délit. A titre d'exemple, et sans prétendre être complet, rappelons la législation existante en Italie (art. 15), en Grèce (art. 26), en Pologne (art. 11), et le cumul de la loi du lieu et de la loi allemande, instauré par le droit allemand (art. 12 E.G.B.G.B.). Mais ici, nous touchons déjà aux systèmes qui dérogent au principe de la *lex loci actus*.

La jurisprudence française est assez constante. Qu'on lise l'arrêt classique de la Cour de Cassation du 25 mai 1948, D. 1948, 357, note P. L.-P., S. 1949.1.21, note *Niboyet*, Revue crit. 1949, 89, note H. B. concernant l'accrochage d'un camion français et d'un train survenu en Espagne, qui a entraîné la mort du chauffeur d'un autre camion français: application de la loi espagnole, rejet de la loi nationale et domiciliaire des parties. *Cfr.* l'arrêt du 13 juillet 1948, D. 1948, 433, note P. L.-P. et, plus tard, celui du 3 janvier 1963 (Revue crit. 1963, 547, note Bourel), dans lequel la Cour apprécie dans le même sens un accident en Espagne survenu même à un passager à titre gratuit. C'est peut-être par quelque esprit de contradiction à l'égard de la doctrine de MM. *Mazeaud*, partisans de la *lex fori*, que M. *Bourel* (p. 26), parlant du premier arrêt de 1948, a dit que ses motifs « peuvent être considérés comme fixant définitivement la jurisprudence française dans ce sens ».

Dans le même sens: Cour de Cassation belge, 17 mai 1957 (Pas. 1957, I, 1111, Revue crit. 1957, 195 et 1958, 339); même Cour de Cassation, 23 novembre 1962 (Revue crit. 1963, 542). On devrait rechercher si, comme l'a dit M. *Binder* (*op. cit.* p. 427) à un moment où le Congo était belge, le Décret du 20 février 1891, qui prescrit l'application de la *lex fori*, est toujours en vigueur au Congo.

Quant aux Pays-Bas, le « Hoge Raad » a, dans ses arrêts de 1936, 1938 et 1941, appliqué la loi du lieu et ceci, dans l'arrêt

précité du 18 mars 1938 (N. J. 1939, 69, note *Meijers*), même en ce qui concerne la validité d'une clause contractuelle par laquelle le transporteur aérien s'était exonéré de la responsabilité envers la famille d'un passager. Dans sa thèse, M. *Dubbink* a fait mention d'un grand nombre de décisions classiques de tribunaux. Cependant, il existe quelques décisions dans lesquelles la loi de la nationalité commune des parties a été appliquée.

5. Les motifs invoqués à l'appui de l'application de la loi du lieu du délit diffèrent. L'appel à l'intérêt ou à la souveraineté de l'Etat est plus ou moins périmé. Il y avait là quelque analogie avec les méthodes du droit pénal. Quelques auteurs français ont été d'avis que la responsabilité civile entrait dans le domaine des « lois de police et de sûreté » (art. 3, par. 1 C. c., *cfr. Niboyet, Traité* V, p. 147 et s.). Dans cet esprit, « ceux qui habitent le territoire » signifierait également: « ceux qui s'y trouvent ». Pour d'autres auteurs, l'ordre social du lieu prévaut. Pour mon premier maître en droit international privé, *Jitta* (*Substance des obligations*, 1907, II, p. 336), « l'application de la loi du fait répond à une exigence de l'ordre raisonnable de la vie en société ». M. *Dubbink* soutient que les dommages doivent être réparés d'après la loi locale, parce que tous ceux qui participent à la vie sociale (« maatschappelijk verkeer ») peuvent s'attendre à ce que les autres respectent les lois locales; il ajoute que la législation en matière d'actes illicites a un effet préventif.

" The feeling that when in Rome one should do as Romans do " (Clarence Smith).

M. *Batiffol* fait appel au lien nécessaire entre l'acte et le sol sur lequel cet acte est accompli; nous attachons plus de valeur encore à ses observations concernant

« un certain équilibre entre les droits de chacun... » Dans la circulation entre piétons et automobiles, l'équilibre « a pour but de créer une cer-

taine mentalité de prudence chez les uns, de confiance chez les autres, qui ne sera atteinte que si la loi s'applique à tout accident de la circulation survenu dans les limites du territoire » (N° 556).

Selon *Neuner*, tout ceci est « the tiny kernel of truth in the shell of the vested rights theory ».

Cependant, l'expectative n'est pas un droit. Aux Etats-Unis, les droits acquis sont à la base de la théorie de *Beale*:

" A right having been created by some appropriate law, the recognition of its existence should follow everywhere " (*Cases on the conflict laws* (1935), III, p. 1968).

Cela ressemble à la théorie de la « obligatio » de Justice Holmes dans Slater v. Mexican Railway Co (1904), 194 U.S. 120. *Cfr.* aussi *Bourel* (*op. cit.* p. 50) et *J. L. Delachaux*, *Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasidelikt im I.P.R.* (Zurich, 1960, p. 45 et ss.). La distinction suggérée par M. *G. Kegel*, entre « Verkehrsinteresse » et « Parteiinteresse » tend beaucoup à éclaircir notre problème (*Internationales Privatrecht*, 2e éd. (1964), p. 35 et s. et p. 235 et s.).

6. Quel est donc le lieu du délit? Celui de l'acte ou celui du préjudice? L'exemple classique est celui où l'on tire par-dessus la frontière. Pour *Paulus Voët* (1661) c'étaient des flèches (que M. Bourel, p. 70, nous pardonne de corriger le nom de P. de Voët). *Bouhier*, plus moderne, parla d'une balle de fusil. Pourtant, il peut s'agir de beaucoup d'autres choses. Il y a les collisions d'automobiles, d'avions, de navires, l'écroulement des bâtiments et des mines, les explosions et les incendies (les étincelles d'une locomotive), la pollution de l'eau et de l'air, l'empoisonnement d'aliments. On s'insulte à travers la frontière « in a newspaper, radio or television broadcast, motion picture or similar agregate communication » (« Restatement Second », par. 379e), ou on porte atteinte à la « privacy »

des autres (*ibid.* par. 379h), on fait de la concurrence déloyale ou quelque « misrepresentation or fraud » (*ibid.* par. 379c).

Avant tout, la question se pose de savoir quelle est la loi compétente en cas d'absence de lieu, ou plutôt: dans le cas où aucune loi locale ne peut être découverte à un ou plusieurs des lieux de l'acte ou du préjudice. M. *Kegel* rappelle les régions de l'Arctique et de l'Antarctique, ou le « Staatsfreies Gebiet ». Que l'on songe aussi à l'espace en dehors de la souveraineté des Etats, et à la haute mer. Pour les navires, la loi du pavillon semble s'imposer et, s'il y en a plusieurs, celle du pavillon du navire en faute (*Kegel*, p. 223 et s., *Rabel*, II, ch. 27, « Maritime and Aeronautic torts »). Il nous paraît approprié que l'Institut se conforme à sa Résolution sur les Conflits de lois en matière de droit aérien, art. 6, 8 et 9 (*Annuaire* 1963, tome II, pp. 365 et s.). Peut-on se contenter de dire que pour les cas d'« absence de lieu » une règle subsidiaire s'impose? Dans beaucoup de cas, à côté de la nationalité commune des parties, il ne reste que l'application de la *lex fori*, à moins que l'Institut ne rejette la loi du lieu et qu'il ne pose, pour toutes les obligations délictuelles, des règles générales ne se référant pas au lieu du délit.

Au sujet du choix entre le lieu de l'acte et le lieu du préjudice, beaucoup de problèmes surgiront. Choisir le lieu du préjudice comporte le risque que l'acte soit licite selon la loi du lieu de l'acte, et inversement. Puis il y a le cas d'une pluralité des lieux: des bagages sont endommagés ou des personnes blessées dans un train international par un chien enragé (cas invraisemblable, une fois un chien américain m'a mordu en France); ou bien: la pluralité du préjudice: soins médicaux pour intoxication dans le pays B, décès dans le pays C. Pour les délits par omission, il est plausible que la loi compétente soit celle du lieu où l'auteur aurait dû prévenir le préjudice (*Kegel*, p. 240).

En théorie, il est raisonnable que la conduite de l'*auteur* soit jugée d'après la loi du lieu de l'acte, mais, d'autre part,

que la *victime* soit protégée d'après la loi du préjudice, ou bien celle de son « Umwelt ». C'est l'*acte* qui donne le caractère dommageable aux effets, c'est l'*ordre juridique* qu'on perturbe au lieu du préjudice. En ceci, M. *Kegel* nous donne une analyse qui contribue à éclaircir le problème (p. 236 et s.). Toutefois, peut-on se rallier à cet auteur quand il applique la loi du « Tatort » aux actes intentionnels et celles du « Erfolgsort » dans les cas de « Gefährdung », en considérant que ce n'est que le *préjudice* qui compte, si l'activité de l'entreprise est en elle-même licite? On ne peut pas, à notre avis, nier que l'activité comportant des risques porte un caractère illicite.

Toutes ces difficultés nous mènent à une autre distinction à apporter. Si l'on exige que l'acte soit illicite d'après la loi du lieu de l'activité ainsi que d'après celle du lieu du préjudice (système du cumul), cela revient à la protection de l'auteur. Si l'on se contente de la non-licéité d'après la loi du préjudice, alternativement ou bien à option, c'est la protection de la victime qui prévaut. Il y a dans ce sens une tendance dans la jurisprudence en Allemagne, qui applique la loi la plus favorable pour la victime (système du cumul électif, suivant la terminologie de M. *Bourel*, pp. 77-89). Le système alternatif est poussé à l'extrême par ceux qui considèrent qu'un acte est illicite aussitôt que, dans le cas de *pluralité* de lieux de l'acte ou du préjudice, il l'est d'après la loi du lieu où s'est passée une partie *essentielle* de l'ensemble des faits (*cf. Batiffol, Traité*, N° 560). Il convient d'être attentif à trois aspects: *a)* que le demandeur ne s'adresse pas, par « forum shopping », à la juridiction qui applique la loi la plus favorable pour lui-même, *b)* qu'on résiste à une sympathie trop excessive pour la veuve et l'orphelin, et *c)* qu'en cas de « vicarious liability » le choix soit fait entre la loi du lieu de l'acte de l'auteur même et celle du lieu du domicile de telle autre personne ou entreprise responsable de la conduite de l'auteur.

La solution du problème du lieu n'est pas facile. La thèse de M. *Bourel* (p. 88) démontre ses doutes: d'après cet auteur, le système allemand protège trop la victime et ne protège pas suffisamment l'auteur; il préfère apporter une restriction, en proposant « que la détermination de la qualité de responsable soit soumise à la loi du lieu de l'acte » ou bien que « la question de savoir si l'acte commis doit être considéré ou non comme licite » soit régie par ladite loi. C'est une solution attrayante qui d'ailleurs nous ramène aux problèmes de qualification: en effet la proposition revient à subordonner le choix à faire par la victime à la condition préalable que la conduite soit blâmable d'après la loi du lieu. Cela revient presque au « cumul proprement dit » de la doctrine anglaise.

Ceux qui hésitent à accepter de telles solutions préféreront désigner un élément décisif parmi tous les éléments qui composent l'acte et ses conséquences. On fixe le moment prépondérant. Suivant M. *Cheshire* (*P.I.L.*, 5th ed., pp. 281/282), il est nécessaire qu'une série de faits se soient passés afin qu'un « tort » soit accompli: « the *locus delicti* is the first place where the sequence of events is complete so as to create a cause of action » [1]. Cette opinion se rapproche de la conception des Américains qu'on trouve également au « Restatement First » (par. 377): « The place of wrong is in the State where the last event necessary to make an actor liable for an alleged tort takes place ». (Voir plus bas l'opposition à la *lex loci delicti* de la part d'autres juristes américains.) *Cf. Reese, De conflictu legum* (p. 390): « the law of the place where the plaintiff first suffered injury », qui fait aussi mention dans sa note N° 9 de diverses décisions judiciaires. Il semble que la loi du premier dommage survenu ait aussi reçu l'appui de M. *Batiffol* (*Traité*, N° 560).

---

[1] Les opinions exprimées par M. Cheshire dans la 7e édition (1965) sont plus nuancées; les mots cités ne s'y trouvent plus: *cfr.* pp. 252-257.

Quelques remarques encore. Aux Pays-Bas, *van Brakel* est partisan de l'opinion que l'acte et ses effets font un tout; « l'acte » se passe dans plusieurs pays et le demandeur a le droit de se baser sur le droit de chacun des pays en cause. Dans une note figurant sous l'arrêt du « Hoge Raad » du 1er mai 1936 (N. J. 1936, 956), *Meijers* a posé que pourra être considéré comme lieu de l'acte non seulement le lieu de la contraction des muscles, mais également celui des conséquences. On trouve la même thèse dans le Commentaire à l'art. 18, al. 1, du projet de loi uniforme Benelux, rédigé par Meijers, sans que d'ailleurs cela apparaisse du texte de l'article: le Commentaire dit que c'est une règle générale qui servira comme point de départ.

La scission de l'acte en une série de facteurs séparés prouve que la solution par application de la *lex loci* n'est qu'une solution d'apparence, d'autant plus que le lieu et la loi du lieu comprennent les circonstances économiques et sociales provenant du « milieu » du préjudice. Pour ces raisons, semble-t-il, on a essayé de désigner le milieu social comme rattachement principal de la règle de conflits.

7. Il existe des systèmes de droit et des opinions doctrinales qui dérogent au principe de la loi du *locus delicti*. Leur élément commun est qu'ils considèrent le lieu comme accidentel, mais on distingue ces divers systèmes d'après les circonstances d'ordre social auxquelles ils attribuent de la valeur.

Il y a quelque affinité avec les systèmes basés sur un cumul de rattachements qui méritent d'abord d'être mentionnés. Parmi ces derniers systèmes, il faut compter la loi allemande (art. 12 E.G.B.G.B.) qui dit: « Aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind. » Cette disposition a un caractère d'ordre public (*Kegel*, p. 224), ce qui justifie son

interprétation restrictive. Mentionnons aussi une « Verordnung » allemande, datant de 1942, d'après laquelle la loi allemande est compétente pour régir les actes commis à l'étranger par un Allemand contre son compatriote. C'est un règlement du temps de guerre qui, selon le Bundesgerichtshof (2 février 1961), est toujours en vigueur.

Les règles que nous venons de mentionner ne nous paraissent pas pouvoir servir de modèles pour le droit mondial. La même conclusion vaudra en ce qui concerne les lois de la Chine, du Japon et de la Thaïlande qui, à côté de l'application de la loi du lieu, disposent que cette loi ne s'applique pas si ces actes (illicites) ne sont pas considérés comme illicites par la loi chinoise, etc., et qui disposent ensuite que les recours et demandes d'indemnités basés sur ces actes ne peuvent excéder ce qui est admis par la loi chinoise, etc. Nous croyons que la première de ces conditions fait également partie du droit de l'U.R.S.S., en ajoutant que la loi du lieu ne s'applique pas dans un litige entre des sujets de l'Union soviétique.

La condition de non-licéité d'après la loi du lieu de l'acte nous est bien connue par le système du cumul du droit anglais. Dans l'affaire « The Halley » (1868), le Privy Council a rejeté la responsabilité d'un armateur pour des fautes d'un pilote obligatoire belge, considérant que c'était « no wrong » d'après le droit anglais (*Cheshire, P.I.L.*, 5th ed., p. 270, 7th ed., p. 243: « a strange decision »). Dans *Phillips v. Eyre* (1870), l'action contre le Gouverneur de la Jamaïque pour arrestation illicite fut rejetée pour le motif que l'acte était légal ou « justifiable » selon la loi locale:

> " first, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England... secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done ".

Que M. *Cheshire* nous pardonne de le citer encore une fois (5th ed., p. 268), (7th ed., p. 242): « The rule on the matter is

very far from satisfactory.» Dans *Machado v. Fontes* (1897), la juridiction anglaise a maintenu l'opinion antérieure. Il s'agissait d'un cas curieux concernant un pamphlet injurieux, fait au Brésil, et considéré « not justifiable », bien qu'en droit brésilien la répression civile n'existait pas à côté de la répression pénale. Il est à désirer que nos confrères britanniques nous expliquent quelle est la différence exacte entre « actionable » et « not justifiable », et qu'ils nous renseignent sur le point de vue des juridictions écossaises (*Mc Elroy v. Mc Allister*, 1949). On voudrait bien savoir si l'acte doit être un « tort » d'après la loi du lieu. Rappelons à ce propos ce qui a été dit ci-dessus sur le problème des qualifications.

8. L'influence attribuée au milieu social et aux circonstances de fait a déjà été signalée par certains auteurs. M. *Morris*, cité ci-dessus, accentue les « socially desirable results »; M. *Binder* (p. 480) préconise la « soziologische Einbettung » de l'espèce:

> « Jede Tat muss als eine Erscheinung ihrer gesamten Umwelt gesehen werden, in Zusammenhang mit dem sozialen Milieu, in dem sie verwurzelt oder in das sie eingebettet ist.»

Ce n'est pas toujours la « örtliche Umwelt ». Il peut arriver que le rayonnement (« Ausstrahlung ») soit dû à d'autres points de rattachement. M. Binder énumère quelques rapports de droit concrets, où la loi compétente n'est pas basée sur le « Tatort ». L'exemple souvent cité est celui d'un camp de jeunes gens américains au Canada, ainsi que l'accrochage dans le pays A entre personnes qui, avec leurs assureurs, sont toutes domiciliées dans le pays B. Cela rappelle la « sphère juridique », terme employé quelquefois aux Pays-Bas aussi. On se demande si dans ces circonstances le droit reste suffisamment prévisible (Batiffol, *Aspects philosophiques du d.i.p.*, p. 240). A notre avis, M. *Bourel* (p. 55) est trop optimiste en considérant encore la

théorie de M. *Binder* comme une « localisation » et nous préférons dire, avec M. *Bourel* lui-même (p. 29): « un vaste mouvement s'est manifesté récemment *à l'encontre* de la loi locale ».

On peut bien formuler des règles plus ou moins fixes pour quelques cas qui se présentent souvent, quand par exemple les parties ont la même nationalité, ou plutôt le même loi personnelle, en tant que celle-ci dépend du domicile. Pour M. *Kegel*, dans ces cas le « Verkehrsinteresse » cède la pas au « Parteiinteresse ». La loi de la nationalité commune a également été avancée par *van Brakel* (3e éd., par. 154). Aux Pays-Bas, quelques décisions ont été prononcées dans ce sens, p. e. l'arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 16 juin 1955, N. J. 1955, 615 (voir: Kollewijn, au Clunet, 1959, 506). *Cfr.* aussi Cour d'appel de Bruxelles du 3 janvier 1908 et Cour de Cassation belge du 26 novembre 1908, auxquelles se réfère M. *H. Drion* à la page 42 de sa remarquable contribution de 1949 à notre problème (Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1949, pp. 3-66).

L'art. 18 du projet de loi uniforme Benelux (Traité du 11 mai 1951), non encore en vigueur, est libellé comme suit:

> (al. 1) « La loi du pays où un fait a lieu détermine si ce fait constitue un acte illicite, ainsi que les obligations qui en résultent.»
>
> (al. 2) « Toutefois, si les conséquences de l'acte illicite appartiennent à la sphère juridique d'un pays autre que celui où le fait a eu lieu, les obligations qui en résultent sont déterminées par la loi de cet autre pays.»

Le Commentaire à l'alinéa 2 donne quelques exemples: l'auteur et la victime sont ressortissants d'un même pays et domiciliés dans un pays autre que celui où a lieu l'accident. Le Commentaire mentionne l'influence de l'assurance obligatoire pour les dommages aux tiers et même la nationalité ou le domicile du propriétaire du moyen de transport qui a causé l'accident: toute liberté est laissée au juge. C'est évidemment une sorte de dépeçage, une scission de l'acte et de ses effets qu'on peut qualifier de système dérogatoire à celui du lieu de l'acte, étant

donné les importants problèmes juridiques qui entrent dans les « conséquences » de l'acte.

9. Ceux qui plaident en faveur de l'application de la *lex fori* vont plus loin encore. Ils sont partisans de cette solution, soit pour faire prévaloir l'ordre public en ce qui concerne certaines catégories de rapports, soit comme règle de principe et comme point de départ.

Commençons par l'ordre public. Nous n'avons pas en vue l'exception aux règles normales de conflits de lois qu'on connaît partout. Voir p. e. Cour d'appel Paris, 30 juin 1964, Revue crit. 1965, 353, note H. B.: (la loi hongroise) « qui prohibe le partage de la responsabilité lorsque la faute de la victime n'a pas constitué la cause exclusive du dommage est contraire à l'ordre public français ». Ce qui nous intéresse, c'est l'application des principes d'ordre public à une catégorie déterminée. Ainsi, les infractions aux brevets d'invention peuvent être soumises à la loi de l'Etat qui a conféré le droit exclusif; c'est la loi du for, au cas où ce for a une compétence exclusive. Autre exemple: le juge applique sa propre loi, si l'acte tombe sous le coup de la loi pénale du for, et s'il a été, soit commis par un ressortissant de cet Etat, soit contraire aux intérêts publics du for. *Cfr.* également l'indemnisation du tort moral: le Tribunal de grande instance de la Seine du 2 novembre 1962 (Revue crit. 1964, 111) tout en appliquant la loi allemande à un accident de route survenu en Allemagne entre personnes de nationalité française, a appliqué la loi française au tort moral en vertu d'un « principe de justice universelle » et de « l'ordre public français » (note *Bourel*, p. 114).

Nous classons à part les actions civiles portées devant la juridiction criminelle ou de droit public. Contrairement au point de vue de M. *Mazeaud* nous sommes de l'avis de M. *Batiffol* (*Traité*, N° 563) que « l'action civile garde sa nature

propre », de sorte que la loi étrangère puisse être appliquée. La jurisprudence belge va dans le même sens, sauf peut-être le délai de prescription.

Selon notre opinion, la Cour de New York a raisonné comme en matière d'ordre public dans l'affaire *Kilberg v. Northeastern Airlines* (9 N. Y. 2nd, 34 (1961), en rejetant la limitation de responsabilité (à un maximum de $ 15 000,—) prévue par la loi du Massachusetts, dans un cas d'accident mortel survenu à un passager domicilié à New York; « particularly in view of our own strong public policy as to death action damages », il était indiqué « to treat the measure of damage in this case as being a procedural or remedial question controlled by our own state policies ». Nous ne croyons pas que la loi du for ait été appliquée dans ce cas à titre de règle de conflits « générale », mais bien plutôt à une catégorie déterminée des rapports de droit. M. *Reese* (*De Conflictu Legum*, pp. 389-397) critique la décision pour les raisons qui suivent:

1° la prohibition de « statutory limitation » ne vaut qu'à condition que la loi de New York soit applicable; *2°* l'ordre public « can properly be used as a shield, but not as a sword »; *3°* la fixation du dommage n'est pas « procedural », mais « substantive »; *4°* il faut prévenir le « forum shopping »; *5°* dans les circonstances le lieu du dommage n'était pas fortuit; et pour d'autres raisons encore.

10. L'application de la loi du for comme règle de principe a depuis de longues années été soutenue par quelques auteurs. On cite *von Waechter* et *von Savigny*, et également MM. *H.* et *L. Mazeaud* (*cfr. Batiffol, Traité,* N° 556; *Bourel*, p. 20 et s.). En Europe, cette thèse ne trouve guère de résonance. C'est bien chez des auteurs américains de la première heure comme *Story* et dans des décisions comme *Dyke v. Eric Railway Co* (1871) qu'on la retrouve, pour protéger « a railroad passenger

who has bought his ticket in New York » (*cfr. A. A. Ehrenzweig, Essays Yntema* (1961), p. 397).

Dans l'affaire *Maynard v. Eastern Airlines Inc.* (1949) le juge de New York, lieu de l'achat du billet, a appliqué la loi du Connecticut limitant la responsabilité à un accident d'avion, survenu dans ce dernier Etat: « The problem was thus in effect characterized as one of tort rather than of contract » (Ehrenzweig). Il nous semble cependant que ce jugement a une valeur plus générale, en dehors de la qualification des faits comme provenant d'un contrat ou d'un acte illicite.

Quel est l'état actuel des choses aux Etats-Unis? Le choix du « Restatement Second » en faveur de la « most significant relation » n'a pas été fait sans raison. M. *Ehrenzweig* s'est prononcé pour la loi du for, bien que dans certains cas il reconnaisse là une tendance en faveur du « place of harm » (*Treatise*, pp. 596/597, Summary and Outlook), sans apparemment sortir du cadre de la loi locale. Tout de même l'auteur constate que les entreprises modernes créent inévitablement des risques et que pour cette raison il est évident qu'une telle entreprise doit être jugée d'après la loi de l'Etat de son domicile; c'est là seulement que « the insurability and calculability of the harm » peuvent être prises en considération. Dans un Résumé, soumis au Congrès de Hambourg de l'Académie internationale de droit comparé (1962), M. Ehrenzweig a dit que la doctrine classique de la loi du lieu du délit n'est actuellement soutenue que par une minorité de juristes américains et il continue en posant la thèse que la loi du for s'applique toujours, à moins que son interprétation n'oblige à faire des exceptions. Selon l'auteur, le demandeur ne devrait pas par préférence introduire sa demande auprès d'un *forum non conveniens*, et il apparaîtrait clairement des « cases » que les tribunaux cherchent à éviter l'application de la *lex loci* par des expédients indésirables comme le renvoi, la qualification et l'ordre public.

Si vraiment l'application de sa propre loi par un « forum conveniens » était la solution idéale de tout litige de caractère international, nous nous demanderions ce qui resterait alors du droit international privé. Est-ce que les cours des Etats-Unis n'ont pas reconnu que l'application de la loi du for « conduisait à tuer le conflit des lois dans l'œuf » ? (*Dainow* et *Loussouarn*, note sur Circuit Court Distr. of Columbia, 8 février 1955, *Revue crit.* 1955, 466).

M. *H. Drion*, actuellement professeur à Leyde, s'est, dans son exposé déjà cité de 1949, prononcé pour la loi du for, sans avoir reçu beaucoup d'appui. Si cet auteur se base sur la thèse que tout législateur reprend toujours dans sa propre loi ce qu'il considère être la meilleure solution, cela nous semble une *petitio principii*: a-t-on en effet posé cette solution pour les cas internationaux aussi? L'argument que seuls les « fors naturels » appliquent la loi du for ne nous semble pas s'accorder avec le fait que l'on trouve un nombre considérable de compétences juridictionnelles dans chaque législation. Apparemment, M. Drion veut résoudre ce problème en autorisant le juge à appliquer la loi que le *forum conveniens* aurait appliquée *si* la demande avait été portée devant lui. D'ailleurs, nous n'acceptons pas facilement la thèse de M. Drion qu'il est évident qu'on introduit sa demande devant les tribunaux du lieu où se trouvent des biens du défendeur sur lesquels l'exécution peut porter. D'autre part, le juriste néerlandais reconnaît bien des exceptions à la loi du for en faveur de la loi du lieu, dans le cas où l'auteur pouvait démontrer que son acte était licite d'après cette dernière loi.

Il convient de mentionner ici l'importante décision de la Court of Appeal of New York du 9 mai 1963, annulant le jugement de l'instance antérieure, dans l'affaire *Babcock v. Jackson*. Miss Babcock fut blessée en Ontario lorsqu'elle s'y trouvait comme passagère gratuite dans la voiture de M. Jack-

son. Les deux parties avaient leur domicile dans l'Etat de New York. La Cour n'a pas appliqué la loi canadienne du lieu qui excluait la responsabilité en cas de transport gratuit (« guest statute »). M. *Currie*, dans ses *Essays* (pp. 721-726), a applaudi la décision comme étant « as heartening as it is historic ». La Columbia Law Review a, en 1963, rassemblé les opinions sur cette évolution récente, de la main de MM. *Cavers*, *Cheatham*, *Currie*, *Ehrenzweig*, *Leflar* et *Reese*. Plus spécialement, le Judge Fuld dans cette affaire avait exprimé l'avis que « the law of the jurisdiction... has the strongest interests in the resolution of the particular issue presented ». On devra examiner la valeur de cette doctrine néo-américaine des « interests ».

Le cas Babcock v. Jackson a aussi conduit M. *Drion* à une réévaluation du problème dans la *Festschrift Riese* (1964, pp. 225-238): « The *lex loci* in retreat ». Quant à la doctrine des « interests », l'auteur n'attache pas beaucoup de valeur à l'intérêt d'un Etat ou d'un système de droit: avant, l'application de la *lex loci* était toujours d'usage à New York; et puis, en Ontario, on n'a aucun intérêt à ce qu'une personne, qui réside à New York, puisse escroquer l'assureur résidant lui aussi à New York, grâce à la circonstance que la responsabilité pour les accidents de route y est illimitée même à l'encontre d'un membre de la famille.

Vraiment, le lieu de l'accident est souvent fortuit. D'autre part, quelle aurait été l'issue si, dans un même cas, la situation avait été inverse du point de vue de la législation ? On se demande si la Cour de New York aurait rejeté la demande en application d'un supposé « guest statute » new-yorkais, alors qu'elle aurait en même temps pu respecter les « interests », en allouant la réparation sur la base de la *lex loci*. Par ailleurs, il est presque impossible de rechercher quelle est la politique législative (« interest ») du for sur l'ensemble des règles relatives à la faute commune des parties, les questions de faute et de risque, et la

responsabilité pour les fautes d'autrui. Aussi M. *Drion* s'exprime-t-il franchement en faveur de la *lex fori*, à condition qu'un for « non conveniens »... « apply the law of the court where the claim should reasonably have been brought » (p. 236).

11. Aussitôt qu'on sait quelle loi s'applique aux obligations délictuelles, il faut voir quels sont les rapports de droit et les problèmes qu'on range dans cette catégorie.

D'après le « Restatement Second, Title B., par. 379i, and other par. » le « liability-creating character of conduct » tombe sous le coup de la loi applicable suivant le par. 379; dans le même sens, pour le « standard of care », le par. 380, et pour la « contributory fault », le par. 385. Toutefois, ce sont des questions délicates. On pourra aussi les traiter comme « qualifications » de l'acte illicite. Il y a aussi une certaine affinité avec ce qu'en France on appelle la « capacité délictuelle ». Selon M. *Bourel* (p. 210), MM. Monaco, Balladore Pallieri et Sperduti préfèrent en principe l'application de la loi personnelle à la responsabilité des « aliénés et enfants de bas âge », mais M. *Batiffol* (*Traité*, N° 562) dit que cette question n'est « pas une capacité véritable », mais plutôt « un élément d'organisation de la responsabilité qui relève de la loi locale ».

Dès lors, cette organisation comprend aussi la responsabilité des parents pour la faute de leurs enfants, celle des maîtres et des commettants, instituteurs et artisans (voir p. e. l'art. 1384 du Code civil français). On atteint les limites quand on aborde les règles concernant le droit du travail et le droit de famille; il y a là un rayonnement de ces domaines du droit, de sorte qu'il n'est pas toujours possible de désigner d'emblée la loi compétente.

Tout ceci regarde la responsabilité pour les fautes d'autrui.

De l'autre côté se trouvent les demandeurs. La question se pose de savoir si la loi applicable aux actes illicites régit aussi la détermination des héritiers et des autres ayants droit, et celle de la responsabilité réciproque des époux.

Dans ses *Essays on the Conflict of laws* (1963, p. 128), M. *Currie* traite le « Survival of actions », à propos d'une espèce où il s'agit d'une action intentée à cause d'un accrochage, survenu en Arizona, contre l'administrateur de l'« estate » du conducteur d'auto (driver), considéré comme étant en faute; les parties en cause ont toutes leur domicile en Californie (*Grant v. McAuliffe*, 1953). La California Court of Appeal avait rejeté la demande pour le motif que d'après la loi de l'Arizona cette demande « must be commenced before the death of the tort-feasor »; puis, par 4 voix contre 3, la Supreme Court (1953) a renversé la décision en déclarant: « the plaintiff's right to prosecute governed by the laws of this State relating to administrations of estates ». En effet, il ne s'agit que de la question assez simple de savoir si la loi régissant l'acte illicite s'étend à la détermination de la personne ou des biens auxquels revient la charge de payer la dette.

M. Currie en tire pourtant des conséquences plus générales en disant que « the Court is making serious efforts to break away from sterile formalism and to develop a rational approach to conflict of laws problems », pour attaquer ensuite une fois de plus « the metaphysical irons forged by Professor Beale and the American Law Institute ». Nous nous référons, par ailleurs, aux seize combinaisons possibles des quatre facteurs: domicile du demandeur — domicile du défendeur — lieu du délit — for, que M. Currie a portées sur des tableaux (p. 147) pour déterminer le centre de gravité dans un des deux Etats en jeu. On pourrait en conclure qu'il vaut mieux confier au juge qu'au législateur la tâche de dégager des règles de droit international privé qui tiennent compte tant du lieu du délit que des autres rattachements.

Les mêmes questions se posent à propos de l'étendue et de la nature des dommages et du droit à la réparation du tort moral. Il ne s'agit pas là d'un simple problème de chiffres,

mais de droits attachés à la personnalité qui, en tant qu'intérêts moraux, sont influencés par la loi nationale ou la loi du domicile.

Finalement — et cela prouve encore combien le droit est complexe — le présent exposé ne peut qu'indiquer qu'on pourrait aussi examiner les rapports entre l'assuré et l'assureur. C'est d'abord le problème du droit de l'assureur subrogé, ayant indemnisé la victime: est-ce la loi applicable à l'acte illicite ou bien celle du contrat d'assurance qui régit ces rapports? Et puis: quelle est la loi qui régit l'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité civile de l'auteur de l'acte?

Le rapporteur compte tirer des données importantes des réponses au Questionnaire qu'il soumet à la Commission.

Amstelveen, le 1er août 1965.

QUESTIONNAIRE[1]

1. Faut-il considérer le problème de la qualification des obligations délictuelles indépendamment de celui de la loi applicable ?

a) Si oui, faut-il qualifier d'après la *lex fori*, selon la *lex causae*, ou d'après les deux lois ?

b) Sinon, trouvera-t-on la solution de ce problème par l'application cumulative de la *lex causae* et des notions générales de non-licéité de la *lex fori* ? (Question 8)

2. Faut-il considérer les obligations délictuelles en général, ou bien faut-il se borner à l'étude de certaines catégories spéciales d'obligations délictuelles ? Si oui, lesquelles ?

3. Si, d'après la réponse à la question 2, on s'en tient aux obligations délictuelles en général, faut-il inclure ou non dans le domaine des études :

a) Les cas qui touchent au droit de famille ?

b) Les cas du droit public ou les cas soumis à la juridiction des tribunaux administratifs ?

c) Le droit du travail ?

d) Certaines catégories ou types d'obligations délictuelles, et si oui lesquels ?

e) La concurrence déloyale ?

f) Les accidents de la circulation ?

---

[1] Ce questionnaire remplace le questionnaire du 1er août 1965, modifié à la suite d'une réunion de la 26e Commission, tenue à Varsovie.

g) Les actes commis en haute mer, dans l'air ou dans l'espace? Faut-il considérer chacun de ces cas, dans sa totalité ou partiellement?

4. Pour autant que les obligations délictuelles seront comprises dans le domaine des études, faut-il soumettre certaines catégories à des règles de conflits spéciales? Si oui, quelles catégories et pour quels motifs?

5. Faut-il poser qu'en principe les obligations délictuelles sont soumises à la loi du lieu du délit?

6. En cas d'application générale de la loi du lieu, ce lieu est-il celui de l'acte ou celui du préjudice?
Dans quelle mesure doit-on:

a) Appliquer cumulativement la loi de l'acte et celle du préjudice?

b) Appliquer l'une de ces deux lois alternativement?

c) Appliquer la loi d'une partie essentielle soit de l'acte, soit du préjudice?

7. Faut-il exiger que la responsabilité de l'auteur d'après la loi du lieu soit limitée par la loi du for lorsque l'auteur a la nationalité du pays du for?

8. Faut-il exiger que l'acte soit illicite aussi bien d'après la loi du lieu que d'après la loi du for? (cfr. Question 1)

9. Faut-il remplacer la loi du lieu par une autre loi:

a) En cas de nationalité commune ou de domicile commun des parties?

b) Si les conséquences ou les effets de l'acte appartiennent à la sphère juridique d'un autre pays?

10. Faut-il remplacer la loi du lieu du délit par la loi du for,

a) Sauf dans les cas où cette loi même préfère une autre loi?

b) A condition que ce soit un for convenable *(forum conveniens)*?

11. Faut-il appliquer la loi désignée pour régir l'acte illicite aux rapports qui suivent:

a) La faute concomitante de la victime?

b) La responsabilité des enfants et des aliénés?

c) Celle des parents, maîtres, commettants, instituteurs et autres pour les fautes d'autrui?

d) Le recours contre les héritiers et ayants droit après le décès de l'auteur?

e) Les droits des héritiers et ayants droit après le décès de la victime?

f) La prescription des actions?

g) La charge de la preuve et les présomptions de responsabilité?

h) Les limitations légales de la responsabilité?

i) Les droits de l'assureur de la victime?

j) L'action directe contre l'assureur ou l'auteur?

1er novembre 1965.

ANNEXE II

Observations de membres de la Vingt-sixième Commission et de MM. Fragistas et Miaja de la Muela en réponse à l'exposé préliminaire du 1er août 1965 et au questionnaire du 1er novembre 1965 de M. Johannes Offerhaus.

1. Réponse de M. André Audinet

Aix-en-Provence, ce jeudi 30 décembre 1965.

1. Je ne crois pas que l'on doive nécessairement envisager le problème de la qualification en matière d'obligations délictuelles indépendamment de celui de la loi applicable, car je pense que la qualification peut dépendre de la loi applicable c'est-à-dire de la *lex causae*, l'objection tirée du risque de tomber dans un cercle vicieux ne me paraissant pas irréfutable. En d'autres termes, je ne considère pas que la qualification doive nécessairement être donnée par la *lex fori*, sous réserve bien entendu du cas où la qualification donnée par la *lex causae* serait contraire à l'ordre public dit international, tel qu'il serait compris par le juge en fonction de sa propre loi. En dehors de là, poser en principe que la qualification doit toujours avoir lieu d'après la *lex fori* me paraît contraire à la tendance que l'on doit avoir à appliquer les règles du droit international privé dans un esprit international.

2. Je suis d'avis de considérer les obligations délictuelles en général plutôt que de se borner à l'étude de certaines catégories spéciales d'entre elles.

3. Si l'on s'en tient aux obligations délictuelles en général, je ne comprendrais pas dans les questions étudiées par la Commis-

sion les cas touchant au droit de famille, au droit public ou soumis à la juridiction des tribunaux administratifs et au droit du travail, des considérations particulières pouvant intervenir en ces matières pour la détermination de la loi compétente.

En revanche je comprendrais volontiers dans l'objet de notre étude, en raison de leur importance pratique, la concurrence déloyale, les accidents de la circulation et les actes commis en haute mer, dans l'air ou dans l'espace, au moins partiellement.

4. Si l'on se borne à une étude des obligations délictuelles en général, je ne crois pas qu'il y ait lieu de mettre à part certaines catégories d'entre elles pour les soumettre à des règles de conflit spéciales, sauf en ce qui concerne les faits dommageables se produisant en haute mer, dans l'air ou dans l'espace. Pour ces faits, en l'absence d'une souveraineté territoriale, il y aurait lieu de prévoir une règle particulière. Cette règle pourrait consister dans la compétence de la loi correspondant au statut personnel de la victime du dommage ou de la loi dont relève la chose endommagée, comme par exemple la loi du pavillon, s'il s'agit d'un navire, à défaut de convention internationale en la matière.

5. Je ne suis pas d'avis de poser en principe que les obligations délictuelles sont soumises à la loi du lieu du délit. (V. *infra* ma réponse à la question 9.) En effet si cette solution, qui est celle de la jurisprudence française, a l'avantage de la simplicité, elle ne me semble pas assez nuancée et a l'inconvénient de ne pas toujours tenir suffisamment compte des intérêts qu'il s'agit de sauvegarder.

6. Si l'on admet comme principe la compétence de la loi du lieu, je pense que ce lieu doit être celui où se réalise le préjudice plutôt que celui du fait qui cause le dommage, lorsque ces deux lieux sont distincts. En effet c'est à l'endroit où le préjudice est subi que se produit le désordre social qu'il constitue et qu'il convient de faire disparaître.

Dès lors il n'y pas lieu pour moi de donner une réponse distincte aux lettres *a*, *b* et *c* de la question 6.

7. Il ne me paraît pas opportun de limiter par la loi du *for* la responsabilité encourue par l'auteur du dommage d'après la loi du lieu où ce dommage s'est réalisé, même lorsque son auteur a la nationalité du pays du *for*, sous réserve naturellement de la possibilité pour le juge du *for* de tenir compte de son ordre public au cas où celui-ci risquerait vraiment d'être atteint par l'application de la loi du lieu.

8. Sous la même réserve l'on ne doit pas exiger que le fait dommageable soit illicite tout à la fois d'après la loi du lieu et d'après la loi du *for*. Il suffit qu'il soit illicite d'après la loi du lieu (Si l'on considère celle-ci comme ayant une compétence générale, ce qui n'est pas mon opinion).

9. En effet je ne suis pas favorable à la compétence générale de la loi du lieu, car j'estime qu'il faut faire certaines distinctions.

Sans doute le dommage est-il toujours finalement subi par une personne. Mais ce dommage peut résulter soit d'une atteinte à la personne elle-même, soit d'une atteinte à un bien lui appartenant.

S'il y a atteinte à un bien et si ce bien est un immeuble, c'est la loi du pays dans lequel ce bien est situé qui doit être compétente, car c'est la loi du milieu économique auquel ce bien est nécessairement rattaché et à laquelle il faut demander si le dommage doit ou non être réparé et, en cas de réponse affirmative, dans quelles conditions.

S'il s'agit d'un bien mobilier, il conviendrait, selon moi, de sous-distinguer. Si ce bien, tout en étant mobilier, a en fait et malgré sa mobilité une certaine stabilité, on appliquera la loi du pays où il a cette assiette stable. A défaut de cette stabilité

de fait rattachant ce mobilier à un pays déterminé, il faudra appliquer la même loi que celle reconnue compétente en cas de dommage causé directement à la personne.

Mais quelle doit être la loi à laquelle il convient de reconnaître compétence en cas de dommage causé directement à la personne ?

Si l'auteur du dommage et sa victime ont le même statut personnel, que ce statut personnel soit régi par leur loi nationale ou, suivant le système anglo-saxon, par la loi du pays où ils ont l'un et l'autre leur domicile, c'est cette loi qui me paraît devoir être prise en considération.

Je prends comme exemple un cas dont j'ai eu personnellement à connaître récemment. Deux jeunes gens se trouvent passagèrement en Espagne où ils circulent comme touristes en automobile. Il arrive un accident par la faute du conducteur qui y trouve, d'ailleurs, la mort. Son compagnon est grièvement blessé. Tous deux sont français, la compagnie d'assurances auprès de laquelle le conducteur s'était assuré est française. En pareille hypothèse, il me paraît beaucoup plus normal d'appliquer la loi française, loi de toutes les parties en cause plutôt que la loi espagnole, dont la compétence est en pareil cas purement occasionnelle.

Mais que décider si l'auteur du dommage et celui qui le subit n'ont pas la même loi personnelle ?

Pas de difficultés si ces deux lois sont concordantes quant à la question de responsabilité, qu'elles l'admettent ou non. On adoptera la solution qu'elles donnent l'une et l'autre.

Mais que faire si ces deux lois sont différentes et surtout contradictoires, l'une admettant la responsabilité de l'auteur du dommage, l'autre s'y refusant ?

Si la loi de l'auteur du dommage admet sa responsabilité, tandis que celle de la victime ne la prévoit pas, il me semble que l'on peut appliquer alors la loi de l'auteur du dommage. La victime y aura tout avantage. Quant à l'auteur du dommage, il ne saurait se plaindre de se voir appliquer sa propre loi.

Mais que décider dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si la loi de l'auteur du dommage ne prévoit pas sa responsabilité, tandis que celle de la victime l'admet?

On pourrait songer en pareil cas à donner compétence à la loi de la victime, dont l'intérêt peut sembler prédominant. Toutefois cette solution peut paraître rigoureuse et même injuste pour l'auteur du dommage, qui verrait ainsi sa responsabilité dépendre d'une loi contraire à la sienne et dont les dispositions, qu'il a pu ignorer totalement jusqu'alors, seront pour lui une désagréable et même redoutable surprise. Dès lors on pourrait admettre ici à la rigueur et à titre de solution transactionnelle, mais non comme principe général, la compétence de la loi du pays où le dommage a été subi.

S'il s'agit d'un dommage causé à une chose mobilière n'ayant pas de situation stable, c'est-à-dire de lien permanent avec le pays où s'est produit le préjudice, comme, par exemple, une automobile appartenant à un touriste qui circule passagèrement en pays étranger, la loi compétente doit être la même que celle régissant la responsabilité en cas de dommage causé directement à la personne elle-même, compte tenu des distinctions qui viennent d'être faites.

Ces distinctions peuvent paraître compliquées, mais elles font mieux état des intérêts en cause que la solution qui consiste à donner, d'une manière générale, compétence à la loi du lieu du dommage, solution qui ne correspond pas toujours auxdits intérêts.

10. Sous réserve de l'ordre public, je ne suis pas d'avis de reconnaître compétence à la loi du *for*, en tant que telle.

11. J'appliquerais la loi désignée comme compétente pour régir la responsabilité encourue en raison d'un dommage illicite aux rapports visés à la question 11 sous les lettres *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i*. Toutefois, en ce qui concerne l'action directe

contre l'assureur de l'auteur du dommage, la compétence de la loi qui régit le contrat d'assurances intervenu entre eux me paraîtrait préférable.

Telles sont les réponses que je crois pouvoir donner aux questions que vous avez bien voulu me soumettre.

Agréez, je vous prie, Monsieur le Rapporteur et cher confrère, avec mes meilleurs souhaits de nouvel an pour 1966, l'expression de mes sentiments les plus distingués.

André Audinet

2. Réponse de M. Henri Batiffol

Paris, le 21 janvier 1966.

Question 1. — Il ne paraît pas opportun de résoudre le problème des conflits de qualifications à propos de la responsabilité délictuelle. Ce problème est d'une trop grande généralité et soulève des discussions trop ardues pour qu'il soit possible de le régler comme par voie incidente. Cette voie offrirait une utilité si la responsabilité délictuelle posait sous l'angle des conflits de qualifications des problèmes spécifiques à l'occasion desquels il serait tentant d'éprouver la valeur de l'une des doctrines en présence. Mais il ne semble pas que ce soit le cas.

Question 2. — Il a été souligné à Varsovie, l'intérêt que pourrait présenter une distinction entre les différentes catégories de responsabilités. Il est cependant permis de constater l'acceptation commune d'un principe général concernant l'ensemble des obligations délictuelles, quitte à préciser sa signification. Si la démarche ne se heurte pas à des difficultés insurmontables, l'affirmation du principe répondrait à une utilité certaine, même si des dérogations, au besoin importantes, doivent lui être appor-

tées. On peut assurément concevoir la méthode inverse de l'étude d'obligations d'un caractère déterminé, tels que les accidents de la circulation ou la concurrence déloyale. Comme cette méthode laisse l'interprète sans directives pour les types d'obligations non prévues, il faudrait pour s'y résoudre être sûr que le principe général traditionnellement admis est tellement controuvé que son maintien ne peut être envisagé même avec des exceptions ou des précisions. Ce ne paraît pas être le cas. Le progrès du droit interne a consisté dans l'élaboration d'une responsabilité générale pour les dommages causés, au moins par faute ou négligence. Le progrès du droit international privé ne paraît pas devoir consister dans la négation d'un régime général de la responsabilité délictuelle. Le processus constant de l'élaboration du droit consiste à poser des règles d'une certaine généralité pour orienter, guider les interprètes et les justiciables, tout en laissant la possibilité d'introduire des exceptions, dérogations, précisions que l'expérience révélerait utiles et qui seraient à leur tour susceptibles de définition.

Question 3.

a) et *b)* Les cas qui touchent au droit de la famille ou au droit public se situent dans des domaines où la compétence de principe appartient à une loi autre que celle qui régit la responsabilité délictuelle. Le point de savoir si des dérogations à sa compétence peuvent être admises en faveur de la loi du lieu où un dommage a été causé, concerne plus, en bonne méthode, l'étude de la loi applicable au droit de la famille, ou à la responsabilité administrative, puisqu'il s'agit de déterminer la portée de leur application.

c) g) La réponse à la question 2 conduit à proposer l'examen d'un régime général de la responsabilité délictuelle, quitte à réserver un certain type d'obligations. Il ne paraît pas opportun de proposer un régime propre aux accidents de la circulation,

qui constituent à l'heure actuelle l'un des objets principaux pour ne pas dire le plus important de la responsabilité délictuelle. C'est en considération de ces accidents que sont réglés la majorité des problèmes concernant la responsabilité, bien que des lois spéciales à la matière soient de plus en plus fréquentes. Il serait au contraire légitime de réserver les actes commis en haute mer, dans l'air ou dans l'espace. L'Institut a lui-même adopté dans la Résolution de Bruxelles sur le droit aérien des textes sur la responsabilité délictuelle; on constate là un développement de l'expérience qui permet des précisions propres à la matière. Il n'y a pas lieu pour l'Institut de revenir dès maintenant sur ce qui a été voté à une époque si récente; et il serait conséquent d'admettre que la responsabilité des actes commis en haute mer ou dans l'espace obéit également à des considérations propres.

Il peut y avoir plus d'hésitations pour le droit du travail ou la concurrence déloyale. Peut-être ne s'agirait-il que de précisions à apporter à la règle générale plutôt que de dérogations proprement dites aux principes qui seraient adoptés.

Question 4. — La réponse à cette question résulte de la position précédemment prise: si des règles de conflits spéciales apparaissent opportunes pour certains types d'obligations, il convient d'expliquer pourquoi les dites obligations ne sauraient être soumises au régime général.

Question 5. — La compétence de la loi dite du lieu du délit — quitte à préciser le sens de l'expression — paraît devoir être maintenue. En l'état actuel des choses son abandon ne peut conduire qu'à l'affirmation, avec l'opinion répandue aux Etats-Unis, d'une « proper law of the tort », c'est-à-dire comme pour les contrats la détermination par le juge dans chaque cas du « centre de gravité » de la situation, eu égard à l'ensemble de ses éléments. Il existe cependant une différence notable entre les contrats et les délits. Dans les premiers, les parties ont orga-

nisé la situation, ont choisi et groupé les « points de contact » selon l'expression américaine; elles ont même pu stipuler expressément quelle loi serait applicable. Il en résulte que la recherche de la « proper law », malgré les incertitudes et les imprévisibilités inévitables, ne présente tout de même pas des difficultés telles qu'elle ait dû être abandonnée. Au contraire, en matière délictuelle, les points de rattachement ne sont aucunement organisés. Les auteurs américains insistent sur ce que le lieu de l'accident est trop souvent fortuit par rapport aux intérêts à régir; sans doute, mais l'ensemble des autres points de rattachement considérés l'est tout autant; le lieu du dommage distinct de celui de l'acte qui l'a causé, les domiciles du défendeur et de la victime, de leurs assureurs respectifs, de leurs ayants droit en cas de décès, du commettant éventuellement responsable, sont autant d'éléments insuffisants par eux-mêmes à déterminer la loi qui régit la responsabilité. La seule formule est donc l'appréciation dans chaque cas de la répartition de l'ensemble de ces éléments. Une telle formule supprime toute prévisibilité; et il en faut bien une après la survenance du dommage pour que la victime sache si elle doit, peut plaider ou au contraire a intérêt à une transaction. L'incertitude sur le résultat d'une action encouragera la victime à chercher parmi les juges dont la compétence est possible ceux dont la décision lui serait éventuellement plus favorable, et incitera les victimes à ne pas plaider, devant les aléas qui rendent préférable une transaction même désavantageuse. Si le lieu du délit est certes fortuit, il présente au moins l'avantage que les parties connaissent leurs droits respectifs. Si on retient que le lieu du délit est normalement (quand le dommage s'est produit au même lieu) celui dont le défendeur devait respecter les lois, son lien avec la responsabilité paraîtra dans le cas normal assez substantiel pour qu'on ne sacrifie pas au profit de cas plus exceptionnels une prévisibilité qui reste précieuse. Il faudrait que l'on puisse définir les exceptions.

Question 6. — L'application cumulative de la loi du lieu de l'acte et de celle du lieu où le préjudice s'est réalisé ne paraît pas désirable: une telle complication ne se justifie que par une faveur *a priori* pour le défendeur, lequel ne sera condamné que si les deux lois l'admettent. Or le droit interne de la responsabilité évolue manifestement vers la faveur à la victime demanderesse. Pourquoi la règle de conflits de lois en droit international privé partirait-elle d'un point de vue différent? La vérité est que chaque système organise selon ses vues un équilibre des droits des parties; vouloir respecter cumulativement deux systèmes différents est un programme compliqué dont la justification ci-dessus rappelée ne paraît pas suffisante.

L'application alternative reviendrait, si je comprends bien, à laisser au demandeur le choix de réclamer l'application de l'une ou l'autre de ces lois. Ici ce serait donc la faveur *a priori* pour la victime qui prévaudrait. On n'en voit pas de raison suffisante et il n'est pas désirable que les droits des parties dépendent du choix unilatéral de l'une d'elles. On est ainsi amené à la loi du lieu où s'est située une partie essentielle, soit de l'acte, soit du préjudice. C'est ici la principale difficulté de la formulation d'une règle générale. Je pencherais vers la loi du lieu où le préjudice s'est principalement réalisé, tout en reconnaissant que la formule devrait rester prudente ou admettre des distinctions.

Question 7. — Il ne semble pas souhaitable que la loi du for protège les nationaux plus que les étrangers. L'égalité paraît ici réclamée par l'équité. Si une loi étrangère impose des responsabilités qui paraissent complètement disproportionnées, l'ordre public pourra être invoqué à leur encontre, mais aussi bien par le responsable étranger que par le national.

Question 8. — Le problème ne concerne pas les conflits de qualifications. S'il est admis que la loi applicable est celle du

lieu de l'acte prétendu illicite, il appartient à cette loi de dire si la prétention est fondée ou non. C'est précisément pour en décider que la compétence lui est reconnue par la règle de conflits de lois. Le problème des conflits de qualifications ne pose une difficulté propre que quand il s'agit de déterminer quelle règle de conflit est applicable. Quand la règle de conflit a joué et a désigné une loi déterminée, il appartient à celle-ci de régler la matière et notamment de dire au sujet de la responsabilité délictuelle quels actes sont réputés ou non illicites. Demander à la loi du for la qualification reviendrait ici à appliquer cette loi à la responsabilité après avoir admis qu'une loi étrangère était applicable.

Question 9.

a) La question ne se pose, semble-t-il, que si la loi de la nationalité commune ou du domicile commun des parties est en même temps celle du juge saisi. Si le défendeur accepte le débat selon cette loi, son application devrait être admise, car la matière ne concerne pas l'ordre public en un sens qui interdirait au défendeur d'accepter l'application d'une loi autre que celle qui serait normalement compétente. Dans maints systèmes au surplus, le juge ne peut appliquer d'office la loi étrangère non invoquée par les parties. Mais imposer au défendeur la loi du juge saisi parce qu'elle est celle du domicile des parties ou de leur nationalité commune aboutit à donner au demandeur avec le choix du juge celui de la loi applicable, car le tribunal du lieu du délit peut très généralement être saisi aussi. Et on ne voit guère la loi nationale commune ou celle du domicile commun imposée aux juges du lieu du délit.

b) La soumission de certaines conséquences ou de certains effets de l'acte délictuel à la loi du lieu où ils se produisent ou plus généralement de la sphère juridique qu'ils intéressent,

pose à nouveau le problème de savoir si une loi unique doit régir la responsabilité tout entière parce qu'elle est celle du lieu où s'est réalisée la partie essentielle ou même simplement principale du préjudice, ou si au contraire il faut envisager des distinctions.

Question 10. — Les réponses aux questions précédentes ont suffisamment montré, semble-t-il, l'inconvénient majeur de la loi du for. Le demandeur a le choix entre plusieurs juges possibles; il n'est pas juste qu'il ait le choix entre les lois qu'appliqueront les différents juges éventuellement saisis; les droits des parties doivent être établis par les faits de la cause et non par le choix de l'une d'elles. Or le caractère international de la situation considérée donne généralement compétence à plusieurs juges, et même en droit interne il a été remarqué que l'évolution tend à multiplier les compétences territoriales possibles pour la commodité des plaideurs: ce mouvement contribue à la multiplication des compétences de juges de pays différents. Ce point de vue dispense de distinguer entre les fors dits convenables et les autres.

Question 11.

a) Malgré la tendance de certains systèmes à voir dans la faute de la victime une sorte de moyen de défense dont l'admission relèverait de la procédure, donc de la loi du juge saisi, il semble plus réaliste de regarder les effets d'une telle faute comme concernant le fond du droit.

b) Il paraît préférable de soumettre la responsabilité des mineurs et des aliénés à la loi régissant les obligations délictuelles, parce qu'il s'agit d'un élément premier du régime de ces obligations : savoir qui peut être responsable. La loi personnelle, dont on pourrait envisager l'application, répond à d'autres

préoccupations, notamment celles d'une permanence qui ne se trouve pas ici.

c) La responsabilité des parents, maîtres, commettants, instituteurs et autres est légitimement soumise à la loi qui régit les obligations délictuelles. En particulier, il est des systèmes, notamment celui du droit français, dans lesquels une personne peut être qualifiée de commettant et, de ce chef, responsable du fait d'autrui, alors qu'il n'y a pas contrat entre elle et la personne auteur du dommage; la préposition peut résulter de ce qu'en fait une personne donne des ordres et des instructions à autrui en l'absence de tout contrat, par exemple un père vis-à-vis de son fils majeur auquel il a laissé la disposition de sa voiture. On voit donc mal l'applicabilité d'une loi contractuelle à cette catégorie de responsabilité.

d) La question de savoir si la victime a une action contre les héritiers et ayants droit de l'auteur du dommage paraît relever au contraire de la loi successorale. En effet, cette loi décide si, et dans quelle mesure, les dettes du défunt passent aux héritiers ou doivent être réglées en leur nom par un exécuteur testamentaire ou tout autre personnage ou s'éteignent. Le droit successoral ayant à ce sujet des règles générales et systématiques englobant l'ensemble des droits et obligations du défunt, on voit mal comment il pourrait y être dérogé au profit d'une autre loi en ce qui concerne certaines actions.

e) En ce qui concerne les ayants droit de la victime, une distinction s'impose. Si les héritiers exercent contre l'auteur du dommage l'action qui appartenait au défunt, il faut, comme dans le cas prédécent, consulter la loi qui régit la succession pour savoir si les droits et actions du défunt leur sont transmis. Si au contraire, les héritiers entendent exercer une action propre en réparation du dommage que leur a personnellement causé le décès de la victime, c'est la loi gouvernant la responsabilité

qui devra dire quelles personnes peuvent invoquer un préjudice imputable au défendeur [1].

f) La prescription de l'action en réparation du délit a été assez régulièrement soumise par les tribunaux français à la loi gouvernant la responsabilité et non à la loi du juge saisi. Il semble en effet que la matière touche substantiellement aux droits des parties et ne concerne que plus superficiellement les modes de procéder, soumis à la loi du for. Comme la nécessité s'impose d'ailleurs de manière beaucoup plus directe de soumettre la prescription extinctive à la loi du fond en ce qui concerne les contrats, un souci de cohérence conduit à appliquer également à la prescription de l'action en responsabilité délictuelle la loi régissant le fond du droit. Et la solution n'a pas d'inconvénients pratiques sérieux.

g) h) La charge de la preuve, les présomptions de responsabilité, les limitations légales de la responsabilité sont des matières qui touchent si étroitement au fond du droit qu'on désorganiserait complètement le système de la loi applicable au fond si on les y soustrayait. En particulier, la charge de la preuve, qui peut paraître au premier abord comme matière procédurale, est indissociable des présomptions; et on ne voit guère comment les présomptions se dissocient du fond du droit en un pareil domaine.

i) j) Le recours de l'assureur de la victime contre le responsable devrait, semble-t-il, être déterminé par le contrat d'assurance, donc la loi qui le régit en cas de silence des parties. Il faut cependant observer que sur le problème voisin de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, la jurisprudence française a fait prévaloir la loi qui régit la responsa-

[1] L'application de la loi successorale à la transmissibilité de l'action du défunt contre l'auteur du dommage a été admise par la Cour de cassation française par un arrêt du 4 juin 1941.

bilité. Il paraît peu niable que cette solution a subi l'influence d'un sentiment de faveur à la victime, parce que les tribunaux français sont surtout saisis d'actions de victimes d'un accident causé en France par un automobiliste étranger, assuré auprès d'une compagnie étrangère; l'action directe étant ouverte très largement par le droit français, il a paru utile aux victimes d'affirmer la compétence de la loi du lieu du délit; il faut reconnaître que le droit interne français préparait cette solution en ayant soumis l'action directe à la prescription trentenaire des actions délictuelles et non à la prescription biennale du contrat d'assurance.

Henri Batiffol

3. Réponse de M. Elliott E. Cheatham

Nashville, Tennessee, December 6, 1965.

In submitting these answers to the questionnaire, I wish first to acknowledge the great aid received from l'exposé préliminaire by the chairman of 1st August, 1965.

1. It is necessary to consider the problem of qualification of the particular delictual obligation as a preliminary to the determination of the applicable law, because of the method employed by conflict of laws in making a choice of the applicable law. This method consists of the identification of the nation whose law will be applied to the case through the use of certain connection of that nation with the transaction. The connections which are used as guides to choice of law vary with the kind of problem involved. So the necessary first step is to qualify the problem and thus to determine the rule of choice of law that

is to be used. It is impossible to ascertain the applicable law until the forum has first identified by qualification the rule of conflict of laws which is to be used.

a) It is necessary to qualify according to the conflict of laws of the forum. It is possible to know what is the *lex causae* only after it has been first identified by the conflict of laws rule of the forum. Qualification has the inseparable double aspect of classification of the situation, and interpretation of the rule of conflict of laws: classification of the situation to determine whether it comes within the conflict of laws rule proposed; interpretation of the rule of conflict of laws to determine whether the rule includes the situation in question. This process of qualification according to the policies of the conflict of laws rule in question is excellently brought out in the opinions of some of the members of the International Court of Justice in the case of the Kingdom of the Netherlands versus the Kingdom of Sweden, I.C.J. Reports, 1958, p. 55.

b) After qualifying according to the conflict of laws rules of the forum and thus identifying the nation whose law is to be applied, then it may be necessary to qualify the matter according to the local law of the nation identified so as to determine which part of its law shall be applied. This is so when the conflict of laws rule of the forum calls for a solution that would be identical with the result that would be reached on similar facts which occurred wholly within the nation referred to, and so would be governed by that nation's local law.

At the risk of expanding the answer unduly, there is borrowed and appended an illustration. A sues B in tort in Nation F. Under F's choice of law rule the local law of X applies: X local law provides that A can recover only if B is guilty of ' gross negligence '. The term ' gross negligence ' also appears in F local law but is there given a different meaning. Since it is

X local law which is being applied, the meaning given the term 'gross negligence ' in X local law will be used.

2. It would be well to consider the principles to be followed in dealing with delictual obligations in general, and, if found to be practicable, to state these principles. But delictual obligations are so varied in their nature and in their elements, that a statement of general principles would necessarily be vague and imprecise. It would be desirable to complement the statement of general principles with statements of a more detailed character as to certain categories of delictual obligations or certain aspects of them. For example, if Topic *f)* " Les accidents de la circulation " is dealt with, it may be advisable to deal separately with the law governing the negligence or other fault of the driver (as to which the place of the accident might naturally have the greatest concern), and with Topic *a)*, " Les cas qui touchent au droit de famille ", since the matter of intra-family immunity may be of greatest concern to the nation or domicile of the spouses.

3. Very tentatively it is suggested that there should be excluded at this time from the study Topic *b)* " Les cas du droit public " etc., Topic *c)* " Le droit du travail ", and Topic *e)* " La concurrence déloyale " since these subjects vary so widely in local law that it may be especially difficult to lay down rules of conflict of laws as to them. I suggest that Topic *f)* " Les accidents de la circulation ", be included because of its increasing importance, and also Topic *a)*, " Les cas qui touchent au droit de famille ", at least in so far as the question involved the liability of one spouse for the delictual obligations of another or the right of one spouse to recover from the other.

4. Yes, certain categories or aspects of delictual obligations should be submitted to special conflicts rules. For example,

the fault of the driver of an automobile would ordinarily be determined by the law of the place where the automobile was being driven, since it is important for the safety of all that there be a common standard of conduct for all drivers. But the question whether a wife may recover from her husband for injuries she suffered through his negligence in driving an automobile may well be submitted to the law of their common domicile or nationality, since this nation has the greatest concern with the spouses and their rights against each other.

5. Yes, as to some aspects of some delictual obligations, but not as to all aspects of all such obligations.

6. Again, it is impossible to give a single answer that covers wisely all kinds of situations. To apply cumulatively the law of the act and that of the injury is to favor the defendant and so to discourage only mildly the act in question since the result of the cumulative application is that he is not liable at all unless the two laws concur in imposing liability. On the other hand, to apply one or the other of the laws, whichever one imposes liability, is to favor the plaintiff and to that extent to discourage severely the kind of act in question. It would be necessary to consider which policy, that of limited discouragement or strict discouragement of the alleged delictual conduct, is the wiser one.

7. The double limitation inquired into on behalf of an author has the attractiveness that it would encourage freedom of the press. This is an important consideration, but it is not an all important one.

8. No, it should not be necessary that the act be improper according to both of the laws mentioned, the law of the place and the law of the forum.

9. It is not necessary to replace the law of the place by another law, but it may be desirable to do so as to some torts or as to some aspects of most torts.

a) So the law of the common nationality or domicile may be chosen to determine whether one spouse may sue the other since, to use the same illustration again, the nation or domicile of the two spouses has the greatest interest in this matter.

b) Similarly the law of the place where the effects of the act took place may have a greater interest than the law of the place where the act took place and so the former law should be used when the protective purposes of the law are of greater importance.

10. No, it is not desirable to replace the law of the place of the delict by the law of the forum, except as to those matters which are procedural in the conflict of laws sense.

11. Without answering this question directly I submit some comments. This question and other imaginative questions by the chairman reveal the variety in the elements or aspects of delictual obligations as well as in their character. The variety in character grows greater as science increases the power to injure others. Defamation, for example, is no longer confined to injury to reputation through ordinary speech or writing or printing; it extends as well to injury inflicted by motion pictures and radio and television. Injury through the disintegration of the atom, to take another example, may come about through exposure of a single worker or a single purchaser to radio active materials; or it may come to pass through the instantaneous fission of the atom in the explosion of an atomic energy plant with injury to many thousands.

The policies which conflict of laws should take into account in the wise coordination of the laws and legal institutions of the

nations are themselves very varied. The policy of encouragement of freedom of speech and the press, mentioned above, may indicate the law of defamation should be narrowly applied, while the policy against dangerous instrumentalities, as an atomic reactor, may demand a broad imposition of liability.

Methods in conflict of laws are needed which will take into account this variety. The old rules, based as they are on physical harm in simple situations, as shooting an arrow or firing a musket, will not suffice. The method may consist of broad and flexible principles which will leave room for consideration of all the factors that justice and wisdom would take into account, and which will make possible also the statement of specific rules in the situations where they are called for.

Elliott E. Cheatham.

4. Réponse de M. Otto Kahn-Freund

Oxford, 18th January 1966.

Before answering this questionnaire I should like to pay tribute to the preliminary exposé presented by the Rapporteur. This is, if I may say so, an admirable document which summarises the problems to be discussed.

In formulating the answers to the questions I have been aware that many of these things are extremely problematical and in a state of transition.

1. I think it is necessary to arrive at an answer as regards the problem of classification. The reason is that the concept of " Delictual liability " varies very much from country to country.

If, in an English court, a case of breach of promise arises between two parties who are both citizens of the United Kingdom and domiciled in England, but the alleged breach of promise was committed in France, the English court will have to decide whether it is to apply the conflicts principles of English law which govern contracts or those which govern torts. According to English law this is a contractual claim so that the English conflicts principles governing contracts would apply if the claim was classified according to the *lex fori* whereas if the French classification was followed the English court would have to apply the conflicts principles which govern torts.

Again, in many situations common law jurisdictions classify as "delictual" claims which in systems influenced by the Roman law are classified as based on ownership or on a *jus in re aliena*. The difficulties which arise from the delimitation of contractual and delictual claims as regards accidents at work and transport accidents have been mentioned by the Rapporteur. They have been especially important in the United States. For all these reasons it seems to me to be indispensable to arrive at a decision with regard to classification.

I personally have no doubt that sub-question 1 *(a)* must be answered in favour of the *lex fori*, simply because of the inextricable vicious circle in which one is otherwise involved. I should maintain that this applies even in legal systems such as English law which give an affirmative answer to question 8. (See Dicey, «Conflict of Laws», 7th Edition, pages 948-949.)

Question 1 *(b)* I should answer in the negative and I refer to my answer to question 8 below.

2. It seems to me that it is necessary to consider delictual obligations in a general way. It is quite true—see below answer 4—that certain types of delictual obligation require a separate treatment. Nevertheless, it seems to me that the main task of

the Institute is to express a view on the general theory of conflict of laws with regard to delictual obligations in view of the changing social function of the law of tort. This can only be done in terms of general principles. As long as one remains flexible in the application of these general principles to individual types of delict, no harm but only good can come out of a general treatment. The second question in No. 2 does not, therefore, arise as far as I am concerned.

3. My answer to question 3 *(a)*, *(c)*, *(e)*, *(f)* and *(g)* is in the affirmative. The answer to question *(d)* is in the negative and on question *(b)* special comments are made below.

If one excludes the cases which touch Family Law, Labour Law, Unfair Competition and Transport Law one excludes almost the entire scope of the modern law of tort in practice. I should like to refer to what I have said above about the need for developing a general doctrine. To include the types of situation mentioned does not mean that all the special problems arising in these situations are exhaustingly discussed. They should be indicated all the same. As regards accidents at work I agree, however, that specific problems on workmen's compensation are to be included only to the extent to which they impinge on the application of general principles of delictual liability.

As regards 3 *(b)* it seems to me that it would be very difficult to arrive at a definition of " public law ". One should take account of the fact that the distinction between public and private law does not exist everywhere. Under modern conditions commercial undertakings which belong directly or indirectly to a state frequently extend their activities beyond the frontiers of the state to which they belong. It would be very difficult to introduce into the categories of private international law distinctions such as those between " fautes de service " and

" fautes personnelles " in French law. Certain elements of the Bundeswehr receive their training in Wales and Scotland. Should one really exclude from the scope of delictual liability to be analysed by the Institute a situation in which a German soldier is injured by the driver of a British car or in which a German soldier driving a car belonging to the German authorities causes injury to a civilian? Questions of this kind may not be very frequent in view of the principles of sovereign immunity but even so they should not be neglected. Nor does it seem to me to be promising to make the jurisdiction of administrative tribunals a criterion because this varies very considerably from country to country.

4. To this question it seems to me that at the present state of our deliberations one can only give a very preliminary answer except so as to say that the first sub-question should be answered in the affirmative. It is only necessary to refer to the views expressed by Professor *Wengler* on unfair competition to see that certain torts require special treatment. The problems which have arisen, especially in the United States, in connection with torts such as defamation or violation of privacy through media of mass communication (radio, television) also illustrate the need for an affirmative answer to the first sub-question. Similar observations can be made about torts connected with the family. The question whether the husband can demand damages for medical expenses incurred by him arising from an accident suffered by his wife, the question whether he can claim damages for the loss of the consortium of his wife (or she for his), the question of damages for adultery, enticement, alienation of affections etc. may, (and to some extent) have to be judged in accordance with the law which governs the relation between the spouses. See, for example, the judgment of the Supreme Court of Canada in *Lister v. M'Anulty* ([1944] 3 Dominion

Law Reports 673). Other examples are offered by accidents on the high seas and possibily torts committed on board an aircraft.

5. For reasons which I have developed in the 7th Edition of Dicey, Conflict of Laws, pages 932 ff. I am of the opinion that *on principle* the answer to question 5 should be in the affirmative. The main reason why I take this view is that it is on principle, in accordance with the presumable expectation of the parties, an expectation which will guide their conduct in the matter of insurance. I should, however, for reasons set out below in answer to question 9, formulate the principle of the *lex loci delicti* in terms of a rebuttable presumption. It seems to me that delictual obligations should be governed by the law of the country which is the social environment of the tort but that a strong presumption should be established according to which the law of the place where the tort was committed is the law of the social environment. The weight of the burden of proving that the place where the tort was committed was not the social environment of the tort will vary from one type of tort to another. It will be easier to rebut the presumption in the case of unfair competition or in a case of defamation committed through the radio than, for example, in the case of a work accident or a motor accident. I am under the impression that one of the main objects of the private international law of torts is the gradual development of this theory.

6. If one gives a rigid answer to question 5, the answer to this question is very difficult. It seems to me that it is impossible in a dogmatic way to solve the dilemma between the law of the place of the act and the law of the place of injury. If the two do not coincide the situation resembles, to some extent, that which exists where the *locus contractus* differs from the *locus solutionis*. I submit that one must ask oneself whether the

contract or, in the situation with which we are dealing, the tort is more closely connected with one or with the other. This seems to me to be the only possible approach towards a solution of the problems of *multi-state torts* such as defamation through radio or television.

If this answer did not commend itself to the Commission, it would seem to me that more could be said for an affirmative answer to question 6 *(b)* than for an affirmative answer to question 6 *(a)*. I am, however, quite clear that question 6 *(c)* should be answered in the negative. Nothing is worse than " dépeçage ". This leads to almost insoluble problems of classification, to *latente Gesetzeskollisionen* etc. We should, I think, beware of repeating in the law of tort the mistakes made by the first Restatement in the law of contract.

The reason why I am inclined to prefer the alternative system to the cumulative system is that the solution adopted by the German courts seems to me to be too favourable to the victim of the tort and that the opposite system of cumulation (according to which liability exists only in so far as it is imposed by both the law of the place of the act and the law of the place of the injury) is too favourable to the tortfeasor. If it is impossible to accept the theory of the social environment and if one has to choose between the law of the place of the act and the law of the place of the injury I am, despite the weighty arguments advanced by authors such as Professor *Rheinstein* and Professor *Ehrenzweig*, on the whole in favour of the law of the place where the injury has occurred, i.e. I am inclined (though not very strongly) to prefer what one might call the American solution to the solution to some extent favoured by the English courts.

7. The answer to this question seems to me to be clear. It should be in the negative. I do not think that a general

principle should be made out of Article 12 of the German " Einführungsgesetz ". Such problems as arise should, I submit, be solved by applying the flexible principle of " ordre public " and not a rigid " ordre public " crystallised by legislation.

8. Here too the answer should be in the negative. No international rule should be made out of what one calls the *First Rule in Phillips v. Eyre* or the rule in *The Halley*. I am convinced that (though this view is not shared by many of my colleagues in Britain) the rule in *The Halley* was at least in its origin a rule of " ordre public " which should have remained flexible but was treated as rigid. This is a situation in which the English courts have been influenced by what an English judge has rightly called " perhaps the least satisfactory " passage in *Savigny's* work. The English approach can only be understood against the background of a society in which the function of the law of tort was, to some extent, retributive rather than distributive and in which delictual responsibility and criminal responsability were not as clearly separated as they are today. I submit that we should consider the law of tort to a very large extent as a body of principles governing the distribution of risks and that these principles are no more closely connected with the forum than, for example, the principles of the law of contract.

It is, however, a matter of consideration whether the *lex fori* must not continue to apply to collisions on the high seas between vessels of different nationalities. The problem does not seem to me to arise in connection with torts committed in territorial waters or torts committed on board an aircraft or collisions between vessels of the same nationality on the high seas.

In his preliminary exposé (page 361) the Rapporteur has raised the question of the meaning of the term " justifiable "

in what is known as the *Second Rule in Phillips v. Eyre.* Unfortunately the answer given by the English courts differs from that given by the Scottish courts. The Scottish courts take the view which, in my submission, is correct that a tort is justifiable only if it is not actionable according to the law of the place where it was committed, and a similar view has also been taken in Australia. Since the decision in *Machado v. Fontes*, however, the English courts have adopted the view that, to be justifiable an act must be " innocent " according to the law of the place where it was committed. It may, therefore, be unjustifiable although no damages can be recovered according to the law of the place where the act was done, if, for example, according to that law it constitutes a criminal offence. This decision has been followed in Canada, but most of the academic lawyers on the subject regard it as wrong. It has not, however, been overruled.

9. My answer to question 9, both *(a)* and *(b)*, is implied in what I have said above (Questions 5 and 6). There are unquestionably situations in which the common nationality or the common domicile of the parties indicates the social environment of the tort and the judgment of the Court of Appeals of New York in *Babcock v. Jackson* and also that of the Supreme Court of Canada in *McLean v. Pettigrew* ([1945] 2 D.L.R. 265) are examples. There are other situations, however, in which it seems to me that one should apply the *lex loci delicti* despite the common nationality or the common domicile of the parties and I would submit that the French Cour de Cassation was right in applying Spanish law to a collision between two French cars in Spain. This does not mean, however, that there may not be cases of collisions between two cars belonging to owners of the same nationality in which the law of the common nationality should be applied. I cannot feel that it is desirable

to apply the law of Saudi Arabia to a collision between two American cars which happened in Saudi Arabia. (*Walton v. Aramco* (1956) 233 F (2nd) 941).

My answer to question 9 *(b)* is in the affirmative as I have indicated above. I entirely adopt the reasoning developed by Dr. *J. H. C. Morris* in the articles quoted by the Rapporteur in his preliminary report.

10. My answer to these questions is in the negative. It is possible that the substitution of the choice of the *forum conveniens* for the choice of the law to be applied is desirable in the interstate conflicts of the United States and the views taken by Professor *Brainerd Currie* and Professor *Ehrenzweig* may perhaps be explained to some extent in view of the fact that in the United States interstate conflicts are much more important than international conflicts. The criteria of jurisdiction vary very much from one country to another and it would be infinitely difficult to arrive at an understanding on the meaning of *forum conveniens.*

11. My answers to these questions are as follows:

(a) Yes, including the question of burden of proof.

(b) Yes, I submit that one should apply to the problem of delictual capacity the *lex causae* and not the *statut personnel.*

(c) As regards vicarious liability of employers one should, I submit, apply the general principles of tort and the same might apply to teachers. The liability of parents for their children and of husbands for their wives seems to me to be an emanation of family relations and to require separate treatment.

(d) and *(e)* As regards the question of the liability of the estate or the heirs of a tortfeasor and the vesting in the estate of the victim of delictual claims, I should take the view that these are problems of the law of succession, but to rights accruing to members of the victim's family in their own right (" wrongful death statutes ", Paragraph 844 of the German Civil Code) I should apply the general law of tort.

(f), *(g)* and *(h)* These are very difficult problems and the question of the burden of proof and of presumptions is especially important. In the United States there exists a considerable body of case law on these matters, and I find that, especially in connection with contributory negligence, those decisions are more convincing which consider the burden of proof as a body of substantive rules in a procedural disguise. It follows that these questions should be considered as part of the law of tort. Similar observations can be made on the limitation of liabilities, and I should also, despite the different view taken for example by English law, be inclined to consider the limitation of actions as a matter of substantive law.

(i) and *(j)* As regards these I should say that these are probably the most difficult of all the questions asked by the Rapporteur and also among the most important. I am inclined to consider both questions as belonging to the scope of the law applied to the contract of insurance, but on this matter I have not fully made up my mind.

Otto Kahn-Freund.

5. Lettre de M. Otto Kahn-Freund

Oxford, 10th June 1966.

My Dear Colleague,

Thank you very much for your letter of 7th June. I am answering your questions one by one —

1. The formula " most closely connected " is, as you say, very similar in its effect to that of the " social environment " or "milieu social ". This is in effect what Morris in his article in the Harvard Law Review called the " proper law of the tort ". I entirely agree with you that this can sometimes be the environment of the act and sometimes the environment of the injury. This, however, does not frighten me very much, no more than the abandonment of the choice between the *lex loci contractus* and the *lex loci solutionis* by those who adopt a flexible solution to conflict of laws problems in the law of contract. If, for example, a defamation is alleged to have been committed by a radio or television broadcast from Hilversum which has been received in a dozen European countries I would say that the environment of the act, in this case, the Netherlands, would be decisive. It is perhaps possible to think of situations where the opposite solution might be adopted, e.g. if a firm in the Netherlands sent letters to Belgium by which it committed an act of unfair competition in the Belgian market I should be inclined to consider Belgium as the environment of the tort. This is, I admit, a highly debatable matter, largely because this theory of the " proper law of the tort " has not yet been developed nearly as well as the theory of the proper law of the contract.

2. I fear that I misunderstood your question 6 *(c)*. I read it as referring to the submission of different aspects of the tort to

different legal systems. I therefore apologise to you for having wrongly introduced this argument about " dépeçage ".

3. On your third question there seems also to be a certain verbal misunderstanding. I understood the term " système alternatif " to refer to a system by which a choice is made *a priori* between the law of the act and the law of the injury whereas by a cumulative system I understand a system by which it is sufficient if the requirements of either law are justified or else it is necessary that the requirements of both systems are justified. Since, however, what you mean by the " système alternatif " is a system according to which it is sufficient if either the law of the act or the law of the injury is satisfied I agree that this is identical with the German system which I do not like for the reasons indicated in my paper.

4. I agree with you that the words " the place where the injury has occurred " were not very well chosen by me. The American courts have generally, as you say, considered the place of the first impact as decisive. To take up a hackneyed text book example of the poisoned chocolates, if X sends a box of poisoned chocolates from country A to country B and if Y eats the chocolates in country C where he fals ill and if Y then dies in country D, most American courts would decide that C and not D is the *locus delicti.*

5. There are in fact, two lines of British decisions involved in this matter. First of all, there are the decisions according to which no-one can succeed with an action in tort unless the act complained of is a tort according to the *lex fori*, whereas on the other hand a defendant may plead the *lex loci delicti* in justification. There is secondly the thin line of cases (all decided on questions of jurisdiction rather than on choice of law) according to which the place of the act and not the place of the injury

is the *locus delicti*. This view has also been taken in Canada and it is, of course, diametrically opposed to the view generally taken in the United States.

I hope this answers your questions. As soon as you wish me to do it, I can of course give you the references to support the statement I have made in the last paragraph.

With kind regards and good wishes.

Very sincerely yours,
O. Kahn-Freund.

6. Observations de M. Alexandre Makarov

Heidelberg, le 15 décembre 1965.

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

Votre excellent exposé préliminaire concernant les obligations délictuelles en droit international privé a suscité de ma part des observations que je vous fais parvenir par cette lettre. En rédigeant ces observations j'ai suivi le système de votre exposé. Mes réponses à votre questionnaire du 1er novembre 1965 forment une annexe de ces observations.

Je partage votre opinion (cf. N° 1 de votre exposé) qu'il ne faut pas modifier trop vite le point de départ des règles de conflits dans la matière qui est l'objet de nos travaux, c'est-à-dire la compétence de la *lex loci delicti commissi*.

En acceptant la règle générale de la compétence de la loi du lieu de l'acte, j'admets en même temps que cette règle doit subir des exceptions (cf. ci-dessous p. 411). Il y a des cas où l'applica-

tion de cette règle générale mènerait à des solutions injustes. Mais je tiens à souligner que ces cas sont exceptionnels: la compétence de la *lex loci delicti commissi* doit être considérée comme règle générale. Je réprouve donc, comme règle générale, la thèse de la compétence de la « proper law of the tort » (cf. les articles de M. *J. H. C. Morris* cités dans votre exposé préliminaire, et récemment M. *Robert D. Childres*, « Toward the Proper Law of the Tort » (Texas Law Review, 40 (1961/1962) pp. 336 et ss.), ainsi que la thèse de la jurisprudence et de la doctrine américaine de ces dernières années qui part des intérêts étatiques en question (je n'ai pas besoin de citer la décison de la Court of Appeals de New York du 9 mai 1963 dans l'affaire Babcock v. Jackson (191 N. E. 2d 279) publiée dans la Columbia Law Review 63 (1963), p. 1212 et ss. avec des notes doctrinales de nombreux professeurs américains (*loc. cit.*, pp. 1219 et ss.) car vous l'avez citée dans votre exposé préliminaire. Cette décision a déclaré comme applicable « the law of the jurisdiction which has the strongest interest in the resolution of the particular issue presented ». (Cf. la note « Pennsylvania Repudiates Place of Injury Rule, Adopts Government Interest Analysis » (Griffith v. United Air Lines, Inc., 203 A. 2d 796 (1964)): Duke Law Journal, 1965, pp. 623 et ss.) On trouve une analyse de la jurisprudence récente concernant notre matière aussi chez *Barrineau*, « Lex fori v. Lex loci in the Field of Torts » (South Carolina Law Review, vol. 17 (1965), pp. 305 et ss.).

La théorie qui accepte la compétence de la loi de l'Etat ayant l'intérêt le plus fort de décider le procès en question ne voit pas que les tribunaux peuvent ne pas prendre suffisamment en considération les intérêts d'un Etat étranger et surestimer les intérêts de leur propre Etat. Cette théorie touche donc, quant à ses résultats, à une autre théorie, celle acceptée dans la première moitié du XIXe siècle, par MM. *Waechter* et *Savigny*, théorie qui préconisait la compétence de la loi du for. Une résur-

rection de cette théorie dans notre projet de Résolution doit sûrement être exclue (cf. ci-dessous, p. 413).

Quant au problème des qualifications (vous le traitez sous N° 2 de votre exposé), je pense qu'il ne faut pas traiter séparément ce problème. C'est un problème général de droit international privé et on pourrait seulement se poser la question de savoir si le domaine des obligations délictuelles n'exige pas une qualification spéciale dérogeant à l'application de la règle générale qui est, à mon avis, celle de la compétence de la *lex fori* atténuée par des considérations d'ordre comparatif (cf. *Makarov*, Theorie und Praxis der Qualifikation: Festschrift Dölle, t. II (1963), pp. 160 et s.). A mon avis une telle dérogation ne doit pas avoir lieu.

Votre exposé préliminaire traite ensuite (sous N° 3) le problème de l'exclusion de certains rapports de droit du domaine des obligations délictuelles. Vous envisagez l'exclusion du droit de famille et du droit des successions, ainsi que celui des contrats. J'ai certains doutes en ce qui concerne le droit de famille. En France la doctrine admet que la rupture de fiançailles ne peut être sanctionnée que délictuellement (*Batiffol*, Traité élémentaire, 3e édition, 1959, N° 433, p. 489; *Bourel*, Les conflits des lois en matière d'obligations extracontractuelles, 1961, p. 120), le droit suisse connaît des dommages-intérêts à cause de destruction de mariage, par exemple par séduction de la femme (*Binder*, Die Auflockerung des Deliktsstatuts: Rabels Zeitschrift, 20 (1955), pp. 418 et s.). Dans le « Restatement of the Law Second, Conflict of Laws, Tentative Draft N° 9, April 24, 1964 », on trouve des dispositions sur « the liability of one who interferes with a marriage relationship » (§ 379 *i*). Il me semble que de tels rapports juridiques peuvent être envisagés dans notre projet de Résolution. De même les rapports juridiques provenant de la concurrence déloyale et du droit de la circulation peuvent, à mon avis, être inclus dans nos

recherches. Cette énumération des matières de droit à envisager dans notre projet de Résolution suppose que la Commission ne se contentera pas d'une formule générale sans s'occuper du problème de son application dans les diverses matières concrètes de droit. Vous envisagez la recherche d'une formule générale « soit en laissant à part les rapports qui appartiennent principalement au droit des personnes ou au droit public, soit en énumérant des « kinds of torts » exclus » (p. 351).

Il me semble que nous pourrions suivre aussi une autre méthode: en posant comme point de départ la compétence de la *lex loci delicti commissi* nous pourrions, dans une formule générale, fixer des exceptions que la compétence susmentionnée devrait subir et joindre à cette formule générale des concrétisations pour diverses matières juridiques. Pour relier l'énumération des exceptions à la formule qui limite l'application de la règle générale concernant la compétence de la *lex loci delicti commissi* nous pourrions reproduire l'alinéa 2 de l'article 2 de la Résolution de notre Institut sur les conflits de lois en matière d'obligations adoptée à Florence en 1908 (Annuaire, vol. 22, Session de Florence 1908, p. 290): « C'est ainsi qu'on appliquera: ... »

Votre compte rendu sur l'adoption du principe de la *lex loci actus* dans la législation et dans la doctrine (N° 4) pourrait, peut être, trouver quelques citations supplémentaires, mais ces citations ne changeraient rien au contenu de votre rapport. De même ce que vous dites (sous N° 5) sur les motifs invoqués à l'appui de l'application de la loi du lieu.

Vous passez ensuite (N° 6) au problème de la définition du lieu du délit, en soulignant très judicieusement les difficultés liées à ce problème. Comme lieu du délit peut être considéré le lieu de l'acte ou de son omission ou bien le lieu du préjudice. Permettez-moi d'attirer, en passant, votre attention sur un arrêt du Landgericht Passau en date du 18 décembre 1952 (IPRspr. 1952-

1953 N° 33) qui nous offre l'exemple d'une omission d'un acte dont le lieu d'omission est différent du lieu du préjudice. Je n'ai rien à ajouter à votre exposé des motifs qui ont été formulés pour appuyer la compétence soit de la loi de l'acte, soit de celle du préjudice. Vous mentionnez la possibilité de combiner l'application de ces deux lois, soit en exigeant que l'acte soit illicite d'après la loi du lieu de l'activité ainsi que d'après celle du lieu du préjudice (système du cumul qui est favorable surtout à l'auteur du délit), soit en permettant de choisir l'une des deux lois en question (système du cumul électif: ce choix est favorable à la victime). Vous soulignez qu'il y a une tendance pour un tel cumul électif dans la jurisprudence allemande. Permettez-moi d'appuyer ce point de votre exposé par la citation d'une décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) en date du 23 juin 1964 (*Warneyer*, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1964, N° 183, pp. 438 et ss.). Il s'agissait d'une tromperie effectuée par le défendeur domicilié à Téhéran qui expédiait de fausses listes de commandes à Dusseldorf où la demanderesse avait son domicile, listes de commandes qui engagèrent cette dernière à exporter des marchandises qui ne furent pas payées. La Cour a décidé que le délit en question avait été commis non seulement à Téhéran, mais aussi à Dusseldorf et qu'il devait être régi, partant, par les deux lois en question — la loi iranienne et la loi allemande. Si l'une de ces lois pose des exigences plus rigoureuses que l'autre, le Tribunal doit appliquer la loi la plus favorable au lésé. La Cour fédérale a suivi dans cette décision la jurisprudence du Reichsgericht (cf. *Kegel*, Internationales Privatrecht, 2e éd. 1964, p. 237, 241).

Quant à moi, j'incline vers la reconnaissance de la compétence de la loi du lieu du préjudice. Je me permets de citer, comme exemple d'une telle solution de notre problème, la nouvelle loi polonaise sur le droit international privé (la loi du 12 novembre 1965: Dziennik Ustaw, 1965, Poz. 290): cette loi dispose dans

son article 31, paragraphe 1, que les obligations extracontractuelles sont régies par la loi de l'Etat dans lequel est survenu le fait qui a causé la naissance de l'obligation. La naissance de l'obligation est causée par le préjudice.

Nous arrivons au problème des dérogations au principe de la *lex locus delicti* (N° 7 de votre exposé préliminaire).

Je partage votre opinion que l'article 12 de la loi d'introduction au Code civil allemand ne peut pas servir de modèle pour le droit supranational (vous dites « pour le droit mondial »). La disposition en question est une clause spéciale d'ordre public (cf. *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1962, pp. 265 et s.) ayant pour but de protéger les ressortissants de l'Etat du for. Les clauses spéciales d'ordre public sont considérées judicieusement comme erronées et, partant, inacceptables (cf. *Kegel*, Internationales Privatrecht [2], 1964, pp. 43, 189 et s.; *Raape*, Internationales Privatrecht [5], 1961, p. 572: « die Rechtslehre verwirft ihn (Art. 12 EGBGB) durchweg »).

Vous mentionnez ensuite la « Verordnung » allemande, datant de 1942, qui proclame compétente la loi allemande pour régir les actes commis à l'étranger par un Allemand contre son compatriote. C'est le principe de la compétence de loi nationale qui doit remplacer, conformément à ce décret, celle de la loi du lieu de l'acte. Ce remplacement est soutenu par M. *Luers* dans un article paru récemment dans la Nederlands Tijdskrift voor Internationaal Recht, 1965, pp. 124-159. Mais ce principe de la compétence de la loi nationale comme règle générale n'est pas pratique par exemple dans les cas où des ressortissants des Etats tiers participent à l'accident. Dans les pays dont la jurisprudence est basée sur la compétence de la loi du lieu du délit, les tribunaux ne dérogent pas à ce principe même dans les cas de nationalité commune des parties en question. Ainsi, en Belgique, le tribunal de Gand (30 juin 1960) et la cour de Gand (19 juin 1962) ont appliqué à une noyade survenue au cours d'une excursion de

jeunesse belge aux Pays-Bas le droit néerlandais sans prendre en considération la nationalité belge commune aux parties. (Cf. *van Hecke* et *Rigaux* dans la Revue critique de jurisprudence belge, 1965, p. 365.)

On exige parfois que les parties aient la même nationalité et leur domicile dans l'Etat dont ils sont ressortissants pour remplacer la loi du lieu par la loi nationale (comme le fait la nouvelle loi polonaise du 12 novembre 1965 mentionnée ci-dessus, art. 31, § 2); il me semble cependant que ce n'est pas la nationalité et le domicile qui doivent décider, mais la nature du rapport juridique en question.

Quant à la législation soviétique actuellement en vigueur (vous mentionnez le droit soviétique) elle ne contient une disposition sur les obligations délictuelles qu'en droit interterritorial: l'article 18, N° 4, des « Principes fondamentaux du droit civil de l'URSS et des Républiques fédérées » (Vedomosti Verchovnogo Soveta, 1961, art. 525) proclame la compétence de la loi du for, mais permet à la personne lésée d'exiger l'application de la loi du lieu de l'acte. Il est clair que de telles dispositions ne peuvent pas faire partie du droit supranational. Les dispositions de ces « Principes fondamentaux » concernant le droit international privé ne contiennent pas de règles sur les obligations délictuelles.

Le N° 8 de votre exposé préliminaire contient des observations concernant l'influence attribuée au milieu social et aux circonstances de fait dans notre matière. On peut considérer cette influence comme un principe qui est appelé à supprimer la règle déclarant compétente la loi du lieu de l'acte. Dans ce cas, on devra chercher pour chaque catégorie de cas ou même pour chaque cas particulier « the proper law of the tort ». Ou bien on peut attribuer à la règle prescrivant de prendre en considération les circonstances de fait le caractère d'une exception au principe de la compétence de la loi du lieu de l'acte. J'accepte cette seconde voie en considérant l'influence attribuée au milieu social comme

une exception qui ne peut pas remplacer la règle générale de la compétence de la loi du lieu, mais seulement restreindre son application pour certaines catégories de cas.

Si on partage ce point de vue on doit donner une réponse à la question de savoir si on doit se contenter d'une formule générale précisant cette exception ou bien si on doit établir une circonstance de rattachement spéciale pour chaque catégorie des rapports juridiques entrant dans ce domaine exceptionnel. Les textes suivants peuvent servir d'exemples d'une formule générale.

L'article 18 du projet de loi uniforme relative au droit international privé des Etats du Benelux:

« La loi du pays où un fait a eu lieu détermine si ce fait constitue un acte illicite, ainsi que les obligations qui en résultent.

«Toutefois, si les conséquences de l'acte illicite appartiennent à la sphère juridique d'un pays autre que celui où le fait a eu lieu, les obligations qui en résultent sont déterminées par la loi de cet autre pays. »

Paragraphe 379, alinéa 1, du Restatement of the Law Second, Conflict of Laws, Tentative Draft N° 9, April 24, 1964:

« The local law of the state which has the most significant relationship with the occurrence and with the parties determines their rights and liabilities in tort.»

Proposition de M. *Binder* dans son article « Zur Auflockerung des Deliktsstatuts » (Rabels Zeitschrift, 20 (1955), p. 498):

« Ist der Sachverhalt so eng mit einer vom Tatort verschiedenen Umwelt verflochten, dass der Tatort als zufällig erscheint, so ist die für jene Umwelt massgebende Rechtsordnung anzuwenden. »

Quant à la concrétisation d'une pareille formule générale un exemple nous est fourni par M. *Binder* (*loc. cit.*) qui a proposé, entre autres, les règles suivantes (je ne cite que quelques exemples):

a) les actes illicites entre époux et membres d'une famille sont jugés d'après la loi du domicile conjugal ou de la famille;

b) les actes illicites dans un groupe de personnes provenant d'un même pays et se trouvant à l'étranger: d'après la loi nationale;

c) les accidents de travail: d'après la loi du lieu d'occupation de l'ouvrier;

d) les cas de concurrence déloyale: d'après la loi nationale s'il s'agit des entreprises du même pays qui exercent leur activité à l'étranger.

Le catalogue de ces règles spéciales va dépendre du catalogue des matières de droit que nous serons prêts d'inclure dans notre projet de Résolution. Je pense donc que la formule générale concernant les exceptions à la compétence de la loi du lieu doit être suivie par des règles concrètes construites à titre d'exemples.

Quant à vos observations concernant l'application de la *lex fori* en invoquant la clause d'ordre public (N° 9 de votre exposé), je pense que cette clause ne doit pas être envisagée dans notre projet: c'est une clause d'une portée générale qui trouve application dans tous les domaines de conflits de lois. Je ne vois pas la nécessité de la mentionner dans le domaine spécial des obligations délictuelles.

L'application de la loi du for comme règle de principe (N° 10 de votre exposé) ne trouve guère, comme vous le mentionnez très judicieusement, de résonance en Europe. J'ai eu déjà l'occasion de dire que je n'accepte pas la compétence de la *lex fori* comme règle de principe.

Les dernières pages de votre exposé (N° 11) sont consacrées à la question de savoir quels rapports de droit doivent être rangés dans la catégorie des obligations délictuelles. Ce pro-

blème est étroitement lié à la structure de notre projet de Résolution. Si nous nous contentons d'une formule générale comme celle du projet de Restatement second ou de l'article 18 du projet de loi uniforme des Etats du Benelux (ces textes sont cités ci-dessus) le problème que nous venons de mentionner ne peut pas surgir. Mais si nous décidons de concrétiser la formule générale, la question n° 2 de votre questionnaire doit trouver une réponse détaillée. Je proposerais alors d'inclure dans le domaine des discussions les cas qui touchent au droit de famille, les cas du droit public, du droit de travail, de la concurrence déloyale, les accidents de la circulation et les actes commis en haute mer, dans l'air ou dans l'espace.

A mon avis, la discussion sur la prescription des actions, sur la charge de la preuve, ainsi que sur les limitations légales de responsabilité nous emmènerait trop loin du sujet immédiat de nos travaux.

Enfin, votre indication qu'on pourrait aussi examiner les rapports entre l'assuré et l'assureur. En ce qui concerne le problème du droit de l'assureur subrogé, ayant indemnisé la victime, ces rapports doivent, à mon avis, être régis par la loi du contrat d'assurance. Quant à la loi qui régit l'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité civile de l'auteur de l'acte, je pense que c'est aussi la loi du contrat d'assurance qui doit régir cette action directe. Mais je dois mentionner qu'en Belgique, par exemple, plusieurs décisions ont rattaché l'obligation de l'assureur au statut de l'acte illicite. L'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité de l'automobiliste responsable d'une collision survenue en France a été appréciée sur la base de la loi française (cf. *van Hecke* et *Rigaux* dans la Revue critique de jurisprudence belge, 1965, pp. 366 et s.). J'ai certains doutes quant à la question de savoir si nous devons inclure ces questions dans le domaine de nos investigations.

Vous trouverez en annexe à ces observations mes réponses à votre questionnaire du 1er novembre 1965.

Veuillez agréer, cher Monsieur et très honoré confrère, mes sincères félicitations pour votre excellent exposé ainsi que l'assurance de mes sentiments très amicalement dévoués.

Alexandre Makarov.

Réponses de M. Makarov au Questionnaire

1. Je pense que nous ne devons pas considérer le problème de la qualification comme tel. En appliquant la *lex causae* nous devons prendre en considération aussi la *lex fori:* il me semble que votre proposition terminologique (notions générales de non-licéité de la *lex fori*) peut être acceptée, car elle indique judicieusement que c'est la méthode comparative qui doit être appliquée.

2. Il faut considérer les obligations délictuelles en général.

3. *a)* Oui.
   b) Oui, les cas du droit public.
   c) Oui.
   d) —
   e) Oui.
   f) Oui.
   g) Oui.
   Il faut considérer chacun de ces cas dans sa totalité.

4. Comme je l'ai proposé dans mes observations concernant l'exposé préliminaire, nous devons, à mon avis, accepter

la règle générale de la compétence de la loi du lieu du délit, mais la faire suivre d'une formule prescrivant dans des cas exceptionnels de déclarer compétente une loi du pays qui doit être considéré comme pays du milieu social de l'acte. J'ai proposé ci-dessus une concrétisation de ces cas exceptionnels, en soulignant que cette concrétisation ne doit pas être considérée comme épuisant la matière.

5. Oui, il le faut.

6. J'incline pour la reconnaissance de la compétence de la loi du préjudice. L'application cumulative de la loi de l'acte et de celle du préjudice favoriserait le délinquant. L'application alternative de l'une des deux lois en question aurait toujours pour résultat l'application de la loi la plus favorable à la victime. Quant à l'application de la loi d'une partie essentielle soit de l'acte, soit du préjudice, elle se heurterait à la difficulté de fixer la partie essentielle de l'acte et respectivement du préjudice.

7. Non, il ne faut pas l'exiger.

8. Voir à ce sujet ma réponse à la Question 1.

9. Dans mes observations, j'ai proposé de restreindre l'application de la loi du lieu par une formule générale concernant l'appartenance des effets de l'acte à la sphère juridique d'un autre pays et de donner ensuite des exemples d'une telle appartenance. Je me permets de considérer cette proposition comme une réponse à la question 9.

10. *a)* Non, il ne le faut pas.

b) Non, il ne le faut pas.

11. *a)* Oui.

b) Oui.

c) Oui.

d) Oui.

e) Oui.

Quant aux *lit. f)* à *j)* de la Question 11 je pense que ces questions peuvent rester en dehors de nos investigations.

A. Makarov.

7. Réponse de M. Georges S. Maridakis

Athènes, le 30 mars 1966.

1. Le droit particulier à chaque Etat, dans sa fonction régulatrice de la vie en commun qui se déroule sur le territoire étatique, trace des limites au champ d'action de chaque personne en lui conférant des droits déterminés et en lui imposant des obligations.

Une obligation peut être assumée en vertu d'un rapport juridique auquel une personne s'est volontairement prêtée ou bien résulter de l'injonction générale qui interdit d'empiéter sur la sphère d'intérêts ou des biens d'autrui. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, l'agissement par lequel une obligation est méconnue, constitue un comportement contraire aux commandements de l'ordonnancement juridique et, partant, un acte illicite. Mais dans la première hypothèse, l'acte illicite disparaît derrière le rapport établi entre les personnes qui ont adhéré volontairement à l'octroi réciproque de droits et à la création d'obligations corrélatives. Il est en quelque sorte absorbé dans ce rapport. A proprement parler, il y a délit (acte illicite) toutes les fois qu'une personne empiète sur le

champ d'activité réservé à une autre personne sans y être autorisée en vertu d'un lien juridique préétabli.

Cette distinction n'est autre que celle posée dans le texte fameux de *Gajus*, Inst. III, 88: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (Voir *F. De Visscher*, Les origines de l'obligation *ex delicto*. Etudes de droit romain (1931) p. 257. *Rabel*, Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen. Deutsche Landesreferate zum int. Kongress für Rechtsvergleichung im Haag (1932) 10).

2. Il y a donc délit (acte illicite) lorsque le sens de l'acte est en contradiction avec le droit objectif. Mais au droit de quel Etat le sens d'un agissement déterminé doit-il s'opposer pour que cet agissement puisse être qualifié d'illicite?

L'homme, tenu à mener une vie et en général à se conduire conformément à la loi, prend nécessairement en considération les prescriptions du droit de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve au moment d'entreprendre un acte déterminé. Il s'ensuit qu'un acte n'est contraire au droit que si et dans la mesure où son sens est en contradiction avec le droit en vigueur dans l'Etat, sur le territoire duquel se trouve l'auteur de l'acte.

Mais à supposer que les faits dans lesquels l'acte ou l'agissement se matérialise ne se sont pas tous produits sur l'étendue d'un seul Etat ou que les conséquences de ces faits se sont manifestées sur le territoire de plusieurs Etats *(locus laesionis)*, la question se pose de savoir auquel des droits de ces Etats le sens de l'acte doit s'opposer pour que celui-ci puisse être qualifié d'illicite?

3. Les faits dans lesquels se matérialise l'agissement du sujet sont interdépendants et, considérés dans leur ensemble, peuvent se ramener à l'unité. Cette unité dans l'agissement du sujet existe, que les faits matériels qui en sont les éléments constitutifs ou les conséquences qui en découlent se soient réalisés

simultanément ou successivement, ou que ces faits et conséquences se soient produits sur le territoire d'un seul Etat ou sur des territoires relevant de plusieurs Etats. Or, lorsque, malgré la multiplicité des faits par lesquels il s'est manifesté, l'agissement du sujet, pris dans son ensemble, se ramène à l'unité, il est nécessaire que ce soit le droit d'un seul Etat qui fournisse le point de départ, comme aussi les éléments de solution définitifs pour la détermination des effets juridiques de cet agissement.

4. Le terrain du droit international privé se présente au juge comme le terrain par excellence sur lequel il peut exercer une initiative et une activité de la nature de celle appartenant au législateur, selon la directive posée par l'article premier du Code civil suisse, qui exprime en ceci la célèbre doctrine d'*Aristote*, Ethique à Nicomaque E.14. 1137b 22:

ὅταν οὖν λέγῃ μέν ὁ νόμος καθόλου, συμβῇ δ'ἐπί τούτου παρά τό καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἢ παραλείπει ὁ νομοθέτης καί ἥμαρτεν ἁπλῶς εἰπών, ἐπανορθοῦν τό ἐλλειφθέν, ὅ κἄν ὁ νομοθέτης αὐτός ἄν εἶπεν ἐκεῖ παρών (αὐτός οὗτος ἄν εἴποι ἐκεῖ παρών) καί εἰ ἤδει ἐνομοθέτηθεν ἄν.

Le juge fera œuvre semblable à celle du législateur pour autant que, en mettant en présence et en comparant les droits établis dans les Etats où l'agissement du sujet s'est manifesté, en appréciant les circonstances particulières qui entourent le cas d'espèce, enfin en s'inspirant « des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », il veuille procéder à l'instar du *praetor peregrinus* (Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours 1962, page 509) et façonner une règle de fond de nature à disposer du *factum* (Tatbestand) porté devant lui de la manière dont le ferait le législateur actuel (« *ἐκεῖ παρών* ») se prononçant dans un esprit d'équité.

S'il répugne au juge de suivre cette voie, et s'il persiste dans le chemin battu, sa fonction normative se bornera à rechercher le droit d'un Etat déterminé pour en faire application au cas d'espèce. En ce cas, nous croyons, que plutôt que la *lex fori*, la *lex loci delicti commissi* ou la *lex loci laesionis*, il est préférable d'appliquer le droit qui convient le mieux au cas envisagé en considération des circonstances particulières, c'est-à-dire celui qu'on a pu appeler: « The proper law of the Tort » (*Morris*, The proper law of the Tort, Harvard Law Review 64 (1950/51) 881. *Neuhaus*, Rabels Z.16 (1951) p. 651. *M. Wolff*, Int. Privatrecht Deutschlands (1954) § 31, note 9, page 166).

5. La « proper law of the tort » constitue le domaine étendu dans lequel le juge pourra se mouvoir pour vérifier si l'agissement du sujet, pris dans son ensemble, contrevient effectivement au sentiment de justice et constitue un *acte illicite (generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit)* et, si, étant survenu par la faute du sujet il est de plus un *délit (culpa quam Graeci ἀδιηίαν dicunt)*. C'est encore là notons-le, une distinction que l'on retrouve dans *Aristote*, et qui a fortement agi sur la pensée des Romains.

Aristote, Ethique à Nicomaque E.10.1135.16:

ἀδικεῖ μέν καί δικαιοπραγεῖ ὅταν ἑκών τις αὐτά πράττῃ. ὅταν δ'ἄκων οὔτε ἀδικεῖ οὔτε δικαιοπραγεῖ ἀλλ' ἤ κατά συμβεβ κός... ἀδίκημα δή καί δικαιοπράγημα ὥριοται τῷ ἑκουσίῳ καί ἀκουσίῳ· ὅταν γάρ ἕκαστον ἡ ψέγεται ἅμα δέ καί ἀδίκημα τότ'ἐστιν· ὥστε ἔσται τι ἄδικον μέν ἀδίκημα δ'οὔπω ἐάν μή τό ἑκούσιον προσῇ.

(*Kübler*, Rechtsidee und Staatsgedanke. Festgabe für Binder (1930) p. 63. Le même auteur dans le volume: Introduction à l'étude du Droit comparé. Recueil d'études en l'honneur de Lambert, I, (1938), p. 174.)

Dans cet esprit, le juge pourra, s'il y a lieu, se prononcer sans rigidité sur les questions connexes de la *culpa concurrens*, de la responsabilité objective, du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, sur celles pour les fautes d'autrui, etc.

Georges S. Maridakis.

8. Réponse de M. Rodolfo De Nova

Pavia, December 30, 1965.

Dear Professor Offerhaus,

From your pen, only valuable contributions are to be expected. My appreciation of your preliminary report on torts is therefore a foregone reaction and I can start right away to set out my opinion on the subject matter itself.

As I pointed out in the concluding remarks of an article I wrote several years ago (*Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato*, in « Comunicazioni e Studi » dell'Istituto di Diritto Internazionale e Straniero dell'Università di Milano, vol. IV, 1953, pp. 7-21, at p. 21), the challenging proposal by Dr. J. H. C. Morris—that one should discard the traditional and deceptively simple rule of *locus delicti commissi* in favor of a search for the « proper law » in a variety of situations raising the question of tort liability—deserved a trial. But I added that such an unfettered research might well lead, *de lege ferenda*, to a fairly limited set of rules, just as *de lege lata* one could not ignore that in several legal systems definite rules were already available.

The question of the private international law of torts, that had long been rather dormant, has certainly become a very lively issue of late (on Italian law, see Ferrari Bravo,

Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato, in " Rivista di Diritto Civile ", vol. VII, 1961, pp. 80-113; *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato*, in " Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari ", vol. XVII, 1963, pp. 19-76). In the United States it has even acquired an emblematic value, by becoming a sort of testing ground for the new insights that, after storming the class-rooms and the law reviews, are now gaining a foothold in the courts.

I suggest, however, that the Institute keeps on traditional tracks in the way of fundamentals. This seems to be the approach that your report implies. In other words, conflicts problems are envisaged as arising in the framework of a positive legal order, to be solved therein through the choice of " points of contact " leading from a typical fact situation (characterized according to the views of that legal order) to a legal system that will supply (or, better, from which will be taken) the rule of decision in the living issue.

In our case, one has to do with situations that, in the light of *the legal ideas* grounded in the *lex fori* (" characterization " !), might involve a responsibility *ex delicto*. One has to find the legal order competent to state definitely whether *in casu* it is so or not, *i.e.* whether a wrong has been done and what are the consequences thereof in private law.

In my opinion, the old rule applying the *lex loci delicti commissi* deserves approval on principle, particularly when the alleged wrongful behavior of a person, or referable to a person, has an impact on a local community by having taken place in its territory and done damage to people living there. Doubts on the appropriateness of the rule crop up, however, when *a)* the place of acting is different from the place (or places) of injury (meaning by " place ", of course, a *territorium legis*), *b)* the place of the tort is either " fortuitous " or " immaterial ".

Most criticisms levelled at the *lex loci delicti* rule are indeed prompted by its inadequacy in such situations. In a legal system that has a written rule of that sort (like art. 25 II of the preliminary dispositions to the Italian civil code), the difficulty envisaged under *a)* is usually overcome by characterizing the connecting factor *locus delicti* as meaning either the place of conduct or the place of harm. But we are engaged in a search *de lege ferenda* and should try to refine the rule itself. To this purpose, I suggest that Professor Ehrenzweig's main proposal be accepted (see his article in *Minnesota Law Review*, vol. XXXVI, 1951, pp. 1-49, at p. 27; and his *Treatise*, p. 548: " admonition versus compensation "), namely, to distinguish between two types of tort:

1. Torts covered by provisions aiming first of all at *punishing* the wrongdoer and *deterring* the others; 2. Wrongful acts to which the law mainly reacts by imposing a duty to *compensate* the victim for the suffered harm. The former ones, " remaining prevailingly admonitory, should retain their relation to the law of the place of the wrongful act ". The latter, on the contrary, should come under the law of the place of harm.

As to hypothesis *b)*, what does one mean by saying that the place of wrong is " fortuitous "? It seems that reference is made to the expectations of the wrongdoer. If the tortious act or its harmful effects happened *where they did* only by chance, then the law of that place could not possibly have been considered by the person whose behavior is questioned. For instance, a plane is taken off its regular course by a blizzard and crashes in a State that was not on the flight's schedule; or poisoned food, purchased in State A, is eaten in some far away place; or a faulty engine, assembled and sold in State A, cracks up and causes an accident somewhere else.

But the place of wrong may not be fortuitous at all, and yet the resort to its law may appear equally unsatisfactory. In such

a case, one might properly say that the *locus* is " immaterial " to the legal evaluation of the facts. The *Babcock* case is in point. A party from New York crosses into Canada by car; on account of negligent driving by its owner, the automobile runs into a wall and a passenger guest is hurt. The question of liability of a New Yorker towards a New Yorker for something that happened during a trip planned, started and to be concluded in New York, effected by the use of a car registered and insured in New York, appears to be related to the community, and therefore to the legal system, of New York much more than to the community and the law of the Canadian province where the accident took place, although it was not " fortuitous " that the people involved in the accident happened to be there. The accident—in so far as it raises a question of tortious liability—did not so much affect the " social sphere " of Canada as that of New York.

If, however, the reckless driving by the New Yorker in Canada had caused an injury to a person—not necessarily a Canadian—*who was not a member of the party*, then Canadian law would have been the proper one to apply. The " foreignness " of the happening in this case being reduced in comparison to the other situation, the importance of the *locus* has proportionately increased and becomes again decisive, in favor of the basic rule: *lex foci delicti commissi.*

In the light of these general remarks, here are my tentative answers to your questionnaire:

1. *a)* I am in favor of characterization *lege fori*, provided it is done with due consideration of the fact that it is *conflicts* and not substantive rules one is interpreting.

2. Yes, one should start with a search for " signposts ".

3. and 4. I suggest that the net be cast wide: all sorts of tort ought to be inspected, at least on the surface. Should it appear

that a type of case (very likely, most of those mentioned under 3) requires special handling, it should be set aside for closer scrutiny in the near future. I would leave out altogether—for the time being—the cases envisioned under 3 *b)*.

5. Yes.

6. I suggest that the *locus delicti commissi* is the place of acting in " admonitory " torts, and the place of harm in " compensatory " ones.

7. and 8. No.

9 *a)*. No.

9 *b)*. Yes (one should look for the " social environment " affected).

10. No.

11. Yes on all points, although I am doubtful about the last two (insurance).

Very sincerely yours,

Rodolfo De Nova.

9. Réponse de M. Charalambos Fragistas

Thessalonike, le 10 mars 1966.

Première question. — I. Pour répondre à la première question il faut prendre comme point de départ l'objet de la « qualification » en droit international privé. Qu'est-ce qu'on qualifie?

La question, on le sait, prête à discussion (comp. *Falconbridge*, Canadian Bar Review, 1952, p. 193 et s., 264 et s., *Wengler*, Festschrift *Martin Wolf*, 1952, p. 337 et s. et Revue

critique de droit international privé, 1954, p. 661 et s., *Batiffol*, Traité de droit international privé, 1959, p. 339, note 5).

On pourrait peut-être avancer que ce qu'on qualifie est plutôt une *relation de droit hypothétique*, c'est-à-dire une relation de droit qui pourrait naître de l'application à certains faits de règles de droit appartenant à un certain ordre juridique national.

Dans le domaine international il y a des faits qui ont des points de rattachement avec plusieurs ordres juridiques. En raison de ces liens, ces faits peuvent être appréciés du point de vue de plusieurs ordres juridiques, c'est-à-dire du point de vue de l'ordre juridique de l'un ou de l'autre de leurs points de rattachement.

Qualifier c'est soumettre aux règles de conflit d'un Etat déterminé ces différentes appréciations et choisir la règle de conflits appropriée.

Or, dans le problème de la qualification, il y a toujours une loi nationale. Le problème est de savoir si cette loi est bien choisie.

Avant la qualification il n'y a pas de *lex causae*. C'est par la qualification que nous arrivons à la *lex causae*. Avant la qualification, il y a des faits et des rattachements hypothétiques de ces faits avec plusieurs systèmes nationaux. Chacun de ces systèmes peut devenir la *lex causae*, et c'est par la qualification que l'un de ces systèmes va devenir la *lex causae*.

La qualification est le résultat de l'interprétation des règles de conflit d'un Etat donné et de l'analyse des règles de droits nationaux ayant un certain lien avec les faits litigieux.

C'est dans ces limites que la future *lex causae*, ainsi que ses rivales peuvent intervenir dans le problème des qualifications. Je ne pense pas que dans le domaine des obligations délictuelles ce rôle doive devenir plus grand.

J'estime au surplus qu'il est plus prudent de n'en rien dire dans la Résolution de l'Institut. Malgré le rapprochement des

vues qu'on pourrait constater pendant les dernières années sur le problème des qualifications, il serait difficile de trouver une formule capable de satisfaire la majorité des membres de l'Institut.

Deuxième question. — Néanmoins, une définition des obligations délictuelles pourrait simplifier le problème des qualifications dans ce domaine.

Qu'entend-on sous la notion d'obligations délictuelles dans les règles de conflits?

Est-ce seulement les cas de la responsabilité fondée sur un acte illicite et coupable? Est-ce tous les cas de la responsabilité fondée sur un acte illicite, même s'il n'y a pas de culpabilité? Ou bien voulons-nous pousser plus loin et embrasser aussi les différents cas de risque, où la responsabilité est fondée sur un fait, même si ce fait n'est pas illicite ni coupable?

Je pense que ces trois cas peuvent être traités tous à la fois. Tout d'abord, il n'est pas toujours facile de distinguer nettement les uns des autres. Ce sont surtout les cas de faute présumée et les cas de risque pur et simple qui se ressemblent beaucoup. Mais, en dehors de cette difficulté, ces trois cas présentent, du point de vue du droit international privé, des situations semblables, susceptibles d'être traitées de la même façon. En effet, si, comme je le pense, nous voulons rester fidèles, tout au moins en principe, à l'application de la *lex loci actus*, les arguments qui militent pour cette loi dans le domaine des actes illicites proprement dits, militent aussi en matière de risques.

Ce qui est essentiel dans tous les cas précités, c'est que la responsabilité ne soit pas fondée sur un lien spécial préexistant entre le créancier et le débiteur. Si la responsabilité est fondée sur un tel lien, par exemple sur la parenté ou sur un contrat, c'est plutôt le droit régissant ce lien spécial qui s'applique, et non la *lex loci actus.*

Cela ne signifie pas que l'existence d'un lien juridique spécial entre les parties empêche que naisse entre elles une relation juridique délictuelle ou quasi délictuelle; cela est possible, mais il faut qu'il ne s'agisse pas d'un simple effet juridique du lien préexistant, mais d'une relation de droit nouvelle, autonome et indépendante, fondée sur un fait qui aurait conduit à la responsabilité du débiteur, même si aucun lien spécial n'existait entre lui et le créancier.

D'autre part, il ne serait pas souhaitable d'intégrer dans la Résolution de l'Institut les cas de la *negotiorum gestio* et l'enrichissement sans cause. Malgré les ressemblances qui, du point de vue du droit international privé, existent entre ces deux institutions et les obligations délictuelles et quasi délictuelles, je pense que les premières se distinguent par certains traits particuliers et qu'il serait plus prudent de les traiter séparément.

D'après ce qui précède, ma réponse à la deuxième question est claire: Oui, il faut régler toutes les obligations délictuelles, même les cas de risques. Peut-être faut-il examiner s'il y aurait lieu d'élargir le titre du sujet.

Je pense, enfin, qu'une définition de la matière qui fera l'objet de la Résolution de l'Institut serait très utile. Elle servirait à préciser le domaine de la Résolution et à restreindre les difficultés de qualification qui, sans doute, se présenteraient dans son application.

Troisième question. — Les cas qui touchent au droit de la famille sont des effets de liens de famille plutôt que des délits autonomes (par exemple la rupture des fiançailles). Je pense que ces cas doivent être soumis à la loi personnelle des parties.

Les cas de droit public n'entrent pas, je pense, dans le cadre de notre matière. Il s'agit ici toujours de relations de droit privé. D'autre part, le genre de la juridiction compétente

(tribunaux civils ou tribunaux administratifs) ne joue pas de rôle dans la détermination de la loi applicable au litige.

En ce qui concerne le domaine du droit de travail, il faut distinguer entre les effets du contrat de travail et les obligations délictuelles autonomes. Je ne vois pas pourquoi ces dernières ne seraient pas soumises à la réglementation générale.

La concurrence déloyale doit, en principe, être soumise à la règle générale; mais il ne faut pas perdre de vue que dans plusieurs Etats cette matière est réglée par des prescriptions spéciales et même par des traités internationaux.

Bien entendu, les accidents de la circulation doivent être réglés par notre Résolution; c'est une matière d'une importance pratique très grande.

Les actes commis en haute mer, dans l'air ou dans l'espace doivent être envisagés et réglés par une disposition *ad hoc*; chacune de ces catégories présente des difficultés spécifiques.

Quatrième et cinquième questions. — I. Malgré quelques tendances récentes, relevées dans l'exposé préliminaire, je pense que, tout au moins en principe, on doit s'en tenir à la *lex loci actus.*

Les obligations délictuelles naissent de règles de droit de nature générale, qui s'adressent à tous ceux qui vivent dans un même pays. Tous doivent, d'une part, prendre en considération que les effets de leur conduite générale sont soumis aux règles de droit du pays où se déroule leur activité; d'autre part, ils peuvent avoir l'expectative justifiée que leurs intérêts seront protégés selon les lois de ce même pays. Entre ces effets et ces expectatives se forme un équilibre qui donne aux individus une sûreté de droit et qui leur permet de développer leur activité sur une base à la fois générale et solide.

Les règles générales de droit, qui protègent les intérêts des individus contre tout préjudice causé par la conduite ou même

par les « choses » d'une autre personne, sont attachées fortement au territoire sur lequel les faits respectifs se développent. Elles ont, tout au moins en principe, un caractère territorial. Les effets juridiques produits par ces règles ne peuvent pas varier, tout au moins en principe, selon le statut personnel de la personne responsable ou de la victime.

Telle est la raison fondamentale pour laquelle on devrait, à mon avis, insister sur la *lex loci actus*. Mais, de plus, on doit s'en tenir à cette loi faute de mieux. En effet, plus on étudie le problème, plus on s'aperçoit qu'il serait très difficile de remplacer la *lex loci actus* par une autre loi.

Revenir à la *lex fori* serait un recul. Imposer l'application cumulative de la *lex fori* avec la *lex causae* ne serait guère plus justifié. La *lex fori* doit être appliquée aux délits pénaux, mais les obligations délictuelles de droit privé n'ont rien à voir avec ces délits. En outre, dans des cas extrêmes, la notion de l'ordre public pourrait toujours satisfaire l'amour propre de la *lex fori*.

Accepter la solution du « Restatement second », d'après laquelle les obligations délictuelles doivent être régies « by the local law of the state which has the most significant relationship with the occurrence and the parties " ? La solution est à première vue séduisante; elle donne au juge la possibilité de chercher dans chaque cas concret le droit le plus convenable. Mais elle a le grand désavantage d'être trop vague. De plus en plus on peut constater, en droit international privé, la tendance à confier trop de choses au pouvoir des juges. Cette tendance est dangereuse. Elle enlève au droit international privé l'élément d'unité et de sécurité et elle conduit à des solutions arbitraires.

Tels sont les arguments qui militent, en principe, en faveur de la *lex loci*, qui d'ailleurs est depuis longtemps la loi applicable dans la pratique de la majorité des Etats.

On pourrait admettre une exception à cette règle pour le cas où l'obligation délictuelle naît entre personnes qui ont le même

statut personnel et se trouvent provisoirement dans un pays étranger. Dans ce cas on pourrait peut-être appliquer le statut personnel (comp. *Kegel,* Internationales Privatrecht, § 18, IV, 1 *b*).

En faveur de cette solution exceptionnelle milite l'argument que les personnes qui se trouvent à titre provisoire dans un pays étranger ne sont pas suffisamment liées avec le milieu de ce pays; si elles ont le même statut personnel, il paraît plus raisonnable de soumettre leur conduite et leurs intérêts à ce statut, qui leur est plus proche que celui de leur résidence éphémère.

Sixième question. — Le délit est accompli aussi bien au lieu de l'acte qu'au lieu du préjudice causé. Il faut laisser le choix à la victime. Il va de soi qu'elle choisira la loi la plus favorable à ses intérêts.

On a prétendu qu'il fallait distinguer entre cas d'actes illicites et cas de risque. Je ne le pense pas. Dans les uns comme dans les autres, l'auteur doit envisager le préjudice que sa conduite pourrait causer dans un pays étranger.

Mais il serait possible de faire une autre distinction. Dans certains cas, en raison de faits que l'auteur ne pouvait pas prévoir, le préjudice de l'acte s'est réalisé dans un pays étranger. On pourrait penser que dans de tels cas c'est seulement le droit du pays de l'activité de l'auteur qui devrait être appliqué. En effet, l'auteur de l'acte ne pouvait pas prévoir que sa conduite pourrait produire des dommages dans le pays où le préjudice a été réalisé. Supposons qu'un voyageur achète des conserves à Paris, il les mange à New York et meurt à cause d'elles dans cette dernière ville. On pourrait croire que c'est seulement le droit français qu'on devrait appliquer, si la société qui produit les conserves ne les exporte pas à l'étranger. Si, par contre, cette société exporte ses produits à l'étranger, les droits des pays destinataires doivent être pris en considération.

Il faut encore ajouter que comme lieu du préjudice, on doit considérer le pays dans lequel la conduite de l'auteur a porté atteinte à la victime. Si, à cause d'un déplacement postérieur de personnes ou de biens, le préjudice s'est réalisé finalement dans un autre pays, ce dernier pays ne peut pas être pris en considération. Si, par exemple, une personne est blessée en Grèce et qu'ensuite elle est transférée et meurt à Vienne, c'est seulement le droit hellénique qui doit être appliqué.

Septième question. — Je ne pense pas que la loi du for pourrait limiter la responsabilité de l'auteur, lorsque celui-ci a la nationalité du pays du for. On devrait peu à peu éliminer toute discrimination entre nationaux et étrangers.

Huitième question. — Je ne crois pas que l'on doive exiger que l'acte soit illicite aussi d'après la loi du for. Ce n'est que pour des raisons d'ordre public qu'on pourrait admettre une intervention de la loi du for (voir ci-dessus la réponse aux quatrième et cinquième questions).

Neuvième question. — Comme il est dit à la fin de ma réponse à la sixième question, en cas de statut personnel commun, on pourrait admettre l'application de la loi personnelle des parties, si le délit est commis dans un pays étranger, dans lequel les parties se trouveraient provisoirement.

Je ne suis pas d'accord pour remplacer la *lex loci actus* par la loi du pays, à la sphère juridique duquel appartiennent les conséquences ou les effets de l'acte. Cette formule me paraît très vague. Contre elle militent les arguments que j'ai déjà exposés contre la formule américaine du « Restatement second ».

Dixième question. — Dans les cas mentionnés dans cette question je ne crois pas que l'on doive remplacer la *lex loci actus* par la loi du for.

Onzième question. — *a)* Il me semble que la faute concomitante de la victime est tellement liée avec la question de la responsabilité délictuelle qu'on ne pourrait pas la soumettre à une loi autre que celle qui règle cette dernière question.

b) La responsabilité des enfants et des aliénés doit être soumise aussi à la *lex loci actus*. Il s'agit plutôt « d'un élément d'organisation de la responsabilité délictuelle que d'un cas de véritable capacité; la notion de capacité doit être limitée à « l'aptitude de s'engager par acte de volonté » (v. *Batiffol, loc. cit.* n° 562).

c) La responsabilité pour les fautes d'autrui, indépendamment de sa qualification de responsabilité délictuelle ou de cas de risque, doit être soumise aussi à la *lex loci actus*. Certes, cette responsabilité repose sur un lien de droit préexistant, à savoir la parenté, la tutelle ou le contrat, mais ce lien existe entre la personne responsable et l'auteur du préjudice, alors que, de la notion du délit en droit international privé, nous avons exclu les cas dans lesquels il y a un lien préexistant entre l'auteur du préjudice et la victime.

d) et *e)* Je pense que dans les cas mentionnés sous ces lettres c'est plutôt la loi de la responsabilité délictuelle, et non la loi de succession, qui doit être appliquée. En effet, la question de savoir si un droit ou une obligation sont susceptibles d'être transférés aux héritiers est une question liée avec ce droit même ou cette obligation, plutôt qu'avec le droit qui règle la succession.

f) Il serait souhaitable qu'on puisse s'entendre sur la qualification de la question de la prescription comme sur une question de droit matériel et non comme sur une question de procédure.

g) La charge de la preuve et les présomptions de responsabilité sont tellement liées avec l'essence même de la responsabilité qu'on ne pourrait pas les séparer de cette dernière.

h) Il ne faut pas douter que les limitations légales de la responsabilité doivent être réglées d'après le statut de la responsabilité elle-même.

i) et *j)* Les problèmes liés avec le contrat d'assurance sont assez compliqués; mieux vaudrait les étudier dans une Résolution qui aurait pour objet ce contrat.

Charalambos N. Fragistas.

10. Réponse de M. Adolfo Miaja de la Muela

Valencia, décembre 1965.

1. Je crois que, avant tout, il faudrait savoir ce que nous devons faire entrer dans le concept des obligations délictuelles: la délimitation de leur contenu, c'est-à-dire leur qualification en face des autres concepts juridiques, s'avère absolument nécessaire comme point de départ.

2. et 3. Malgré une certaine hésitation, je pense que nous devons nous borner au domaine traditionnel du droit privé.

4. Si la limitation que je viens d'exprimer est acceptée, il n'y a pas besoin des règles spéciales.

5. Oui.

6. En principe, la loi de l'acte, avec l'exception que celle du préjudice serait aussi la loi du for.

7. Oui.

8. Oui.

9. Non.

10. Dans le cas énoncé *sub b)*, je ne crois pas possible d'arriver à un accord sur le *forum conveniens.*

11. Oui, avec la prise en considération des normes de droit public ou, le cas échéant, de l'ordre public du for.

Adolfo Miaja de la Muela.

Delictual Obligations in Private International Law

Twenty-sixth Commission *

2. Final Report and Draft Resolution
presented by
M. *Otto Kahn-Freund*

I. *Genesis of the present Draft Resolution*

(1) It is impossible to present this Report without paying a warm tribute to our late colleague, Professor Johannes Offerhaus of Amsterdam. Through his complete mastery of the subject and through the scholarly analysis of the principal problems he placed before our Commission both in his *exposé préliminaire* and in his *rapport provisoire,* and especially through the judicious formulation of the questions he submitted to its consideration, he enabled the Commission after his lamented death to complete the work without major difficulty. The present Rapporteur was called upon to do no more than to put the finishing touches to the edifice erected by his distinguished predecessor.

(2) Professor Offerhaus' *exposé préliminaire* was dated August 1st 1965. The *questionnaire* which had been attached to this document was amended as a result of the meeting of the Commission at the Warsaw Conference of the Institute in Sep-

* The twenty-sixth Commission is actually composed of M. Otto Kahn-Freund, Rapporteur; MM. Audinet, Batiffol, Cheatham, Graveson, Gutzwiller, van Hecke, Makarov, Maridakis, De Nova, Valladão, Wengler, Žourek, Members.

tember 1965. To this amended *questionnaire,* dated November 1st, 1965, answers were received from MM. Audinet, Batiffol, Cheatham, Kahn-Freund, Makarov, Maridakis, and De Nova (members of the Commission) and from MM. Fragistas and Miaja de la Muela (who were invited members). On the basis of these answers Professor Offerhaus drafted a *rapport provisoire,* dated August 15th, 1966, and a *projet provisoire de Résolution* which was further discussed in a number of contributions by MM. Audinet, Cheatham, Miaja de la Muela, and Wengler. The *rapport provisoire,* the *projet provisoire de Résolution,* the *exposé préliminaire,* the *questionnaire,* and the answers to it have been circulated to the Members of the Institute. The observations of MM. Audinet, Cheatham, Miaja de la Muela, and Wengler are appended to the present Report.

(3) After the present Rapporteur had been appointed, and before the meeting of the Commission at Nice in September 1967, he sent to its members and to those invited to participate in its work a circular letter dated 1st August 1967 *. On the basis of this letter the further *modus procedendi* was clarified by the Commission at Nice. The outcome of its meeting enabled the Rapporteur to draft a Resolution. He found it unnecessary, as at first envisaged, to seek further consultation by circulating another memorandum. This departure from the normal procedure of the Institute seemed at first to be necessary in view of the unusual history of this Commission. On further reflection it clearly appeared to be obviated by the excellent work done by Offerhaus and the detailed discussion which had taken place at Nice.

(4) The Resolution which is now submitted to the Institute therefore follows the lines of Professor Offerhaus' *projet provi-*

* See Annex I, p. 484

soire de Résolution with such modifications as were decided by the Commission at Nice in 1967. Thus, the Preamble has been expanded so as to give a broad justification for the choice of law rules and exceptions proposed in the Resolution. The catalogue of examples to illustrate situations or issues which justify the displacement of the *lex loci delicti* (Art. 3 of the *projet provisoire,* Art. 4 of the present Draft) has been enlarged, and so has the illustrative list of issues comprised in the scope of the *lex delicti* (Art. 4 of the *projet provisoire,* Art. 3 of the present Draft). Other changes result from the view expressed by M. *Cheatham* (Answer No. 4, p. 390) and by the authors of the Second Draft Restatement on the Conflict of Laws of the American Law Institute, as well as by M. *Wengler* (Observations, para. 3), and adopted by the present Rapporteur that what has to be determined is the law which governs a particular issue and that in a given case different laws may have to be applied to different issues. This has led to a significant modification in the wording of Article 2, and to a number of less significant modifications in the wording of Articles 3, 4, and 6. It has also made it advisable to reverse the order of Articles 3 and 4, and to make some further verbal changes.

II. *General Character of the Resolution*

(5) The members and invited members of the Commission who answered Professor Offerhaus' *questionnaire* or made observations on the *rapport provisoire* were unanimously of the opinion that the Resolution should deal with the problem of the law applicable to delictual obligations as a general problem, and not with the law applicable to particular categories of delicts. There can be no doubt that certain types of delicts (e.g. those connected with family relations, with labour relations,

with transport by sea or by air, with economic activities in general, etc.) require additional special rules. But since these are additional to, and not in derogation of, the general principles, it has not been considered as necessary to exclude from the scope of the Resolution any particular categories of delict or tort. (See the observations of M. *Makarov* at. p. 414). As M. *van Hecke* pointed out at the meeting of the Commission at Nice, this policy corresponds to the one adopted by the Institute in the matter of conflicts of law with regard to contracts.

(6) At its meeting at Nice the Commission also decided (by a majority) to adhere to the policy adopted by Professor Offerhaus of limiting the Resolution to the enunciation of certain broad principles. As he said at the end of his *rapport provisoire* (p. 341): "*Il est nécessaire de se limiter aux grandes lignes*". The present Rapporteur finds himself in complete agreement with this policy. It corresponds to the needs of our time, and it enables the Institute to perform a particularly valuable service to private international law. It would be inopportune to encumber the Resolution with considerations of detail many of which defy discussion in terms of the law of delict in general and require an analysis of particular types of delict.

(7) The branch of private international law with which we are concerned is going through a crisis. After having for centuries been outside the main stream of the discussion on the conflict of laws, the problem of the conflicts aspect of delictual liability has moved into the centre of the interest of those applying, developing, or reflecting upon the principles of private international law. The reason for this is to be found in the technical and commercial developments of our time: the development of mechanised transport, of mass media of com-

munication, of a great increase in commercial intercourse, of revolutionary changes in the technical equipment of industry, etc. But these developments have also induced the courts and academic writers to question the old principle that the liability for the consequences of a delict is governed by the law of the place at which the delict is committed. The *locus delicti*, that is the geographical environment of the act or conduct, is in a rapidly growing number of situations shown to be " fortuitous ", that is unconnected with the social environment of the parties, or of the relationship which exists between them. Thus, motor accidents, and even more so, aircraft accidents, often occur at a particular spot owing to the fleeting presence of the parties there—a presence which may be intended to last for no more than a few hours, minutes, or even seconds, or (in the case of an aircraft out of course) may not be intended at all. In such circumstances the application of the *lex loci delicti* may indeed be that which the late Dean Pound stigmatized as " mechanical jurisprudence " : these are among the situations in which the justice and the expediency of applying the *lex loci delicti* must be questioned. More than that: whilst in such and similar situations it may be impossible to find a " social environment " common to the parties the law of which could take the place of the *lex loci delicti*, it may nevertheless be inappropriate to apply the *lex loci delicti* to the consequences as distinct from the conditions of liability, e.g. to the definition of the compensable loss (heads of damage, *définition du préjudice*) as distinct from that of the standard of liability.

(8) In the rapidly growing body of case law and of literature on the problem thus raised in this field of the conflict of laws one can discern three broad theories or policies, and it is the view of the present Rapporteur that the Institute is now called

upon to give a lead and to place its authority behind one of these to the exclusion of the others.

(a) The first of these views is not new : it is to the effect that either in its totality or in some of its aspects delictual liability should be governed by the *lex fori* as such. The view that the *lex fori* should apply to delictual liability in its entirety was propounded more than a century ago by von Waechter [1] and (for different reasons) by von Savigny.[2] It is today defended in France by MM. Henri and Leon Mazeaud [3] and in the United States by M. Ehrenzweig.[4] According to the legislation of Germany (Art. 12 of the Introductory Law to the Civil Code and Decree of 7th December 1942) [5] it applies in certain situations exclusively, in others concurrently with the *lex loci delicti*. In other countries it is often introduced by the Courts either (as Professor Offerhaus pointed out in his *exposé préliminaire*, para. 9) under the guise of *ordre public* or through the procedural classification of issues, or, as in the British Commonwealth, through what is known as the " First Rule in *Phillips v. Eyre* "[6] or the " Rule in *The Halley* ",[7] as a prin-

[1] C. G. von Waechter, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, Archiv für die zivilistische Praxis, Vol. 24, p. 230, Vol. 25, pp. 1. 161. 361 (1841/2). See De Nova, *Recueil des Cours*, 1966, II, 435, esp. 452 ff.

[2] *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. 8, pp. 275 ff. (1849).

[3] *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, 5me éd. (1960), Vol. III, ss. 2236-2244, pp. 357 ff. See also H. Mazeaud, Revue critique de droit international, 1934, 377 ff.

[4] *Treatise on the Conflict of Laws*, 1962, pp. 541 ff., *Private International Law*, 1967, pp. 69 ff.

[5] *Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigung deutscher Staatsangehöriger ausserhalb des Reichsgebiets.*

[6] (1870) L.R.6 Q.B.1.

[7] (1868) L.R.2 P.C.193.

ciple which, whilst originating in *ordre public* considerations, is crystallised into a judge-made rule of its own. It can be easily met by the argument that, where it is adopted and as long as we do not have a universally recognised supra-national rule of *forum non conveniens,** the outcome of a case depends on the hazards of where the defendant can be found and sued, in other words that it encourages " forum shopping ". Nevertheless, in view of the crisis of the *lex loci delicti* it may offer to the judge and the lawyer the dangerous attraction which an ancient oak tree has to a man caught in a thunderstorm. It offers a shelter or appears to do so, it solves the problem, at least for the moment, but its use may produce further consequences which are disastrous. The members of the Commission are unanimous in rejcting it in all its manifestations. If the Institute adopts the Resolution now submitted for its consideration, it will, whilst re-affirming the principle of *ordre public,* reject the doctrine that the *lex fori* as such applies to any of the substantive aspects of delictual liability. In the opinion of the Rapporteur this rejection is desirable.

(b) The second theory would also jettison the *lex loci delicti,* but would replace it by the law which has the most significant relation to the occurrence and the parties, or the most significant relation to the issue to be determined. This theory

* The interesting suggestion made by M. *Wengler* (Observations, para. 4) that, to avoid the rules of an uncongenial *lex delicti,* a court should be able to declare itself to be *forum non conveniens* may, and probably, should be taken up by the Institute on another occasion. This raises the general problem of the principle of *forum non conveniens* which transcends the terms of reference of the present Resolution. As M. *Miaja de la Muela* says in his Observations on the *rapport provisoire,* it is impracticable to include in the Resolution a topic which, though of great interest, is somewhat remote from the subject now under discussion.

is, to some extent, incorporated in the Second Draft of the Restatement on the Conflict of Laws published by the American Law Institute.[8] It has been castigated as " nihilism "[9] or " anarchy "—and, though this criticism may be somewhat excessive, there can be no doubt that this view represents the extreme swing of the pendulum away from the " mechanical " jurisprudence[10] of the *lex loci delicti* enshrined in the First Restatement.[11] In effect it substitutes what should be a *ratio legis* for a rule of law : the justification or one justification of the *lex loci delicti* is that that law is expected to have this most significant connection. Since this expectation is not always fulfilled, the theory here under discussion would elevate the reason for choosing a connecting factor into the connecting factor itself, and would enable the judge to crystallise the connection, i.e. to choose the law to be applied in each case *ad hoc*. The " softening " of the criterion of the *locus delicti, die Auflockerung des Deliktsstatuts*,[12] is inevitable in those situations in which the application of the *lex loci delicti* would be arbitrary or unjust, but there is a difference between admitting an exception or a number of exceptions to a rule and giving up the rule itself, or even (as is done also by the late Professor Brainerd Currie's doctrine of " governmental interest "[13] and by Professor David Cavers' " rules of prefer-

[8] Proposed Official Draft of 1968, Section 145.

[9] See Ehrenzweig, *Conflict of Laws*, p. 548.

[10] Hancock, *Torts in the Conflict of Laws*, 1942, p. 67, p. 89.

[11] Sections 379 *et seq.*

[12] See Neuhaus 16, Rabels Zeitschrift 1951, p. 655 ; Binder, *Zur Auflockerung des Deliktsstatuts*, 20 Rabels Zeitschrift 401 (1955).

[13] *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, esp. Ch. IV, and the article : *The Disinterested Third State*, 28 Law & Cont. Problems 754 (1963).

ence ")[14] to despair of the possibility of a general norm altogether. This however is what an exclusive reliance on the " most significant relation " would involve. In the law of contract the *lex contractus* may have to be defined as the law most significantly connected with the contract, but there the parties can, through a choice of law, escape from the risks of unpredictability. No such choice is normally open to them in the law of delict. To jettison the principle of *lex loci delicti* would, as M. *Batiffol* points out (Answer to Question 5, p. 382), mean to eliminate predictability completely, and to encourage " forum shopping ". To the judge the law must provide an *ultimum refugium* : there must be something to guide him, especially (but by no means only) where the connections of the issue before him with a number of law districts are fairly evenly balanced. To say the least of it, there must be, as M. *Fragistas* says (at p. 430), a law which the judge can apply " *faute de mieux* ". In so far as the *lex loci delicti* is by its own terms applicable to the issue before the court (this, as M. *Wengler* points out in para. 6 *(a)* of his observations, is a *conditio sine qua non*) that law should, as a rule, be applied. The Rapporteur agrees with M. *Makarov* where he says (p. 406) that its displacement should be possible, but that it should be an exception.

(c) The Institute is therefore invited to adopt the third of the three theories referred to. By this the application of the *lex loci delicti* remains the general principle of law. This is what Professor Offerhaus proposed in his *rapport provisoire* and in the provisional draft of a resolution attached to it, and this is what the majority of those members of the Commission and other invited members of the Institute who expressed an opinion approved. (It was approved by MM. Batiffol, Cheat-

[14] *The Choice of Law Process*, 1965, esp. Chapter VI.

ham, Kahn-Freund, Makarov, Maridakis, De Nova, Wengler, Fragistas and Miaja de la Muela, but rejected by M. Audinet.) It is a rule which responds not only to an ancient tradition, but also to requirements of expediency and justice, (see the *exposé préliminaire*, para. 5), and it is a rule which, in the course of recent years, has been re-affirmed by the courts of many countries, including those of Austria, Belgium, France, the Netherlands, Switzerland, and Western Germany.[15] It has been incorporated in the Italian Civil Code of 1942, and in the Codes of Greece and of Poland,[16] in the Benelux Draft Convention on Private International Law,[17] in the Draft Hague Convention on Traffic Accidents passed on October 26th 1968 by the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law, and to a limited degree, especially with regard to transport accidents, also in the Draft Second Restatement of the Conflict of Laws, published by the American Law Institute.[18] It is also favoured by the majority of writers on this subject, including those who argue in favour of exceptions to which this rule should, in the interest of greater flexibility, be submitted, such as Dr. Morris[19] and Dr. Binder.[20] The Resolution now before the Institute is to

---

[15] For references to the French, Belgian, and Dutch case law: see *Exposé Préliminaire*, para. 4, p. 353. For Switzerland see e.g. the leading case of the Federal Court: B.G.E. 66 (1940), II, 165. — For Austria: the decision of the Supreme Court of 1.4.1960, Clunet 1962, 760. — For the Federal Republic of Germany: e.g. the decision of the Federal Court of 29.1.1959, B.G.H.Z. 29, 237.

[16] For references see *Exposé Préliminaire, ubi supra.*

[17] Originally Art. 18, in the present version Art. 14.

[18] See esp. Sect.146, which refers to liability for personal injuries.

[19] *Tort in the Conflict of Laws*, 12 Mod.L.R. 248 (1949); *The Proper Law of a Tort*, 64 Harv. L.R.881 (1951).

[20] See *supra* Note (12).

the effect that in certain situations or with regard to certain issues the rule is to be replaced by the law of the social environment of the parties and of the occurrence—which, *ex hypothesi*, differs from the geographical environment of the latter. To quote M. *Cheatham* (Answer 9, p. 392) : " It is not necessary to replace the law of the place by another law, but it may be desirable to do so as to some torts or as to some aspects of most torts. "

(9) This Resolution is concerned with delictual liability in general and intended to formulate a clear pronouncement on the problem outlined in the previous paragraph. The extent to which and the way in which the *lex loci delicti* may have to be displaced varies from one type of delict to the other : it is clear that liability arising from transport accidents gives rise to problems very different from those of deceit or of unfair competition or of unlawful interference with the occupation or the use of land. The choice of the particular law to be applied in substitution for the *lex loci delicti* could therefore be discussed in this Resolution only if it transcended its function : The particular problems of transport accidents, of defamation and other delicts committed through mass media, of unfair competition and other economic delicts should be treated in special resolutions devoted to these subjects, and the same applies to the particular problems of maritime, aereal, and space law. This is the principal reason why this Resolution does not go beyond the enunciation of general principles.

(10) This is also the reason why the usefulness of the present Resolution will not be impaired by the important Draft Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents passed on October 28th, 1968, by the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law. For obvious reasons transport accidents have played a dominating role in

the discussion of our problem in recent years. They give rise to the general problem of the displacement of the *lex loci delicti* with which the Resolution now before the Institute is concerned. They give also rise to special problems such as that of the role which the law of the place of registration of a vehicle is called upon to play. It is these special problems which the recent Hague Convention seeks to solve, and which it is not the task of the Institute to tackle on the present occasion. There is thus a clear division of functions between the Convention and our Resolution. It was nevertheless a gratification to the present Rapporteur to see that the general doctrine underlying the specific proposals made in the Convention is that which it is sought to express in the Resolution before the Institute.

III. *The Scope of the Resolution*

(11) In Paragraph 2 of the *exposé préliminaire* and in the *questionnaire* addressed to the Members of the Commission on November 1st, 1965, Professor Offerhaus raised the question whether the problem of the classification of liabilities as delictual should be dealt with in the Resolution. Of the nine Members of the Commission and invited other Members of the Institute who replied to the *questionnaire,* four (MM. *Cheatham, Kahn-Freund, Miaja de la Muela* and *De Nova*) answered the question in the affirmative, four (MM. *Audinet, Batiffol, Fragistas* and *Makarov*) in the negative (they were subsequently joined by M. *Wengler*); and one (M. *Maridakis*) expressed no opinion, but formulated a definition of "delictual obligations". Professor Offerhaus himself shared the view of those who did not wish to deal with the question, and the present Rapporteur has now to confess that he has changed his mind and has also adopted this view. The reason

is one of expediency and orderly arrangement. As Professor *Batiffol* said in his answer to Professor Offerhaus' *questionnaire* (p. 379), this problem is both too general and too arduous to be solved incidentally in a Resolution devoted to a particular branch of the conflict of laws. The classification problems raised in cases of delictual liability are not in essence different from those raised elsewhere in the conflict of laws, and the matter should be left to separate treatment as part of the general principles of private international law.

(12) The Resolution now placed before the Institute thus expresses no view as to whether it is for the *lex fori* or for the *lex causae* (and for which *lex causae*) or for an " autonomous " supra-national system of concepts to supply the criteria for distinguishing delictual from e.g. contractual claims, from claims for unjust enrichment, or from claims of a proprietary character. A court before which such issues are raised will have to adopt such method of classification as commends itself in the light of the general principles of private international law. If the court adopts e.g. the view that the criteria of classification are to be taken from the *lex fori* it will have to ask itself whether the claim before the court, if it existed according to the *lex fori*, would be treated by the *lex fori* as e.g. delictual or contractual.

(13) In the *projet provisoire de Résolution*, Professor Offerhaus suggested tentatively (in square brackets) that, to apply the principles of the conflict of laws with regard to delicts, the court would first have to be satisfied that the conduct complained of

> *n'est pas licite (on peut aussi dire : est intolérable) d'après la loi du for.*

In other words : the scope of the Resolution would be determined not by a choice of criteria of classification of delictual

liability but by a general (supra-national) definition of what has to be regarded as delictual. At its meeting at Nice the Commission considered with great care whether it was advisable to introduce such a principle of delimitation, and arrived at a negative result. (See however the opposite view taken in his observation on the *rapport provisoire* by M. *Miaja de la Muela.*) One powerful reason for not defining delictual liability in terms of "*non-licéité*" or "*intolérabilité*" is that such liability may attach to a state of affairs which involves neither illicit conduct nor any conduct at all, but the creation or existence of a risk. So-called products or enterprise liability, and in some countries (e.g. Germany and Switzerland, to some extent also in France) the liability of the driver or owner of a vehicle may be imposed without any proof of fault on his part, and liability for animals has in many countries for a long time been an example of "risk liability". Perhaps Professor Offerhaus' formula (which, as has already been mentioned, was submitted by him with hesitation—see *rapport provisoire*, p. 298) does not sufficiently take account of the function of the law of delict as an instrument for the distribution of social risks. It must also be remembered that conduct which may be morally intolerable (such as a breach of contract or a breach of trust) may be unlawful without being a delict in the technical sense. Perhaps it is not unnecessary to repeat that, in rejecting this "supra-national" definition of "unlawfulness" in accordance with the *lex fori*, the Institute would not express any view on whether or not the criteria of classification should be taken from the *lex fori*. Whilst it would not be for the *lex fori* to say whether the conduct complained of comes within the category of those acts which are illicit, it may be the task of the *lex fori* to determine whether such conduct, if it was illicit according to the *lex fori*, would or would not come within the definition of what that law calls a "delict" or a

" tort ".[21] Thus if an action was brought for infringement of privacy alleged to have been committed in country D (by the law of which this is a delict) and the action came before the courts of country F (by the law of which it is not), F could apply D law on the ground that, though not " illicit " and not a delict by the law of F, that law would classify infringement of privacy as such if it considered it as unlawful, and that hence the principles of the private international law of F which refer to delicts apply to this case.

(14) The Resolution now placed before the Institute thus does not include a general formula intended to trace the limits of its own application. An attempt has however been made to make it clear that certain matters are not within the scope of the Resolution. It was felt to be advisable in the Preamble to express the intention of those framing and passing the Resolution not to cover by it any liabilities in contract or for unjust enrichment, i.e. liabilities which, in a given case and under the law supplying the criteria of classification, are to be classified as such. Further, without expressing any views as to the legal nature of the insurer's right to be subrogated to the rights of the insured or of the victim's right to raise a direct claim against the liability insurer of the person responsible, it was felt that these matters are closely linked with the law of the contract of insurance (see M. *Audinet*'s answer to the *questionnaire*, para. 11, p. 379, and M. *Makarov's* observation at. p. 414) and it was regarded not to be advisable to cover these problems, and to say so in the Preamble. On other matters, e.g. the delictual nature of claims arising from non-marital sexual intercourse, or from breach of promise of marriage (mentioned in paragraph 3 of the *exposé préliminaire*)

[21] See Lewald, *Das Deutsche Internationale Privatrecht*, 1931, Para. 323, pp. 265 f.

the Resolution does not seek to express a view. Nor does it seek to determine whether or how far workmen's compensation is to be considered as part of the law of delict.

(15) One of the most difficult problems of the subject here under discussion is that of the relation between delictual and contractual liability and that concerning contractual defences to delictual claims. Problems such as those arising from the rules in favour and against the cumulation of claims in contract and in delict, i.e. which law determines whether the existence of a contractual right excludes a delictual right, or which law governs the admissibility and validity of contractual exemptions from delictual liabilities, are fascinating and complicated. But their very complexity makes it inadvisable to seek to include them in a Resolution the principal purpose of which it is to establish a general principle and to seek to obtain for that principle the broadest possible range of acceptance within and outside the Institute.

(16) A distinction must be drawn between the classification of a claim as delictual or non-delictual (e.g. contractual or proprietary or *sui generis*) and the decision whether a given issue arising in the context of a delictual claim should be determined by the law governing delictual liability in general, or by some other legal system. A case giving rise to delictual liability may raise many different issues and it is by no means a foregone conclusion that all issues should, in a given case, be governed by the same system of law : the standard of liability (e.g. gross or simple negligence ?) may be governed by a system different from that governing the vicarious liability of a father for his child, and this again may differ from the law determining e.g. whether the widow of a person killed in the accident is entitled to compensation for her pain and anguish *(dommage moral)*. Nevertheless such breaking-up *(dépeçage)*

of a case should be considered as a rare exception to a rule which is formulated in Article 3 of the Resolution. This enumerates the principal issues which should, as a general rule, be determined by the law governing delictual liability (on the assumption that the claim is considered as delictual). It does not seek to define the scope of delictual liability by a general formula (to do so would be hazardous and unwise), and the catalogue is intended to be illustrative and not exhaustive, but it is believed that it includes the most important issues. The wording of Article 3 requires some comments :

(a) The reference to " standard of liability " has deliberately been amplified so as to make it clear that it is to include conflicts between so-called "risk " and so-called " fault " liability, and one of the paragraphs of the Preamble emphasises that the same rules of private international law should apply to both. This is necessary because liability " for fault " and liability " for risk " are not two neatly separated types of liability, but, as is well known and as is pointed by M. *Fragistas* (p. 427) and M. *Wengler* (Observations, No. 15), only the end points of a continuum within which fault and risk elements in the definition of liability may be mixed in every conceivable degree. The present Rapporteur would submit to the Institute, that despite the contrary opinion expressed e.g. by Bartin,[22] it is for practical purposes difficult to distinguish between conflicts principles applicable to " fault " and to " risk " liability. For similar reasons it appears to the Rapporteur difficult to apply Professor Ehrenzweig's distinction between " enterprise liability " and " admonitory torts ", referred to by M. *De Nova* (p. 423). How do we distinguish the " enterprise liability " and the " admonitory " elements in the provisions making a newspaper or radio or television undertaking

[22] *Principes de Droit International Privé*, 1932, Vol. 2.

liable to compensate for the harm it does by the dissemination of defamatory information? How do we distinguish between the "deterrent" and the "compensatory" purposes of legislation imposing upon an employer an obligation to compensate his employees for accidents suffered in the course of their employment? In the Rapporteur's opinion these observations also apply to attempts made to define the *locus delicti* in the light of such distinction (see M. *Wengler*'s observations, para. 5). How could one possibly apply it to the liability of the owner of a car under Article 1384 of the French Civil Code as interpreted by the French courts? Is this a liability for fault or a liability for risk? Is it admonitory or "enterprise" liability? It is further submitted that problems of causation and problems of standards of liability are for practical purposes inseparable.

(b) The inclusion of an issue in the catalogue presented in Article 3 involves a negative as well as a positive decision: thus, to say that the delictual capacity of a natural or of a corporate person should be governed by the law applying to delictual liability as such, involves the rejection of the *statut personnel*.

(c) Some of the points in this list are problematical: thus it is not at all clear whether all problems of vicarious liability should be governed by the *lex loci delicti*, e.g. (as indicated in Art. 3 *(e)*) there may have to be a distinction between commercial (employer and employee) and domestic vicarious liability (father and child or husband and wife), and it may also be wise to follow Bartin's view[23] that the question whether a given person is a "servant" *(préposé)* should be governed by the law governing his relationship to the alleged

[23] *Principes*, Vol. 2, Para. 340, esp. p. 430 and p. 432.

master *(commettant)*. These however are details which cannot be dealt with in a Resolution of this type [24]

(17) A number of much debated issues which are frequently considered as falling within the orbit of the law governing delictual liability may, on closer inspection, more easily be accommodated elsewhere. This is especially the case where there exists what M. *Fragistas* (p. 428) calls "*un lien pré-existant*" (see also *rapport provisoire*, p. 302). Thus all question concerning what has been called "intra-family immunities" and especially the question whether husband and wife can be liable to each other in tort or delict should not be considered as "delictual" issues at all, but in view of their close connection with the principles regulating the relations of the family as such (and in the case of husband and wife especially with the law governing the effect of marriage on property) should be regarded as appertaining to these matters and be governed by the law applying to them. Similarly, as rightly pointed out e.g. by M. Bourel,[25] and again by M. *Batiffol* in Answers 11 *(d)* and *(e)* (p. 386), questions concerning the transmission of delictual claims to the estate of a deceased person or to his heirs are not questions of the law of delict at all, (but see, for the contrary view M. *Fragistas* at p. 433) but questions belonging to the law of succession or (perhaps) to the law governing the administration of a deceased person's estate (where this is different). The same applies to the opposite problem whether delictual claims can be raised against the estate or the heirs of a person, who, in his lifetime, has

[24] See on the liability of a husband the famous decision of the Federal Court of Appeal for the Second Circuit (New York) in *Siegman v. Meyer*, 100 F.2d 36 (Learned Hand, J.).

[25] *Les Conflits de Lois en Matière d'Obligations Extracontractuelles*. 1961, p. 238.

committed a delict. It was not considered necessary to exclude these matters in the Resolution from the scope of the *lex loci delicti* and sufficient to give expression to the principles put forward in this Paragraph in one of the clauses of the Preamble. It goes without saying that the law governing the succession as such has nothing to do with claims made e.g. by members of the deceased's family in their own right (e.g. the widow's claim for loss of the breadwinner or for her pain and anguish) and not as successors to the right of the deceased.

(18) Nor was it regarded as necessary, even in the Preamble, to express the principle that certain issues incidental to delictual liability may be governed by a law other than the *lex delicti*. It does not appear to be necessary expressly to state that the acquisition of a protected right (whether proprietary or personal)—as distinct from the remedies available for the defence of that right—may be governed by a law other than that governing liability for delictual interference with or violation of that right. If in an action for violation of a proprietary right the claimant's title to the property or his right to possession are put in issue, he may have to prove them, but his acquisition of the title will depend on the *lex rei sitae* at the time of the alleged acquisition which may, but need not, be identical with the *lex delicti*. A similar principle may also be applied to rights arising from matrimonial relations the existence or non-existence of which may be regarded as dependent on the law governing the marriage (as was in fact held in one case by the Supreme Court of Canada).[26] Whether or not he can claim damages or an order to terminate a violation of the right, may be questions governed by the *lex delicti* (see on this M. *Wengler*'s observations on the *rapport provisoire*, para. 12).

[26] *Lister v. McAnulty*/1944/3 D.L.R. 673.

(19) Whilst refraining from ventilating these problems, the Resolution before the Institute seeks to clarify certain problems affecting the borderline between substantive and procedural law. It has been considered right to make it clear (see Art. 5) that the burden of proof and that presumptions are for the purpose of this analysis to be considered as matters of substantive law, because the application of the law of delict would be distorted if, for example with regard to the "presumption of fault" or to the "presumption of liability" or with regard to contributory negligence any other solution was adopted. Here the so-called "presumptions" are thinly veiled rules of substantive law. The same is also said about limitation of actions although this proposal may meet with resistance in the common law countries. Other problems raising the question of the borderline of substantive and procedural issues have not been included either in the Resolution or in the Preamble. Among these there is a general problem how far, in applying foreign law, the *forum* must give effect to remedies which are unknown to it or which it would not apply in the particular situation (see M.*Wengler's* paragraph 13). Whether e.g. an injunction should be granted to desist from a certain conduct which gives rise to a claim for damages by foreign law, is a problem which may arise in the law of contract as well as in the law of delict, and a Resolution designed to deal with specifically delictual problems is hardly the appropriate place for discussing it. The same may be said of the question whether the court of country F can be expected to make an order for periodical payments by way of compensation for a delict governed by the law of D if the only remedy existing under the law of F is an order for capital payment.[27]

[27] As in the case of *Slater v. Mexican Nat. R.R.*, 194 U.S. 120 (1904).

(20) In his observations on the *rapport provisoire* M. *Wengler* referred *inter alia* (para. 9) to what in the United States and notably by the Professor Brainerd Currie) has been called the " datum " effect which the rules of law (or of " positive morality ") prevailing in a given country may have on the application of the rules of the law of delict of another country. Thus—to take the most obvious of many examples—whatever may be the law governing the standard of liability for a motor accident, it will under any system of law be evidence of negligence that the driver failed to comply with the local speed limits or with the " rule of the road ", irrespective of whether that rule is a rule of law or a rule of non-legal custom. When applying English law to collisions between ships in foreign waters, the English courts have always considered non-compliance with the local collision regulations as evidence of negligence according to English law. It has been considered whether the Resolution or the Preamble should include a reference to the difference between the " norm effect " and the " datum effect " (*Normwirkung* and *Tatbestandswirkung*) of foreign rules of law, but it has been decided that this would be inopportune. In the first place this is not a question of private international law at all because this " datum effect " attaches to extra legal rules of custom as well as to rules of law. In the second place this datum effect of legal and non-legal norms is a general phenomenon and not restricted to delictual liability : thus performance of a contract governed by law A may be excused under law A on the ground that it has become illegal at the place of performance through an enactment under law B, the *lex loci solutionis*.

(21) For other reasons no attempt has been made to include any reference to the very interesting and difficult problems (also discussed by M. *Wengler* in his observations) which arise

where delictual liability attaches to the violation of some rule of public, and especially of criminal law. This difficulty arises mainly from the interpretation of the *lex delicti* (whether the delictual norm is to comprise the violation of the foreign rule of public law at all) and from situations in which the scope of application of the *lex delicti* does not coincide with that of the system of law which comprises the rule of public law in question : Thus the law of A, the country in which the injury was suffered, may be considered as the *lex delicti*, but the liability may be based on conduct in B, which, if committed in A, would have constituted a criminal offence, but which is not an offence under the law of B. These and other cases of differences in scope raise important problems of principle, but these transcend a Resolution on delictual liability and belong to a general analysis of the relation between public and private law in the conflict of laws, an analysis which the Institute might wish to undertake one day. Moreover, the territory discovered by M. *Wengler* is still to some extent *terra incognita* : it requires further doctrinal exploration before it can be entered by a Resolution of the Institute.

IV. *The Principle and its Exceptions*

(22) The principle which the Institute is now invited to adopt is expressed in Article 1 of the Resolution which affirms the rule of the *lex loci delicti*. The exception to the principle is expressed in Article 4 according to which, in the absence of any significant connection between the issue to be determined and the place at which the delict was committed, that issue may be governed by the law of the social environment of the parties.

(23) The formulation adopted in Article 4 requires a number of comments :

(a) It will be noted that the Exception has not been formulated in terms of grounds on which a presumption in favour of the *lex loci delicti* can be rebutted. Such a formulation would have made sense only in those jurisdictions in which it is exclusively for the parties to allege the applicability of foreign law, and to allege and prove its content. It would have been meaningless wherever it is the right and the duty of the court to apply foreign law of its own motion and in which the principle *jura novit curia* extends to foreign law *in toto* or in part.

(b) As now proposed to the Institute, the Exception contains very general terms: " significant connection ", " social environment ". The use of such general terms is a concession to the need for flexibility at the expense of the predictability of result: it is, as M. *Maridakis* points out in his answer to the questionnaire (p. 419) a case of allowing « equity » in the Aristotelean sense to prevail over the generality of the norm. It is, and this is fully realised by the Rapporteur, a formulation which permits to the judge in a given case a great deal of freedom in determining the law to be applied, and, in narrow limits, it does what the doctrine of " significant relationship " would do on a much wider scale, that is, to allow the legislative motive to be elevated to the level of a legal norm (see above No. 8 *(b)*). Nevertheless, despite the objections voiced e.g. by M. *Fragistas* (p. 432), this has been proposed simply as an emergency solution, as a *pis-aller*. As the authors of the Draft Second Restatement of the American Law Institute point out,[28] this branch of the law is in a state of flux, not to say of turmoil. Concrete rules giving meaning to a term such as " social environment " may be gradually evolved by the courts and by academic writers: but pending this, one has to

[28] Comment (c) on Section 6 subsection 2, p. 15 of the Proposed Official Draft.

be content with an—admittedly imperfect—omnibus formula of the kind now submitted to the Institute. In due course it will be crystallised into more tangible rules—this has always and everywhere happened to equitable principles. To seek to formulate more concrete rules would have involved a need for dealing with different types of delict separately. This is precisely what the recent Draft of a Convention on Transport Accidents passed by the Eleventh Hague Conference has done with regard to one type of delict. This is what could perhaps be done for the law of unfair competition.[29] But it cannot be done for the law of delict in general. Here the only possibility is a general formula, a formula which can be put either in objective (social environment) or in subjective terms (hypothetical intention of the parties). The objective formula lays open the creative function of the judge in such cases which the fiction of an " intention of the parties " conceals (see on this problem M. *Wengler*'s observation 8 *(d)*). The Rapporteur prefers the objective formulation (see also M. *Miaja de la Muela* in his observation on the *rapport provisoire*).

(c) Thus the grounds on which the *lex loci delicti* can be displaced as well as the rule for a choice of law which is to take its place have been put in very general terms, in the abstract, as it were, leaving it to the further working of legal doctrine and of the courts to choose the situations in which such displacement should be admitted and the connecting factors which should be used in admitting it.

(d) As said above (No. 8) the rule of the *lex loci delicti* can be supported not only on grounds of tradition, but (which is

[29] See Wengler, *Laws concerning unfair competition and the conflict of laws*, 4 American Journal of Comparative Law 167 (1955); *Die Gesetze über den unlauteren Wettbewerb und das internationale Privatrecht*, Rabels Z. 1954, 401.

much more important) on grounds of expediency and of justice, and especially, as M. *De Nova* and M. *Fragistas* emphasise (p. 423, p. 430) of the general principle of the protection of legitimate expectations. For this reason the *lex loci delicti* should not be easily displaced. Hence the narrow formulation : " In the absence of *any* significant connection. " If e.g. a motor accident occurs in A, and one of the persons involved (be it the victim or the person responsible) has his habitual residence there, the law of A should not be displaced. In the recent case of *Reich v. Purcell* [30] the highest court of California dealt with the consequences of an accident in Missouri involving one car on the way from California to Illinois and another on the way from Ohio to California : the question in issue was what compensation the guilty driver of the car from California had to pay to the survivors of members of the Ohio family killed in the collision, and the court (rightly) applied the law of Ohio. Would the court have been equally right in doing so if the guilty driver had been resident in Missouri, and, say, been on his way from his home to his work ? The Resolution now submitted to the Institute seeks to say that in that case the court should have applied the law of Missouri.

(e) The law which is to displace the *lex loci delicti* is that of the " social environment ". This is the formula which (it seems) was first proposed by Dr. Binder in his pioneering article in Rabels Zeitschrift in 1955 *(soziale Umwelt)*,[31]—it is also used in the current edition of Dicey's Conflict of Laws.[32] In its essence it is similar to the idea of a " proper law of a tort " first expressed by Dr. J. H. C. Morris in 1949 and 1950 in

[30] 432 P.2d 727 (1967). See the Symposium by Cavers and Others: 15 U.C.L.A. Review 551 (1968).

[31] See *supra* Note 12.

[32] Dicey and Morris, *Conflict of Laws*, 8th ed. (1967), p. 914.

two articles in the *Modern Law Review* and in the *Harvard Law Review*.[33] Though its scope is narrower than the formula adopted in the Draft Second Restatement,[34] its purpose is similar. Whether there is more than a verbal difference between the formulation now submitted to the Institute and the one chosen in Article 14 of the Benelux Draft *(sphère juridique)* is not certain : the formula here submitted may permit a more flexible application—although the interpretation placed upon the Benelux Draft by the Hague Court of Appeal in a case in 1955 is sufficiently wide to make the distinction appear to be insignificant.[35]

(f) The Exception is formulated not in terms of " cases " or " liabilities ", but in terms of " issues ". As said above (para. 16) the " breaking up " of a case is undesirable, yet there may be situations in which it is inevitable ; there may be the strongest possible reason in a given case to allow the *lex loci delicti* to determine the standard of liability, and every possible reason against allowing it to determine the heads of compensation. If, in the case mentioned in paragraph *(d)*, the law of Ohio had provided for absolute liability of the driver of a car, and that of Missouri for liability on proof of negligence, what justification would there have been to apply the law of Ohio to this issue ? In other words : the displacement of the *lex loci delicti* may be justifiable in terms of the lack of a connection between the situation of the parties (their social environment) and the place of the delict. But it may also be justifiable on the ground that the particular issue to be determined lacks this connection.

---

[33] See *supra* Note (19).

[34] Sect. 145.

[35] Court of Appeal of the Hague, 16.6.1955, Clunet 1959, 507; Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 1956, 290.

(g) It is for consideration whether the Resolution should expressly mention the possibility that after a case of delictual liability has arisen, the parties may agree upon the application of a law other than that which would apply on the general principles. That this is not a purely academic possibility is shown by an interesting decision of the German *Bundesgerichtshof*[36] (see the discussion in *M. Wengler*'s observations, para. 8 *(a)*). It appears to the Rapporteur however that the freedom of the parties in cases other than those of contractual liability to submit their rights and obligations to a law other than that which would normally apply—like that of classification—raises a general problem of private international law. This could arise in matters of property or of claims based on family relations (maintenance, etc.) as much as in delictual cases, and should not be dealt with in a Resolution specifically devoted to problems of the law of delict.

(24) As proposed by Professor Offerhaus in his *projet provisoire de Résolution*, it was decided by the Commission at its meeting at Nice to add to the Exception a number of illustrations which are not intended to be exhaustive. This is in accordance with a suggestion made by M. *Makarov* (p. 408, p. 413). The intention is to show in what situations and with regard to what issues and by what law the *lex loci delicti* may be displaced, assuming that the *locus delicti* has no significant relation to the situation or issue involved. It is however important to emphasise once again that these examples are merely illustrative and that the list is not intended to be exhaustive.

(25) Of the four examples given the first three refer to " situations " and the fourth refers to " issues ". The " situations " in which the displacement of the *lex loci delicti* has been

[36] of 26.11.1964, *Neue Juristische Wochenschrift* 1965, 489.

proposed by academic writers or carried into effect by courts easily fall into two categories : one comprises situations in which the parties had no significant connection with the geographical environment of the event because they were surrounded by an environment of their own : on board a foreign ship, in an aircraft or (perhaps) in the " transit lounge " of an airport, on an expedition in the wilds of some uninhabited or sparsely inhabited territory, or (Dr. Morris' example) in a holiday camp in the open spaces of Northern Quebec organised by a school in New York. In all these cases the act or event occurs in a territory with which the parties were socially unconnected, but which, all the same, forms part of a " law district ". It may be submitted with caution that the very similar problem of what M. Kegel [37] calls the delict committed in a *staatsfreies Gebiet*, in a *territorium nullius* may also be solved with the assistance of a formula such as the one here submitted : can it make a difference whether a delict committed by one member of an Arctic expedition against another occurs on that part of the ice cap which covers land or territorial waters or on that part which covers the high seas ? Our Resolution will avoid the discussion of problems which are special to maritime or aereal law : but it may have the ancillary effect of helping to overcome the somewhat crude solution of applying the *lex fori* e.g. to collisions on the high seas between vessels of which neither wears the flag of the *territorium fori*. (See for a discussion of this matter Professor Offerhaus' *exposé preliminaire*, para. 6 at p. 356). One may also (though with caution) consider that our formula may cover situations in which the parties are surrounded by a political environment of their own and psychologically insulated from what is in a purely geographical sense the *locus delicti* : one thinks of the case before the En-

[37] *Internationales Privatrecht*, 2nd ed. 1964, p. 223

glish courts in 1946 [38] in which one official of the then Czechoslovak Government in exile alleged that another official of the same Government had defamed him in England in the course of his official activities. There is a strong case for saying that in this situation the court should have applied the law of Czechoslovakia and not (as it did) that of England. In all situations here under discussion the same law should be applied to all obligations arising from closely connected events between different parties in the same environment. This leads to special difficulties in connection with collisions on the high seas between ships of different nationalities, but no formula intended to solve this special difficulty can, it is submitted, be included in the Resolution. The matter is discussed by *M. Wengler* in paragraph 11 of his *exposé*. It is very possible that in this situation there will not remain any other possibility but to apply the *lex fori*.

(26) The other and much more important situation in which the *lex loci delicti* has been displaced is exemplified by the New York case of *Babcock v. Jackson* [39] and by the case in the Netherlands of 1955 to which reference has already been made.[40] These were cases concerning the liability of the driver of a car towards his gratuitous guest passenger, both parties being habitually resident in a country other than that of the accident, and having made their travelling arrangements in their own country. This exemplifies a situation in which the application of a law other than that of the *lex loci delicti* is justified not on the ground that the parties are physically or psychologically insulated from their geographical environment,

---

[38] *Szalatnay-Stacho v. Fink*/1947/K.B.1 (C.A.).

[39] 191 N.E.2d 279 (1963)

[40] See *supra* Note (35).

but by reason of the special relation between them which is the cause of their presence at the *locus delicti*, which is centred elsewhere and constitutes a social environment of its own. Further examples are given in Exception *(b)* in Article 4. In some of these cases the relation between the parties may be contractual, i.e. contractual liability may take the place of, or exist alongside, delictual liability. Such may be the case of the relation between the owner of a vehicle and his paying passenger. In other cases (such as that of the guest passenger) there may be no contract, but a legally intangible social relationship which justifies the application of its own " proper law " in preference to the *lex loci delicti*. It will be noticed, however, that, in accordance with a view expressed by M. *Batiffol* (Answer 9 *(a)*, p. 384) the mere fact of common nationality, domicile or habitual residence is not mentioned as giving rise to a special relationship. It is not suggested that the Chambre Civile of the French Cour de Cassation should have applied French rather than Spanish law in the celebrated case of *Lautour c. Guiraud* [41] in 1948, merely because both drivers (the person responsible as well as the victim) were Frenchmen domiciled and resident in France. It has been said (by M. Kegel) [42] that the German Decree of 1942 by which German law applies to a delict committed outside Germany if both parties are German expresses a general principle of the conflict of laws. It is not intended to invite the Institute to endorse this view. As M. *Makarov* says (p. 411) : " *Ce n'est pas la nationalité et le domicile qui doivent décider, mais la nature du rapport juridique en question.* " The example given in his reply to the questionnaire by M. *Audinet* (para. 9, p. 378)

---

[41] Cass. Civ. 25.5.1948. D.1948, 357; S. 1949 1 21; Revue Critique 1949, 89.

[42] *loc. cit* p. 36

would appear to be an excellent illustration of the situation envisaged in Article 4 *(b)*.

(27) There may however by situations in which the mere fact of common nationality, domicile, residence, or centre of management and control *(siège social effectif)* justifies the displacement of the *lex loci delicti*, and the case of economic delicts and especially of unfair competition committed in country B by one firm established in country A against another firm established in country A may be one of these. This situation is mentioned in Article 4 *(c)* to illustrate a case in which the common personal characteristics of victim and person responsible may (without any special relationship) be sufficient to displace the *lex loci delicti*. The matter was discussed by Professor Offerhaus in paragraph 3 of the *exposé préliminaire*.

(28) Lastly examples are given in Article 4 *(d)* of cases in which *dépeçage* may be inevitable. It must be admitted that the recent decision of the French Cour de Cassation in *Kieger c. Amigues* [43] is strongly against the view here put forward: there German law was held applicable to the question whether the French father of a Frenchman killed in Germany in an accident due to the fault of another Frenchman was entitled to compensation for *dommage moral*. It is respectfully submitted that the ruling in this case does not necessarily follow from that in *Lautour c. Guiraud*.[44] The *lex loci delicti* may govern the standard of liability—it may nevertheless have to yield to the law of another social environment in relation to the definition of the heads of damage.

[43] Cass. Civ. 30.5.1967, D.-S. 1967, 329; Revue Critique 1967, 728.

[44] *Supra* Note (41).

V. *The Definition of the Locus Delicti*

(29) Since it is proposed to re-affirm the principle that delictual liability is governed by the *lex loci delicti*, the Institute cannot avoid in its Resolution to propose a manner in which the connecting factor *locus delicti* can be defined. The term is notoriously ambiguous, and this ambiguity, especially the conflict between the definition of the place of the delict in terms of the place of the act or conduct, in terms of the impact, or in terms of the place where the injury is suffered, has served as an argument to those who would abolish the principle altogether (see the observations of M. *De Nova*, pp. 422-423). The adoption of the exception to the rule of *locus delicti* formulated in Article 4 of the proposed Resolution would reduce the practical importance of the definition of the *locus delicti*. If an act done in one country has injurious effects in another, there may be a good case for allowing issues concerning e.g. the standard of liability to be governed by the law of the place of the act and issues concerning the consequences, e.g. the definition of the heads of damage, to be governed by the law of the place of the impact.

(30) This however, whilst reducing the scope and significance of the problem of definition, does not solve it. On the contrary: under modern conditions the problem may gain in importance because to the divergence between place of act, place of impact and place of damage, there may be added the multiplication of various acts and of various impacts. If, e.g. a libellous broadcast emitted in country B is heard in countries X, Y, and Z, and the script had been prepared in country A, there would be two countries in which acts had occurred and three in which the delictual act had produced an impact. Moreover various injuries may be consecutive rather than simultaneous, as in a case in which an injury is suffered

in A and the ensuing death occurs in B. In all such and similar cases the age-old dilemma between the law of the act, the law of the impact and the law of the injury still persists, and so does the dilemma of a choice between various acts, various impacts, and various injuries.

(31) In his *exposé préliminaire* (para. 6) and subsequently in his *rapport provisoire* Professor Offerhaus surveyed the various possibilities which have been advanced towards a solution of the problem, including the so-called " cumulative " and " alternative " systems, i.e. the systems which do not permit the victim to succeed unless his claim is justified by both the law of the act and the law of the impact, and those which permit the victim to succeed if his claim is justified according to either system (the practice of the German courts). For reasons set out in his answer to the *questionnaire* by M. *Batiffol* (p. 383) and accepted by Professor Offerhaus (p. 323) it is undesirable for the Institute to commit itself to any of these solutions. M. Batiffol, whilst inclined to favour " *la loi du lieu où le préjudice s'est principalement réalisé* ", thought that such a formula should admit " *des distinctions* ", and suggested that one might eventually arrive at a formulation in favour of " *la loi du lieu où s'est située une partie essentielle, soit de l'acte soit du préjudice* ". It was this formulation which chiefly influenced Professor Offerhaus in proposing that in this matter the judge should be given the freedom to find the *locus delicti* in the light of " *les facteurs qui, depuis le début de l'acte jusqu'à la fin des conséquences du préjudice, sont essentiels, compte tenu des principes de causalité* ", (p. 343). The present Article 2 is intended to express the same thought. The verbal changes which have been introduced are partly designed to point to the possibility that various issues arising from a claim

may have to be " located " in different places, and partly to make the principle more explicit.

(32) What is in effect proposed in this Article 2 is that the Institute, instead of wasting its time by seeking to solve a futile and singularly sterile problem, should construct a " signpost " (the expression is M. *De Nova*'s, p. 424) towards a flexible solution. It is possible that those travelling the road indicated by this signpost may eventually arrive at points at which more concrete answers can be given to the question of the " location " of a delict. To the present Rapporteur it seems that such answers can be given only in the light of the nature of particular delicts (economic delicts, defamation, etc.) and that they cannot be given either in general terms of " act " or " impact " or of schemes of cumulative or alternative systems. No one will claim that the formulation in Article 2 is completely satisfactory. This too is a *pis-aller*, an emergency solution for the time being.

VI. *Ordre public*

(33) Whilst, for reasons set out above (para. 11), it has seemed to be inexpedient to include in the Resolution any reference to the method of characterisation to be adopted in cases of alleged delictual liability, the opposite conclusion commended itself with regard to another general problem of private international law, which is that of *ordre public*. It might have been argued that this too is too general a topic to be included in a Resolution on a special subject such as delictual liability, but there are very particular reasons of history and policy why logic should give way to convenience.

(34) The view that delictual liability is a matter for the *lex fori* is partly to be explained in terms of a doctrine according to which the entire law of delict partakes of the nature of *ordre public international*. This was the view of Savigny, this was the view which influenced the formulation of Article 12 of the German *Einführungsgesetz*, this was (in the Rapporteur's submission) the view which influenced the English courts in formulating what is known as the rule in *The Halley*[45] or the first rule in *Phillips v. Eyre*,[46] this was what, at one time, induced some American courts to adopt the "similarity" doctrine,[47] by which the legislation of a sister state on damages for wrongful death was only applied if it was "similar" to that of the forum. As said above (para. 8) in adopting Article 1 of the Resolution, the Institute will explicitly reject this doctrine. In rejecting it, however, it is advisable for the Institute to show its awareness of the significance which the flexible rule of public policy may have in cases of delictual liability, and at the same time to emphasise that only a "manifest incompatibility" with the public policy of the forum can justify the setting aside of the law which would normally be applicable. It is also advisable to say (though this is no more than an expression of a universally recognised principle) that what matters is not the relation of the *lex causae* to the policy of the forum in the abstract, but solely the question whether the application of that law in the concrete case to be decided would violate the fundamental principles of policy which the forum seeks to enforce. This explains the proposed wording of Article 6.

---

[45] *Supra* Note (7).

[46] *Supra* Note (6).

[47] See e.g. *Texas and Pacific R.Co.v. Cox* 145 U.S.593, 604 ff. (1892).

VII. *Conclusion*

(35) In conclusion the Rapporteur ventures to express his agreement with the observation of M. *Cheatham* that,

> the form of expression of the principle of law should ... be broad and flexible enough to cover the broad and varied field of torts. Yet it should be couched in terms which give guidance to the practical men of law, the judges and the lawyers, and preferably in terms which they are accustomed to use.

It cannot be the task of a Resolution of the Institute to do the work of a monograph or of an article. It seems to the Rapporteur that it is the *nobile officium* of the Institute to give an authoritative answer to fundamental and vital questions, to point the way towards future developments, and to give in broad outline a programme for further thought and action. The detailed analysis of the highly complicated problems which in a field such as this arise in theory and in practice hardly lends itself to the collective effort which is the essence of a Resolution of the Institute.

Oxford, December 1968.

Draft Resolution

The Institute of International Law,

Being of the opinion that as a result of technical developments the principles governing delictual liability in private international law have greatly gained in practical importance and that they continue to do so,

Observing that largely as a result of these developments the traditional application of the law of the place of delict has been and is being questioned in many countries by courts and by academic writers,

Being convinced that the application of the law of the place of delict should be subject to exceptions where that place is merely fortuitous and where the social environment of the parties differs from the geographical environment of the delict, but that nevertheless the rule by which the law of the place of the delict governs liability should be maintained, and that the moment has arrived for the Institute to pass a Resolution to this effect,

Being further of the opinion that the extent to which and the way in which the law of the place of delict is to be replaced by some other legal system must be worked out separately for each type of delict (traffic accidents, accidents at work, defamation and infringement of privacy through mass media of communication, unfair competition and other economic delicts, delicts committed on the high seas, in the air, or in space, etc.) and transcends the limits of a general resolution on delictual liability,

But being also of the opinion that the situations in which and the issues with regard to which the law of the place of delict should give way to some other system of law can and should be illustrated by way of examples,

Considering that the difference between liability for fault and liability for risk and between the purposes of deterrence and of risk distribution are differences of degree and not differences in kind, that it is impossible to establish different principles of private international law for the two types of liability or for the two types of purposes, and that the same rules of private international law should apply to fault liability and to risk liability as well as to rules serving the primary purpose of deterrence and serving the primary purpose of social risk distribution,

Considering further that it is not useful to establish abstract rules for the definition of the place of a delict, the determination of which must in each case depend on the degree to which the issue involved is connected with one of the places at which the conduct alleged to be delictual occurred or the impact of that conduct was felt,

Being of the opinion that it is inexpedient in a Resolution devoted to the problem of delictual liability to establish any rule of law governing the characterisation (qualification) of a claim as delictual or otherwise, a matter which can only be discussed within the framework of the general principles of private international law,

But considering that the scope of the following rules on delictual liability should not include either contractual liability or liability for unjust enrichment, or any questions of the immunity *inter se* of members of a family from delictual claims (husband and wife, parent and child), or the transmission of

delictual claims to the estate, the heir or other successor in title *(ayant droit)* of the victim of a delict or the transmission of delictual liability to the estate, the heir or other successor in title *(ayant droit)* of the person responsible,

And considering further that the rights of an insurer of a victim of an accident to be subrogated to the claim of the victim against the person responsible for the accident, and the right of the victim to raise a direct claim against the insurer of the person responsible, are so closely connected with the contract of insurance as to render it inadvisable for the Institute in this Resolution on delictual liability to express any view as to the law applicable to these rights,

And regarding it as necessary, even in a Resolution devoted to the particular problem of delictual liability, to define the limits within which the application of foreign law is excluded by reason of its incompatibility with the *ordre public* of the forum,

has passed the following Resolution :

Article 1

On principle delictual liabilities are governed by the law of the place at which the delict is committed.

Article 2

For the purpose of Article 1 a delict is regarded as having been committed at the place with which, in the light of all the facts connecting the delict with a place (from the beginning of the delictual conduct to its final consequences), the particular issue to be determined is most closely connected.

Article 3

The principles expressed in Articles 1 and 2 apply to all issues arising from delictual liability, and notably :

(a) to the standard of liability, including the question whether the person made responsible is liable for the creation of a risk or for fault, for gross negligence or simple negligence, etc. ;

(b) to the question how far contributory fault of the victim is relevant to the liability of the person responsible ;

(c) to the question of delictual capacity, including that of infants and mentally disordered persons, and of corporate bodies ;

(d) to immunities from delictual liability of charitable organisations, trade unions, etc. ;

(e) to questions of vicarious liability, including those of employers for their employees and of corporate persons for their organs, but not necessarily to that of husbands for their wives, parents for their children, or teachers and masters for their pupils and apprentices ;

(f) to the determination of the person or persons entitled to compensation, to the determination of the loss for which compensation can be claimed (including the question of *dommage moral*) and to the assessment of the damage (including financial limitations).

Article 4

In the absence of any significant connection between the issue to be determined and the place or places at which the delict was committed, that issue may, by way of exception to the rules in Articles 1, 2 and 3 be governed by the law of the social environment of the parties and of the occurrence.

A law other than that of a place of the delict may thus be applied :

(a) to liabilities arising between parties whose social environment at the time of the delict was insulated from the geographical environment of the delict, e.g. the law of the flag to delicts committed on board a ship lying in foreign territorial waters, the law of the place of registration to delicts committed on board an aircraft in flight, the law of the place at which an expedition was organised to delicts committed in the course of the expedition in an unpopulated or thinly populated area ;

(b) to liabilities arising between parties connected by a social relationship centred in a country other than that of the place of delict, e.g. the law of the common habitual residence between members of the same family, the law of the seat of an enterprise to liabilities arising between employers and employees or between fellow employees, the law of the place of registration of a vehicle to liabilities arising between its driver or owner and its passengers (whether for hire and reward or gratuitous), and between those passengers ;

(c) to liabilities arising between two undertakings which have their centres of control and management in the same country, in so far as such liabilities are connected with their economic activities, e.g. arise from acts of unfair competition committed in or causing damage in another country ;

(d) to issues concerning the determination of the person entitled to compensation, the determination of the loss for which compensation can be claimed, and the assessment of the damages, e.g. the law of the common habitual resi-

dence of the victim of a fatal accident and the person responsible for it to the question which of the victim's relatives can claim damages, whether they can claim damages for *dommage moral,* and whether such damages are limited in amount.

Article 5

The law which is applicable in accordance with the preceding rules governs the application of provisions on the burden of proof and on presumptions, and the limitation by lapse of time or prescription of claims.

Article 6

The application of the law which is applicable in accordance with the preceding rules can be excluded in so far as such application to the issue to be determined would be manifestly incompatible with the public policy of the forum.

Projet de Résolution

L'Institut de Droit international,

Estimant qu'en raison du développement de la technique les principes qui gouvernent la responsabilité délictuelle en droit international privé ont déjà pris et continuent à prendre une grande importance pratique,

Constatant qu'une des conséquences de ce développement est la mise en question, dans de nombreux pays, de l'application traditionnelle de la loi du lieu du délit par les tribunaux et par la doctrine,

Etant convaincu que le principe selon lequel s'applique la loi du lieu du délit devrait être maintenu, mais que ce principe devrait faire l'objet d'exceptions lorsque le lieu du délit est purement fortuit ou lorsque l'environnement social des parties est différent de l'environnement géographique du délit, et que le moment est venu pour l'Institut de prendre une Résolution à cet effet,

Estimant en outre que l'étendue et les modalités de la substitution à la loi du lieu du délit d'un autre système juridique doivent faire l'objet d'une étude particulière pour chaque type de délit (accidents de la circulation, accidents du travail, diffamation et violation de la sphère privée par les moyens de communication, concurrence déloyale et autres délits économiques, délits commis en haute mer, dans l'air, dans l'espace, etc.), et que les limites d'une Résolution générale sur la responsabilité délictuelle sont ainsi dépassées,

Mais estimant également que les situations et les problèmes auxquels s'appliquerait un autre système juridique que celui

de la loi du lieu du délit devraient être illustrés par des exemples,

Considérant que la différence entre l'obligation résultant de la faute et l'obligation résultant du risque, et que la différence entre le but qui est de prévenir les risques et le but qui est de les répartir, sont des différences en degré et non des différences en espèce, qu'il est impossible d'établir des principes de droit international privé différents pour les deux types de responsabilité et pour les deux types de buts poursuivis et que les mêmes règles doivent s'appliquer aussi bien aux règles de prévention qu'à celles de répartition du risque,

Considérant en outre qu'il est inutile d'établir des règles permettant de définir d'une manière abstraite le lieu d'un délit, la détermination du lieu d'un délit dépendant dans chaque cas de la force du lien existant entre le problème à résoudre et un lieu dans lequel un fait considéré comme délictueux a été commis ou dans lequel les conséquences d'un fait délictueux ont été ressenties,

Estimant qu'il est inopportun d'établir, dans une Résolution consacrée au problème de la responsabilité délictuelle, une règle de droit qui permettrait de qualifier de délictueux l'objet du litige, cette matière ne pouvant être abordée que dans le cadre des principes généraux de droit international privé,

Mais considérant que le domaine des règles suivantes, concernant la responsabilité délictuelle, ne devrait pas s'étendre à la responsabilité contractuelle, ni à la responsabilité résultant de l'enrichissement sans cause, ni aux exceptions des principes de la responsabilité délictuelle auxquelles sont soumis les membres d'une famille (mari et femme, parents et enfants) dans leurs relations mutuelles, ni à la transmission du droit à demander réparation aux ayants cause de la victime, ni à la

transmission de la responsabilité délictuelle aux ayants cause de l'auteur de l'acte,

Considérant en outre que les droits de l'assureur de la victime d'un accident à être subrogé aux droits de la victime contre la personne responsable de l'accident, et que le droit de la victime de réclamer directement à l'assureur de la personne responsable la réparation du préjudice sont si étroitement liés au contrat d'assurance qu'il ne serait pas judicieux pour l'Institut d'exprimer, dans cette Résolution sur la responsabilité délictuelle, une opinion quelconque quant à la loi applicable à ces droits,

Et regardant comme nécessaire de définir, même dans une Résolution consacrée au problème particulier de la responsabilité délictuelle, les limites dans lesquelles l'application de la loi étrangère est exclue en raison de son incompatibilité avec l'ordre public du *for*,

a pris la Résolution suivante :

Article premier

Les obligations délictuelles sont en principe soumises à la loi du lieu où le délit a été commis.

Article 2

Aux termes de l'article premier, un délit est considéré avoir été commis dans le lieu auquel la question soulevée est le plus étroitement liée, eu égard à tous les faits reliant le délit à un lieu (du commencement du comportement délictueux jusqu'à ses conséquences finales).

Article 3

Les principes exprimés aux articles premier et 2 s'appliquent à toutes les questions que soulève la responsabilité délictuelle, et notamment :

a) au degré de la responsabilité, y compris la question de savoir si une personne rendue responsable l'est en raison du risque créé ou pour faute de sa part, pour faute lourde ou pour faute légère, etc. ;

b) à la question de savoir si, et à quel point, le fait de la victime modifie la responsabilité de l'auteur de l'acte ;

c) à la question de la capacité de commettre des délits, y compris celle des mineurs et des aliénés, et celle des personnes morales ;

d) aux immunités dont jouissent les organisations charitables, les syndicats, etc.;

e) aux questions de la responsabilité du fait d'autrui, y compris celle d'un commettant du fait de ses préposés et d'une personne morale du fait de ses organes, mais sans comprendre nécessairement la responsabilité du mari du fait de sa femme ou des parents du fait de leurs enfants, ni celle des instituteurs et des maîtres du fait de leurs élèves et apprentis ;

f) à la détermination de la personne ou des personnes ayant droit à la réparation, à la détermination du préjudice pour lequel réparation peut être demandée (y compris la question du dommage moral) et à la fixation de la réparation (y compris les limitations financières de son montant).

Article 4

En l'absence de tout lien particulier entre la question soulevée et le lieu ou les lieux où le délit a été commis, on applique par exception aux règles établies aux articles 1, 2 et 3, le droit de l'environnement social des parties et de l'événement. Ainsi, un droit autre que celui d'un des lieux du délit peut s'appliquer :

a) à la responsabilité qui naît entre parties dont l'environnement social était, au moment de la survenance du délit, isolé de l'environnement géographique, lieu du délit : ainsi, la loi du pavillon pourrait être appliquée aux délits commis à bord d'un navire qui se trouve dans des eaux territoriales étrangères, la loi du lieu de l'enregistrement aux délits commis à bord d'un aéronef en vol, la loi du lieu de l'organisation d'une expédition aux délits commis au cours d'une expédition dans une région inhabitée ou peu peuplée ;

b) à la responsabilité qui naît entre parties liées par un lien social dont le centre se trouve dans un pays autre que celui du lieu où le délit a été commis ; ainsi la loi de la résidence habituelle commune pourrait être appliquée entre membres d'une même famille, la loi du siège de l'entreprise aux problèmes de responsabilité entre employeurs et employés et entre employés de la même entreprise, la loi du lieu d'enregistrement d'un véhicule aux problèmes de responsabilité entre le conducteur ou le propriétaire et son passager (que le transport soit à titre onéreux ou gratuit), et entre les passagers eux-mêmes ;

c) à la responsabilité qui naît entre deux entreprises qui ont leurs centres de direction et de contrôle dans le même pays, dans la mesure où cette responsabilité est liée à leur activité économique, ainsi qu'aux actes de concurrence déloyale commis dans un autre pays, ou y causant dommage ;

d) aux problèmes que soulèvent la détermination de la personne ayant titre à demander réparation, la détermination du préjudice pour lequel réparation peut être demandée, et la fixation du montant de la réparation ; ainsi, la loi de la résidence habituelle commune de la victime d'un accident mortel et de la personne responsable de cet accident pourrait être appliquée à la question de savoir quels sont les parents de la victime qui peuvent demander réparation, si le dommage

moral peut être pris en considération, et si la réparation est limitée dans son montant.

Article 5

La loi applicable d'après les règles précédentes est également celle qui régit les dispositions concernant la charge de la preuve et les présomptions, l'écoulement des délais et la prescription des droits.

Article 6

La loi applicable d'après les règles précédentes peut être écartée dans la mesure où son application serait manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

ANNEX I

Letter of M. Otto Kahn-Freund to the Members and Invited Members of the Twenty-sixth Commission

Oxford, 1st August 1967.

My dear Colleagues,

In her circular letter of January 3rd, 1967, the Secretary General asked the Members and Invited Members of the Commission to let me have their observations on the *Rapport Provisoire* and the *Projet Provisoire de Résolution* of Professor Offerhaus before July 30th. This is the reason why I have postponed until now this communication to the Members and Invited Members of the Commission, the sole purpose of which is to prepare a discussion at the forthcoming meeting at Nice on the further progress of our work.

I cannot however begin to address myself to the task facing our Commission without paying a warm tribute to the excellent work done by our late lamented colleague Johannes Offerhaus. His mastery of our subject and his capacity for a judicious handling of some of the most delicate problems of the conflict of laws emerge from every line of the Provisional Report. Our loss is irreplaceable, and whatever I can do will be no more than a feeble attempt to put some finishing touches to the structure which he has erected.

Five Members and Invited Members of the Commission have expressed their views concerning the *Rapport Provisoire* and the *Projet Provisoire de Résolution.* The answers of MM. Audinet, Cheatham, and Miaja de la Muela are appended to this letter. The observations of M. Wengler have already been circulated.

At the outset we should, I think, come to a conclusion on the style of the Resolution to be submitted to the Institute and especially on the principles of presentation formulated by Professor Offerhaus at the end of the *Rapport Provisoire* (p. 341). I should personally like to register my agreement with his view that "*il est nécessaire de se limiter aux grandes lignes*". What the Institute is expected and, moreover, what it will, I think, be inclined to do, is at this critical stage of the development, to place its authority behind some fundamental principles. The adaptation of these principles to particular areas of application (such as maritime or aerial law) seems to me to be outside our terms of reference. The analysis of some of the remoter ramifications of these principles (e.g. the relation between *lex contractus* and *lex delicti*, see below No 4 *(d)*) may find a place in the *Rapport Définitif*, but the Commission may feel that we should not include it in the Resolution.

It seems to me that, when discussing the matter at Nice, we might with advantage concentrate on the major issues which will have to be settled before it is possible to decide whether another Provisional Report is required or whether we can immediately proceed to the preparation of a *Rapport Définitif* and of a *Projet de Résolution* to be submitted to the Institute in 1969.

I suggest that the principal problems to be considered are the following:

1) The first concerns the scope of the *lex fori* in the solution of conflicts of law with regard to delictual responsibility. The question is posed by the words, in the First Article of his Draft Resolution, which Professor Offerhaus put in brackets. It will have to be considered how far the prominence given to the *lex fori* e.g. in German law (*Einführungsgesetz* Art. 12) and in English law ("First Rule in *Phillips v. Eyre*") is explicable

only in the light of a situation in which delictual liability was largely liability for intentional wrongs and in its purpose and function far more closely connected with the criminal law than it is today. In view of the function of the present law of civil delictual liability as an instrument of distribution of economic risks we have to decide whether, as a general principle, the *lex fori* should today occupy a more prominent role in the law of delict than in the law of contract. In other words we shall have to consider whether the purpose of the words in parenthesis in Article 1 is not fully achieved by Article 6, i.e. whether the role of the *lex fori* in the law of civil delict should not be restricted to the ordinary operation of the principle of *ordre public*. In this one may have to bear in mind the great importance in this context of the principle of relativity of *ordre public* which compels the judge to consider the degree of connection which the facts of the case have with the forum. This is of special significance when discussing whether particular types of tort (intentional torts, defamation) should be singled out for separate treatment and be considered as particularly closely connected with "*notions générales de non-licéité (ou intolérabilité) de la loi du for*". We may think that any arguments which could be adduced in favour of doing so are answered by the doctrine of *ordre public*.

The reason why Professor Offerhaus tentatively proposed to insert in Art. 1 the words: "*conditionnées par les notions générales de non-licéité (ou: intolérabilité) de la loi du for*" emerges from No. 1 of the *Rapport Provisoire* (p. 298): It was an attempt to avoid the problem of characterisation *(qualification)*. The principles of the conflict of laws concerning civil liability for delicts would apply if the act complained of was "unlawful" or "intolerable" according to the *lex fori*. We shall have to consider two problems: (i) whether it is necessary or advisable to deal with the question of characterisation

at all, (ii) if we answer this in the negative, whether we think that the words chosen by Professor Offerhaus provide an adequate substitute. Contrary to the view expressed in my own answer to the Questionnaire I now find myself in agreement with those (MM. Batiffol, Makarov and Wengler) who say that delictual liability does not entail any special characterisation problems and that we are not called upon to solve the general problems of characterisation. We must, if we accept this view, reflect on the impact of the formula used in Art. 1 : Cannot a breach of contract as well as a delict be " unlawful " and even " intolerable " ? Is a delict always " intolerable " ? Can one say this of the creation of a risk ? Has the conduct of a person who has a thing *sous sa garde* within the meaning of Art. 1384 of the French Civil Code as interpreted by the courts anything to do with *non-licéité* or *intolérabilité* ? Might it not be better to pass over the whole problem of characterisation *sub silentio,* neither attacking nor expressly avoiding it ?

When discussing the role played by the *lex fori* we shall however also have to consider the important point made by M. Wengler in Para. 6(b) of his Observations. This refers to the " self-limitation " of a given legal system, and the principle stated in Para. 6(a) of M. Wengler's paper that no forum should be " *plus royaliste que le roi* " and apply a foreign law where it does not itself claim to be applied. The point here is that a similar rule is by analogy read into the conflicts norm of the forum : to the effect that the application of a foreign *lex delicti* is presumed to be limited in a way analogous to the limitation placed by the *lex fori* on the application of its own delictual norms. Perhaps M. Wengler's view may have to be seen in the context of a doctrine of reciprocity which permeates much of his paper. Like all other matters, this will have to be discussed not only on its merits, but also

and chiefly in the light of the nature of the Resolution and of what should and should not be included in it.

2) Our second problem is raised by the relation between Art. 1 and Art. 3 of the Draft Resolution and by Art. 3 itself. The alternatives can be put this way : Should the *lex loci delicti* invariably be the *lex delicti* ? Or should there be exceptions to this rule to take account of situations in which, in the words of the Draft Resolution " *la loi du lieu du délit n'est... que faiblement rattachée aux circonstances de la cause* " or in which, in the words of the Second Restatement, the facts of the case have a more " significant relation " with a legal system other than that of the *locus delicti* ? Or should the *locus delicti*, as M. Audinet suggests, be no more than one of the factors used in determining what has been variously described as the " proper law of the tort " or the law of its " social environment " ? How far, in other words, are we going in the direction of the *Auflockerung des Deliktsstatuts* ? We shall have to consider whether the rapid spread in the United States of the doctrine laid down in *Babcock v. Jackson* has to be seen against the background of the North American scene in which normally conflicts of law are (in the United States) inter-state or (in Canada) inter-provincial conflicts or at any rate conflicts between closely related legal systems (such as New York and Ontario). We shall have to ask ourselves whether, on the contrary, the greater mobility of persons, the role of transport accidents in our subject, the significance of delicts committed through mass media of communication, and the ubiquity of markets in which commercial delicts (unfair competition, etc.) can be committed, do not make the emphasis on the *locus delicti* as antiquated as the emphasis on the *locus contractus* became with the development of modern forms of commerce. As against this, we shall consider the ar-

guments adduced by M. Batiffol, pp. 381 ff.). Above all we may feel that the judge faced with a complex set of facts linking an alleged delict with many systems of law must have a " last line of defence ", a firm rule to fall back upon, and we may feel that, in formulating our principle in this way, we should be acting in the spirit of Aristotle's famous principle of " equity " so appositely quoted by Professor Maridakis (p. 419).

In the light of such considerations Professor Offerhaus' very careful and cautious formulation may recommend itself to the Commission. If we accept it, we shall have to ask ourselves whether Art. 3 should not be more closely linked with Art. 1, i.e. whether the two Articles should be amalgamated. We must, I think, agree with what is said (p. 316, *Rapport Provisoire)* about the impossibility of formulating this link in terms of a " presumption " (as I had myself suggested at p. 397). Moreover, we may feel that it was felicitous to attach a list of examples to Art. 3 and to introduce this list with words indicating that the list is illustrative and not exclusive. We shall however have to decide whether the list of examples should include the two put in parenthesis and whether it should be amplified. It will also be for consideration whether the reference in example (a) to the *statut personnel* should not be replaced by a term such as " common residence " which may be thought to be less rigid and also less equivocal. Not only may the words " *statut personnel* " refer to nationality or domicile. One has also to think of the difficulties which attend the application of the law of the nationality in cases in which the two or more law districts co-exist within the same unit of political allegiance, and those which attend the application of the law of the " domicile " in view of the different meanings attaching to this term. Moreover, do we really take the view that the New York Court should have decided *Babcock v.*

Jackson differently if the plaintiff had been an immigrant living in the State of New York who had not yet obtained her naturalisation papers? Or if she had been permanently resident in New York but married to a man domiciled in England and therefore (according to English law) " domiciled " in England as well?

We shall also have to consider the view expressed by M. Wengler in Para. 8(b) of his Observations that all the cases of application of a law other than the *lex loci delicti* can be explained in terms of a " hypothetical intention " of the parties, and whether this view, if adopted, should be expressed in the Resolution or discussed in the *Rapport définitif*.

3) Our third problem is the definition of the *locus delicti*. If we propose a rule that delictual liability is (at least on principle) governed by the *lex loci delicti*, we shall not be able to escape from the need for inserting a clause indicating the meaning of this term, although the importance of the definition would be much reduced if Art. 3 or something similar to it was adopted in its present form. Indeed those who argue in favour of the law of the social environment either as a substitute for or as an exception to the law of the place of the delict, do so partly on the ground that the choice between the *loi de l'acte* and the *loi du préjudice* places the lawgiver in the position of Bouridan's ass: the arguments are almost evenly balanced. Professor Offerhaus' proposal should be read in the light of his observation in the last paragraph of No. 6 of the *Exposé Préliminaire* (p. 359) which in my opinion summarizes the matter admirably.

Where an act done in one country causes damage in another, it may be argued, the *locus delicti* fails to supply a reliable indicator of the social environment of the delict, and the signi-

ficance of the various connecting factors (e.g. place of act, place of injury, place of death,—see the trichotomy in M. Wengler's paper, p. 510) as links with the social environment can only be assessed in the light of individual circumstances. Hence, the above-mentioned observation of Professor Offerhaus almost inevitably led to the solution proposed by him in Art. 2. It may however be for consideration whether the formula is capable of improvement. The last thing Professor Offerhaus wished to do was to introduce an element of *dépeçage* (this is clear from the correspondence we had after the circulation of the *Exposé Préliminaire*), but I hope we shall discuss whether the present formulation makes this sufficiently clear. It is also open to argument whether the reference to causation is necessary or even helpful, and,—more important,—whether the words "*les facteurs qui ... sont essentiels*" should not be replaced either by "*le facteur qui ... est le plus essentiel*" or "*les facteurs qui ... sont les plus essentiels*". The vital point is whether we agree that the *Auflockerung des Deliktsstatuts* affects not only the definition of the *lex delicti*, but also that of the *locus delicti*.

4) Our fourth problem is whether one is right in postulating that there is necessarily or even normally only one system of law that can claim application in a case of delictual liability or whether, as M. Wengler points out in a number of connections, the problem before the court has to be dissected into its component elements and each element has to be considered *separatim* as to the law which has to be applied. Without of course claiming to be exhaustive I submit for consideration one or two aspects of this matter :

a) Where the *loi du lieu de l'acte* is for some reason not the *lex delicti* (e.g. because the *loi du lieu du préjudice* or some other law is more significantly connected with the facts), the

" rules of conduct " *(règles de comportement, Verhaltensnormen)* of the *locus actus* may nevertheless have to be applied (rules of the road, rules of navigation, etc.), a principle on which the English courts have always tacitly and probably unconsciously acted in the past. These " rules of conduct " may be rules of law or rules of " positive morality ". (See M. Wengler's paper p. 524.)

b) Where, under a given legal system, a breach of a rule of criminal law is, generally or in certain circumstances, a cause of civil action (as in France, and, within the limits of the doctrine of " breach of statutory duty " and the similar principle of Para. 823 al. 2 of the Civil Code, in England and in Germany), the question arises how far the violation of the criminal (or administrative) law of country X can lead to a delictual claim under the law of country Y. The matter is discussed in M. Wengler's paper in Para. 9. This may be called a case of *Tatbestandswirkung* of system X in system Y.

c) Where a delictual claim arises by reason of a violation of a right of property or of a right e.g. based on matrimonial status, the conditions of acquisition of the right may have to be judged by a law other than the *lex delicti*. If A claims to have become the owner of a movable object by *bona fide* acquisition from a non-owner in country X and subsequently B (the previous owner) or a third person takes it from A in country Y (under whose law A would not have acquired ownership) the question of A's title may have to be judged by the law of X, but otherwise B's delictual liability may have to be judged by the law of Y. The decision of the Supreme Court of Canada in *Lister v. M'Anulty*/1944/3 D.L.R.673 and that of the U.S. District Court for Massachusetts in *Gordon v. Parker*, 83 Fed. Supp. 40 (1949), show the

same problem in a matrimonial setting. M. Wengler discusses it at Para. 12 of his paper.

d) The law governing a contract may, in a variety of ways, affect the delictual liability of one towards the other, a matter also touched upon by M. Wengler (Para. 8). Much the most important aspect of this is the operation of contractual exception clauses in those systems which permit delictual liability to be excluded or restricted by contract. If e.g. the *locus delicti* were in France and the parties (say two English residents sharing a motor holiday and having agreed not to make each other liable for negligent driving) were linked by an English contract under which delictual liability is excluded, would the French principle against exclusion of delictual liability *pro tanto* invalidate the English contract, or would this be a case in which, for the very reason that there is an English contract, we should regard English law as the *lex delicti ?* One may refer to the decision of the Privy Council in *Canadian Pacific Co. v. Parent*/1917/A.C.195.

5) The fifth question concerns the scope of our proposals :

a) A number of Questions affecting the scope of the Resolution were asked in the Questionnaire (Paragraphs 2,- 3, and 4). As Professor Offerhaus points out (p. 300, *Rapport Provisoire)* the reaction to Question 2 showed a remarkable measure of agreement : all those answering this Question took the view that, however flexible, our basic rule should be so formulated as to apply to all types of delictual responsibility. Several of those who answered Question 2 pointed out, however, that special rules or exceptions from the general rule may have to be formulated with regard to particular categories of delicts, such as transport accidents or

delicts connected with the family (mentioned in this context by M. Cheatham). A similar problem is whether intentional delicts should be treated differently from others, the object of the law being in the first case to be " deterrent " or " punitive " and in the second case compensatory. This distinction should, according to the suggestion made by M. De Nova (p. 423) (who to some extent accepts Professor Ehrenzweig's view on this matter), lead to a differentiation in the definition of the *locus delicti* and therefore of the principle governing the choice of law. Professor Offerhaus refrained from formulating any of the possible modifications of or exceptions to the general principle although he expressed no disagreement with M. Batiffol (p. 379) who emphasized that, whilst the formulation of a general principle would unquestionably be useful, " *des dérogations, au besoin importantes, doivent lui être apportées* ". Instead of formulating these as " *dérogations* " to a rigid principle, he formulated the general rule of Art. 3 in so flexible a manner that its adaptation to particular situations takes the form of a series of examples illustrating the application of the principle itself. We shall consider whether this meets the case and whether this method takes care of problems such as those raised by MM. Cheatham, De Nova and Wengler, by the latter especially with regard to the contrast between " fault " and " risk " liability. (It may be asked whether the true contrast is not between liability for a conduct and liability for a risk). We may also have to pay attention to delicts committed by omission and their localisation by reference to the place at which the alleged tortfeasor " ought to " have acted, a view which some may feel begs the question according to what law he ought to have acted in this way.

b) Articles 4 and 5 of the Draft Resolution enumerate a number of matters which are covered by the previous articles.

It is for consideration whether the list is to be enlarged, but most members of the Commission will probably agree that the rights and liabilities of insurers (including the *action directe*) should be omitted. Article 4(c) may require special attention, both as regards the emanation of family relations and as regards the very important problem of ordinary vicarious liability arising from employment.

6) The two remaining problems will be whether we wish to include an express reference to *ordre public* (Art. 6 of the Draft Resolution) and whether, as M. Wengler suggests, we ought to deal with the question of reciprocity in the sense in which he uses the term.

I am looking forward to a fruitful discussion at Nice.

Yours sincerely,

Otto Kahn-Freund.

ANNEX II

Observations of Members of the Twenty-sixth Commission and of M. Miaja de la Muela on the rapport provisoire *presented by M. Johannes Offerhaus*

1. Réponse de M. André Audinet

Aix-en-Provence, le 26 novembre 1966.

Monsieur le Rapporteur et cher Confrère,

J'ai lu avec grand intérêt le rapport provisoire que vous avez élaboré pour le compte de la Vingt-sixième Commission de l'Institut de Droit international *(Les obligations délictuelles en droit international privé).*

J'ai admiré la finesse et la précision avec lesquelles vous avez analysé les réponses que vous ont adressées les membres de ladite Commission, à la suite des questions que vous leur avez posées.

En ce qui me concerne, je persiste dans l'opinion que je vous ai exposée dans ma propre réponse.

Il ne me semble pas que l'on puisse adopter d'une manière générale la compétence de la loi du lieu où se produit le fait dommageable *(lex loci delicti).*

Je continue à penser que ce sont des solutions, moins simples peut-être, mais plus nuancées et plus adéquates aux divers cas concrets qu'il convient d'adopter, solutions qui, dans l'ensemble, se rapprochent de celles adoptées par les jurisconsultes américains qui donnent compétence à la *proper law of the tort.*

Je serais toutefois disposé à reconnaître compétence à la *lex loci delicti* pour apprécier si l'attitude de l'auteur du fait dommageable a été ou non correcte, par exemple en matière de circulation automobile, à la loi qui prévoit certaines mesures de prudence (priorité, dépassements, ligne jaune continue, stop, etc.). Mais la question de savoir si la responsabilité suppose ou non la preuve d'une faute, ne devrait pas nécessairement dépendre de la *lex loci delicti* mais d'une loi qui peut être différente *(proper law of the tort).*

Veuillez agréer, Monsieur le Rapporteur et cher Confrère, l'expression de mes sentiments les plus distingués.

André Audinet.

2. Successive Observations and Tentative Draft Resolution of M. Elliott E. Cheatham

November 21, 1966.

(...)

My comment, in brief, is that I concur in the *projet provisoire*. In my view the *projet provisoire* deals wisely with the central problem, it has the breadth essential in an international proposal on a subject so broad in its extent, and it contains appropriate exceptions to the general principle.

(...)

September 1, 1967.

On further consideration of the matter of policy and the manner of the statement of its relationship to the principles of law in the Resolution, I have modified my views as follows :

1. The statement of policies should not be relegated to the preamble but should be in the body of the proposed Resolution.

2. In the matter of priority of importance or priority of time in the consideration of a problem by a court, " policies " come before " principles " or " rules " which are derived from them. So a case can be made for stating the policies in the first substantive article of the Resolution.

3. But practical men of law, whom we seek to affect, are apt to begin with principles or rules of law and only after they are sought to be applied, to look to the more fundamental matters of policy. Accordingly a case can be made for stating the principles first, and then having a further provision to the effects as follows :

   " In the application and development of this principle of law, the courts shall be guided by the guiding policies in choice of law. These policies include the following :

   1. The interests of the international system of private relations in having the legal rights of the parties determined under the law which is most appropriate for this purpose ;

   2. The stability of legal interests and uniformity of treatment of them without regard to differences in forum ;

   3. The policies of the several local laws which are in conflict ;

   4. The policy of the forum state. "

(This is a first Draft of a statement which, it had hoped could be revised and put in better form. Perhaps, as it stands it may show well enough the points the writer sought to mark.)

Elliott E. Cheatham.

Nice, 11th September 1967.

These comments are directed to the following aspects of the subject to be dealt with by the Commission and the Institute in the Resolution on the subject :

1. Several methods of statement which might be followed by the Institute in its Resolution.
2. The relevant policies.
3. The varied setting of the problems.
4. The form of expression of the Resolution.

I.

Three methods of statement which might be adopted by the Institute are here outlined.

One method would begin with the fundamental policies which should guide the development of the law and after statement of the policies, perhaps by way of recitals, would formulate principles of law derived from and appropriate to carry out the basic policies. This method has the advantage of enabling the Institute to direct its influence to the most basic matters, as is consonant with its traditions. It may be especially needful and appropriate now when there is, on the one side, the combination of ease of communication and of greatly increased private international relations and, on the other, the rise of nationalistic feeling with the consequent danger that an indiscriminating use of the idea of sovereignty or of forum law will obscure the relevant policies and principles.

A second method would confine itself to a statement of principles of private international law with only limited reference to the guiding policies.

A third method would consist of the statement of the law applicable in a variety of situations, whether the situations be

classified under the usual categories of tort law or according to an analysis of connections.

II.

The relevant policies are, in part, the policies of tort law itself. Professor Kahn-Freund has well emphasized one aspect of these policies in his chapter on Torts in Dicey, *Conflict of Laws* (7th ed.), p. 931.

> It is submitted that under modern conditions the law of tort, like the law of contract, serves the purpose of adjusting economic and other interests, that it is increasingly an instrument of distributive rather than of retributive justice.

It may be, however, that as to some torts, say defamation, an important purpose may be an essentially protective or punitive one.

The policies that are relevant include the policies of the international system itself. The dominant policy of private international law, so it is believed, is to aid in making the international system work well in its bearing on the private affairs of men. This policy, by way of preliminary caution, calls for restraint by the forum in the application of its own law. It calls as well for a determination of the relative importance for the purposes of private international relations of the connections of the occurrence and the parties and their interests with the several states. The connections ordinarily of importance are the place of the occurrence, whether it be the place of the act or of the injury; the place of the social environment of the parties; and, it may be, the nationality or domicile of one or both of the parties. In determining the relative importance of the several connections for the question in hand, the law and the courts will employ the usual method of wisely coordinating the competing interests and values.

III.

The breadth and variety of the problems to be dealt with in the Resolution are very great. Torts themselves vary widely in the nature of the interest protected (as bodily security, property rights, or personal or family reputation); in the form of possible injury (as a blow, a letter, or atomic radiation or explosion); in the particular issue (as negligence by one or both parties or immunity from liability); in the dominant purpose of tort law in the particular field (preventive, retributive, distributive); etc.

The values protected by tort law may vary from state to state. So defamation may have one value for a state which stresses freedom of speech and the press, and quite a different value for a nation which places priority on social order or mutual respect. To give another illustration, the form of spreading the risk of physical injury may vary with the state. A state which spreads the risk through social insurance for the injured party may differ in its views on tort law and its application from a state which spreads the risk through a system of liability insurance protecting the wrongdoer from the burden of having to pay a judgment to the injured party. The difference between the state trading nations and the free enterprise nations, though not as wide as formerly, might lead to a difference in view as to the law which should govern in international trade and relations.

IV.

The form of expression of the principle of law, it is believed, should be broad and flexible enough to cover the broad and varied field of torts. Yet it should be couched in terms which give guidance to the practical men of law, the judges and the

lawyers, and preferably in terms which they are accustomed to use.

With deference there is submitted the attached indication of the form of a proposed Resolution. It is essentially the form drafted by M. Offerhaus with these changes : (1) the alteration of the recitals so as to have them indicate the guiding policies ; (2) some slight modifications in the body of the Resolution ; (3) a transfer of some of the exclusionary recitals to the end of the Resolution.

Elliott E. Cheatham.

Tentative Draft of Resolution of M. Elliott E. Cheatham

The Institute of International Law,

Noting the continuing improvements in means of transportation and communication among the peoples of the world with a correspondingly great increase in private international relations ;

Recognizing that the increase in private international relations will inevitably bring an increase in injuries with international elements suffered by one person through the action or inaction of another ;

Observing that the laws of the several states vary in the interests protected and in the conditions and measure of liability imposed for injury by the law of torts ;

Considering that the principal purpose of private international law is to facilitate and encourage peaceful private international relations by identifying the state which has the most important connection with the matter in question under the policies of the private international system and, consequently, the law of which should in justice be applied in

determining the rights and liabilities of the parties, with due regard to policies of the local laws involved and to the principles of public order ;

Believing that it will be useful to state principles on the law applicable to delictual obligations ;

Believing, further, that the principles stated should be considered in determining the reach of application of the law of the forum as well as in choosing between the laws of two or more states :

has adopted the Resolution following :

(keep articles 1 and 2 substantially as they are)

(amend article 3 by modifying the first part of it so it will read :

" By way of limitation of the foregoing articles, some obligations in tort or some elements of some torts, may be governed by the law of the social environment of the parties, consideration being given ", etc.

(transfer to a separate article near the end of the Resolution the reference in the original preamble to matters which are excluded from the scope of the operative part of the Resolution).

3. Réponse de M. Adolfo Miaja de la Muela

Valencia, le 26 novembre 1966.

Mon éminent et cher Collègue,

Ne disposant pas du temps nécessaire pour vous transmettre des considérations plus approfondies sur votre projet de Résolution, je tiens à vous féliciter à nouveau de votre admirable rapport, lequel, à mon avis, est parvenu à surmon-

ter les opinions très nuancées des membres de la Commission.

Je considère comme excellente la formule que vous avez adoptée de " la loi du milieu social ", capable d'exprimer d'une façon unitaire tous les cas possibles d'exceptions à l'application de la *lex loci delicti*.

Ma tendance en faveur de la loi du for a été pleinement prise en considération avec les références de l'article premier de votre projet provisoire aux « notions générales de non licéité » et la clause finale d'ordre public à l'article 6.

Vous avez bien voulu me demander des précisions sur le sens de ma réponse au n° 10 de votre questionnaire : je désirais simplement vous exprimer que je ne croyais pas convenable d'introduire dans votre projet une allusion à une question aussi éloignée du sujet principal de votre rapport que le *forum conveniens*.

Ces précisions faites, je suis très heureux de pouvoir me rallier intégralement à votre savant projet de Résolution.

Veuillez, mon éminent Collègue et cher ami, agréer l'expression de mes sentiments les plus dévoués.

Adolfo Miaja de la Muela.

4. Observations de M. Wilhelm Wengler

Berlin, le 24 février 1967.

1. Le questionnaire établi par le rapporteur omet un certain nombre de questions qui me paraissent importantes, et sans l'étude desquelles il n'est pas possible de bien résoudre les problèmes qu'il soulève. C'est ce qui m'incite à présenter brièvement, mais dans un ordre systématique, quelques réflexions qui, selon moi, devraient faire l'objet de discussions au sein de la Commission.

2. *De la délimitation des règles de droit des délits.*

Est-il possible de classer ces normes et d'en donner une définition précise excluant tout recoupement avec d'autres catégories de règles appartenant au droit privé ? On peut fort bien en douter, et, selon moi, il n'est pas nécessaire que la résolution de l'Institut contienne une telle définition. Il suffit de partir, tacitement, de ce point de vue qu'il ne peut s'agir que de dispositions imposant à une personne l'obligation de prévenir ou de réparer un dommage matériel sans que cette obligation résulte d'engagements pris dans un acte juridique, ou soit la conséquence de l'inexécution de tels engagements. Cette conception des règles délictuelles n'exclut pas qu'une règle comportant une obligation de prévenir ou de réparer un dommage, et n'ayant pas le caractère d'un engagement contractuel, puisse apparaître dans d'autres catégories de droit privé (du droit de famille, par exemple). Ainsi, il est concevable qu'une obligation de réparer puisse aussi bien être tirée d'une règle

du droit de la famille que d'une règle du droit des délits, et que ces deux règles doivent trouver, l'une et l'autre, application. Il n'est pas exclu, cependant, qu'une disposition du droit de la famille ordonne, ou permette, un comportement générateur d'un préjudice, et que la compétence de cette règle soit incompatible avec celle d'une règle du droit des délits d'un autre pays. Quelle règle devra alors trouver application ? C'est là une question bien difficile. Notons cependant qu'il s'agit là du problème général des qualifications et que ce problème ne peut guère, à titre particulier, être étudié et résolu pour les seuls délits.

3. *Du droit des délits, et de ses subdivisions.*

Plutôt que de tenter de délimiter les règles du droit des délits par rapport aux autres catégories de droit privé, il me paraît important de noter que les difficiles problèmes que posent les délits en droit international ne peuvent être toujours résolus par référence à un seul et unique droit national.

Il est nécessaire de plus, dans la recherche du droit applicable, de distinguer selon qu'il s'agit de demandes soit en réparation, soit en cessation.

En ce qui concerne les premières, une première distinction s'impose entre, d'une part, les droits à réparation de dommages causés par une attitude illicite et fautive de la personne tenue pour responsable, et, d'autre part, les droits à réparation de dommages dont répondent, soit un auteur dont l'attitude était illicite, soit une personne qui, sans être l'auteur du dommage, se trouve avoir certains liens juridiques avec cet auteur (responsabilité pour risque). En effet, ainsi que nous le montrerons plus loin (voir sous chiffre 15), le droit gouvernant la responsabilité pour risque n'est en aucune façon toujours le même que celui régissant la responsabilité pour faute.

Quant à la responsabilité pour dommages causés par un comportement illicite et fautif, il conviendra, de plus, d'opposer les règles régissant la responsabilité en tant que telle, à celles ayant compétence pour apprécier si le comportement générateur du dommage était, en tant que tel, illicite. La loi du domicile commun des parties, par exemple, pourra être appliquée aux problèmes de responsabilité, et la loi du lieu où le comportement ayant porté préjudice s'est manifesté, pourra gouverner l'appréciation du caractère licite ou illicite de ce comportement (savoir, par exemple, si la circulation sur les voies publiques doit se faire soit sur le côté droit, soit sur le côté gauche...).

Quant aux normes prescrivant aux individus un certain comportement (« Verhaltensnormen », ou, comme nous le dirons dans la suite, règles de comportement), il est nécessaire de rechercher s'il s'agit :

de dispositions relevant, à titre primaire, du droit public (pénal ou administratif) — elles doivent, à ce titre, être assorties de sanctions de droit public, et l'Etat qui les a prises a dû déjà, à cet effet, leur fixer un champ d'application —,

ou de dispositions n'entraînant que des effets de droit privé — à savoir sous la forme de droits soit à demander réparation, soit à demander cessation (les « non statutory torts » du droit anglais). Pour ces dernières, il ne s'agit pas, le plus souvent, de dispositions législatives portant des obligations déterminées, mais de règles de prudence et de diligence..., ou même, de règles relatives aux bonnes mœurs, dont le détail a été fixé par la coutume ou la jurisprudence.

4. *De l'égalité devant le for entre les droits des délits national et étranger.*

Une question est fondamentale. Les tribunaux d'un pays du for — dont nous supposons qu'ils sont valablement saisis,

conformément aux principes généraux de la procédure civile du for — doivent-ils faire droit à toute demande en responsabilité civile, fondée d'après une règle délictuelle étrangère et compétente selon l'optique du for ? [1]

L'application d'une règle étrangère en matière de délits est très certainement exclue lorsque l'ordre public du for s'oppose au contenu de cette règle étrangère bien qu'elle soit compétente d'après la règle normale de conflit du for. L'ordre public du for pourra s'opposer soit à l'interdiction d'un certain comportement [2], soit à l'étendue de l'obligation de réparation dans le droit étranger. A cet égard, il n'existe aucun principe

---

[1] Sur la question de savoir si la loi délictuelle étrangère ne peut être appliquée que lorsqu'elle prétend elle-même à sa compétence, voir ci-dessous, sous chiffre 7.

[2] Quelques précisions sont utiles quant à la technique législative de formulation de ces normes de comportement. Certaines lois interdisent un comportement déterminé, qu'elles décrivent soit directement, avec suffisamment de détails, soit au moyen d'un renvoi à d'autres règles de cette sorte — et prévoient en même temps, au cas de transgression, un droit à demander réparation couvrant tous les dommages patrimoniaux, quelle qu'en soit la nature, subis par toute personne, quelle qu'elle soit. Il en est ainsi, par exemple, des dispositions législatives déclarant délit de droit civil tout comportement « immoral » (art. 826 BGB). D'autres lois accordent réparation (et, éventuellement, droit à demander cessation) pour autant que le dommage repose sur la violation d'une obligation de comportement, mais c'est de la description — se trouvant le plus souvent en un autre endroit du Code civil — d'un « droit absolu » d'une personne qu'il faut conclure ce qui est défendu à autrui. Il se peut alors, qu'un même système de conflit contienne, d'une part, diverses règles de conflit relatives aux diverses catégories de droits absolus, et, d'autre part, des règles de conflit relatives aux délits. Si, dans une espèce concrète, se pose une question relative à la naissance d'un droit absolu (par exemple, de propriété sur une chose), ou à la détermination du titulaire de ce droit, cette question doit, sans aucun doute, être réglée sur la base du statut du droit absolu. Si on se demande, par contre,

généralement reconnu qui exige que le for ne fasse droit à une demande en réparation, ou en cessation, fondée sur un droit étranger, que dans la mesure où la *lex fori* connaîtrait, tant en ce qui concerne la responsabilité que les obligations de comportement, une réglementation identique [1]. Exiger l'identité de la *lex fori* et du droit étranger serait exagéré même au cas où le défendeur actionné est ressortissant du pays du for ou habite sur son territoire. On ne peut pas considérer que la réglementation du droit anglais [2] et du droit allemand [3] soit, en la matière, à recommander à tous les autres pays.

---

quelles sont les obligations de comportement qu'entraîne, pour les autres, l'existence d'un droit absolu, et dont la violation est censée être un délit, une difficulté peut résulter de ce qu'une seule et même législation ne soit pas applicable, tant en qualité de statut du droit absolu, qu'en qualité de statut délictuel. En raison de la réciprocité des obligations de droit délictuel, la solution de ce problème pourra consister dans une application cumulative des règles du statut délictuel et des règles du statut du droit absolu (Voir sous chiffre 11).

[1] Pour le cas, inverse, où le comportement ayant porté préjudice est permis — ou n'ouvre aucun droit à réparation — au regard du droit étranger dont les règles délictuelles sont appelées à application, et où le pays du for tient ce résultat pour incompatible avec son ordre public, il faudra généralement exiger un lien de rattachement particulièrement étroit au pays du for pour que celui-ci puisse, conformément à la *lex fori*, affirmer, à l'encontre du statut délictuel étranger, la non-licéité du comportement, et adjuger des dommages-intérêts.

[2] Le droit international privé anglais n'accorde des dommages-intérêts que lorsque le comportement ayant porté préjudice était interdit tant par la loi anglaise que par la loi du lieu du comportement, sans toutefois exiger que cette dernière connaisse une obligation équivalente de verser des dommages-intérêts. Les autres conditions relatives à la responsabilité, et son quantum, sont régies par la loi anglaise, en qualité de *lex fori* ; c'est là ce qui a conduit à cette construction, erronée, que la réparation ne serait accordée que « par » la *lex fori*. L'exigence d'une réglementation identique du compor-

Alors même que la norme étrangère ne heurte pas, par son contenu, l'ordre public du for, il est bien compréhensible cependant, justement à l'occasion de telles demandes en réparation fondées sur un droit des délits étranger, que l'on tente de limiter la collaboration apportée par le pays du for tendant à y faire droit. Il devrait être possible, à cet effet, de refuser toute décision de justice au moyen d'une clause générale autorisant le juge du for à se déclarer *forum non conveniens*, et à laisser au soin du demandeur d'intenter, éventuellement, son action dans un autre pays [1] (voir également les développements sous chiffre 13). En tout cas, il n'est pas déraisonnable de la part d'un Etat de chercher, par ce moyen, à imposer chez lui aux normes de comportement étrangères et pouvant entraîner une responsabilité délictuelle, un domaine de réalisation plus

---

tement, tant par la loi du lieu du comportement que par la *lex fori* anglaise, pose certaines difficultés, ainsi lorsque les règles relatives à la circulation sont différentes dans leur contenu, mais non dans leur but (conduite à gauche, ou à droite ?). Malgré les multiples critiques apportées à la règle de conflit anglaise traditionnelle, la High Court australienne s'est encore, il y a peu, tenue ferme à la réglementation antérieure. Voir *Anderson v. Eric Anderson Radio*, 39 Aust.L.J. 357.

[3] Même pour les délits commis à l'étranger, le droit international privé allemand ne tient les ressortissants allemands pour responsables, conformément à la *lex loci delicti* étrangère, que pour autant que le droit allemand affirme leur responsabilité. Voir art. 12 EGBGB (loi introductive au Code civil allemand). Il est vrai qu'une identité complète des règles de comportement n'est pas exigée.

[1] *Gerber*, 40 Aust.L.J. 1966, p. 44 et s. et p. 73 et s., veut, même lorsque le droit à réparation est reconnu par la *lex loci delicti* sous des circonstances telles qu'il est incompatible avec l'ordre public du pays du for, non pas que le demandeur soit débouté, mais que le for décline sa compétence. Voir aussi, à ce sujet, *Inglis*, 61 Law Quarterly Rev. (1965) 380 et s., indiquant que parfois l'on arrive déjà au résultat auquel la clause de *forum non conveniens* permet d'aboutir, par des moyens détournés, et notamment par la clause d'ordre public.

étroit que celui qu'il assigne lui-même à ses propres prescriptions. Naturellement, si l'intéressé parvient à obtenir des dommages-intérêts à l'étranger on ne restituera pas dans le pays du for les prestations faites à ce titre.

Par ailleurs, il est concevable, lorsque le comportement ayant causé le dommage se trouve rattaché à plusieurs pays, que les juges du for doivent, sur la base de plusieurs droits nationaux, apprécier le caractère licite ou illicite de ce comportement et rechercher s'il en résulte une obligation de réparer. Une telle application alternative de plusieurs règles nationales de responsabilité délictuelle sera toutefois impossible au cas où le comportement en question est interdit dans l'un, obligatoire dans l'autre de ces pays de rattachement.

5. *De l'application de la* lex fori *lorsque le lieu du délit est situé sur le territoire du for.*

La catégorie la plus importante des règles délictuelles est celle où une personne est tenue de réparer un dommage qu'elle a causé du fait d'une violation fautive d'une norme de comportement ne relevant que du droit privé (voir sous chiffre 2). Dans ce cas, aucune objection de droit international public ne s'oppose à ce que le pays du for ne rattache la compétence de sa propre loi, tant en ce qui concerne les normes de comportement que les règles de responsabilité découlant de leur violation, à la situation sur son territoire :

a) soit du *lieu du comportement* (« Verhaltensort ») : le lieu, par exemple, où se trouve le tireur au moment où il fait usage de son arme et tire le coup entraînant la mort d'une personne,

b) soit le *lieu du résultat* de ce comportement (« Erfolgsort ») ou, plus exactement, le lieu de l'atteinte portée à la sphère

juridique d'autrui [1] : le lieu, par exemple, où se trouve à cet instant la victime du tir,

c) soit le *lieu où un dommage patrimonial* causé par ce comportement se fait sentir (« Schadensort ») : le lieu, par exemple, où habitent les membres de la famille de la victime, et où, le cas échéant, leur subsistance sera assurée sur deniers publics.

Il n'y aurait aucune raison valable à ce que la Résolution se prononce en termes généraux sur (le ou) les points de rattachement pouvant, ou même sur le(s) point(s) de rattachement devant être retenu(s) par les Etats [2]. Tout législateur peut avoir de justes motifs pour faire dépendre la compétence d'une certaine règle délictuelle de la *lex fori* de ce que, par exemple, les trois lieux et du comportement, et du résultat, et, enfin, où le dommage patrimonial se fait sentir se trouvent sur son territoire [3]. On ne saurait lui faire interdiction

---

[1] C'est ce que l'on entend, lorsqu'on parle de « lieu du résultat ». Ce « résultat » coïncidera le plus souvent avec le « last event » de la doctrine américaine ; il est pourtant impossible de démontrer avec des arguments rationnels que c'est justement la qualité du dernier événement avant la naissance du dommage patrimonial qui devrait être décisive pour le choix de la loi applicable.

[2] La façon même dont est formulée l'ensemble de la règle juridique portant obligation de réparer importe peu, que la loi défende *expressis verbis* de causer par certains actes un dommage patrimonial donné (perte de gains, par exemple), ou interdise la violation d'un droit (blessure corporelle, par exemple) pouvant conduire à un dommage patrimonial, ou bien même interdise, en tant que tel, un comportement déterminé (la possession d'une arme à feu, par exemple) et prévoie que ce comportement interdit entraîne obligation de réparer lorsqu'il provoque un dommage.

[3] Lorsqu'un législateur déclare constituer un délit civil, entraînant droit à réparation pour les concurrents auxquels elle porte préjudice, toute mesure portant atteinte à la libre concurrence, il n'est pas rare

d'adopter une telle règle, pas plus qu'on ne pourrait lui interdire, par exemple, de déclarer licite un certain acte portant préjudice, ou de porter que l'obligation de réparer se limite à la moitié du dommage.

Ce que peut faire, par contre, la Résolution, c'est établir des règles subsidiaires de conflit, sous la forme de présomptions, tendant, au cas où le législateur national n'a pris aucune disposition expresse, à retenir tel ou tel rattachement afin de préciser le champ d'application des règles délictuelles de la *lex fori*. Ainsi, lorsque l'obligation de réparer un dommage dépend de la violation personnelle par l'auteur d'une règle juridique lui prescrivant un comportement déterminé, on pourra certainement présumer la volonté du législateur du pays du for de donner compétence à la norme de comportement de la *lex fori* lorsque les lieux tant du comportement que du résultat se trouvent sur son territoire [1]. Lorsque le lieu du comportement est situé sur le territoire national, le lieu du résultat, par contre, à l'étranger, mais que la personne dont le comportement est interdit devait escompter que le résultat se manifesterait normalement sur le territoire national, on doit présumer que c'est la loi en vigueur sur ce territoire qui veut être appliquée. Supposons, cependant, qu'ait lieu, sur le terri-

---

qu'il en limite l'application aux troubles apportés sur le marché intérieur, et non aux restrictions de la concurrence exerçant leurs effets dans le commerce international (ou sur un marché étranger).

[1] Même pour la jurisprudence récente aux Etats-Unis, posant le principe que l'on doit déterminer, pour chaque cas d'espèce, la loi applicable aux droits de la victime d'un délit au moyen du rattachement « le plus intensif » — une règle qui, à mon sens, doit être refusée *a priori* en raison de son imprécision —, ce rattachement le plus intensif est, *en cas de doute*, le lieu du délit. Voir les critiques récentes sur l'état de la jurisprudence, « Rutgers Law Review », T. 20 (1966) p. 572 et s.

toire du pays du for, un comportement certes désapprouvé par la *lex fori*, mais ne pouvant sortir ses effets portant préjudice que dans un pays étranger : le pays du for n'aura alors aucun motif légitime à prétendre à la compétence des règles de responsabilité de la *lex fori* au cas où le résultat est licite au regard de la loi de ce pays étranger [1] ; il pourrait, toutefois, en être autrement lorsque le dommage patrimonial se fait sentir sur le territoire national. On peut aussi concevoir que le pays du lieu du comportement pose, pour ce cas particulier, une règle spéciale de droit matériel pouvant consister en une adaptation de la loi du pays du lieu du comportement à celle du lieu du résultat [2].

Quant à la présomption relative au domaine d'application que l'Etat du lieu du résultat veut donner à sa propre législation, il en est un peu autrement. Supposons que l'atteinte portée à la sphère juridique d'autrui se produise dans un pays A, et que le comportement humain ayant causé ce résultat ait

---

[1] Exemple : deux firmes allemandes sont seules à fournir une certaine marchandise sur un marché étranger ; en Allemagne, l'un de ces commerçants tient à des représentants des acheteurs des propos négatifs sur le produit de son concurrent ; supposons que de tels propos constituent des actes de concurrence déloyale au regard du droit allemand, mais ne soient pas interdits dans le droit étranger : Si les deux concurrents ne produisent pas leur marchandise en Allemagne, mais dans des usines situées à l'étranger et la vendent à partir de ces usines situées à l'étranger, un tribunal allemand ne devrait pas, à mon avis, appliquer les règles du droit allemand relatives à la concurrence déloyale.

[2] Le Bundesgerichtshof de Karlsruhe indique cette possibilité dans ses décisions du 24.7.1959 et du 18.12.1959. Voir *Clunet* 1963, p. 1100, mais surtout dans l'affaire Stahl-export (sa décision du 20.12.1963, « Juristenzeitung » 1964, p. 372) : Les règles (c'est-à-dire les règles allemandes) que doivent observer les concurrents allemands dans la concurrence sur les marchés étrangers pourraient « tenir compte » des usages sur ces marchés.

eu lieu dans un pays B : on peut alors partir de cette présomption que les règles juridiques de A, portant interdiction de causer, par un acte quelconque, ce résultat, veulent trouver application aussi bien pour régir l'étendue et les détails de la responsabilité que pour juger du caractère illicite du comportement. Cela sera, par contre, exclu lorsque, le comportement étant permis au regard du droit de B, l'auteur ne pouvait absolument pas prévoir qu'il pourrait provoquer ce résultat préjudiciable dans le pays A [1].

Il est pratiquement impensable de concevoir une règle juridique qui interdirait de causer par une abstention un certain résultat dommageable. Mais un Etat peut prendre une disposition portant obligation de faire un acte déterminé — ou bien de provoquer, par un acte positif propre à cet effet, un résultat déterminé — sur le territoire national, et attacher à l'omission l'obligation de réparer tout dommage éventuel. Pour qu'une telle obligation puisse être imposée à des personnes ne se trouvant pas dans le pays au moment où elles devraient se comporter ainsi que le veut la loi, suppose déjà, en droit international public, qu'il existe un autre rattachement au territoire national, du fait, par exemple, du domicile, de la possession de biens... Il serait en tout cas faux d'admettre que le pays du « last event » ait, en tant que tel, compétence pour déclarer illicite, d'après sa loi, le comportement de toute personne *n'ayant pas empêché* le « last event ».

De plus, le seul rattachement du fait de la situation sur le territoire national du lieu du résultat — de même que tout rattachement autre que celui de la situation du lieu du comportement — ne peut, en droit international public, légitimer ce

---

[1] Voir avant tout *Rheinstein*, 19 « Tulane Law Review », p. 29 et s. ; *St. Clair v. Wrighter*, 250 Fed. Supp. p. 148, ainsi que l'art. 45, al. 2, du Code civil portugais de 1966.

pays à tenter de régler par ses propres dispositions tout comportement humain ayant lieu à l'étranger, et dont il est d'usage qu'il soit réglé par le pays du lieu du comportement [1]. En tout cas les autres pays ne peuvent soumettre ce comportement à leurs règles nationales lorsqu'elles sont contraires à celles du pays du comportement, et attacher à leur violation une obligation de réparer. Aucun pays ne peut, par exemple, interdire à ses ressortissants, ou aux chauffeurs de véhicules automobiles immatriculés sur son territoire, de conduire à gauche sur des routes étrangères lorsque la conduite doit s'y faire à gauche. Alors même qu'il puisse, du fait, par exemple, de la situation sur son territoire du lieu du résultat, donner compétence à ses règles de responsabilité, il ne peut fonder l'appréciation du caractère licite ou illicite du comportement à l'étranger sur ses propres dispositions lorsqu'elles sont en contradiction avec celles du pays, étranger, du lieu du comportement.

---

[1] Cela est valable à plus forte raison lorsque le pays du lieu du résultat attache au comportement ayant eu lieu à l'étranger, et illicite selon l'optique de son droit, non seulement une obligation de réparer, au cas où il ait porté préjudice, mais encore, même en l'absence de dommage, des peines criminelles. Voir *infra* n° 9 *b)*. Que, pour cette raison, le domaine d'application de la législation antitrust d'un Etat à des actes commis à l'étranger, subisse, en vertu du droit international public, des restrictions, qu'il n'est pas besoin de préciser ici, ne devrait pas faire l'objet de discussions. Prétendre, comme le veulent certains, que le droit privé positif d'un pays prévoie, sauf les cas où le comportement portant dommage est expressément permis par une règle juridique, une obligation générale de ne porter aucun préjudice à autrui, équivaut à renverser la charge de la preuve quant à la faute. Un examen détaillé du droit positif de la plupart des pays montre au contraire que de nombreuses activités humaines sont présumées licites, sauf preuve contraire. De telles présomptions relatives à la licéité d'un comportement humain donné ne peuvent évidemment être tirées que de la loi du lieu du comportement.

Il en sera autrement s'il s'agit d'une *responsabilité pour risque* ; dans ce cas, le pays dans lequel s'est produite l'atteinte à la sphère juridique d'autrui, ou bien, où se fait sentir le dommage patrimonial, peut, bien entendu, obliger à réparation l'auteur, même si le comportement générateur du risque a eu lieu à l'étranger, et est, en tant que tel, permis au regard de la loi tant du lieu du comportement que du lieu du résultat (voir sous chiffre 15). En ce qui concerne, par contre, la *responsabilité pour faute* — ou, plutôt, actes *illicites* —, toute règle de conflit doit être rejetée, qui aurait pour résultat de prescrire dans tous les cas aux tribunaux du pays du résultat l'application du droit national aussi bien pour apprécier le caractère illicite d'un comportement ayant eu lieu à l'étranger, que pour régir les détails de la responsabilité ; de plus, une telle règle ne correspondrait pas à la pratique courante des Etats.

Quant aux normes délictuelles reposant sur le principe de la responsabilité pour faute, on ne peut, à défaut de disposition expresse, admettre que le pays du lieu où se fait sentir le dommage patrimonial — au préjudice de tiers, notamment — veuille appliquer ses propres règles et de responsabilité et de comportement, lorsque les lieux tant du comportement que du résultat se trouvent à l'étranger. Il serait nécessaire en tout cas que celui qui se trouve être à l'étranger au moment où, par son comportement licite d'après la *lex loci*, il cause le dommage ait pu escompter que ce dommage patrimonial se produirait justement dans ce pays (dont les règles de responsabilité prétendent à être appliquées).

Nous verrons plus loin (sous chiffre 11) dans quelle mesure des considérations de réciprocité peuvent influer, dans le pays du for, l'application des règles délictuelles nationales lorsqu'elle est basée sur la situation, sur le territoire national, du *locus delicti*.

6. *De l'application d'un droit des délits étranger.*

Sous réserve des considérations de *forum non conveniens*, et d'ordre public, tout tribunal national, compétemment saisi par suite, par exemple, du domicile du défendeur actionné en réparation, doit appliquer les dispositions étrangères attachant une obligation de réparer à la violation d'une norme de comportement ne relevant que du droit privé, lorsque les conditions suivantes se trouvent réunies :

a) La loi étrangère doit, selon la volonté du législateur étranger, prétendre à sa compétence pour le cas en question. Aucun pays n'a, en qualité de pays du for, de motif raisonnable à attacher une obligation de réparer à un comportement prétendu illicite au regard de la loi étrangère, si la norme de comportement de cette loi étrangère ne veut pas comprendre le comportement en question dans son champ d'application. Supposons qu'un pays A ne prétende à l'application de sa règle de responsabilité délictuelle qu'au seul cas où le comportement interdit ait eu lieu sur son territoire : Un pays du for B ne pourrait alors appliquer la loi de A pour ce seul motif qu'il a, quant à lui, B, coutume de rattacher la compétence de ses propres règles de responsabilité à la situation sur son territoire du lieu du résultat.

b) Alors même que le pays étranger veut étendre, au moyen d'un rattachement qu'il choisit, la compétence de ses propres règles délictuelles, il faut présumer que le pays du for ne leur reconnaît pas un champ d'application plus large que celui qu'il accorde lui-même aux dispositions, identiques ou de contenu comparable, de la *lex fori*.

Pour le cas où il faut recourir aux règles subsidiaires de conflit — exposées sous chiffre 5 — pour déterminer le champ d'application des règles délictuelles de la *lex fori*,

on devra accorder, au moyen de règles analogues devant ses tribunaux, une compétence équivalente aux règles du droit étranger prétendant à sa compétence.

7. *Cas exceptionnels.*

Le recours à la situation du lieu du comportement ou du lieu du résultat pour déterminer le droit — national ou étranger — régissant la responsabilité délictuelle peut apporter quelques complications dans certaines circonstances exceptionnelles.

Il en est ainsi lorsque le comportement ou le résultat se produit à un endroit pouvant être considéré comme se trouvant sur le territoire de plusieurs Etats — à savoir, navires ou avions se trouvant sur un territoire autre que celui du pays du pavillon — ou bien en un lieu ne relevant de la souveraineté d'aucun Etat. Ces cas exceptionnels doivent faire l'objet d'un traitement particulier.

De plus, alors même que le pays du for applique ses règles délictuelles conformément aux règles exposées sous chiffre 5, et est disposé à donner compétence aux règles délictuelles étrangères, en conformité avec les principes dégagés sous chiffre 6, d'autres problèmes peuvent se poser, dus à la contradiction entre eux des différents droits ainsi appelés à application.

Il se peut, très rarement, que l'un de ces droits ayant d'abord vocation à compétence déclare un comportement déterminé constituer un délit, et qu'un autre de ces droits répute illicite le comportement justement contraire : *Quid ?* C'est alors celui de ces droits qui est la *lex fori*, ou qui concorde, dans son contenu, avec la *lex fori* qui doit être préféré.

Il n'est pas moins concevable qu'un même comportement soit interdit dans un pays A — prétendant à la compétence de sa loi, en tant que pays du lieu du résultat —, mais licite dans

un pays B — voulant aussi voir appliquer sa loi, en tant que pays du lieu du comportement. Supposons qu'il soit actionné en réparation en B ou dans un pays tiers, C : le for devra en tout cas refuser la compétence des règles délictuelles du pays du lieu du résultat A pour autant que ce comportement est libre dans le for et que cette liberté est partie intégrante de l'ordre public du for (la liberté de faire grève, par exemple, si elle est garantie dans la Constitution du for).

Par ailleurs, la double condition à l'application d'un droit des délits étrangers (que nous avons exposée sous chiffre 6) peut conduire à la situation suivante : la loi tant du lieu du comportement que du lieu du résultat désapprouve « en principe » un comportement déterminé ; A, pays du lieu du comportement n'affirme la compétence de ses règles délictuelles qu'au seul cas où le lieu du résultat se trouve sur son territoire ; B, pays du lieu du résultat, ne veut voir appliquer sa loi que pour autant que le lieu du comportement est national. Quelle attitude devra adopter un pays tiers C, dont les tribunaux ne sont compétemment saisis qu'en raison du domicile du défendeur ? Les tribunaux de C ne pouvant fonder un droit à réparation ni sur la loi A, ni sur la loi B, qui, toutes deux, ne veulent pas trouver application, ne sauraient certainement accorder des dommages-intérêts dans la mesure où la *lex fori* C n'interdit pas, elle-même, le comportement en question. De plus, il n'est pas exclu que, même dans les pays A et B, dont les lois désapprouvent le comportement en question mais ne veulent pas le comprendre dans leur champ d'application, le comportement doive être réputé licite aux fins de réparation. On peut concevoir qu'il en soit autrement dans la mesure où le pays B part, lorsqu'il rattache la compétence de sa loi à la situation sur son territoire du lieu du comportement, de la condition tacite que les autres pays désapprouvent également le comportement et le soumettent de même à leur propre droit

de la responsabilité délictuelle en raison de la situation du lieu du comportement : il est alors possible que l'acte, désapprouvé par le droit matériel national de ces deux pays, entraîne, du fait de cette concordance, condamnation à dommages-intérêts, alors même qu'aucun de ces deux pays ne veut d'abord y étendre la compétence de sa loi [1].

8. *Des modifications à apporter au principe de l'application de la loi du lieu du délit.*

a) Il est certainement possible que des personnes privées conviennent expressément entre elles, par contrat, de la compétence d'un droit des délits — autre que celui qui s'appliquerait en fonction des principes exposés sous les chiffres 5 à 7 mais sans préjudice aux responsabilités prévues par ce droit — pour juger de la non-licéité d'un comportement futur ou passé d'une partie contractante, ainsi que l'obligation à réparer qu'il peut éventuellement entraîner. Ce sera donc une responsabilité contractuelle renvoyant aux règles sur la responsabilité délictuelle. La plupart des droits privés nationaux, de même, ne s'opposent pas à ce que la victime d'un délit renonce, avant même ou après que ce délit ait été commis, à tout droit que lui reconnaissent, ou lui reconnaîtraient, les dispositions légales applicables dans un pays quelconque. Un tel renoncement à tous droits que lui reconnaîtraient les normes délictuelles d'une législation déterminée peut de plus être lié à une convention sur la compétence d'un autre droit des délits [2].

---

[1] Il n'est pas besoin d'examiner si les développements traditionnels sur le renvoi, de premier ou de second degré, conduisent au même résultat.

[2] Voir la decision du Bundesgerichtshof en date du 26.11.1964, « Neue Juristische Wochenschrift » 1965, p.489.

b) Il est admis, quant aux relations juridiques issues d'un contrat, que l'on peut rechercher la loi applicable non seulement par recours à la volonté claire et explicite des parties, mais aussi à leur volonté tacite ou présumée (hypothétique). Pourquoi alors ne pas devoir également fonder sur cette volonté hypothétique des parties [1] des déplacements de compétence en matière de responsabilité délictuelle ? On peut même, à mon sens, oser affirmer que sont couverts par là tous les cas où la doctrine [2] et aussi la jurisprudence récente, dans divers pays [3], préconisent la compétence d'une loi autre que celle du lieu du délit. Les exemples en sont nombreux, surtout en matière de responsabilité délictuelle due à des accidents de la circulation, dans les rapports entre l'auteur de l'accident et les personnes

---

Pour tout comportement constituant également une non-exécution d'un contrat, la jurisprudence française, alors même qu'elle rejette toute clause d'exonération ou d'atténuation de responsabilité délictuelle, fait la responsabilité délictuelle s'effacer devant la responsabilité contractuelle (voire l'exemption de responsabilité). Voir *Mazeaud et Tunc*, « Responsabilité civile », vol. I, 6e éd., p. 249 et ss. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le problème envisagé dans le texte.

[1] La question de savoir si les parties peuvent véritablement se mettre au fait de la loi du lieu du délit (touristes dans un lieu exotique, par exemple) peut ici jouer aussi un certain rôle.

[2] Voir surtout *Morris*, « Harvard Law Review », t. 64 (1958-1961), p. 881 et s., *Binder*, « Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht » 1955, p. 401 et s. ; *Bourel*, « Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles », 1961.

[3] Il s'agit, en particulier, de la jurisprudence aux Etats-Unis, mais aussi de quelques tribunaux des Pays-Bas. La disposition du Traité du Benelux relative au droit international privé (art. 18), qui semble vouloir donner une formulation législative à cette idée, mise en discussion par *Morris*, que la *lex loci delicti* ne convient pas dans de nombreux cas, ne me paraît pas heureuse, parce que trop imprécise.

qui lui sont liées par un lien contractuel régi par un autre droit que celui du lieu de l'accident, ainsi qu'en matière de responsabilité délictuelle dans les rapports entre des personnes privées membres de petits groupes, liées entre elles par des liens sociaux, contractuels ou même de droit public (familles [1], voyages de groupes, classes, membres d'une troupe ou d'une administration extraterritoriale se trouvant sur un territoire étranger, membres d'une entreprise provisoirement employés sur un chantier à l'étranger). Dans tous ces cas, le lieu du comportement, toujours, le lieu du résultat, le plus souvent, se trouvent au-dehors du pays auquel les personnes parties à l'événement ayant causé le dommage se trouvent communément rattachées, soit par le domicile, soit par la nationalité, soit par la base de départ du voyage, etc. Il est facile de concevoir que l'on retienne la compétence des règles délictuelles désignées par ce rattachement commun, et non de celles du lieu du délit, surtout lorsque les liens juridiques unissant les membres du groupe — qu'ils relèvent du droit de la famille, du droit des contrats, ou soient de toute autre nature juridique — laissent paraître licite ou même obligatoire un comportement déclaré interdit par la loi du lieu du délit.

---

[1] Certaines législations — dans quelques Etats américains, par exemple — excluent à titre général, dans les rapports entre membres d'une même famille, ou suspendent pour la durée du mariage, dans les rapports entre époux, les actions judiciaires en responsabilité délictuelle. De telles dispositions doivent-elles trouver application lorsqu'elles se trouvent dans la législation du lieu du délit, mais non dans le droit régissant les effets du mariage ou bien vice versa ? C'est une question à laquelle n'apporte pas encore de réponse la « qualification » de l'une, ou de l'autre, de ces deux réglementations en tant que règle délictuelle ou règle de droit de la famille. Par contre, la volonté hypothétique des parties suffira en général pour fonder l'application de la réglementation existant dans le pays dont la loi régit les effets du mariage.

Le simple fait, par contre, que l'auteur et la victime d'un délit se trouvent avoir par hasard la même nationalité, ou leur domicile dans le même pays, ne permet pas de présumer la volonté, hypothétique, des parties, tendant à appliquer la loi dont relève leur statut personnel commun, à la place de celle du lieu du délit [1].

c) Il est concevable aussi que la loi du lieu du délit ne soit écartée de toute application qu'en ce qui concerne la détermination de l'étendue de la réparation, mais retrouve compétence pour régir la licéité ou la non-licéité du comportement ayant porté préjudice. C'est, notamment, ce que l'on doit admettre lorsque le comportement de l'auteur du dommage ne pouvait être, dans ses rapports avec les membres de « son » groupe, autre que dans ses rapports avec la population du lieu du délit : La circulation, par exemple, doit-elle se faire à gauche ou à droite ? Doit-on tenir les chiens en laisse sur les voies publiques ?... Ces points ne peuvent évidemment être réglés que par la loi du lieu du délit [2]. D'autres, par contre, relatifs, par exemple à la faute concurrente de la victime, à l'atténuation de la réparation lors de transports de complaisance... peuvent, en raison de la volonté hypothétique des parties, être jugés au regard du droit commun aux membres du groupe.

De plus, la volonté explicite ou hypothétique des parties peut tendre à ce que l'on doive, dans les rapports des membres du

---

[1] A plus forte raison doit-on rejeter la réglementation posée en Allemagne par le décret du 7.12.1942, voulant toujours soumettre à la loi allemande les éventuels droits à réparation entre citoyens allemands, sans faire dépendre cette compétence de la volonté explicite ou hypothétique des parties.

[2] C'est justement pour ces cas-là que le pays du lieu du résultat n'admettra pas la compétence, fondée sur la volonté hypothétique des parties, de la loi d'un autre pays, au détriment de celle de sa propre loi. Voir l'art. 45, al. 3, du nouveau Code civil portugais de 1966.

groupe entre eux, appliquer à la responsabilité délictuelle les règles les plus indulgentes ou les règles les plus sévères, tirées soit de la loi du groupe, soit de la loi du lieu du délit, à la condition, toutefois, qu'il ne s'agisse pas, justement, de normes de comportement se contredisent entre elles [1].

9. *De la responsabilité pour dommages causés par une violation de règles de droit public.*

Dans la plupart des droits privés nationaux, la violation d'une norme de comportement relevant du droit public — et assortie à ce titre de sanctions de droit public — constitue également, que ce soit à titre général ou lorsque certaines conditions supplémentaires se trouvent réunies [2] un délit de droit privé (« statutory tort »), entraînant pour la personne privée à qui elle a causé un dommage patrimonial, droit civil à réparation. La compétence de ces normes de comportement de droit public doit être fixée aux seules fins de droit public. Mais quel sera alors le champ d'application des règles de droit privé régissant la responsabilité pour dommage ? Ce champ

[1] Supposons que la loi du lieu du délit tolère que la responsabilité pour un dommage causé par un comportement délictueux soit réduite par un accord entre les parties et que le pays du lieu du délit admette de fonder la compétence de sa propre loi, au détriment de celle du lieu d'une loi étrangère, sur la volonté hypothétique des parties : Ce pays n'a alors aucun motif à refuser que la volonté hypothétique des parties entraîne un déplacement de compétence au détriment de sa loi et au bénéfice d'un droit étranger. C'est pourquoi la contradiction entre les deux décisions suivantes ne saurait être justifiée : *Babcock v. Jackson*, 191 NE2d, p. 279, et *Kell v. Henderson*, 263 NYS2d, p. 647.

[2] Alors qu'en droit français la violation de toute loi pénale ouvre à la victime (pour autant qu'elle ait un « intérêt légitime ») droit à demander réparation, le droit allemand n'attache un droit éventuel à réparation à la violation de règles pénales que s'il s'agit de lois dites de protection (« Schutzgesetze ») prises dans l'intérêt de la victime. Voir art. 831, al. 2, du Code civil allemand, BGB.

d'application peut-il, ou doit-il, et dans quelle mesure, être adapté à celui des règles de comportement du droit public ?

a) Il se peut d'abord que la compétence des règles de comportement de droit public soit plus étroite que le champ d'application attribué aux règles de comportement ne relevant que du droit privé (voir sous chiffre 5). Il ne devrait y avoir aucun doute à ce que ce champ d'application plus étroit doive être également respecté en droit privé. Prenons un exemple, en matière de règles de droit public relatives à la circulation. La plupart des pays ne déclarent punissables les manquements à leur code de la route que s'il s'agit de circulation sur les routes de leur territoire et non de circulation, à l'étranger, de véhicules immatriculés sur leur territoire national [1]. De même, ils n'étendent pas la compétence de leur code de la route au cas où vient à se produire sur leur territoire le résultat d'un acte (ou d'une omission) commis à l'étranger. Dans ce dernier cas le pays du lieu du résultat pourrait, sans aucun doute, appliquer sa propre loi pour régir le quantum de la réparation, mais non son propre code de la route pour juger de la non-licéité du comportement du chauffeur du véhicule à l'étranger.

Supposons que certains faits ne soient poursuivis pénalement dans un pays A, pays du comportement, que s'ils ont été commis par ses ressortissants et sur son territoire, qu'ils ne soient pas punissables par contre au regard du droit pénal d'un autre

[1] Un point demeure contesté dans la jurisprudence allemande : Les ressortissants allemands sont en général, conformément à l'art. 3, al. 1, du Code pénal allemand, soumis au droit pénal allemand pour toutes leurs infractions commises à l'étranger. La clause générale de l'art. 21 de la loi allemande relative à la circulation routière prévoyant une certaine peine pour tous manquements aux « dispositions portant sur la circulation routière » peut être alors appliquée à la violation commise par un Allemand, à l'étranger, de dispositions d'un code de la route étranger ? Voir aussi plus loin, note n° 2, p. 528.

pays B, et enfin que l'un de ces faits vienne à être commis en A, et produise son résultat en B : si le fait a été commis par un ressortissant de B, ou d'un pays tiers C, on ne pourra pas, en application des règles de responsabilité pour dommages du pays B, considérer que l'acte est illicite parce que « criminel ».

b) Supposons que le pays du for affirme la compétence de son droit pénal (ou administratif) pour des activités s'étant produites à l'étranger pour autant que les auteurs soient ses ressortissants, ou, du moins, aient sur son territoire leur domicile ou un siège commercial [1] : Pourra-t-il alors faire appliquer par ses tribunaux ses propres règles de droit privé régissant l'obligation de réparer tout dommage causé par des actes punissables [2] ?

Nous supposerons que les règles du lieu du délit, A, établissant la responsabilité pour dommages, sont applicables dans le for (voir plus loin sous e)), que le fait, punissable au regard du droit pénal du pays du for, pays d'origine de l'auteur, est également interdit en A, et ce en vertu d'une règle faisant partie du droit public de A : la seule circonstance que le fait soit punissable au regard du droit pénal du for ne le légitime pas à appliquer de surcroît ses propres règles sur la responsabilité pour dommages [3], et cela alors même que la règle

---

[1] En droit international public, il existe aussi d'importantes limitations à la possibilité de réglementer, avec des sanctions pénales, un comportement ayant eu lieu à l'étranger, en recourant à un rattachement autre que le lieu du comportement. Voir ci-dessus note 1, p. 516.

[2] Cela est facile à comprendre, notamment, lorsque la demande en réparation, pour des dommages causés par un acte punissable, se trouve jointe à l'action publique, et qu'il faut appliquer la *lex fori* aux deux actions. Voir Cass. Bruxelles, Pas. 1961, 1, p. 465.

[3] Voir Cass. Bruxelles, « Revue critique droit int. priv. » 1958, p. 339.

analogue de A est moins sévère [1]. Il ne pourra en être autrement que si le fait doit, dans le droit de la responsabilité du lieu du délit, A, être tenu pour licite en vertu des règles de comportement de A : le for B, ne pouvant, à la fois, poursuivre pénalement, en conformité avec son droit pénal [2], et refuser réparation à la victime, devra dans ces conditions adjuger des dommages-intérêts sur la base de son droit privé.

c) Le pays du for n'étend pas la compétence de son droit public à un comportement s'étant produit soit sur son territoire, soit à l'étranger ; les règles de responsabilité civile du for sont par contre applicables, conformément aux principes exposés sous le chiffre 5 : la seule circonstance que le comportement ayant porté préjudice soit illicite au regard d'un droit public étranger mais licite d'après la loi du for (et à savoir d'un droit étranger prétendant à sa compétence) n'est pas suffisante pour adjuger des dommages-intérêts fondés sur la *lex fori*.

Un étranger, par exemple, commet sur le territoire du pays du for un certain acte punissable selon le droit de son pays d'origine, mais devant être tenu pour licite au regard du droit privé et pénal du pays du for : les juges du for, pays du lieu du délit, ne peuvent adjuger des dommages-intérêts en se fondant sur les dispositions de leur droit privé tendant, par principe, à déclarer « acte délictueux », aux fins de droit privé, toute action « punissable » ou « criminelle ».

---

[1] Sauf lorsque l'ordre public du pays du for exige l'application de la *lex fori*, plus sévère. Voir C. App. Paris, « Revue critique droit int. priv. » 1964, p. 333. Voir aussi *infra* note 1, p. 531.

[2] On peut concevoir qu'un Etat soumette ses ressortissants à son droit pénal pour les actes qu'ils commettent à l'étranger, mais tienne compte des règles de comportement du lieu étranger du délit pour juger de leur non-licéité : Un automobiliste allemand, en Autriche, transgresse les dispositions du Code de la route autrichien, et provoque, de ce fait, la mort d'une personne. La faute sera jugée au

d) Le pays du for veut appliquer ses propres règles de responsabilité du fait, soit de la situation sur son territoire du lieu du délit, soit de la volonté explicite ou hypothétique des parties, mais n'étend pas la compétence de son droit public à un comportement tenu illicite par le droit d'un pays étranger prétendant à compétence : le for devra faire sienne cette appréciation de la non-licéité du comportement pour autant que la règle étrangère ne heurte pas, par son contenu, l'ordre public du for, et, de plus, doive être appliquée, selon l'optique du pays étranger, en vertu d'un rattachement que le for tient, lui aussi, pour décisif pour les dispositions analogues de son droit.

Le chauffeur d'un autocar allemand, par exemple, enfreint, sur une route autrichienne, une disposition du Code de la route autrichien (le Code de la route allemand ne s'applique pas à la circulation en Autriche, même pour des véhicules immatriculés en Allemagne) : alors même que le droit privé allemand régirait, pour les raisons que nous avons exposées sous le chiffre 8, la responsabilité délictuelle dans les rapports entre chauffeur et passagers allemands, la question de savoir si les dommages ont été provoqués par la violation d'une « loi de protection » de droit public ne peut être jugée que sur la base du droit autrichien... Une firme hollandaise, employant des travailleurs hollandais exécute des travaux à l'explosif dans une mine située sous le territoire allemand, mais à laquelle on

---

regard de la loi autrichienne lorsqu'il sera, en Allemagne, l'objet de poursuites pénales pour homicide par imprudence, alors même que la disposition du Code de la route autrichien qu'il a violée n'est pas en vigueur en Allemagne. Il est possible que le droit du lieu du comportement et le droit du pays d'origine doivent être appelés, cumulativement, à application, et que le comportement soit jugé au regard de celui de ces deux droits qui est le plus sévère. Voir note 1, p. 531.

ne peut accéder que du territoire hollandais. Les mesures de sécurité hollandaises, compétentes en vertu d'un traité néerlando-allemand [1], ne sont pas respectées et des dommages sont causés à des immeubles appartenant à des Allemands, situés en Allemagne : le droit de la responsabilité allemand est applicable, mais c'est en se fondant sur le droit administratif hollandais que l'on doit juger de la non-licéité des actes ayant causé les dommages [2/3].

---

[1] *Cf* le traité du 18.2.1952.

[2] Afin de soumettre au droit privé d'un pays membre la responsabilité pour les dommages causés par une violation des règlements de la C.E.E. relatifs aux monopoles (cf. *Schrans*, « Tijdschrift voor Privaatrecht » 3 (1966), p. 359 et s.), il sera nécessaire (1) que le règlement veuille lui-même être appliqué, (2) que le domaine d'application exigé ne soit pas plus étendu que celui que prévoit le pays membre pour les dispositions similaires de son droit national et enfin (3), que les lois nationales réglant les détails de la responsabilité soient compétentes.

[3] Aux règles de comportement de droit pénal, assorties de sanctions de droit public, doivent être assimilées *grosso modo* les « Standesregeln » — règles professionnelles — s'imposant aux personnes exerçant certaines professions (médecins, par exemple) et dont la violation peut entraîner des sanctions disciplinaires. De telles règles ne s'imposent le plus souvent à l'observation de celui qui exerce la profession visée que pour autant qu'une autorisation donnée par une autorité nationale est nécessaire à cet effet, et que la profession est exercée sur le territoire national. Si, par suite d'un traité international, un médecin, autorisé dans son pays, est admis aussi à exercer sa profession dans un pays étranger, les règles professionnelles de ces deux pays sont cumulativement applicables, à moins qu'elles ne se contredisent entre elles. Si, par contre, un médecin n'exerce sa profession à l'étranger que sous des circonstances exceptionnelles (au cas où, par exemple, un médecin allemand vient à donner des soins, comme touriste en France, lors d'un accident) seul devra être appliqué le code professionnel du pays où il a été autorisé à exercer sa profession. Les règles relatives à la concurrence entre commerçants, en tout cas, ne

e) Tout pays du for devant appliquer, conformément aux principes dégagés sous le chiffre 6, les règles de responsabilité délictuelle d'un pays étranger, doit, alors même que le comportement ne serait illicite qu'en vertu de son interdiction par des règles de droit public de l'Etat étranger, faire sienne, à la condition qu'elle ne heurte pas l'ordre public du for, l'appréciation de la non-licéité du comportement si le droit étranger en fait le fondement de la responsabilité.

Un Autrichien, par exemple, vient à être blessé en Autriche par un autre Autrichien, par suite de la violation du Code de la route autrichien. Il n'est actionné en réparation en Allemagne qu'en raison du domicile du défendeur : le droit autrichien doit régir la responsabilité ainsi que la non-licéité de l'acte ayant causé le dommage...[1].

---

constituent pas, à l'heure actuelle, de telles règles de droit professionnel.

[1] Lorsque le pays du for fait application, du fait de la volonté hypothétique des parties, des règles relatives à la responsabilité délictuelle d'un pays étranger, il se peut fort bien qu'il ait à affirmer la non-licéité du comportement en se référant à une règle pénale étrangère alors même qu'il ne donne compétence à cette règle pénale étrangère qu'en raison d'un rattachement qui serait insuffisant pour fonder la compétence de son propre droit pénal. Selon une décision autrichienne (Oberster Gerichtshof Vienne, 6.6.1963, « Zeitschrift für Rechtsvergleichung » 4, 1963, p. 176), un automobiliste autrichien doit faire l'objet, pour homicide par imprudence, de poursuites pénales fondées sur le droit pénal autrichien, non seulement lorsqu'il a transgressé, sur les routes d'un pays étranger, les règles relatives à la circulation de cet Etat étranger, mais encore lorsqu'il ne s'est pas conformé à une règle de prudence plus sévère de droit autrichien. Supposons alors qu'un automobiliste autrichien provoque un accident en Italie, qu'il soit actionné en réparation en Allemagne, que la responsabilité, dans les rapports entre le chauffeur et les passagers autrichiens, soit régie, en Allemagne, par la loi autrichienne : le for allemand doit alors appliquer, cumulativement, le droit pénal italien et le droit pénal autrichien pour juger s'il y a eu imprudence.

On refusera d'apprécier la licéité d'un acte d'après le droit public étranger lorsqu'il s'agit de règles de droit politique. Un Français dénonce un espion français à la solde de la France aux autorités du pays étranger espionné. Cette dénonciation, en droit pénal français, expose le dénonciateur à des poursuites pénales, et, en France, le dénonciateur doit réparation à l'égard de l'espion — ou des siens — des dommages causés par les poursuites pénales engagées à l'étranger [1]. Ni l'Etat espionné ni un Etat tiers, pourtant, ne feront droit à une action en réparation en se fondant sur le droit de la responsabilité français et, à titre subsidiaire, sur le droit pénal français.

10. *De la justification d'un délit par une disposition de droit public.*

Il est un autre cas qu'il faut envisager: un acte ayant porté préjudice, d'abord jugé illicite en se fondant sur un droit privé — national ou étranger — prétendant à compétence, peut être ordonné dans le droit public d'un autre pays.

a) Si, en l'espèce, c'est le droit public du pays du for qui prétend être appliqué, il va de soi que toute condamnation à dommages-intérêts est exclue dans le for.

b) Lorsque l'auteur de l'acte ayant porté préjudice à autrui s'est conformé à une obligation portée par un droit public étranger prétendant à compétence, et que, sans cette justifi-

---

[1] Voir une décision du Bundesgerichtshof, 17.2.1963, « Neue Juristische Wochenschrift », 1964, p. 650 : Un habitant de la République fédérale allemande ayant par sa négligence — le contenu d'une lettre envoyée en DDR — été à l'origine de poursuites engagées contre un habitant de la DDR pour violation de la législation de ce pays sur les devises, est responsable des dommages subis par cette personne du fait de sa condamnation à une peine privative de liberté, illégale au regard de l'ordre public fédéral.

cation, cet acte constituerait, au regard du droit privé applicable, un acte délictueux entraînant obligation de réparer, il convient de distinguer. Si un acte de puissance publique, non contraire au droit international public, est commis, en exécution d'un droit public étranger, par une personne agissant, sans violer le droit public du for, en tant qu'organe de l'Etat étranger, tout droit à réparation fondé sur le droit public du for est exclu. Aussi, tout étranger ayant, sur le territoire du for, porté, par un acte de guerre non contraire au droit international public et exécuté au nom de son pays, atteinte à l'intégrité physique ou aux biens de ressortissants du for, n'y peut être condamné à réparation. Il sera, par contre, civilement et personnellement responsable pour tout acte de guerre contraire au droit international public, et tout ressortissant du for s'étant, en violation du droit pénal du for, mis au service d'un pays étranger et ayant combattu contre son pays, sera de même, civilement responsable des dommages qu'il aura causés.

c) Lorsqu'une personne commet, en respectant une règle du droit public d'un pays étranger, mais sans agir au nom de ce pays en tant qu'organe d'Etat, un acte portant préjudice sur le territoire du pays du for, une distinction est également nécessaire. Lorsque cet individu, en ne se conformant pas au droit public de ce pays étranger, s'y serait exposé au danger de poursuites pénales, et lorsqu'il ne s'est pas, par sa faute (appréciée au regard du droit privé ou du droit public du pays du for) exposé lui-même à ce danger, son comportement devra, aux fins de responsabilité, être tenu pour licite ou excusé dans le pays du for. Une personne qui communique des renseignements aux autorités d'un pays étranger, sur la base desquels viennent à être prises des mesures portant préjudice à la personne dénoncée est-elle excusée par le fait qu'elle s'est conformée à une obligation du droit public de ce pays étranger,

assortie de sanctions pénales ? Le pays du délit peut la condamner à réparation en se fondant sur son droit privé, lorsque la dénonciation y était « contraire aux bonnes mœurs », que le dénonciateur n'a pas eu à craindre des poursuites pénales à l'étranger (par exemple, pour ne s'y être jamais rendu), ou se soit lui-même, par sa propre négligence, exposé concrètement à ce danger.

11. *De la réciprocité en droit des délits.*

C'est là une question dont les incidences en droit international privé ont été à peine étudiées : Un événement a porté préjudice à deux personnes, mais les causes en sont à rechercher aussi bien dans le comportement de l'une que dans celui de l'autre, ou bien, un délit analogue a été commis, en un court laps de temps, aussi bien par A, à l'égard de B, que par B, à l'égard de A ; l'équité n'exige-t-elle pas que l'on applique un seul et même droit ou, du moins, des dispositions concordantes quant à leur contenu pour juger, à l'égard de toutes les parties en présence, tant de l'existence que du quantum d'une éventuelle obligation de réparer ? Il serait hautement injuste que l'on admette que l'une des parties, A, puisse, à la fois, porter préjudice à B sans engager sa responsabilité — au regard de la loi régissant son acte — et demander réparation du dommage de même nature qu'il subit du fait de B — conformément à la loi régissant le délit, analogue et simultané, commis par B [1].

---

[1] A cela on ne saurait objecter que, sous le système historique de la personnalité des lois, on appliquait d'abord soit la seule loi personnelle de la victime, soit la seule loi de l'auteur, en ce qui concerne la responsabilité délictuelle. Voir *Meijers*, « Recueil des Cours de l'Académie de droit international », 1934, III, p. 557 et s.

C'est justement la conscience de l'injustice des conséquences d'une telle réglementation qui semble avoir conduit assez tôt à admettre,

Aussi me paraît-il d'abord nécessaire de retenir ceci : Au cas de délits analogues réciproquement commis par un national au préjudice d'un étranger, et vice versa, le for ne peut, lors de l'application de la *lex loci delicti*, arguer, par exemple, de motifs d'ordre public, et juger de la responsabilité de son national avec moins de sévérité que de celle de l'étranger [1]. Il existe, de plus, des situations où l'on devra tenir compte de ce que toute norme délictuelle suppose tacitement la réciprocité des responsabilités. Supposons qu'un immeuble situé à l'étranger subisse un dommage du fait de troubles de voisinage partant d'un bien-fonds situé sur le territoire du for, et régis par les règles délictuelles du lieu du comportement, donc par les règles délictuelles du for. Ce serait, à mon sens, une atteinte au principe de réciprocité que de ne pas tenir compte dans le for, de ce qu'un comportement analogue de la part du propriétaire du bien étranger ne constituerait pas un acte délictueux au regard des règles délictuelles étrangères [2]. Une situation analogue, et plus connue, peut résulter d'actes commis en haute mer, ayant entraîné une collision de deux navires. Ce serait également manquer au principe de réciprocité que de

---

pour un territoire déterminé, l'existence d'une coutume locale, même si cette coutume locale connaissait, peut-être, des prix de composition d'importance variable selon l'appartenance de la victime aux diverses classes sociales. Voir *Meijers*, dito., p. 570.

[1] D'après l'art. 12 de la loi d'introduction au Code civil allemand (EGBGB), il semble qu'un Allemand pourrait, en Allemagne, actionner un Français en réparation pour un acte commis par ce Français en France et pouvant, au regard du droit français, engager sa responsabilité, alors que l'Allemand ne pourrait, en Allemagne, être condamné à réparation pour un acte identique, même commis en France, lorsque le droit allemand ne prévoit pas l'obligation de réparer.

[2] *Zitelmann*, « Internationales Privatrecht », t. 2, p. 324 et s., arrive au même résultat par des voies compliquées, de même que *Niboyet*, « Traité », t. 4, p. 354.

juger de la non-licéité d'un tel acte, ainsi que de l'étendue de l'obligation de réparer, en se fondant sur le droit du pavillon d'un seul de ces navires — celui qui, par exemple, était sous les ordres du capitaine défendeur, ou est la propriété de l'armateur actionné en réparation — lorsque le droit du pavillon de l'autre navire déclare que ce même acte est licite, ou n'entraîne qu'une moindre obligation de réparer. La convention du 10 octobre 1957 semble présupposer, dans son article 7, alinéa 2, cette condition de réciprocité quant à la responsabilité des propriétaires de navires ; une disposition expresse se trouve dans l'article 674 du Code de commerce portugais [1]. C'est là, selon moi, un principe qui ne joue pas seulement en cas de collision de navires, et qui devrait être généralisé, et trouver place dans la Résolution [2].

12. *Statut délictuel et statut du droit absolu.*

Toute prétendue atteinte à un « droit » (absolu) du demandeur ouvre-t-elle, en tout état de cause, droit à demander la cessation du préjudice ? Il semble que poser cette question ouvre une voie aboutissant au même résultat que l'introduction du principe de réciprocité. Supposons que la « propriété » sur un bien-fonds situé dans un pays A, et régie par la *lex rei sitae*

---

[1] Voir également *Siesby*, « Søretlige lovkonflikter », 1965, p. 180, et la Résolution de l'Institut de Droit international du 4.9.1888, art. 2, al. 2 (Résolutions 1873-1956, p. 350). L'application, dans plusieurs pays, de la *lex fori* lors d'abordages en haute mer (Voir Cass. Paris 9.3.1966, 557) s'explique, à mon avis, du moins par partie, par le désir de ne pas soumettre à des droits distincts tant la faute des équipages que la responsabilité des équipages et des armateurs. Il serait préférable, selon moi, de recourir au système prévu dans les sources mentionnées ci-dessus.

[2] Voici ce que l'on devrait vraisemblablement rechercher : Ce même rattachement personnel (domicile, par exemple) fondant, en l'espèce

A, ne comprenne aucun droit à défendre à autrui certains préjudices, mais que les actes causant ces préjudices soient commis sur un immeuble situé sur le territoire d'un pays voisin B, qui les qualifie d'actes illicites lorsqu'ils aboutissent à la violation d'un droit de propriété : il est manifeste, si l'on applique la loi du lieu du délit B à la responsabilité délictuelle, et la loi de A pour savoir s'il y a eu violation d'un droit de propriété, que l'on ne peut pas fonder un droit à cessation ou à réparation.

Si l'on part de l'idée que le droit au nom constitue un « droit de la personnalité », et si l'on doit à cet effet donner compétence à la loi du pays d'origine du porteur du nom, on pourra pourtant arriver à ce résultat : en Allemagne, la violation d'un droit de la « personnalité », par exemple du droit au nom de famille, peut avoir les conséquences d'un acte délictueux ; selon la loi anglaise, le porteur d'un nom déterminé ne peut s'opposer à ce qu'un autre se donne le même nom ; il semble alors qu'un Anglais, n'ayant pas le droit absolu à son nom, ne puisse interdire à un Allemand de prendre par exemple le même nom que lui, mais que, à l'inverse, l'Allemand pourra exiger que l'Anglais ne porte pas, s'il ne lui revient pas, le même nom que lui, en Allemagne du moins [1].

(et, le cas échéant, à côté d'autres motifs), la compétence des tribunaux du pays du for à l'égard du défendeur, entraînerait-il aussi, à l'égard du demandeur, la compétence des tribunaux d'un pays étranger pour connaître d'un éventuel délit de même nature, commis, sous les mêmes autres conditions de rattachement, par ce dernier au préjudice du défendeur ? Si oui, le droit étranger qui serait alors applicable devant ces tribunaux étrangers prévoit-il une responsabilité de même étendue que le droit appliqué, en l'espèce, par les tribunaux du pays du for ?

[1] Le droit international privé anglais veut-il faire dépendre le droit d'un époux à demander des dommages-intérêts à l'encontre du tiers

A vrai dire, je tiens pour dogmatiquement fausse cette façon de scinder en deux la question de la non-licéité d'un acte, de la soumettre pour partie à la législation gouvernant le (dit) « droit absolu » et pour partie à la loi régissant le délit. C'est d'après le seul statut délictuel que l'on doit, à mon sens, apprécier la non-licéité de tout comportement, tout en pouvant corriger le résultat par des considérations de réciprocité. Cette question est assez importante pour devoir être étudiée avec soin, et je regrette que le rapporteur ne l'ait pas mentionnée dans son questionnaire.

Le statut du droit absolu (de propriété, de personnalité) conserve cependant son importance, pour déterminer la personne qui, à un moment donné, peut être activement légitimée, en qualité de titulaire du droit, à demander réparation au titre de l'atteinte portée à ce droit [1]. C'est soulever là un autre problème : lorsque le for applique un droit étranger pour apprécier la non-licéité d'un comportement, comment devra-t-il déterminer la loi compétente pour régir la question préalable, relative à la détermination du titulaire du « droit » auquel atteinte a été portée (savoir, par exemple, qui est le propriétaire de la chose endommagée) [2] ? Devra-t-il, à cet effet, recourir aux règles de conflit du for, à celles du pays dont la

---

ayant commis l'adultère, de ce que la loi régissant les effets du mariage lui reconnaisse un droit « absolu » sur son conjoint, correspondant à celui qui est censé exister d'après le droit anglais ? *Dicey-Morris* donnent une réponse affirmative (voir p. 953), ce qui aurait des conséquences absurdes en cas d'adultère réciproque.

[1] *Cf.*, sur ce problème, *Luzzatto*, « Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato », Milano, 1965, p. 41 et s.

[2] Exemple : Qui peut demander des dommages-intérêts lorsqu'une chose, se trouvant à l'étranger, y a été endommagée, si, selon l'optique juridique du pays du for et du pays du lieu de situation, diverses personnes en sont devenues, par héritage, propriétaires ?

loi est appliquée au titre de statut délictuel, ou bien à ces deux systèmes de conflit, cumulativement ? Je penche vers la dernière solution.

13. *De la demande en cessation d'actes délictueux.*

Le questionnaire ne contient rien en ce qui concerne le problème de la recherche de la loi applicable aux demandes en cessation d'actes délictueux.

Il n'est pas rare, lorsque le droit à réparation, à l'encontre de celui qui, par son fait personnel, a causé le dommage, est fondé sur la violation qu'il a commise d'une disposition impérative lui interdisant ce comportement, que la victime ait la possibilité d'actionner en cessation afin de prévenir tout dommage. Si une action en cessation est intentée dans le for, il convient de distinguer selon que le for connaît ou ne connaît pas, dans son droit, cette institution de l'action, préventive, en cessation d'actes délictueux.

Si le pays du for connaît cette institution, le juge du for devra certainement déclarer recevable toute action en cessation chaque fois que la *lex fori* serait applicable à une action en réparation. Qu'en est-il, par contre, si le pays du for donne compétence pour régir d'éventuels droits à réparation à un droit étranger ? L'action en cessation est-elle une institution de procédure pouvant jouer dans le for lorsque le statut délictuel étranger y ayant compétence ne la connaît pas, mais attache un droit à réparation à tout dommage causé par un acte qui est censé interdit ?

Si le pays du for ne connaît pas cette institution, une telle action en cessation peut-elle être intentée sur la base du statut délictuel étranger y ayant compétence, et connaissant de telles actions ? Des questions analogues se posent, par exemple, en droit de la famille, et la réponse ne saurait être autre. Il en

est ainsi lorsqu'on se demande si une action en divorce, fondée sur un droit étranger, est recevable — et peut faire l'objet d'une décision de justice — dans un pays dont la législation ne connaît pas le droit de demander divorce, et donc pas les moyens nécessaires de procédure tendant à y faire droit.

Mais, alors même que le pays du for connaît dans son droit cette institution, on ne saurait, à mon avis, s'attendre à ce que le juge du for déclare recevable toute action en cessation fondée sur un statut délictuel étranger, dans tous les cas où il aurait compétence pour se prononcer sur une action en réparation. En cette matière d'actions en cessation fondées sur un droit étranger, la possibilité doit, me semble-t-il, être laissée au juge du for de décliner sa compétence au nom de considérations de *forum non conveniens*, et cela, alors même qu'il ne refuserait pas de faire droit à une action en réparation.

14. *De la responsabilité pour faute de tierces personnes.*

De nombreux droits privés contiennent des règles déclarant responsables certaines personnes pour avoir, intentionnellement ou par négligence, permis à une autre de commettre un délit, tout en obligeant l'auteur direct du délit à répondre, à titre primaire, des dommages qu'il a commis par sa violation fautive d'une règle de comportement. Sont particulièrement instructives à cet égard les « Dram Shop Acts » de certains Etats américains déclarant toute personne ayant fourni des alcools à un automobiliste déjà en état d'ivresse responsable de l'accident provoqué, par la suite, par ce dernier. Qu'en est-il alors de la responsabilité de l'auteur indirect d'un tel accident ? Le lieu du délit sera toujours celui où il a commis l'acte que la loi lui interdit, à savoir celui où il a fourni des alcools [1].

[1] *Cf. Schmidt v. Driscoll Hotel*, 82 NW2d, p. 365.

Le lieu du résultat, par contre, sera et l'endroit où l'automobiliste, auteur direct, a violé le code de la route et, éventuellement, l'endroit où, dans un troisième Etat, cette violation a causé un dommage. La responsabilité de cet auteur indirect sera en tout cas appréciée d'après la loi de l'Etat ayant édicté un tel « Dram Shop Act » et, aussi, d'après la loi d'un Etat voisin dans la mesure où il pouvait escompter que l'accident, ou le dommage, s'y produirait. Il en sera de même de la responsabilité des parents, ou de l'employeur, pour les délits commis par leurs enfants, ou employés, lorsque cette responsabilité suppose une faute de leur part. Il en est autrement, par contre, si la responsabilité des tiers est fondée sur la notion de risque (voir ci-après).

15. *De la responsabilité sans faute (pour risque).*

a) De nombreux droits connaissent aujourd'hui une responsabilité pour risque, indépendante de toute faute, surtout pour des dommages causés par des agissements parfaitement licites, ou provoqués par des activités dont on admet qu'elles apportent normalement des avantages aux personnes déclarées responsables. Il est bien connu toutefois que ces cas de responsabilité pour risque ne sont pas toujours nettement disjoints de ceux de la responsabilité pour faute. Cette responsabilité pour risque est souvent le résultat d'une présomption, légale, et plus ou moins difficile à réfuter, de faute de la part des personnes déclarées responsables, notamment en matière de responsabilité des tiers, parents, commettants, propriétaires ou gardiens d'animaux ou de véhicules automobiles, etc.

Ne serait-ce que pour cette raison, le droit applicable à cette responsabilité fondée sur le risque doit, en cas de doute, être déterminé d'après les mêmes critères que ceux que nous avons exposés sous les chiffres 6 à 8 : C'est d'après la loi du lieu

du résultat que l'on doit affirmer, faute de disposition législative contraire, la responsabilité lorsque la personne tenue pour responsable devait escompter que l'événement dommageable, provoqué par des activités licites, se produirait dans le pays où il s'est véritablement réalisé [1]. Si un entrepreneur vend ses marchandises dans plusieurs pays étrangers, il ne peut pas exclure l'éventuelle réalisation de dommages dans ces pays ; aussi sa responsabilité pour risque, pour les dommages causés aux consommateurs, doit-elle être jugée d'après la loi du lieu de consommation de ses marchandises [2].

Mais il y aura aussi, généralement, responsabilité lorsque la personne actionnée en dommages-intérêts exerce les activités sur lesquelles est fondée sa responsabilité dans un pays qui leur attache une responsabilité sans faute ; en d'autres termes, le lieu de l'exercice des activités génératrices du risque prend, lorsqu'il y a responsabilité sans faute, la place du lieu du comportement interdit. Si les chemins de fer sont tenus pour responsables, abstraction faite de toute faute, par la loi du lieu où se trouve la ligne exploitée, de tous dommages provoqués par les projections d'étincelles des locomotives, cette responsabilité doit s'appliquer à tout incendie qui se propagerait, ou qui même viendrait à naître, au-delà de la frontière nationale. Il en est de même de la responsabilité sans faute du producteur, si elle est connue de la loi du lieu où il produit, ou à partir duquel il vend, ses marchandises. Tout employeur sera pareillement tenu de réparer les dommages causés par les

---

[1] *Cf. Levy v. Daniels, U. Drive Auto Renting Co.*, 143 Atl., p. 163 (sur la responsabilité d'un loueur d'automobiles, d'après une loi du Connecticut, pour un accident ayant eu lieu au-dehors des frontières de cet Etat).

[2] La décision *Monro Ltd. v. American Cyanamid etc. Corp.* [1944] K.B. p. 432, ne doit pas, à mon avis, être approuvée.

travailleurs qu'il emploie à l'occasion de l'exécution de travaux dont il les a chargés dans un pays étranger, lorsque la loi du lieu où se trouve le siège permanent de l'entreprise prévoit une telle responsabilité sans faute [1].

Des considérations de réciprocité peuvent, là aussi, apporter des limitations à cette responsabilité sans faute, qu'elle soit fondée sur la loi du lieu du résultat, ou sur celle du lieu où s'exercent les activités génératrices du risque [2]. Mais, surtout, dans les rapports entre membres d'un petit groupe, c'est la volonté hypothétique des parties (voir sous chiffre 8) qui peut permettre d'écarter la compétence du droit de la responsabilité pour risque du lieu — bien souvent fortuit — de l'accident, au bénéfice du droit du pays auquel les parties ont, depuis un temps suffisamment long, un rattachement commun.

b) Au cas de responsabilité pour risque véritable — c'est-à-dire au cas où la responsabilité n'est pas fondée sur une présomption de faute, ni même peut-être sur une présomption de lien de causalité —, le pays où un dommage patrimonial se réalise (voir ci-dessus n° 5. *litt. c)*), ou se fait sentir, est légitimé lui aussi, à mon avis, à faire appliquer, par ses tribunaux, son propre droit de la responsabilité [3], pour autant que l'obligation

---

[1] Je ne peux approuver Cass. Paris 25.5.1948, *Clunet* 1946-1949, 38. La circonstance que la loi du siège social ne prévoit pas la responsabilité d'une personne morale pour les dommages causés par les délits commis par ses organes, à l'occasion d'activités exercées en tant qu'organes de cette personne morale, n'exclut pas une responsabilité fondée sur la loi du lieu du résultat.

[2] Voir ci-dessus note 2, p. 536.

[3] Est-il nécessaire de distinguer selon la nature de la responsabilité pour risque, selon qu'elle est fondée sur le fait que la personne tenue pour responsable — ait, par un comportement permis, mais évidemment générateur de risque (l'exploitation d'un chemin de fer, par

de réparer puisse être réalisée par voie d'exécution forcée, c'est-à-dire, lorsque la personne tenue pour responsable possède des biens sur le territoire national. Ce pays pourra imposer à ses tribunaux l'application de ses propres règles de responsabilité, surtout au cas où ni la loi du lieu où le comportement générateur du risque s'est produit, ni celle du lieu où le résultat s'est manifesté sous forme d'atteinte portée à la sphère juridique d'autrui [1], ne leur permet déjà d'affirmer l'existence d'une responsabilité pour risque. Dans la jurisprudence récente, on trouve du reste la pensée suivante : Tout Etat à la charge duquel des accidents viennent à occasionner des frais devant être supportés sur deniers publics (soins apportés à un accidenté dans un hôpital, aides apportées à sa famille...) n'a, certes, pas qualité pour poser des règles juridiques de comportement, de

---

exemple), été la dernière cause du dommage — ou tire normalement un avantage du rapport social sous lequel s'est produit le dommage (bénéfice tiré par l'employeur des activités de ses employés) ? Cela pourrait avoir de l'importance pour autant que, dans la première hypothèse seulement, l'on puisse exiger que la personne tenue pour responsable ait pu prévoir le dommage à l'étranger si c'est le pays étranger où se produit le dommage, mais non le pays du lieu du comportement, qui prévoit une responsabilité pour risque

[1] Lorsqu'une faute est la condition de la responsabilité (la preuve pouvant aussi résulter d'une présomption non réfutée), j'estime, moi aussi, qu'il est indifférent, pour la recherche du droit applicable, de savoir si la règle juridique prévoyant la responsabilité a été prise aux fins soit de « compensation » soit d'« admonition ». Une loi prévoyant une responsabilité pour les dommages causés par un comportement évidemment licite peut elle aussi inciter de nombreuses personnes à ne pas se livrer à cette activité pouvant engager leur responsabilité ; il est certain toutefois qu'on ne peut parler là d'un but admonitif. C'est le caractère socio-politique de telles obligations d'indemniser, telles que, par exemple, celle du fonds de garantie pour les victimes d'accidents de la circulation, qui oblige de faire usage de nouvelles voies quant à la recherche du droit applicable.

nature à prévenir ces accidents et devant être respectées, à cet effet, à l'étranger, dont la violation serait sanctionnée par une obligation de réparer, mais peut légitimement s'efforcer, afin de réduire indirectement la charge pesant sur les deniers publics, de réaliser une « péréquation » des « charges » entre la victime et l'auteur, ou bien le bénéficiaire du risque porté [1]. A supposer qu'un droit national connaisse une telle disposition, tendant à assurer des dommages-intérêts à la victime, il reste évident, bien sûr, qu'elle ne pourra trouver réalisation que si la personne tenue pour responsable a des biens sur le territoire national. C'est là pourtant une considération parfaitement légitime, et que, à mon avis, la Résolution ne devrait pas ignorer.

---

[1] Il y a ici un véritable « governmental interest », notion qui, dans la doctrine américaine récente, n'est souvent qu'une fiction.

Cette pensée est, à mon avis, déformée dans le décret du 14.12.1965 de la République fédérale sur le fonds de garantie, devant indemniser les victimes d'accidents de la circulation lorsque le propriétaire du véhicule responsable ou la compagnie d'assurances auprès de laquelle il aurait dû s'assurer ne peuvent être identifiés. Cette garantie joue en premier lieu pour les accidents s'étant produits sur le territoire national. Mais, aux termes de l'article 10, elle peut s'étendre aux accidents dont sont victimes les ressortissants allemands, à l'étranger, à la double condition, 1°, que le pays étranger où s'est produit l'accident connaisse dans sa législation une « institution » accordant une indemnité sous des conditions comparables, mais, 2°, en exclut les ressortissants allemands. Or, les victimes allemandes pouvant alors recourir au fonds de garantie allemand peuvent, le cas échéant, se trouver dans une situation plus favorable que si elles étaient admises au bénéfice d'un fonds étranger ; il aurait donc été préférable, à mon sens, de ne prévoir la garantie du fonds allemand que pour les seuls cas où la victime (ou sa famille) est de nationalité allemande avec domicile en Allemagne, c'est-à-dire, où le lieu du dommage est situé en Allemagne ; seraient imputées à l'indemnité payée par le fonds allemand les sommes reconnues à la victime par la législation étrangère.

Alors même que le droit national du pays où se fait sentir le dommage patrimonial prévoit une telle disposition, il reste à savoir si d'autres pays doivent prescrire à leurs tribunaux d'en faire application, au cas où n'y serait applicable aucune autre disposition — soit de la loi du lieu de l'accident, soit de celle du lieu où le risque est créé — conduisant à la reconnaissance de dommages-intérêts. On peut vraisemblablement supposer que les pays tiers feront dépendre cette application — de même que l'exécution de jugements éventuellement pris dans ce pays sur la base de son droit national de la responsabilité pour risque — de l'octroi de la réciprocité [1].

[1] Il est difficile de supposer qu'un fonds national de garantie pour les accidents de la route puisse être actionné en dehors du pays de son siège, alors même qu'il ait été donné à l'obligation d'indemnisation la forme d'une obligation de droit civil. Un étranger ne peut, aux termes de l'article 11 du décret allemand du 14.12.1965, faire valoir de droits à indemnisation à l'encontre du fonds de garantie allemand qu'à la condition de l'octroi, par son pays d'origine, de la réciprocité.

III. Etude des mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes

Douzième Commission

1. Rapport provisoire

présenté par

M. Juraj Andrassy

En présentant son rapport, le rapporteur a l'agréable devoir de remercier en premier lieu les membres de la Douzième Commission[1] qui ont bien voulu répondre aux questions posées dans l'exposé préliminaire, donnant ainsi par leurs observations leur concours précieux au progrès du travail assumé. Le rapporteur doit aussi remercier tous ceux qui l'ont aidé dans ses recherches en lui signalant ou en lui envoyant divers documents et études ayant trait au sujet. Le rapporteur est spécialement obligé à M. Busha, conseiller juridique à l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI), pour la documentation concernant le travail d'un comité juridique chargé d'examiner les questions surgies à la suite de la catastrophe du « Torrey-Canyon ».

---

[1] La Douzième Commission est ainsi composée : M. Juraj Andrassy, rapporteur, MM. Bishop, Dupuy, Koretsky, McWhinney, Münch, Muûls, O'Connell, Rousseau, Sir Francis Vallat, MM. Verzijl et Charles De Visscher, membres.

I

Observations des membres de la Commission

Les réponses et observations aux questions posées dans la section III de l'exposé préliminaire contiennent des suggestions utiles dont le rapporteur a tenu compte avec reconnaissance dans l'élaboration du présent rapport. Il y a lieu de passer en revue ces questions avec les réponses et les observations faites par les membres de la Commission.

La *première question* concerne le cadre du travail de la Douzième Commission. La Commission devait-elle ou non limiter ses considérations aux pollutions accidentelles survenues en haute mer, et quels seraient les problèmes si le travail de la Commission devait inclure aussi les pollutions dans les eaux juridictionnelles des Etats.

Notre Président d'honneur, M. *Charles De Visscher*, MM. *McWhinney*, *Muûls* et *Rousseau* sont délibérément en faveur d'un traitement complet du milieu marin qui est « essentiellement un ». M. *Münch* s'associe à cette opinion en demandant de ne pas exclure de nos travaux les pollutions survenant dans les eaux juridictionnelles. Sir *Francis Vallat* désire inclure dans nos considérations la mer territoriale, étant donné le droit de passage inoffensif.

Au contraire, M. *Bishop* recommande de limiter les travaux de la Commission à la pollution accidentelle survenant en haute mer, mais il ne s'oppose pas à ce que notre étude comprenne les mesures à prendre dans la mer territoriale ou la zone contiguë, tout en observant que le droit international en vigueur accorde à l'Etat riverain des pouvoirs suffisants envers un navire étranger qui se trouve dans un de ses ports. De même, M. *Koretsky* exclut la mer territoriale, puisque la compétence et le contrôle éventuel de l'Etat riverain y sont presque incontestables.

La *seconde question* a trait aux pouvoirs de réglementation et de contrôle que peut exercer un Etat dans sa mer territoriale en vue de prévenir les accidents causant la pollution des eaux de mer. Pour autant qu'ils se prononcent sur cette question, les membres de la Commission reconnaissent que ces pouvoirs existent *de lege lata*. M. *Charles De Visscher* est de l'avis qu'il faut préciser ces pouvoirs de façon à leur reconnaître le caractère d'une fonction de droit international général. A ce titre, les Etats qui auraient unilatéralement édicté certaines mesures en répondraient comme d'un devoir international. Pour M. *Rousseau*, le droit de l'Etat riverain découle de la compétence de police — au sens large du mot — qui lui est reconnu tant sur les navires étrangers que sur ses propres navires, mais qui, pour s'exercer de manière efficace et uniforme à l'égard des navires étrangers, devrait être défini par voie conventionnelle comme c'est le cas, par exemple, pour la police relative à l'accès et au séjour des navires à propulsion nucléaire. M. *Koretsky* précise que l'Etat peut indiquer un itinéraire précis à suivre s'il est fondé à considérer que le passage dans ses eaux territoriales du navire-citerne en question menace ses eaux de pollution. De plus, quand la menace de pollution est particulièrement grave, l'Etat peut interdire le passage même, puisque le principe de la liberté de passage par les eaux territoriales ne signifie pas liberté de nuire. Dans ces cas-là, on peut également interdire l'accès aux ports.

La *troisième question* de l'exposé préliminaire est considérée par les membres de la Commission comme cruciale. Il s'agit de savoir comment assurer le respect des mesures, prises unilatéralement par un Etat ou imposées par un accord international, par les navires se trouvant en haute mer et non soumis à la juridiction de l'Etat qui a édicté ces mesures, respectivement non soumis à la juridiction d'un Etat lié par l'accord international en question.

A cette question, MM. *Münch* et *Rousseau* donnent une réponse négative. M. Rousseau renvoie aux usages bien enracinés et acceptés en droit international positif suivant lesquels un Etat ne peut imposer sa volonté en haute mer qu'aux navires battant son propre pavillon. Il y a des cas où les Etats signataires d'une convention ont reconnu aux navires de guerre compétence de constater l'infraction à cette convention par des navires autres que ceux battant pavillon des Etats parties, mais la répression juridictionnelle continue d'appartenir au seul Etat du pavillon. De même, le principe de l'effet relatif des traités n'attribue pas force obligatoire à des dispositions conventionnelles à l'égard des navires battant pavillon d'un Etat qui n'est pas partie à la convention en cause. M. *Koretsky* se rallie au même avis. M. *McWhinney* souligne qu'est désirable l'effet obligatoire universel des accords conclus en vue de prévenir les accidents de pollution. Enfin, notre Président d'honneur estime qu'il faudrait envisager les mesures à entreprendre dans la perspective de la sécurité internationale générale, et qu'en conséquence il y aurait lieu de les rendre obligatoires pour les Etats qui ne seraient pas parties à l'accord ou membres de l'organisation internationale édictant ces mesures. D'après lui, la tâche essentielle d'une réglementation future consisterait d'abord à opérer une juste répartition des devoirs et des responsabilités. Il y aurait lieu de reconnaître des pouvoirs particulièrement larges aux Etats que leur situation géographique dans les mers étroites expose plus que les autres à des pollutions plus fréquentes et plus graves.

A la *quatrième question*, connexe à la troisième, quelques membres ont répondu implicitement. M. *Charles De Visscher* estime qu'un Etat peut *de lege lata* assurer le respect des règles envisagées et imposer ce respect aux navires d'Etats tiers (non engagés contractuellement) dans les deux ordres d'idées mentionnés : *a)* le passage par ses eaux territoriales ; *b)* l'accès à

ses ports. Il fonde cette réponse sur le droit inhérent d'autoprotection qu'il distingue, d'une part, du soi-disant droit de nécessité, d'autre part, de la légitime défense.

Pour M. *McWhinney* l'Etat riverain est déjà *de lege lata* autorisé à interdire l'accès de ses eaux juridictionnelles et de ses ports à tout navire qui ne se conforme pas aux règles édictées par cet Etat. M. *Koretsky* répond de même affirmativement en disant qu'un Etat riverain peut, même en l'absence de convention pertinente, interdire, le cas échéant, le passage par ses eaux territoriales et l'accès à ses ports. Il ajoute des réflexions intéressantes sur ce sujet en soulignant le changement des vues après les catastrophes récentes qui ont démontré l'existence des risques qui accompagnent le développement de la navigation moderne et la nécessité de parer à leurs sérieuses conséquences. M. *Bishop* reconnaît aux Etats le droit *de lege lata* d'interdire le passage dans les eaux territoriales ou l'accès aux ports aux navires contrevenant aux règles que les Etats ont édictées.

D'après M. *Rousseau*, le droit d'interdire le passage de certains navires par les eaux territoriales ou intérieures d'un Etat pour contravention à des règles relatives à la pollution des eaux maritimes n'est pas établi par le droit positif actuel et il ne peut être envisagé que *de lege ferenda*.

La *cinquième question* a reçu une réponse affirmative presque unanime. Quelques membres considèrent comme suffisant d'énoncer, dans une convention internationale, les principes généraux et d'autoriser les Etats riverains à prendre les mesures législatives et réglementaires dans le cadre et sur la base de ces principes (MM. *Bishop*, *McWhinney* et *Rousseau*). M. *Koretsky* est du même avis, mais il admet aussi la possibilité de règles plus détaillées à déterminer par voie conventionnelle.

Notre Président d'honneur, M. *Charles De Visscher,* se déclare d'accord sur la proposition de l'exposé préliminaire, mais il estime que les modalités envisagées dépendront du caractère des mesures à prendre.

La *sixième question* concernant le contrôle à exercer par les Etats ou par une agence internationale en haute mer est aussi l'objet des réponses affirmatives. D'après notre Président d'honneur, un accord international instituant un régime de contrôle devrait spécifier les zones dans lesquelles un tel régime devrait être établi et leurs limites géographiques, ainsi que les moyens dont devraient disposer les Etats riverains à cette fin. M. *Rousseau* accepte l'idée du contrôle en préférant qu'il soit exercé par une organisation internationale. L'OMCI lui paraît tout à fait qualifiée à cette fin. M. *Muûls* attire l'attention sur le régime établi pour la navigation fluviale comme précédent d'un contrôle exercé par un organisme international.

La *septième question* a trouvé plusieurs réponses, toutes inspirées par la conviction que la prévention des pollutions et la protection contre leurs suites sont nécessaires (M. *McWhinney*). Notre Président d'honneur trouve le fondement du droit de l'Etat menacé de prendre spontanément des mesures de protection dans la notion d'un droit irréductible à l'autoprotection en face d'un péril grave et imminent là où toute autre ressource fait défaut. C'est une idée de base inhérente à l'existence de l'Etat. Au contraire, il faut éviter de parler du droit de nécessité et de légitime défense qui ne sont que des formes particulières, dérivées et discutées, du droit à l'autoprotection.

M. *Rousseau* exprime aussi des doutes sur le droit de nécessité ou de légitime défense et plaide pour la conclusion d'une convention internationale. M. *McWhinney* doute qu'un droit de prévention ou de protection puisse être exercé en

haute mer sans autorisation énoncée par un accord international. Ces doutes sont partagés aussi par M. *Münch* qui se base sur le droit de nécessité et d'autodéfense en désirant, toutefois, y joindre les principes du droit de voisinage.

La *huitième question* qui a trait à certains détails comprend trois points.

Envisageant le point *a)*, quelques membres désirent limiter le travail de la Douzième Commission aux hydrocarbures (M. *Koretsky*), d'autres sont enclins à inclure les autres sources de pollution (M. *Rousseau*, Sir *Francis Vallat*), et tout spécialement de pollution par les substances radioactives (M. *Bishop*).

L'accord est général quant aux points *b)* et *c)* précisant que l'intervention de l'Etat intéressé n'est autorisée qu'en présence d'un danger grave et que les mesures entreprises ne doivent pas excéder les proportions du danger.

Notre Président d'honneur précise aussi que les mesures d'autoprotection ne peuvent être prises que dans le cas où toute autre ressource fait défaut.

Quelques membres seulement ont répondu à la *neuvième question*, mais on peut interpréter le silence des autres comme un acquiescement aux observations du rapporteur, ce qui est d'ailleurs expressément dit par M. *Rousseau*. M. *Bishop* et Sir *Francis Vallat* expriment leur accord sur l'idée. Sir Francis Vallat l'élargit par d'intéressantes suggestions à étudier. M. *Koretsky* estime que cette question n'est pas du ressort de la Douzième Commission. Il repousse aussi l'idée de confier à un règlement arbitral ou judiciaire les litiges concernant les compensations (*dixième question*), tandis que d'autres membres s'expriment en faveur de celui-ci (MM. *Münch* et *Rousseau*, Sir *Francis Vallat*).

La *onzième et dernière question* a provoqué diverses observations. M. *Rousseau* en reconnaît l'utilité, mais, à ce stade

de nos travaux, il discerne encore mal sur quelle base le problème peut être utilement abordé.

M. *Korestsky* estime que cette question relève plus du droit civil que du droit international et il ajoute qu'on devrait peut-être utiliser par analogie la notion d'excès de la légitime défense. Il incline aussi à envisager la possibilité d'une coordination rapide entre Etats voisins en vue des mesures à prendre pour remédier aux détresses causées par la pollution survenant en haute mer.

M. *Bishop* observe qu'on pourrait laisser ce problème de côté ou lui appliquer les principes généraux gouvernant la responsabilité des Etats. M. *Münch* estime que de tels conflits demandent l'introduction du règlement juridictionnel obligatoire.

II

Travaux au sein de l'OMCI

L'exposé préliminaire a signalé les initiatives, prises à la suite de la catastrophe du « Torrey-Canyon », en vue d'étudier les dangers de la pollution accidentelle et leur prévention. Ces problèmes sont examinés par divers groupes officiels et non officiels, nationaux et internationaux.

C'est à la suite de ladite catastrophe que le Président des Etats-Unis a chargé les départements de l'Intérieur et des Transports d'étudier les risques de pollution. Un rapport au Président[1] portant sur toutes les sources de pollution des

[1] *Oil Pollution.* A Report to the President. February 1968. Les problèmes posés par les dangers de pollution sont étudiés aussi par deux autres organismes constitués à cet effet : United States National Committee for the Prevention of the Pollution of the Seas by Oil, et Oil Pollution Industry Advisory Panel of the Merchant Marine Council.

eaux par les hydrocarbures contient aussi quelques propositions d'action sur le plan international.

La pollution accidentelle et ses suites ont été étudiées notamment à la troisième Conférence internationale sur la pollution des mers par le pétrole, tenue à Rome au début du mois d'octobre 1968. Plusieurs des résolutions adoptées par la Conférence ont trait à la pollution accidentelle et contiennent des recommandations concernant les routes de navigation séparées et le règlement du trafic dans les ports et les voies d'accès aux ports en vue d'éviter des collisions. On envisagea aussi la possibilité d'action en cas de danger imminent, organisée sur une base régionale ou interrégionale.

Parmi tous ces travaux et études, notre Commission doit prêter toute son attention à ceux, signalés déjà dans l'exposé préliminaire, entrepris par l'OMCI. Une partie de ces travaux, qui en sont à leur stade final, a trait au sujet confié à la Douzième Commission. Le Comité juridique qui en était chargé a rédigé un projet de convention devant régler le droit d'intervention de l'Etat riverain en cas d'accident de mer survenant au-delà de ses eaux territoriales et entraînant ou pouvant entraîner une pollution de la mer. Notons immédiatement que ce projet n'a trait qu'aux accidents survenus et, partant, ne couvre qu'une partie du sujet traité dans le présent rapport. Le texte du projet OMCI (reproduit en Annexe I) comprend huit articles et un protocole de dix-neuf articles concernant le règlement des différends.

Le Comité a aussi rédigé un projet de résolution concernant la participation des Etats intéressés aux enquêtes officielles sur les sinistres (voir Annexe III). L'autre partie du travail du Comité n'entre pas dans le cadre de l'étude de la Douzième Commission tel qu'il a été tracé par le Bureau de l'Institut.

A sa session de fin novembre 1968, l'assemblée de l'OMCI a décidé de prendre les projets ci-dessus comme base des

délibérations d'une conférence diplomatique convoquée à cette fin à Bruxelles pour le 10 novembre 1969. Entre-temps, les gouvernements auront la possibilité de présenter leurs observations sur les projets qui leur ont été communiqués à cette fin.

Le projet de l'OMCI autorise les parties contractantes à prendre les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer les dangers de pollution à la suite d'un accident survenant en haute mer. Ces mesures doivent être proportionnées aux dommages subis ou possibles. L'article V du projet définit ce point dans quelques détails. Ces mesures ne peuvent être prises à l'encontre des bâtiments de guerre ou d'autres navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et affectés exclusivement, à l'époque considérée, à un service gouvernemental non commercial.

Avant de prendre lesdites mesures, l'Etat riverain est tenu de consulter les autres Etats mis en cause par l'accident de mer, notamment l'Etat du pavillon. Il doit aussi notifier sans délai les mesures envisagées aux personnes physiques ou morales dont on a des raisons de croire que les intérêts seront compromis ou affectés par ces mesures. En outre, le projet prévoit la possibilité de consultation d'experts indépendants choisis sur une liste dressée à cet effet par l'OMCI. En cas d'urgence, les mesures nécessaires peuvent être prises sans notification ou consultation préalable, mais elles doivent être notifiées sans délai aux Etats et aux personnes intéressées et au Secrétaire général de l'OMCI.

L'Etat qui a pris les mesures en contravention avec les dispositions du projet est tenu de dédommager tous ceux qui ont subi un préjudice de ce fait.

Deux courants opposés se sont dégagés au sein du Comité de l'OMCI en ce qui concerne le règlement des différends.

L'article VIII du projet prévoit le règlement des différends par conciliation et arbitrage, réglé par le protocole annexé. L'Union Soviétique a déposé une contre-proposition (Annexe II du présent rapport) prévoyant une procédure devant une commission arbitrale paritaire et, en cas d'échec de celle-ci, le recours à l'arbitrage international ou à tout autre moyen agréé par les parties. Cette proposition soviétique ne figure plus au rapport final du Comité juridique.

Le rapport entre conciliation et arbitrage n'est pas définitivement déterminé dans la rédaction finale du Comité. La conférence diplomatique décidera de la question de savoir si la conciliation sera suivie, en cas d'échec, par le recours à l'arbitrage obligatoire (voir art. 13 du protocole).

Notons aussi le paragraphe 2 de l'article VIII qui traite de la question de l'épuisement préalable des recours internes.

Le Comité juridique de l'OMCI a élaboré aussi un projet de résolution sur la participation aux enquêtes officielles concernant les accidents de mer. Il s'agit de permettre aux Etats dont les intérêts ont été lésés ou compromis d'être représentés aux enquêtes ou autres procédures similaires relatives à un accident ayant causé une pollution de mer. Ce n'est qu'une recommandation envisageant, d'une part, des consultations entre l'Etat du pavillon du navire qui a été la cause d'une pollution accidentelle et l'Etat (ou les Etats) qui a souffert des dommages, au sujet d'une enquête à entamer et, d'autre part, la participation de l'Etat, autre que celui qui ouvre l'enquête, à cette enquête.

Le rapporteur estime que la Douzième Commission doit prendre en due considération le travail et les résultats des délibérations de l'OMCI et de son Comité juridique. Il apparaît que ce travail a emprunté une voie similaire à celle tracée par l'exposé préliminaire et par les observations des membres de la Douzième Commission, et que les résultats se rapprochent

de ceux envisagés par le rapporteur et adoptés, en principe, par les membres de la Commission.

Il faut toutefois signaler que le projet de l'OMCI n'a trait qu'à une partie des problèmes dont s'occupe la Douzième Commission. Il ne couvre que les mesures à prendre pour prévenir ou enrayer les suites désastreuses d'un accident déjà survenu. Au contraire, notre Commission s'occupe aussi des mesures visant la prévention des accidents pouvant causer la pollution des eaux des mers et porter préjudice aux intérêts individuels des Etats et à ceux de la communauté internationale.

En présence de cette situation, et devant un texte contenant des solutions pour certains problèmes qui nous intéressent, le rapporteur propose aux membres de la Douzième Commission d'adopter un procédé permettant d'utiliser le travail accompli par l'OMCI, procédé qui correspond d'ailleurs à la nature des problèmes à résoudre. Le rapporteur propose de diviser le travail en deux parties séparées, l'une traitant la prévention des accidents, l'autre la prévention des conséquences des accidents déjà survenus. Quant à la première partie, le rapporteur suggère de rédiger un texte dans la forme d'un projet de convention dont le contenu sera déterminé par les considérations exposées au cours de ce rapport. En ce qui concerne la deuxième partie, le rapporteur propose de prendre comme base de discussion le projet de l'OMCI. Le rapporteur se propose de donner une analyse de ce projet et d'y ajouter certaines observations, propositions ou questions en demandant là-dessus l'opinion des membres de la Commission. C'est sur la base des observations de ces derniers que la forme définitive de nos délibérations sera choisie. La Commission pourra décider de donner la forme d'un projet de convention aussi à cette partie, mais elle pourrait aussi choisir la forme d'une résolution contenant soit une constatation de certains prin-

cipes, soit des observations et recommandations se référant directement au texte proposé par l'OMCI.

Les membres de la Douzième Commission sont priés *d'exprimer leur avis sur les propositions qui précèdent et de suggérer, le cas échéant, d'autres solutions qu'ils jugeraient plus appropriées.*

III

Considérations générales

Le point de départ de nos considérations, dont le but est d'arriver à certaines conclusions à proposer à l'Institut, sera le fait, déjà mentionné à l'exposé préliminaire, que des accidents assez fréquents dans le passé récent ont démontré les dangers des pollutions massives ayant des suites désastreuses pour le pays qui se trouve relativement près du théâtre de l'accident. Tout Etat menacé d'un tel danger doit tâcher et tâchera de prévenir les suites dommageables de tels accidents par des mesures appropriées. Mais, étant donné que, dans notre hypothèse, le dommage provient d'une cause qui se produit sur la mer, et très souvent — le « Torrey-Canyon » en est un exemple classique — hors de sa juridiction, on se demande quelles sont les mesures que l'Etat riverain intéressé peut prendre, soit pour prévenir les accidents, soit pour éliminer ou réduire leurs suites dommageables.

L'intérêt individuel de tout Etat de se protéger contre les suites dommageables des pollutions est universel et international en ce sens qu'il est commun à tous les Etats qui ont un littoral maritime et même, d'un point de vue spécial, à tous les Etats du monde en ce qui concerne la protection et la conservation des ressources naturelles marines dont la jouissance appartient aussi aux Etats sans littoral. L'intérêt national est donc aussi international puisqu'il est commun à tous les Etats.

Egalement internationale est la cause des dommages éventuels. En premier lieu parce qu'elle a sa source dans un accident arrivant sur la mer qui est ouverte à la navigation de tous les pavillons, même, grâce au droit de passage inoffensif, dans les parties soumises à la juridiction nationale. Elle est internationale aussi parce que la navigation dont les hasards peuvent provoquer une pollution est internationale par rapport au pavillon des navires et à la destination du voyage.

Cette simultanéité du caractère national et international de l'intérêt en cause et de la source des risques indique que les mesures à prendre contre les dangers des pollutions peuvent être prises sur le plan national et international. Les mesures prises sur le plan national ne peuvent se suffire à elles-mêmes puisque la juridiction de chaque Etat individuel a ses limites tracées depuis longtemps par le droit international. Il y a donc lieu de faire tous les efforts pour arriver à un règlement international liant tous les participants à la navigation maritime. Toutefois, cet idéal est difficile à atteindre de façon complète et c'est aussi une des raisons pour lesquelles il faut étudier les mesures que peut prendre tout Etat sur le plan national.

Dans ce contexte, deux idées s'imposent : *a)* Agissant dans son propre intérêt, l'Etat agit aussi dans l'intérêt de la communauté en combattant le danger des pollutions. Les mesures qu'il édicte contribuent aussi à la sécurité générale des milieux marins, qu'il s'agisse de mesures préventives ou de mesures destinées à éliminer un danger déjà né ; *b)* La communauté internationale ne possédant pas ses propres organes d'exécution, il est nécessaire que les Etats se chargent de certaines activités en vue de prévenir les accidents, causes de pollution. Toutefois, tandis que le droit international reconnaît le droit des Etats de protéger leurs propres intérêts (dans la mesure que nous allons encore étudier), il ne leur impose pas un devoir d'agir dans ce domaine pour protéger les intérêts de

la communauté internationale. Il faudrait à cet effet arriver à un accord international.

Il y a donc lieu, dans tout règlement futur, de prendre en considération le fait que les mesures qu'un Etat riverain entreprend pour prévenir les accidents de pollution ou pour éliminer leurs suites peuvent avoir des conséquences utiles ou préjudiciables pour des Etats tiers ou pour les intérêts communs de la communauté internationale. Il faut, par conséquent, reconnaître que les Etats ont, sous ce rapport, non seulement des droits (existants ou à reconnaître par accord international), mais aussi des devoirs et des responsabilités. Les mesures qu'ils entreprennent doivent être prises en considération de ces devoirs et responsabilités.

Quoique, en principe, l'intérêt national soit aussi international et commun à tous les Etats, il n'en est pas moins vrai que tous les Etats n'y sont pas intéressés au même degré. Il y a et il y aura toujours des Etats dont le littoral est moins menacé par les dangers de pollution que celui d'autres Etats beaucoup plus exposés à ces risques. Prenons comme exemple, d'une part, un Etat fortement industrialisé situé sur une mer étroite ou intérieure servant de route à un trafic intense de navires-citernes qui naviguent vers ses ports ou passent près de ses côtes pour une destination plus éloignée ; d'autre part, un Etat dont le littoral est faiblement peuplé, qui n'importe pas beaucoup d'hydrocarbures et se trouve loin des routes empruntées par la navigation pour le transport des hydrocarbures. L'Etat de la deuxième catégorie ne sera guère intéressé à la campagne contre la pollution des mers et peut-être ne veillera-t-il pas suffisamment à ce que les navires battant son pavillon soient munis et équipés conformément aux standards plus exigeants, considérés comme nécessaires pour parer aux accidents et, pour cette raison, introduits par les Etats de la première catégorie. Il est donc toujours possible que des mesures introduites

par les Etats plus intéressés, unilatéralement ou par accord international, ne soient pas acceptées ou respectées par les Etats moins intéressés.

Etant donné que le lieu de l'accident se trouve sur la mer, la liberté d'action de l'Etat riverain en vue de la protection de ses intérêts rencontre certaines entraves par le fait même que la mer échappe à son autorité. Là-dessus, une coutume internationale centenaire a créé certaines règles, codifiées par la Conférence de Genève de 1958, et que nous allons brièvement rappeler.

Le principe de la liberté de la haute mer est fermement enraciné en droit international coutumier. Il se trouve pleinement adopté par la codification de Genève et représente un des piliers fondamentaux de cette codification. Il se manifeste, entre autres, dans la règle coutumière centenaire d'après laquelle les navires sont soumis exclusivement à la juridiction de l'Etat dont ils sont autorisés d'arborer le pavillon. Cette règle est exprimée à l'article 6 de la Convention sur la haute mer de 1958 :

> « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et se trouvent soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par les traités internationaux ou par les présents articles, à sa juridiction exclusive en haute mer. »

C'est dans le même sens que l'article 11 de la même Convention, traitant de l'abordage en haute mer et des autres événements de nature à engager la responsabilité pénale ou disciplinaire du capitaine ou de toute autre personne au service du navire, déclare dans son alinéa 3 :

> « Aucune saisie ou retenue du navire ne peut être ordonnée, même pour des mesures d'instruction, par des autorités autres que celles de l'Etat du pavillon. »

Le principe général et incontestable connaît pourtant des exceptions dont quelques-unes sont admises par le droit cou-

tumier, d'autres introduites en vertu d'accords internationaux. La Convention sur la haute mer elle-même en mentionne deux aux articles 19 et 22, autorisant, d'une part, la saisie des navires pirates par tout Etat, sans égard au pavillon arboré, d'autre part, l'arraisonnement d'un navire soupçonné de se livrer à la piraterie ou à la traite des esclaves, ou d'un navire soupçonné de cacher qu'il est de la même nationalité que le navire de guerre arraisonnant. D'autres exceptions, d'origine conventionnelle, énumérées dans les observations de *M. Münch*, comprennent celles autorisées par la Convention du 6 mai 1882 sur la police de la pêche dans la mer du Nord, par la Convention du 16 novembre 1887 contre le trafic des spiritueux dans la mer du Nord, par l'Acte Général du 2 juillet 1890 pour la répression de la traite des esclaves, et par la Convention du 24 janvier 1959 sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Est. On peut y ajouter les accords bilatéraux connus sous le nom de « Liquor Treaties » par lesquels les Etats-Unis ont reçu le consentement de la partie cocontractante d'exercer certaines activités de contrôle et de police dans les parages de la haute mer avoisinant les côtes des Etats-Unis en vue de combattre la contrebande des spiritueux. Enfin, les Etats spécialement intéressés à la pêche dans certaines parties de la haute mer ont, en vertu des dispositions de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, certaines prérogatives pour réglementer, en accord avec d'autres Etats intéressés, et parfois unilatéralement (art. 7), la pêche dans ces parties de la haute mer. Toutes ces exceptions d'origine conventionnelle reposent sur le consentement des Etats parties à l'accord respectif. Elles remplissent aussi la condition posée à l'article 6 de la Convention sur la haute mer, c'est-à-dire qu'elles sont « expressément prévues ».

Le principe de la liberté des mers se reflète aussi dans le

régime des eaux marines soumises à la juridiction des Etats riverains. La Convention de 1958 sur la mer territoriale exprime le droit coutumier en reconnaissant le droit de passage inoffensif aux navires de tous les pavillons.

Le passage est inoffensif tant qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre et à la sécurité de l'Etat riverain. L'Etat riverain ne doit pas entraver le passage inoffensif, mais il peut prendre, dans la mer territoriale, les mesures nécessaires pour empêcher tout passage qui n'est pas inoffensif. En ce qui concerne les navires qui se rendent dans les eaux intérieures, l'Etat riverain a également le droit de prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute violation des conditions auxquelles est subordonnée l'admission de ces navires dans lesdites eaux (art. 16, para. 1 et 2). Les navires étrangers qui exercent le droit de passage inoffensif doivent se conformer aux lois et règlements édictés par l'Etat riverain en conformité avec les dispositions de la Convention sur la mer territoriale et les autres règles du droit international et, en particulier, aux lois et règlements concernant les transports et la navigation (art. 17).

La codification de Genève de 1958 n'a pas épuisé tous les problèmes du droit international de la mer et n'a pas résolu toutes les questions. Le texte même des Conventions de Genève nous en informe. Notamment, la Convention sur la haute mer déclare à l'article 2 que « la liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions que déterminent les présents articles *et les autres règles du droit international* ». Il faut donc rechercher s'il y a, en dehors des règles conventionnelles susmentionnées, d'autres règles, évidemment d'ordre coutumier, qui pourraient servir de base légale, justifiant les mesures prises par un Etat riverain intéressé pour prévenir la pollution accidentelle ou combattre les suites dommageables d'un accident survenu.

Les membres de la Douzième Commission ont pris en considération cette source du droit international pour chercher la base justifiant les mesures que les Etats menacés par le danger de pollution pourraient considérer comme nécessaires à leur protection contre les suites catastrophiques des pollutions accidentelles. Plusieurs membres mentionnent dans leurs observations le droit de légitime défense, le droit de nécessité ou le droit d'autoprotection. Le rapporteur estime que le droit d'autoprotection est suffisamment reconnu et développé en droit international pour compléter les dispositions ci-dessus citées des Conventions de Genève en ce qui concerne notre matière. Ce droit ne peut être invoqué que pour la protection des intérêts importants, en cas de danger imminent et grave, et en l'absence d'autres moyens appropriés pour parer à ce danger.

IV

Prévention des accidents

En passant maintenant aux problèmes qui se posent en face des dangers consécutifs aux accidents survenus en mer, il y a lieu de se demander quels sont les pouvoirs de l'Etat riverain menacé pour parer au danger soit potentiel, soit actuel. Il y a donc deux ordres de situations. D'un côté, il s'agit de prévenir les dangers futurs, de l'autre d'éviter ou d'alléger les suites dommageables d'un accident survenu. Par conséquent, nos considérations seront divisées en deux sections dont la présente traitera les problèmes de la prévention des accidents.

Nos considérations visent en premier lieu les dangers de pollutions par hydrocarbures, celles-ci étant les plus fréquentes et, par suite du développement moderne des moyens de transport, les plus dangereuses. Toutefois, les règles que nous tâcherons de dégager peuvent s'appliquer par analogie aux accidents de

pollution par une autre matière polluante. Nous ne traiterons pas des dangers nucléaires, ceux-ci étant le sujet d'études séparées au sein des organisations compétentes. De même, nous laisserons de côté les accidents qui peuvent se produire sur les lieux des forages sous-marins (pétrole ou gaz) : ils surviennent dans des parties de la mer où l'Etat exerce une juridiction spécifique en vertu des droits souverains quant à l'exploration et l'exploitation des richesses du plateau continental, droits reconnus par la Convention sur le plateau continental de 1958. Il n'y a pas de doute que l'Etat riverain a le droit de régler tous les aspects de l'activité d'exploration ou d'exploitation, et qu'il a le pouvoir, et le devoir, d'édicter des mesures en vue de prévenir les accidents et de passer à l'action en cas de danger consécutif à un accident survenu.

Cela dit, voyons maintenant les problèmes de la prévention des accidents futurs.

Rappelons que les mesures préventives des hasards de pollution par accident, mentionnées à l'exposé préliminaire, comprennent, entre autres, le perfectionnement des critères techniques quant à la construction des navires-citernes ou autres navires destinés au transport des matières polluantes, aux instruments de navigation, aux qualifications additionnelles du personnel de commande ; la détermination des routes obligatoires pour la navigation et l'interdiction de certaines routes, la réglementation de la vitesse maxima près des côtes, etc. L'Etat riverain peut, d'une manière satisfaisante, assurer le respect de ces règles par les navires de son propre pavillon, mais son pouvoir est limité à l'égard des navires sous pavillon étranger, et il s'agit surtout de ceux-ci.

Il va sans dire que l'Etat ayant édicté ces mesures ne peut pas imposer de les respecter à un navire qui passe près de ses côtes, mais en dehors de ses eaux juridictionnelles. Il a certains droits à l'égard des navires traversant sa mer territoriale

ou entrant dans ses ports. Quant au passage par la mer territoriale sans toucher un port de l'Etat riverain, le droit international reconnaît le droit de passage inoffensif à tout navire. La question se pose de savoir si le passage d'un navire-citerne, dont les critères techniques (construction, appareillage, instruments de navigation) ne correspondent pas aux règles spéciales édictées pour sa catégorie par l'Etat riverain, peut être considéré comme n'étant plus inoffensif. Le rapporteur se range à l'opinion des membres de la Commission qui ont donné une réponse affirmative *de lege lata* en admettant le droit de l'Etat riverain d'interdire le passage par ses eaux territoriales et l'accès à ses ports de tout navire qui ne se conforme pas aux dispositions de sa législation visant à prévenir les accidents sources de pollution.

Le transport d'hydrocarbures se pratique depuis longtemps et fut dès son début considéré comme tout autre transport normal. Toutefois, il a subi au cours des années des transformations considérables qui augmentent les risques d'accident et rendent tout accident à grande échelle plus dangereux quant à ses effets dommageables. Tout d'abord, les quantités transportées se sont accrues avec la croissance de l'utilisation de cette source énergétique. Au lieu d'unités de faible tonnage, on a introduit des pétroliers d'un tonnage de plus en plus important. Les grands pétroliers pendant la guerre jaugeaient 16 000 tonnes. En 1965, le tonnage moyen est monté à 27 000 tonnes, mais à cette époque on mettait déjà en service des pétroliers géants atteignant ou dépassant 100 000 tonnes. Le tonnage moyen des navires-citernes commandés en 1966 était de 76 000 tonnes, mais les plus grandes unités commandées atteignaient 312 000 tonnes, et on projette la construction de navires dépassant de beaucoup ce chiffre. Plus de soixante pétroliers actuellement en chantier dépasseront 150 000 tonnes. Les deux premières unités de 312 000 tonnes

ont fait leur premier voyage en octobre 1968.[1] Il s'ensuit que la flotte des pétroliers sera composée bientôt en majeure partie de navires géants et que la plupart des transports d'hydrocarbures seront effectués par de grandes unités. Le mouvement de ces unités est et sera très dense notamment près des ports de destination ; les plus grandes quantités sont livrées aux pays les plus industrialisés.

Le mouvement d'un navire de grand tonnage comporte certains risques accrus de navigation, surtout dans les régions de trafic congestionné. Un accident survenant à un navire transportant des quantités vingt ou trente fois plus grandes que par le passé peut représenter une catastrophe de proportions énormes pour un pays situé à une proximité relative du lieu de l'accident. Le fait qu'un seul accident peut avoir des suites catastrophiques est nouveau et change le caractère du transport des hydrocarbures. Ceci rend nécessaire et justifie une réglementation spéciale pour ces transports. C'est pour cette raison que le rapporteur et la majorité des membres de la Commission estiment que le droit international positif autorise les Etats à prendre des mesures réglant le trafic des navires-citernes et à considérer que tout navire qui ne se conformerait pas à ces règlements ne se trouverait plus en passage inoffensif.

L'Etat riverain a donc pouvoir de régler par sa législation et ses règlements tous les points qui augmentent sa sécurité contre les risques d'accident à l'égard d'un navire transportant des hydrocarbures. Les normes à édicter peuvent viser l'amélioration des critères techniques du navire, les appareils de navigation additionnels ou perfectionnés, le comportement des navires durant leur passage dans les eaux juridictionnelles, les

---

[1] Voir d'autres données plus amples chez E. du Pontavice, *La pollution des mers par les hydrocarbures*, 1968, pp. 14 et ss.

voies de navigation obligatoires, le pilotage obligatoire, etc. L'Etat riverain peut aussi, en droit international positif, interdire le passage dans ses eaux territoriales aux navires dont les caractéristiques ne répondant pas aux exigences de sa législation nationale, constituent un danger latent de pollution, et dont le passage ne peut plus, de ce fait, être considéré comme étant inoffensif.

A ces considérations, qui se limitent aux problèmes du passage inoffensif et de l'accès aux ports, il faudra ajouter celles qui concernent les possibilités d'intervention en haute mer. En effet, le droit d'autoprotection, que nous considérons comme base justificative des interventions en haute mer, est applicable à plus forte raison par rapport aux eaux juridictionnelles. Il se superpose aux raisons ci-dessus et renforce nos arguments en faveur des droits de l'Etat riverain de régler, pour les navires transportant des matières polluantes, le passage par les eaux juridictionnelles et l'accès aux ports, allant jusqu'au droit d'interdire ce passage et cet accès aux navires contrevenant aux règlements de l'Etat riverain.

Cette solution couvre tous les cas où le navire contrevient aux dispositions de la législation nationale au moment de son entrée dans les eaux juridictionnelles ou durant son passage par ces eaux. Cependant, il est des mesures de prévention que l'Etat riverain est impuissant à faire observer. Par exemple, si le navire étranger emprunte, en haute mer, une voie de navigation autre que celle prescrite ou recommandée en vue d'éviter des accidents causes de pollution, l'Etat riverain ne peut agir qu'en vertu d'un accord international autorisant les Etats autres que celui du pavillon à intervenir contre un tel navire, et encore ceci n'est possible que si l'Etat du pavillon du navire est partie à l'accord respectif. On peut cependant concevoir que les Etats, désirant réglementer la navigation en déterminant des couloirs de passage obligatoire dans les régions de

trafic congestionné, tombent d'accord pour interdire l'accès à leurs ports à tout navire qui ne se conformerait pas à cette réglementation. Il est néanmoins difficile d'organiser le contrôle nécessaire pour constater de façon indiscutable la non-observation des règles respectives.

Les considérations qui précèdent appellent une réserve : les pouvoirs que nous croyons pouvoir attribuer à l'Etat riverain intéressé ne doivent être exercés que pour assurer le respect des dispositions visant strictement à éviter les hasards extraordinaires de pollution qui accompagnent le transport moderne des hydrocarbures. C'est en ce sens que le rapporteur comprend les termes « sauf à répondre internationalement du bien-fondé de sa décision » qui se trouvent au point 4 des observations de notre Président d'honneur. Il faut donc que les mesures dont l'inobservation pourra être sanctionnée par l'interdiction de passage ou d'accès soient considérées comme indispensables ou tout au moins raisonnables pour éviter les hasards de la pollution. Il faudra aussi que les détails des exigences d'ordre technique soient conformes aux standards internationaux et admettent différentes solutions pratiquées dans divers pays pour atteindre le degré de sécurité désiré.

Les conclusions résultant des considérations précédentes sont présentées sous forme d'un « projet d'articles » (Annexe IV). Les membres de la Commission sont priés de formuler leurs observations et suggestions tant au sujet des considérations qui précèdent qu'à propos du projet d'articles.

Le Projet d'articles est conçu de façon à permettre que d'autres matières polluantes puissent être soumises au régime envisagé. Cependant, il vise en premier lieu le transport des hydrocarbures, cause principale des pollutions. Le rapporteur se trouve ici dans la même situation que le rédacteur du projet de l'OMCI qui laisse à la future conférence diplomatique la

tâche de décider si le régime à établir comprendra aussi le transport d'autres matières polluantes et lesquelles. Notons que le Comité juridique de l'OMCI est en train de rassembler des données nécessaires sur le sujet : il vient de demander au Comité de la sécurité maritime de dresser une liste des agents polluants, autres que les hydrocarbures, qu'il conviendrait de considérer aux fins de projet de convention (rapport du 15 novembre 1968, para. 7 du document LEG IV/6).

L'article VIII du projet du rapporteur a trait à la solution des différends. Le rapporteur considère que l'Institut fidèle à sa mission, doit, une fois de plus, insister sur ce que tout différend doit être résolu de manière pacifique. Il ne croit pas que l'Institut devrait, à cette occasion, présenter un projet complet de règlement des différends. C'est pourquoi l'article VIII est conçu comme laissant en premier lieu aux parties le choix du moyen par lequel elles entendent régler un différend. A défaut d'accord entre les parties, on renvoie aux moyens qui seront probablement établis au sein ou sous l'égide de l'OMCI. Mais, finalement, si on n'arrive pas à liquider le litige, il faut insister sur le chemin sûr qui est celui du recours à la Cour internationale de Justice, cette Cour étant pour le moment le seul forum constitué et prêt à être saisi par requête unilatérale.

Les membres de la Commission sont priés de se prononcer sur la teneur de l'article VIII. Ils sont priés de le comparer avec le protocole sur le règlement des différends élaboré par le Comité juridique de l'OMCI. Le rapporteur le présente aux membres de la Commission comme une solution alternative.

V

Mesures en cas d'accident survenu

Jusqu'ici, nous avons considéré les mesures visant la *prévention* d'accidents. Malgré toutes les précautions et toute la vigilance, un accident causant pollution peut arriver. Il faut donc prévoir la nécessité de prendre des mesures appropriées pour prévenir, enrayer ou atténuer les suites néfastes des accidents survenus. Il s'agit de savoir quelles mesures pourra prendre un Etat menacé par le danger de pollution.

Des réponses explicites ou implicites des membres de la Douzième Commission il apparaît comme admis que l'Etat intéressé, c'est-à-dire menacé d'un danger de pollution à la suite d'un accident, est autorisé à prendre toutes les mesures appropriées pour combattre le mal qui est arrivé dans les parties de la mer soumises à sa juridiction. Ce même point de vue se manifeste dans le projet du Comité juridique de l'OMCI qui ne traite que des accidents survenus en haute mer. C'est en partant de cette conclusion que le rapporteur propose de n'envisager que les problèmes posés par un accident survenu en haute mer, dans une partie assez proche du territoire d'un Etat pour que les effets de la pollution causent des dommages sensibles aux intérêts de cet Etat.

Toutefois, il faut signaler un autre point de vue qui met en doute la conception qui vient d'être exposée. Au cours des travaux du Comité juridique de l'OMCI, le Gouvernement du Royaume-Uni a présenté un mémoire (document LEG/WG(I).III/3) dans lequel il propose que la convention future (sur le projet de laquelle le Comité travaillait à ce moment-là), dans la mesure où elle visera les mesures prises à l'encontre de bâtiments battant pavillon étranger, devra s'appliquer non seulement aux accidents en haute mer, mais aussi à ceux survenus dans les eaux territoriales de l'Etat intervenant.

Limiter le champ d'application de la convention à la haute mer donnerait nettement à penser que l'Etat riverain est libre de prendre les mesures qu'il lui plaît à l'égard de bâtiments étrangers dans ses eaux territoriales. Le Royaume-Uni s'oppose à cette conception en se fondant sur le droit de passage inoffensif et le droit de stoppage et de mouillage en cas de force majeure ou de détresse. Il n'est donc pas absolument sûr qu'un Etat puisse prendre des mesures à l'encontre d'un bâtiment en détresse qui causerait une pollution grave à son littoral. De plus, certains Etats revendiquent une mer territoriale très large, ce qui n'est pas reconnu par d'autres Etats. Il pourrait donc arriver que les Etats intéressés ne soient pas d'accord sur la question de savoir si la convention s'applique ou non.

Le rapporteur prie les membres de la Commission de se prononcer sur cette question. En attendant, il adhère à l'opinion qui est aussi celle du Comité juridique de l'OMCI dont le projet ne traite que des accidents survenus en haute mer.

Si on désire éviter la propagation d'une pollution, il faut la combattre sur les lieux mêmes de l'accident, à la source de la pollution. C'est, dans notre hypothèse, la haute mer qui se trouve, par définition en dehors de la juridiction d'aucun Etat, donc aussi de l'Etat menacé par le danger. La haute mer étant accessible à tous, l'Etat menacé est libre de prendre des mesures à l'égard de la matière polluante qui se trouve dans les eaux mêmes de la mer. Mais le problème n'est pas là. Il se pose au moment où il devient nécessaire de prendre des mesures à l'égard du navire ou des navires dont l'accident est la cause de la pollution. L'hypothèse devant laquelle se trouve notre Commission est celle où l'Etat menacé se trouve dans la nécessité d'intervenir à l'égard d'un navire de nationalité étrangère.

Dans les circonstances normales, nul Etat n'est autorisé à intervenir en haute mer à l'égard d'un navire qui ne bat pas

son pavillon. Les exceptions à ce principe, explicitement prévues, sont très rares. Aucune d'entre elles ne se rapporte aux accidents de pollution. Toutefois, les membres de la Douzième Commission sont enclins à admettre — et le rapporteur propose d'accepter comme acquis — que tout Etat riverain, menacé d'un danger de pollution grave et imminent, est autorisé, en vertu du droit d'autoprotection, d'intervenir en haute mer et, en exerçant ce droit, de prendre, même à l'égard d'un navire ne battant pas son pavillon, des mesures appropriées en vue de combattre les suites désastreuses de l'accident ayant causé ou pouvant causer une pollution des eaux de la mer dont les suites pourraient léser gravement ses intérêts. Le rapporteur partage l'avis que ce droit est consacré par le droit international coutumier qui détermine aussi les principales conditions requises pour que l'exercice de ce droit soit admis. Il faut qu'il s'agisse d'un danger imminent, portant atteinte grave aux intérêts de l'Etat respectif, et qui ne peut pas être évité sans ladite intervention entreprise à l'égard d'un navire non soumis à la juridiction de l'Etat intervenant.

Quoique le principe paraisse clair, il n'en est pas moins vrai qu'il y a des doutes sur son admissibilité, soit en principe, soit spécialement en cas d'accidents entraînant un danger de pollution. De plus, les questions de détail qui se posent lors de l'exercice de ce droit ne sont pas résolues. Par conséquent, il est hautement souhaitable que la matière soit résolue et réglée par la voie d'un accord international. De l'avis du rapporteur, la conclusion d'un tel accord ne saurait permettre de penser que le droit d'autoprotection n'existe pas ou que son application n'est pas admissible en cas de danger grave de pollution. Ce moment est à souligner d'autant plus que, selon toute probabilité, l'accord envisagé ne sera pas accepté par tous les Etats dont le pavillon circule dans la navigation maritime. Il y aura donc des cas où l'intervention prévue par l'accord devra

être entreprise à l'égard d'un navire battant pavillon d'un Etat qui n'est pas partie à l'accord.

En se basant sur ce qui vient d'être dit, le rapporteur propose d'envisager le texte d'un tel accord, qui serait, en ce qui concerne les dispositions de fond, déclaratif du droit international coutumier actuellement en vigueur, des dispositions de détail devant préciser la portée et les modes d'application du principe. Toutefois, si les membres de la Douzième Commission n'acceptaient pas cette manière de voir, le texte devrait servir pour proclamer et accepter, par voie conventionnelle, des dispositions rendues nécessaires *de lege ferenda*. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire de dire expressément si les dispositions du texte reproduisent le droit en vigueur ou introduisent des normes nouvelles.

Le rapporteur propose d'adopter, en principe, une formule analogue à celle qui se trouve à l'article premier du projet de l'OMCI. Relativement à cette formule, le rapporteur prie les membres de la Douzième Commission de se prononcer, entre autres, tout spécialement sur les mots qualifiant le danger de « grave et imminent ». Le rapporteur estime que cette qualification correspond à celle acceptée par le droit international coutumier par rapport aux interventions exceptionnelles basées sur le droit d'autoprotection. D'ailleurs, ladite formule répète le qualificatif à la fin de la phrase par les mots « conséquences très importantes ou catastrophiques ». Il semble que de cette façon l'exercice du droit d'intervention en haute mer est suffisamment limité pour ne pas empiéter trop fortement sur le principe de la liberté des mers. Par ailleurs, une limitation additionnelle se trouve introduite par l'idée exprimée à l'article V du même projet de l'OMCI.

L'article premier précité contient une exception à l'égard des bâtiments de guerre et autres navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et affectés, exclusivement, à un ser-

vice gouvernemental. Cette exception est conforme à la conception générale des rapports en haute mer (voir art. 8 et 9 de la Convention sur la haute mer) et il est difficile de ne pas l'accepter. De plus, le rapporteur ne voit pas la nécessité de modifier cette formule puisque, par définition, les navires en question ne servent pas au transport massif de matières polluantes. Un seul cas serait à reconsidérer, celui de l'existence possible de navires-citernes de la marine de guerre affectés aux transports des hydrocarbures pour les besoins de la marine de guerre ou pour tout autre besoin du gouvernement. Le rapporteur ne dispose pas du temps nécessaire pour vérifier si de tels navires (navires de tonnage supérieur) existent dans un pays quelconque et il serait reconnaissant aux membres de la Commission pour toute information complémentaire sur ce point. Pour les cas de transports importants de matières polluantes par des unités auxiliaires de la marine de guerre ou par tout autre navire appartenant à l'Etat ou exploité par lui, on pourrait envisager l'introduction d'une disposition indiquant que de tels navires seront considérés, par rapport aux règles sur la prévention des effets de pollution, comme navires affectés à un service commercial, nonobstant le fait que le transport est destiné aux besoins de la marine de guerre, des forces armées ou du gouvernement en général.

En continuant de prendre le projet de l'OMCI comme modèle, le rapporteur demande aux membres de la Commission de se prononcer sur la question de savoir si une disposition analogue à celle de l'article II devrait figurer dans les propositions de l'Institut. Ils les prie aussi de lui faire part de leurs observations en ce qui concerne les formules adoptées pour définir les termes « navire », « accident de mer » et « intérêts connexes ».

Nous avons déjà signalé l'article V du projet de l'OMCI. Le rapporteur propose de l'adopter et invite les membres de la

Commission à se prononcer sur le texte en général et sur les termes des trois paragraphes de cet article. Il note, au premier paragraphe, que les mesures d'intervention doivent être proportionnées aux dommages effectivement subis et à ceux dont l'Etat intervenant est menacé. A ce propos, le rapporteur prie les membres de la Commission de dire s'ils estiment que les dommages déjà subis peuvent fournir la mesure pour les mesures à prendre.

Au paragraphe 2 de cet article on pourrait introduire une phrase disant que les mesures déjà en application doivent prendre fin aussi dès qu'il devient manifeste que le but envisagé ne peut pas être atteint. Cette idée se trouve sous-entendue au début du paragraphe (« ne doivent pas aller au-delà de celles que l'on peut raisonnablement considérer comme nécessaires... »), mais le rapporteur croit qu'une mention expresse serait utile pour des raisons de clarté.

L'article VI du projet de l'OMCI traite de la question des dommages en cas de mesures contrevenant aux dispositions du projet. La solution proposée est proche de celle suggérée dans l'exposé préliminaire (section III/9). Dans ce contexte, le rapporteur se permet d'attirer l'attention sur les observations judicieuses de *M. Münch* (section 5, para. premier). En effet, il ne faut pas trop alourdir les responsabilités de l'Etat intervenant qui se trouve, le cas échéant, en face de problèmes urgents exigeant une action prompte et efficace. Il ne sera donc responsable que des mesures injustifiées ou excessives. L'article VI correspond aux conceptions de la responsabilité, universellement admises en droit international. Quant aux intéressés au navire et à la cargaison, le transport moderne des matières polluantes comprend le risque d'un accident à la suite duquel il pourra devenir nécessaire de sacrifier le navire et/ou la cargaison. En entreprenant le voyage, les intéressés sont conscients de courir ce risque. Cet état des

choses contribuera peut-être à augmenter la sécurité de la navigation en incitant les intéressés à prendre toutes les précautions et à introduire toutes les améliorations techniques en vue d'éviter les accidents.

L'article III du projet de l'OMCI est aussi intéressant du point de vue de la responsabilité pour les mesures entreprises. Le projet impose à l'Etat qui désire intervenir certaines conditions préalables. Il s'agit des consultations auxquelles cet Etat devrait procéder : consultations avec d'autres Etats mis en cause et avec les personnes dont les intérêts sont susceptibles d'être compromis par les mesures, enfin consultations d'experts choisis sur une liste préétablie. L'Etat intervenant est dispensé de ces consultations en cas d'urgence, mais, en tout cas, les mesures entreprises doivent être notifiées aux Etats intéressés ou aux personnes précitées. Les dispositions de l'article III sont certainement acceptables. Le rapporteur est d'avis que l'Etat intervenant doit prendre préalablement contact avec les autres Etats intéressés au cas, sauf s'il y a urgence. Mais cette exception ne doit pas libérer l'Etat intervenant de toute obligation envers les autres Etats intéressés. Si les mesures d'intervention se prolongent, ce qui peut arriver dans beaucoup de cas, l'Etat intervenant devrait en informer les autres Etats intéressés et établir les contacts ou entamer les consultations dès le début de son intervention.

Si on accepte la proposition de consulter des experts, on peut considérer comme satisfaisante la procédure consistant à établir une liste de ceux-ci (art. IV). Toutefois, ce point est également ouvert aux observations des membres de la Commission.

L'exposé préliminaire (section III/10) proposait de prévoir le règlement arbitral ou judiciaire des litiges au sujet des indemnisations. A ce propos, un seul des membres de la Commission s'est prononcé par la négative. Les opinions étaient

aussi divisées au sein de l'OMCI, et le projet initial du Comité juridique contenait deux propositions différentes. Il est pourtant intéressant de noter que la proposition la plus réservée, celle de l'Union Soviétique (voir Annexe II), qui n'est d'ailleurs plus mentionnée dans le texte final (Annexe I), confirme la nécessité d'un règlement arbitral (para. 2 et 3 de la proposition soviétique), mais fait dépendre le recours à ce moyen d'un accord spécial des parties au litige.

A ce propos, le rapporteur répète ce qu'il a dit au sujet de l'article VIII de son projet d'articles : l'Institut doit toujours plaider en faveur des moyens qui permettent de résoudre le litige de manière définitive. Le protocole élaboré par le Comité de l'OMCI combine le recours à la conciliation et à l'arbitrage. Cette combinaison paraît être heureuse, vu la nature des litiges éventuels. Mais il faut qu'en cas d'échec de la conciliation, il soit possible de recourir à l'arbitrage unilatéralement, et c'est dans ce sens que l'article 13 du protocole devrait être amendé. Le rapporteur propose cette thèse aux membres de la Commission en demandant leur opinion.

Le rapporteur résume dans cette section de son rapport les questions qui se posent :

1° Désirez-vous que les résultats de nos travaux en la matière (section V du rapport) soient présentés à l'Institut dans la forme d'un projet d'articles (de convention) [1] ou préférez-vous la forme d'une résolution contenant la prise de position de l'Institut par rapport au texte élaboré par l'OMCI ?

2° Admettez-vous la thèse d'après laquelle notre résolution ou projet devrait viser aussi les accidents survenant dans les eaux territoriales ?

3° Admettez-vous la conception d'autoprotection comme base justifiant l'action de l'Etat menacé en haute mer ?

[1] Le rapporteur présente un tel projet à titre d'essai (Annexe V)

4° Considérez-vous la formule de l'article 1 du projet OMCI comme une base acceptable ?

5° Quelles sont les modifications que vous proposez à l'égard de cette formule ?

6° Acceptez-vous les limitations du droit d'intervention énoncées audit article ?

7° Etes-vous d'accord pour déclarer qu'un transport d'hydrocarbures est toujours considéré comme un transport commercial ?

8° Etes-vous d'accord pour insérer dans les propositions à soumettre à l'Institut une disposition analogue à celle de l'article II du projet OMCI ?

9° Acceptez-vous les définitions des termes « navire », « accident de mer », « intérêts connexes » qui se trouvent audit article ?

10° Quelles sont vos observations et propositions au sujet de l'article V du projet OMCI ?

11° Acceptez-vous de compléter le texte en précisant que les mesures déjà entreprises doivent prendre fin aussi dès qu'il devient manifeste qu'elles ne pourront pas atteindre le but envisagé ?

12° Acceptez-vous la formule concernant les dommages qui se trouve à l'article VI du projet OMCI ?

13° Préférez-vous celle de la fin de la section III/9 de l'exposé préliminaire ?

14° L'obligation pour l'Etat intervenant d'établir des consultations avec d'autres Etats mis en cause et avec les personnes intéressées (art. III du projet), doit-elle être stricte ou facultative ? Ou bien, faut-il distinguer cette alternative d'après le cas ?

15° Approuvez-vous l'amendement proposé par le rapporteur déterminant que les consultations doivent avoir lieu après coup si elles n'étaient pas possibles préalablement à cause de l'urgence de l'action ?

16° Acceptez-vous l'article IV du projet OMCI et quelles sont les modifications que vous proposez à cet égard ?

17° Approuvez-vous l'opinion du rapporteur en ce qui concerne le règlement des différends ? Avez-vous d'autres propositions à cet égard ?

18° Quelles sont les questions supplémentaires qui devraient être prises en considération et quelle est votre opinion sur les questions que vous proposez ?

Zagreb, le 3 janvier 1969.

Juraj Andrassy.

ANNEXE I

(document OMCI: LEG IV/6)

Projet d'articles sur le droit d'intervention de l'Etat riverain en cas d'accident de mer survenant au-delà de ses eaux territoriales et entraînant ou pouvant entraîner une pollution de la mer [par les hydrocarbures]

Préambule

Les Etats parties à la présente Convention,

Conscients de la nécessité de protéger les intérêts de leurs populations contre les conséquences catastrophiques d'un événement de mer survenu en haute mer et entraînant un risque de pollution [par les hydrocarbures] pour la mer et le littoral,

Convaincus que dans des circonstances extraordinaires des mesures de caractère exceptionnel pourraient être nécessaires afin de protéger ces intérêts et que de telles mesures ne sauraient porter atteinte au principe de la liberté de la haute mer,

Sont convenus de ce qui suit :

Article premier

Les Parties à la présente Convention peuvent prendre les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer les dangers graves et imminents que présentent pour leurs côtes ou intérêts connexes une pollution ou une menace de pollution des eaux de la mer [par les hydrocarbures] à la suite d'un accident de mer survenu en haute mer, ou des actions afférentes à un tel accident, susceptible selon toute vraisemblance d'avoir des conséquences très importantes ou catastrophiques.

Toutefois, aucune mesure ne sera prise en vertu de la présente Convention à l'encontre des bâtiments de guerre ou d'autres navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et affectés, exclusivement, à l'époque considérée, à un service gouvernemental non commercial.

Article II

Aux fins de la présente Convention :

par « accident de mer », on entend un abordage, échouement ou autre incident de navigation ou autre événement survenu à bord ou à

l'extérieur du navire qui aurait pour conséquences soit des dommages matériels, soit une menace immédiate de dommages matériels, dont pourrait être victime un navire ou sa cargaison,

par « navire » on entend

— tout bâtiment de mer quel qu'il soit, et

— tout engin flottant à l'exception des installations et autres dispositifs utilisés pour l'exploration et l'exploitation du lit de la mer et du sous-sol marin.

par « intérêts connexes », on entend les intérêts d'un Etat riverain directement affectés ou menacés par l'accident de mer et qui ont trait notamment :

a) aux activités maritimes côtières ou portuaires, génératrices des moyens essentiels d'existence des personnes intéressées ;

b) à l'attrait touristique de la région considérée ;

c) à la santé des populations riveraines et la salubrité de la région considérée, y compris la conservation de la faune et de la flore ;

par « Organisation », on entend l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime.

Article III

Le droit d'un Etat riverain de prendre des mesures appropriées, conformément à l'article premier, est exercé dans les conditions ci-après :

A. Avant de prendre des mesures, un Etat riverain consulte les autres Etats mis en cause par l'accident de mer, notamment le ou les Etats du pavillon.

B. En outre, l'Etat riverain notifie sans délai les mesures envisagées aux personnes physiques ou morales dont on a des raisons de croire que les intérêts seront compromis ou affectés par ces mesures. L'Etat prend également en considération les avis que ces personnes peuvent lui soumettre.

C. Avant de prendre des mesures, l'Etat riverain peut procéder à la consultation d'experts indépendants qui seront choisis sur une liste établie par l'Organisation.

D. En cas d'urgence commandant que des mesures soient prises immédiatement, l'Etat riverain peut prendre les mesures rendues nécessaires par l'urgence et sans notification ou consultations préalables ou sans poursuivre les consultations en cours.

E. Les mesures qui ont été prises en application de l'article premier doivent être notifiées sans délai aux Etats et aux personnes physiques ou morales intéressées qui sont tenues, ainsi qu'au Secrétaire général de l'Organisation.

Article IV

Sous le contrôle de l'Organisation, sera établie et tenue à jour la liste d'experts visée à l'article III de la présente Convention. L'Organisation édicte les règles à ce sujet et détermine les qualifications requises.

Les Etats membres de l'Organisation et les Gouvernements parties à la présente Convention peuvent soumettre des noms en vue de l'établissement de la liste. Les experts sont rétribués par les Etats ayant recours à eux en fonction des services rendus.

Article V

Les mesures d'intervention prises par l'Etat riverain conformément aux dispositions de l'article premier doivent être proportionnées aux dommages qu'il a effectivement subis ou dont il est menacé.

Ces mesures ne doivent pas aller au-delà de celles que l'on peut raisonnablement considérer comme nécessaires pour atteindre le but mentionné à l'article premier, et elles doivent prendre fin dès que ce but a été atteint ; elles ne doivent pas empiéter sans nécessité sur les droits et intérêts de l'Etat du pavillon, d'Etats tiers ou de toute autre personne physique ou morale intéressée.

L'appréciation de la proportionnalité des mesures prises — par rapport aux dommages — est faite, compte tenu :

i) de l'étendue et de la probabilité des dommages imminents, si ces mesures ne sont pas prises,

ii) de l'efficacité éventuelle de ces mesures, et

iii) de l'ampleur des dommages qui pourraient être causés par ces mesures.

Article VI

Tout Etat qui, dans le cadre de la présente Convention, a pris des mesures en contravention avec ses dispositions, causant à autrui un préjudice, sera tenu de le dédommager.

Article VII

Sauf disposition expresse contraire, aucune des prescriptions de la présente Convention ne modifie une obligation, et ne porte atteinte à un droit, privilège ou immunité prévus par ailleurs, ou ne prive l'une quelconque des Parties contractantes ou autre personne physique ou morale intéressée d'un recours possible par ailleurs.

Article VIII

Tout différend entre les Parties contractantes sur le point de savoir si les mesures prises en application de l'article premier contreviennent aux dispositions de la présente Convention, si une compensation est due en vertu de l'article VI ainsi qu'au sujet du montant de l'indemnité sera, s'il n'a pu être réglé par voie de négociation entre les Parties contractantes en cause ou entre la Partie contractante qui a pris les mesures et les personnes physiques ou morales qui demandent réparation, et sauf décision contraire des parties, soumis à la requête d'une Partie contractante dont relèvent les personnes ou les biens affectés par ces mesures [à la conciliation, à l'arbitrage ou à la conciliation suivie d'arbitrage] [à la conciliation et en cas d'échec de la procédure de conciliation, à l'arbitrage], dans les conditions prévues au Protocole annexé qui fait partie intégrante de la présente Convention.

[Les Parties contractantes peuvent engager les procédures prévues au précédent alinéa sans que les recours internes aient été épuisés au préalable. Toutefois, lorsqu'une demande de réparation adressée à l'Etat riverain peut être soumise à ses propres tribunaux ou à toute autre instance agréée par les parties en vertu de sa législation nationale et lorsque cet Etat renonce à l'immunité que lui confère sa législation nationale s'il a agi en sa qualité d'Etat souverain, les procédures prévues au précédent alinéa sont suspendues tant que l'instance de l'Etat riverain n'a pas statué.]

[*PROTOCOLE*]

Chapitre premier

De la conciliation

Article premier

A moins que les Parties contractantes n'en conviennent autrement, la procédure de conciliation est organisée selon les règles fixées aux articles suivants.

Article 2

Sur demande adressée par l'une des Parties contractantes à une autre Partie contractante en application de l'article VIII de la Convention, il est constitué une Commission de conciliation.

La demande de conciliation présentée par une Partie contractante contient l'objet de la demande ainsi que les pièces justificatives qu'elles estiment nécessaires à l'appui de leur exposé du cas.

Si une procédure a été engagée entre deux Parties contractantes, toute autre Partie contractante dont les ressortissants ou les biens ont été affectés par les mesures considérées, ou qui, en sa qualité d'Etat riverain, a pris des mesures analogues, peut se joindre à la procédure de conciliation en avisant par écrit les Parties qui l'ont engagée, à moins qu'une de celles-ci ne s'oppose à cette jonction de procédure.

Article 3

La Commission de conciliation est composée de trois membres : un membre nommé par l'Etat riverain qui a pris la mesure d'intervention, un membre nommé par l'Etat dont relèvent les personnes ou les biens affectés par cette mesure, et un troisième membre, qui assume la présidence de la Commission, désigné d'un commun accord par les deux premiers.

Ces conciliateurs sont choisis sur une liste de personnes établie d'avance selon la procédure fixée à l'article 4.

Si dans un délai de soixante jours à compter de la date de réception de la demande de conciliation, la Partie contractante à laquelle elle est adressée n'a pas notifié à l'autre Partie au différend la désignation du conciliateur dont le choix lui incombe, ou si, dans un délai de trente jours, à compter de la nomination du second des membres de la Commission désigné par les Parties, les deux premiers

conciliateurs n'ont pu désigner d'un commun accord le Président de la Commission, le Secrétaire général de l'Organisation effectue, à la requête de la Partie la plus diligente et dans un délai de trente jours les nominations nécessaires. Les membres de la Commission ainsi désignés sont choisis sur la liste visée aux alinéas précédents.

En aucun cas le Président de la Commission ne doit avoir la nationalité d'une des Parties au différend, quel que soit le mode de sa désignation.

Article 4

La liste visée à l'article 3 ci-dessus est constituée de personnes qualifiées désignées par les Parties contractantes. Chaque Partie contractante peut désigner pour figurer sur la liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants. Les désignations sont faites pour des périodes de six ans renouvelables.

En cas de décès ou de démission d'une personne figurant sur la liste, la Partie contractante ayant nommé cette personne peut désigner un remplaçant pour la durée du mandat restant à courir.

Article 5

1. Sauf accord contraire des Parties, la Commission de conciliation adopte elle-même son règlement intérieur, et dans tous les cas, la procédure est contradictoire. En matière d'enquête, la Commission, si elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conforme aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

2. Les Parties sont représentées auprès de la Commission de conciliation par des agents ayant mission de servir d'intermédiaires entre elles et la Commission. Elles peuvent, en outre, se faire assister par des conseils et experts nommés par elles à cet effet et demander l'audition de toutes personnes dont le témoignage leur paraîtrait utile.

3. La Commission a, de son côté, la faculté de demander des explications aux agents, conseils et experts des Parties, ainsi qu'à toutes personnes qu'elle jugerait utile de faire comparaître avec l'assentiment de leur gouvernement.

Article 6

Sauf accord contraire des Parties, les décisions de la Commission de conciliation sont prises à la majorité des voix et la Commission ne

peut se prononcer sur le fond du différend que si tous ses membres sont présents.

Article 7

Les Parties facilitent les travaux de la Commission de conciliation et, en particulier, conformément à leur législation et en usant des moyens dont elles disposent,

i) fournissent à la Commission tous documents et informations utiles;

ii) mettent la Commission en mesure d'entrer sur leur territoire pour entendre les témoins ou experts et pour examiner les lieux.

Article 8

La Commission de conciliation a pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cette fin toutes les informations utiles, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer de concilier les Parties. Elle doit, après examen de l'affaire, exposer aux Parties les termes de l'arrangement qui lui paraîtrait convenable et leur impartir un délai pour se prononcer.

Article 9

La recommandation doit être motivée. Le conciliateur qui ne serait pas d'accord avec ses collègues peut, s'il le désire, faire connaître son avis aux Parties.

Article 10

La conciliation est réputée avoir échoué si, quatre-vingt-dix jours après la notification de la recommandation aux Parties, chacune d'entre elles n'a pas notifié à l'autre Partie son acceptation de la recommandation. La conciliation est également réputée avoir échoué si la Commission n'a pu être constituée dans les délais prévus au troisième alinéa de l'article 3 ci-dessus, ou si la Commission n'a pas rendu sa recommandation dans un délai d'un an à compter de la date de désignation du président de la Commission.

Article 11

1. Pendant la durée de leurs travaux, chacun des membres de la Commission reçoit une indemnité dont le montant est arrêté du

commun accord des Parties, qui en supportent chacune une part égale.

2. Les frais généraux occasionnés par le fonctionnement de la Commission sont répartis de la même façon.

Article 12

Les Parties au différend peuvent à tout moment de la procédure de conciliation décider d'un commun accord de recourir à une autre procédure de règlement des différends.

Chapitre II

De l'arbitrage

Article 13

A moins que les Parties n'en disposent autrement, la procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions des articles ci-après.

[En cas d'échec d'une procédure de conciliation, la demande d'arbitrage ne peut être présentée que dans les cent quatre-vingt jours qui suivent cet échec.]

Article 14

Le tribunal arbitral est composé de trois membres ; un arbitre nommé par l'Etat côtier qui a pris la mesure d'intervention, un arbitre nommé par l'Etat dont relèvent les personnes ou les biens affectés par cette mesure, et un autre arbitre, désigné d'un commun accord par les deux premiers et qui est appelé à constituer avec eux le tribunal et à le présider.

Article 15

1. Si au terme d'un délai de soixante jours à compter de la désignation du deuxième arbitre, le président du tribunal n'a pas été désigné, le Secrétaire général de l'Organisation, à la requête de la Partie la plus diligente, procède, dans un délai de même durée, à sa désignation en le choisissant sur une liste de personnes qualifiées, établie d'avance dans les conditions prévues à l'article 4 ci-dessus. Cette liste est distincte de la liste d'experts prévue à l'article IV de la

Convention et de la liste des conciliateurs prévue à l'article 4 du présent Protocole, la même personne pouvant toutefois figurer sur la liste de conciliateurs et sur celle d'arbitres. Une personne qui aurait agi en qualité de conciliateur dans un litige ne peut cependant pas être choisie comme arbitre dans la même affaire.

2. Si dans un délai de soixante jours à compter de la requête l'une des Parties n'a pas procédé à la désignation qui lui incombe d'un membre du tribunal, l'autre Partie peut saisir directement le Secrétaire général de l'Organisation qui pourvoit à la désignation du président du tribunal dans un délai de soixante jours en le choisissant sur la liste visée au paragraphe 1 du présent article.

Le président du tribunal, dans sa désignation, demande à la Partie qui n'a pas constitué arbitre de le faire dans les mêmes formes et conditions. Si elle ne procède pas à la désignation qui lui est ainsi demandée, le président du tribunal demande au Secrétaire général de l'Organisation de pourvoir à cette désignation dans les formes et conditions prévues à l'alinéa précédent.

3. Le président du tribunal, s'il est désigné en vertu des dispositions du présent article, ne doit pas être ou avoir été de la nationalité d'une des Parties, sauf consentement de l'autre Partie.

4. En cas de décès ou de défaut d'un arbitre dont la désignation incombait à une Partie, celle-ci désigne son remplaçant dans un délai de soixante jours à compter du décès ou du défaut. Faute pour elle de le faire, la procédure se poursuit avec l'arbitre restant. En cas de décès ou de défaut du président du tribunal, son remplaçant est désigné dans les conditions prévues à l'article 14 du présent Protocole ou, à défaut d'accord entre les membres du tribunal dans les soixante jours du décès ou du défaut, dans les conditions prévues au présent article.

Article 16

Si une procédure a été engagée entre deux Parties contractantes, toute autre Partie contractante dont les ressortissants ou les biens ont été affectés par les mesures considérées, ou qui, en sa qualité d'Etat riverain, a pris des mesures analogues, peut se joindre à la procédure d'arbitrage en avisant par écrit les Parties qui l'ont engagée à moins que l'une de celles-ci ne s'oppose à cette jonction de procédure.

Article 17

Tout tribunal arbitral constitué aux termes du présent Protocole détermine ses propres règles de procédure.

Article 18

1. Les décisions du tribunal, tant sur sa procédure et le lieu de ses réunions que sur le différend qui lui est soumis, sont prises à la majorité des voix de ses membres, l'absence ou l'abstention d'un des membres du tribunal dont la désignation incombait aux Parties ne faisant pas obstacle à la possibilité pour le tribunal de statuer. En cas de partage des voix, la voix du président est prépondérante.

2. Les Parties facilitent les travaux du tribunal et, en particulier, conformément à leur législation et en usant des moyens dont elles disposent :

i) fournissent au tribunal tous documents et informations utiles,

ii) mettent le tribunal en mesure d'entrer sur leur territoire pour entendre les témoins ou experts et pour examiner les lieux.

L'absence ou le défaut d'une Partie ne fait pas obstacle à la procédure.

Article 19

1. La sentence du tribunal est motivée. Elle est définitive et sans recours. Les Parties doivent s'y conformer sans délai.

2. Tout différend qui pourrait surgir entre les Parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence peut être soumis par la Partie la plus diligente au jugement du tribunal qui l'a rendue ou, si ce dernier ne peut en être saisi, d'un autre tribunal constitué à cet effet de la même manière que le premier.

ANNEXE II

(document OMCI : LEG III/2, Annexe I, p. 5)

Projet d'articles de l'URSS sur le règlement des différends

(remplaçant l'article VIII du projet du Comité juridique)

1. Tout différend entre Etats portant sur l'interprétation et l'application des dispositions de la présente Convention est réglé par voie de négociation directe.

2. Si l'Etat responsable des dommages ne donne pas satisfaction à l'Etat demandant réparation, l'affaire est portée devant une commission arbitrale constituée à égalité par les deux Etats. Cette commission arrête sa propre procédure.

3. En cas d'échec de cette tentative d'arbitrage, les Etats peuvent convenir d'une procédure internationale d'arbitrage ou de tout autre mode pacifique de règlement du différend qui agrée à l'une et l'autre Partie.

ANNEXE III

(document OMCI : LEG IV/6)

Projet de résolution

[*L'assemblée*],

Notant la diversité des pratiques des Etats membres, relatives aux enquêtes officielles concernant les accidents de mer ou autres procédures découlant directement de ces enquêtes,

Soucieuse de permettre aux Etats — qui, du fait d'accidents de mer, ont été gravement lésés ou dont les intérêts ont été largement compromis, notamment lorsque leur littoral a été pollué par les hydrocarbures — d'être représentés aux enquêtes officielles ou autres procédures similaires relatives à de tels accidents, et

Souhaitant encourager — sur le plan international — l'harmonisation de ces enquêtes et procédures,

Recommande que si un Etat autre que l'Etat du pavillon est reconnu avoir été gravement lésé, ou avoir eu des intérêts largement compromis, du fait d'un accident de mer survenu à un navire de l'Etat du pavillon (notamment lorsqu'en l'espèce le littoral de cet autre Etat a été pollué par les hydrocarbures) :

1. *a)* l'Etat du pavillon — s'il n'entame pas d'office une enquête officielle — consulte l'autre Etat en ce qui concerne l'ouverture sur le territoire de l'un ou l'autre Etat d'une enquête officielle sur l'accident, en se conformant aux dispositions du paragraphe 2 ci-dessous ;

   b) l'Etat du pavillon — s'il ouvre d'office une telle enquête officielle — en informe l'autre Etat quant à leurs lieu et date.

2. Sous réserve des règles nationales qui imposent une conduite à huis clos de ces enquêtes officielles, celles-ci sont poursuivies de manière que

   a) les personnes privées puissent assister aux débats publics,

   b) des mesures appropriées soient prises — à la discrétion de l'autorité chargée de l'enquête — pour permettre au représentant de l'autre Etat intéressé d'y assister et d'y participer, afin de pouvoir à tout le moins:

      i) poser des questions aux témoins, ou solliciter que des questions leur soient posées par l'autorité précitée, et

      ii) consulter tous les documents pertinents.

3. Si l'enquête est menée par un Etat gravement lésé ou ayant des intérêts importants compromis du fait de l'accident, le représentant de l'Etat du pavillon bénéficie de possibilités analogues.

Si l'une ou l'autre des conditions figurant à l'alinéa 2 ne peuvent être remplies pendant l'enquête proprement dite, la présente recommandation sera considérée comme respectée si les conditions qui n'ont pu être remplies précédemment le sont au cours des procédures qui découleront directement de l'enquête.

Aucune disposition de la présente recommandation ne saurait être applicable ou compromettre la poursuite de toute enquête ou autres procédures.

Aux fins de la présente recommandation, un Etat n'est pas considéré comme lésé ou comme ayant eu des intérêts importants compromis à la suite d'un accident de mer du seul fait que l'un des navires impliqués dans la collision battait son pavillon ou que l'un ou plusieurs de ses ressortissants avaient un intérêt commercial dans le navire ou sa cargaison.

ANNEXE IV

Projet d'articles concernant la prévention des accidents

I

Les Etats contractants conviennent d'introduire des mesures appropriées, visant à augmenter la sécurité de navigation des navires-citernes et autres navires transportant des matières polluantes et à contribuer de cette façon à éviter les accidents pouvant causer la pollution des milieux marins au préjudice des intérêts individuels des Etats riverains et des intérêts de la communauté internationale à la conservation des richesses de la mer (des ressources biologiques de la mer).

II

Ces mesures seront déterminées soit par accord international spécial, soit par l'organisme international désigné et autorisé à cet effet.

III

Les Etats contractants s'obligent à respecter et à faire respecter lesdites mesures.

IV

A défaut des mesures introduites de la manière prévue à l'article II ou en cas de leur insuffisance, tout Etat riverain est autorisé de les édicter ou compléter de sa propre autorité en ce qui concerne le passage par ses eaux juridictionnelles et l'accès à ses ports.

V

Les mesures édictées en vertu de l'article IV doivent rester dans les strictes limites de leur but et ne doivent pas, par leur

contenu quant aux critères techniques du navire exigés pour augmenter la sécurité de navigation, être discriminatoires à l'égard des navires qui, tout en ne se conformant pas aux dispositions édictées, satisfont aux besoins de la sécurité de navigation.

VI

Les mesures adoptées en vertu des dispositions précédentes doivent être dûment portées à la connaissance de la navigation.

VII

Les Etats ont le droit d'interdire le passage par leurs eaux juridictionnelles et l'accès à leurs ports à tout navire dont les critères techniques ne correspondent pas aux normes de sécurité considérées comme nécessaires pour éviter ou diminuer les risques de pollution et édictées conformément aux articles précédents.

Ils ont le droit de frapper de peines ceux responsables des infractions aux règles nationales ou internationales édictées dans l'intérêt de la sécurité de navigation.

VIII

Tout différend au sujet de l'interprétation ou application des dispositions ci-dessus doit être réglé par un moyen pacifique. Ce moyen sera choisi par accord des parties. A défaut d'accord, chacune des parties peut unilatéralement recourir aux moyens organisés à cet effet au sein de l'OMCI. En cas d'échec de ceux-ci ou à leur défaut, chacune des parties peut unilatéralement soumettre le différend à la Cour internationale de Justice.

ANNEXE V

Projet d'articles régissant l'action en cas de danger de pollution

I

Les parties contractantes conviennent que tout Etat menacé par la pollution de la mer survenue à la suite d'un accident en haute mer est autorisé à prendre toutes mesures nécessaires pour éviter ou diminuer les dommages dont il est menacé.

II

Ces mesures ne peuvent être prises qu'en face d'un danger imminent pouvant causer des graves dommages aux intérêts de l'Etat intervenant. Elles doivent être proportionnées au dommage prévu.

III

Aucune mesure ne peut être prise à l'encontre d'un bâtiment de guerre ou d'un autre navire appartenant à l'Etat ou exploité par lui et affecté seulement à un service gouvernemental non commercial sans l'assentiment du gouvernement respectif. Le transport des matières polluantes par navires-citernes est toujours considéré comme commercial.

IV

Si plusieurs Etats se trouvent menacés du danger de pollution de la même source, les Etats respectifs doivent tâcher à agir de concert. Des accords bilatéraux ou régionaux peuvent d'avance préparer la collaboration pour les cas de danger éventuels.

V

Avant de prendre les mesures, l'Etat intervenant doit entrer en consultation avec d'autres Etats mis en cause et avec tous les titulaires des intérêts directement impliqués par l'exécution des mesures à prendre ou déjà prises.

VI

L'Etat intervenant est exonéré de l'obligation de consultation préalable en cas d'urgence commandant que des mesures soient prises immédiatement, mais il doit entamer ou reprendre les consultations au cours de l'exécution des mesures.

VII

En tout cas, l'Etat intervenant est tenu à notifier les mesures entreprises immédiatement aux Etats et aux personnes mentionnés à l'article V.

VIII

(Réservé pour le règlement pacifique des différends.)

ANNEXE VI

Exposé préliminaire

présenté par

M. Juraj Andrassy

I

Le fait qui a attiré l'attention quasi générale sur les graves conséquences des diverses causes de pollution des mers, c'est la catastrophe du pétrolier « Torrey-Canyon ». Ce grand pétrolier, d'une capacité de 123 000 à 124 000 tdw, est propriété de la société Barracuda Tanker Corporation (une filiale de l'Union Oil Co. of California) qui a son siège aux Bermudes. Naviguant sous pavillon libérien et affrété à temps à l'Union Oil Co. of California (Los Angeles), le « Torrey-Canyon » se trouvait, au moment de la catastrophe, sous-affrété au voyage à la British Petroleum Company Limited pour un transport du Koweit en Angleterre (Milford Haven). De ses dix-huit compartiments, seize étaient remplis de 117 000 tonnes de pétrole brut. Le navire était assuré pour une somme de 6 millions de livres sterling, dont le 40 % était souscrit à Londres (en majorité chez Lloyd's) et le reste aux Etats-Unis.

Naviguant vers Milford Haven, le « Torrey-Canyon » s'échouait au matin du 18 mars 1967 sur les récifs de Seven Stones, situés entre la pointe extrême des Cornouailles (Lands End) et les îles Scilly, mais en dehors de la mer territoriale britannique. Quelques compartiments de ses magasins étaient

immédiatement endommagés et quelque 40 000 tonnes de pétrole commencèrent à se déverser en mer. La nappe polluée s'étendit rapidement vers les côtes britanniques. Des équipes de sauvetage apparurent aussitôt, essayant de renflouer le navire et de sauver le plus possible de sa cargaison. Ces travaux, durant plusieurs jours, n'eurent pas de succès. Ils durent être abandonnés après que, dans la soirée du 26 mars, le navire se fut brisé en deux, puis en trois éléments, laissant couler en mer de nouvelles quantités de pétrole (environ 30 000 tonnes). Enfin, le 28 mars, il fut incendié par les avions de la Royal Navy et de la Royal Air Force. Le 30 mars, le Gouvernement britannique pouvait déclarer que la totalité du chargement restant était détruite.

Toutefois, les quantités considérables déversées en mer atteignent, dès le 25 mars, les plages britanniques affectant plus de 100 milles de la côte. Une partie de la nappe flottante atteint, à partir du 10 avril, les côtes françaises, causant, tout comme en Angleterre, des dégâts aux plages, aux installations portuaires et autres, ainsi qu'à la flore et à la faune maritimes, ceci, malgré l'action du côté britannique et du côté français pour combattre le déferlement du pétrole et le paralyser par toutes sortes de détergents, absorbants, barrages, etc. Les dégâts des deux côtés de la Manche étaient considérables, mais on fut heureusement, après coup, en mesure de nettoyer les plages souillées et d'éviter ainsi des conséquences encore plus graves, surtout pour le tourisme. Toutefois, la note des dommages et des frais de protection et de nettoyage encourus est élevée, et les deux gouvernements ont pris des mesures pour récupérer les frais en s'adressant au propriétaire du navire, la Barracuda Tanker Corporation. En juillet 1967, le *sister ship* du « Torrey-Canyon », « Lake-Palourde », était saisi à Singapour à la requête du Trésor britannique et ne fut libéré qu'après versement d'une caution de 3 millions de livres

sterling déposée par la compagnie d'assurances Phoenix de Londres, le Gouvernement britannique étant convenu de ne plus faire procéder à de nouvelles saisies. Le même navire fut saisi à Rotterdam, le 2 avril 1968, à la requête du Gouvernement français qui réclamait une indemnité de 3,2 millions de livres sterling. L'affaire put être provisoirement réglée sur la base d'un commun accord, aux termes duquel la compagnie d'assurances Phoenix verserait la caution demandée en garantie de toute indemnisation dont le Gouvernement français pourrait se prévaloir. Le montant de l'indemnisation serait fixé par un tribunal français. La partie défenderesse (Barracuda) affirme notamment que les dommages en question sont dus surtout au bombardement de l'épave ordonné par le Gouvernement britannique plutôt qu'à l'échouement lui-même.

La catastrophe du « Torrey-Canyon » est le plus grand désastre de ce genre, autant par le tonnage du navire et le volume de la cargaison, que par les dommages causés en dehors de la perte du navire et de la cargaison. Mais elle n'est pas isolée. Dans les deux années précédant la catastrophe, cinq cas importants de pollution des mers ont été enregistrés. En août 1966, le pétrolier « British Crown » a eu un incendie dans le golfe Persique, mais la moitié du pétrole seulement a été brûlée, fait qui a été rappelé lors des discussions sur les mesures à prendre au sujet du « Torrey-Canyon », spécialement en ce qui concerne les chances d'une mise à feu de la cargaison. Peu après la catastrophe du « Torrey-Canyon », le pétrolier « President-Garcia », de 10 286 tjb., s'est échoué en eaux calmes et par temps calme dans la baie de Guernesey.

Un cas analogue à celui du « Torrey-Canyon », de dimensions plus modestes, s'est produit le 3 mars 1968. Il s'agissait cette fois du pétrolier « Ocean Eagle », de 18 524 tdw, battant, lui aussi, pavillon libérien et transportant du pétrole d'un port vénézuélien à la raffinerie de San Juan (Puerto Rico). Le

navire s'échoua à l'entrée du port de San Juan et se brisa en deux. Une nappe de pétrole longue de deux milles (deux à trois millions de gallons) s'étendit le long de la côte, menaçant la plage touristique de Condado Beach. Des dégâts plus sérieux purent être empêchés par l'emploi d'émulsifiants, et la partie avant du navire fut remorquée en haute mer pour y être coulée. De même que l'accident du « Torrey-Canyon » était causé par une faute de navigation, la cause de l'échouement de l'« Ocean Eagle » résidait dans la surcharge du navire.

Des accidents semblables peuvent toujours arriver malgré toutes les précautions. Dans un seul numéro du « Fairplay » (du 25 avril 1968) deux cas de ce genre sont signalés : celui du pétrolier « Atlantic Baronet », de 11.524 tonnes, qui prit feu à Thames Haven, mais qui, heureusement, n'était pas chargé ; et celui du navire japonais « Savannah Maru » qui prit feu dans la baie de Tokyo à la suite d'une explosion de produits chimiques dans l'un de ses magasins.

La mise en service des pétroliers géants augmente les dangers, et chaque cas individuel devient plus désastreux dans ses suites à cause du volume de la cargaison, surtout si l'accident se produit près des côtes.

Il existe d'autres causes de catastrophe entraînant la pollution des mers. L'accident survenu en janvier 1968 avec le « Sea Quest », provoquant des fuites de gaz dans la mer du Nord, constitue un sérieux avertissement quant aux dangers provenant des forages des gisements sous-marins de pétrole et de gaz.

II

La catastrophe du « Torrey-Canyon » a provoqué, à juste titre, une réaction très vive et active. Le Gouvernement de Grande-Bretagne, pays frappé sévèrement par les suites de la catastrophe, a pris la première initiative. Le 4 avril 1967, le

premier ministre M. Wilson déclarait à la Chambre des communes que le Gouvernement britannique soumettait à l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI) une série de propositions destinées à améliorer les conventions actuellement en vigueur ; mais que sans attendre un accord international, le gouvernement prenait toutes mesures en son pouvoir, et en particulier le contrôle des routes à destination des ports britanniques des pétroliers géants et autres navires transportant des marchandises dangereuses. Il faisait allusion au fait que les pouvoirs du gouvernement n'allaient pas au-delà des limites de la mer territoriale en ajoutant que « l'ancienne conception des eaux territoriales ne suffit plus ».

En effet, le Gouvernement britannique adressa à l'OMCI une proposition demandant d'entreprendre l'étude de toutes les implications des catastrophes semblables à celle du « Torrey-Canyon » en vue de modifier et compléter les dispositions en vigueur du droit international applicables à la matière. De son côté, le Parlement britannique instituait un *select committee* pour étudier tous les éléments de la catastrophe et des situations qui pourraient surgir dans des cas pareils. Aux Etats-Unis, des discussions au sein des diverses branches de l'administration se poursuivent : on y examine la pollution par hydrocarbures et ses effets ; les moyens et méthodes aptes à prévenir et à limiter ou éviter les dégâts et dommages ; les mesures à prendre pour paralyser les conséquences des pollutions. L'Académie nationale des sciences étudie un système d'évaluation des risques en vue de rédiger des règles nouvelles pour le transport des liquides et des gaz liquéfiés (*Marine Science Affairs*, 1968, p. 84).

Collaborant avec l'OMCI à la suite de l'action engagée sur la proposition britannique, les gouvernements des Etats membres de cette organisation ont entrepris de leur côté des études

sur le sujet. Certains aspects du problème, concernant spécialement le droit maritime privé sont l'objet de travaux d'études au sein du Comité maritime international. Il est très probable que toute cette activité aura comme résultat final l'adoption d'un texte ou de plusieurs textes modifiant et complétant les instruments actuellement en vigueur et introduisant des changements significatifs dans le droit international de la mer et le droit maritime. Ainsi la catastrophe du « Torrey-Canyon » pourrait avoir à l'égard du droit actuel des effets analogues à ceux de la catastrophe du « Titanic », survenue en 1912, qui a provoqué la conclusion de la première convention internationale sur la sécurité de la vie humaine en mer de 1914.

L'action de l'OMCI qui a suivi l'initiative du Gouvernement britannique a été immédiate et entièrement positive. Le Conseil de cette organisation s'est réuni en session extraordinaire au début du mois de mai et a décidé de former une commission *ad hoc* ayant pour tâche d'entreprendre d'urgence et, s'il y a lieu, en consultation avec d'autres organisations intéressées, une étude de tous les points connexes au problème de la pollution et à sa prévention. Le programme de travail mentionne et expose dix-huit questions qui se rapportent à différents domaines, mais dont quelques-unes touchent le droit international de la mer. D'autres ont trait au droit maritime privé, notamment aux questions de la responsabilité pour dommages et à celles des assurances, ainsi qu'aux questions de droit administratif interne. Parmi ces questions, quelques-unes pourraient exiger une modification des accords internationaux existant en la matière. La commission *ad hoc* s'est réunie à son tour le 21 juin 1967, a discuté son plan de travail, créé deux groupes de travail et a confié à chacun d'eux une partie des questions mises sur la liste. Le premier de ces groupes a reçu comme tâche l'étude des questions de droit

international, le deuxième celle des questions de responsabilité civile et des questions techniques de prévention. Une partie de ces questions est en même temps étudiée par le Comité maritime international, d'ailleurs en collaboration assez étroite avec l'OMCI et ses organes ci-dessus mentionnés. Les questions du premier groupe sont les suivantes :

1. Le droit de l'Etat littoral de prendre des mesures en vue de la prévention de la pollution ou d'autres dommages (point 15 de la liste).

2. Les pouvoirs de surveillance et de contrôle exercés par l'Etat littoral pour assurer l'efficacité des mesures adoptées par l'OMCI (point 18 de la liste).

3. Participation de l'Etat qui a souffert un dommage dans l'enquête sur l'accident (point 14 de la liste).

4. Détermination des conditions d'accès et d'emploi des équipes de sauvetage sous pavillon étranger dans les eaux territoriales (point 17 de la liste).

Un point additionnel (N° 11 de la liste) a été éliminé par le groupe comme rentrant plutôt dans la catégorie des questions de prévention des dommages en cas d'accidents. La question porte sur la collaboration des Etats littoraux dans un tel cas.

Le premier groupe a discuté les quatre points ci-dessus énumérés en septembre 1967 et en a donné rapport à la Commission qui s'est réunie de nouveau en novembre. Les résultats ne sont pas définitifs ; de nouvelles réunions sont projetées pour le groupe et pour la Commission en avril et en mai 1968.

III

Le Bureau de l'Institut de Droit international a décidé de former une nouvelle « Douzième Commission », chargée d'étu-

dier les mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes. En adoptant cette décision, le Bureau envisageait que la Commission étudie les problèmes de la pollution accidentelle plutôt que ceux qui ont été déjà l'objet des conventions internationales. En effet, le rejet intentionnel ou autrement fautif d'hydrocarbures de la part des navires-citernes et autres navires est réglé par la Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, signée en 1954 et amendée en 1962. Les faits relatés ci-dessus démontrent la nécessité urgente de s'occuper des pollutions provenant d'accidents divers et pouvant entraîner des conséquences très graves. La tâche est donc circonscrite, dès le début, en ce sens que la Commission ne s'occupera pas des situations réglées par ladite Convention de 1954-1962. Toutefois, rien n'empêche la Commission d'inclure aussi dans ses considérations le sujet propre de la Convention si cela apparaît utile en vue de la solution du sujet principal de ses études. Le travail de la Commission sera moins encore limité en ce sens qu'il ne pourrait pas porter sur les amendements de ladite Convention en vue de lui faire couvrir aussi les cas de pollution accidentelle. Sur ce point, il faut se rappeler que la Commission pourra aussi élargir son étude aux pollutions par des agents autres que les hydrocarbures, et dans ce cas, évidemment, l'ensemble des propositions que la Commission jugerait utile de faire ne pourrait pas rentrer dans le cadre des amendements à ladite Convention.

1. En se demandant quels sont les problèmes que la Commission est appelée à étudier, il faut rappeler les conditions dans lesquelles des accidents causant des pollutions peuvent arriver. Ces conditions sont illustrées par la différence des situations au moment où les accidents du « Torrey-Canyon » et de l'« Ocean Eagle » sont survenus. Le premier cas s'est produit à proximité des côtes britanniques, mais en

dehors de la mer territoriale britannique. Le second cas est arrivé à l'entrée d'un port, donc dans les eaux tombant sous la juridiction, voire sous la souveraineté, de l'Etat littoral. Du point de vue du droit international, la situation du « Torrey-Canyon » est de loin plus complexe. La Commission sera appelée à étudier justement les questions ayant trait à de telles situations, où l'Etat (ou les Etats) courant les risques de dommages éventuels est empêché, en vertu du principe de la liberté des mers, d'intervenir pour prévenir un accident ou pour éliminer le danger menaçant ses eaux et ses côtes.

Ces considérants nous amènent à nous poser une première question : *La Commission devra-t-elle ou non, limiter son travail aux problèmes que pose le danger des pollutions accidentelles survenues en haute mer ? Quels seraient les problèmes si le travail de la Commission devait inclure aussi les pollutions dans les eaux juridictionnelles des Etats ?*

2. Tout en limitant notre étude à la haute mer, il convient de relever que certains aspects des situations en haute mer sont identiques en ce qui concerne les eaux juridictionnelles. Ce sont en premier lieu ceux concernant les mesures à adopter pour prévenir, dans la mesure du possible, les accidents pouvant entraîner des dommages par pollution. Il faut se souvenir que les Etats, quoique souverains aussi dans les limites de leur mer territoriale, sont limités dans l'exercice de leurs droits par le droit de libre passage inoffensif à travers la mer territoriale. La Commission pourra donc étudier *quels sont les pouvoirs de réglementation et de contrôle que peut exercer l'Etat dans la mer territoriale en vue de prévenir les accidents par pollution.* Voilà l'objet de la deuxième question qui se pose à la Commission.

3. En ce qui concerne les moyens et les mesures à prendre pour éviter les dommages par pollution accidentelle, il faut

distinguer les mesures pour éviter ou réduire les accidents causant des pollutions et les mesures à prendre pour combattre les suites des accidents survenus et des pollutions qui en résultent. Dans les deux catégories, on devra envisager quelles sont les mesures qu'un Etat individuel — ou plusieurs Etats agissant d'un commun accord — peut prendre en vue d'éviter des accidents, de réduire leur nombre, ou de combattre leurs suites, et quelles sont les mesures à prendre d'un commun accord par la collectivité des Etats, c'est-à-dire dans la forme d'une convention internationale. Une troisième distinction s'impose aussi : celle de savoir si certaines mesures sont déjà admises en vertu du droit international en vigueur *(de lege lata)*, et quelles sont les mesures qui ne peuvent pas être introduites sans changer le droit positif *(de lege ferenda)*.

Les mesures pour éviter les accidents ou pour en réduire le nombre s'imposent d'urgence. L'emploi des navires-citernes géants a introduit des risques nouveaux ou accrus dans le transport des hydrocarbures par la voie des mers. Leur tirant d'eau rend leur passage en certains endroits difficile et plus dangereux. Ces difficultés apparaissent, par exemple, pour les grands pétroliers de construction japonaise lors du passage par le détroit de Malacca, et en Europe notamment dans la mer du Nord et dans les détroits conduisant à la mer Baltique. Certains dangers accrus existent aussi dans les endroits de circulation congestionnée et les grandes quantités transportées par une seule unité rendent un accident éventuel plus dangereux dans ses suites.

Les mesures à prendre peuvent avoir trait à la construction des navires destinés au transport des matières polluantes ou plus spécialement des navires-citernes, aux instruments de navigation, aux qualifications additionnelles du personnel de commande, à la vitesse maxima du mouvement près des côtes ou en régions de circulation congestionnée, aux couloirs de

circulation obligatoires[1], à l'interdiction de se servir de certaines routes ou de passer par certains endroits — soit pour tout navire transportant du pétrole (ou une autre matière polluante), soit pour des navires d'un tonnage supérieur —, à l'interdiction d'entrer au port pour tous pétroliers ou pour certaines catégories de pétroliers ou autres navires transportant des matières polluantes.

Ces mesures peuvent être prescrites soit par un Etat individuel, soit par accord international ou par une organisation internationale à laquelle les Etats membres ont confié cette tâche. Très souvent, ce sera un Etat individuel spécialement intéressé à se protéger contre les suites nocives des pollutions des mers adjacentes. La pollution peut se produire du fait d'accidents provoqués par des navires battant pavillon d'Etats lointains qui ne sont pas directement touchés. Il faut donc reconnaître que les Etats qui sont menacés par des pollutions plus fréquentes ont tout intérêt au règlement de cette matière. En l'absence d'un règlement international, tout Etat intéressé tâchera de se protéger par ses propres mesures et règlements. Ces mesures et ces dispositions seront sans doute obligatoires pour les navires battant pavillon de l'Etat respectif, et pour les autres navires naviguant à travers les eaux territoriales de cet Etat. *Il s'agit de savoir si, et dans quelle mesure, il faut reconnaître aux Etats le droit d'imposer leurs mesures et le respect de leurs dispositions en haute mer.* Cela est la troisième question qui se pose à la Commission. Une question analogue se pose pour *les mesures décidées par*

---

[1] L'OMCI étudie les possibilités d'établir des couloirs à sens unique aux endroits de trafic maritime intense, tels que le détroit de Gibraltar, les parages du cap Finisterre, la pointe de la presqu'île de Cornouailles, la mer du Nord, la Baltique. Elle a déjà entériné les propositions franco-britanniques concernant l'octroi de routes de navigation à sens unique dans le Pas de Calais.

accord international ou par une organisation internationale. Est-ce que les dispositions respectives ont, ou doivent avoir, force obligatoire à l'égard des navires battant pavillon d'un pays qui n'est pas partie à l'accord ou qui n'est pas membre de l'organisation ?

4. Une question qui s'ajoute à la précédente est celle de savoir *si un Etat, auteur de certaines règles envisagées ci-dessus ou partie à un accord régissant la matière, peut assurer le respect de ces règles en interdisant aux navires des Etats tiers* (non engagés par lesdites règles) :

a) *le passage par ses eaux territoriales ;*

b) *l'accès à ses ports.*

Est-ce qu'un tel droit existe de lege lata *et quelle en est la base ?*

5. Dans la mesure où un droit ou une ingérence de l'Etat intéressé ne se trouve pas fondé *de lege lata*, il faudra procéder à l'élaboration d'un accord multilatéral qui pourra emprunter plusieurs voies : *Cet accord pourrait contenir des règles détaillées, mais il pourrait aussi contenir certains principes en autorisant les Etats intéressés de légiférer avec force obligatoire pour la navigation.* La réponse à cette question dépend du contenu des règlements éventuels.

6. Dans le cas où un règlement international régirait la matière, on pourrait envisager d'autoriser les Etats littoraux à assurer le respect des règles édictées par des mesures de surveillance et de contrôle à exercer dans une zone d'une certaine largeur, mesurée à partir des côtes des Etats respectifs. Pour que ce contrôle soit efficace, cette zone devrait être assez étendue, étant entendu que dans les mers étroites, le contrôle pourrait être exercé par plusieurs Etats, soit simultanément, soit par chacun des Etats littoraux dans un secteur individuel strictement délimité. La Commission devrait donner

une réponse à la question de savoir *si un tel contrôle est acceptable et comment il pourrait être organisé.* Une question additionnelle est celle de savoir *si ce contrôle pourrait être organisé par une agence internationale.*

7. La question cruciale qui occupa le plus les esprits à la suite de la catastrophe du « Torrey-Canyon » est celle de savoir si un Etat, menacé par la pollution survenue à la suite d'un accident, est autorisé à prendre des mesures pour protéger les eaux adjacentes à ses côtes, et ses propres côtes, des dégâts et dommages de la pollution. On le sait, le Gouvernement britannique est intervenu dans le cas du « Torrey-Canyon » par des mesures exécutées en dehors de sa mer territoriale, sur un navire battant pavillon étranger, et sans le consentement préalable du propriétaire.

On peut bien fonder le droit de l'Etat, dont les intérêts graves sont mis en danger et qui décide d'intervenir d'une manière quelconque, sur le droit de nécessité ou de légitime défense. On sait bien que ce droit a été invoqué maintes fois sans justification convaincante et que sa reconnaissance en matière de prévention des dommages de pollution pourrait amener à justifier et à encourager d'autres interventions en haute mer cherchant à être justifiées sur la base du même principe. Or, la Commission se trouve devant la question de savoir *si une intervention en haute mer, mais à proximité des côtes d'un Etat menacé par la pollution, trouve sa justification en droit international existant, soit sur la base du droit de nécessité, soit sur celle du droit de légitime défense. Serait-il préférable de chercher une formule autorisant l'Etat intéressé à intervenir et à entériner celle-ci dans un accord international multilatéral ?*

8. Dans les deux cas, soit qu'on se place du point de vue *de lege lata,* soit qu'on envisage un règlement *de lege ferenda,*

certaines questions de détail doivent être posées et résolues. En premier lieu, il faut déterminer les cas ou les situations dans lesquels une intervention de l'Etat littoral, intéressé à prévenir des dommages sur son territoire (maritime et terrestre), serait autorisée ou justifiée.

a) Il s'agit de savoir *si on veut limiter le règlement futur aux seuls effets de la pollution par hydrocarbures ou l'étendre aux autres matières polluantes, soit en donnant une définition générale, soit en dressant une liste des matières polluantes dont les effets peuvent être prévenus de la façon qui sera à prévoir dans le texte respectif.*

b) L'intervention ne serait légitime que si le danger est imminent et grave. Ce serait conforme aux principes régissant le droit de nécessité et de légitime défense.

c) Le dommage qu'on tâche de prévenir doit être plus grand que les valeurs à sacrifier par l'intervention. C'est le principe de proportionnalité, qui se trouve aussi dans le droit international en vigueur. La question se pose de savoir *si le dommage à prévenir devrait être défini de manière à ne légitimer l'intervention qu'en cas de très gros dommages, en dehors de toute proportion avec les biens à sacrifier.*

9. Une autre question se rapporte à *la compensation à accorder aux titulaires des droits* impliqués dans l'action de prévention ou de protection entreprise par l'autorité respective. Il faut, semble-t-il, prendre comme point de départ le principe que l'intervenant, tant qu'il reste dans les limites d'une action légitime, ne s'engage pas matériellement envers les intéressés au navire ou à la cargaison. La responsabilité matérielle de l'intervenant n'apparaît que dans le cas d'un excès des mesures entreprises, soit qu'elles soient prématurées, soit qu'elles soient disproportionnées aux valeurs en cause des deux côtés.

10. Il faut aussi prévoir que *tout litige concernant les compensations soit soumis à un règlement arbitral ou judiciaire.*

11. Enfin, l'expérience du « Torrey-Canyon » nous le montre, on peut concevoir des situations où l'action de l'intervenant peut léser les intérêts d'un Etat tiers. Des mesures entreprises peuvent être mal choisies ou telles, que le dommage atteint un autre Etat. Il faut examiner *dans quels cas et sous quelles conditions la responsabilité de l'intervenant envers un autre Etat se trouve engagée au titre des dommages causés à cet Etat.*

Zagreb, 28 avril 1968.

ANNEXE VII

Observations des membres de la Douzième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Juraj Andrassy du 28 avril 1968

1. Observations de M. Wm. W. Bishop Jr.

Ann Arbor, Michigan, October 30, 1968.

My dear Prof. Andrassy,

This is in response to your letter of September 20. I greatly regret the delay in my response, and in particular that I did not get of an answer to the questions raised in the *exposé préliminaire*, the copy of which unfortunately became lost before reaching me, and only recently turned up here.

May I say that I believe you have done an excellent job in the *exposé préliminaire*, and that I am happy to find myself in accord with your conclusions as to the relevant questions on which our Commission should report. So far as I understand the answers which I would expect you would give to those questions, I would also believe that I am generally in agreement with the position which I believe you are taking. I fully agree that our Commission should take fullest account of any recommendations which may be made by IMCO, or by the Comité Maritime International. The problem is one where cooperation by these organizations, or by our Commission with those organizations, appears eminently necessary and desirable.

I agree with what I understand to be your conclusion, that our Commission should not at the present time try to study

aspects of Oil Pollution of the Sea which are already covered in the international Conventions of 1954-1962. I also agree that it is possible that any recommendations we might make could well be of the type which might be put into force by making them amendments to the international conventions concerning pollution ; alternatively, they might take the form of recommending a separate convention.

In so far as we are to make a report on which discussion would take place at the 1969 session of the Institut, I believe we should confine ourselves to accidental pollution *on the high seas*. If there were more time, it might be useful to look at pollution within territorial waters and ports ; but in the latter case the present international law seems to give the littoral state sufficient powers over foreign vessels in port to care for the matter. If you, or the Commission, wish to take up the question of measures in territorial waters (or in contiguous zones), in addition to those on the high seas, I would agree that this logically might well be combined with what I would regard as the more urgent part of our task, namely measures outside territorial waters.

I recognize that the most successful way to deal with the problem may be the adoption, through IMCO or through agreement of the states concerned, of measures to *prevent* accidents, as by one-way routes, forbidding the « super-tankers » from using shallow waters or narrow seas, and similar controls on navigation. In such cases, active cooperation of the state of the flag (and perhaps the state of the owners, in case of ships flying « flags of convenience ») may well be more important than any steps which can be taken by the coastal states endangered in the event of nearby high-seas collisions or accidents.

It seems to me that the most crucial question is that which you raise, concerning the extent to which a coastal state may

take measures outside its territorial waters, to prevent, or to deal with, an accident which would result in oil pollution affecting the shore. I agree that there *ought* to be such a right in the coastal state, if the damage threatened is grave and if the action is imminently necessary. I have much more difficulty finding that there is such a right, once one gets to a locality on the high seas more than twelve nautical miles out from the baseline of territorial waters (having in mind the contiguous-zone provisions of the 1958 Geneva Convention). I believe that action within the 12-mile contiguous zone could probably be justified under the Geneva Convention, though I recognize that it might not fit squarely within the term « sanitary regulations ». Except in so far as the 1958 Geneva Convention can be understood to represent a customary international law rule forbidding the exercise of jurisdiction by the coastal state at distances greater than 12 miles, maybe there is still a little truth in the dictum of Chief Justice Marshall of the United States Supreme Court, back in 1804, when he ruled in *Church v. Hubbart*, 2 Cranch (U.S.) 187 at 234, that « a nation's power to secure itself from injury, may certainly be exercised beyond the limits of its territory, » adding that if the coastal state's measures « are such as unnecessarily to vex and harass foreign lawful commerce, foreign nations will resist their exercise. If they are such as are reasonable and necessary to secure their laws from violation, they will be submitted to. » It would be better if such measures of self-protection for the coastal state could be agreed to by treaty, or worked out and applied by an international organization. In the absence of such agreement, or international organization activity, I think that unilateral action by the coastal state in case of great emergency would probably be found acceptable by many nations. I could not honestly say that I would consider such action by the coastal state to be no

violation of international law. This would be my answer with respect to the applicability of rules found in treaties, or worked out by international organizations, with respect to ships flying the flag of states not parties thereto ;—though I suppose internationally approved regulations would be more likely to seem acceptable to non-party states than would regulations unilaterally adopted by the coastal state.

Although I would seriously doubt whether existing customary international law would permit the coastal state to take unilateral action against the vessels of a non-consenting state on the high seas outside the 12-mile limit, I would feel that the suggested alternative method of enforcing such rules, by denying passage through territorial waters or access to ports, would already be permitted, *de lege lata*. I think the control of the coastal state over its territorial waters and its ports would be sufficient, when the purpose of exclusion is to enforce reasonable rules applicable to conduct on the high seas which endangers the territory of the coastal state.

I would favor the idea of a multilateral agreement, setting forth certain principles and authorizing the interested states to legislate with obligatory force. Probably some means of resort to arbitration, or to the International Court of Justice, should be included (I think, by way of analogy, of the powers given the coastal state under the 1958 Geneva Convention on Fishing, with the provision for other affected states to challenge before an arbitral tribunal the propriety of the unilateral action of the coastal state—in cases where agreement of the concerned states cannot be achieved within a reasonably set time period.)

While our immediate concern is with petroleum products, I believe that it would be well to broaden our consideration to include at least the danger of pollution by radioactive substances (both in case of ships carrying radio-active

materials, and nuclear-propelled ships). I see no objection to more general language, covering all sorts of polluting agencies ; but I think the public interest, and the probability of some successful accomplishment, is much greater in the case of hydrocarbons and of radioactive substances.

I do agree with the suggestion that such action by the coastal state should be limited to cases of imminent and grave danger, in which the damage done to cargoes and vessels is not disproportionate to the threat to the coast and to territorial waters. I also agree that some provision should be made for compensation to those whose property is injured or destroyed by the protective measures—unless the owner is at fault, in which case the property loss may be reasonably charged against the owner.

The final question you raise, of possible responsibility of the acting state towards other states (other than the nationality of the ship and/or cargo) is a difficult one ; perhaps it could be put aside, or left to general principles governing state responsibility. I see no objection to our covering it, if an adequate criterion can be agree upon. I fear it may merely be something like « unreasonable measures ».

With great regret for the delay, and all best wishes,

Wm. W. Bishop, Jr.

2. Observations de M. Vladimir Koretsky

La Haye, le 15 juillet 1968.

Cher Professeur et Collègue,

Voici quelques observations, d'ordre préliminaire, que je me permets de vous livrer sur votre exposé relatif aux « mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des

milieux maritimes », que j'estime extrêmement intéressant et qui répond aux problèmes nouveaux que posent les cas de pollution catastrophique du « Torrey-Canyon », du « World Glory », etc. Vous avez montré de façon très convaincante que le progrès technique, c'est-à-dire la construction de navires-citernes géants, crée des problèmes nouveaux appelant des mesures techniques et juridiques spéciales devant permettre de se défendre contre le danger qu'il crée.

Vous avez, dans votre exposé, posé onze questions. Je m'efforce de répondre à chacune d'elles.

1. Première question : La Commission devra-t-elle ou non limiter son travail aux problèmes que pose le danger de pollution accidentelle survenant en haute mer ? Quels seraient les problèmes si la Commission devait également se préoccuper de la pollution dans les eaux juridictionnelles des Etats ?

a) Je considère que la Commission peut, et peut-être le doit-elle, se limiter à étudier les questions liées à la pollution accidentelle.

Les Conventions de 1954 et de 1962 n'envisageaient que la pollution volontaire des eaux maritimes. L'article IV *b)* de ces conventions précise que celles-ci ne s'appliquent pas aux rejets d'hydrocarbures dans la mer s'expliquant par une cause accidentelle. La pollution accidentelle s'est donc trouvée hors du champ d'activité des organisations internationales et de la jurisprudence internationale. Et, en effet, les problèmes liés aux mécanismes juridiques et techniques et à la détermination des conséquences de la pollution sont bien différents lorsqu'il s'agit de pollution volontaire ou de pollution accidentelle. Si, dans les cas de pollution arbitraire, on envisage la question du contrôle permettant d'établir que la pollution est arbitraire et de punir le contrevenant, dans les cas de pollution accidentelle, il s'agit principalement d'envisager les mesures de secours à

apporter à un navire-citerne en détresse. Ici, on peut envisager tout particulièrement des mesures préventives, techniques (équipement spécial, etc.), maritimes (fixation d'itinéraires spéciaux), juridiques (liées aux secours à apporter et à la liquidation des conséquences de la pollution).

b) A mon avis, il convient de se concentrer à ce stade sur les questions que pose la pollution accidentelle en haute mer. La compétence et le contrôle éventuel de l'Etat riverain sont presque incontestables. C'est par rapport à la haute mer que peut se poser la question que vous envisagez vous-même, Monsieur le professeur, sous le point 2 de votre exposé.

c) Peut-être conviendrait-il mieux de se limiter aux questions que peut poser la pollution accidentelle des eaux de la mer par les hydrocarbures. On se rappelle que le professeur L. Cavaré proposait d'étudier « des problèmes variables suivant la nature des causes de pollution » (RGdDIP 1964, p. 618). La pollution accidentelle par les hydrocarbures rejetés par les navires-citernes présente un caractère spécial quant aux mesures de prévention nécessaires et à la liquidation des conséquences.

d) Quant à la pollution accidentelle due aux forages de gisements sous-marins de pétrole et de gaz dont vous faites mention (p. 602 ci-dessus), on peut aussi considérer que cette question doit rester hors de la compétence de notre commission à ce stade de ses travaux.

2. *Seconde question :* Quels sont les pouvoirs de réglementation et de contrôle que peut exercer l'Etat dans la mer territoriale en vue de prévenir les accidents par pollution ?

L'Etat, s'il est fondé à considérer que le passage dans ses eaux territoriales du navire-citerne en question menace ses eaux de pollution, peut indiquer un itinéraire précis à suivre par ce navire-citerne. Quand la menace de pollution est

particulièrement grave, l'Etat peut interdire le passage même ; le principe de la liberté de passage par des eaux territoriales ne signifie pas liberté de nuire. Bien plus, l'Etat peut, dans ces cas-là, interdire l'accès à ses ports.

3. Troisième question (sous deux aspects). 1. Il s'agit de savoir si, et dans quelle mesure, il faut reconnaître aux Etats le droit d'imposer les mesures qu'ils prennent et le respect des dispositions qu'ils prennent en haute mer.

L'affaire du « Torrey-Canyon » montre la nécessité d'établir des couloirs maritimes (et d'interdire éventuellement certains itinéraires aux navires de gros tonnage) (ce fut là l'un des points étudiés par l'OMCI en mai 1967).

Cette mesure a été proposée compte tenu du fait que le « Torrey-Canyon » empruntait un itinéraire mauvais.

Le Gouvernement du Royaume-Uni était fondé à déclarer « vouloir minimiser les risques de pollution par les hydrocarbures en imposant aux navires-citernes géants et autres navires apportant des cargaisons qui peuvent être dangereuses dans les ports britanniques de suivre des itinéraires en eaux extra-territoriales approuvés par l'amirauté... ». Naturellement, toutefois, ces itinéraires ne peuvent être imposés que pour des raisons de sécurité de la navigation et non pas pour d'autres considérations.

2. A propos de cette troisième question, vous demandez si les dispositions pertinentes en vue de mesures décidées par accord international ou par une organisation internationale ont, ou doivent avoir, force obligatoire à l'égard des navires battant le pavillon d'un pays qui n'est pas partie à l'accord ou qui n'est pas membre de l'organisation.

Vous soulevez là un problème assez ardu : celui de la force obligatoire que revêtent les normes d'une convention multilatérale pour ceux qui ne sont pas parties à cette convention. Ce

problème est lié à la question générale de la transformation de certaines normes non encore acceptées universellement comme principes généraux de droit international.

La question de la pollution accidentelle en tant que problème de droit international public est une question nouvelle. C'est pourquoi on ne peut pas pour le moment reconnaître force obligatoire à ces normes. Les questions juridiques que soulèvent les conséquences d'une pollution accidentelle sont restées dans le domaine du droit civil et de l'assurance et, le cas échéant, du droit international privé.

4. Quatrième et septième questions : Si un Etat auteur de certaines règles envisagées ci-dessus ou partie à un accord régissant la question peut assurer le respect de ces règles en interdisant aux navires des Etats tiers (non liés par lesdites règles) :

a) le passage par ses eaux territoriales ou

b) l'accès à ses ports,

est-ce qu'un tel droit existe *de lege lata* et quel en est la base ?

Dans mes considérations ci-dessus sur votre deuxième question, j'ai déjà dit qu'un Etat riverain peut, même en l'absence de convention pertinente, interdire, le cas échéant, le passage par ses eaux territoriales et l'accès à ses ports.

Il faut reconnaître que jusqu'à l'affaire récente du « Torrey-Canyon », il aurait été presque impossible de reconnaître à l'Etat riverain le droit d'interdire à n'importe quel navire le passage par ses eaux territoriales ou l'accès à ses ports en cas de danger de pollution de ses eaux. Comme on le sait, la Commission du droit international reconnaît que l'Etat riverain doit avoir le droit de prendre dans sa mer territoriale les mesures nécessaires pour prévenir toute atteinte, non seulement à la sécurité (qu'on doit comprendre au sens général)

mais aussi à ses autres intérêts et que l'Etat pourrait suspendre temporairement... l'exercice du droit de passage... Mais la Convention de 1958 ne reproduit pas cette disposition. C'est la pollution provoquée par le « Torrey-Canyon » qui a changé l'attitude adoptée sur cette question. Cette pollution, catastrophique, a montré la nécessité de prendre des mesures spéciales de défense contre un danger énorme dont l'étendue n'était pas apparue jusqu'alors. Votre question sur la base de ces mesures appelle réflexion pour l'avenir. La sécurité de la navigation maritime, les ressources vivantes de la mer (et des côtes, etc.) courent des dangers de plus en plus grands. On peut faire entrer dans le cadre de ce problème celui de la sécurité et de la force majeure. Vous avez mentionné dans votre septième question le droit de nécessité et le droit de légitime défense. On peut se ranger à votre avis qu'il serait préférable de chercher une formule (non pas abstraite mais très concrète) en vue d'un accord international multilatéral autorisant l'Etat intéressé à intervenir le cas échéant.

5. *Cinquième question :* Si cela ne se trouve pas fondé *de lege lata,* il faudra procéder à l'élaboration d'un accord multilatéral.

Cet accord pourrait contenir des règles détaillées, mais il pourrait aussi contenir certains principes autorisant les Etats intéressés à légiférer avec force obligatoire pour la navigation. Je partage votre avis sur l'opportunité d'un accord international et sa teneur éventuelle.

6. *Sixième question :* Il s'agit de savoir si un tel contrôle (par plusieurs Etats littoraux, ou l'un d'eux) est acceptable et comment il pourrait être organisé.

Il se pose la question additionnelle de savoir si ce contrôle pourrait être organisé par une institution internationale.

Sur ma position relativement à la question du contrôle visant à prévenir des pollutions accidentelles en haute mer, j'ai formulé des observations à propos de votre première question.

7. Septième question : Il s'agit de savoir si une intervention en haute mer mais à proximité des côtes de la part d'un Etat menacé par la pollution trouve sa justification dans le droit international existant, soit sur la base du droit de nécessité, soit sur celle du droit de légitime défense. Serait-il préférable de chercher une formule autorisant l'Etat intéressé à intervenir et à entériner celle-ci dans un accord international multilatéral ?

Je me permets sur cette question de vous renvoyer à mes observations relatives à votre quatrième question.

8. Huitième question : a) Il s'agit de savoir si on veut limiter le règlement futur aux seuls effets de la pollution par les hydrocarbures ou l'étendre aux matières polluantes, soit en donnant une définition générale, soit en dressant une liste des matières polluantes dont les effets peuvent être prévenus de la façon qui resterait à déterminer dans le texte y relatif.

Comme je l'ai déjà dit, il serait rationnel de se limiter aux questions liées à la pollution par les hydrocarbures et c'est pourquoi il convient de limiter le règlement futur aux seuls effets de la pollution par hydrocarbures.

b) Il s'agit de savoir si l'intervention ne serait légitime que si le danger est imminent et grave.

L'intervention, pour être légitime, devrait naturellement correspondre à un danger imminent et grave. Mais les navires-citernes géants, comme les faits l'ont montré, représentent eux-mêmes un danger extrême.

c) Il s'agit de savoir si le dommage à prévenir devrait être défini de manière à ne légitimer l'intervention qu'en cas de très

gros dommages, en dehors de toute proportion avec les biens à sacrifier.

Peut-être faut-il comprendre la notion d'intervention au sens de cette question comme visant également l'intervention faite par des mesures physiques, chimiques (par exemple par des détergents qui, comme on le sait, ont suscité des divergences de vues quant à la qualité des détergents appropriés).

Quant à la « proportion » des mesures d'intervention avec les biens à sacrifier, on peut dire qu'on devrait prendre en considération les dégâts presque incalculables causés aux ressources vivantes de la mer par la pollution survenue en pleine mer.

9. Neuvième question : Vous posez la question de la compensation à accorder aux titulaires des droits impliqués dans l'action de prévention ou de protection entreprise par l'autorité compétente.

Vous avez signalé dans votre exposé que sur les dix-huit questions connexes que soulèvent le problème de la pollution et celui de sa prévention et que l'IMCO a décidé d'étudier, se trouvent des questions qui ont trait au droit maritime privé, et surtout à des questions de droit administratif interne. Il m'a semblé que ces questions ne sont pas du ressort de la Douzième Commission.

10. Dixième question : Il s'agit de savoir si tout litige concernant les compensations doit être soumis à un règlement arbitral ou judiciaire.

Comme on le sait, les Etats ne sont pas tous prêts à accepter la clause de règlement volontaire et à soumettre leurs litiges à un règlement arbitral ou judiciaire *international* (apparemment, vous sous-entendez cette dernière épithète). Les questions relatives au règlement des compensations sont étroitement mêlées à des questions relevant des juridictions natio-

nales, lesquelles possèdent certains appareils d'Etat pour mettre le droit à exécution.

11. Onzième question : Il s'agit de savoir dans quels cas et sous quelles conditions la responsabilité de l'intervenant envers un autre Etat se trouve engagée au titre des dommages causés à cet Etat.

Cette question relève plus du droit civil que du droit international. Peut-être devrait-on utiliser par analogie la notion d'« excès de la légitime défense ». En tout cas, l'on doit envisager la possibilité d'une coordination rapide entre Etats voisins en vue des mesures à prendre pour remédier aux détresses causées par la pollution survenant en haute mer.

Vladimir Koretsky.

3. Observations de M. Edward McWhinney

Montreal, 30th July 1968.

Dr. Andrassy's Preliminary Report makes clear the desirability of achieving a general International Convention on the rights and responsibilities of states as to the prevention and control of pollution of maritime areas. Existing Conventions—for example, those of May 12th, 1954, and April 13th, 1962, are clearly inadequate, and in any case ineffective as to the control measures provided therein, as the frequent breaches of them show. Pending achievement of a general International Convention, some help as to the relevant general principles of International Law may be obtained by studying municipal law which, in any case, would sometimes be

available to a complaining state in regard to damage inflicted upon its territory, including its territorial sea, and the natural life therein, by maritime pollutions.

If the employment of the super-tankers, with their general lack of manoeuvreability and their deep draught, be regarded as an abnormal method of user of the seas, having regard to the potentiality of damage in the event of accident, then some species of absolute liability on the part of the person having their " guard " (see article 1384, C.N. ; article 1054, C.C. (Quebec)) might reasonably be imposed, as to damages resulting from their operation, even in the absence of proof of fault. In other words, the " guardian " might, on mere proof of damage, have cast upon him either a rebuttable presumption of fault, or else the standard reflected in the Civil Law jurisprudence of Quebec of a presumption of fault defeasible only by proof of his inability to prevent the damages. In the Common Law, the relevant analogy would appear to be in the area of the Rule in *Rylands v. Fletcher*, (1866), L.R., Ex. 265 ; (1868) L.R. 3 H.L. 330), and the concept of strict liability for escape of dangerous things (in *Rylands v. Fletcher*, strict liability for escape of water escaping from reservoir, stemming from non-natural user of the land).

If, on the other hand, the employment of the super-tankers be considered to be a normal method of user of the seas under present-day conditions of commerce and trade, then the relevant municipal law analogies would appear to lie in the Civil Law concept of *Abus de Droit*, and in the Common Law categories of legally sanctioned self-help and specifically the so-called right as to abatement of nuisances. It will be noted that the Common Law right of abatement of nuisance even permits the abator the right of entry upon the land of the other party, and prior notice to the other party is not necessary in the case of emergency threatening immediate harm to person

or property : it is, of course, subject to a limitation prohibiting unnecessary damage in the course of abatement, any such damage being an actionable wrong in itself, and subject also to the obligation to prefer the more moderate form of control where two or more methods of abatement are available. One difficulty with the analogy to the Common Law abatement of nuisance is that the right of abatement is an alternative to damages : I take it that it would be generally agreed that in the *Torrey Canyon* case, the injured parties (Great Britain, France), in the interests of justice, required indemnification in monetary terms for damages actually sustained, in addition to and apart from any right of preventive self-help that they might choose to exercise.

Dealing with some of the specific questions raised by Dr. Andrassy in Part III of his Preliminary Report, question 1 poses the issue of whether there should be any difference in principle between a state's right of self-help against threatened pollution of its territorial waters or coasts, depending on whether the threatened pollution arises on the High Seas or in the Territorial Waters of the threatened state. The answer, on the Common Law analogy, must be NO !, the Common Law principles here joining forces with common-sense in order to ensure the only possible effective control system.

Likewise, as to Part III, question 3, of Dr. Andrassy's Report, the control system, to be effective, must surely avail even against non-signatory States to any International Convention proclaiming the right of preventive control as to threatened pollutions, the case for the applicability to non-signatory states being somewhat stronger than in the case of the Nuclear Test Ban Treaty and the Non-Proliferation Treaty, on the arguments that any International Convention on Pollution Control would simply record or codify already existing

principles of customary international law. Question 4, *ex abundante cautela* no doubt, simply suggests some more traditional, positive law-based sanctions for assuring such compliance by non-signatories to any international convention. Question 6, with the suggestion for control zones, follows principles already amply recognized in the various Geneva Conventions on the Law of the Sea, and before that recognized in a long series of bilaterally accepted and practised arrangements for control zones, for example, the U.S. " Prohibition " control zones during the 1920s and early 1930s.

As to question 7, for the reasons already indicated, I agree that the traditional international law categories of necessity and of legitimate self-defense are sufficient to justify an anticipatory intervention by a state, on the High Seas, to prevent pollution, without any need for a general International Convention to that effect.

I would also approve of Dr. Andrassy's invocation, in question 8 (b), of the need for a *danger imminent et grave.* How close that is to the well-known North American constitutional law test which itself derives from Common Law delictual principles ! I would also approve of Dr. Andrassy's adoption of the principle of proportionality (question 8 (c)) resting as that does on the Common Law legal pragmatist method of interests-balancing ; and of his postulation of the existence of a legal responsibility in the case of the application of " excessive " control measures, whether they be " premature " or " disproportionate " (question 9).

Finally, I think Dr. Andrassy is right to raise the difficult question of where legal responsibility should be in the case of self-help which, because badly conceived or other-wise badly executed, damages the interests of a third state (question 11). But is this not a situation where the Common Law cluster of rules as to delictual liability may provide a just solution : it is

no defence to a charge of negligence or misfeasance that a third party, intervening, has himself acted imprudently provided that the third party's actions are themselves the reasonable and probable consequence of, and response to, the defendant's original misconduct. The original tortfeasor, in such cases, should be responsible at law also to the innocent third party damaged by the injured littoral state's responsive measures of preventive self-help. If, as would seem likely in the future, the burden of damages may become too heavy for any one individual tortfeasor to assume, then the ultimate recourse may have to be be some form of internationally sponsored or guaranteed system of insurance against damages resulting from great maritime *causes célèbres* of the nature of the *Torrey Canyon* and the *Ocean Eagle affairs*.

Edward McWhinney, Q.C.

4. Observations de M. Fritz Münch

Heidelberg-Boxberg, le 3 juillet 1968.

Cher et honoré Confrère,

J'ai beaucoup apprécié votre exposé préliminaire sur les mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes, et ceci surtout pour la raison qu'il tend à en limiter l'étude.

1. Prévenir et combattre la pollution de la mer est tout d'abord un problème technique à la solution duquel les branches les plus diverses de la science naturelle doivent contribuer : chimie, biologie, construction navale, navigation

et bien d'autres. Il est certainement utile et même nécessaire de concerter l'action internationale dans ce but, et le moyen indiqué pour y parvenir est la conclusion de conventions générales. Mais leur contenu essentiel sera le résultat des recherches et considérations techniques ; la forme juridique ne posera que des questions bien connues et souvent déjà résolues.

Aussi celles que vous posez à la fin du n° III 3 de votre exposé ne devraient pas trop nous retenir. En principe, l'observation des règles du droit international conventionnel par les navires en haute mer est contrôlée par l'Etat du pavillon :

Convention du 29 avril 1958, sur la haute mer, art. 9 avec les exceptions indiquées aux art. 19 et 22.

Mais il est arrivé, pour des considérations d'ordre pratique et dans l'intérêt d'une répression efficace, que les Etats signataires ont permis aux navires de service des cosignataires de constater les contraventions et d'arrêter les navires contrevenants sans différence de pavillon :

Convention du 6 mai 1882 sur la police de la pêche dans la mer du Nord, art. 28 sq.,

Convention du 16 novembre 1887 contre le trafic des spiritueux dans la mer du Nord, art. 7,

Acte Général du 2 juillet 1890 pour la répression de la traite des esclaves, art. 42, 49.

Dans les « Liquor Treaties » des Etats-Unis de 1924 la zone de surveillance reste, en principe, la haute mer ; mais les Etats contractants sont d'accord pour que les Etats-Unis y contrôlent l'observation des prescriptions édictées contre le trafic de l'alcool :

Art. II al. 1 de ces traités, voir Martens : *Nouveau Recueil général*, 3e série, tome 13, p. 283, tome 17, pp. 516, 521, 526, 532, 540, 613, tome 20, p. 299.

La Convention du 24 janvier 1959 sur la pêche dans l'Atlantique Nord-Est (UNTS 486, p. 158), art. 13 al. 3, admet l'instauration de mesures de contrôle international en haute mer.

Les Etats sont même allés plus loin : à l'instar de ce que le droit international général prévoit contre les pirates (voir Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer, art. 19), ils ont permis, dans les « Liquor Treaties » déjà cités, que les Etats-Unis saisissent, dans la zone de mer déterminée, les navires étrangers contrevenant aux règlements sur l'importation de l'alcool, et procèdent contre eux et leurs équipages devant les tribunaux américains (art. II al. 2). De même, la Convention du 19 août 1925 contre la contrebande de l'alcool dans la mer Baltique, article 9, établit, dans une zone allant jusqu'à 12 milles de la côte, la juridiction de l'Etat riverain sur les contrebandiers.

C'est donc une question d'opportunité de savoir si oui ou non on internationalise la police de la mer en matière de précautions contre la pollution. L'Institut peut facilement choisir dans les modèles historiques, il peut les combiner ou les adapter aux besoins de la matière.

2. Un Etat non signataire n'est certainement pas tenu par les termes d'une convention contre la pollution des mers, à moins évidemment qu'elle ne reproduise une règle de droit international général. Il est encore moins tenu, en principe, de souffrir l'intervention d'un autre Etat contre son pavillon en haute mer. Il est vrai que l'article 24 de la Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer oblige chaque Etat de légiférer contre la pollution de la mer, mais cette obligation n'étend pas les compétences des autres Etats, et il n'est pas certain que cet article vise les pollutions causées par accident.

D'autre part, la Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer ne me paraît pas être une codification complète. Le droit

de défense et le droit de nécessité sont des principes plus généraux du droit international, et il faut se demander dans quelle mesure ils précèdent les règles plus détaillées du droit de la mer. Il importe donc de constater la *lex lata* générale, et le moyen le plus direct serait une analyse du cas du « Torrey-Canyon » et des cas semblables.

3. Les points de droit soulevés par les accidents des pétroliers appartiennent à un nombre de matières dont certaines sont hors du domaine de l'Institut. La loi matérielle, par exemple, qui régit la demande en dommages-intérêts est une loi nationale : celle de l'Etat dans les eaux et sur les plages duquel les nappes d'huile se sont propagées. Le droit administratif national de chacun des Etats atteints ou menacés détermine les autorités appelées à combattre le danger et les moyens et mesures qui sont à leur disposition. La loi du pavillon est probablement compétente pour les sanctions pénales et disciplinaires à prendre éventuellement contre le personnel du navire.

Le droit international procédural, privé et pénal nous dit dans quelle mesure chaque juridiction nationale peut s'occuper des suites des accidents et chaque droit national en fixe les conséquences légales. Mais comme la Commission ne doit pas s'occuper de celles-ci, cet aspect non plus ne devra pas retenir notre attention.

Le droit international public de la mer délimite les compétences de la puissance publique des Etats riverains, et il indique le cadre dans lequel des mesures préventives et défensives sont admissibles. La question de savoir si une responsabilité pourrait frapper l'Etat du pavillon du pétrolier, est également de son ressort.

Le droit international reconnaît la souveraineté de l'Etat riverain sur ses eaux intérieures et territoriales, mais sous

réserve du passage inoffensif dans les dernières. L'article 17 de la Convention du 29 avril 1958 sur la mer territoriale confirme le pouvoir de l'Etat riverain pour réglementer la navigation dans la mer territoriale. Par contre les droits que l'article 24 de la Convention confère aux Etats riverains ne couvrent pas la matière dont nous nous occupons.

La question se pose donc de savoir quelle intensité peuvent avoir les règlements nationaux pour prévenir les accidents sans se heurter au droit de passage, surtout les règlements fixant des routes spéciales pour les pétroliers. Est-il imaginable qu'un Etat abuse de la compétence découlant de l'article 17 *loc. cit.* ?

Quant aux mesures prises pour remédier aux suites d'un accident, il y a plusieurs hypothèses à distinguer :

a) Accident survenu dans les eaux intérieures et territoriales avec suites, évidemment, dans ces mêmes eaux. L'Etat riverain intéressé fera valoir sa souveraineté ; mais encore faudrait-il savoir s'il y a une limite aux abus.

b) Accident survenu en dehors de ces eaux, mais suites s'étendant à celles-ci. L'Etat riverain est touché dans sa substance, et les problèmes du droit de nécessité et du droit de défense se posent pour savoir s'il peut intervenir contre le navire flottant en haute mer sous pavillon étranger.

c) Accident survenu en dehors des eaux intérieures et territoriales, les suites n'atteignant pas ces eaux ni les plages. L'Etat riverain — en fait chaque Etat quelconque — peut vouloir intervenir dans l'intérêt de sa pêche en haute mer ou simplement dans l'intérêt général des utilisateurs de la haute mer.

Bien entendu, on peut régler toutes ces compétences et les restrictions à la liberté de la mer qui y correspondent, par convention internationale. Mais il faut pourtant savoir ce qu'il

y faut dire expressément, en dérogation du droit général, et il faut savoir quelles règles appartiennent au droit général et peuvent être invoquées contre les non-signataires.

Ces considérations me suggèrent aussi ma réponse à la question que vous posez à la fin des n°s III, para. 1 et 2 de votre exposé : je pense qu'on ne peut pas exclure de nos travaux les pollutions survenant dans les eaux juridictionnelles.

4. Puisque nous sommes refoulés sur les problèmes fondamentaux de la nécessité et de l'autodéfense, nous pouvons aussi bien considérer les pollutions *in toto*.

Les articles 24 et 25 de la Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer comportent des règles contre la pollution des mers, mais ces règles ne sont pas assez générales, elles ne visent que des cas particuliers. Elles semblent découler de l'intérêt de la communauté, sans prendre égard à l'intérêt particulier qu'un voisin peut avoir à l'intégrité des eaux qui bordent son territoire.

Il faudrait donc amplifier ces articles et les combiner avec des principes du droit de voisinage ; il faudrait se dresser, en particulier, contre certains projets — dont on a entendu parler — de déverser dans la mer, par des conduites spéciales, des grandes masses d'ordures, de déchets et de décombres.

Cela donc en réponse à votre suggestion à la fin du préambule du n° III de votre exposé.

5. Je pense que la *lex lata* autorise des mesures pour combattre les suites d'un accident survenu soit en haute mer, soit dans les eaux internes et territoriales, à condition de ne pas causer des dommages hors proportion au danger existant. Je ne pense pas que l'Etat intervenant encourt une responsabilité envers le navire (et les propriétaires et autres intéressés) ou

envers l'Etat dont il porte le pavillon. Si l'accident est causé par une faute du personnel ou l'état irrégulier du navire, les propriétaires et autres intéressés sont responsables des frais que l'Etat menacé a faits pour combattre les suites, et des dommages survenus. L'Etat du pavillon ne saurait être responsable, en droit général, que pour négligence grave dans la surveillance du navire enregistré chez lui.

Par contre, j'ai des doutes sur le point de savoir si des règlements de précaution s'appliquent *de lege lata* aux navires battant pavillon d'un Etat qui n'aurait pas accédé à une convention internationale. L'histoire des mesures internationales contre la pollution des mers me paraît démontrer assez clairement que les Etats n'ont pas considéré le danger abstrait comme une raison suffisante pour revendiquer *ex lege* de nouvelles compétences de législation et de juridiction en dehors des eaux territoriales. Ils ont toujours essayé d'arriver à des conventions multilatérales, si possible universelles, pour imposer certaines règles nécessaires à la navigation.

6. Je pense qu'une convention contre les pollutions accidentelles ne devrait pas s'attaquer au problème d'une manière indirecte, c'est-à-dire se borner à menacer les navires et les intéressés de responsabilités pécuniaires comme le fait la convention sur la responsabilité des armateurs de navires nucléaires, du 25 mai 1962. Il faut avoir des règlements préventifs *(lex ferenda)* et fixer les compétences pour combattre les suites des accidents (plutôt *de lege lata*). Pour les premiers, cependant, l'Institut devrait se limiter à proposer le cadre juridique, les détails techniques pouvant être incorporés dans des règlements annexés à la convention proposée.

Pour les secondes, je ne crois pas utile une agence internationale, dont le siège serait souvent trop éloigné des lieux de l'accident pour agir utilement. Ce sont les Etats directement

intéressés qui devront agir. Peut-être même, sera-ce souvent l'Etat du pavillon qui prendra l'initiative précisément dans l'intérêt de son navire, et pour ne pas l'exposer à des interventions intempestives de la part de riverains menacés. Puisqu'il y aura compétence diffuse et des questions difficiles pour départager les responsabilités — vous signalez l'un des problèmes au n° III 11 de votre exposé —, une juridiction obligatoire semble bien indispensable. Le texte à élaborer pourrait à la fin englober la convention actuelle contre la pollution de la mer du 12 mai 1954 avec amendements du 11 avril 1962 qui exclut les accidents à l'article IV, *a)* et *b)*. On ne pourra probablement pas maintenir la police exclusivement nationale du pavillon (voir art. X qui ne donne aux autres Etats qu'un droit de signaler les contraventions) sur ces actes intentionnels, lorsqu'on internationalisera la lutte contre les pollutions accidentelles.

7. Je suis d'accord sur vos opinions et propositions III 8-11.

Je vous prie, cher Confrère, d'agréer l'expression de mes sentiments bien dévoués.

Fritz Münch.

5. Observations du baron Fernand Muûls

Bruxelles, juin 1968.

« Les mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes » suscitent du point de vue juridique, des problèmes complexes, tant dans le domaine du droit des gens, que dans celui du droit international privé. Le

développement des travaux OMCI d'une part (en mai dernier) et de l'Association de droit maritime international d'autre part (préparation du Congrès de Tokyo en mars prochain), marque les divergences des tendances qui résultent des aspects, en une certaine mesure opposés, qu'offre cette question. C'est ainsi que, par application de la convention de Bruxelles concernant la limitation de la responsabilité du propriétaire de navire, satisfaction ne pourrait être donnée aux réclamations des Etats dont les rivages se trouveraient souillés par les pollutions, même si cette convention se trouvait amendée quant à la charge de la preuve d'une faute du capitaine : faudra-t-il accepter la thèse de la responsabilité objective, du moins pour les gros tonnages ? D'autre part, sur le plan du droit des gens, la responsabilité éventuelle de l'Etat dont le navire pétrolier porte le pavillon ou celle des Etats intervenus abusivement pour limiter les dommages causés, par un naufrage, au littoral maritime, se trouvera difficilement établie, aussi longtemps que la réglementation internationale du transport des hydrocarbures ne se trouvera pas précisée et sanctionnée.

Cependant, il me paraît que les travaux de notre Commission devraient se situer au-delà des aspects dont s'occupe l'Association de droit maritime international et même au-delà des réglementations pratiques que l'on se doit d'élaborer pour tenir compte du développement des transports maritimes : il s'agit d'aborder le problème d'une nécessaire révision des fondements mêmes du droit de la mer, tel qu'il s'est formé par le droit coutumier des temps modernes : il faudra — dans une mesure la plus limitée possible sans doute, afin d'éviter des perturbations économiques graves — adapter la liberté de navigation aux exigences légitimes des Etats riverains en matière de transport d'hydrocarbures.

C'est dans cette optique que je me rallie aux considérations du président de la Douzième Commission développées dans sa

communication du 28 avril 1968, plus spécialement quant aux points relevés :

1° Concernant la haute mer.

2° La mer territoriale (et les eaux maritimes intérieures), du point de vue du caractère inoffensif des transports.

3° Concernant également la prévention des accidents et les mesures à prendre pour en combattre les suites dommageables ; par la collectivité des Etats, ou en leur nom. C'est ici que, même *de lege lata* une analyse du principe de la liberté des mers, appliqué aux conditions de la civilisation de ce siècle, pourrait être déterminante.

4° et 5° L'efficacité pratique des règles adoptées pourrait-elle résulter de la fermeture des ports des Etats contractants aux pavillons des Etats qui refuseraient leur adhésion à ces règles ?

Le contrôle, par une organisation internationale particulière de la navigation dans certaines régions, trouverait un précédent séculaire dans le domaine de la navigation fluviale : la Commission centrale de la navigation du Rhin (et celle du Danube).

Ces réglementations seraient à prévoir par les Etats signataires de conventions particulières, elles résulteraient également de la jurisprudence d'une juridiction internationale obligatoire.

Il serait sans doute prématuré pour l'Institut d'entrer dans le détail dès à présent : l'essentiel serait de fixer en quelques articles, *de lege lata* et *de lege ferenda* la portée du principe de la liberté des mers : la distinction traditionnelle entre la mer libre et la mer territoriale se trouverait, en ce domaine, grandement atténuée en faveur des Etats riverains, mais dans une mesure qu'il faudrait strictement limiter.

Fernand Muûls.

6. Observations de M. Charles Rousseau

Paris, le 3 août 1968.

Cher et éminent Confrère,

J'ai pris connaissance avec le plus grand intérêt de votre substantiel rapport consacré à la recherche des mesures les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes. Permettez-moi de vous féliciter très sincèrement pour l'ampleur que vous avez donnée à votre travail et pour le réalisme qui vous a animé, seul moyen sûr, sans doute, pour obtenir des résultats concrets dans un domaine aussi neuf et aussi difficile.

Je répondrai à vos questions dans l'ordre où vous les avez formulées.

1. Il est difficile de dissocier les pollutions survenues dans les eaux juridictionnelles des Etats riverains des pollutions accidentelles qui se produisent en haute mer. Sans doute c'est à ces dernières que doit se limiter en principe le travail de la Douzième Commission ; mais, par l'effet des courants marins et sous l'influence du double mouvement de flux et de reflux il est à penser que les unes interfèrent nécessairement sur les autres. Un Etat est en droit de croire que ses eaux territoriales ou intérieures sont à l'abri des conséquences d'une pollution survenue en haute mer ; et inversement, il a le devoir de veiller à ce que les conséquences d'une pollution survenue dans ses eaux ne se fassent pas sentir au-delà des limites de sa souveraineté maritime. Le milieu marin est un et jamais son unité physique ne s'est manifestée plus clairement que dans le domaine de la pollution, dont il est impossible de délimiter artificiellement par avance les zones de dilution.

2. On est dès lors amené par là à reconnaître à chaque Etat riverain le droit d'exercer des pouvoirs de réglementation et

de contrôle dans ses eaux territoriales en vue de prévenir les accidents par pollution. Ce droit découle de la compétence de police — au sens large du mot — qui lui est reconnu tant sur les navires étrangers que sur ses propres navires, mais qui, pour s'exercer de manière efficace et uniforme à l'égard des navires étrangers, devrait être défini et réglementé par voie conventionnelle, comme c'est le cas, par exemple, pour la police relative à l'accès et au séjour des navires à propulsion nucléaire.

3. Il n'est pas facile de voir par quel moyen un Etat peut imposer en haute mer, à d'autres navires que ceux battant son propre pavillon, le respect des dispositions édictées par lui pour prévenir la réalisation d'une pollution éventuelle ou limiter les conséquences dommageables d'une pollution déjà réalisée. S'il est toujours possible, par voie de convention internationale, de reconnaître compétence à des navires de guerre nationaux en vue de constater les infractions à ladite convention commises par des navires étrangers relevant des Etats cosignataires, il a toujours été admis que la compétence juridictionnelle de répression continuait d'appartenir au seul Etat du pavillon — et il n'y a sans doute pas lieu d'abandonner cette règle générale dans le cas présent.

De même, il paraît difficile de méconnaître le principe de l'effet relatif des traités en attribuant force obligatoire à des dispositions conventionnelles à l'égard des navires battant pavillon d'un Etat qui ne serait pas partie aux conventions en cause ou qui ne serait pas membre de l'Organisation internationale intéressée. Cette situation est assurément regrettable, mais elle est la conséquence inévitable de la structure de la société internationale existante et de son absence de caractère superétatique.

4. Aussi comprend-on qu'on en arrive à rechercher si un Etat, auteur de certaines règles envisagées en la matière ou

partie à une convention régissant celle-ci, peut assurer le respect de ces règles en interdisant aux navires des Etats non parties à la convention soit le passage dans ses eaux territoriales, soit l'accès à ses ports.

En ce qui concerne le passage des navires étrangers dans les eaux territoriales, si celui-ci est conçu par les conventions en vigueur comme un « droit » et non pas comme une simple tolérance précaire et révocable (art. 14, para. 1 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë), il n'est pas moins vrai que ce droit ne peut s'exercer qu'en conformité des lois et règlements édictés par l'Etat riverain, « en particulier avec les lois et règlements concernant les transports et la navigation », pour reprendre les termes de l'article 17 de la convention précitée de 1958.

Relativement à l'accès dans les ports, les conventions en vigueur n'ont pas prévu explicitement, comme mesures rentrant dans la compétence des autorités des ports maritimes, que les mesures destinées à assurer « la bonne administration du port » (art. 3 de la Convention de Genève du 9 décembre 1923 sur le régime international des ports maritimes), ce qui, manifestement, est en dehors des préoccupations qui inspirent la prévention des pollutions maritimes.

Sans doute est-il arrivé dans le passé, et antérieurement d'ailleurs à 1923, que des Etats aient interdit l'accès de leurs ports à certains navires étrangers pour des raisons toutes différentes, notamment à titre de sanction envers certains Etats sud-américains dont les navires s'étaient ravitaillés abusivement dans leurs ports en combustible pour transférer ensuite ce charbon en haute mer sur des navires de guerre belligérants et tourner ainsi certaines prohibitions ou restrictions édictées par les Etats neutres. Mais c'était là une prérogative découlant du statut de neutralité et l'on sait que d'habitude (cf. d'ailleurs l'art. 18 de la convention précitée de 1923) les conventions

internationales relatives aux communications fluviales et maritimes laissent de côté l'hypothèse du temps de guerre. On ne saurait donc raisonner ici par analogie. En conclusion on doit admettre qu'un tel droit d'interdiction de certains navires dans les eaux territoriales ou intérieures d'un Etat pour contravention à des règles relatives à la pollution des eaux maritimes n'est pas établi par le droit positif actuel et qu'il ne peut être envisagé que *de lege ferenda.*

5. A cet égard il suffirait sans doute d'autoriser les Etats riverains à prendre les mesures législatives et réglementaires souhaitables dans le cadre et sur la base de principes généraux préalablement énoncés par voie conventionnelle.

6. Le contrôle envisagé est certainement acceptable. Son aménagement devrait s'effectuer de préférence dans le cadre et sous le contrôle d'une Organisation internationale, par exemple de l'OMCI, tout a fait qualifiée pour intervenir dans ce domaine.

7. Il est toujours hasardeux pour un Etat de fonder des mesures unilatérales sur un prétendu droit de nécessité ou sur un droit de légitime défense qui, par l'indétermination de leur contenu ou par l'élasticité de leur motivation, risquent d'engendrer de nombreux et graves abus. En tout état de cause ce double fondement permet difficilement d'asseoir sur des bases juridiques incontestables des mesures qui sont essentiellement des mesures d'ordre technique destinées à prévenir la survenance ou à enrayer les conséquences d'un phénomène qui, lui aussi, est foncièrement de caractère technique. La méthode la plus appropriée paraît être celle de la conclusion d'une convention multilatérale *ad hoc.*

8. Il n'y a aucune raison sérieuse, semble-t-il de limiter le règlement futur aux seuls effets de la pollution par les hydrocarbures. On ne devrait pas hésiter à aborder le pro-

blème de la pollution des espaces maritimes par le rejet de déchets nucléaires provenant soit de l'action de certains Etats non parties au Traité de Moscou du 5 août 1963, soit de l'utilisation des navires à propulsion nucléaire, soit du fonctionnement d'usines nucléaires. On ne peut à cet égard passer sous silence le fait que l'obligation, assignée par l'article 25 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer aux Etats parties à ladite convention « de prendre des mesures pour éviter la pollution des mers due à l'immersion de déchets radio-actifs » est restée lettre morte et qu'il serait ici du devoir de la doctrine de remédier à la passivité des Etats.

9. D'accord avec les observations du rapporteur sur la limitation de la responsabilité matérielle de l'intervenant.

10. Absolument d'accord sur le principe d'un règlement arbitral ou judiciaire.

11. Le problème de la responsabilité de l'intervenant envers les Etats tiers doit en effet être posé. Mais à ce stade de nos travaux, je discerne encore mal sur quelles bases il peut être utilement abordé.

Veuillez croire, mon cher Confrère, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs et bien dévoués.

Charles Rousseau.

7. Observations de Sir Francis Vallat

London, S.W. 1, 20 August, 1968.

Cher confrère,

First, may I say with what pleasure and interest I read your preliminary report on the subject of the 12th Commission,

namely, " l'étude des mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes ". In general, I agree with your analysis of the subject and that the questions which you pose are the most relevant for consideration. Nevertheless, I should like to offer a few comments in the hope that they will be of some value in shaping the work of the Commission.

2. The title of the study is drawn in a restrictive sense, and it is possible that the most fruitful work can be done by limiting the scope of the study in this way. But I think that we should recognise that there are many aspects of the subject which call for examination and may require the statement of relevant principles or international measures of one kind or another.

3. If one considers disasters of the « Torrey Canyon » kind, there are three distinct stages at which « international measures » might be taken to prevent damage arising from the disaster. The two most obvious stages are :

(i) prevention of the disaster and

(ii) prevention of damage after a disaster has occurred.

There is, however, a preliminary stage which in reality is just as important as either of these two stages : namely, the imposition of liability which will induce the persons responsible to take care to avoid the disaster.

4. Let me illustrate this preliminary stage by an example. If persons responsible for the operation of a vessel knew that they would be liable absolutely to pay full compensation in the event of damage arising from a disaster (even in the absence of neglect) they would be likely to take every possible precaution to ensure that no accident occurred. In other words, liability can operate as a deterrent which may be just as effective as laying down detailed regulations concerning the structure of

vessels, the nature of their equipment and the courses on which they are required to sail.

5. It may be, however, that we are bound by the title of the study to exclude the question of liability for damage from its present scope. If so, I think that this point should be brought clearly to the attention of the Institut and consideration should be given to the possibility of extending the scope of the study to cover this question.

6. The question of liability has of course many aspects that were well illustrated by the « Torrey Canyon » disaster. First, there is the question who is to be liable. Should it be the Master of the vessel, the owners, the charterers, the owner or consignee of the cargo, or the state whose flag the ship is flying? What courts should be entitled to exercise jurisdiction? How should process be served? Should there be any limit on the amount of compensation recoverable as damages? Should liability be absolute? Should insurance be compulsory? There may well be other questions that I have overlooked; but the general question of liability for damage, arising from disasters of the «Torrey Canyon» type, is of basic importance and, in my view, of considerable relevance to their prevention.

7. The scope of the study may also be examined from another point of view. Although difficult, it may be possible to draw a distinction between incidents of catastrophic proportions and those of a more normal or ordinary character. There is clearly a difference between a wreck spilling thousands of tons of oil into the sea, and the normal discharge of bilge resulting in oil slicks of manageable proportions. Although the distinction is admittedly difficult to define precisely, it is nonetheless real and important. The problems raised in the two types of cases are of different orders and the willingness of

governments to accept proposed solutions will also vary according to the type of case under discussion.

8. In the context of the risk of incidents of catastrophic proportions, one of the most important questions from a legal point of view, is that which concerns the right of a coastal state to forestall pollution or other damage. This is the subject matter of agenda item 15 of the IMCO Legal Committee. As you are no doubt aware the Legal Committee has now prepared a series of draft articles which could form the basis of a Convention on this subject. It is quite possible that there will be a conference convened in the summer or autumn of 1969 to consider the draft of the Legal Committee and to draw up a Convention in final form. It may not be possible for the Institut to form its views before the conference, but it would in any event be desirable for the Institut to be made aware of the work being done through IMCO.

9. Turning more directly to your preliminary report, I agree that the study should be limited to accidental pollution (i.e. that the general question of liability for negligence need not be considered) and that the revision of the 1954 Convention on oil pollution (as amended in 1962) should be excluded. This does not imply that the Convention is perfect. Indeed, experience shows that, in some cases, the method of enforcement is far from perfect. Nevertheless, I believe that it would not be fruitful to include a detailed examination of the Convention in the present study.

10. On the other hand, I think that in principle the study should not be limited to hydro-carbon oils. The questions which you raise should be considered of course with respect to oil, but the possibility of their application to other substances should also be considered. The difficulty would be to define such other substances. But it may be possible to arrive at a

general definition, e.g. " Any other substance carried in ships which is of such a kind or is carried in such quantities that, in the event of escape from the ship, it is likely to cause serious damage to marine life or to the shores of coastal states ". The word " serious " is the key and might have to be strengthened.

11. With regard to the first two numbered paragraphs, starting on page 606 above, I think that it is necessary to include territorial waters because of the right of innocent passage. The study is to be concerned mainly with prevention and the right of innocent passage does represent some limitation on the powers of the coastal state. There may easily be a conflict between special regulations dealing with giant oil tankers and the right of innocent passage.

12. I think that the questions raised in paragraphs 3 and 4 (pages 607 and 610 above) are of great importance. Indeed, the right of a coastal state to regulate passage on the high seas and within its territorial waters and to limit access to its ports, are probably among the most essential questions to be considered. In this connection it is clearly more important for the coastal state to be able to prevent an accident than to be at liberty to take measures to prevent damage once an accident has occurred.

13. In paragraphs 9 and 10 (pp. 612-613), you raise the type of situation a coastal state will of necessity have to act quickly and decisively and any convention dealing with such situations should contain effective procedures for the settlement of disputes. It would be most useful, therefore, if the Institut could consider the problem of finding the most effective settlement of disputes procedure for a Convention of this nature. Connected with this problem is the question whether under this Convention it would be possible for private

interests injured as a result of any unjustified action by the coastal state to obtain compensation from the coastal state without the necessity of the state of which they are nationals taking up their claim with the coastal state. I think that these comments are in line with, but go beyond, paragraph 10.

14. I must apologise for failing to send my comments by 31 July, but I have been away for three weeks and before that was too pressed by my official duties to undertake a proper examination of your excellent study.

Yours sincerely,

Francis Vallat.

8. Observations du Président d'honneur, M. Charles De Visscher

Bruxelles, le 10 juin 1968.

L'exposé préliminaire présenté par notre confrère Andrassy fournit une excellente base aux travaux de la Douzième Commission. Les questions pertinentes y sont clairement posées. Je réponds, sinon à toutes, du moins aux principales d'entre elles. Avant de le faire, je confirme que le Bureau, lors de la session de Nice, a, en effet, entendu limiter notre examen aux problèmes de pollution accidentelle, quitte à voir les interférences auxquelles donnerait lieu la Convention de Londres (1954-1962) relative aux déversements volontaires.

Première question : Il ne me paraît pas possible de limiter l'étude aux problèmes des seules pollutions accidentelles survenues en haute mer. Le milieu marin est essentiellement *un*. Il est constitué, selon la bonne définition de *Rivier (Principes*, vol. 1, p. 144) par une « masse continue, cohérente, unique ... dont toutes les parties communiquent ensemble » ; dans le même sens : *Gidel (Le droit international de la mer*,

tome 1er, pp. 41-42). Les distinctions que le juriste établit entre la haute mer et les autres zones maritimes sont sans pertinence là où une pollution survenue en haute mer se propage en fait ailleurs et projette ses effets sans égard pour les catégories juridiques. Il appartiendrait à une convention internationale de préciser les conditions d'une collaboration avec les Etats riverains de façon que les règlements édictés par ceux-ci s'accordent avec les mesures qu'envisagerait la Convention ou l'Organisation internationale.

Question 2 : Notre Commission devra certainement s'attacher à préciser les pouvoirs de réglementation et de contrôle à reconnaître aux Etats dans leur mer territoriale, de façon à leur conférer le caractère d'une fonction de droit international *général.* A ce titre, les Etats qui auraient unilatéralement édicté certaines mesures en répondraient comme d'un devoir international.

Question 3 : Je suis pleinement d'accord sur l'urgente nécessité de prendre les mesures propres à prévenir les accidents de pollution accidentelle et, à cette fin, d'édicter par la voie internationale les devoirs qui incombent aux Etats, ainsi que les responsabilités qui en découlent.

De même, je pense que les Etats particulièrement exposés à de tels risques méritent qu'on leur fasse une place particulière ; je songe surtout à ceux qui sont riverains de mers étroites.

Quant aux mesures qui, par voie internationale, pourraient être édictées, la procédure à suivre dépendra naturellement du caractère de celles-ci. On conçoit, par exemple, qu'un accord international à conclure impose à l'Etat où un navire a été construit le devoir, avec responsabilité correspondante, de veiller à ce que la construction de navires destinés au transport de matières polluantes réponde à certains critères techniques que l'accord — ou l'organisation internationale — préciserait. Par contre, c'est l'accord lui-même ou l'organisation interna-

tionale qui édicterait les couloirs de circulation obligatoires ou l'interdiction de se servir de certaines routes ou de passer par certains endroits : ceci parce que ces questions mettent directement en cause la liberté en haute mer.

J'estime que les mesures évoquées très judicieusement par notre rapporteur doivent être envisagées dans la perspective de la sécurité internationale générale et qu'en conséquence il y aurait lieu de les rendre obligatoires *a)* même pour les Etats qui ne seraient pas parties à l'accord ou ne seraient pas membres de l'organisation ; *b)* de les édicter comme telles en haute mer, ceci visant un cas tel que celui du « Torrey-Canyon ».

Un examen de ces mesures conduirait probablement à la conclusion que la tâche essentielle d'une réglementation future consisterait d'abord à opérer une juste répartition des devoirs et des responsabilités. Tenant compte de la judicieuse observation que « la pollution peut se produire du fait d'accidents provoqués par des navires battant le pavillon d'Etats lointains qui ne sont pas directement touchés » (p. 609 ci-dessus), j'incline à penser que dans cet ordre d'idées il y aurait lieu de reconnaître des pouvoirs particulièrement larges aux Etats que leur situation géographique dans les mers étroites expose plus que d'autres à des pollutions plus fréquentes et plus graves.

Question 4 : Sauf à répondre internationalement du bien-fondé de sa décision, j'estime qu'un Etat peut *de lege lata* assurer le respect des règles envisagées et imposer ce respect aux navires d'Etats tiers (non engagés contractuellement) dans les deux ordres d'idées mentionnés : *a)* le passage par ses eaux territoriales ; *b)* l'accès à ses ports.

Je fonde cette réponse sur le droit inhérent d'autoprotection que je distingue d'une part du soi-disant droit de nécessité (Notstand-Notrecht), d'autre part de la légitime défense (voir *infra* ma réponse aux questions 7 et 8, litt. *b* et *c*).

Question 5 : D'accord. Les modalités envisagées dépendront du caractère des mesures à prendre.

Question 6 : Je pense que là où il s'agirait non d'une décision isolée, mais d'instituer un *régime* de contrôle, surtout dans les mers étroites, l'accord international devrait spécifier : *a)* les zones dans lesquelles un tel régime devrait être établi et leurs limites géographiques ; *b)* de quels moyens les Etats riverains devraient disposer à cette fin.

Questions 7 et 8, litt. b) *et* c) *:* Sur la « question cruciale » du droit de l'Etat menacé de prendre spontanément les mesures propres à protéger les eaux adjacentes à ses côtes, ainsi que les côtes elles-mêmes, je fonde ma réponse affirmative (donc dans un sens conforme à l'attitude du Gouvernement britannique dans l'affaire du « Torrey-Canyon ») sur la notion d'un droit irréductible à l'autoprotection en présence d'un péril grave et imminent là où toute autre ressource fait défaut.

J'éviterais de parler du « droit de nécessité » (Notstand-Notrecht) : en tant que droit subjectif des Etats, c'est une notion à la fois discréditée par l'abus qui en a été fait et, par son aspect essentiellement individualiste, mal adaptée à l'exercice d'un droit qui peut se réclamer ici de l'intérêt général.

De même, il faut éviter de parler de « légitime défense », non seulement parce que cette notion a donné lieu à trop de discussions (cf. celles suscitées par l'art. 51 de la Charte), mais surtout parce qu'elle est trop étroitement liée à l'idée d'une agression, laquelle n'a rien à voir ici.

La notion de l'*accident* et celle d'une fonction d'intérêt *général* s'accordent, au contraire, avec la notion de l'autoprotection. Celle-ci est l'idée de base vraiment inhérente à l'existence de l'Etat. Le droit dit de nécessité et celui de légitime défense n'en sont que des formes particulières, dérivées et discutées.

Charles De Visscher.

Etude des mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes

(Douzième Commission)

2. Rapport définitif

présenté par

M. Juraj Andrassy

En présentant ce travail de la Douzième Commission, le rapporteur renouvelle ses remerciements aux membres de la Commission pour leur appui et leurs conseils qui ont permis de donner au rapport la forme définitive sous laquelle il sera soumis aux délibérations de l'Institut.

A la suite du rapport provisoire, neuf membres de la Commission ont envoyé leurs observations, et le rapporteur les a prises en considération dans la rédaction des projets de Résolution qu'il présente, au nom de la Commission, aux membres de l'Institut. Dans son rapport provisoire, le rapporteur a proposé de traiter séparément les deux aspects du problème : prévention des accidents et mesures en cas d'accident survenu. Sur ce point, il a reçu l'approbation des membres qui se sont prononcés à ce propos. Par conséquent, le rapport contient deux projets de Résolution, l'un traitant de la prévention des accidents, et l'autre des mesures à prendre en cas d'accident survenu. Dans ce contexte, il faut mentionner la question de savoir, en ce qui concerne le deuxième projet, si l'Institut doit adopter un texte contenant un projet de convention, ou bien s'il doit se borner à présenter ses observations et suggestions quant au texte préparé par l'OMCI, reproduit à l'annexe I du rapport provisoire. Quatre membres de la Commission

(MM. *De Visscher, Münch, Rousseau* et Sir Francis *Vallat*) soutiennent la seconde solution. M. *McWhinney* plaide pour un projet de Convention, et pour une Résolution pour le cas où on ne pourrait aboutir à l'adoption d'un projet de Convention. M. *Verzijl* est du même avis, mais il désire un seul texte couvrant les aspects préventif et répressif. Il lui semble qu'il y a trop de cohérence entre les deux questions pour les séparer. M. *Koretsky* préfère aussi la forme de projet de Convention. Le baron *Muûls* recommande d'adopter une Résolution s'inspirant largement, en fait, des principes définis par le projet OMCI quant aux suites des accidents en haute mer de nature à polluer, par les hydrocarbures, les espaces maritimes.

En présence des divergences signalées, le rapporteur s'est décidé à maintenir la séparation des matières en deux textes, solution soutenue par la majorité des membres de la Commission.

Il y a donc deux projets de Résolution, l'un ayant trait à la prévention des accidents, l'autre aux mesures en cas d'accident survenu. En ce qui concerne la prévention des accidents, le rapport provisoire a présenté un projet d'articles en vue de l'élaboration d'une convention internationale régissant ce sujet. Ce projet a reçu sa rédaction finale en s'inspirant des observations des membres de la Commission. Quant aux mesures en cas d'accident survenu, chacune des deux solutions mentionnées ci-dessus peut être soutenue par de bons arguments. M. *De Visscher* remarque, à juste titre, que le travail de l'OMCI est assez avancé et qu'il a des mérites incontestables. Dans ces conditions, l'Institut ne pourrait pas présenter un projet substantiellement différent et il paraît plus approprié de le soutenir en l'accompagnant d'observations sur les points principaux. De cette façon, l'Institut peut contribuer à ce que le projet OMCI soit adopté le plus tôt possible. (Telle est aussi l'opinion de Sir Francis *Vallat*.) D'un autre côté, on peut pré-

tendre que l'Institut, en élaborant son propre projet, est mieux en état de juger la portée de ses vues qu'en présentant simplement ses observations. Le rapporteur s'est rallié aux vues des membres qui plaident pour la première des solutions possibles, mais en choisissant une forme qui est aussi proposée par le baron *Muûls* au premier point de ses observations.

Les deux projets de texte que le rapporteur soumet, au nom de la Douzième Commission, aux délibérations de l'Institut ont trait aux cas de pollution par hydrocarbures ou autres matières polluantes. La question de savoir s'il faut se limiter aux seuls hydrocarbures a été posée au point 8 *a)* de l'exposé préliminaire, les réponses des membres de la Commission sont exposées page 553 du rapport provisoire, et la solution choisie pages 565-566 du même rapport. Elle est maintenue dans les projets annexés au présent rapport, mais le rapporteur signale aux membres de l'Institut que M. *Koretsky* et le baron *Muûls* plaident de nouveau pour limiter nos travaux aux seuls hydrocarbures.

Prévention des accidents

Le rapporteur renvoie aux considérations exposées à la section IV de son rapport provisoire (pp. 565-570) qui donnent les raisons et le fondement du projet d'articles proposé à l'annexe IV du même rapport. Ces considérations suivent les idées de l'exposé préliminaire et celles contenues dans les observations des membres de la Douzième Commission. Depuis, elles ont trouvé l'approbation expresse ou tacite des membres de la Commission dans leurs réponses au rapport provisoire. Il s'agit maintenant de donner une forme finale au projet de l'annexe IV. Là-dessus, M. *Verzijl* a donné les observations les plus explicites. Il propose un autre ordre des dispositions initiales du projet. Le rapporteur accepte ces propositions. Le

point de départ du projet du rapporteur était que les Etats, réunis aux fins de déterminer les mesures pour prévenir les accidents causes des pollutions, étaient déjà entrés dans la négociation de telles mesures et que les articles envisagés formaient le cadre extérieur des dispositions d'ordre technique et autres qui se seraient trouvées énoncées soit dans une annexe de ce même texte, soit dans un acte adopté simultanément ou postérieurement, soit, enfin, à la suite de délibérations au sein d'une organisation internationale autorisée à cet effet. En fait, les termes abstraits des articles I et II du projet du rapporteur visaient une situation concrète, c'est-à-dire que tout ce travail normatif aurait lieu au sein de l'OMCI. Toutefois, la proposition de M. *Verzijl* a certains avantages. Elle constate en premier lieu le fondement de l'arrangement entier et elle en déduit les conséquences en réglant d'abord le droit des Etats individuels, et ensuite la possibilité d'un règlement par accord multilatéral. Les deux textes paraissent acceptables, mais, devant choisir entre les deux, le rapporteur propose d'adopter celui inspiré par les observations de M. *Verzijl*. Une petite modification au début de l'article premier sert à mieux souligner que le droit dont il s'agit n'est pas introduit par le texte conventionnel, mais qu'il existe en vertu du droit d'autoprotection. On y mentionne aussi les navires transportant des matières polluantes. Au contraire, le rapporteur ne recommande pas d'inclure les navires à propulsion nucléaire. Les « exigences appropriées » pour les navires transportant des matières polluantes seront différentes de celles pour les navires à propulsion nucléaire. Il faut traiter cette matière séparément. Elle fait, d'ailleurs, l'objet de recherches approfondies et avancées.

L'article II énumère les principales mesures et exigences que l'Etat peut édicter conformément aux pouvoirs qui lui sont reconnus à l'article premier, tout en n'excluant pas d'autres facteurs qui pourraient paraître importants pour attein-

dre le but envisagé. L'insertion des « routes à suivre » sur lesquelles insiste tout spécialement M. *Koretsky* correspond entièrement à ce but.

M. *Koretsky* aimerait aussi préciser l'autorité de l'organisation internationale mentionnée à l'article III en ajoutant les mots « conformément à son statut ». Le rapporteur propose cet amendement qui, tout en donnant plus de clarté, ne change pas, au fond, la portée de la disposition en question.

Le remaniement des trois articles du projet ne rend pas superflu l'article IV. En premier lieu, l'accord international peut se faire sur un nombre restreint des exigences requises comme n'assurant pas de manière satisfaisante la prévention des accidents. En deuxième lieu, le droit individuel des Etats doit être maintenu à l'égard des Etats qui ne participent pas à l'accord international. L'interdiction des exigences discriminatoires et de celles dépassant leur but est maintenue à l'article V.

Au sujet de l'article V, Sir Francis *Vallat* soulève des observations très justifiées. Mais il est difficile de trouver une solution entièrement satisfaisante aussi longtemps qu'un arrangement multilatéral, accepté par presque tous les Etats, n'introduit pas des standards uniformes. Par ailleurs, dans la réalité, les écarts entre les législations nationales ne seront pas grands, grâce surtout aux influences « transnationales » des constructeurs, des sociétés de classification, des compagnies d'assurances et autres facteurs analogues.

A la question de savoir ce qu'il faut entendre par le terme « eaux juridictionnelles », qui se trouve à l'article VII, le rapporteur est enclin à comprendre par ce terme la mer territoriale et la zone contiguë qui sont expressément mentionnées à l'article premier de la nouvelle rédaction. Il ajoute que, conformément à la disposition de l'article 24 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, la mer territo-

riale et la zone contiguë ne peuvent pas dépasser la largeur de douze milles marins.

A l'article VII on distingue deux catégories de mesures que les Etats peuvent prendre pour assurer le respect des règles édictées en vertu des dispositions précédentes.

L'alinéa premier autorise les Etats à interdire le passage par les eaux juridictionnelles (mer territoriale et zone contiguë) et l'accès aux ports à tout navire qui ne correspond pas aux exigences qui s'y trouvent énumérées. Cette disposition repose sur la règle bien acceptée du droit de passage inoffensif. Un navire dont les critères techniques, appareils de navigation ou qualifications du personnel de commande, ne répondent pas aux normes de sécurité nationales ou internationales constitue un danger éventuel et son passage ne peut être considéré comme inoffensif.

Le second alinéa du même article vise d'autres cas où le navire étranger qui passe par les eaux juridictionnelles ou entre dans un port se trouve en contravention avec des mesures de sécurité, par exemple en n'observant pas les routes de navigation obligatoires ou quelque autre règle de navigation prescrite (vitesse maxima, etc.)

Sir Francis *Vallat* demande que les mesures de l'article VII soient appliquées sans discrimination. C'est sans doute de cette façon que l'article VII devrait être compris conformément aux règles générales du droit international. Une mention expresse au sujet de la discrimination ne paraît pas être nécessaire.

A l'exception de M. *Koretsky*, tous les membres de la Douzième Commission qui se sont prononcés sur le règlement des différends dans leurs réponses à l'exposé préliminaire et au rapport provisoire sont en faveur des vues et des propositions du rapporteur. Quant aux objections de M. *Koretsky*, le rapporteur reconnaît, avec regret, la réalité : souvent, les gou-

vernements répugnent à accepter l'arbitrage obligatoire. Pour cette raison, M. *Koretsky* propose que la question du règlement des différends reste « réservée ». Pourtant, dans la plupart des cas, cette répugnance ne porte pas en principe contre le règlement arbitral ou judiciaire obligatoire. Elle provient plutôt de craintes et de doutes concernant le règlement d'une certaine matière ou d'un groupe de matières. Or, la nature des différends qui pourraient naître de l'interprétation ou de l'application des dispositions des textes proposés les rend particulièrement appropriés pour un règlement arbitral ou judiciaire. Par ailleurs, le rapporteur continue à estimer que l'Institut doit insister sur le règlement arbitral ou judiciaire dans tous les cas qui, à son avis, se prêtent bien à cette sorte de règlement. C'est dans cet esprit qu'est conçue la rédaction finale de l'article VIII du projet. Désirant de toute façon assurer le règlement pacifique de tout différend, l'article VIII introduit en dernier ressort le recours à la Cour internationale de Justice. Avant cela, il prévoit trois catégories de moyens possibles, à savoir :

a) accord spécial des parties — qui a la priorité sur tout autre moyen ;

b) recours aux moyens convenus à l'avance par les parties intéressées pour le règlement de leurs différends ;

c) recours unilatéral au mécanisme pour le règlement des différends de cette nature organisé au sein de l'OMCI.

Pour les moyens *b)* et *c)* on peut donner la priorité à l'une ou à l'autre de ces catégories. Le rapporteur propose à l'Institut d'adopter l'alternative, laissant ainsi le choix aux rédacteurs officiels de la convention envisagée.

Répondant aux observations de Sir Francis *Vallat*, qui désire que les questions hautement techniques des différends

éventuels soient portées devant un forum ayant les connaissances technologiques nécessaires, le rapporteur renvoie aux moyens spécifiés sous *a)* et *c)* ci-dessus, qui assurent suffisamment l'emploi de cette voie, surtout si, comme nous sommes autorisés à l'espérer, l'OMCI met sur pied le mécanisme approprié à cet effet.

Finalement, le rapporteur attire l'attention sur le deuxième alinéa du préambule où on souligne que les mesures à prendre servent autant à sauvegarder les intérêts des Etats directement menacés que ceux de la communauté internationale, ce qui correspond aux désirs exprimés par plusieurs membres de la Commission.

Mesures en cas d'accident survenu

Le rapport provisoire a signalé que cette matière est l'objet de l'élaboration d'un projet de Convention au sein de l'OMCI. Il est probable que ce travail approchera de sa fin peu après la session de l'Institut. Le rapporteur estime que, à ce stade, l'Institut peut remplir son rôle de la manière la plus appropriée en contribuant à l'œuvre déjà entreprise par une Résolution où seront exposées ses vues sur les points essentiels du projet de l'OMCI. C'est dans ces termes qu'est conçu le préambule de la Résolution. Les membres de la Commission ayant adopté le point de vue que le fondement du droit d'intervention de l'Etat riverain en cas d'accident survenu se trouve dans le droit d'autoprotection, le rapporteur propose que le préambule souligne ce droit comme existant *de lege lata* (alinéa 2 du préambule). Dans ce même ordre d'idées, la formule de l'article premier est légèrement changée par rapport à celle du projet OMCI. Une autre modification, supprimant le terme « catastrophiques », est due à une observation de M. *Verzijl*.

L'article II de la Résolution reproduit l'alinéa 2 de l'article premier du projet OMCI. Les membres de la Commission sont en faveur de la proposition d'excepter de cette disposition les navires-citernes et il en est tenu compte à l'article II. Pourtant, le rapporteur signale que M. *Münch* et Sir Francis *Vallat* estiment que le transport de ravitaillement pour la marine de guerre doit être couvert par la règle générale. L'Institut pourra considérer ce problème au cours de la session plénière et décider après un échange de vues plus large.

Quant à l'article II du projet OMCI, le rapporteur se rallie aux arguments de MM. *McWhinney* et *Münch*. Le premier estime qu'il n'est pas nécessaire, et le second qu'il n'a pas sa place dans notre projet. En effet, l'usage d'expliquer les termes d'un texte est utile et parfois nécessaire dans une convention, mais tel n'est pas le cas de notre Résolution. De plus, l'Institut n'a pas d 'observations essentielles à faire sur ce texte. Toutefois, si l'Institut désirait l'insérer, on pourrait le faire en supprimant l'introduction et la fin qui ont trait à l'OMCI.

Dans le projet de Résolution, l'article III correspond à l'article V du projet OMCI. De l'avis du rapporteur, c'est sa place logique, puisqu'il contient des limitations du droit reconnu à l'article premier. M. *McWhinney* considère que la formule du projet OMCI est trop onéreuse pour l'Etat intervenant à qui elle impose le fardeau de la preuve d'avoir agi conformément à la règle énoncée. Il propose une phrase qui rendrait la règle plus acceptable pour lui. Pour M. *Rousseau*, l'article V du projet OMCI ne représente qu'un ensemble de « standards » ou de directives souhaitables, mais dont on ne peut dissimuler l'imprécision. A ce propos, M. *Verzijl* observe que la rédaction ne peut être « qu'un peu vague ». Le rapporteur propose d'adopter l'article V avec quelques modifications. En premier lieu, il propose de supprimer les mots « qu'il

a effectivement subis ». Les mesures visées doivent « prévenir, atténuer, éliminer », c'est-à-dire qu'elles sont prises en proportion du dommage futur. En second lieu, le rapporteur propose d'insérer, à l'alinéa 2, les mots « ou dès qu'il est devenu manifeste qu'il (le but) ne peut pas être atteint ». En ce qui concerne l'objection de M. *McWhinney*, il apparaît que le fardeau de la preuve est réparti entre les plaideurs, chacun devant exposer et prouver son calcul de proportionnalité. Le mot « raisonnablement », à l'alinéa 2, fournit un élément d'appréciation subjective au moment de l'action. Enfin, les facteurs de l'alinéa 4, dont il faut tenir compte, suffisent à ne pas trop aggraver la position de l'Etat intervenant.

Pour autant qu'ils se soient prononcés au sujet de l'article III du projet OMCI, les membres de la Commission l'acceptent et demandent que l'obligation de consulter soit stricte, avec les exceptions pour le cas d'urgence (article III D). Seul M. *McWhinney* considère que l'article III du projet OMCI constitue une limitation gênante à l'exercice du droit reconnu à l'article premier. Sir Francis *Vallat* désire que l'obligation de consulter n'empêche pas l'Etat de prendre les mesures nécessaires. Il apparaît pourtant que les exceptions prévues à l'article III D, et reproduites à l'alinéa 3 de l'article V de notre projet, suffisent pour assurer la liberté d'action.

Le projet de Résolution adopte le contenu de l'article III du projet OMCI en le divisant en deux. L'article IV contient les dispositions des lettres A, B, D et E en supprimant l'introduction et en modifiant la disposition E où on ne mentionne pas la notification au secrétaire général de l'OMCI. La lettre C trouve sa place dans un article séparé (V) et la formule diffère conformément à la nature différente de notre Résolution.

Il y a, parmi les membres de la Commission, différence d'appréciation au sujet de l'article VI du projet OMCI. Après mûre réflexion le rapporteur propose la formule OMCI, parce

qu'elle est la plus simple. Suivant la remarque de M. *Rousseau*, les mots « dans le cadre de la présente Convention » sont supprimés.

M. *Münch* désire mitiger la responsabilité de l'Etat intervenant par des considérations de force majeure et de faute. De l'avis du rapporteur, il s'agit là de notions applicables en vertu des règles générales du droit international qui s'imposent de toute façon pour être prises en considération le cas échéant.

A l'exception de M. *Koretsky*, l'accord est général sur le point que l'Institut doit toujours insister sur le règlement pacifique des différends. L'article VII, proposé par le rapporteur, est conçu en termes très généraux permettant aux rédacteurs de la future convention tout choix, tout en insistant cependant pour que la convention prévoie un moyen menant à la solution du différend même pour le cas où une des parties ne coopérerait pas au bon fonctionnement de la procédure.

Zagreb/Genève, avril 1969.

Projets de Résolutions

A. *Prévention des accidents*

Les parties contractantes,

Conscientes de la nécessité de parer aux conséquences sérieuses pouvant se produire à la suite des accidents touchant les navires qui transportent les hydrocarbures ou autres matières polluantes,

Reconnaissant que les mesures à prendre en vue de prévenir ces accidents servent autant à sauvegarder les intérêts des Etats directement menacés que ceux de la communauté internationale à la conservation des richesses de la mer (ou : des ressources biologiques de la mer),

Considérant que des mesures appropriées visant à prévenir, autant que possible, tels accidents devraient être prises soit par accord multilatéral, soit, en l'absence d'un tel accord, individuellement par les Etats intéressés en vertu du droit d'autoprotection,

Sont convenues de ce qui suit :

I

Tout Etat a le droit, en attendant la réalisation d'un accord international satisfaisant plus détaillé, de prendre des mesures législatives et autres pour éviter autant que possible que le passage de navires-citernes ou d'autres navires transportant des matières polluantes par sa mer territoriale et sa zone contiguë cause des accidents entraînant la pollution des milieux marins.

II

Les mesures visées à l'article premier peuvent porter sur la construction des navires, sur les instruments de navigation, sur les qualifications du personnel de commande, sur les routes à suivre, sur la vitesse maxima, et sur d'autres facteurs importants.

III

Les Etats contractants s'engagent à négocier un accord international pour déterminer à titre collectif les exigences requises ou à coopérer à leur détermination par un organisme autorisé conformément à son statut, et à mettre leur législation nationale en harmonie avec les règles internationales ainsi fixées.

IV

Au cas de l'insuffisance des règles visées à l'article III, les Etats ont le droit d'édicter, à titre individuel ou régional, des mesures complémentaires pour mieux assurer le but visé à l'article premier.

V

Les mesures édictées en vertu des articles premier et IV doivent rester dans les strictes limites de leur but et ne doivent pas, par leur contenu quant aux critères techniques du navire exigés pour augmenter la sécurité de la navigation, être discriminatoires à l'égard des navires qui, tout en ne se conformant pas aux dispositions édictées, satisfont aux besoins de la sécurité de la navigation.

VI

Les mesures adoptées en vertu des dispositions précédentes doivent être dûment portées à la connaissance de la navigation.

VII

Les Etats ont le droit d'interdire le passage par leurs eaux juridictionnelles et l'accès à leurs ports à tout navire dont les critères techniques, appareils de navigation ou qualifications du personnel de commande ne correspondent pas aux normes de sécurité considérées comme nécessaires pour éviter ou diminuer les risques de pollution et édictées conformément aux articles précédents.

Ils ont le droit de frapper de peines ceux responsables des infractions aux règles nationales ou internationales édictées dans l'intérêt de la sécurité de la navigation.

VIII

Tout différend au sujet de l'interprétation ou application des dispositions ci-dessus doit être réglé par un moyen pacifique. Ce moyen sera choisi par accord des parties. A défaut d'accord ou des moyens déterminés à l'avance par les parties intéressées pour le règlement de leurs différends, chacune des parties peut unilatéralement recourir aux moyens organisés à cet effet au sein de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime. En cas d'échec de ceux-ci ou à leur défaut, chacune des parties peut unilatéralement soumettre le différend à la Cour internationale de Justice.

Alternative :

Tout différend au sujet de l'interprétation ou application des dispositions ci-dessus doit être réglé par un moyen pacifique, qui sera choisi par accord des parties. A défaut d'accord ou en cas d'échec du moyen choisi, chacune des parties peut unilatéralement recourir aux moyens organisés à cet effet au sein de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime. En cas d'échec de ceux-ci ou à leur défaut, les

parties auront recours aux moyens convenus entre elles à l'avance pour le règlement pacifique des différends. Finalement, en cas d'échec de ceux-ci ou à leur défaut, chacune des parties peut unilatéralement soumettre le différend à la Cour internationale de Justice.

B. *Mesures en cas d'accident survenu*

L'Institut de Droit international,

Reconnaissant la nécessité de régler de façon claire et uniforme l'exercice du droit de prendre des mesures efficaces pour prévenir, atténuer ou éliminer le danger de pollution des milieux marins par hydrocarbures ou autres matières polluantes à la suite d'un accident,

Exprime l'opinion que l'Etat menacé par ce danger est autorisé à prendre des mesures appropriées et proportionnées au danger éventuel,

Salue l'œuvre entreprise au sein de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime visant la rédaction d'un texte de convention à cet effet,

Souhaite que cette œuvre soit menée à bonne fin le plus tôt possible avec la participation de tous les Etats dont le pavillon flotte sur les mers,

Désire contribuer à cette œuvre en exposant les formules qui lui paraissent exprimer le mieux les points principaux de la convention envisagée :

I

Tout Etat se trouvant en face d'un danger grave et imminent pour ses côtes ou intérêts connexes par une pollution ou menace de pollution des eaux de la mer à la suite d'un acci-

dent survenu en haute mer ou des actions afférentes à un tel accident, susceptible d'avoir des conséquences très importantes, peut prendre les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer ce danger.

II

A l'exception des navires-citernes, aucune mesure ne peut être prise à l'encontre des bâtiments de guerre ou d'autres navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et affectés, exclusivement, à l'époque considérée, à un service gouvernemental non commercial.

III

Les mesures d'intervention prises conformément aux dispositions de l'article premier doivent être proportionnées aux dommages dont l'Etat respectif est menacé.

Ces mesures ne doivent pas aller au-delà de celles que l'on peut raisonnablement considérer comme nécessaires pour atteindre le but mentionné à l'article premier.

Elles doivent prendre fin dès que ledit but a été atteint ou qu'il est devenu manifeste qu'il ne peut pas être atteint. Elles ne doivent pas empiéter sans nécessité sur les droits et intérêts de l'Etat du pavillon, d'Etats tiers ou de toute autre personne physique ou morale intéressée.

L'appréciation de la proportionnalité des mesures prises — par rapport aux dommages — est faite, compte tenu, entre autres :

a) de l'étendue et de la probabilité des dommages imminents, si ces mesures ne sont pas prises ;

b) de l'efficacité éventuelle de ces mesures ;

c) de l'ampleur des dommages qui pourraient être causés par ces mesures.

IV

Avant de prendre des mesures, l'Etat riverain consulte les autres Etats mis en cause par l'accident de mer, notamment le ou les Etats du pavillon.

En outre, l'Etat riverain notifie sans délai les mesures envisagées aux personnes physiques ou morales dont on a des raisons de croire que les intérêts seront compromis ou affectés par ces mesures. L'Etat riverain prend également en considération les avis que ces personnes peuvent lui soumettre.

En cas d'urgence commandant que des mesures soient prises immédiatement, l'Etat riverain peut prendre les mesures rendues nécessaires par l'urgence sans notification ou consultations préalables ou sans poursuivre les consultations en cours.

Toute mesure prise doit être notifiée sans délai aux Etats et aux personnes physiques ou morales intéressées.

V

Il est désirable d'organiser un mécanisme de consultation d'experts indépendants que les Etats riverains pourraient consulter avant de prendre les mesures visées ci-dessus.

VI

L'Etat qui a pris des mesures en contravention avec les dispositions précédentes, causant à autrui un préjudice, est tenu de le dédommager.

VII

Tout différend au sujet de l'interprétation ou application des dispositions précédentes doit être résolu par un moyen pacifi-

que. Le mécanisme à prévoir doit être tel que, en cas d'échec des moyens employés, toute partie puisse recourir unilatéralement à une procédure d'arbitrage qui puisse être poursuivie et menée à bonne fin même si l'autre partie s'abstenait d'y participer.

ANNEXE I

Lettre additionnelle au rapport provisoire, adressée par M. Juraj Andrassy aux membres de la Douzième Commission

Zagreb, le 15 février 1969.

Le rapporteur de la Douzième Commission a prié les membres de la Commission de lui prêter tout leur concours pour le travail dont elle est chargée. Il est heureux de pouvoir annoncer qu'il a déjà reçu une réponse, celle de notre Président d'honneur, contenant des observations très utiles.

En relisant le rapport provisoire, il s'est aperçu qu'il manquait, à la section IV, le questionnaire analogue à celui qui se trouve à la fin de la section V. Pourtant, il est très important que les membres fassent leurs observations au sujet de la section IV et du projet qui se trouve à l'annexe IV. Le rapporteur prie les membres de la Commission de bien vouloir répondre à cet appel. A cette fin, il rappelle les questions principales dont il s'agit :

1. Les membres sont priés d'exprimer leur avis sur les propositions de la section II et de suggérer, le cas échéant, d'autres solutions qu'ils jugeraient plus appropriées (p. 13).

2. Les membres sont priés de se prononcer sur les conclusions du rapporteur en ce qui concerne le droit d'autoprotection (fin de la section III).

3. Les membres sont priés de prendre position quant à la proposition de concentrer l'attention de la Commission sur les dangers de pollution par hydrocarbures (section IV, al. 2).

4. Ils sont également priés de se prononcer sur l'ensemble du projet d'articles concernant la prévention des accidents (annexe IV) par rapport au droit de passage inoffensif (*cf.* section IV, *passim*) ainsi que sur la teneur de chacun de ces articles.

Je vous serais très reconnaissant si vous pouviez tenir compte des points précédents en rédigeant vos observations.

Veuillez croire, cher et très honoré Confrère, aux assurances de mes sentiments les plus distingués et cordiaux.

Juraj Andrassy.

ANNEXE II

Observations des membres de la Douzième Commission en réponse au rapport provisoire et au questionnaire de M. Juraj Andrassy du 3 janvier 1969

1. Observations de M. William W. Bishop

April 3, 1969.

My dear Prof. Andrassy ;

I regret that I have been so much delayed in commenting upon your *rapport provisoire* for the *Institut de Droit international,* or in making a reply to your good letter of February 15 [1] addressed to members of our Twelfth Commission of the Institut. My reason for delay in responding was chiefly that I am happy to find myself in agreement with the report which you have drafted, and the suggested articles which you append to it. May I congratulate you upon an excellent job performed for our Commission !

If I may turn specifically to the questions which you raise on pages 33-35 of your provisional report dated January 3, 1969, I would comment briefly as follows.

1. I do not care particularly whether the result of our work appears in the form of a project of articles (of a convention), or of a resolution taking a position concerning the text elaborated by the International Maritime Consultative Organization. I am happy to follow whichever form you and the majority of the Commission may prefer.

[1] Voir pp. 671-672 ci-dessus.

2. I would prefer that we not attempt to cover accidents in territorial waters, but do not feel at all strongly opposed to doing so if the majority wish to do so.

3. I believe that the idea of " autoprotection " is probably the best theoretical base on which to justify action on the high seas. I remain, however, slightly uncertain whether " self-help " is quite the appropriate English word to use. I cannot, however, see this as a case of " self-defense ", and so suppose that " self-help " is the appropriate concept. My chief difficulty is that I find the concept of " self-help " rather ill-defined in customary international law, or in the accepted literature.

4. I would consider the formula of Article I of the IMCO draft an acceptable basis.

6. I would accept the limitations of the right of " intervention " laid down in that article.

7. I would be happy to declare that the transport of hydrocarbons should always be considered " commercial " for purpose connected with such disasters or threatened disasters.

8. I would approve inclusion of a provision analogous to Article II of the IMCO project.

9. I am willing to accept the definitions listed in the said Article II, unless other members of the Commission point out deficiencies in those definitions which to not at present occur to me.

10. I approve the idea of Article V of the IMCO draft, and believe that, at least in general, it is satisfactory.

11. I would approve the suggestion that measures already undertaken should be terminated when it becomes clear that they cannot succeed.

12. I would accept Article VI of the IMCO project, but (13) would be willing to accept the suggestion of section III/9 of the *exposé préliminaire*.

14. The intervening State should consult with other States in so far as is practicable, having time considerations in mind; but the exact extent of such consultation might well depend upon the circumstances of the particular case. If urgent action must be taken immediately, in order to prevent pollution, I believe that consultation might well be dispensed with, though consultation shoul be the general practice.

15. I would surely agree that consultations would be appropriate after the taking of action, if they were not practicable prior to action because of urgency.

16. I would be glad to accept the plan of Article IV of the IMCO project.

17. I would approve the view of the rapporteur concerning the settlement of disputes. I believe strongly that in a matter such as this, some form of compulsory arbitration or compulsory submission to the International Court of Justice ought to be provided for. (I regret that some of our colleagues are not favorable to such compulsory adjudication or arbitration, but this seems to me to be the very type of technical problem where this is most desirable and necessary.)

Turning to the points raised in your letter of February 15, 1969, I am fully in accord with your suggested plan of dealing with the prevention of accidents in a series of articles such as

you have framed and appended as annexe IV, while having a separate section of the report of the Commission deal with the matters covered in the IMCO draft concerning the consequences of disasters.

Turning to page 565 (*rapport provisoire*), I would agree with you that as between the rights of " légitime défense ", " nécessité", and " autoprotection ", the last is by far the most suitable as the basis upon which to rest the right of the affected state to take action on the high seas in cases such as those under consideration by us. I am not quite sure that international customary law recognizes a well-established right of " autoprotection " broad enough to cover this kind of case, but it is certainly the closest concept from which to begin.

I have no objection to concentrating our attention upon the dangers of pollution by hydrocarbons, since that is the practical problem likely to arise. At the same time, I would slightly prefer that we use language and ideas broad enough to cover other types of maritime pollutants. The hydrocarbons are the present-day problems of most importance, whatever other analogous situations may arise in the future.

I like your *Projet d'articles concernant la prévention des accidents*, which forms Annexe IV of the *rapport provisoire*. I think it is fully justified to tie these in with the right of innocent passage, and to let the riparian state take action unilaterally, if necessary, in conformity with your Article IV. At the end of your Article I, I would slightly prefer " richesses de la mer " to " ressources biologiques de la mer ", but would gladly accept the latter if it is strongly preferred by the majority of our Commission.

I may add that I could agree easily to the *Projet d'articles régissant l'action en cas de danger de pollution*, which forms your Annexe V ; but in this case would wish Article VIII to be framed similarly to Article VIII of Annexe IV.

May I again thank you for all your work on behalf of our Commission, and express my regrets that my own contributions have not been more helpful.

Sincerely yours,

William W. Bishop, Jr.

2. Observations de M. Vladimir Koretsky

La Haye, le 16 avril 1969.

Cher et éminent professeur et collègue,

Votre rapport provisoire sur « l'étude des mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes » est sans aucun doute une étude digne d'occuper une place d'honneur parmi les meilleurs travaux sur les problèmes juridiques liés à la prévention de la pollution de la mer et aux mesures destinées à combattre cette pollution une fois qu'elle est survenue.

Vous avez présenté, après des considérations très élaborées du point de vue théorique aussi bien que du point de vue pratique, deux projets d'articles, l'un « concernant la prévention des accidents » (annexe IV) et l'autre « régissant l'action en cas de danger de pollution » (annexe V).

Observations générales

Je me permets de formuler d'abord quelques observations sur ces projets.

Le premier projet (annexe IV) est sans équivalent parce que le Comité juridique de l'OMCI n'a pas élaboré de texte sur la prévention de la pollution de la mer.

Le second projet (annexe V) a un rival qui est le projet du Comité juridique de l'OMCI présentant des « articles sur le droit d'intervention de l'Etat riverain en cas d'accident de la mer... », projet que vous avez donné dans l'annexe I.

Vous avez posé aux membres de la Commission la question de savoir (question n° 1, p. 579) s'ils désirent que les résultats des travaux de la Commission sur la question traitée dans votre projet (annexe V) et dans le projet du Comité juridique (annexe I) soient présentés à l'Institut sous la forme d'un projet d'articles (de convention ou, plutôt, de déclaration de principes) ou s'ils préfèrent la forme d'une Résolution indiquant la prise de position de l'Institut quant au texte élaboré par le Comité juridique de l'OMCI.

Je suis porté à penser que la Commission doit choisir la première solution.

Selon moi, la Commission doit se borner à formuler des principes sur les problèmes qui lui ont été posés car ce qui est essentiel, du point de vue du droit international public en ce qui concerne les problèmes touchant à la prévention de la pollution de la mer et à l'action des Etats menacés d'un danger de pollution à la suite d'un accident survenu en haute mer, c'est la question de l'ampleur et des limites du droit, pour l'Etat riverain menacé, d'intervenir en haute mer afin de prévenir une pollution probable ou effective. C'est pourquoi il est nécessaire et suffisant de proclamer avant tout les principes du droit d'intervention dans une situation donnée [1].

Pour en venir à votre projet d'articles concernant la prévention des accidents (annexe IV), je dois vous complimenter d'avoir présenté deux textes : l'un concernant la préven-

[1] On peut noter que les documents du Comité juridique datés du mois de novembre dernier n'ont été reçus par la bibliothèque du Palais de la Paix que ces jours derniers.

tion (au sens étroit du mot) des accidents et l'autre régissant l'action en cas de danger de pollution. Si ces deux groupes d'articles étaient inclus dans deux conventions — ou déclarations de principes — ou bien dans une convention multilatérale qui réglementerait toutes les questions liées à la lutte contre la pollution de la mer par les hydrocarbures, ils créeraient une base pour un véritable « code de la mer pure ».

Les mesures destinées à prévenir la pollution des milieux marins et les mesures destinées à écarter, à éliminer le danger d'une pollution déjà survenue, à empêcher son extension en mer et le long des côtes sont des mesures différentes et l'on peut dire d'emblée que le volume des droits que l'Etat côtier possède et doit posséder pour combattre une pollution déjà effective doit être plus large que le volume des droits qu'il doit posséder pour prévenir une pollution éventuelle.

Observations sur les articles du projet concernant la prévention des accidents (annexe IV)

Le titre et l'article premier

Je limiterais les sources de la pollution aux hydrocarbures et leurs dérivés. Je peux seulement répéter ce que j'ai dit dans mes observations à propos de votre exposé préliminaire sur votre première question (rapport provisoire, p. 620 *c)*) « la pollution accidentelle par les hydrocarbures rejetés par les navires-citernes présente un caractère spécial quant aux mesures de prévention nécessaires et à la liquidation des conséquences ». C'est pourquoi il conviendrait de rédiger comme suit le titre du projet :

« Projet d'articles concernant la prévention de la pollution accidentelle de la mer par les hydrocarbures. »

Vous avez parlé « des intérêts de communauté internationale à la conservation des richesses de la mer ». Par cela votre projet se distingue avantageusement du projet du Comité juridique. La portée d'une introduction du principe de l'« intérêt général », de la défense de « la cause commune » dans le droit international de la mer est évidente, surtout quand il s'agit de questions liées au danger croissant de la pollution de la mer.

Peut-être conviendrait-il de mentionner parmi les intérêts de la communauté internationale, l'intérêt de la « navigation maritime ». Cela serait conforme à la « sécurité de navigation des navires-citernes » (mais évidemment pas seulement de ce genre de navires) dont vous avez parlé dans cet article.

Article II

Il serait rationnel d'insérer après le mot « autorisé » les mots « conformément à son statut ».

Articles II et III

Ne conviendrait-il pas de réunir ces deux articles ?

Articles IV à VII

Ces articles réglementent le passage des navires-citernes dans des eaux relevant de la juridiction d'un Etat riverain. On peut présumer qu'il s'agit, à l'article premier, des mesures préventives que des Etats peuvent éventuellement prendre en haute mer ou dans la mer territoriale. L'article II concerne évidemment des mesures que des accords internationaux ou un organisme international peuvent adopter à l'égard de navires-citernes se trouvant en haute mer. Les accords internationaux ne peuvent pas déterminer les mesures qu'un Etat riverain doit ou peut édicter pour des navires-citernes jouissant du droit de passage inoffensif dans la mer territoriale. Il n'est peut-être pas nécessaire de prévoir à l'article IV la disposition selon laquelle : « à défaut des mesures introduites de la ma-

nière prévue à l'article II ou en cas de leur insuffisance », d'autant plus que l'article V précise les conditions auxquelles les mesures édictées par un Etat riverain doivent répondre.

Parmi ces conditions, le projet ne mentionne ni à l'article V ni à l'article VII les « voies de navigation obligatoires » bien qu'elles soient mentionnées dans votre rapport (p. 569). Il me semble que cette condition est la plus importante. Je me permets de me référer aux observations que j'ai présentées à propos des troisième, quatrième et septième questions de votre exposé préliminaire (rapport, pp. 621-622).

L'observation d'un itinéraire précis, établi par l'Etat riverain pour l'entrée dans la mer territoriale et sa traversée, est obligatoire pour les navires-citernes. Bien plus, on peut poser la question (et vous la posez à propos des problèmes soulevés par un accident survenu en haute mer, dans *une partie assez proche* du territoire d'un Etat menacé par cet accident) de savoir si un Etat riverain peut, en ce qui concerne les navires-citernes approchant sa mer territoriale, imposer un itinéraire dans la partie de la haute mer assez proche de la mer territoriale. Est-ce que le moment ne viendra pas où, vu l'accroissement constant au cours des années du tonnage des navires-citernes « mammouths », on devra reconnaître aux Etats riverains le droit d'établir à proximité de leur mer territoriale (mais en dehors d'elle) des itinéraires obligatoires pour ces navires géants ? Cela ne serait pas une restriction générale à la liberté de mouvement des navires dans la haute mer, ni au droit de passage inoffensif dans les mers territoriales dans les conditions stipulées par l'article 14 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë.

Article VIII

Il ne serait pas réaliste d'insister sur la formule juridictionnelle de l'article. L'historique de la question juridictionnelle à

la Conférence sur le droit de la mer est instructif. Peut-on adopter l'attitude que vous avez acceptée dans le projet (annexe V), c'est-à-dire « réservé » ?

Observations sur les articles du projet régissant l'action en cas de danger de pollution (annexe V)

Le titre et l'article premier

Dans le titre de ce projet, comme dans celui du projet précédent, il conviendrait d'ajouter les mots « par hydrocarbures ». Il faudrait en faire autant à l'article premier, après les mots « par la pollution ». Je me permets de noter que l'article 24 de la Convention sur la haute mer dispose : « Tout Etat est tenu d'édicter des règles visant à éviter la pollution des mers *par les hydrocarbures* répandus par les navires... »

L'article premier garde le silence à cet égard. S'agit-il de mesures en haute mer ou dans la mer territoriale — bien que vous paraissiez enclin, à la page 573 du rapport, à souscrire à l'opinion du Comité juridique dont le projet ne traite que des accidents survenus en haute mer. Il faut toutefois distinguer entre les mesures que l'on peut prendre à l'encontre d'un bâtiment qui est à l'origine d'une catastrophe (dans ce cas, le problème du pavillon demeure le même) et les mesures contre une pollution déjà survenue, contre la « marée noire ». On peut la considérer comme provenant du bâtiment, celui-ci étant la source de pollution. La marée noire ne connaît aucune frontière maritime et la lutte menée contre elle tend non seulement à protéger un Etat déterminé mais à protéger les intérêts généraux comme vous l'avez dit, Monsieur le Professeur, à la page 561 du rapport. On peut conclure de là non seulement à l'« autoprotection » mais aussi à la « nécessité » de protéger la mer elle-même. Peut-être le moment viendra où la Convention

sur la haute mer contiendra un article, à côté de l'article 12, établissant le devoir de prêter toute l'assistance possible pour éliminer les conséquences de la pollution survenue en mer.

Article II

Pour être légitimes, des mesures curatives (selon la terminologie du professeur Pontavice) devraient être prises dans des circonstances extraordinaires, presque catastrophiques. Peut-on parler non pas de mesures « proportionnées » mais de mesures « commensurables » non seulement avec les dommages causés aux intérêts de l'Etat intervenant mais aussi avec « les biens et les maux » de la cure par des remèdes employés, compte tenu aussi des intérêts généraux. Je pense tout de même qu'on peut s'en tenir à la formule (d'ailleurs assez élastique) qui se trouve à l'article V du projet du Comité juridique de l'OMCI : « Ces mesures ne doivent pas aller au-delà de celles que l'on peut raisonnablement considérer comme nécessaires... »

Article III

La deuxième phrase va plus loin que les articles 8 et 9 de la Convention sur la haute mer. Une cargaison se trouvant sur un navire de guerre ou un navire d'Etat non commercial ne peut être considérée comme commerciale uniquement parce qu'il s'agit d'une matière polluante. Je me permets de proposer d'exclure cette phrase.

Article V

Cet article stipule que l'Etat intervenant doit entrer en consultation non seulement avec d'autres Etats mis en cause mais aussi avec *tous* les titulaires des intérêts directement touchés par l'exécution des mesures à entreprendre. Est-ce nécessaire et est-ce même possible ? Si nous prenons l'exemple du « Torrey-Canyon », ce bâtiment battait pavillon libérien, apparte-

nait à une société immatriculée aux Bermudes, était affrété à d'autres compagnies des Etats-Unis et du Royaume-Uni et il était assuré (*Le Monde*, 28 avril 1967). Qui étaient parmi eux les titulaires d'intérêts ? Comment connaître toutes ces données ? A mon avis, il suffit de consulter les Etats en cause et de leur notifier les mesures le cas échéant.

Article VII

En conformité avec les considérations précédentes, je me permets d'exclure les mots « et aux personnes ».

Amicalement votre

Vladimir Koretsky.

3. Observations de M. Edward McWhinney

March 13th, 1969.

Dear Professor Andrassy,

I am writing to furnish my comments on the *rapport provisoire* that you have prepared in your capacity as *rapporteur* of the Twelfth Commission of the *Institut de Droit international*, and that was sent to me under date January 21st, 1969. I will now reply *seriatim* to the questions set out in your report (pp. 579 to 581) :

Question 1. We should try to present a draft Convention to the *Institut* ; failing acceptance of a draft Convention, a resolution would still be better than nothing at all.

2. Yes.

3. Yes.

4. Yes, except that I would favour deleting the second paragraph of article I, for the reasons indicated below in answer to questions 5 and 6.

5. Delete the second paragraph of article I. It is probable that the first paragraph of article I, as it is now drafted, would be construed as not excluding the traditional immunities of " state " vessels under customary international law. I see, however, no justification for strengthening such claims to immunities by expressly reciting them in article I, paragraph 2.

6. The limitations of the right of intervention, specified in article I, paragraph 2, constitute undesirable gaps in the attempt to provide a comprehensive system of protection against the pollution danger. The trend, anyway, being towards restriction of the claims to immunities of " state " vessels, I would favour eliminating these limitations of the right of intervention altogether.

7. Yes.

8. Yes, though I think it unnecessary.

9. Yes, though I think these definitions are unnecessary.

10. As now drafted, article V still seems to place too heavy a burden of proof on the coastal State, acting to protect itself against the pollution danger, that it has acted " proportionately ". The test of " reasonableness ", as specified in article V, paragraph 2, seems to be the objective one, and may not make enough allowances for the subjective attitudes of the coastal state reacting to a clear and present danger off its shores. I would suggest adding a further qualifying phrase at the end of paragraph two of article V : " provided that a coastal State that has acted in good faith, having regard to the

particular circumstances in which the danger of pollution has arisen, shall not be responsible in damages . . .", or something similar.

11. Yes, subject also to the qualification of " good faith " suggested in response to Question 10, *supra.*

12. Yes.

13. Yes.

14. Since our whole project is posited on the existence of a clear and present danger *(danger imminent et grave)* as the basis for the invocation of the right of self-protection, it seems a quite unnecessary limitation to seek to condition the practical exercise of the right on any prior consultation with other States or with interested persons. Indeed, the existence of such a limitation might effectively frustrate the right of self-protection, viewed as law-in-action. Of course, whether or not the coastal State, having regard to the particular circumstances in which the danger of pollution has arisen, has tried to consult with other States or with interested persons may go to the reasonableness or good faith of its claimed exercise of its right of self-protection.

15. Yes.

16. No. Any issues of fact arising from a claimed exercise of the right of self-protection should be determined according to general fact-finding procedures recognised or applied in general International Law. (See, in this regard, the Report of the U.N. General Assembly's Special Committee on Friendly Relations and Cooperation among States (Mexico City, 1964) on fact-finding.)

17. While I am prepared to accept the *rapporteur*'s views as to the settlement of disputes, I do not think the question of

adoption of a draft Convention or a Resolution by the Institut should wait on this. If need be, our project can go forward without any specific provision as to dispute settlement. (As you know, similar differences as to the various modes of dispute settlement and as to their relative priority *inter se* have plagued the U.N. General Assembly's Special Committee on Friendly Relations and Cooperation among States in its attempts to codify rules as to the Peaceful Settlement of Disputes.)

18. . . .

As to the supplemental questions posed in your letter of February 15th, 1969, I will reply as follows :

Question 1. See my answer to Question 17, *supra.*

2. I agree with your views on the right of self-protection.

3. I agree that we should concentrate on the most important contemporary problem, pollution by hydrocarbures ; but I have no objection, in principle, to extension of our project so as to cover, also, other forms of pollution.

4. I favour the broadest possible extension of the right of self-protection, so as to authorise interventions on the high seas if necessary. I have no doubt that the control of the coastal State in regard to pollution is complete so far as territorial waters are concerned, and that the right of innocent passage does not include any licence to inflict damage by pollution upon coastal States.

I hope that these comments will be helpful and useful to you, and I am looking forward to reading your final report for our Edinburgh reunion.

Sincerely yours,

Edward McWhinney.

4. Observations de M. Fritz Münch

Heidelberg, le 3 mars 1969.

Cher et honoré Confrère,

Votre rapport provisoire divise — à mon avis pour plusieurs raisons convaincantes — la matière en deux parts : les mesures générales de prévention d'accidents et les mesures concrètes de défense contre les nappes d'huile et autres pollutions des eaux marines, une fois l'accident survenu. Je suis d'accord avec la proposition que vous faites à la fin de la partie II de ce rapport, à savoir d'élaborer un projet de Convention relative à la prévention générale, mais de se borner à une énonciation de principes sur les mesures de défense contre les suites d'accidents survenus, énonciation qui constituerait un commentaire et, le cas échéant, une critique du projet de Convention élaboré par l'OMCI.

I. J'appuie vos considérations sur le droit d'autoprotection des Etats (partie III du rapport provisoire). Pourtant il faudrait le qualifier selon les différentes hypothèses dans lesquelles un Etat se verrait amené à l'invoquer. Il est vrai que la Convention sur la haute mer de 1958 ne l'a pas éliminé, mais je pense qu'il y a une différence selon le statut juridique de l'objet contre lequel les mesures protectrices se dirigent. L'autoprotection contre un navire battant pavillon étranger est assez limitée, comme on l'a vu dans le cas du trafic d'armes avec les rebelles algériens. Elle va plus loin, me semble-t-il, à l'égard d'une épave, d'une nappe d'huile ou d'une autre masse de matière nocive.

Votre proposition de limiter nos discussions, pour le moment, aux hydrocarbures me paraît raisonnable, parce que la pollution par ces matières constitue un cas type bien défini et familier. Les mesures préventives générales devraient, si possi-

ble, être internationales dans ce sens que les critères à imposer aux grands pétroliers, les routes particulières à leur prescrire éventuellement, etc., soient déterminés par les organisations internationales appropriées ou par des conférences d'Etats. Vous êtes certainement de la même opinion lorsque vous exigez que les mesures préventives soient nécessaires, raisonnables, et conformes aux standards internationaux (p. 567 ci-dessus).

II. Je me permets trois observations pour clarifier la matière :

1. Il reste entendu que la responsabilité principale pour l'observation de toute mesure préventive internationale reste auprès de l'Etat du pavillon du pétrolier. Beaucoup de pétroliers naviguant sous pavillon de complaisance pour se soustraire à un contrôle sérieux, il est peut-être utile d'y faire allusion soit dans le rapport, soit dans le projet de Convention.

2. Il est peut-être vain d'espérer que les partenaires d'une convention préventive instaurent une police internationale, mais l'idée devrait néanmoins être suggérée dans le rapport. Evidemment cette police ne pourrait pas être exercée contre le pavillon d'un Etat non signataire, mais il se pourrait qu'une pression politique vienne à être exercée sur les Etats à pavillon de complaisance afin qu'ils fassent partie de la Convention proposée.

3. Vous avez pensé avec raison qu'il y a moyen d'imposer le respect des mesures préventives par les Etats à partir desquels et vers lesquels les pétroliers doivent naviguer : fermer les eaux territoriales et les ports aux navires qui ne se mettent pas en règle. Il faut pourtant avouer qu'il y a une catégorie d'Etats hautement intéressés qui restent privés de ce moyen.

Ce sont les Etats qui ne sont ni expéditeurs ni destinataires des pétroliers et dont les eaux territoriales ne sont pas empruntées pour le passage, mais dont les côtes sont longées en cours de route, et exposées au danger. Exemple : Une route pétrolière du Liban vers Venise ou Trieste longe les eaux yougoslaves sur un grand parcours sans les toucher ; ou une route du Texas vers Hambourg longe, dans la Manche, les côtes anglaise, française, belge et néerlandaise sans entrer dans les eaux territoriales de ces pays. Il serait difficile pour l'Etat riverain, en pratique et dans le cas particulier, de prouver l'existence d'un danger assez important pour lui permettre, au titre du droit d'autoprotection, de prohiber en haute mer le voyage d'un pétrolier, même si celui-ci n'était pas en règle sur certains points de la législation nationale ou internationale de sécurité.

III. Permettez-moi, pour disposer de la première partie de la matière, quelques observations sur l'annexe IV de votre rapport.

La tâche de l'Institut n'est pas de formuler les critères techniques et les règles de navigation auxquelles les pétroliers doivent obéir. Si telle organisation internationale ou tel congrès d'Etats parvenait à s'accorder sur ces points, l'Institut pourrait tout au plus réfléchir sur leur portée juridique, notamment à l'égard des Etats non signataires. Il y aurait par exemple la question de savoir si les règles établies sont susceptibles de s'imposer comme droit commun et nécessaire. Mais une convention qui n'énoncerait que quelques règles générales ne me paraît pas utile.

L'annexe IV me semble plutôt envisager le cas d'un Etat qui édicte, de par sa propre initiative, des mesures préventives et cherche à imposer un standard de sécurité en refusant aux pétroliers qui ne s'y conformeraient pas l'accès à ses ports et le

transit par ses eaux territoriales, en dérogation au droit international général.

Vus sous cet angle, la seconde partie de votre article premier et l'article II me semblent devoir être insérés dans un préambule.

Ce qui reste de l'article premier (sa première partie) devrait être suivi immédiatement de l'article V, et les deux articles devraient être un peu plus précisés, peut-être en introduisant l'idée d'un standard raisonnable. Les articles III et IV sont superflus, l'article VII suffisant pour écarter (mais seulement *inter partes*) les droits généraux de passage et d'accès, et pour imposer aux autres parties contractantes le respect des règlements en question.

On ne pourra guère insérer dans la Convention un droit d'intervenir en haute mer contre un pétrolier en faute battant pavillon d'un Etat non contractant, mais on pourra :

a) stipuler un droit d'intervention contre un pétrolier sous pavillon d'un Etat cocontractant, en cas d'irrégularité très sérieuse ;

b) prévoir des démarches communes des Etats contractants contre un Etat non contractant dont les pétroliers sont en état notoire d'irrégularité ;

c) instituer un système effectif de dénonciation, entre les Etats contractants, des navires en faute, comme il existe en vertu de l'article X de la Convention du 12 mai 1954 contre la pollution de la mer.

Quant à l'article VIII de l'annexe IV, je le préfère au texte élaboré par l'OMCI. Il s'agira toujours de la constatation de faits et des conséquences qui en découlent en droit, de sorte qu'une procédure de conciliation — qui vise en principe les éléments politiques d'un différend — est inappropriée.

Il faudrait pourtant réserver les autres procédures arbitrales ou judiciaires qui seraient prévues entre les parties dans des conventions particulières ou collectives antérieures.

5. Je crois que le plus simple, pour exprimer mes opinions sur le droit d'un Etat côtier de combattre les suites d'un accident, est de répondre au questionnaire qui forme la fin de votre rapport :

1. Résolution.

2. Oui.

3. Oui.

4. Oui.

5. Je voudrais préciser davantage que le texte ne vise que le cas d'un accident survenu effectivement, et qu'il s'agit, dans la seconde ligne de l'article premier, de prévenir uniquement les conséquences de l'accident, non pas l'accident lui-même. Ce dernier souci est celui de la première partie de votre rapport et du projet de Convention y afférent.

6. Non, pas pour le temps de paix.

7. Non, j'excepte le transport de ravitaillement pour la marine de guerre.

8. Non. Puisque je préfère une Résolution relative au texte élaboré par l'OMCI, je trouve que l'Institut ne devrait pas faire siennes les définitions adoptées par cette organisation, ni les critiquer tant qu'elles n'impliquent pas une règle jugée inadmissible par l'Institut.

9. Je voudrais ajouter aux intérêts connexes ceux de la pêche dans la région menacée, même en dehors des eaux territoriales ou réservées, et même ceux des pêcheurs étrangers.

10. Aucunes.

11. Oui.

12. Je voudrais pourtant mitiger la responsabilité par des considérations de force majeure et de faute.

13. Oui, et encore avec quelques restrictions.

14. A mon sens, le texte OMCI avec son alinéa D répond aux exigences de la raison.

15. Oui, des consultations après coup peuvent encore être utiles pour la suite des travaux entrepris.

16. Oui, mais cet article ne doit pas exclure qu'un Etat consulte ses propres services techniques et les mette à la besogne.

17. Oui, mais avec suppression de la procédure de conciliation et avec la réserve en faveur des conventions d'arbitrage ou de solution judiciaire qui existeraient parmi les parties en cause (voir *supra ad* art. VIII de l'annexe IV de votre projet).

18. Je voudrais voir énoncer le principe que l'Etat exposant des frais pourra se faire dédommager par les propriétaires, armateurs et autres intéressés au navire et à la cargaison, selon les principes de la responsabilité objective pour risque, et par l'Etat du pavillon lorqu'une faute lui incombe dans la surveillance du navire. La clause de juridiction obligatoire s'applique à de pareilles contestations.

Je propose même une enquête obligatoire par une commission internationale. Puisqu'on prévoit des experts consultants, on pourrait prolonger, pour ainsi dire, leur mandat par leur participation à l'enquête. Mais puisqu'une partie de la responsabilité pour les mesures curatives leur incomberait, ils ne de-

vraient pas constituer, à eux seuls, une commission internationale d'enquête.

Agréez, cher et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments de haute estime.

Fritz Münch.

5. Observations du baron Muûls

Bruxelles, le 10 avril 1969.

Cher et très honoré Confrère,

Pour répondre à votre lettre du 15 février, je me permets de vous communiquer ci-dessous mon opinion relativement aux quatre questions qui s'y trouvent posées :

I. Il va de soi que les travaux de l'OMCI et de son Comité juridique doivent être pris en considération par notre Commission. J'incline cependant à penser qu'il serait préférable de ne pas reprendre les textes de l'OMCI mais d'adopter une Résolution s'inspirant largement, en fait, des principes définis par le projet de l'OMCI quant aux suites des accidents en haute mer de nature à polluer par des hydrocarbures les espaces maritimes.

II. Quant aux conclusions de la section III du rapport relatives au droit d'autoprotection, il me paraît souhaitable de souligner le caractère dans une certaine mesure *relatif* des règles fondées sur une distinction entre la mer territoriale et la haute mer ; au cours des temps, la limite des trois milles marins s'est trouvée modifiée par suite des exigences de l'autoprotection compte tenu notamment des conditions locales. Dans un intérêt international, suivant la nature des droits à

protéger, peuvent aussi s'imposer des distinctions rappelées dans le projet du rapporteur : limites de pêche, zone contiguë à la mer territoriale. Il faut reconnaître qu'en matière de protection des eaux contre la pollution par hydrocarbures, la limite de la mer territoriale perd en grande partie sa raison d'être dans la mesure où l'on reconnaîtra que l'intervention de l'Etat côtier se situe dans l'intérêt commun des riverains : du moins dans les mers étroites, l'extension de part et d'autre de l'autoprotection des rivages opposés et des ports amènera tout naturellement l'adoption d'un contrôle par un organisme international.

III. D'accord pour envisager dans le rapport uniquement le cas de pollution par hydrocarbures.

IV. Les articles du projet (annexe IV) concernant la prévention des accidents, respectent le droit de passage inoffensif. A cet égard, l'article V ne devrait pas être interprété comme étant de nature à permettre à l'Etat riverain l'interdiction du passage de navires de gros tonnage, sauf dans le cas où l'Etat du pavillon n'aurait pas réglementé efficacement les conditions de navigabilité de manière à éviter raisonnablement les risques de pollution.

Je crois devoir ajouter qu'à mon sens, en cas de contestation, le recours à l'arbitrage devrait être convenu comme obligatoire de préférence devant une organisation judiciaire spéciale.

Je vous prie, cher et très honoré Confrère, d'agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs et tout dévoués.

Fernand Muûls.

6. Observations de M. Charles Rousseau

Paris, le 14 mars 1969.

1. Je préférerais la forme d'une Résolution. Mais le projet d'articles que vous avez rédigé est parfaitement acceptable.

2. Oui.

3. Non.

4. Oui.

5. On ne devrait pas limiter les possibilités d'intervention au seul cas d'accident de mer, mais viser aussi les cas de pollution volontaire ou de pollution par négligence.

6. Elles sont probablement inévitables dans l'état actuel du droit positif, mais n'en sont pas moins éminemment regrettables.

7. Oui, en principe.

8. Oui.

9. Oui.

10. L'article V du projet de l'OMCI ne représente qu'un ensemble de « standards » ou de directives souhaitables, mais on ne peut en dissimuler l'imprécision.

11. Oui.

12. Il y aurait lieu de remanier cette formule qui, ainsi rédigée, est peu satisfaisante et, dans une certaine mesure, contradictoire. Qu'est-ce en effet qu'une mesure qui, « prise dans le cadre d'une convention », est « contraire à ses dispositions » ?

13. Pas d'opinion sur ce point.

14. Il ne peut pas être trop rigide à cet égard.

15. Oui.

16. Oui.

17. Oui.

18. La réglementation envisagée ne devrait pas se borner aux seuls « navires-citernes » et « autres navires transportant des matières polluantes », mais viser expressément les navires à propulsion nucléaire, à moins qu'on n'estime qu'ils sont implicitement compris dans la formule précédente.

Charles Rousseau.

7. Observations de Sir Francis Vallat

London, 11th April 1969.

Cher et très honoré Confrère,

It is with sincere apologies that I venture to tender my belated comments on your excellent and stimulating Provisional Report on international measures for the prevention of pollution of the seas. Unfortunately, urgent matters of first priority have made it impossible for me to turn my attention to your Report until now.

Although these comments will reach you too late to be taken into account in the drafting of your definitive Report, I felt that the subject was too important to pass over in silence and that it might be possible for a copy of my letter to be forwarded to the Secretary-General of the Institute and possibly printed among the annexes to your Report.

In the circumstances, my answers to your questions will be as short as possible. They will be directed in the first place to

the four principal questions raised in your letter of the 15th February 1969 and, secondly, to the questions expressly asked in your Provisional Report.

With respect to the questions raised in your letter of the 15th February I have the following observations :

1. I agree with the division of the subject into two aspects and with the preparation, as regards the prevention of accidents, of Articles that might form the basis of a Draft Convention. On the other hand, I think it would be better, as regards the prevention of the consequences of accidents, to prepare a Resolution which should be directed towards the Draft Convention already prepared by IMCO (attached as Annex I to the Provisional Report). My reasons for this view are that considerable progress has been made by IMCO along lines which are broadly satisfactory and that it would be more useful to offer constructive criticisms of a draft that has at least received some measure of support from governmental representatives, than to offer an alternative draft that would inevitably involve some fresh thinking and, perhaps, unnecessary complication. In the present field of study, the Institute should lend its weight to the encouragement of progress along paths which are likely to be acceptable to Governments.

2. While I agree that the right of self-protection is, in principle, recognised in customary International Law, I do not think that it is sufficiently developed in itself to meet the needs arising from the various problems connected with the pollution of the seas. The general right of self-protection may be regarded as a broad justification for measures to be taken to combat pollution, but the modalities require careful examination and some elaboration in detail. Moreover, it seems to me that the principle of necessity should also be borne in mind in the process of this examination and elaboration.

In any event, it is necessary to bear in mind, not only the self-protection of the riparian State, but also the interests of other States that may be involved in any particular case. In other words, self-protection might operate in favour of different States in the same case ; the riparian State wishing to protect its coast and fisheries and another State wishing to protect its interest in the ship and the cargo which might be of vital concern to it.

3. I agree generally with the approach suggested in Section IV, paragraph 2. The principles involved should be applicable not only to hydro-carbon oils, but also to other substances whose escape would be likely to cause serious pollution. Nevertheless, it has to be admitted that the most immediate problem relates to oil and that other substances (e.g. nuclear waste) may require special treatment.

4. The draft Articles concerning the prevention of accidents in Annex IV seem to me to contain a conservative and sound approach to this problem. Although it might be possible to deal with the problem so far as it arises within territorial waters on the basis of existing customary law, it is advisable to contemplate an International Agreement on this subject. It may be regretted that more cannot be done to deal in similar manner with the prevention of accidents on the high seas, but there is no use trying to go too far and too fast.

As regards the Articles themselves, I should like to comment on Articles V, VII and VIII.

Article V raises questions of some difficulty. If the coastal State is to be entitled to lay down technical requirements for ships in the interest of the safety of navigation and it makes such provisions there is, of course, a risk that these will oper-

ate in a discriminatory manner. Accordingly, it is highly desirable that any such requirements shall conform with international standards and not to be made unilaterally. If, however, unilateral action is permitted, then it is difficult to see how it could be regarded as permissible for a ship to comply by comparable measures which are regarded as satisfying the needs of the safety of navigation. Either the coastal State is to be entitled to lay down its own requirements, or some international authority is necessary. It is unrealistic to visualise a situation in which, for example, a flag State can lay down requirements and maintain that they meet the needs of safe navigation where these are not in fact the same as the requirements of the coastal State.

Perhaps of more importance in this connection is that there should be no discrimination as to the requirements for foreign ships and ships flying the flag of the coastal State itself.

In principle, Article VII is acceptable, but again it is important that its provisions should be applied without discrimination.

The recognition of the competence of the International Court of Justice in Article VIII is most welcome. As a rule I would be among the first to support a provision for the submission of legal disputes to the Court if the parties are unable to settle the dispute by other means. I wonder, however, whether in the present case it would not be better to contemplate arbitration as the final resort. The main reason for this suggestion is that the issues involved are likely to be highly technical and it might be better to have a tribunal composed, at least in part, of persons having the necessary technical knowledge.

May I now turn to the questions relating to Section V of the Provisional Report (pages 579-581).

1. As indicated above I would prefer a Resolution.

2. In my view the Resolution should encourage Governments to accept a Convention dealing with accidents occurring in territorial waters as well as on the high seas. In any event, it should be clearly understood that Governments do have the right by virtue of their sovereign powers in territorial waters to take steps to deal with the risk of damage from accidents causing pollution to the waters. If the matter is left unregulated by Convention, it should only be on this basis.

I do not think, however, that it is satisfactory to leave the matter there. There are various reasons for this view. One is that even after the occurrence of an accident, other States may still have an interest in the ship and its cargo, which should be adequately protected. In such circumstances, it would appear to be equitable to apply principles limiting the freedom of action of the coastal State, similar to those applicable in the case of accidents occurring on the high seas. Even if a greater liberty of action is permitted, it should not be wholly unfettered.

There is another technical reason for this view, namely, that passage through the territorial sea, whether in the course of proceeding to a port or to other areas of the high seas, does not necessarily cease to be " innocent " merely because an accident occurs on or to a ship. One can readily visualise a situation in which a large oil tanker is holed in a collision through no fault of its own and a conflict of interests arises immediately between the ship and the coastal State. In these circumstances, is it right that the passage should be regarded as ceasing to be " innocent " and that the coastal State should have absolute powers to deal with the ship irrespective of the interests of others concerned with the ship and its cargo? I think not.

3. In general, yes, but please see answer to the general Question 2 above.

4. Yes.

5. Please see the answers to 6 and 7 below.

6. I agree with the limitations in Article I, except that I would prefer to omit the words, " par les hydrocarbures ".

7. As to paragraph 2, I do not think it should be sufficient to exclude the application of the provisions of Article I that a ship belongs to a State although I think that ships engaged by a Government on non-commercial services might be excluded. It is, in any event, unlikely that ships engaged on non-commercial activities will carry excessively large quantities of oil.

Incidentally, so far as I can ascertain, the United Kingdom has no oil-carrying naval auxiliaries that could be regarded as coming into the " giant tanker " class, although there are some with a considerable oil-carrying capacity.

However, it seems to me that in principle naval ships should continue to be treated as such and not regarded as commercial transports merely because they carry a large quantity of oil. It may be that special provisions are required with respect to naval vessels, including auxiliaries, but I would not favour assimilating such vessels to commercial transports.

8. Yes.

9. Yes.

10. Article V is, in general, satisfactory.

11. I accept the suggested completion of the text.

12. Yes.

13. See 12.

14. The obligation to initiate consultations should be strict but should not operate so as to prevent the State from taking measures urgently required to avoid or minimise damage.

15. Yes.

16. Article IV of the IMCO Draft is generally satisfactory.

17. I share the view that there should be a provision for the ultimate reference of disputes to arbitration by unilateral application. For the type of dispute that is most likely to arise I think that, failing any other agreed method of settlement, arbitration is likely to be the most suitable.

18. I should like to raise the broad question of liability (including the position of insurers). I recognise, however, that it is outside the scope of the present study and involves a large number of difficult and complicated issues.

Please accept my sincere apologies both for the delay and for the inadequacy of these observations, having regard to the merits of your Provisional Report.

Veuillez croire, cher et très honoré Confrère, aux assurances de mes sentiments les plus distingués et cordiaux.

Francis Vallat.

8. Observations de M. J. H. W. Verzijl

Utrecht, le 11 mars 1969.

Cher et éminent Collègue,

Je dois commencer par vous offrir mes excuses sincères pour n'avoir pas réagi plus tôt à vos circulaires concernant le

travail de la Douzième Commission. La cause en est que je me suis senti surmené et que mon âge me forçait à me ménager plus que je ne l'eusse désiré. Je me borne maintenant à vous exprimer mon accord avec la teneur générale de vos exposés et à répondre brièvement aux questions posées dans votre rapport provisoire et dans votre lettre du 15 février dernier.

Section IV

1. Je n'ai pas d'objections à une division du travail en deux parties séparées, mais vos solutions devraient alors, à mon avis être formulées les unes et les autres dans un projet de Convention couvrant les deux matières — en ce qui concerne la deuxième, dans un texte parallèle à celui de l'OMCI. Il y a, me semble-t-il, trop de cohérence entre les deux pour les garder séparées.

2. J'accepte volontiers le principe d'autoprotection comme base de la solution des problèmes à résoudre et des limitations que vous formulez.

3. Etant donné que ce sont particulièrement les hydrocarbures qui menacent la mer et les côtes, je n'ai pas d'objection à concentrer notre attention sur cette cause de pollution, mais j'aimerais à voir insérée une clause disant que la Convention s'applique *mutatis mutandis* à d'autres matières polluantes (exceptés les cas de pollution nucléaire et des forages sous-marins).

4. Ma réponse relative à vos section et annexe IV doit être plus détaillée. A la fin de la page 566 vous parlez d'un navire « qui passe près des côtes, mais en dehors des eaux juridictionnelles », et vous répétez cette dernière qualification aux articles IV et VII de votre annexe IV. Est-ce qu'elle comprend la zone contiguë ? Et sinon, ne serait-il pas recom-

mandable de le dire, ou d'autoriser l'Etat côtier en des termes exprès à édicter des mesures applicables aussi dans cette zone ? Une telle autorisation est, à mon avis, pleinement justifiée.

Par ailleurs, la rédaction de votre annexe IV ne me satisfait pas, notamment en ce qui concerne les rapports logiques entre les articles I, II et IV. L'article premier, lu isolément, suggère l'idée de l'introduction obligatoire, unilatérale et autonome, des mesures protectrices. Lu en liaison avec l'article II, il ouvre une autre perspective. Mais alors, deux autres questions se posent : *a)* Comment est-il juridiquement possible pour des Etats individuels contractants d'obliger un organisme international à faire quelque chose ? *b)* Le rapport entre les deux articles ne comporte-t-il pas, après tout, que les Etats individuels s'engagent à introduire unilatéralement des mesures futures, à déterminer internationalement ? Je n'y vois pas très clair. D'une part, on peut se figurer très bien que des lois nationales imposent des devoirs à des navires sous pavillon national, et même qu'elles introduisent une prohibition à des navires étrangers d'entrer dans les eaux nationales s'ils ne répondent pas à certaines exigences techniques ou autres. D'autre part, dans les deux cas, il faut, en principe, que ces lois nationales soient conformes aux exigences internationales pour produire l'effet désiré. En outre, il y a toujours des pays dans l'ordre légal desquels les accords internationaux ne sont pas considérés comme liant directement ceux qui sont soumis à leur juridiction, ou qui tendent à les considérer comme n'étant pas « self-executing » — raisons qui plaident en faveur de la promulgation de lois nationales. Il y a, en général, quelque chose d'étrange dans une juxtaposition de deux articles, dont le premier oblige les Etats à édicter des mesures d'un contenu assez vague, et le second qui ne fait aucune tentative pour les préciser, mais se borne à renvoyer à un accord inter-

national futur. Cela revient, en effet, à créer des obligations internationales sans aucun contenu précis.

Je ne vois pas clairement comment parer à ces obligations. En réfléchissant à cela, j'en arrive à l'article IV qui autorise les Etats côtiers, en cas de défaut total de mesures internationales, à édicter de leur propre autorité des mesures nationales — à nouveau sans contenu bien défini — ou, au cas de leur insuffisance, à les compléter. La manière dont les règles projetées sont rédigées suggère l'impossibilité de formuler dès maintenant, même en leurs grandes lignes, les mesures nécessaires de prévention que vous énumérez dans votre exposé (pp. 566, 568-569) et la nécessité d'en renvoyer la spécification à un congrès ou organisme international. Quant à moi, je préférerais de beaucoup les insérer dans le texte tout de suite, ce qui rendrait la rédaction plus facile. Mais si vous croyez que cela est impossible, il faudrait, à mon avis, que les articles conçus comme devant former le contenu textuel d'une véritable convention, consacrent essentiellement les principes suivants et préférablement dans l'ordre suivant :

a) les Etats contractants reconnaissent le droit de tout Etat côtier, en attendant la réalisation d'un accord international satisfaisant plus détaillé, de subordonner le passage de navires-citernes par leur mer territoriale et leur zone contiguë à l'observation d'exigences propres à éviter dans la mesure du possible des accidents pouvant causer la pollution des milieux marins ;

b) les exigences visées *sub a)* peuvent porter sur la construction des navires-citernes, sur les instruments de navigation, les qualifications du personnel de commande, les routes à suivre, la vitesse maxima, et sur d'autres facteurs essentiels ; elles doivent rester dans les strictes limites de leur but et ne doivent en aucune manière être discriminatoires ;

c) les Etats contractants s'engagent à négocier un accord international pour préciser, à titre collectif, les exigences requises ou à coopérer à leur définition plus précise par un organisme international autorisé et à mettre leur législation nationale en harmonie avec les règles internationales ainsi fixées.

En ce qui concerne votre article III, je dois avouer qu'il me rappelle trop l'article d'un certain projet de déclaration des droits et devoirs des Etats, disant que « ceux-ci sont obligés de remplir leurs devoirs ».

Section V

1. Je préfère décidément un projet de Convention indépendant qui combine les aspects préventif et répressif. Voir *supra*.

2. Certainement.

3. Oui, sans aucune hésitation.

4. Oui.

5. Pas de modifications spéciales. J'accepte aussi votre formule.

6. « Très importantes ou catastrophiques » ? Je ne vois pas comment des conséquences « catastrophiques » peuvent ne pas être « très importantes ». Par ailleurs, le mot « catastrophiques » me paraît trop fort.

7. J'accepte le principe, mais je n'aime pas ces *fictiones juris*. Pourquoi pas : « ... ou exploité par lui, autre qu'un navire-citerne » ?

8. Oui.

9. Je ne comprends pas très bien la portée des neuf derniers mots. Est-ce qu'il est nécessaire que l'accident menace un autre navire ou sa cargaison ?

10. Pas d'observations spéciales. La rédaction ne peut être qu'un peu vague.

11. Cette addition me paraît raisonnable.

12. ...

13. Je préfère la vôtre.

14. L'obligation doit, en principe, être stricte ; la clause *sub* D suffit à permettre les exceptions.

15. Je ne vois pas beaucoup d'utilité à ouvrir des consultations après coup.

16. Etant donné que la consultation d'experts indépendants est facultative, et que leurs avis sont aussi non-obligatoires, et à bon droit, je n'ai aucun besoin de nouvelles listes.

17. C'est ma ferme conviction que l'Institut doit toujours insister sur une solution pacifique des différends qui mène à une sentence obligatoire, si d'autres moyens ne paraissent pas efficaces. J'accepte votre proposition à la page 571.

18. ...

Veuillez, agréer, cher et éminent Collègue, l'expression de ma haute considération.

J. H. W. Verzijl.

9. Observations du Président d'honneur, M. Charles De Visscher

Bruxelles, le 29 janvier 1969.

1. Je suis pleinement d'accord pour reconnaître les grands mérites du projet de Convention de l'OMCI. Bien entendu, avec notre distingué rapporteur, je constate que ce projet ne couvre que les accidents effectivement survenus. La mission de notre Commission doit s'étendre à leur prévention et cela dans les termes énoncés à la page 565 du rapport provisoire et à la page 572.

2. Vu l'avancement des travaux de l'OMCI, je préfère présenter le résultat de notre travail comme un projet de Résolution plutôt que comme un projet de Convention.

3. Comme sur la plupart des points essentiels les vues de l'OMCI concordent avec celles de notre Commission, je suis d'accord de prendre pour base de discussion le projet de l'OMCI pour les questions qui s'y trouvent traitées et, par conséquent (p. 572, rapport provisoire) pour « n'envisager que les problèmes posés par un accident survenu en haute mer, dans une partie assez proche du territoire d'un Etat pour que les effets de la pollution causent des dommages sensibles aux intérêts de cet Etat ». Ainsi est exactement couvert le cas du « Torrey-Canyon ».

4. Sans méconnaître le lien entre les mesures qu'un danger imminent et grave oblige un Etat à prendre pour prévenir, enrayer ou atténuer les accidents ou leurs conséquences et la notion du droit de passage inoffensif par la mer territoriale, j'estime que les mesures d'autoprotection ont une plus large

dimension. Il est bien connu que l'exercice du droit de passage inoffensif prête à des interprétations restrictives qui ne s'adaptent pas à nos problèmes. Il faudrait, pour le moins, concevoir le droit d'autoprotection comme élargissant en notre matière les dispositions de la Convention de Genève de 1958. Tel me paraît, d'ailleurs, le point de vue de notre rapporteur (article IV de son projet). De toute façon, c'est la nécessité d'une autoprotection qui fournit la justification finale : ses exigences inéluctables mettent en jeu un « droit inhérent » de l'Etat, sans qu'il y ait lieu de faire appel à la coutume.

5. Quant à la nature des mesures que pourrait prendre l'Etat riverain, j'estime qu'il y a lieu de fusionner le texte du premier paragraphe de l'article premier du projet de l'OMCI avec les articles premier et II du projet du rapporteur pour les accidents survenus en haute mer.

Il serait bon, pour la clarté de la pensée, de distinguer davantage, d'une part, les réglementations d'ordre général qui doivent être édictées et portées à la connaissance de la navigation (article VI du projet du rapporteur) et, d'autre part, les décisions d'espèce qu'en face d'un danger imminent ou en cours un Etat est autorisé à prendre. L'urgence commandera le choix, et, par conséquent, il y aurait lieu de faire application du *littera* D de l'article III du projet de l'OMCI. Ce sont surtout des décisions de cet ordre dont la légitimité pourrait soulever des contestations et donner éventuellement ouverture à responsabilité internationale.

6. Prévention des contestations et règlement des différends.

La « notification » immédiate des mesures d'espèce est essentielle chaque fois que les intérêts d'Etats tiers peuvent se trouver engagés. Une « consultation » peut être rendue impos-

sible en raison de l'urgence. La conciliation et l'arbitrage sont à prévoir ; mais il ne me paraît pas nécessaire de formuler ici des propositions détaillées couvrant leur organisation et leur fonctionnement. D'accord pour le règlement judiciaire par la CIJ là où il y a lien de juridiction obligatoire et, par conséquent, possibilité de requête unilatérale.

Charles De Visscher.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
du Tome I

PREMIÈRE PARTIE
Travaux préparatoires

Pages

I. **La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales** (Quatrième Commission). Rapport provisoire et rapport définitif de M. Pierre Pescatore 1

1. *Rapport provisoire* de M. Pierre Pescatore d'octobre 1968 1

Introduction (nos 1-6) 1

PREMIÈRE PARTIE

Notion, histoire et systématique de la clause 7

Notion et rôle de la c.n.p.f. (7-9) 7

§ 1. *Historique de la multilatéralisation de la clause* 10

Travaux de la S.d.N. sur la clause (10, 11) 10

La « Charte de La Havane » et le GATT (12-14) 12

§ 2. *Systématique de la clause* 15

L'évolution récente de la c.n.p.f. dans les conventions bilatérales (16-19) 16

La clause et le principe de non-discrimination (20-22) 20

La clause et le principe du traitement national (23-26) 22

La clause et le principe de réciprocité (27-30) 26

La clause et la doctrine des effets des traités à l'égard des tiers (31, 32) 32

§ 3. *Analyse critique de la clause dans sa forme bilatérale* 34

La clause et la politique commerciale (34, 35) 35

La clause et les obstacles non tarifaires (36, 37) 38

L'instabilité des droits conférés par la clause (38) 40

La clause et le régime de la concurrence internationale (39, 40) . . 41

La clause et le régime des dérogations (41-43) 43

DEUXIÈME PARTIE

Pages

La c.n.p.f. dans le contexte multilatéral 47

§ 1. *La c.n.p.f. dans le cadre de l'Accord général* 47
Les principes du GATT (46-48) 48
Le mécanisme de négociation du GATT (49-53) 51
Multilatéralisation progressive de la méthode de négociation (54, 55) 55
Délimitation du champ d'application de la clause (56-59) 56
Clauses échappatoires et règlement des litiges (60-63) 59
Conclusions sur le GATT (64) 62

§ 2. *La c.n.p.f. dans les traités d'intégration économique* 63
Absence de la clause du système de la C.E.E. (66) 64
Rôle transitoire de la c.n.p.f. dans le Benelux (67) 66
Recours occasionnel à la c.n.p.f. dans l'A.E.L.E. (68, 69) . . . 67
Rôle central de la clause dans l'A.L.A.L.C. (70-73) 68
Disparition de la c.n.p.f. dans le système d'intégration Centre-américain (74, 75) 72
La c.n.p.f. dans les accords d'association de la C.E.E. (76-78) . 73

§ 3. *Conventions multilatérales ne faisant aucune référence à la notion du t.n.p.f.* 75
Conventions multilatérales d'établissement (80, 81) 76
Accords internationaux sur les produits de base (82) 77
Conventions douanières conclues sous l'égide des Nations Unies (83) 78

TROISIÈME PARTIE

Les limites de la clause 79

§ 1. *La clause et les pays à commerce d'Etat* (85) 80
Les données du problème (86-88) 81
Les tentatives de solution (89-93) 84
Perspectives d'avenir (94) 87

§ 2. *Préférences en faveur des pays en voie de développement* 88
Données fondamentales du problème (95) 88
De quelques anticipations sur le régime des préférences (96-99) . 90
Premières tentatives de solutions multilatérales : « Charte de La Havane » et GATT (100, 101) 93
Travaux et projets de la C.N.U.C.E.D. (102-105) 94
Problèmes soulevés par l'octroi de préférences en faveur du développement (106, 107) 97

Pages

§ 3. *La c.n.p.f. et les accords régionaux* 99

Remarques introductives (108-110) 99
Antécédents du problème dans la pratique bilatérale (111-115) . 102
Les travaux de la S.d.N.: « conventions plurilatérales », régionalisme (116-121) 106
Le GATT et les intégrations régionales (122-126) 112
Base systématique d'une solution: intégration et mesures de « libération relative » (127-130) 116
Principe de la solution: priorité de l'intégration sur les mesures de libération relative (131-136) 119
Application pratique du principe (137-141) 126
Prévisions sur la structure future de l'économie mondiale (142-143) 131

Conclusions 134

Attitude à prendre à l'égard de la Résolution de 1936: points à confirmer (145) 134
Points à reviser (146-148) 135
Présentation du nouveau projet de Résolution (149, 150) 137
Avant-projet de Résolution 141

Annexes :

Exposé préliminaire de M. Pierre Pescatore du 10 janvier 1967 . 147

Questionnaire 158

Observations des membres de la Quatrième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Pierre Pescatore du 10 janvier 1967 160

1. Observations de M. Paul Guggenheim 160
2. Observations de M. Edvard Hambro 162
3. Observations de M. R. Y. Jennings 163
4. Observations de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga 164
5. Observations de M. Paul Reuter 166
6. Observations de M. Max Sørensen 169
7. Observations de M. Etienne Szászy 172
8. Observations de Sir Francis Vallat 191
9. Observations de M. Kisaburo Yokota 192

2. *Rapport définitif* de M. Pierre Pescatore de mai 1969 194

Observations relatives à l'introduction 195

Pages

Observations relatives à la première partie : Notions, histoire et systématique de la clause 199

L'évolution de la c.n.p.f. dans les conventions bilatérales . . . 199

La clause et le principe de non-discrimination 199

La clause et le principe du traitement national 201

La clause et le principe de réciprocité 203

La clause et la doctrine des effets des traités à l'égard des tiers . 206

L'effet de la clause et la règle *eiusdem generis* 207

Observations relatives à la deuxième partie : La c.n.p.f. dans le contexte multilatéral 210

Le mécanisme de négociation du GATT 210

N'existe-t-il pas d'autres conventions multilatérales appliquant la technique de la c.n.p.f. 212

Observations relatives à la troisième partie : Les limites de la clause 214

La clause et les pays à commerce d'Etat 215

Préférences en faveur des pays en voie de développement — données fondamentales du problème 220

La c.n.p.f. et les accords régionaux 222

Avant-projet de Résolution 230

Observations générales 230

Examen du détail des observations 232

Conclusion 239

Avant-projet de Résolution amendé 241

Annexes :

Observations des membres de la Quatrième Commission en réponse au rapport provisoire et à l'avant-projet de Résolution présentés par M. Pierre Pescatore en octobre 1968 248

1. Observations de M. Jorge Castañeda 248
2. Observations de M. Paul Guggenheim 254
3. Observations de M. Edvard Hambro 257

Pages

4. Observations de M. R. Y. Jennings 258

5. Observations de M. Paul Reuter 259

6. Observations de M. Max Sørensen 265

7. Observations de M. Endré Ustor 268

8. Observations de Sir Francis Vallat 279

9. Observations de M. Stephan Verosta 281

Indications bibliographiques 284

II. Les obligations délictuelles en droit international privé (Vingt-sixième Commission). Rapport provisoire de M. *Johannes Offerhaus* et rapport définitif de M. *Otto Kahn-Freund* 293

1. *Rapport provisoire de M. Johannes Offerhaus du 15 août 1966 sur les obligations délictuelles en droit international privé* 293

1. La qualification 294

2. Domaine général des obligations délictuelles en catégories spéciales 299

3. Exceptions éventuelles au domaine général 303

a) Les cas qui touchent au droit de la famille 303

b) Les cas du droit public ou les cas soumis à la juridiction des tribunaux 304

c) Le droit du travail 305

e) La concurrence déloyale 305

f) Les accidents de la circulation 307

g) Actes commis en haute mer, dans l'air et dans l'espace . . 309

4. Soumission de certaines catégories à des règles de conflits spéciales 311

5. Application de la loi du lieu du délit 312

6. Lieu de l'acte ou/et lieu du préjudice 318

7. Nationalité du pays du for 323

8. Acte illicite d'après la loi du lieu et d'après la loi du for? . . . 324

9. Remplacement de la loi du lieu par le statut personnel commun ou la « sphère juridique » 326

Pages

10. *Lex fori* et *forum conveniens* 333
11. Loi applicable aux divers rapports juridiques 335
Projet provisoire de Résolution 342
Annexes :
Exposé préliminaire de M. Johannes Offerhaus du 1er août 1965 346
Questionnaire du 1er novembre 1965 371
Observations de membres de la Vingt-sixième Commission et de MM. *Fragistas* et *Miaja de la Muela* 374
1. Réponse de M. André Audinet 374
2. Réponse de M. Henri Batiffol 379
3. Réponse de M. Elliott E. Cheatham 388
4. Réponse de M. Otto Kahn-Freund 393
5. Lettre de M. Otto Kahn-Freund 403
6. Observations de M. Alexandre Makarov 405
Réponses de M. Makarov au questionnaire 415
7. Réponse de M. Georges S. Maridakis 417
8. Réponse de M. Rodolfo De Nova 421
9. Réponse de M. Charalambos Fragistas 425
10. Réponse de M. Adolfo Miaja de la Muela 434
2. *Final Report and Draft Resolution presented by M. Otto Kahn-Freund on Delictual Obligations in Private International Law* . . 435
I. Genesis of the present Draft Resolution 435
II. General Character of the Resolution 437
III. The Scope of the Resolution 446
IV. The Principle and its Exceptions 457
V. The Definition of the *Locus Delicti* 467
VI. Ordre public 469
VII. Conclusion 471
Draft Resolution 472
Projet de Résolution 478

Pages

Annexes :

I: Letter of M. Otto Kahn-Freund of the 1st August 1967 to the Members and Invited Members of the 26th Commission . . . 484

II: *Observations of Members of the 26th Commission* and of M. *Miaja de la Muela* on the *rapport provisoire* presented by M. Johannes Offerhaus 496

1. Réponse de M. André Audinet 496

2. Successive Observations of M. Elliott E. Cheatham 497
Tentative Draft Resolution of M. Elliott E. Cheatham . . . 502

3. Réponse de M. Adolfo Miaja de la Muela 503

4. Observations de M. Wilhelm Wengler 505

III. Etude des mesures internationales les plus aptes à prévenir la pollution des milieux maritimes (Douzième Commission). Rapport provisoire et rapport définitif de M. *Juraj Andrassy* 547

1. *Rapport provisoire* de M. Juraj Andrassy du 3 janvier 1969 547

I. Observations des membres de la Commission 548

II. Travaux au sein de l'OMCI 554

III. Considérations générales 559

IV. Prévention des accidents 565

V. Mesures en cas d'accident survenu 572

Annexes :

I (document OMCI). — Projet d'articles sur le droit d'intervention de l'Etat riverain en cas d'accident de mer survenant au-delà de ses eaux territoriales et entraînant ou pouvant entraîner une pollution de la mer (par les hydrocarbures) 582

(Protocole) De la conciliation 586

De l'arbitrage 589

II (document OMCI). — Projet d'articles de l'URSS sur le règlement des différends 592

III (document OMCI). — Projet de résolution 593

IV. — *Projet d'articles de M. Juraj Andrassy concernant la prévention des accidents* 595

Pages

V. — *Projet d'articles de M. Juraj Andrassy régissant l'action en cas de danger de pollution* 597

VI. — *Exposé préliminaire* présenté par M. Juraj Andrassy le 28 avril 1968 599

VII. — *Observations des membres de la Douzième Commission* en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Juraj Andrassy du 28 avril 1968. 614

1. Observations de M. Wm. W. Bishop Jr. 614
2. Observations de M. Vladimir Koretsky 618
3. Observations de M. Edward McWhinney 626
4. Observations de M. Fritz Münch 630
5. Observations du Baron Fernand Muûls 637
6. Observations de M. Charles Rousseau 640
7. Observations de Sir Francis Vallat 644
8. Observations du Président d'honneur, M. Charles De Visscher 649

2. *Rapport définitif* de M. Juraj Andrassy d'avril 1969 653

Prévention des accidents 655

Mesures en cas d'accident survenu 660

Projets de Résolutions 664

a) Prévention des accidents 664

b) Mesures en cas d'accident survenu 667

Annexes :

I. Lettre additionnelle au rapport provisoire, adressée par M. Juraj Andrassy aux membres de la Douzième Commission le 15 février 1969 671

II. *Observations des Membres de la Douzième Commission* en réponse au rapport provisoire et au questionnaire de M. Juraj Andrassy du 3 janvier 1969 ainsi qu'à sa lettre du 15 février 1969 (annexe I) 673

1. Observations de M. William W. Bishop 673
2. Observations de M. Vladimir Koretsky 677

Pages

3. Observations de M. Edward McWhinney 684
4. Observations de M. Fritz Münch 688
5. Observations du baron Muûls 694
6. Observations de M. Charles Rousseau 696
7. Observations de Sir Francis Vallat 697
8. Observations de M. J. H. W. Verzijl 703
9. Observations du Président d'honneur, M. Charles De Visscher 709

Table analytique des matières 712