

idi 16/1.a

Institut de Droit international
Annuaire, Vol. 60, Tome I
Session de Cambridge 1983
Travaux préparatoires

Institute of International Law
Yearbook, Vol. 60, Part I
Session of Cambridge 1983
Preparatory work

1000185 Y

1983

1983

Institute of International Law

Yearbook

Vol. 60, Part I

Session of Cambridge 1983

Preparatory work

Justitia et Pace

Editions A. PEDONE - 13, rue Soufflot - Paris

Institut de Droit International

Annuaire

Vol. 60, Tome I

Session de Cambridge 1983

Travaux préparatoires

Justitia et Pace

Editions A. PEDONE - 13, rue Soufflot - Paris

Adresses de l'Institut de Droit international

Secrétariat :

M. Nicolas Valticos,
Secrétaire général,
22, av. William-Favre
CH-1207 Genève (Suisse)
Tél. (022) 36-07-72

Mme Hans Wehberg
3, place des Eaux-Vives
CH-1207 Genève (Suisse)
Tél. (022) 36-26-20

Trésorerie :

M. Frank Vischer,
Trésorier,
22, Bäumleingasse
CH-4001 Bâle (Suisse)
Tél. (061) 23-30-60

Mme René Lachenal
12, rue du Vieux-Moulin
CH-1213 Onex-Genève (Suisse)
Tél. (022) 92-41-09

Alls rights reserved.

No part of this publication may be translated into other languages, reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, microcopying, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

© Copyright 1983 by Editions Pedone
Printed in France by Bosc Frères, Lyon
ISBN 2-233-00116-8

Table des matières

Le droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques (Neuvième Commission)

<i>Rapport provisoire de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern</i>	1
I. Définition	1
II. Personnalité	7
III. Relations avec des tiers	13
IV. Relations <i>inter socios</i>	15
a) Les différents types d'entreprises	15
b) Dissociation de l'élément contractuel des dispositions d'un traité établissant une entreprise internationale commune	21
c) Interprétation des règles de droit interne applicables aux relations <i>inter socios</i>	22
V. Règlement des litiges	24
VI. La « loi nationale » d'une entreprise internationale commune ..	25
VII. La nationalité de l'entreprise internationale commune	26
VIII. Protection diplomatique	27
IX. Responsabilité internationale	29
X. Responsabilité en droit interne	31
XI. Privilèges et immunités	34
XII. Régime de propriété	36
Projet provisoire de résolution	38
<i>Annexe I</i> : Observations des membres de la Neuvième Commission sur l'exposé préliminaire et le questionnaire	44
1. Observations de Mme Suzanne Bastid	44
Observations complémentaires de Mme Bastid	48

2. Observations de M. Giorgio Cansacchi	50
Observations complémentaires de M. Cansacchi	55
3. Observations de M. Berthold Goldman	57
4. Observations de M. Myres S. McDougal	59
5. Observations de M. Paul Reuter	64
Observations complémentaires de M. Reuter	68
6. Observations de M. Finn Seyersted	69
7. Observations de M. John R. Stevenson	78
<i>Annexe II : Le droit applicable aux entreprises internationales communes,</i> <i>étatiques ou paraétatiques</i>	81
Observations préliminaires de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern	81
Questionnaire	90
<i>Le droit applicable aux entreprises internationales</i> <i>communes, étatiques ou paraétatiques</i> (Neuvième Commission)	
<i>Rapport définitif de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern</i>	97
Projet définitif de résolution	103
<i>The conflict-of-laws rules on unfair competition</i> (Twenty-second Commission)	
<i>Preliminary Exposé by Willis L.M. Reese</i>	107
I. The area to be covered	107
II. Choice-of-law considerations	111
Basic questions	113
<i>Memorandum on the conflict-of-laws rules governing unfair competition</i> <i>by Frank Vischer</i>	117
<i>Chapter 1 : Substantial law against unfair competition</i>	117
Section 1 : General	117
Section 2 : The Paris Convention	119

Chapter 2 : The rules of conflict of laws in the field of unfair competition	120
Section 1 : General	120
Section 2 : The traditional tort-approach	121
Section 3 : The question of the jurisdiction most concerned for the different categories of acts of unfair competition	123
I. Specific market regulations <i>stricto sensu</i>	123
II. Regulations concerning both the competitors in their mutual relationship and the buying public	124
III. Cases on the borderline between unfair competition and anti-trust law	127
IV. Acts directed against the private sphere and property of the establishment of an enterprise	128
Section 4 : The application of the common national law of competitors	129
Section 5 : Acts of unfair competition carried out through mass media	130
Section 6 : Actions by associations of consumers or of trade people and other questions related to procedure	131
Questionnaire	133
First Draft Set of Resolutions	136
Annex I : Observations of members of the Twenty-Second Commission in reply to the Preliminary Exposés and Questionnaire	140
1. Observations de M. Berthold Goldman	140
2. Observations of Professor Rodolfo De Nova	144
3. Observations de M. Alfred E. von Overbeck	145
4. Observations de M. Fritz Schwind	146
5. Observations of Mr. Frederick-A. Mann	150
6. Observations de M. Michel Waelbroeck	151
Annex II : Observations of members of the Twenty-Second Commission on the First Draft Set of Resolutions	153
1. Observations de M. Berthold Goldman	153
2. Observations of Mr. Matthys van Hoogstraten	154
3. Observations de M. Fritz Schwind	157

<i>The conflict-of-laws rules on unfair competition</i>	
(Twenty-second Commission)	
<i>Draft Resolution with explanatory notes presented by Willis L.-M. Reese and Frank Vischer</i>	159
<i>La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)</i>	
(Septième Commission)	
<i>Rapport provisoire de M. Michel Virally</i>	166
I. <i>Le sens et la portée du thème</i>	167
1. Sens de l'expression « textes internationaux »	168
a) Inclusion ou exclusion des textes non conventionnels	168
b) Inclusion ou exclusion des résolutions des conférences internationales	174
c) Inclusion ou exclusion des accords conclus au sein des organisations internationales ou par elles	178
Conclusions	180
2. Sens de l'expression « textes de portée juridique »	181
Conclusions	184
3. L'intérêt d'une comparaison avec les droits internes	185
4. L'intérêt d'approfondir la notion d'engagement moral ou politique	186
Conclusions	189
II. <i>Tour d'horizon de la pratique</i>	189
1. Les textes incertains	191
a) Les communiqués conjoints	193
b) Les déclarations conjointes	197
c) Les textes concertés au sein d'une conférence internationale ..	203
d) Les textes concertés au sein d'un organe international	206
e) Les accords informels	208
(i) Les gentlemen's agreements	208
(ii) Les arrangements informels	212

2. Les textes conventionnels	215
a) Les « considérations »	216
b) Les déclarations de position	216
c) Les déclarations d'intention	217
d) Les engagements « de bonne volonté »	218
(i) Les engagements d'examiner et d'agir de façon appropriée	219
(ii) Les engagements de consulter	220
(iii) Les engagements de négocier	220
(iv) Les engagements de coopérer	222
e) Les engagements sous réserve discrétionnaire	222
III. <i>Essai d'interprétation de la pratique</i>	224
1. Engagements politiques ou moraux et engagements juridiques	227
a) La notion d'engagement	227
b) Relations juridiques et relations politiques	230
c) Le choix entre les deux catégories d'engagements	233
d) Les critères de la distinction	237
2. Un droit plus ou moins contraignant ?	241
a) « Droit vert » ou pré-droit ?	242
b) Des degrés dans la force obligatoire du droit ?	244
(i) La modulation de la portée des obligations	247
(ii) L'établissement d'un cadre juridique	249
(iii) L'acceptation du droit	251
IV. <i>Conclusions</i>	254
<i>Annexe I : Observations de membres de la Septième Commission sur l'exposé préliminaire et réponses au questionnaire</i>	258
1. Observations de Mme Suzanne Bastid	258
2. Observations de M. Rudolf L. Bindschedler	260
3. Observations de M. György Haraszi	262
4. Observations de M. Manfred Lachs	264
5. Observations de M. Fritz Münch	273
6. Observations de M. Milan Sahovic	275
7. Observations de M. Oscar Schachter	277
8. Observations de M. Karl Zemanek	281

<i>Annexe II : La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)</i>	283
<i>Exposé préliminaire de M. Michel Virally</i>	283
Remarques terminologiques	284
I. Les aspects théoriques de la distinction entre les deux catégories de textes	287
II. L'intérêt de la distinction pour la pratique	289
III. Les critères susceptibles d'être retenus pour procéder à la distinction	291
a) Le texte d'un traité	292
b) Les textes ayant un seul auteur	292
c) Les textes ayant deux auteurs ou plus	295
(i) Les textes unilatéraux conjoints	295
(ii) Les textes infra-conventionnels	297
IV. L'application de la distinction à l'intérieur d'un texte	299
V. Conclusions	301
Questionnaire	305
<i>Annexe III : La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique</i>	307
<i>Etude exploratoire de M. Fritz Münch</i>	307
<i>La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus</i>	
<i>(Septième Commission)</i>	
<i>Rapport définitif de M. Michel Virally</i>	328
Introduction	328
I. Engagements juridiques « limités »	331
a) Les engagements de « bonne volonté »	332
1. Les engagements d'examiner et d'agir de façon appropriée ..	332
2. Les engagements de consulter	333
3. Les engagements de négocier	333

4. Les engagements de coopérer	333
b) Les engagements sous réserve discrétionnaire	334
c) Portée juridique des engagements « limités »	334
II. Les engagements purement politiques	336
III. Les accords juridiques « informels »	339
IV. Les critères de la distinction entre engagements juridiques et engagements purement politiques	341
V. Les stipulations ne comportant pas d'engagements explicites	348
VI. Conclusions	352
<i>Annexe</i> : Observations des membres de la Septième Commission sur le rapport provisoire	358
1. Observations de Mme Suzanne Bastid	358
2. Observations de M. Rudolf L. Bindschedler	359
3. Observations de M. Fritz Münch	359
4. Observations de M. Milan Sahovic	361
5. Observations de M. Oscar Schachter	364
6. Observations de M. Grigory Tunkin	365
7. Observations de M. Prosper Weil	366
8. Observations de M. Karl Zemanek	371

the first part of the paper, we consider the case where the system is in a steady state. In the second part, we consider the case where the system is in a transient state. In the third part, we consider the case where the system is in a non-steady state.

The first part of the paper is devoted to the study of the steady state. We consider the case where the system is in a steady state. We first consider the case where the system is in a steady state.

In the second part of the paper, we consider the case where the system is in a transient state. We first consider the case where the system is in a transient state.

In the third part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the fourth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the fifth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the sixth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the seventh part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the eighth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the ninth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the tenth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the eleventh part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the twelfth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the thirteenth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the fourteenth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

In the fifteenth part of the paper, we consider the case where the system is in a non-steady state. We first consider the case where the system is in a non-steady state.

Le droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques (Neuvième Commission)*

Rapport provisoire

Ignaz Seidl-Hohenveldern

I. Définition

1. La vie internationale contemporaine a donné une importance accrue à une forme particulière d'organisation de la coopération inter-étatique — l'exercice d'activités comportant la mise en œuvre de personnel et de matériel avec une certaine organisation, en vue de certains résultats économiques ou scientifiques par la création d'entreprises internationales communes, dont les partenaires seront les Etats eux-mêmes et/ou leurs sous-divisions, municipalités ou entreprises publiques. Dans des cas assez rares, les accords établissant de telles entreprises prévoient une participation du secteur privé, en prenant soin toutefois d'exclure ces participants privés de toute influence sur la gestion de l'entreprise. Ces entreprises veulent réaliser des buts qui sont d'intérêt public (au sens le plus large du mot) pour plusieurs Etats. Ces Etats réunissent ainsi leurs moyens financiers pour poursuivre ces buts en commun. Une autre raison pour l'établissement de telles entreprises est la possibilité qu'elles offrent d'organiser une coopération transfrontalière même sans conclusion de traités.

2. Pour autant qu'il s'agisse d'entreprises dont les partenaires ne sont que des Etats eux-mêmes, on pourrait être tenté de les considérer comme des organisations internationales interétatiques. La définition donnée par *R.J. Dupuy*¹ serait assez large pour les y englober. Pourtant,

* La Neuvième Commission est ainsi composée : M. I. Seidl-Hohenveldern, rapporteur ; Mme Bastid, MM. Bedjaoui, Cansacchi, Evrigenis, Feliciano, Goldman, J.F. Lalive, McDougal, Reuter, Rudolf, Seyersted, Stevenson, membres.

ces entreprises se distinguent des organisations internationales, au moins de celles que Valticos² appelle les « organisations internationales proprement dites » par le fait, que celles-ci poursuivent par des procédés *jure imperii* des buts qu'un Etat, s'il avait agi seul, aurait qualifiés de buts inséparablement liés à l'exercice de son pouvoir étatique. Ces buts s'étendent de la standardisation des poids et mesures au maintien de la paix. Les entreprises internationales communes, elles aussi, visent à réaliser des buts d'intérêt public de leurs partenaires. Elles n'ont donc pas été établies dans la seule intention d'apporter un maximum de profit à ceux-ci. Pourtant, ces entreprises atteignent ces buts par des procédés qu'un Etat, s'il avait agi seul, aurait qualifiés de procédés *jure gestionis*.

3. De ce fait, des sous-divisions d'Etats, leurs municipalités ou leurs entreprises publiques peuvent, elles aussi, soit établir des entreprises pareilles, soit y participer sur un pied d'égalité avec les Etats eux-mêmes. La constitution de la plupart des Etats limite sévèrement le pouvoir d'action de ces sous-divisions, etc. dans le domaine des relations internationales ou les en exclut complètement, pour autant qu'il s'agisse d'actions *jure imperii*, notamment de la conclusion de traités³. C'est pour cette raison que les organisations internationales proprement dites ne les comptent que très rarement parmi leurs membres. Or, rien n'empêche ces sous-divisions etc. d'établir par contrat des contacts *jure gestionis* avec leurs contre-parties au-delà des frontières⁴. Elles peuvent donc devenir partenaires de ces entre-

¹ L'application des règles du droit international général des traités aux accords conclus par les organisations internationales, Rapport provisoire, Ann. I.D.I. 55 I (1973), p. 220.

² N. Valticos, Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées. Rapport provisoire, Ann. I.D.I. 57 (1977 I), p. 13.

³ Cf. les recherches en cours de la Société belge de droit international, Enquête sur les pratiques du fédéralisme ou du régionalisme sous la direction de M. Paul De Visscher, et Steinberger, Constitutional Subdivisions of States or Unions and their Capacity to conclude Treaties, ZaöRV 27 (1967), p. 411 ss.

⁴ V. Malchus, Partnerschaft an Europäischen Grenzen (1975), p. 226 ; Rest, International Protection of the Environment and Liability (Cologne 1978), p. 126. P.M. Dupuy, La coopération transfrontalière internationale et le droit international, A.F.D.I. 1977, p. 850, s'oppose pourtant à l'idée que seuls des contrats de droit privé pourraient être conclus par ces sous-divisions. Il propose, p. 852, des critères selon lesquels ces sous-divisions devraient être autorisées à conclure des accords de coopération transfrontalière soumis au droit public interne.

prises. Le Conseil de l'Europe notamment encourage ces sous-divisions etc. à accroître ainsi la coopération régionale transfrontalière⁵. Ces sous-divisions etc. abusent même parfois de cette faculté en essayant de confier, à des entreprises qu'elles viennent de créer, des tâches à la limite au moins d'actes *jure imperii* (par exemple la planification du tracé d'autoroutes internationales par l'association « Interpalpe »)⁶.

4. Les entreprises ainsi définies participent étroitement à la vie économique et sont souvent en concurrence avec des sociétés commerciales et des associations privées. Même si on voulait admettre qu'une entité composée d'Etats agissant *jure gestionis* puisse être considérée comme une organisation non-gouvernementale (ONG)⁷, le fait que ces entreprises agissent ainsi sans exclure une possibilité de profit empêche de les qualifier d'ONG. Les ONG, par définition, ne doivent pas poursuivre des buts lucratifs⁸. Les quelques règles figurant dans les statuts d'organisations internationales proprement dites (donc de celles agissant *jure imperii*) concernant les cas assez rares où celles-ci se manifestent en droit interne (cf. Art. 104 de la Charte de l'O.N.U.) ne sauraient suffire aux besoins de ces entreprises lorsqu'elles agissent ainsi dans la sphère commerciale. De même, leurs structures doivent être adaptées à cette participation constante à la vie économique qui

⁵ Orienne, Etude des difficultés de la coopération européenne entre pouvoirs locaux et des méthodes permettant de les résoudre (Rapport final) - Comité de coopération pour les questions municipales et régionales, Conseil de l'Europe, CE/Loc (73) 12 et Conseil de l'Europe, Doc. CDRM (77) 17, cité par Matscher, Grenzüberschreitende Regionalpolitik, Festschrift für Hans Lechner (1978), p. 173 ; P.M. Dupuy, A.F.D.I. 1977, p. 855-858.

⁶ Pernthaler, Die Zuständigkeit der Länder zum Verkehr mit ausländischen Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten und deren Vertretungsbehörden in Oesterreich, in Köchler (éd.), Transnationale Zusammenarbeit in der Alpenregion (Innsbruck 1973), p. 47. Cf. les propositions de P.M. Dupuy pour surmonter ces difficultés, *supra* note 4.

⁷ Résolution de l'I.D.I. adoptée sur le rapport de M. Politis concernant la condition juridique des Associations internationales, Ann. I.D.I. XXX (1923), p. 385 ; Résolution de l'I.D.I. adoptée sur le rapport de Mme Bastid concernant les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée, Ann. I.D.I. 43 II (1950), p. 384 ; d'accord Stosic, Les organisations non-gouvernementales et les Nations Unies (1964), p. 82.

⁸ Lador-Lederer, International Non-Governmental Organizations and Economic Entities (1962), p. 60.

entraîne pour leurs partenaires des charges financières. Quoique les accords établissant ces entreprises contiennent parfois des règles assez détaillées à cet effet, ces accords ne sauraient prévoir toutes les éventualités. Pour définir les rapports entre leurs partenaires, ces accords ont donc recours à des renvois, soit à un droit national, soit aux principes généraux du droit régissant la matière considérée dans les systèmes internes des Etats qui en sont les partenaires, soit directement, soit indirectement par le truchement de la participation de leurs sous-divisions, etc. (« Etats-partenaires ») et/ou aux principes appliqués dans les rapports économiques internationaux.

5. Ce recours est rendu nécessaire par le fait que, à la différence des organisations internationales proprement dites, les entreprises interétatiques exercent des activités *jure gestionis* qui les mettent en rapport direct avec un grand nombre de particuliers. Ces rapports sont beaucoup plus variés et demandent une réglementation beaucoup plus spécifique que les rapports directs *jure imperii*, entretenus par les organisations internationales proprement dites avec leurs Etats-membres. Au moins en général (en réservant une place spéciale aux Communautés Européennes), ces rapports là constituent la presque totalité des rapports qui exigent une réglementation juridique dans le cadre d'une organisation internationale proprement dite. Les structures des organisations internationales proprement dites ne connaissent donc guère ce genre de renvoi, sauf pour des problèmes très subalternes, par exemple pour les contrats de travail des femmes de ménage de l'O.T.A.N.⁹ Les règles de fond concernant leurs structures, par contre, nous paraissent se suffire à elles-mêmes. L'opinion divergente de notre confrère *Cansacchi* nous paraît due à une conception différente de la ligne de partage entre les « organisations internationales proprement dites » et les entreprises internationales communes. Si on écartait de cette dernière notion toute entreprise agissant dans un *but jure imperii*, il n'en resterait qu'un très petit nombre, car la plupart de ces entreprises poursuivent des *buts* d'un

⁹ Juge de Paix de Fontainebleau statuant en matière prud'homale, 5 déc. 1955, Hénaut c. Etat-Major des Forces Alliées Centre-Europe, cité par Nguyen Quoc Dinh, Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945, A.F.D.I. 1957, p. 302, note 50 bis .

intérêt public, quoiqu'avec des *procédés jure gestionis*, ce qui explique précisément le renvoi au droit interne.

6. Par leurs structures définies dans l'accord ou par renvoi tout aussi bien que par leurs activités économiques, la plus grande partie de ces entreprises ressemblent aux entreprises multinationales. La définition des entreprises multinationales adoptée par l'Institut dans sa résolution d'Oslo¹⁰ serait assez large pour englober aussi des entreprises, dont seuls des Etats seraient partenaires. Pourtant, les entreprises, objets de nos recherches, se distinguent des entreprises multinationales par le fait que les premières peuvent concentrer leurs activités dans un seul pays, par exemple pour y gérer une centrale nucléaire (cas de la Société Eurochemic en Belgique)¹¹.

7. Dans notre définition, nous avons retenu les traits différenciant ces entreprises des organisations internationales proprement dites et des entreprises multinationales. Une forte majorité s'est dégagée au sein de notre Commission en faveur de l'acceptation des critères structurels — donc, d'une part, la participation de sous-divisions d'Etats, de municipalités et d'entreprises publiques seules ou à côté d'Etats et, d'autre part, le renvoi, dans les statuts de ces entreprises, à d'autres sources du droit. Par contre, la Commission a marqué quelque hésitation quant à l'acceptation du critère *jure gestionis* : *jure imperii*, que le rapporteur serait pourtant prêt à accepter, notamment du fait que cette distinction a été pratiquement adoptée par les nouvelles codifications anglaise et américaine sur les immunités et qu'elle commence à être insérée par certains Etats socialistes au moins dans le droit de procédure civile¹².

¹⁰ Résolution d'Oslo sur les entreprises multinationales, Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 340.

¹¹ Strohl, Problèmes juridiques soulevés par la constitution et le fonctionnement de la Société Eurochemic, A.F.D.I. 1961, p. 587, et von Busekist, Der Werdegang der Eurochemic - eine Bilanz, Atomwirtschaft 1980, pp. 258-265.

¹² Seidl-Hohenveldern, L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des Organisations internationales, Cours enseigné en 1980 à l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris (F), à paraître chez Pedone et Mádl, State in the Economy and Problems of State Immunity with Special Regard to Economic Integration, in Albert A. Ehrenzweig - Gedächtnisschrift (1976), pp. 99-104.

8. En revanche, nous ne croyons pas utile d'accepter d'autres critères proposés par la littérature¹³, par exemple la notion de l' « établissement public », qui nous paraît trop intimement liée avec le droit national de certains Etats mais inconnue dans d'autres et, par surcroît, d'un contenu matériel qui varie trop d'un Etat à l'autre. La distinction proposée par le rapporteur est certes relativement plus limitative que celles avancées dans la doctrine, par exemple par Adam¹⁴ et Sundström¹⁵ (entité internationale accordant des droits à des particuliers), Zourek (critères institutionnels¹⁶), Libbrecht (fournitures de services à des particuliers¹⁷) et Goldman (inclusion de sociétés multinationales privées¹⁸), mais cela nous paraît être un de ses avantages¹⁹.

9. Nous avons retenu le critère de l'emploi de méthodes *jure gestionis* comme particulièrement significatif pour le phénomène que nous nous proposons d'étudier. En effet, en confiant la réalisation de buts, qui sont d'intérêt public pour plusieurs Etats, à des entreprises agissant *jure gestionis*, les partenaires de ces entreprises ont choisi de ne se départir du droit commun que dans la mesure nécessaire à la réalisation de ces buts.

10. En principe, la situation des entreprises ainsi établies devrait être aussi proche que possible de celle dont jouissent des entités comparables, par exemple une société anonyme ou une association, dans le droit interne d'un Etat donné.

¹³ Cf. la critique que Libbrecht, *Entreprises à caractère juridiquement international* (1972), p. 13 note 25, adresse à cette tentative d'Adam, *Les établissements publics internationaux* (1957).

¹⁴ Adam, *Les établissements publics internationaux* (1957), p. 2; *id.*, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. IV (1977), p. 1.

¹⁵ Sundström, *Public International Utility Corporations* (1972).

¹⁶ Ann. I.D.I. 55 I (1973), p. 340.

¹⁷ Libbrecht, *Entreprises à caractère juridiquement international* (1972), p. 19.

¹⁸ Goldman, *Le droit des sociétés internationales*, Clunet 1963, p. 324.

¹⁹ Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law* (1978), p. 66, donne une définition plus ou moins conforme à la nôtre; Sereni, *International Economic Institutions and the Municipal Law of States*, RdC 96 (1959 I), p. 170-171, exclut de sa définition des « common enterprises » celles dont le statut ne renvoie à aucun droit national, même pas à titre subsidiaire (*ibid.* p. 188).

11. La grande diversité des buts poursuivis par ces entreprises a pour résultat que le nombre des exceptions faites au droit commun (*cf.* I/10 *supra*) varie fortement d'une entreprise à l'autre. C'est la raison pour laquelle la définition donnée ci-dessus doit nécessairement rester assez vague. Par ailleurs, la situation des diverses entreprises tombant sous cette définition est si variée que nous devons distinguer parmi celles-ci au moins six types différents.

12. Cette diversité de types et de situations exclut par elle-même que notre Institut puisse établir un statut modèle couvrant tous les aspects juridiques de tous les problèmes soulevés par l'existence de ces entreprises. La source principale du droit gouvernant leur existence demeurera toujours l'accord établissant l'entreprise et/ou les règles de droit national ou autres, auxquelles se réfère cet accord. Les règles énoncées dans le projet de résolution ne seraient donc applicables qu'en cas de silence de ces textes.

II. Personnalité

1. L'acte établissant une entreprise internationale commune la dote d'une personnalité propre à cette entreprise. Cette personnalité est donc distincte de celle des partenaires. Assez souvent, une entreprise internationale commune est établie sur une initiative prise par ses Etats-membres au sein d'une organisation internationale. L'acte de naissance d'une telle entreprise peut donc être soit un traité²⁰, soit un contrat interétatique²¹ aussi bien qu'une résolution adoptée par un organe d'une organisation internationale entérinant l'accord des Etats-partenaires²². La personnalité d'une telle entreprise serait pourtant tout aussi distincte de celle de cette organisation que de celle de ses partenaires.

²⁰ Ainsi la Banque des Règlements Internationaux fut créée par traité du 20 janvier 1930, Adam, *Les établissements publics internationaux* (1957), p. 259, et la Société Eurochemic par la convention du 20 décembre 1957, Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. II, p. 154.

²¹ Cas de l'EURODIF, Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. IV, p. 55.

²² Modalité prévue par l'art. 49 du Traité établissant la Communauté Européenne de l'Energie Atomique pour l'établissement d'entreprises communes, p. ex. l'entreprise commune JET, *infra* note 37.

2. Pour autant, que l'existence de l'entreprise soit assurée par un renvoi au droit national d'un Etat (par exemple la Société Internationale de la Moselle établie comme S.A.R.L. de droit allemand²³) cette séparation des personnalités découle clairement des règles de ce droit.

3. Mais il se peut que les partenaires d'une entreprise internationale commune ne désirent pas la soumettre au droit d'un seul Etat, de peur d'accorder ainsi à celui-ci trop d'influence sur une entreprise devant être commune à tous ses partenaires. Une personnalité distincte de celle des partenaires peut-elle donc être établie par la seule volonté de ceux-ci ? Après de longs débats à Oslo²⁴ et Athènes²⁵ l'Institut, avec certaines réserves, a admis la possibilité de l'existence de liens contractuels en dehors de tout droit national. Ayant ainsi admis des notions proches de celle du « contrat sans loi », il ne serait que logique d'admettre aussi l'existence « d'associations ou de sociétés sans loi »²⁶, puisque toute association ou société doit son existence à la conclusion d'un contrat.

4. Si donc la volonté des partenaires est de soustraire de toute influence étatique la société ou l'association qu'ils entendent établir, ils peuvent la doter d'une personnalité par la seule expression de leur volonté. Cette volonté doit pourtant être clairement exprimée dans cet accord. En ce qui concerne les relations *inter socios*, l'accord lui-même devra prévoir les dispositions essentielles, celles-ci devant être complétées par un renvoi explicite ou implicite aux principes généraux régissant la matière considérée dans les systèmes internes des Etats partenaires et/ou aux principes appliqués dans les rapports écono-

²³ Art. 9 de la Convention du 27 octobre 1956 au sujet de la canalisation de la Moselle, Adam, Les établissements publics internationaux (1957), p. 279 ; cf. Ruzié, Le régime juridique de la Moselle, A.F.D.I. 1964, p. 792.

²⁴ Dans les commissions de M. Goldman, Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 202, de M. Valticos, *ibid.* p. 276-277, 283-285, et de M. van Hecke, *ibid.* p. 321-325.

²⁵ Ann. I.D.I. 58 II (1979), 8^e séance plénière et art. 2 de la Résolution concernant la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, A.F.D.I. 1979, p. 1233.

²⁶ En sens opposé van Hecke, Les sociétés anonymes en droit international privé, Ann. I.D.I. 51 I (1965), p. 227.

miques internationaux. L'accord peut aussi prévoir l'application d'un droit interne d'un Etat à titre subsidiaire²⁷.

5. Une entreprise internationale commune, dont l'existence dépend ainsi non pas d'un droit interne mais de la seule volonté des partenaires exprimée dans l'accord établissant l'entreprise, jouira également d'une personnalité distincte de celle de ses partenaires et, le cas échéant, de son organisation-mère.

6. Puisque la volonté des partenaires n'est d'établir l'entreprise que pour la réalisation des buts prévus dans l'accord, tout acte dépassant ces buts sera *ultra vires*. La personnalité ainsi établie sera une personnalité limitée à ces buts, donc fonctionnelle, à l'instar de celle que la doctrine dominante²⁸ accorde aux organisations internationales proprement dites.

7. Pour les entreprises internationales communes un argument supplémentaire milite en faveur de la thèse qui propose de ne leur accorder qu'une personnalité fonctionnelle. En effet, de par leurs structures et leurs fonctions, ces entreprises se rapprochent assez souvent des sociétés commerciales. Or, le droit d'un bon nombre d'Etats²⁹ refuse de reconnaître qu'une société commerciale puisse agir valablement *ultra vires*.

8. Afin d'éviter tout malentendu sur ces deux faits, il serait très indiqué que les accords établissant de pareilles entreprises contiennent

²⁷ Art. 2 alinéa a) de la Convention du 20 décembre 1957 relative à la constitution de la Société Eurochemic, Adam, Les organismes internationaux spécialisés, vol. II, p. 155.

²⁸ E. Lauterpacht, *The Legal Effect of Illegal Acts of International Organizations*, Essays in Honour of Lord McNair (1965), p. 111; *id.*, *The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals*, RdC 152 (1976-IV), p. 409; Monaco, *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. I *Diritto delle istituzioni internazionali* (1965), p. 115; Rousseau, *Droit International Public*, tome II (1974), pp. 470-471; Schermers, *International Institutional Law*, vol. II (1972), p. 627; Seidl-Hohenveldern, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften* (3^e éd. 1979), p. 39, n^{os} 0310-0313; cf. pourtant Seyersted, *International Capacity of Intergovernmental Organizations*, *Indian Yearbook of International Law IV* (1964), p. 53, plaidant pour l'existence d'une personnalité originaire et *a priori* illimitée des organisations internationales.

²⁹ Grasmann, *System des internationalen Gesellschaftsrechts* (1970), p. 440 n^o 866.

des dispositions explicites à cette fin. Un manque de précision, notamment quant à l'existence d'une personnalité distincte de celle de l'organisation-mère, aurait pour conséquence qu'une telle entité ne serait considérée que comme une partie de l'organisation elle-même, dotée seulement d'une certaine autonomie interne. Cela pourrait avoir des résultats peu désirables pour l'entité aussi bien que pour l'organisation. Ainsi, d'une part, une telle entité participerait aux privilèges et immunités de l'organisation³⁰, ce qui pourrait être un obstacle pour obtenir des crédits ; d'autre part, l'organisation deviendrait automatiquement responsable de toutes les dettes de l'entité, etc...

9. La personnalité distincte ainsi accordée aux entreprises en vue de la réalisation des buts qu'elles poursuivent, par définition par des procédés *jure gestionis*, ne saurait être qu'une personnalité propre à la réalisation de ces buts, donc une personnalité selon le droit interne des Etats. En principe, ces entreprises n'agiront pas en leur propre nom dans la sphère du droit international public. Elles ne sont dotées d'aucun pouvoir *jure imperii* qui leur soit propre ; elles n'ont donc pas besoin d'une personnalité distincte de celle de leurs partenaires pour autant qu'il s'agisse de relations de droit international public³¹. Dans le présent contexte nous pouvons donc éviter de discuter le problème — soulevé par notre confrère *Cansacchi* — de savoir si ces

³⁰ La décision de la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Zoernsch v. Waldock* (1964) 2 All E.R. 256, ILR 41, 438, n'accorde qu'une autonomie interne à la Commission Européenne des Droits de l'Homme vis-à-vis du Conseil de l'Europe. Si la décision avait accepté la solution opposée, nous aurions été confrontés avec l'existence de deux organisations internationales « proprement dites ». Pourtant ces considérations seraient applicables aussi aux relations entre des entreprises internationales communes et leur organisation-mère. Citons l'exemple donné par Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. 1, p. 193, du Fonds de Réétablissement créé par le Conseil de l'Europe d'abord comme organisme subsidiaire, mais doté ensuite, par un protocole du 6 mars 1959, d'une personnalité morale et de privilèges et immunités distinctes.

³¹ Signalons pourtant un échange de lettres entre les gouvernements britannique, français et américain et la Banque des Règlements internationaux du 13 mai 1948 pour la restitution de l'or spolié par l'Allemagne, qui fut enregistré au R.T.N.U., vol. 140, p. 187 ; Libbrecht, *op. cit.*, p. 542, y voit la preuve, que la Banque peut être titulaire de droits et obligations de droit international public.

entités peuvent jouir d'une telle personnalité, reconnue même par certains arbitrages récents³², à des entreprises non étatiques.

10. Si, dans des cas exceptionnels, les partenaires étatiques ou l'organisation-mère se servaient d'une telle entreprise comme d'un bras prolongé pour exercer des fonctions *jure imperii*, par exemple pour rationner ses produits, il ne serait pourtant pas nécessaire d'accorder à ces entreprises une personnalité qui leur soit propre en droit international public. On devrait plutôt les considérer comme faisant partie de leurs Etats ou de leur organisation-mère et comme participant ainsi à la personnalité de droit international public dont jouissent ceux-ci.

11. En matière de responsabilité interétatique, le ou les Etats ou l'organisation-mère ne peuvent pas échapper à leur responsabilité internationale en déléguant leurs pouvoirs à des entités dotées en leur droit interne d'une personnalité distincte de la leur³³.

12. En ce qui concerne l'exemption d'actes pareils de la juridiction de tribunaux internes d'Etats tiers, le problème d'une personnalité de droit international public ne se posera pas davantage. Ces actes seront exempts de leur juridiction déjà *ratione materiae*³⁴.

13. La reconnaissance d'une personnalité fonctionnelle de droit interne aux entreprises internationales communes ne pose guère de problèmes dans le droit interne de leurs Etats partenaires. Pour ceux-ci, cette personnalité découle le plus souvent directement de dispositions pertinentes de l'accord ayant établi l'entreprise. Ces accords prévoient en effet assez souvent que l'entreprise jouirait de la personnalité « dans le droit de tous ses Etats-membres » (cf. Art. 49 para. 3 du Traité CEA). Les mots mis entre guillemets ne devraient pas nous conduire à la conclusion *a contrario*, que l'entreprise ne jouirait d'une personnalité que dans le territoire de ces Etats. Un tel

³² R.J. Dupuy (arbitre unique), Sentence arbitrale du 19 janvier 1977 dans l'affaire *Gouvernement de la République Arabe de Libye c. California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company*, Clunet 1977, p. 362 § 48.

³³ Cf. la sentence arbitrale dans l'affaire de *l'Attilio Regolo*, Ann. Dig. 14 (1947), p. 323.

³⁴ Cour de Cassation française 3 nov. 1952, *Martin c. Banque d'Espagne*, Rev. Crit. Dr. int. privé 42 (1953), p. 425, I.L.R. 19, p. 202.

raisonnement ne ferait pas justice aux besoins pratiques de ces entreprises, qui pourraient parfaitement étendre leurs activités à des pays tiers. Ainsi, par exemple, une banque régionale d'investissements pourrait essayer d'émettre un emprunt dans des Etats tiers. Elle y aurait alors tout autant besoin d'une personnalité que dans le territoire de ses Etats-partenaires.

14. Du point de vue doctrinal, rien ne s'oppose à lui reconnaître une telle personnalité aussi bien dans le droit interne des Etats partenaires que dans celui des Etats tiers. En effet, une analyse comparatiste des règles de droit international privé démontre que ces règles résolvent le problème de savoir si une entité jouit ou non d'une personnalité, par une référence au droit national de l'entité dont il s'agit³⁵. Or, pour autant que ces entreprises soient des « sociétés sans loi (nationale) », on devrait considérer l'accord établissant une telle entreprise comme étant la « loi nationale » de celle-ci³⁶.

15. Cette construction nous paraît le mieux correspondre à la volonté des Etats partenaires. Si ceux-ci ont rejeté l'alternative d'établir l'entreprise en la soumettant au droit d'un Etat donné, c'est qu'ils ne veulent sans doute pas faire dépendre une reconnaissance de sa personnalité du « droit national » d'un tel Etat. Pourtant, même si on rejetait cette construction comme trop osée, on arriverait au même résultat par un détour. Si on se refusait à accepter l'accord ayant établi l'entreprise comme étant la « loi nationale » de celle-ci, il nous paraît évident que ce rôle incomberait au droit interne de l'Etat où l'entreprise aurait son siège social. Or il ne fait aucun doute qu'elle y jouit d'une personnalité à laquelle se référerait alors le droit inter-

³⁵ Art. 1 de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères, de même art. 1 de la Résolution de l'Institut de Droit international du 10 septembre 1965, Ann. I.D.I. 51 II (1965), p. 263-264, adoptée en vertu du rapport de van Hecke, Les sociétés anonymes en droit international privé, Ann. I.D.I. 51 I (1965), p. 226 ss.

³⁶ Mann, International Corporations and National Law, BYbIL 42 (1967), p. 157; Trib. Civ. Seine 12 déc. 1951, *Vigoureux c. Comité des Obligataires Danube-Save-Adriatique*, I.L.R. 18, p. 2, approuvée par Calon, La société internationale, Eléments d'une théorie générale, Clunet 1961, p. 716.

national privé de l'Etat tiers. Pourtant, comme nous venons de le dire, cette solution nous paraît contraire à la volonté des Etats-partenaires. Cela est démontré explicitement par l'article 22 de l'accord établissant le JET comme entreprise commune de la C.E.A.³⁷. Quoique le JET ait son siège en Angleterre, cet article déclare que, sans préjudice des dispositions de l'article 49, alinéa 3 du Traité CEA (*cf. supra* II/13), le JET n'est pas une société au sens des lois du Royaume-Uni de 1948 et de 1967 sur les sociétés.

III. Relations avec des tiers

1. Les entreprises internationales communes participent à la vie économique internationale, dans le territoire de leurs Etats partenaires tout aussi bien que dans celui d'Etats tiers, en principe sur une base d'égalité avec des entreprises privées. On ne doit cependant pas oublier que leurs activités servent l'intérêt public, au sens le plus large du mot, quoiqu'avec des procédés *jure gestionis*. Les règles approuvées par l'Institut, sur rapport de notre confrère *Valticos*, au sujet des contrats conclus par les organisations internationales « proprement dites » avec des personnes privées³⁸ et sur rapport de notre confrère *van Hecke* sur la loi du contrat entre un Etat et une personne privée étrangère³⁹ devraient donc s'appliquer *mutatis mutandis* aux accords conclus pour ces entreprises.

Les intérêts des partenaires de pareils contrats paraissent être presque identiques de part et d'autre. Dans beaucoup de cas, le problème serait résolu par une clause du contrat visant à le soumettre au droit d'un Etat donné et/ou à la juridiction des tribunaux de celui-ci. Selon une opinion assez répandue⁴⁰, mais repoussée par notre confrère *Stevenson*, l'attribution de compétence à ces tribunaux impliquerait que, sauf disposition contraire, le droit du for ainsi choisi devienne applicable au contrat. Les vrais problèmes ne se posent qu'en

³⁷ J.O.C.E. L 151/19 du 7 juin 1978.

³⁸ Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 1 ss.

³⁹ Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 192 ss.

⁴⁰ *Valticos*, Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 51, 55, et *Batiffol*, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, R.d.C. 139 (1973 II), p. 85 ss.

cas de silence du contrat sur ces points. Si on veut combler cette lacune il faut se référer aux intérêts des partenaires.

2. Le tiers partenaire d'un tel accord aurait tout intérêt à mettre son accord avec une entreprise interétatique sur le même niveau que les contrats conclus avec des partenaires soumis au droit commun. Par contre, tout comme l'organisation internationale « proprement dite », l'entreprise interétatique aurait intérêt à conserver dans ses contrats une liberté d'action aussi large que possible, afin de se prémunir aussi bien que possible contre une soumission trop stricte au droit d'un Etat donné et/ou aux tribunaux d'un Etat donné. De cette façon, l'entreprise interétatique tout comme l'organisation internationale proprement dite, cherchera à se protéger aussi bien que possible contre une influence trop grande dudit Etat — influence qui ne saurait être vue que d'un mauvais œil par les autres Etats partenaires de l'entreprise. Considéré sous cet angle, le contrat le plus désirable pour l'entreprise est celui qui ne serait soumis qu'aux principes généraux du droit et à la juridiction d'un organe arbitral international.

3. Toutefois, les entreprises communes internationales ne paraissent pas avoir cette préoccupation au même degré que les organisations internationales proprement dites. Le fait que ces entreprises, par définition, ne peuvent agir que *jure gestionis* et qu'elles participent à la vie commerciale à côté de sociétés privées les pousse à accorder une plus grande valeur aux arguments qui, selon notre confrère Valticos⁴¹, conduisent même des organisations internationales proprement dites à accepter de soumettre leurs contrats au droit commun et à la juridiction d'un Etat donné, par exemple parce qu'elles considèrent cette solution comme la plus facile pour des contrats de moindre importance ou parce que plus de sécurité conduirait les créanciers à offrir des conditions plus favorables à l'entreprise etc. En principe, les entreprises internationales communes auraient, elles aussi, la faculté d' « internationaliser » leurs contrats en ne les soumettant qu'aux principes généraux du droit et en n'acceptant que la juridiction d'organes arbitraux internationaux. Pourtant, à notre avis, rien ne les empêcherait de choisir, elles aussi, de soumettre des contrats conclus

⁴¹ Ann. I.D.I. 57 I (1977), p .12 et 21. Cf. aussi Libbrecht, *op. cit.*, p. 149.

par elles au droit commun et à la juridiction des tribunaux d'un Etat donné, puisqu'elles jouissent de la personnalité juridique dans le droit interne des Etats-membres aussi bien que des Etats tiers.

4. Compte tenu que l'activité des entreprises internationales communes est en principe limitée à des *acta jure gestionis*, il ne nous a pas paru nécessaire de prévoir l'éventualité où l'intérêt supérieur de l'entreprise puisse imposer à son cocontractant des charges ou risques particuliers. L'article 4 de la résolution d'Oslo⁴² a pourtant prévu des règles appropriées pour les contrats conclus par des organisations internationales proprement dites. Comme le signale à juste titre notre confrère *Goldman*, la sous-division des entreprises internationales communes en divers types figurant dans notre questionnaire ne s'applique qu'aux rapports *inter socios*. Elle n'a aucune influence sur les bases juridiques de contrats conclus avec des tiers.

IV. Relations *inter socios*

a) Les différents types d'entreprises

1. Une entreprise internationale commune ne peut être établie que par l'expression de la volonté commune de ses futurs partenaires. Cette volonté sera exprimée dans un accord qui, en principe, devrait être qualifié de contrat puisque les partenaires de l'entreprise établissent celle-ci pour la réalisation de buts d'intérêt public par des procédés *jure gestionis*.

2. Il y a pourtant deux exceptions apparentes à cette règle. Assez souvent, la décision des Etats de créer une entreprise commune fait partie d'une négociation touchant aussi des problèmes ne pouvant être résolus que par des actes *jure imperii*. Ainsi, par exemple, le règlement du problème de la Sarre, en 1956, maintenait pour une période transitoire le franc français comme monnaie légale en Sarre.

L'accord entre la France et la R.F.A. concernant la Sarre devait donc se faire par traité⁴³. Or, le problème de la vente du charbon

⁴² Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 334.

⁴³ Traité du 27 octobre 1956 sur le règlement de la question sarroise, J.O. du 10 janvier 1957, p. 460.

sarrois faisait partie du contentieux franco-allemand concernant la Sarre. C'est donc une disposition de ce *traité* (Art. 84) et de son Annexe n° 29 qui ont établi la Sarlor, comme entreprise internationale commune paraétatique⁴⁴. De par leur nature, les dispositions du traité concernant la Sarre et qui se rapportent à la Sarlor demeurent néanmoins des dispositions contractuelles.

3. L'établissement d'une entreprise internationale commune est le fruit d'une volonté très ferme de coopération entre ses partenaires. Il n'est donc pas surprenant que des organisations internationales proprement dites, vouées elles aussi à la promotion de la coopération interétatique, favorisent la création d'entreprises pareilles. Assez souvent, une entreprise internationale commune est établie « dans le cadre d'une organisation internationale ». Cette expression peut couvrir plusieurs situations. L'entreprise peut être établie sur proposition de l'organisation par un accord de volonté de tous les Etats-membres de l'organisation ou d'une partie de ceux-ci. Cet accord de volonté peut être exprimé soit dans un accord entre les futurs partenaires de l'entreprise sous forme de contrat ou de traité (*cf. supra* IV/2), soit par une décision d'un organe de l'organisation (*cf.* Art. 49 CEA). Or, au moins de façon indirecte, l'acte de cet organe exprime, lui aussi, l'accord de volonté des Etats partenaires. Cet acte revêt donc, lui aussi, un caractère contractuel.

4. Il paraît peu probable que l'accord établissant une entreprise commune ne contienne aucune disposition concernant le droit applicable aux relations *inter socios*. Si pourtant un tel cas se présentait, on devrait présumer que les partenaires avaient l'intention de soumettre cet accord purement et simplement au droit en vigueur au lieu de sa conclusion en vertu du principe « *locus regit actum* » (*cf. infra* IV/7). Si un tel contrat contenait une clause soumettant celui-ci à une juridiction nationale, on devrait, selon nous, interpréter celle-ci comme impliquant la soumission de l'accord au droit matériel de cet Etat (*cf.* cependant les objections de notre confrère *Stevenson*).

⁴⁴ Bärmann, *Supranationale Aktiengesellschaften ? Archiv für die civilistische Praxis* 1957, p. 157 ss. ; Chr. v. Arnim, *Rechtsgrundlage und Struktur der Saar-Lothringischen Kohlenunion, Probleme einer plurinationalen Aktiengesellschaft* (Thèse, Sarrebruck 1962) ; Mann, *loc. cit.*, p. 146.

5. Le fait qu'un tel accord est conclu dans le cadre d'une organisation internationale ou non ne devrait avoir aucune influence. Même si l'accord créant l'entreprise avait établi des liens entre l'organisation et l'entreprise, par exemple en obligeant l'entreprise à faire des rapports à un organe de l'organisation, cette disposition ne pourrait pas être interprétée comme une acceptation de soumettre tous les rapports *inter socios* au droit présent et futur de l'organisation. Ainsi, la Société Eurochemic fut créée sur proposition de l'O.E.C.E. L'anglais et le français sont les langues de travail de l'O.E.C.E./O.C.D.E. Par une décision autonome, le conseil d'administration d'Eurochemic avait prévu, dans le Règlement de gestion adopté en application de l'art. 21, alinéa 2, du Statut d'Eurochemic, que les langues de travail d'Eurochemic seraient l'anglais et le français⁴⁵. Pourtant, si au cours de l'existence de cette Société, l'O.E.C.E./O.C.D.E. avait décidé d'adopter par exemple la langue espagnole comme sa troisième langue de travail, cela n'aurait pas obligé la Société à faire de même pour les rapports *inter socios*. Puisque la personnalité de l'entreprise est distincte de celle de l'organisation, le droit de l'organisation ne s'appliquera à l'entreprise que pour autant que celle-ci l'ait accepté expressément.

6. En règle générale, l'accord établissant l'entreprise contiendra des dispositions explicites concernant le droit applicable aux rapports *inter socios*. La pratique en connaît plusieurs alternatives, en fonction des besoins souvent divergents des partenaires des diverses entreprises.

7. Le procédé le plus simple consiste à soumettre l'accord établissant l'entreprise, quant à sa forme aussi bien que quant à son contenu, purement et simplement au droit national d'un Etat donné, y compris les règles spéciales que ce droit pourrait prévoir pour la participation d'autorités publiques tant nationales qu'étrangères⁴⁶ (entreprises désignées comme entreprises du type A dans le questionnaire).

⁴⁵ Libbrecht, *op. cit.*, p. 201. Le renvoi subsidiaire au droit belge ne comportait donc pas l'obligation pour l'Eurochemic de se soumettre au régime linguistique belge, qui l'aurait obligé à communiquer avec l'administration belge en flamand (*ibid.*).

⁴⁶ Cas de l'EURODIF, Adam, Les organismes internationaux spécialisés, vol. IV, p. 135.

8. Les partenaires peuvent conclure un accord prévoyant des dispositions spéciales concernant les relations *inter socios* tout en établissant l'entreprise selon le droit national d'un Etat donné dont les dispositions compléteront celles figurant dans l'accord⁴⁷ (entreprises désignées comme entreprises du type B dans le questionnaire).

9. Ce n'est que si l'accord des partenaires était incorporé dans un traité (*cf. supra* IV/2) que les dispositions spéciales — figurant, soit dans le traité lui-même, soit dans un Statut de l'entreprise figurant en annexe au traité — pourraient prévoir l'établissement de l'entreprise selon le droit national d'un Etat donné tout en contenant des clauses dérogeant à des règles auxquelles — selon ce droit — les partenaires n'auraient pas pu déroger. Le traité ayant force de loi en droit interne aura modifié celui-ci pour autant (entreprises désignées comme entreprises du type C dans le questionnaire)⁴⁸. Deviendraient ainsi inapplicables non seulement les règles du droit national déclarées expressément incompatibles par le traité mais aussi toute autre règle dudit droit dont l'application serait en pratique incompatible avec l'objet et le but du traité, i. e. d'assurer l'établissement et le bon fonctionnement de l'entreprise⁴⁹.

10. L'Institut ayant admis la possibilité de l'existence d'un contrat qui ne serait soumis à aucun droit national, il nous paraît logique que les partenaires établissant une entreprise internationale commune puissent prévoir que celle-ci ne serait soumise à aucun droit national, mais uniquement aux dispositions de l'accord lui-même ainsi qu'aux principes généraux de droit régissant la matière considérée dans les

⁴⁷ Accord du 13 février 1952 entre le Gouvernement de la République d'Autriche, d'une part, et du Gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne et de la Bavière, d'autre part, concernant l'établissement de la S.A. de l'Usine Hydro-Electrique de Jochenstein sur le Danube, Hartig, *Internationale Wasserwirtschaft und internationales Recht* (Vienne 1955), p. 65. Selon Hartig, *ibid.*, p. 58 note 1, cet accord ne contient aucune clause impliquant un changement de lois. Pour cette raison, il ne fut publié ni dans le *Bundesgesetzblatt* allemand ni dans le *Bundesgesetzblatt* autrichien.

⁴⁸ *Cf.* la S.A. de droit suisse établie en vertu de l'art. 7 de la Convention franco-suisse du 23 août 1963 au sujet de l'aménagement hydro-électrique d'Emosson, Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. III, p. 232.

⁴⁹ Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. I, p. 206-207; *cf.* aussi *supra* note 45.

systèmes de droit interne des partenaires et/ou aux principes appliqués dans les rapports économiques internationaux. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'un tel accord pourrait prévoir l'application du droit d'un Etat déterminé⁵⁰. (Entreprises désignées comme entreprises du type D dans le questionnaire).

11. Une combinaison des procédés, mentionnée sous IV/9 et IV/10, consiste à établir l'entreprise de telle façon que celle-ci jouisse, dans le droit de chacun des Etats-partenaires, de la personnalité en vertu du droit interne de cet Etat, tandis que les rapports *inter socios* seraient gouvernés par les principes communs aux droits de ces Etats. Cette méthode a été adoptée par exemple par la Sarlor SA/AG⁵¹ et par Air Afrique⁵². Elle n'est praticable que si l'accord établissant l'entreprise contient lui-même une réglementation assez détaillée et si les droits nationaux déclarés applicables ne sont pas trop divergents (entreprises désignées également comme des entreprises du type C dans le questionnaire).

12. Pour autant que les partenaires jugent que les dispositions de l'accord et le renvoi aux principes communs suffisent, ils peuvent même se dispenser de prévoir un tel renvoi subsidiaire au droit national d'un Etat déterminé⁵³. (Entreprises désignées comme entreprises du type E dans le questionnaire).

13. On peut contrebalancer l'influence du droit de l'Etat ou des Etats déclaré applicable à l'entreprise à titre principal (IV/9 et 10) ou

⁵⁰ Art. 2 § a) de la Convention relative à la constitution de la Société Européenne pour le traitement chimique de combustibles irradiés (Eurochemic); Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. II, p. 155.

⁵¹ Cf. *supra* note 43 et l'article I des Statuts de la Sarlor S.A.; Goldman, *Le droit des sociétés internationales*, Clunet 1963, p. 342 et Bärmann, *loc. cit.*, p. 170.

⁵² Le titre I art. 1 du Statut de la Société Air Afrique, établie par la Convention du 28 mars 1961 (Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. IV, p. 392) prévoit l'application, à titre subsidiaire et seulement dans la mesure où ils sont compatibles avec les dispositions des traités et des statuts, des *principes communs* à la législation des Etats signataires (Adam, *ibid.*, p. 139).

⁵³ Par ex. art. 2 de l'Accord du 6 octobre 1971 portant création de l'Institut international de gestion et de technologie, Adam, *Les organismes internationaux spécialisés*, vol. IV, p. 613, commenté par Adam, *ibid.*, p. 129 — et, si on ne vise que la non-soumission subsidiaire au droit d'un seul Etat, également Air Afrique, cf. *supra* note 52 et Sarlor S.A., *supra* note 51.

à titre subsidiaire (IV/11) encore plus efficacement que par les procédés énumérés sous IV/9 à IV/11. Il suffit pour cela de prévoir que les dispositions de ce droit national doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de cet accord⁵⁴. Pourtant à défaut d'une disposition explicite à cette fin, le droit national déclaré applicable ne serait pas « gelé » de cette façon. Cela nous paraît résulter de la volonté présumée des partenaires de ne déroger aussi peu que possible au droit commun — (*cf. supra* I/9-10) — et de la nécessité pour l'entreprise de s'intégrer dans la vie économique générale, ce qui paraît impliquer l'acceptation de règles visant à tenir compte de l'évolution de l'économie. Un exemple évident serait la soumission d'une entreprise internationale commune aux règles de sécurité en matière de technique nucléaire.

14. L'accord établissant l'entreprise n'étant de par sa nature qu'un contrat, les sous-divisions d'Etats, communes, etc., peuvent-elles aussi établir des entreprises internationales communes, en principe selon tous les procédés énumérés sous IV/7-13 ? Ces sous-divisions, etc., ne jouissent en règle générale d'aucun *treaty making power*. Pourtant, elles peuvent agir *jure gestionis* tout aussi bien que des Etats (*cf. supra* I/5).

15. Nous ne croyons pas toutefois que ces sous-divisions etc. pourraient, par la conclusion de pareils contrats, exclure l'application de règles non dispositives des divers droits nationaux. Une telle dérogation ne pourrait être effectuée que par la conclusion d'un traité. Il n'est cependant pas certain que ces droits nationaux soient prêts à admettre l'existence d'une « société sans loi (nationale) », même si le statut de celle-ci ne contenait aucune règle matérielle dérogeant à une telle disposition de droit national. Des doutes subsistent donc quant à la question de savoir si les procédés énumérés sous IV/11 et IV/12 peuvent être utilisés par ces sous-divisions, etc...

⁵⁴ § 5 de la Charte de la Banque des Règlements Internationaux, Adam, *Les établissements publics internationaux* (1957), p. 260.

b) Dissociation de l'élément contractuel des dispositions d'un traité établissant une entreprise internationale commune

16. Pour autant que la disposition établissant une entreprise internationale commune figure dans un traité, peut-on dissocier celle-ci du sort d'un traité ?

Ainsi, si l'art. 9 du traité au sujet de la canalisation de la Moselle prévoit l'établissement d'une Société Anonyme de la Moselle comme S.A.R.L. de droit allemand, celle-ci pourrait-elle être dissoute par ses partenaires selon les modalités que la loi allemande sur les S.A.R.L. prévoit pour leur dissolution, sans que l'art. 9 du traité doive être modifié lui aussi ? Nous serions prêt à admettre cette possibilité, qui nous paraît correspondre à la volonté des partenaires.

17. Inversement, les Etats parties au traité établissant l'entreprise, pourraient-ils, par la conclusion d'un nouveau traité, modifier le Statut d'une entreprise figurant en annexe du traité original sans égard aux dispositions que ce Statut lui-même prévoit pour sa modification ? Le rapporteur serait enclin à approuver cette solution en y appliquant *mutatis mutandis* le raisonnement qui a conduit à l'acceptation des modifications du traité C.E.E. par des accords ultérieurs, ne tenant pas compte des règles prévues dans le traité C.E.E. pour sa propre modification⁵⁵. Toutefois, en ce qui concerne les entreprises internationales communes, le problème ne s'est pas encore présenté en pratique. En règle générale, les Statuts, eux aussi, se contentent de l'unanimité des partenaires pour toute modification importante, sans dispositions additionnelles (par exemple délais, avis d'un conseil, etc.). Or, l'unanimité des Etats-partenaires est obtenue plus facilement par un vote dans les organes de l'entreprise que par la conclusion d'un nouveau traité.

⁵⁵ Cf. notamment l'interprétation des accords de Luxembourg du 29 janvier 1966 par le Gouvernement français, A.F.D.I. 1967, p. 885. Contre l'idée de cette méthode de modifier le traité C.E.E., Ganshof van der Meersch, *L'ordre juridique des Communautés Européennes et le droit international*, R.d.C. 148 (1975 V), p. 78, qui approuve pourtant la pratique de « décisions des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil », lorsqu'elles complètent le traité C.E.E. (*ibid.*, p. 79) plutôt que de le modifier (*ibid.*, p. 80). Pourtant, il y eut également des décisions modificatrices, telle celle du 12 mai 1960 que nous avons citée dans notre *Das Recht der Internationalen Organisationen* (3^e éd. 1979), p. 141 et 235 à l'appui de la thèse soutenue dans le texte.

18. L'existence d'une entreprise établie par un traité devrait-elle prendre fin automatiquement à l'expiration de ce traité ? Le problème se pose actuellement à propos de la Sarlor S.A. établie par l'article 84 du traité concernant la Sarre et par son annexe 29. Ces dispositions « sont valables pour 25 ans »⁵⁶. Or, les partenaires de la Sarlor S.A. désirent prolonger l'existence de celle-ci. Si le traité venant à expiration s'était contenté d'établir l'entreprise selon la loi d'un Etat déterminé, l'expiration du traité n'aurait aucune influence sur l'existence de l'entreprise. Il en va pourtant tout différemment si le traité prévoit des clauses exorbitantes du droit commun d'un Etat concernant le type d'entreprise choisi. En ce qui concerne la Sarlor S.A. le traité concernant la Sarre modifie assez sérieusement le droit français et allemand des sociétés. L'entreprise dépend donc, pour son existence, du traité. Si celui-ci expire, elle expire de même. La Sarlor S.A. ne pourrait pas échapper à ce sort par une décision à cette fin prise par ses organes. Une telle décision serait *ultra vires*. La seule façon correcte d'assurer la survie de la Sarlor S.A. serait donc la conclusion d'un nouveau traité.

c) Interprétation des règles de droit interne
applicables aux relations *inter socios*

19. Pour autant que l'entreprise est établie par un accord soumis à un droit interne, cet accord doit être interprété selon les règles d'interprétation prévues par ce droit.

20. Des règles de droit interne d'un Etat peuvent pourtant aussi figurer comme citation directe ou par référence dans un traité ou contrat sans loi établissant une entreprise internationale commune. Dans ce cas, ces règles devraient-elles être interprétées selon les règles d'interprétation acceptées en droit international public ou selon celles de leur propre droit ? Nous croyons que la volonté des partenaires pencherait vers cette dernière alternative. En les interprétant de cette façon, on facilite l'insertion de ces règles et, par là, celle de l'entreprise elle-même dans le droit commun (*cf.* I/9-10). Ainsi les articles 31 et 32 du Statut de la Société Eurochemic ne contiennent que des dispositions rudimentaires quant à la liquidation de la Société. Or, ce Statut

⁵⁶ Art. 84 § 11 du Traité. Leur validité expire donc en 1981.

déclare que le droit belge s'applique à titre subsidiaire. Il ne nous paraît donc guère indiqué de tenter de combler une lacune du Statut en se référant à des précédents puisés en droit international public, par exemple celui de la liquidation de la Société des Nations. Puisque la Société Eurochemic a son siège en Belgique, sa liquidation produirait des effets surtout dans ce pays. Il paraît donc logique d'avoir subsidiairement recours à ce droit, sans recours préalable aux règles matérielles de droit international public.

21. Une exception, plus apparente que réelle au principe énoncé sous IV/20, surgit à propos de la définition des lacunes. Bien sûr, des traités et accords établissant des entreprises internationales communes peuvent renvoyer subsidiairement à un droit interne. Or, un tel recours serait-il admissible seulement dans le cas d'une lacune subsistant même en dépit d'une interprétation du traité ou de l'accord selon le principe *ut res magis valeat quam pereat* ?

22. Qu'il nous soit permis d'illustrer ce cas par un exemple pratique. L'article V de la Convention du 4 juillet 1949 concernant l'aéroport de Bâle-Mulhouse⁵⁷ donne une définition du « bénéfice » dans un contexte autre que celui de l'impôt sur le bénéfice des sociétés, à savoir la distribution de bénéfices éventuels. Ni le traité, ni le statut de la Société de l'aéroport de Bâle-Mulhouse ne contiennent de règles spéciales concernant l'impôt sur le bénéfice des sociétés. Le droit français étant déclaré applicable en principe⁵⁸, les bénéfices de la Société sont donc soumis à cet impôt. La définition du « bénéfice » dans la loi française concernant l'impôt en question est différente de celle donnée par le traité. Si on admet l'interprétation du traité selon l'adage *ut res magis valeat quam pereat*, il n'y a aucune lacune quant à la définition de la notion de bénéfice. La définition y figurant à d'autres fins devrait être acceptée comme s'appliquant partout où cette notion peut jouer un rôle dans l'application du traité. Il n'y aurait donc aucune lacune qui obligerait à recourir à titre subsidiaire à la

⁵⁷ Convention du 4 juillet 1949 pour l'aménagement et l'exploitation de l'aéroport de Bâle-Mulhouse, J.O. du 3 juin 1953 ; Adam, *Les établissements publics internationaux* (1957), p. 223-247.

⁵⁸ Dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente « Convention et ses annexes », art. 1 alinéa 2 de la Convention ; Adam, *ibid.*, p. 223.

définition du bénéfice donnée dans la loi française concernant le bénéfice des sociétés.

23. Nous croyons que l'application de l'adage *ut res magis valeat quam pereat* à cette fin ne s'impose pas uniquement lorsque l'accord établissant l'entreprise est incorporé dans un traité. Certes, dans ce cas, l'adage fait partie des règles classiques d'interprétation, selon lesquelles un traité doit être interprété selon ses objets et buts. L'adage servirait pourtant aussi pour l'interprétation des accords établissant une entreprise sans la soumettre à un droit national. En effet, l'adage nous paraît faire partie des principes généraux du droit. Or il en fait partie précisément parce qu'on le retrouve parmi les règles d'interprétation du droit interne de la plupart des Etats. A condition que le contrat établissant l'entreprise soit soumis au droit interne d'un tel Etat, l'adage s'appliquerait là aussi. On ne se trouverait donc devant une lacune justifiant le recours à titre subsidiaire à un droit interne que dans le cas où même une interprétation de l'accord tenant compte de l'adage laisserait subsister une lacune.

V. Règlement des litiges

1. Pour autant qu'une entreprise internationale commune est établie selon le droit d'un Etat donné, les règles de ce droit concernant les modalités pour le règlement de litiges opposant l'entreprise à des tiers aussi bien que pour les litiges *inter socios* s'appliquent *ipso facto*, sauf si l'accord prévoit des règles particulières à cette fin.

2. Lorsqu'une entreprise internationale commune est établie selon un accord ne la soumettant au droit d'un Etat donné qu'à titre subsidiaire, il serait très souhaitable que l'accord lui-même contienne des dispositions concernant le règlement des litiges. On pourrait pourtant interpréter le silence de l'accord comme un signe de la volonté des partenaires d'accepter pour autant, à titre subsidiaire, les modalités pour le règlement des litiges prévues par le droit de cet Etat ainsi que la juridiction de ses tribunaux. Pour dissiper toute contestation sur ce point, il serait pourtant préférable d'indiquer explicitement cette acceptation.

3. Lorsqu'une entreprise internationale commune est établie par un accord ne la soumettant à aucun droit national, même à titre

subsidaire, il nous paraît presque indispensable de prévoir des modalités pour le règlement des litiges. Les principes généraux du droit, auxquels se référerait un tel accord, nous paraissent trop vagues pour en déduire des modalités pareilles et encore moins pour échafauder sur ces principes un pouvoir de juridiction.

4. Le fait que, assez souvent, des entreprises internationales communes sont établies dans le cadre d'une organisation internationale (*cf.* II/1 et II/8 et IV/3) n'apporte, en lui-même, aucune solution pour le cas où l'accord établissant l'entreprise ne prévoit rien concernant le règlement des litiges. Même si le traité établissant l'organisation prévoit la juridiction obligatoire d'une cour faisant partie de l'organisation, la juridiction de cette cour ne s'étend pas automatiquement aux entreprises établies dans le cadre de l'organisation. L'entreprise ayant une personnalité distincte de l'organisation ne sera justiciable de la Cour de l'organisation qu'en vertu d'une disposition explicite⁵⁹.

VI. La « loi nationale » d'une entreprise internationale commune

1. Dans la grande majorité des Etats, le droit international privé résout la question du choix entre les divers droits théoriquement applicables à une entité, en faveur de la « loi nationale » de celle-ci (*cf. supra* II/14). Pour autant que les entreprises internationales communes soient établies par un accord soumis au droit d'un Etat donné, la loi de cet Etat sera la loi nationale de l'entreprise.

2. Si l'accord établissant l'entreprise prévoit que celle-ci sera gouvernée dans chacun des Etats-membres par le droit national de ce dernier, l'Etat tiers appliquera comme loi nationale de l'entreprise le droit de celui des Etats-membres ayant les rattachements les plus

⁵⁹ Une disposition à cette fin serait l'art. 49 alinéa 5 du Traité C.E.A. Elle prévoit que « sous réserve des compétences attribuées à la Cour de Justice en vertu du présent Traité les litiges intéressant les entreprises communes sont tranchés par les juridictions nationales compétentes ». Or, Goldman, *Clunet* 1963, p. 346, démontre, que la Cour de Justice ne pourrait intervenir qu'indirectement et exceptionnellement dans des litiges relatifs à la structure ou au fonctionnement d'une entreprise commune.

étroits avec le cas d'espèce (par exemple, pour un problème d'exécution, la loi du lieu de l'exécution).

3. Si l'entreprise est établie selon un accord se suffisant à lui-même (IV/12) ou ne se référant à un droit national qu'à titre subsidiaire (IV/11), l'accord lui-même devrait être considéré comme la « loi nationale » de l'entreprise (*cf. supra* IV/14-15).

4. Cependant, le contenu d'un tel accord est souvent trop sommaire pour permettre de résoudre tous les problèmes dont la solution incomberait à la « loi nationale » de l'entreprise, selon les règles du droit international privé du for. Dans ce cas, notre confrère *McDougal* voudrait appliquer la loi nationale de celui des Etats-partenaires qui serait la plus favorable à l'entreprise. La majorité de notre Commission s'est toutefois prononcée en faveur de la loi de l'Etat ayant les rattachements les plus étroits avec le cas d'espèce. C'est seulement en cas d'impossibilité de trouver un tel rattachement que notre confrère *Reuter* propose d'avoir recours à la loi la plus favorable aux fins sociales.

5. Lorsque l'accord établissant une entreprise contient un renvoi subsidiaire au droit d'un Etat donné, ce fait sera un indice précieux pour l'intensité du rattachement à ce droit, mais il est concevable que l'adoption du critère approuvé par la majorité conduirait à l'application du droit national d'un autre Etat.

6. Nous préférons le critère du rattachement le plus étroit à celui de la loi la plus favorable. Il serait parfois malaisé de déterminer la législation qui serait la plus favorable à l'entreprise. Même en faisant abstraction de cette difficulté, le problème resterait de savoir si les partenaires de l'entreprise voulaient vraiment lui accorder une situation aussi favorable ou s'ils n'entendaient pas plutôt la soumettre autant que possible au droit commun (*cf. supra* I/9-10 et *infra* XI/2).

VII. La nationalité de l'entreprise internationale commune

1. Le problème de la nationalité d'une entreprise internationale commune est intimement lié à celui de sa loi nationale. Pour autant que l'accord établissant l'entreprise la soumet directement au droit national d'un Etat donné, elle en acquiert la nationalité avec toutes

les conséquences qui peuvent en découler. Ainsi, les Etats-Unis ont étendu aux 'avoirs de la Banque des Règlements Internationaux le régime de licences qu'ils avaient appliqué pendant la deuxième guerre mondiale aux avoirs suisses aux Etats-Unis⁶⁰.

2. Par contre, si l'accord ne se réfère à aucun droit national, même à titre subsidiaire, il y aurait théoriquement deux possibilités — on pourrait considérer une telle entreprise soit comme apatriote, soit comme ressortissant de chacun de ses Etats-partenaires ou des Etats dont dépendent les sous-divisions partenaires etc. La deuxième solution nous paraît plus proche de la réalité et des intérêts des partenaires.

3. Cette solution s'impose automatiquement lorsque l'accord établissant l'entreprise prévoit que celle-ci sera gouvernée dans chacun de ses Etats-partenaires par le droit national de celui-ci (par exemple Sarlor S.A.).

VIII. Protection diplomatique

1. Lors des débats d'Oslo, l'Institut a refusé d'adopter des règles qui visaient à assurer aux sociétés multinationales une situation privilégiée en ce qui concerne leur protection diplomatique⁶¹.

2. La protection diplomatique d'une entreprise ne jouissant que d'une seule nationalité (*supra* VII/1) incombe à l'Etat dont elle est le ressortissant. L'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁶² s'est pratiquement contenté d'un tel lien de nationalité, en faisant abstraction de toute exigence de « *genuine link* ». La situation d'une telle entreprise n'est donc gouvernée en l'espèce que par le droit commun concernant la protection diplomatique.

3. Nous croyons pourtant que les entreprises internationales communes ont besoin de règles spéciales de protection pour autant

⁶⁰ Libbrecht, *op. cit.*, p. 423.

⁶¹ Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 243-246, rejetant ainsi une proposition du rapporteur M. Goldman, Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 285.

⁶² Seidl-Hohenveldern, *Der Barcelona Traction Fall*, Oesterr. Zeitschr. f. öff. Recht 22 (1971), p. 298-299.

qu'elles soient établies par des accords ne se référant à un droit national qu'à titre subsidiaire ou pas du tout. Nous espérons pouvoir convaincre nos confrères que le cas de ces entreprises est différent de celui des sociétés multinationales. Par définition, ce sont les Etats eux-mêmes et/ou leurs sous-divisions, qui sont les partenaires des entreprises internationales communes. Les Etats ne sauraient donc se désintéresser ou se désolidariser complètement du sort de ces entreprises⁶³, ce qui nous a déjà amené à récuser la solution les traitant comme des apatrides (VII/2). Par surcroît, ces entreprises ne sont pas établies en vue d'obtenir le maximum de profit, mais pour servir des intérêts publics au sens large du mot, quoique par des procédés *jure gestionis*. Enfin, la communauté des Etats s'entendrait peut-être plus facilement sur un tel régime dont ne profiteraient que les seules entreprises internationales communes, d'autant plus que de telles entreprises ont été établies aussi bien par des Etats à économie de marché⁶⁴ que par des Etats du Tiers monde⁶⁵ et par des Etats socialistes⁶⁶.

4. Dans le cas d'une entreprise établie par un accord ne se référant à un droit national qu'à titre subsidiaire, même cette seule référence nous paraît constituer un lien assez fort pour autoriser cet Etat à accorder sa protection diplomatique à l'entreprise.

5. Dans le cas d'une entreprise établie par un accord ne se référant à aucun droit national, la solution correspondant le mieux aux intérêts des Etats qui en sont les partenaires ou dont dépendent les sous-divisions partenaires serait de reconnaître à tous ces Etats un droit d'en exercer collectivement la protection diplomatique.

⁶³ Seidl-Hohenveldern, *Modernes Völkerrecht und der Schutz ausländischen Eigentums*, Festschrift für A. Verdross (1980), p. 657-658, *id.*, *The Social Function of Property and Property Protection in Present-Day International Law in the forthcoming*, *Mélanges in memoriam Jonkheer van Panhuys*, souligne, que pour les Etats modernes une telle solidarisation existe même avec les droits et intérêts appartenant à leurs ressortissants.

⁶⁴ P. ex. Eurochemic, Sarlor S.A., Société Internationale de la Moselle.

⁶⁵ P. ex. Air Afrique, *supra* note 52.

⁶⁶ P. ex. la Banque Internationale d'Investissement, Adam, *Les organismes...*, vol. IV, p. 832 et les autres entreprises mentionnées par Mádl, *loc. cit.*, p. 103 et par les auteurs cités notes 84 et 85 *infra*.

IX. Responsabilité internationale

1. La responsabilité interétatique fait pendant au droit d'accorder la protection diplomatique. Ainsi, si l'accord établissant une entreprise l'a soumise directement au droit d'un Etat, celui-ci devrait assumer la responsabilité pour des actes de celle-ci, illicites en droit international.

2. En général, cette responsabilité serait limitée aux cas où un acte omis par les autorités publiques de cet Etat aurait pu empêcher un tel acte illicite de l'entreprise⁶⁷.

3. Dans le cas où, exceptionnellement, l'entreprise serait chargée de prendre des mesures *jure imperii*, par exemple pour exécuter un régime de rationnement (cf. II/10), la responsabilité interétatique devrait incomber également à cet Etat. Le fait qu'un acte jugé illicite en droit international n'a pas été commis directement par un Etat mais par une de ses entreprises étatiques ne dégage pas cet Etat de sa responsabilité internationale (Affaire de l'*Attilio Regolo*, supra II/11) — cette responsabilité étant la contrepartie de l'exonération de l'entreprise en question d'une responsabilité en droit interne d'Etats tiers pour des actes de ce genre, en vertu du principe de l'immunité *ratione materiae* (cf. *Martin c. Banque d'Espagne*, infra XI/9).

4. Une entreprise internationale commune agissant *jure imperii* n'aurait pas agi uniquement sur l'ordre et dans l'intérêt de l'Etat selon le droit duquel elle a été établie. Par analogie, une responsabilité internationale pour de tels actes de l'entreprise devrait donc incomber à tous ses Etats-partenaires en commun. Le lien étroit existant entre la protection diplomatique et la responsabilité internationale (IX/1) nous amène pourtant à concentrer cette responsabilité vis-à-vis d'Etats tiers sur l'Etat selon le droit duquel l'entreprise a été établie. Cela n'exclurait pas la possibilité, pour ce dernier, de redistribuer les

⁶⁷ Ago, Fourth Report on State Responsibility, Yearbook of the I.L.C. 1972 II, p. 126 § 145, rejetant pourtant *ibid.*, p. 100 §§ 72 et 73 une responsabilité automatique pour tout acte causant un préjudice à un Etat étranger ou à un de ses ressortissants. De même l'article 11 des projets d'articles concernant la responsabilité des Etats, Yearbook of the I.L.C. 1975 II, p. 70, 81 adoptés par la Commission du Droit International en 1975.

charges qui en résulteraient pour lui entre les Etats-partenaires au prorata de leurs participations⁶⁸.

5. L'Etat, selon le droit duquel l'entreprise a été établie, pourrait se priver lui-même des droits de surveillance et de contrôle dont il jouit normalement vis-à-vis d'entreprises établies selon son droit, soit en vertu de clauses exorbitantes du droit commun figurant dans le statut de l'entreprise, soit en lui accordant carrément des privilèges et immunités (*cf. infra* XI). L'Etat en question ne pourrait pourtant pas invoquer ces auto-limitations de son droit de législation et de juridiction pour s'exonérer de sa responsabilité internationale vis-à-vis d'Etats tiers. En signalant un précédent dans le cadre d'une organisation internationale proprement dite, nous ne voulons certes pas nous identifier avec le contenu matériel des accusations portées par l'Allemagne et l'Italie, en 1938, contre les émissions de Radio Nations, poste-émetteur de la SdN⁶⁹. Nous tenons seulement à souligner que le fait que la Suisse avait accordé à la SdN des privilèges et immunités couvrant aussi les activités de Radio Nations, ne pouvait pas dégager la Suisse de sa responsabilité internationale vis-à-vis d'Etats tiers, pour des émissions émanant du territoire suisse et tolérées par les autorités suisses.

6. Dans notre questionnaire nous avons fait allusion à un procédé par lequel, selon nous, l'Etat en question pourrait se dégager de cette responsabilité internationale. Déjà dans les débats d'Oslo⁷⁰ sur les sociétés multinationales, nous avons émis l'idée qu'un Etat pourrait se décharger d'une responsabilité pour des actes de ces sociétés qu'un Etat tiers jugerait illicites selon le droit international et/ou selon son droit interne. Il suffirait que l'Etat en question offre, aux Etats tiers et à leurs ressortissants, une possibilité de s'assurer auprès de ses

⁶⁸ *Cf.* pour le cas analogue d'organisation internationale proprement dite l'art. 46 de l'Accord de Siège entre l'I.A.E.A. et l'Autriche du 11 décembre 1957, Bundesgesetzblatt autrichien 1958, n° 82 concernant la redistribution de charges pareilles, que l'Etat de siège avait dû assumer.

⁶⁹ Ranshofen-Wertheimer, *The International Secretariat* (1945), p. 197.

⁷⁰ Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 208. Nous y sommes revenus dans notre contribution « Propositions algériennes pour un nouveau cadre des relations contractuelles entre des entreprises des pays du tiers monde et des entreprises des pays développés », *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. I (1979), p. 111-113.

propres instituts étatiques d'assurance pour risques non commerciaux⁷¹ (par exemple COFACE, Hermes, OPIC), contre de tels agissements de ses sociétés. Nous croyons que cette idée méritait d'être signalée aussi en ce qui concerne la responsabilité interétatique des entreprises internationales communes. Nous craignons pourtant qu'une discussion de ce problème ne nous éloigne par trop du but principal de nos recherches. Nous avons donc énoncé cette idée, entre parenthèses seulement, dans la dernière phrase de l'article 12, paragraphe 1 de notre projet de résolution.

7. En ce qui concerne une entreprise établie par un accord ne se référant au droit national d'un Etat donné qu'à titre subsidiaire, le lien étroit existant entre la protection diplomatique (VIII/4) et la responsabilité internationale nous amène, là aussi (*cf.* IX/4), à concentrer la responsabilité internationale sur cet Etat.

8. En ce qui concerne les entreprises établies par un accord ne se référant à aucun droit national, nous nous appuyons sur ce même lien étroit pour tenir tous les Etats partenaires d'une telle entreprise pour responsables des actes de celle-ci, proportionnellement à leur participation à l'entreprise (*cf. infra* X/8).

X. Responsabilité en droit interne

1. Il ne fait aucun doute que, dans le droit interne, aussi bien des Etats-membres que dans celui des Etats tiers, l'entreprise qui jouit de sa propre responsabilité est responsable de ses actes *intra vires* et que ses organes sont personnellement responsables s'ils agissent *ultra vires*.

2. Un examen de quelques cas pratiques nous a confronté avec l'existence du problème où les moyens de l'entreprise ou de ses organes sont insuffisants pour faire face à cette responsabilité. Nous croyons que ces cas sont assez importants pour en faire mention dans notre projet de résolution. Nous avons mis ce passage entre paren-

⁷¹ Haschek, *Exportförderung, Finanzierung und Garantien, Internationaler Vergleich und österreichische Praxis* (Vienne 1976), Meron, *Investment Insurance in International Law* (Leiden 1976), Seidl-Hohenveldern, *Versicherung nichtkommerzieller Risiken und die Europäische Gemeinschaft* (Cologne 1977).

thèses parce que ce cas n'avait pas été mentionné dans notre questionnaire.

3. En cas d'insuffisance de moyens d'une entreprise jouissant d'une personnalité qui lui est propre, ses créanciers ont tendance à invoquer une responsabilité au moins morale des fondateurs de l'entreprise. La séparation rigide maintenue en pratique par l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁷² entre les droits et obligations d'une société anonyme et ceux de ses actionnaires aurait pour conséquence de vouer à échec toute tentative de créanciers d'une entreprise internationale commune de percer le voile de la personnalité de l'entreprise distincte de celle de ses Etats-partenaires, afin de tenir ceux-ci pour responsables des obligations de l'entreprise.

4. Pourtant, dans des *obiter dicta*⁷³, l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* n'a pas complètement exclu l'idée que le voile de la personnalité distincte d'une entreprise pourrait être percé ainsi sous certaines conditions. En outre, nous connaissons des exemples où la pression morale exercée dans le cadre d'une organisation internationale (O.C.D.E.) et dans le cadre étatique de la R.F.A. fut si forte, qu'elle empêcha les actionnaires d'une entreprise solvable de s'abriter derrière la personnalité distincte d'une autre entreprise dépendant de celle-ci, laissant aller cette dernière à la faillite (*Badger case*⁷⁴ et le cas *Herstatt-Bank/Gerling*, en R.F.A.).

5. En pratique, les Etats partenaires de l'Institut international de gestion et de technologie, à Milan⁷⁵, comme ceux de la Société Eurochemic, ont évité la faillite de ces entreprises en leur accordant les moyens requis pour leur liquidation lorsque les propres moyens de ces entreprises s'avèrent insuffisants à cette fin⁷⁶. Ces Etats se sont donc considérés comme moralement responsables du sort des

⁷² I.C.J. Reports 1970, p. 45 § 81, p. 47 § 90, p. 48 § 92, p. 49 § 96.

⁷³ I.C.J. Reports 1970, p. 39 §§ 56-58.

⁷⁴ Blanpain, *The Badger Case and the O.E.C.D. Guidelines for Multinational Enterprises* (Deventer 1977) et Seidl-Hohenveldern, *International Economic « Soft Law »*, R.d.C. 163 (1979 II), p. 209-211.

⁷⁵ Cf. note 53 *supra*.

⁷⁶ Von Busekist, *loc. cit.*, p. 261 pour Eurochemic. En ce qui concerne l'Institut de Milan nous ne disposons que d'informations orales.

entreprises qu'ils avaient créées, proportionnellement à leur participation à l'entreprise.

6. Nous proposons même d'élever cette responsabilité morale au niveau d'une obligation juridique. En effet, les difficultés rencontrées par ces deux entreprises étaient dues principalement au fait que les Etats les avaient établies pour satisfaire des intérêts publics. On ne se préoccupa donc que très peu de leurs chances de succès économique. Pour l'Institut de Milan, cette chance était très faible déjà au départ, vu la concurrence presque insurmontable de l'Institut de Fontainebleau et de la Harvard Business School. Dans le cas d'Eurochemic, les Etats-partenaires avaient pris, en cours de route, des décisions au détriment économique de la Société, décisions qu'ils considéraient comme opportunes pour des raisons politiques⁷⁷. Ces considérations nous paraissent renforcer notre argument en faveur d'une responsabilité juridique et non pas seulement morale des Etats-partenaires.

7. Nous serions par contre prêt à exonérer de sa responsabilité l'organisation (l'O.C.D.E.) à l'initiative de laquelle l'une et l'autre des entreprises avaient été établies. D'une part, l'organisation n'avait pas un si grand droit de regard sur les entreprises en question et, d'autre part, en tenant l'organisation pour seule responsable ou conjointement avec ses Etats-membres de la mauvaise situation de l'entreprise, la charge financière aurait quand même incombé, en dernier ressort, à ces Etats-membres, par le truchement d'une augmentation correspondante de leur contribution aux frais de l'organisation.

8. Une responsabilité proportionnelle de chacun de ces Etats nous paraît plus équitable et plus compatible avec leur souveraineté⁷⁸ que de tenir chacun d'eux pour solidairement responsable de la totalité des responsabilités de l'entreprise. Notre confrère *Baxter* signale pourtant que les diverses banques internationales demandent en général, de chacun des Etats-partenaires, sa garantie solidaire pour le montant complet d'un emprunt que la banque en question serait prête

⁷⁷ Von Busekist, *loc. cit.*, p. 264.

⁷⁸ Cf. dans ce sens aussi l'art. 15 § 2 de l'Accord portant création de l'Institut international de gestion et de technologie, Adam, *Les organismes...*, vol. IV, p. 613.

à consentir à une entreprise établie par une action commune de ces Etats.

9. Nous nous prononçons de même en faveur d'une répartition proportionnelle des responsabilités des Etats-partenaires concernant des actes *ultra vires* d'organes d'une telle entreprise. Dans une entreprise internationale commune étatique ou paraétatique, les organes de celle-ci sont composés de personnes jouissant de la confiance des Etats-partenaires et sont soumises à leur contrôle direct. Or si ces organes agissaient *ultra vires*, si, par hypothèse, une entreprise de travaux nucléaires devenait insolvable parce que son organe directeur avait engagé tous ses fonds dans une spéculation désastreuse sur le prix du café, les Etats-partenaires devraient être responsables des suites de cet acte, qui n'aurait jamais pu se produire si lesdits Etats avaient exercé convenablement leurs droit et devoir de surveillance.

XI. Privilèges et immunités

1. On a voulu parfois justifier des propositions visant à octroyer un régime spécial aux « sociétés internationales » par une prétendue nécessité de leur accorder des privilèges et immunités⁷⁹. Les auteurs de ces propositions entendaient, par « sociétés internationales », aussi bien les sociétés multinationales que les entreprises internationales communes étatiques ou paraétatiques. L'octroi de privilèges et immunités était jugé nécessaire ou au moins fort utile autant pour faciliter la marche de l'entreprise que pour y attirer des capitaux.

2. Nous croyons au contraire que l'octroi généralisé de privilèges et immunités aux entreprises internationales communes ne correspond ni aux intentions des Etats-partenaires ni à leurs intérêts bien compris. Si des Etats choisissent de poursuivre en commun un but — jugé comme étant dans leur intérêt public commun — par l'établissement d'une telle entreprise, ils agissent *jure gestionis*. Ces Etats ne veulent donc s'éloigner du droit commun gouvernant le type d'entreprise

⁷⁹ Niboyet, Rapport préliminaire sur les sociétés internationales, International Law Association Report on the 54th Conference, Lucerne 1952, p. 65.

choisi que pour autant qu'ils le jugent nécessaire à la réalisation des buts poursuivis (I/9-10).

3. Or, l'octroi de privilèges et immunités ne faciliterait pas toujours la réalisation de ces buts. Ainsi, par exemple, la jouissance d'immunités de juridiction réduirait les chances de ces entreprises d'obtenir des crédits. On ne peut donc pas présumer l'existence d'une volonté des Etats-partenaires d'accorder des privilèges et immunités à toutes leurs entreprises communes.

4. Les entreprises établies par des Etats ne participent pas à l'immunité *ratione personae* que le droit international public coutumier accorde aux Etats eux-mêmes. Cela découle du fait qu'elles jouissent d'une personnalité distincte de celle de ces Etats.

5. Pour la même raison, des entreprises établies sur proposition ou sur décision d'un organe d'une organisation internationale ne participent pas davantage aux immunités et privilèges accordés à celle-ci, sauf disposition spéciale à cet effet⁸⁰.

6. En apparence il serait parfois malaisé à départir l'établissement de sous-divisions plus ou moins autonomisées d'organisations internationales proprement dites de la fondation d'une nouvelle organisation jouissant d'une personnalité distincte de son organisation-mère (*cf.* par exemple la situation de la Commission Européenne des Droits de l'Homme vis-à-vis du Conseil de l'Europe, examinée par la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Zoernsch v. Sir C. Waldock*⁸¹, ainsi que les décisions du Tribunal Administratif des Nations Unies concernant l'U.N.R.W.A.⁸² et la Caisse Commune des Pensions signalées par Madame Bastid). Pourtant, par définition, les entreprises internationales communes jouissent d'une personnalité qui leur est propre et qui est donc distincte de celle de l'organisation internationale ayant décidé ou proposé leur établissement.

⁸⁰ Ainsi l'art. 28 du Traité instituant un Conseil Unique et une Commission Unique des Communautés Européennes du 8 avril 1965 accorda des privilèges et immunités à la Banque Européenne d'Investissement.

⁸¹ *Cf.* note 30 *supra*.

⁸² Décision du 23 août 1957, *Radicipoulos v. UNRWA*, I.L.R. 24, 684 ; *cf.* aussi Adam, *Les organismes...*, vol. I, p. 194.

7. Il n'y a donc aucune règle de droit coutumier accordant des privilèges et immunités aux entreprises internationales communes. En conséquence, si les partenaires établissant une entreprise commune veulent lui accorder des privilèges et immunités, ils doivent incorporer des dispositions à cet effet dans l'accord établissant l'entreprise. Puisque pareilles dispositions sont exorbitantes du droit interne de chacun des partenaires, l'accord qui les incorporerait devrait être conclu sous forme de traité. En général, les sous-divisions etc. ne pourraient donc pas accorder des privilèges et immunités aux entreprises établies par elles.

8. L'octroi de privilèges et immunités par traité à une entreprise internationale commune ne saurait lier que les Etats-partenaires dudit traité. Il ne produirait des effets vis-à-vis des Etats tiers que si un tel Etat était prêt, lui aussi, à accorder ces privilèges et immunités à l'entreprise en question.

9. Exceptionnellement, un ou plusieurs Etats ou une organisation internationale ayant établi une entreprise internationale commune, pourraient lui confier l'exécution de tâches *jure imperii*, par exemple l'administration d'un régime de rationnement. Dans ce cas, l'entreprise n'agirait que comme le bras prolongé des Etats ou de l'organisation. Dans ce cas, l'entreprise internationale commune profitera pour autant de l'immunité *ratione materiae* que le droit international public accorde aux actes *jure imperii* décidés directement par les Etats ou par l'organisation elle-même. La situation de ces entreprises nous paraît être analogue à celle d'entreprises établies à l'initiative d'un seul Etat et soumises au droit de celui-ci, lorsque l'Etat en question leur confie l'exécution d'actes *jure imperii*⁸³ (cf. *Martin c. Banque d'Espagne*).

XII. Régime de propriété

1. Le questionnaire soumis à la Commission proposait d'examiner aussi le régime de propriété des entreprises internationales communes. Surtout dans les Etats socialistes, où tous les moyens de production doivent être la propriété de l'Etat, l'existence d'entreprises communes

⁸³ Cf. note 34 *supra*.

de ces Etats pose sous ce rapport des problèmes difficiles. La solution la plus simple serait de considérer qu'une telle entreprise serait elle-même la propriétaire de ses moyens de production ou que ceux-ci seraient la propriété commune de ses Etats-membres. Ces solutions nous paraissent toutefois exclues en vertu du principe ci-dessus mentionné du droit constitutionnel des Etats socialistes.

2. Les Etats-membres du C.A.E.M. ont en effet établi des entreprises communes⁸⁴. L'étude de ce problème offrirait donc un certain intérêt pratique, notamment du fait que la situation juridique de ces entreprises est peu claire dans la doctrine des pays socialistes⁸⁵. Il s'agit toutefois d'un problème de droit constitutionnel plutôt que de droit international. La Commission, pour cette raison, n'a pas jugé utile de l'étudier et d'en référer dans le projet de résolution.

Cologne, octobre 1980.

⁸⁴ Butler, *Socialist Transnational Entities sui generis*, *Journal of Business Law*, 1979, p. 137; Uschakow, *Integration und gemeinsame Betriebe im RGW, Recht in Ost und West* 23 (1979), p. 49 ss.; Lorenz, *Multinationale Unternehmen sozialistischer Länder* (Heidelberg 1978), les rapports de Delion, Goleminov et Tadger aux Troisièmes Journées Juridiques Franco-Bulgares, *Rev. Int. Dr. Comparé* 31 (1979), p. 872 ss.

⁸⁵ Cf. Skubiszewski, *Law Making and Economic Integration in Eastern Europe*, *Current Legal Problems*, 29 (Londres 1976), p. 176-177.

Projet provisoire de résolution

— *Considérant* que les Etats, leurs sous-divisions et leurs entreprises publiques soucieux de promouvoir la coopération internationale créent fréquemment des entreprises internationales communes ;

— *Considérant* que ces entreprises se distinguent des organisations internationales proprement dites (tant par la poursuite de buts d'intérêt public commun par des procédés *jure gestionis*) que par un régime juridique interne basé sur un renvoi à un droit national, aux principes généraux du droit régissant la matière considérée dans les systèmes internes des Etats qui en sont les partenaires, soit directement, soit indirectement par le truchement de la participation de leurs sous-divisions (etc.) (« Etats-partenaires ») ou aux principes appliqués dans les rapports économiques internationaux ;

— *Considérant* que ces entreprises se distinguent des sociétés multinationales tant par la poursuite de buts d'intérêt public au sens large du mot que par un champ d'activité pouvant être réduit au territoire d'un seul Etat ;

L'Institut de Droit international,

Vu sa résolution d'Oslo (1977) sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées ;

Vu sa résolution d'Oslo (1977) sur les entreprises multinationales ;

Vu sa résolution d'Athènes (1979) sur la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère ;

Désirant mieux cerner le phénomène de ces entreprises pour autant qu'il échappe à ces résolutions,

Réalisant toutefois que la grande diversité existant entre ces entreprises interdit d'établir un projet de réglementation complet de cette matière applicable à toutes ces entreprises et

Tenant compte du fait que les solutions proposées ne sauraient prévaloir contre la volonté explicite des partenaires de telles entreprises, exprimée dans les accords constitutifs de celles-ci,

Adopte la résolution suivante :

I. Définition

Art. 1. — Au sens des présentes résolutions il y a lieu d'entendre par *entreprises internationales communes* les entreprises qui réunissent les caractères suivants :

a) être constituées à base de participation dominante de deux ou de plusieurs Etats, subdivisions d'Etats ou autres autorités publiques contrôlées par des Etats ;

b) être dotées d'une personnalité juridique distincte de celle des autorités visées *sub. a* ;

c) agir à des fins d'intérêt public commun par des procédés *jure gestionis* dans un ou dans plusieurs Etats ;

d) avoir été créées par un acte constitutif contenant renvoi quant au droit applicable aux rapports *inter socios*, soit au droit interne d'un Etat, soit aux principes généraux du droit régissant la matière considérée dans les systèmes internes des Etats-partenaires, soit aux principes appliqués dans les relations économiques internationales.

II. Source de la personnalité

Art. 2. — 1. Les entreprises internationales communes peuvent être fondées :

a) soit selon les règles appropriées d'un droit étatique,

b) soit par accord (entériné soit dans un traité, soit dans l'acte d'un organe d'une organisation internationale, soit dans un contrat conclu *jure gestionis*) entre leurs fondateurs leur accordant une personnalité juridique propre, soustraite à un droit étatique.

2. La personnalité accordée selon l'Article 2 paragraphe 1 *littera b* sera limitée à la capacité nécessaire à l'exercice des fonctions assignées à l'entreprise.

3. Dans ces limites, cette personnalité sera reconnue dans l'ordre juridique des Etats partenaires (directs ou indirects) tout aussi bien que dans celui d'Etats tiers.

III. Droit applicable dans les relations contractuelles avec des tiers

Art. 3. — 1. Dans leurs relations avec des tiers ces entreprises peuvent — sous réserve (d'une intervention en ce domaine) de l'ordre public et des lois impératives — désigner librement la loi du contrat et (si telle est leur volonté), soustraire celui-ci à l'application exclusive d'un droit interne déterminé.

2. La résolution d'Athènes sur la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère s'appliquera à ces contrats *mutatis mutandis*.

IV. Droit applicable *inter socios*

Art. 4. — 1. L'accord établissant l'entreprise peut soumettre les relations *inter socios* soit à une loi nationale y compris les règles spéciales que ce droit pourrait prévoir pour la participation d'autorités publiques nationales ou étrangères, soit les soustraire à l'application exclusive d'un droit déterminé.

2. L'accord soumettant les relations *inter socios* à une loi nationale peut déroger expressément à celle-ci. Sous réserve d'une intervention en la matière de l'ordre public ou des lois impératives, il y a lieu de considérer que ces accords dérogent implicitement aux dispositions incompatibles avec l'objet et le but de l'accord.

3. Si l'accord ne soumet pas les relations *inter socios* à l'application exclusive d'un droit déterminé, ces relations seront gouvernées par les dispositions de l'accord lui-même ainsi que par les principes généraux du droit régissant la matière considérée dans les systèmes des Etats-partenaires et les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux. A titre subsidiaire, l'accord peut rendre applicable à ces relations tout ou partie des dispositions du droit interne d'un Etat déterminé.

4. En soumettant des relations à une loi nationale soit directement, soit à titre subsidiaire, l'accord peut prévoir que les dispositions de celle-ci doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de cet accord.

5. Pour autant qu'une entreprise est établie dans le cadre d'une organisation internationale, notamment par un accord entériné dans

l'acte d'un organe de celle-ci, le droit secondaire de cette organisation ne lui est applicable que par l'effet d'une disposition expresse de l'accord.

Art. 5. — 1. Lorsque l'accord établissant l'entreprise fait partie d'un traité, l'accord doit être interprété en tenant compte des objets et buts du traité.

2. Le recours à un droit interne déclaré applicable à titre subsidiaire n'a lieu que dans la mesure où une interprétation de l'accord selon ses objets et buts ne suffit pas à combler une lacune.

3. Un droit interne rendu applicable directement ou à titre subsidiaire doit être interprété selon les modalités d'interprétation prévues par ce droit. Pour autant que ce droit laisse aux autorités nationales un pouvoir discrétionnaire, celles-ci l'exerceront en faveur de la réalisation des objets et buts de l'accord.

Art. 6. — Par une expression unanime de leur volonté, les partenaires d'un accord qui n'auraient soumis l'entreprise à l'application directe d'aucun droit national, peuvent à tout moment soit modifier le droit applicable *inter socios*, soit mettre fin à l'existence de l'entreprise ou en prolonger la durée sans être tenus d'observer les règles que l'accord établissant l'entreprise avait prévues pour sa propre modification ou terminaison.

V. Règlement de litiges

Art. 7. — 1. Il serait très souhaitable que l'accord prévoie des modalités pour le règlement de litiges pouvant surgir soit *inter socios*, soit entre l'entreprise et des tiers.

Lorsque l'entreprise est établie dans le cadre d'une organisation internationale disposant d'une instance judiciaire, celle-ci ne peut cependant étendre sa juridiction à ces litiges qu'après une autorisation adéquate.

VI. La « loi nationale » d'une entreprise internationale commune

Art. 8. — 1. Si le droit international privé d'un Etat se réfère au droit national de l'entreprise, celui-ci doit être compris et interprété ainsi qu'il est prévu aux articles 4 à 6.

2. Pour autant que l'accord établissant l'entreprise prévoit que celle-ci sera gouvernée dans chacun des Etats-membres par le droit national de ce dernier, l'Etat tiers appliquera le droit de celui des Etats-membres ayant les rattachements les plus étroits avec le cas d'espèce.

3. Si l'accord établissant l'entreprise ne se réfère à aucun droit national, les tribunaux appliqueront à l'entreprise, comme étant sa loi nationale, les règles prévues par l'accord lui-même en les suppléant, le cas échéant, par les règles du droit de celui des Etats-membres ayant les rattachements les plus étroits avec le cas d'espèce.

VII. Nationalité

Art. 9. — 1. Les entreprises soumises directement (ou même à titre subsidiaire) au droit d'un Etat donné jouissent de la nationalité de cet Etat.

2. Les entreprises qui ne sont (soumises à un droit interne qu'à titre subsidiaire ou n'étant) soumises à aucun droit interne seront considérées comme possédant la nationalité de chacun des Etats-partenaires (des Etats qui en sont les partenaires ou dont dépendent leurs sous-divisions etc. partenaires).

VIII. Protection diplomatique

Art. 10. — Le fait d'avoir soumis une entreprise au droit d'un Etat même à titre subsidiaire (ne) constitue (pas) un lien suffisant (*genuine link*) pour autoriser cet Etat à lui accorder sa protection diplomatique.

Art. 11. — Une entreprise qui n'est soumise à aucun droit interne, ni directement ni subsidiairement, peut bénéficier de la protection diplomatique collective de tous les Etats-partenaires (des Etats qui en sont les partenaires ou dont dépendent les sous-divisions etc. partenaires).

IX. Responsabilité internationale

Art. 12. — 1. L'Etat dont le droit a été déclaré directement (ou subsidiairement) applicable à une entreprise devient responsable en droit international à l'égard de tout autre Etat et des ressortissants de celui-ci pour tout acte dommageable causé par l'entreprise, si un

acte omis par ses autorités étatiques avait pu empêcher ces actes. (Il peut se dégager de cette responsabilité en offrant à ces Etats et à leurs ressortissants la possibilité de s'assurer auprès de ses instituts étatiques d'assurances contre le risque de tels actes causés par ces entreprises.)

2. Les restrictions prévues dans l'accord établissant l'entreprise quant à l'application du droit de cet Etat ne le libèrent pas de cette responsabilité envers des Etats tiers et leurs ressortissants.

Art. 13. — En l'absence de dispositions pertinentes, chaque partenaire d'une entreprise est responsable des actes de celle-ci proportionnellement à sa participation à l'entreprise, même pour des actes commis *ultra vires*.

X. Responsabilité en droit interne

Art. 14. — Les règles énoncées dans l'article 13 s'appliquent *mutatis mutandis* aux responsabilités en droit interne dépassant les moyens propres de l'entreprise.

XI. Privilèges et immunités

Art. 15. — 1. En principe les entreprises ne jouissent de privilèges et immunités que vis-à-vis des Etats (partenaires ou non-partenaires) qui les leur auraient accordés.

2. Pourtant, si exceptionnellement un ou plusieurs Etats ou une organisation internationale ayant établi une entreprise, lui confient l'exécution de tâches *jure imperii*, l'entreprise bénéficie dans cette mesure de l'immunité *ratione materiae* due aux actes *jure imperii* de l'Etat ou de l'organisation.

Annexe I

Observations des membres de la Neuvième Commission sur l'exposé préliminaire et le questionnaire.

1. Observations de Mme Suzanne Bastid.

Paris, le 30 avril 1979

Mon cher Ami,

Je m'excuse de ne pas respecter exactement le délai prévu pour la réponse à vos « Observations préliminaires » sur le droit applicable aux entreprises internationales communes étatiques ou paraétatiques. J'ai lu avec grand intérêt ces observations et attentivement considéré votre questionnaire.

Sur la délimitation du sujet, il m'apparaît que deux idées dominent. D'une part, il y a action concertée d'Etats, soit directement, soit par le canal d'entités liées à l'Etat : établissements publics ou collectivités locales. D'autre part, il y a entreprise, c'est-à-dire activité comportant la mise en œuvre de personnel, de matériel et d'une certaine organisation en vue de certains résultats économiques ou scientifiques.

L'idée d'entreprise correspond sans doute à ce que vous visez par l'idée d'actes *jure gestionis*, mais, à mon avis, c'est une idée qui correspond mieux à l'objectif propre poursuivi, qu'il s'agisse de gérer des services sans avoir à tenir compte de l'obstacle des frontières ou de procéder à des réalisations dépassant les possibilités financières ou techniques de chacun des Etats. Vous avez tout à fait raison d'insister sur la diversité des techniques utilisées ; j'ai moi-même souligné ce point dans le Jurisclasseur de droit international (fascicule 110, para. 12).

L'importance actuelle du sujet se manifeste non seulement dans le domaine du droit de la mer, mais aussi dans celui de l'industrie pétrolière (*J.L. Meseguer Sanchez*, « Vers un nouveau régime international des entreprises communes de pêche », A.F.D.I. 1974, p. 860 ; *M. Al Saqaf*, « Les entreprises communes créées au sein de l'O.P.A.E.P. », A.F.D.I., 1977, p. 709). La diversité des situations conduit à une classification et celle que vous proposez mérite d'être utilisée au moins pour une première exploration de la matière.

Réponses au questionnaires :

1. J'ai indiqué en commençant les critères qui permettent de distinguer ces entreprises des organisations internationales et des organisations non gouvernementales. Il ne me paraît pas que le critère de la gestion quasi commerciale puisse être retenu, qu'il s'agisse d'une entreprise scientifique ou même de l'établissement d'un ouvrage public.

2. Oui.

3. Oui, au moins à titre provisoire et sous réserve des résultats de l'enquête.

4. Je suis favorable à l'interprétation que vous donnez du libellé du sujet, c'est-à-dire à l'examen d'un certain nombre de problèmes concrets qui se posent à propos de ces entreprises.

5. Le libellé de cette question paraît supposer que l'objectif est l'élaboration d'une résolution *de jure ferenda*; il serait peut-être plus indiqué de faire un effort de systématisation de la pratique en cherchant à en dégager les problèmes généraux.

6. Je ne vois pas exactement la portée de la question, le renvoi à un droit national s'accompagne, me semble-t-il, de stipulations conventionnelles particulières.

7. La dernière solution proposée paraît raisonnable et pourrait être suggérée dans le projet de résolution, le statut commandant lui-même l'application du droit national.

8. Le régime juridique de l'entreprise étant fondé essentiellement sur son statut, celui-ci peut évidemment procéder à toute combinaison qui apparaît appropriée dans la référence aux droits nationaux. On pourrait seulement souligner l'importance d'une référence à des règles définies plutôt qu'à un système de droit dont il faudrait apprécier la combinaison avec le système auquel est fait le renvoi principal.

9. Réponse affirmative en principe, mais en soulignant l'intérêt d'une disposition explicite à ce sujet.

10. Pour suggérer de façon explicite cette proposition ne faudrait-il pas préciser ce que l'on entend par principes généraux du droit ? Ne pourrait-on pas parler des principes généraux régissant la matière considérée dans les systèmes internes des Etats en présence ?

11. Le problème tel qu'il est formulé ne peut recevoir qu'une réponse affirmative : il s'agit d'une question d'opportunité.

12. En principe cette solution paraîtrait raisonnable.

13. Réponse affirmative, mais ne faudrait-il pas suggérer qu'il s'agit des principes généraux du droit dans les systèmes internes des Etats parties à l'accord et du cocontractant ? La question pourrait être abordée dans le projet de résolution.

14. Il semble que la dernière solution proposée serait raisonnable car l'utilisation du droit international public s'agissant du statut de l'entreprise n'a pas de raison d'être puisque c'est le renvoi à une législation nationale qui est prévu.

15. Les termes du statut devraient n'être modifiés que selon la procédure prévue spécialement à cet effet. Par contre, une modification du traité suivant les règles du droit international public aurait certainement des conséquences s'agissant du statut.

16. Réponse affirmative, mais le problème envisagé n'est-il pas celui qui est posé sous 9 ?

17. Cette solution paraît s'imposer à moins de disposition formelle en sens contraire. Il n'en serait différemment que si la règle interne de l'organisation internationale était expressément comprise dans l'accord créant l'entreprise.

18. Les questions posées conduisent à se référer à la loi de l'Etat mentionné à quelque titre que ce soit. Pour la dernière situation visée, on pourrait suggérer, suivant les circonstances, le choix de la loi nationale en fonction des situations de rattachement. Mais il n'est pas certain que l'on puisse arriver ainsi à une solution satisfaisante.

19. Réponse affirmative.

20. Réponse affirmative : la base juridique de l'application du droit national se trouve dans le traité qui doit être respecté.

21. Réponse affirmative pour le cas de l'entreprise du type C. S'agissant de l'entreprise du type D la solution devrait être la même du moment que l'on se trouve dans une situation où il y a lieu de recourir à titre subsidiaire à une législation nationale.

22. Réponse affirmative.

23. Cette possibilité doit en tous cas être organisée.

24. Cette distinction paraît nécessaire.

25. Réponse affirmative.

26. Vis-à-vis des Etats-membres, la personnalité de droit international public dépend des dispositions du traité de base ou des compétences qui sont reconnues à l'entreprise. S'agissant des Etats tiers, ceux-ci doivent reconnaître explicitement cette personnalité.

27. N'est-ce pas la situation visée sous A ?

28. Non.

29. La question doit être réglée en suivant les dispositions de la Convention de Vienne et en distinguant les rapports entre les Etats et le régime juridique de l'entité créée en vertu de leur accord.

30. Réponse affirmative.

31. La question pourrait être traitée par un Etat tiers comme dans le cas de double nationalité.

32. Le problème ne se pose qu'en l'absence de disposition du statut ou d'un acte explicite de reconnaissance de la personnalité. On pourrait considérer que les Etats tiers déduiront l'existence de la personnalité juridique des compétences effectivement exercées sur la base du statut.

34. Réponse affirmative pour le droit international public. En droit interne il s'agit de la personnalité admise pour les entreprises de ce type (établissement d'enseignement, de recherche, de travaux publics).

35. Il me paraît impossible de répondre à cette question en dehors de la considération d'un cas concret.

36. Cette disposition serait constitutive.

37. Oui.

38. Pour les Etats tiers, il faudrait appliquer les mêmes principes qu'au cas de double nationalité en fonction de la situation concrète à considérer.

39. Il paraît difficile de formuler une règle générale, soit en faveur de l'apatridie, soit en faveur de la nationalité de l'Etat de renvoi subsidiaire. Il faudrait, en fonction du problème concret dans lequel se pose la question de nationalité, rechercher la meilleure solution. Peut-être y a-t-il là un point sur lequel l'Institut pourrait marquer l'utilité d'une disposition dans l'accord de base ?

40 à 42. Le problème de la protection diplomatique de ces entreprises me paraît très difficile et je me demande s'il ne faudrait pas considérer que cette protection diplomatique devrait être exercée conjointement par les Etats qui ont établi l'entreprise interétatique ; il n'en serait différemment que si un rattachement national était explicitement adopté dans les accords de base.

43. La question mériterait d'être examinée.

44. Sauf texte exprès la solution 44 a) me paraît la plus rationnelle.

46. La solution indiquée est en harmonie avec le principe de la souveraineté territoriale.

47. Cette exonération aurait pour effet de conduire à la responsabilité de tous les Etats ayant établi l'entreprise.

48. Je vois mal la question.

49. Réponse affirmative pour les deux cas.

50. En principe responsabilité proportionnelle en l'absence de toute circonstance particulière.

51. La même répartition devrait intervenir au moins en principe.

52. Le partage de responsabilité est concevable mais il paraît difficile de fixer des règles générales à cet égard eu égard à la diversité des situations.

54. Réponse affirmative.

55. La question découle de la reconnaissance de la personnalité de droit interne.

56. La question est liée au régime juridique de l'entreprise.

57. Le lien entre le statut des entreprises internationales et les systèmes des entreprises nationales est incontestable. L'étude des entreprises entre pays socialistes mérite certainement d'être considérée.

58. Réponse affirmative.

59. L'octroi de privilèges et immunités aux entreprises interétatiques suppose une décision formelle des Etats intéressés.

Pratiquement, il semble que le problème des immunités fiscales ait souvent été considéré et réglé de façon détaillée.

60. Réponse affirmative en principe.

Beaucoup des questions considérées méritent une discussion approfondie du point de vue des principes, mais il est certain que l'enquête à laquelle vous avez l'intention de procéder auprès de certaines entreprises internationales apportera des informations très intéressantes sur les divers types existant et sur les questions juridiques qui se posent en pratique et à propos desquelles une résolution de l'Institut faisant certaines suggestions *de lege ferenda* serait importante.

Trouvez ici, mon cher Ami, l'expression de ma sympathie la meilleure.

Suzanne Bastid

Observations complémentaires de Mme Suzanne Bastid.

Paris, le 25 février 1980

Mon cher Ami,

A propos de votre document intitulé « Information supplémentaire », qui situe très bien notre sujet, je voudrais faire les quelques observations suivantes :

A. Problèmes principaux

I. Le renvoi au droit national ou aux principes généraux de droit commun marque bien la commune conviction qu'il s'agit de régir une activité qui par elle-même échappe au droit international public. Cependant, du moment que l'acte constitutif est établi comme un traité, il faut, s'agissant des *lacunes*, distinguer suivant que le rapport juridique concerne la constitution et le fonctionnement de l'entreprise qui relèvent du droit choisi par les parties ou les rapports entre Etats comme tels : dans ce cas, la référence au droit international public devrait s'imposer (exemple concret : effet de la guerre survenant entre les Etats).

II. En créant une entreprise internationale les Etats sont d'accord pour prévoir la constitution d'une entreprise, c'est-à-dire (*cf.* ma réponse du 30 avril 1979) une activité comportant la mise en œuvre de personnel, de matériel, avec une certaine organisation en vue de certains résultats économiques ou scientifiques. L'organisation et la finalité caractérisent l'entreprise. Chaque Etat peut reconnaître l'existence d'une personne morale. Il le fait généralement dans le cadre de son droit interne, mais on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas le faire par un accord avec un autre Etat du moment qu'est établie une entité pour laquelle des règles sont établies. Ceci implique évidemment que l'on admette que la notion de personne morale soit un principe général de droit, au sens du Statut de la Cour. Mais cela ne paraît guère contestable. Ainsi, en vertu du droit international, les Etats peuvent de concert créer une personne morale et la doter des règles qu'ils estiment nécessaires sans se référer au droit interne d'un Etat donné.

Pour les Etats tiers, s'ils sont amenés à entrer en contact avec cette entreprise, sa personnalité doit être reconnue si elle agit dans l'exercice des compétences qui ont été fixées par l'accord interétatique qui l'a établie (cf. ma réponse à la question 32).

III. En l'absence de texte spécial, il semble que l'entreprise interétatique se détache de l'organisation. Mais en fait, beaucoup de problèmes se posent (condition du personnel, questions financières, privilèges et immunités). Ils peuvent donner lieu à des discussions comparables à celles dont le Tribunal administratif des Nations Unies a eu à connaître s'agissant de l'UNWRA et de la Caisse commune des pensions. C'est un point sur lequel l'Institut pourrait peut-être marquer l'intérêt de dispositions explicites.

B. Délimitation de l'objet des recherches

Il m'apparaît que trois éléments se retrouvent et permettent de distinguer les entreprises interétatiques des entreprises multinationales comme des situations examinées par nos confrères Valticos et R.J. Dupuy :

1) accord entre Etats (ou entre collectivités locales ayant reçu compétence à cet effet) ;

2) l'accord entre Etats prévoit l'application d'un droit national ou de principes communs à des droits internes ou fixe lui-même des règles destinées à régir l'entreprise ;

3) l'accord prévoit une *entreprise*. C'est, à mon avis, le point essentiel et il ne convient pas de reprendre seulement l'analogie avec les actes *jure gestionis* s'agissant de l'Etat. Non seulement en faisant une place à cette idée on risque de retomber sur des discussions qui se sont produites à propos du comportement de l'Etat, mais surtout on perd de vue le fait que les Etats ont voulu créer une entité nouvelle comportant des moyens d'action en personnel, en matériel et susceptible de déployer par elle-même une activité propre dans un cadre qui n'est pas le cadre étatique. Il n'y a pas, me semble-t-il, à distinguer du point de vue général, qui doit être celui de l'Institut, entre les activités à fins économiques et les activités scientifiques. Je ne pense pas que l'on puisse dans la délimitation introduire l'idée de prestation directe à des particuliers, sans doute est-ce généralement le cas, mais je ne pense pas que l'on puisse en tirer de conséquences d'une portée générale.

Je suis donc finalement d'accord avec votre constatation finale, p. 4 *in fine*.

C. But des recherches

Je suis d'accord avec l'idée qu'il ne peut être question de proposer un statut idéal. Il me semble que l'Institut peut, par contre, marquer les caractères propres de cette institution, examiner les problèmes généraux que vous avez très bien dégagés et sans doute montrer l'intérêt qu'il peut y avoir dans l'accord créant une entreprise interétatique à adopter telle ou telle disposition ou à régler telle question comme celle des immunités.

Questionnaire

Je me bornerai à des remarques s'appliquant aux compléments que vous avez apportés.

14. A mon avis, la volonté des Etats est de faire régir l'entreprise par des règles qui ne sont pas des règles de droit international public. Donc, pour apprécier s'il y a lacune, il me semble qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le principe *ut res magis valeat quam pereat*.

15. Il paraît difficile d'exclure une modification du traité conforme au droit international. Mais s'agissant de la modification du statut la voie normale serait l'application des règles sur la révision.

17. Question intéressante (*cf. supra* à propos de A/III), c'est sans doute un des points qui devraient retenir plus particulièrement l'attention de l'Institut. L'entreprise repose-t-elle sur un accord réalisé à l'occasion de la réunion dans le cadre de l'organisation ou est-elle un organe subsidiaire ?

29. A mon avis, il faut laisser de côté les problèmes nés de la compétence sur le plan international de l'une des parties. Le recours au droit international public dépend certainement de la forme et aussi du contenu de l'accord.

32. J'ai indiqué mon point de vue sous A.

35. *Idem* sous A/III.

40-45. A mon avis, la situation est tout à fait différente de celle des multinationales et il faudrait éviter le rapprochement. L'action concertée des Etats serait tout à fait concevable .

60. Cette question devrait être spécialement examinée. .

La lecture de votre « Information supplémentaire » m'a donné le sentiment qu'un certain nombre de questions pourraient être utilement considérées par l'Institut. Il s'agit en somme de porter un peu de lumière sur un domaine qui paraît être juridiquement à cheval entre le droit interne et le droit international et qui en réalité manifeste la réalité des intérêts communs dans la vie internationale.

Suzanne Bastid

2. Observations de M. Giorgio Cansacchi.

Turin, le 3 avril 1979

Mon cher Confrère,

J'ai beaucoup apprécié votre excellent rapport pour l'ampleur de la recherche et pour la clarté de l'exposé. Vous avez achevé une lourde tâche, car les entreprises interétatiques du monde actuel donnent lieu à des problèmes juridiques très nombreux et très difficiles à résoudre. Je vous félicite vivement pour les suggestions que vous proposez, qui me semblent tout à fait logiques et souhaitables.

Voici mes réponses à votre questionnaire :

1. Oui. Je préfère une définition restrictive des entreprises interétatiques. On devrait comprendre dans cette définition seulement les entreprises constituées par deux ou par plusieurs Etats ayant une gestion à caractère commercial. On devrait exclure les organisations internationales proprement dites.

2. Oui.

3. Oui.

4. Je serais d'avis de ne pas discuter les matières accessoires figurant du n° 24 au n° 60 de votre questionnaire, afin de ne pas élargir excessivement le cadre de notre recherche.

5. Je serais d'avis de limiter notre recherche à la seule énonciation de certaines règles de droit international public ayant des implications sur la situation juridique des entreprises interétatiques.

6. Oui.

7. Je pense que dans le cas d'entreprises interétatiques de type C, on ne devrait pas appliquer les normes du droit national des Etats-membres incompatibles avec le statut de l'entreprise.

8. Il me semble que le statut d'une entreprise interétatique ne peut renvoyer à des règles édictées par un Etat tiers et plus encore à des règles qui ne sont plus en vigueur lorsque le statut de l'entreprise a été adopté.

9. Je préférerais affirmer que le renvoi à une législation nationale doit être limité aux règles qui étaient en vigueur au moment de l'adoption du statut, sauf si une clause expresse du statut ne consent à appliquer même les changements futurs de la législation nationale indiquée.

10. Il me semble que dans les relations entre les partenaires des entreprises interétatiques de type D ou E, il doit être présumé qu'ils ont voulu soumettre leurs relations, outre le statut, aux principes généraux du droit.

11. Oui. Il me semble que les soumissions indiquées dans votre rapport doivent être considérées comme légitimes.

12. Oui. En cas d'absence d'un choix explicite d'un droit national ou de n'importe quel autre droit, je serais d'avis que la clause contractuelle de soumettre les contrats à une juridiction nationale donnée implique la soumission de ces contrats au droit matériel de cet Etat.

13. Oui. Je pencherais pour cette solution, c'est-à-dire pour la soumission du contrat aux seuls principes généraux du droit.

14. Je pencherais pour la solution qui consiste à considérer l'existence d'une lacune lorsqu'on constate l'absence d'une règle appropriée dans les statuts des entreprises. Si les statuts prévoient, dans ce cas, le renvoi subsidiaire à une législation nationale, il me semble que ce renvoi doit être respecté lorsque le renvoi principal au droit international public ne conduit à aucune solution logique, faute, dans ce droit, d'une règle ou d'un principe applicable *ad hoc*.

15. Il me semble que dans ces cas, le statut de l'entreprise peut être modifié, soit par traité, selon les règles du droit international public, soit par une procédure de modification établie dans le statut, même si le statut renvoie, pour cette procédure de modification, à une loi nationale.

16. Il me semble que, sauf clause expresse, le droit national auquel les traités ou les statuts renvoient doit être interprété selon la teneur qu'il avait au moment de l'adoption du statut.

17. Oui. Il me semble que la réponse doit être positive.

18. Oui.

a) Dans le cas des entreprises interétatiques des types A à C, la loi déclarée applicable devrait être celle de l'Etat dont la loi régit son existence et son activité ;

b) les tribunaux d'un Etat tiers devraient toujours appliquer les modifications apportées aux statuts des entreprises ;

c) les tribunaux d'un Etat tiers devraient, en ce cas, appliquer les règles communes des deux lois nationales indiquées ; si cela n'est pas possible pour le contraste normatif entre ces deux lois, les tribunaux devraient donner leur préférence à la loi du siège de l'entreprise ou à la loi avec laquelle le rattachement à l'entreprise paraît le plus étroit ;

d) dans ce cas, il me semble que l'entreprise doit être régie par les règles communes des Etats qui l'ont constituée ou, si cela n'est pas possible pour le contraste normatif entre ces lois, par la loi nationale du siège de l'entreprise ou par la loi de l'Etat auquel le rattachement de l'entreprise paraît le plus étroit.

19-20. Oui.

21. Oui. Cette différence d'interprétation me paraît bien fondée.

22. Oui. Il me semble qu'une telle réglementation est souhaitable.

23. Oui. Il me semble que la réponse doit être affirmative.

24. Oui. Il me semble que cette distinction est justifiée et même nécessaire.

25. Oui. Je suis d'accord de rejeter cette thèse (thèse de la mosaïque) quoi qu'elle soit encore largement suivie par la jurisprudence et la doctrine.

26. Je pense que le traité constitutif peut accorder à l'entreprise ainsi constituée une personnalité de droit international (très limitée et purement fonctionnelle) ; plusieurs arbitrages internationaux récents ont accepté cette solution. Selon moi, cette personnalité internationale n'aurait de l'efficacité que vis-à-vis des Etats-membres.

27. Oui. Il me semble que c'est possible.

28. Non. Pour cela je crois qu'il serait nécessaire d'avoir un traité entre les Etats souverains créateurs de l'entreprise.

29. Oui. Il me semble que, sauf des cas exceptionnels, lorsque deux Etats constituent, par un accord entre eux, une entreprise interétatique, ils considèrent

cet accord comme un vrai traité régi par le droit international (même si cet accord est conclu en forme simplifiée).

30. Oui. Il me semble que les entreprises de A à C doivent jouir de la personnalité juridique accordée par la loi de l'Etat qui régit leur existence.

31. Oui. Il me semble que cela est possible. L'Etat tiers pourrait faire découler, de préférence, la personnalité de cette entreprise de la loi nationale de l'Etat de son siège ou — comme je l'ai déjà souligné — de la loi nationale de l'Etat envers lequel l'entreprise semble plus étroitement rattachée.

32-33. Il me semble que la personnalité de droit interne des entreprises de type D et E résulte, pour tous les Etats-membres et non-membres, directement des dispositions des statuts et subsidiairement des lois nationales des Etats-membres ; ces lois nationales sont indiquées sur ce point par les systèmes de droit international privé des Etats tiers.

34. Oui. Il me semble que cette limitation est justifiée. Si l'entreprise cause des dommages au cours de son activité au-delà de ses fonctions, sa responsabilité personnelle devrait être établie ; mais je pense que, même en ce cas, la responsabilité subsidiaire des Etats-membres devrait être reconnue.

35. Dans ce cas, il me semble que, soit la personnalité de droit interne, soit celle — éventuelle — de droit international public de l'entreprise devrait être déduite de l'ordre juridique de l'organisation dont l'entreprise relève. Je serais de l'opinion que, au point de vue du droit international public, cette entreprise serait normalement considérée comme une simple institution de l'organisation dont elle relève ; elle n'aurait pas une personnalité internationale autonome. Par contre, elle pourrait avoir une personnalité juridique reconnue dans les lois internes des Etats-membres.

36. Il me semble que, dans ce cas, la disposition du statut qui accorde la personnalité juridique aux entreprises est constitutive.

37. Oui.

38. Il me semble que la nationalité de l'entreprise devrait être celle de l'Etat de son siège ou bien de l'Etat auquel le rattachement de l'entreprise paraît le plus étroit.

39. Il me semble plus logique et même plus convenable de considérer les entreprises des types D et E comme « apatrides », même si on constate dans leurs statuts un renvoi subsidiaire au droit national d'un Etat-membre.

40-41. Oui.

42. Selon moi, ces entreprises ne pourraient pas jouir d'une protection diplomatique de l'un ou de l'autre des Etats-membres, singulièrement considérés, mais conjointement de tous les Etats-membres.

43. On pourrait souhaiter que dans l'accord constitutif de l'entreprise, les Etats-membres établissent de conférer à l'un d'eux la charge d'exercer la protection diplomatique en faveur de l'entreprise, en tant que représentant de tous les Etats-membres.

44. *De lege ferenda* je préférerais la protection diplomatique par une démarche collective de tous les Etats-membres ; mais s'il y a une organisation-mère, avec personnalité juridique internationale reconnue, je serais favorable à l'intervention directe de celle-ci.

45. Si on préfère la solution 44 *b*, je crois que le mandat à l'un des Etats-membres devrait être réglé par un accord international ou par le statut de l'entreprise.

46. Oui. La responsabilité — dans les cas des entreprises des types A à C — devrait être à la charge de l'Etat du siège.

47. Non. Il me semble qu'une telle exonération de responsabilité n'est pas justifiée.

48. Non. Il me semble que la possibilité par les Etats tiers de conclure des assurances ne peut exonérer de sa responsabilité l'Etat du siège.

49. Il me semble que dans ces deux situations, les Etats-membres et éventuellement l'organisation-mère, sont conjointement responsables des actes illicites des entreprises.

50. Je pencherais plutôt en faveur d'une responsabilité indivise, c'est-à-dire solidaire.

51. Il me semble que dans ce cas, les Etats-membres devraient être considérés comme responsables solidairement.

52. Oui.

53. Je pencherais pour une responsabilité solidaire.

54. Oui.

55. Je pencherais pour une propriété collective des Etats-membres, sauf disposition expresse et différente de l'accord constitutif ou du statut de l'entreprise.

56. Je pencherais pour rechercher les titres de ces droits de propriété dans les lois des Etats-membres.

57. Oui. Dans les pays socialistes, il me semble qu'on ne pourrait pas envisager des entreprises interétatiques entre des Etats communistes et capitalistes. En tout cas, une telle éventualité sera très peu probable en raison de la structure essentiellement « privée » des entreprises interétatiques.

58. Oui. Il me semble qu'une telle séparation est souhaitable.

59. On peut envisager que certains privilèges et immunités soient accordés aux entreprises interétatiques. Les privilèges et les immunités seraient valables seulement dans les territoires des Etats-membres. Je ne crois pas qu'on puisse invoquer en cette matière un droit coutumier international. Des privilèges particuliers pourraient aussi être accordés aux entreprises interétatiques par des Etats tiers, valables dans leurs territoires.

60. Oui. Au moins en général. Les Etats-membres devraient régler ce point dans l'accord constitutif de l'entreprise ou de son statut.

Giorgio Cansacchi

Observations complémentaires de M. Giorgio Cansacchi.

Turin, novembre 1979

Mon cher Confrère,

Au sujet de votre lettre du 11 octobre et des considérations qui y sont exposées, je vous donne mon avis en me référant à ce que je vous ai déjà écrit en réponse à votre questionnaire.

La première difficulté que notre Commission doit affronter est celle de la définition de l'*entreprise interétatique* en prenant en considération les aspects très différents sous lesquels elle peut se présenter actuellement.

Je suis d'accord avec vous pour écarter les organisations internationales proprement dites et pour n'examiner que les associations constituées entre Etats (ou entre un Etat et des institutions publiques ou privées d'autres Etats), qui déploient une activité commerciale ou industrielle (même sans but lucratif).

Ces institutions ne sont pas titulaires de pouvoirs publics et accomplissent des actes *jure gestionis*, c'est-à-dire des actes de nature privée (même si exceptionnellement certains actes peuvent être considérés comme l'exercice d'un pouvoir public).

Pour définir une institution d'« entreprise interétatique », je préférerais recourir au critère de l'activité plutôt qu'à celui de la structure, puisque plusieurs institutions, créées par des Etats et déployant une activité *jure imperii*, présentent une structure statutaire avec le renvoi du statut au droit interne des Etats. En choisissant, comme élément caractéristique, l'activité commerciale ou industrielle, les institutions interétatiques culturelles ou scientifiques seront en dehors de notre recherche. Je partagerais votre opinion de ne pas proposer un statut « idéal » d'entreprise interétatique ; une telle tentative serait hors de la réalité d'aujourd'hui.

Comme je vous l'ai déjà écrit, je partage votre thèse de grouper les entreprises interétatiques dans les cinq catégories (A-B-C-D-E) de votre questionnaire. L'accord constitutif des trois premières catégories sera normalement un contrat de droit interne, tandis que celui des deux autres catégories sera, le plus souvent, un traité international ; cependant, je ne pense pas que cette différenciation soit absolue ; il faut rechercher la volonté des Etats partenaires et la forme de l'acte.

A mon avis, les cinq catégories d'entreprises interétatiques peuvent être constituées, soit par contrat, soit par traité.

Si l'accord constitutif est formé par des sous-divisions de certains Etats, je suis d'avis que l'accord doit être considéré comme un contrat de droit interne et non pas comme un traité ; en conséquence, il me semble difficile d'envisager la création d'une entreprise de type D ou de type E avec un tel accord.

Les statuts des entreprises interétatiques peuvent faire des renvois supplémentaires à d'autres droits pour combler leurs lacunes ; ce renvoi pourrait être fait au droit interne d'un Etat-partenaire ou aux règles communes de droit de tous les Etats-partenaires, ou aux principes généraux du droit ou même au droit international (dans les limites applicables) ; si les Etats-partenaires — en général avec un traité — ont constitué une entreprise du type D ou E avec l'intention de

la soustraire au droit national de quelque Etat que ce soit, il me semble que cette volonté doit être considérée comme légitime et valide, sans aucun contraste avec les principes du droit international privé.

En matière d'interprétation, dans le domaine d'un renvoi subsidiaire, je pense que celle-ci doit être faite selon les règles du droit rappelé (p. ex. selon les règles du droit international) et non selon les règles du statut qui y renvoie.

Si une entreprise interétatique est constituée dans le cadre d'une organisation internationale, elle sera normalement considérée comme une simple dépendance autonome de l'organisation-mère ; elle n'aura donc pas une personnalité juridique qui lui soit propre. Par contre, si le statut de l'organisation permet à l'organisation-mère de créer des institutions avec personnalité juridique, l'entreprise ainsi créée pourra jouir d'une capacité juridique séparée de celle de l'organisation-mère. Cette personnalité sera reconnue par les Etats-partenaires et par les Etats tiers. Je ne pense pas qu'une organisation internationale puisse constituer une entreprise avec personnalité juridique internationale.

A mon avis, les Etats-partenaires d'une entreprise interétatique ont toujours le pouvoir d'apporter, par un accord entre eux, des modifications au statut de l'entreprise sans observer les modalités établies par le statut.

La volonté souveraine des Etats peut toujours prévaloir sur les règles statutaires antérieurement fixées.

En conclusion, notre Commission, au sujet des entreprises interétatiques, doit discuter ces problèmes essentiels :

- 1) si l'accord constitutif doit être considéré comme un contrat de droit interne ou, en d'autres cas, comme un traité de droit international ;
- 2) à quel ordre juridique interne ou international ou d'un quelconque autre genre, le juge doit se référer pour combler les éventuelles lacunes du statut ;
- 3) si l'entreprise a la personnalité dans l'ordre juridique d'un ou de tous les Etats-partenaires et même une personnalité juridique internationale (quoiqu'avec une capacité limitée).

Sur ce dernier point, je retiens, moi aussi, que les entreprises interétatiques ayant une activité *jure gestionis* doivent jouir d'une personnalité de droit interne privé reconnu comme tel dans les ordres juridiques des Etats-partenaires et des Etats tiers.

Sur les questions de la protection diplomatique, de la propriété et de la responsabilité, je me réfère aux réponses déjà données au questionnaire.

Avec mes salutations les plus amicales, veuillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de ma haute considération.

Giorgio Cansacchi

3. *Observations de M. Berthold Goldman.*

Paris, le 30 juillet 1979

Mon cher Confrère,

Permettez-moi avant tout de vous adresser, avec toutes mes excuses pour le retard que j'ai mis à répondre à votre Questionnaire, mes très vives félicitations pour le double travail de synthèse (dans les « Observations préliminaires ») et d'analyse (dans le Questionnaire lui-même), que vous avez réussi sur un sujet particulièrement difficile par son ampleur et par l'incertitude de ses contours.

Mon principal commentaire portera sur le fait que je n'ai pas pensé pouvoir répondre, pour l'instant, aux questions 24 à 60. Leur examen dépend en effet, comme vous le soulignez très justement, d'une extension du mandat de notre Commission, et cette extension me paraît considérable. Je ne me sens pas en mesure de me prononcer sur son opportunité, et surtout sur la possibilité de remplir, dans des délais raisonnables, un mandat ainsi élargi, avant que nous en ayons débattu ; j'espère que nous pourrons le faire à Athènes.

Pour le surplus, je voudrais me borner pour l'instant à deux observations générales :

a) Il conviendrait, me semble-t-il, d'approfondir encore le problème du lien entre le statut de l'entreprise et la loi applicable à ses relations avec les tiers, car ce lien n'est pas logiquement inéluctable (alors que naturellement, le statut de l'entreprise a une influence directe sur la loi applicable à son organisation, à son fonctionnement interne, et aux rapports entre les Etats, les collectivités publiques ou les entreprises qui y participent).

b) Une place, peut-être plus importante que celle que vous paraissez envisager, devrait à mon sens être faite, tant pour le fonctionnement interne de l'entreprise que pour ses rapports avec les tiers, aux principes généraux du droit et aux usages du commerce international.

Veillez croire, mon cher Confrère, en l'assurance de mes sentiments très amicalement dévoués.

Berthold Goldman

Réponses de M. Berthold Goldman au questionnaire

I. Questions préliminaires

1. D'accord avec la définition proposée.
2. Oui, mais je suis réservé sur l'influence d'une telle répartition sur la loi applicable aux rapports de l'entreprise avec les tiers.
3. Oui, mais voir la réponse à I.2.
4. L'élargissement du mandat, tel que suggéré, est considérable ; je ne suis pas en mesure de me prononcer sur ce point avant un débat en Commission.

5. Je ne pense pas que l'élaboration d'une réglementation complète soit possible ; d'autre part, si l'on doit déterminer le droit applicable, s'agit-il bien de règles de droit international *public* ?

II. *Droit applicable*

6. Probablement oui, mais sans exclure la possibilité d'un recours à un droit transnational.

7. Oui pour la seconde branche de l'alternative.

8. J'aperçois mal l'intérêt des « renvois » supplémentaires proposés.

9. Oui - Mais en pratique, l'accord constitutif ou les statuts traitent cette question.

10. Je pense que oui.

11. Les trois solutions me paraissent possibles.

12. Pas nécessairement.

13. Cette interprétation aurait mes préférences.

14. On ne devrait considérer qu'il y a lacune que si les principes généraux du droit ou les usages généralement suivis dans les contrats internationaux de même objet ne fournissent pas la solution.

15. Les dispositions du statut relatives à sa propre application me paraîtraient devoir être nécessairement suivies.

16. La « cristallisation » du droit national devrait être expressément prévue ; mais je note à nouveau que les actes constitutifs et les statuts règlent généralement la question.

17. Je pense que oui, sous réserve de l'observation présentée sous 9 et 16.

18. a) Oui.

b) On devrait tenir compte des dispositions du statut de l'entreprise.

c) La question est très délicate ; peut-être pourrait-on penser que la loi à choisir dans chaque cas est celle de l'Etat qui a les liens les plus étroits avec la question litigieuse.

d) Le droit applicable à ces entreprises serait formé par l'accord constitutif, les statuts, les principes généraux du droit et les usages généralement suivis dans les rapports internationaux.

III. *Interprétation du droit applicable*

19. Oui, mais l'appréciation du respect de cette directive serait difficile.

20. Oui.

21. J'aperçois mal le fondement de la distinction proposée.

IV. *Règlement des différends*

22. Ce serait en tout cas très souhaitable — même pour les entreprises des types A à C.

23. Probablement oui, mais seulement pour les rapports internes à l'entreprise.

4. *Observations de M. Myres S. McDougal.*

January 3, 1980

Dear Seidl :

You have spoiled my Christmas with your questions. Enclosed you will find answers that will, I hope, spoil your Spring.

You will understand that answering these questions has been a somewhat arduous task, and I am sure that I did not always succeed. Some of the questions I did not fully comprehend, perhaps partially because having an American barbarian read technical and complicated French written by an extraordinarily profound German may not be the most secure way of sharing subjectivities.

What I missed most in your statements and your questions was a systematic statement of the kinds of problems you are envisaging. Enclosed you will find an outline prepared by me for a seminar on the international law of private business associations which will indicate what I mean by « problem ». I suppose that the principal policy which should guide us in our own formulations is that of putting private transnational business associations and interstate enterprises engaged in comparable activities *iure gestionis* on an equal footing.

You will find some authority for some of the positions that I have taken, and some discussion of relevant policies in McDougal, Lasswell and Vlasic, *Law and Public Order in Space* (1963) ch. 8 and 6.

You will know, despite the sharpness of some of my comments, the tremendous respect and admiration I bear you and your work. Without such respect and admiration, I could not have persevered. I hope you may find the answers at least stimulating.

With all personal good wishes,

Cordially,

Myres S. McDougal

Answers of Mr Myres S. McDougal to Questionnaire

I. 1. Our definition should be in terms of facts rather than of question-begging legal consequences. The most relevant distinction in terms of facts upon which we might build would appear to be that between activities *iure gestionis* and activities *iure imperii*. This is a distinction with a long history which can,

without eternal debate, be made meaningful, by a policy of subjecting certain transnational activities more completely to the rule of law. The modalities by which an enterprise is established (your A, B, C, D, E categories) are not relevant to all problems about what law is applicable; these modalities are only among the factors to be taken into account. The notion of « quasi-commercial » is too imprecise, almost mystical.

A definition of our concern in terms of « interstate enterprises engaging in activities *iure gestionis* » could be given meaningful indices and made distinguishable from other activities that have been carried on by the Institut.

2. It does not seem to me that these subdivisions are relevant to very many problems. The states party to an agreement establishing an interstate enterprise do of course enjoy a broad freedom in creating the features of its internal constitution and in specifying the law applicable to its interactions with other entities. There are, however, many limits upon this freedom under public international law, such as within historic principles of jurisdiction, the law of the responsibility of states, and many of the more recently emerged norms characterized as *ius cogens*.

3. No, for the reasons given above. With respect to most legal problems, the modalities by which an enterprise is created will be but one of many variables to be taken into account in determining lawfulness.

What is required is an anticipation and systematization of the kinds of problems likely to arise and an indication of the many different variables that may be relevant to the solution of such problems.

4. No study could be useful which ignored questions of this kind.

5. I would suppose that all we could do would be to clarify some of the more important policies. It would be fatuous to think that we could be complete.

II. 6. Any consideration of applicable law must take into account different types of problems. The most important distinction is between problems relating to the internal constitution of the enterprise and those relating to the interactions of the enterprise with other entities. I would assume that international law gives to the establishing states, as it does to states creating private multinational enterprises, a very broad competence to determine the law regulating the internal constitutional processes of enterprises. With respect to problems relating to interactions between an enterprise and other entities, the hallowed principle of the autonomy of the parties in choice of law would suggest a similar competence. Both these competences must, however, as indicated above, be exercised within the confines of the more fundamental policies of international law, and on some problems may be severely restricted.

7. Of course.

8. No. As indicated above, no agreement between the parties can exclude the more fundamental policies of international law about jurisdiction and the responsibility of states, which may prescribe the relevance of various national laws on particular problems.

9. Yes. The founders cannot be assumed to think that law is static.

10. The states party to the enterprise should be assumed to know that they operate subject to international law as a whole (what Jessup described as transnational law), which includes general principles of law.

11. Of course, if the third states agree, all agreements are subject to any relevant *ius cogens*.

12. Possibly, but would depend upon many features of the context. In some contexts, another choice might be made.

13. Submitted to international law as a whole, including general principles. Choice must depend upon particular problem in its total context.

14. The rational interpretation of any agreement takes into account its major purposes. The specific resolution might depend upon many features of the context, including the type of problem.

15. If no injury is done to third parties, and the founders are in complete agreement, they may of course, within the limits of *ius cogens*, make a new agreement.

16. This would seem a reasonable assumption.

17. One would need many more facts to hazard an answer. Good draftsmanship would preclude this type of problem from arising.

18. a) Yes.

b) Insofar as relevant, as modified by the statute. On particular problems, however, a completely different law might be applied.

c) The law regarded as appropriate under the principles of jurisdiction of public and private international law, which might be different from that of any of the founders.

d) Whatever rules indicate the decision most in accord with the common interest.

III. 19. This one is a little too vague for me.

20. Depends upon the problem. Where there is conflict and no great public policy of the state is at stake, the treaty should of course prevail.

21. No. The principles appropriate for interpreting the constitutive agreement should always be applied.

IV. 22. Wisdom would suggest such provision.

23. Rational interpretation would require many more features of the context.

V. 24. It is necessary to specify much more carefully what is meant by « personality » and by « public international law » before questions of this kind can be sensibly answered. If what is meant by « personality » is simply access to authority as a right-and-duty bearing entity, I see no reason why « transnational law » is any less inhibited in conferring personality upon interstate

enterprises than upon international governmental organizations or in « recognizing » the personality of private multinational enterprises. It is a little incredible that a single state should be regarded as having more competence than the whole community of states to create personality. There is too much mysticism in the traditional myth about these problems to permit easy answer.

25. No. What is the specific problem about which « personality » is relevant. Personality from any source might, or might not, serve the common interest.

26. In any realistic perspective, they cannot be said not to have « personality » under public international law.

27. Why not, if we wish to include them within our study. Some problems might require investigation of the competence of « subdivisions » under national constitutions.

28. Why not? It should be no more difficult for public international law (more properly « transnational law » which includes public and private international law and comparative constitutional law) to create legal personality for enterprises formed by state subdivisions than for private multinational (even national) entities. It is high time that we forget unrealistic, disabling myths.

29. What differences for what problems does it make whether the founding agreement is described as a « treaty » or as something else. The generic term is « agreement » and for most problems, between most parties, the relevant transnational law is astonishingly the same, perhaps thanks to the Romans.

30. This might or might not be an appropriate interpretation of the founding document. Something depends upon what is meant by « existence » and what the particular problem is.

31. This again would depend upon the particular problem. It might make no difference in which state « personality » is found. For purposes of protection, why not in all the founders?

32. The important point is to recognize that transnational law, in general community expectation, does confer personality, in the sense of right-and-duty bearing capability, upon such enterprises. The myth by which this fact is rationalized is not important if it doesn't confuse people.

34. There is an ambiguity in the word « limits ». The enterprise is of course subject to general international law in its conduct of activities. What the enterprise may do is effectively determined by the continuing agreement (which may change through time) of its founders.

35. One needs to know with respect to what problems a difference in the source of « personality » might make a difference. I am skeptical whether there are any such problems.

36. Again, one needs to know what difference such a distinction might make. In most contexts, I find the word « constitutive » more realistically descriptive. Only in natural law, perhaps, do legal concepts declare preexisting consequences.

VI. 37. No. The enterprise obviously has the « nationality » of all its foun-

ders. Choices can be made only in terms of policies relevant to particular problems.

38. All should be regarded as competent to protect against third states. On other problems, the nationality that is most beneficial to the enterprise.

39. The enterprise should be regarded as having the nationality of all the state founders in the degree that this is beneficial to the enterprise.

VII. 40. Of course. Not even needed.

41. No.

42. Yes. From all the founder states.

43. Not needed. Already exists in all the founders.

44. No choice needed.

45. No choice needed.

VIII. 46. Yes.

47. No.

48. Why not ?

49. The founder members (and any mother organization) should be held collectively responsible for all types of enterprises.

50. Perhaps best made proportional to participation, but I would not be shocked by undivided responsibility.

51. The founder states.

52. Yes.

53. In accordance with sharing of benefits.

IX. 54. Possibly, but could be said to hold under transnational law. « Property » is simply a sign for protection accorded.

55. Depends on the problem and context. For most problems in most contexts, probably the property of the enterprise.

56. All of them and transnational law.

57. No. Even socialists cannot escape the facts of interdependence.

58. Depends on problem. Sometimes the veil of the mother organization should be pierced, sometimes not.

X. 59. Interstate enterprises are by definition engaged in activities *iure gestionis*. Hence, they should have no immunities under international law. If member states wish to accord them immunities within their own territorial boundaries, this is a matter for internal constitutional law — unless it could be so extreme as to amount to a denial of justice.

Third states are under no obligation to grant immunity. Immunity within third states cannot be created by the agreement of member states.

60. Not against third states, if it is engaged in activities *iure gestionis*.

5. Observations de M. Paul Reuter.

Genève, le 11 juillet 1979

Mon cher Collègue,

Pardonnez-moi d'avoir tardé jusqu'à ce jour de vous adresser mes commentaires au sujet de votre rapport et de votre questionnaire. Vous posez des questions si fouillées et si profondes que je ne me sentais guère capable de vous éclairer. Mais c'est là une position trop commode et vous avez raison d'insister amicalement comme vous le faites.

Il me semble que vous avez tout à fait raison de distinguer deux questions, celle de la « matière » à étudier, c'est-à-dire la notion d'« entreprises internationales communes », et celle du « droit applicable ».

Je crois que nos collègues ne sont pas partis d'une idée préconçue et que le rapporteur a pour objet de définir lui-même la matière à la seule condition qu'elle soit intéressante. Je ne doute pas que vous réunissiez toutes les conditions pour le faire *d'après la pratique*. Vous avez préféré poser à vos collègues des questions *de principe* ; je ferai de mon mieux pour vous suivre sur ce terrain, mais je ne connais que très imparfaitement les problèmes qui se posent *en fait* et ce sont ceux-là qui devraient fournir la base de la réponse.

Je pense que le point de départ de toute analyse — au-delà des incertitudes considérables de tout le vocabulaire — réside dans la *source* juridique instituant « l'entreprise ». Or, je n'en vois que trois possibles : un traité entre Etats, un contrat de droit privé, un contrat détaché du droit privé d'un Etat (pour autant que l'on admette cette catégorie). C'est de cette base que découle tout le reste ; la question de savoir quelles sont les fonctions exactes de l'entreprise, si elle n'agit que *jure gestionis* ou avec certaines prérogatives de puissance publique n'intervient qu'ensuite.

S'il s'agit d'un traité entre Etats celui-ci peut *tout* faire ; l'important est qu'il contienne des dispositions claires ; si ce n'est pas le cas on peut en effet poser des règles juridiques qui posent des règles supplétives. Le fait que à côté d'un noyau d'Etats apparaissent d'autres entités à un accord n'est pas à mon avis une raison suffisante pour soutenir qu'il ne s'agit pas d'un accord étatique ; pour une telle conclusion il faudrait rechercher d'autres critères.

S'il s'agit d'un contrat soumis à un droit *national*, c'est ce droit national qui règle les problèmes. S'il s'agit d'un contrat non soumis à un droit national, c'est le « système de références » choisi qui permet de répondre à la question.

Ceci étant dit, il n'est pas évident *a priori* que le thème choisi comporte des questions et des réponses originales, c'est déjà beaucoup qu'il en comporte quelques-unes.

En ce qui concerne les entreprises fondées sur un traité, elles peuvent s'écarter plus ou moins du type « organisation internationale », cela dépend de leur composition et de la question de savoir si des activités « opérationnelles », pour prendre le langage des Nations Unies, peuvent ou non être considérées comme entraînant *per se* des conséquences particulières.

En ce qui concerne les entreprises fondées sur un contrat de droit national il y a la question de savoir quelles sont les conséquences de la présence à ce contrat comme Parties, d'*Etats*.

Enfin il y a les situations mixtes où il y a à la fois un traité et un contrat, où il faut démêler dans des conditions souvent compliquées et obscures ce qui relève du traité et ce qui relève du contrat.

Sur la base de ces remarques préliminaires, je vais esquisser une réponse à vos questions.

I. 1. Il faut donner une définition qui permette de traiter quelques problèmes intéressants et si possible originaux. La définition doit être donnée *ex post* et non *ex ante* puisqu'elle sera — de toute façon — arbitraire.

2. et 3. Je suis d'accord avec une classification, et la vôtre est possible. Je l'aurais souhaitée un peu simplifiée, en fait.

A. *Contrat national*. Mais le terme « interétatique » est pris ici dans un sens spécial puisque peuvent être parties des subdivisions d'*Etats*.

B. et C. peuvent être unies : traité plus contrat.

D. E. *Traité* seul soit avec renvoi au droit national (D.), soit sans renvoi (E.).

4. Il faut comprendre notre mandat comme conforme à l'étude de tout ce qui est intéressant et rien d'autre.

5. Oui.

II. 6. Oui. Sauf en ce qui concerne le droit de la concurrence et la fiscalité car *économiquement* et *juridiquement* la présence de capitaux publics peut tout modifier.

7. La question est de pure interprétation du statut qui est un acte international.

8. Le statut étant incorporé au traité en a la nature et *peut tout faire* : c'est une question d'interprétation de la volonté des parties.

9. Interprétation de la volonté des parties.

10. Le statut est de droit international public, la réponse est la même que pour 9, mais l'admission des principes généraux du droit est ici très naturelle.

11. Elles peuvent soumettre leurs *contrats* à tout système de référence possible.

12. Pas nécessairement, c'est une question d'interprétation de l'acte constitutif.

13. Pas nécessairement.

14. *Ex hypothèse* la subsidiarité règle la question.

15. La question est contradictoire, le statut fait partie du D.I.P. et les règles du statut sont applicables sans exclusion pour cela les modes généraux de révision des traités.

16. Non, sauf si l'on a spécifié que ce droit était « gelé ».

17. Question ambiguë. En effet, que veut dire « dans le cadre » ? Dans le « droit interne » ? Alors à la condition que le « droit interne » contienne des règles sur la matière, sinon on ne peut placer l'entreprise « dans » le droit interne. Il est rare qu'une O.I. contienne des règles de ce genre ; si cela est le cas c'est un problème de droit intertemporel à résoudre selon le droit interne de l'O.I.

18. a) Expression ambiguë « loi qui régit l'existence » ; il vaudrait mieux dire « loi selon laquelle elle est constituée » et dans ce dernier sens je réponds affirmativement.

b) Avec les modifications figurant au statut : si les tribunaux de cet Etat sont compétents pour accepter le renvoi c'est en vertu du traité et ils doivent accepter ainsi le traité comme un élément du renvoi.

c) La loi à laquelle suivant les circonstances de l'espèce il y a le rattachement le plus effectif (cf. les problèmes de double nationalité).

d) Le droit international public, ou à défaut les principes généraux du droit ou à défaut une loi de rattachement effectif.

19. Evidemment.

20. Evidemment.

21. S'il y a une différence, ce sont les règles selon le droit international public qui doivent l'emporter.

22. Ce serait souhaitable.

23. Peu probable que le droit de l'organisation permette une telle conclusion.

24. Evidemment.

25. Ce serait *absurde* pour la personnalité du droit international public et ne pourrait être que *partiel* pour la personnalité du droit national.

26. a) Il faut que cette personnalité soit prévue par les règles pertinentes de l'entreprise y compris la *pratique* dans les cas B à E.

b) Il faut *de plus* que cette personnalité soit reconnue.

27. Elles peuvent en créer du type A, mais ne peuvent en créer des types B à E que si un texte de traité le prévoit.

28. Oui, sauf dans le cas A.

29. C'est *ex hypothèse* un traité dans les cas B à E.

30. La personnalité de A résulte du droit interne. Les autres des traités.

31. Celle à laquelle dans les circonstances de l'espèce il y a le rattachement le plus effectif, à défaut la loi la plus favorable aux fins sociales.

32. a) Pour les Etats-membres, du statut ; pour les Etats tiers, du statut *et de sa reconnaissance*.

b) aa) Réponse i) ;

bb) reconnaissance *explicite* non nécessaire.

34. Pas limitée aux *fonctions*, mais à la *compétence*.

35. a) *aa*) Est pertinent dans tous les cas ;

bb) est pertinent si l'O.I. a reçu un tel pouvoir.

b) N'est pas pertinent.

36. Constitutive.

37. Oui, la nationalité de l'Etat selon la législation duquel la société a été constituée.

38. La nationalité qui dans les circonstances de l'espèce correspond au rattachement le plus effectif (*cf.* réponse à 18 a) ou à défaut la loi la plus favorable aux fins sociales.

39. Je ne suis pas heureux de l'expression « apatrides » mais je pense que si un problème de « rattachement » à un système de droit national se pose, la recherche du rattachement au système le plus effectif dans les circonstances de l'espèce peut conduire à appliquer le droit de l'Etat prévu conventionnellement.

40. Oui.

41, 42, 43, 44, 45. En réalité le problème de la protection diplomatique touche deux questions distinctes. Si les entreprises en question sont *aussi* du type *organisation internationale*, c'est-à-dire fondées par traité avec des Etats comme membres, ce sont les règles relatives aux O.I. qui s'appliquent (réclamation directe par l'O.I. si elle a suffisamment d'éléments de personnalité internationale reconnue ; sinon réclamation par chaque Etat au prorata de ses intérêts dans l'O.I. ou bien réclamation collective des Etats-membres). Si on ne peut parler d'organisation internationale suffisante, ce sont les Etats parties au traité international qui établit l'entreprise qui peuvent réclamer en leur nom propre au prorata de leurs intérêts. Je ne vois pas de raisons d'établir une autre solution *de lege ferenda*.

46, 47, 48. Un Etat n'est responsable que pour une violation d'une règle de droit international. Il n'y a pas de règle générale rendant l'Etat du siège responsable. S'il a violé une règle concernant ses devoirs, il est responsable, sinon non. Evidemment il ne peut être exonéré par son droit interne. La question 48 me semble posée sur un point de départ inexact.

49. a) Oui, si l'entreprise n'a pas une personnalité internationale lui permettant d'assurer sa responsabilité.

b) Oui, s'ils ont violé une règle internationale.

50. La responsabilité existe à la fois proportionnellement et solidairement (*separately and jointly*).

51. Les mêmes entités et aux mêmes conditions.

52 et 53. Tout dépend :

1) de la portée réelle de la création « au sein de » (*cf.* réponse à question 17) ;

2) du statut donné à l'entreprise par son acte de création (avec personnalité internationale reconnue par les Etats-tiers ou non). En fait ce sera presque toujours l'Organisation qui continuera à être responsable.

IV. Droit de propriété

54. En principe oui.

55. La réponse dépend du traité et du statut.

56. *Lex rei sitae*, sûrement pour les immeubles et peut-être avec des distinctions pour les meubles.

57. Je n'en sais rien.

58. Cela dépend des cas.

59. Je ne crois pas — sauf *peut-être* si les entreprises sont en même temps des O.I., ou si elles n'ont aucune personnalité de droit interne (dans ce cas l'indivision peut bénéficier partiellement des immunités des Etats si ceux-ci figurent parmi les propriétaires) — que l'on puisse tenter de soutenir que les entreprises interétatiques jouissent *contrairement* de privilèges et d'immunités. Naturellement elles peuvent jouir sur le territoire des Etats parties aux traités qui les fondent de toutes les immunités prévues par ces traités.

60. Tout dépend du sens des termes « établie dans le cadre » ; si elle est établie seulement par un acte de l'organisation, la question semble comporter une réponse positive ; si elle est établie par un traité la réponse est négative, à défaut de clause claire.

Je m'arrête ici, mon cher Collègue, en m'excusant du caractère tardif, incomplet et provisoire de ces réponses.

Acceptez l'expression de mes sentiments très distingués et amicalement dévoués.

Paul Reuter

Observations complémentaires de M. Paul Reuter.

Paris, le 4 janvier 1980

Mon cher Collègue et ami,

J'ai plusieurs fois consacré quelque temps à réfléchir aux problèmes que vous examinez avec tant de perspicacité. J'aurais voulu vous être utile et j'ai douté et je doute encore de le pouvoir.

J'aurais pu vouloir modifier ou compléter les premières observations que je vous ai envoyées, mais je n'en ai pas conservé une copie ce qui fait que je n'aurais pu qu'exprimer très gauchement des idées qui révéleraient dans mes pensées une fâcheuse hésitation. Celle-ci n'est d'ailleurs pas absente de mes réflexions actuelles.

Si je m'en tiens à l'essentiel, je serais tenté de considérer qu'il y a une organisation internationale quand l'entité en cause peut poser un acte juridique (en fait un accord) soumis au droit international. Si cette condition n'est pas réalisée nous sommes en face d'une entité qui peut dans son statut être régie par des

normes internationales, mais qui n'est pas une O.I. Si son statut n'est régi par aucune règle internationale, elle ne nous intéresse pas ici.

Si l'on part de cette base il faut admettre qu'il y a des O.I. qui ont une activité importante *jure gestionis* et qui ne peuvent soumettre cette activité au droit international public parce qu'elles traitent par exemple avec des particuliers (B.I.R.D.); les mêmes problèmes que vous posez pour les « entreprises internationales » se posent donc pour elles; c'est-à-dire que ces problèmes ne sont pas spécifiques aux « entreprises internationales ».

La plupart des problèmes que vous posez se ramènent à l'interprétation d'un texte qui, pour les entreprises internationales, est un accord international. La difficulté consiste à répondre à vos questions par des règles *générales* d'interprétation. En effet, il y a des types d'entreprise internationale infiniment variés et en présence d'un problème non résolu par l'accord international qui les régit il faut donner une réponse en harmonie avec l'ensemble du texte; toutes les réponses sont ainsi possibles, au moins pour moi, parce que je crois que la volonté des parties peut créer et imaginer, et qu'elle le fait, beaucoup plus librement qu'on le dit parfois dans les Facultés.

Je comprends alors que vous pourriez souhaiter formuler des directives très souples d'interprétation qui s'attacheraient à établir les conditions générales qui tendront à définir tel type de solution ou tel autre. Et c'est cela qui me semble l'objet de votre rapport.

C'est dans cet esprit que je vous ai répondu; peut-être cette conception n'est-elle pas satisfaisante. C'est à vous de le décider. Mais je crois que ce que je viens de vous dire représente un effort pour poser le problème et non pour répondre; mais je n'ai pas de doute que vous avez déjà les réponses dans les questions elles-mêmes, avec toute la finesse que vous avez mise à les poser.

Veuillez croire, mon cher Collègue et ami, à mes très fidèles sentiments.

Paul Reuter

6. Observations de M. Finn Seyersted.

Oslo, 20th February 1981

Mon cher Confrère,

I am very happy that you have taken up the interesting subject of *international enterprises*, which achieves such a growing importance. I am also happy that you have been able in your report and draft articles to cover such a wide range of aspects of the law concerning these enterprises, rather than confine yourself strictly to the question of applicable law. We might perhaps consider eventually amending the title of our work accordingly?

Finally I am glad that you in your draft articles have gone deeply into the various subjects. As you may remember, I expressed some disappointment at the Oslo session that our articles on applicable law in contracts between inter-governmental organizations and private parties were reduced to a minimum and

largely contain provisions that go without saying and that we stopped short on many occasions where we could have made a real contribution. I believe that your report gives us good hope of being able to push further than that.

As usual, I shall confine my comments to those points where I have divergent or additional proposals to make or where I would suggest that further consideration be given to certain aspects.

Basic general comment

A basic issue to me is to what extent international enterprises should be assimilated to intergovernmental organizations proper and to what extent they should be assimilated to national enterprises. I believe that in this respect a basic distinction must be drawn (as you do *inter alia* in chapter IV [14]-[15]) between those enterprises which are composed of states and organs of states (inter state enterprises) and those which are composed of separate legal entities, such as subdivisions of states, public corporations and other enterprises owned by the state. In particular, I find it difficult to draw a clear borderline between intergovernmental organizations proper and inter-state enterprises, *cf.* the examples of the International Bank and INTELSAT. It is true that the distinction could be made as to whether or not they engage in business operations, as the two forementioned organizations do. (However, I was not well received by my friend, the legal adviser of the International Bank, when at the International Law Association Conference in New Delhi I suggested classifying the Bank as an international enterprise!) But otherwise, as you also recognize in your report, even most intergovernmental organizations proper do not exercise any activities which really are *jure imperii*, except for their internal exclusive jurisdiction over their organs and officials. My basic question is therefore whether there is any basic legal distinction between the traditional intergovernmental organizations and inter-state enterprises, or whether the basic distinction is rather between those enterprises which are composed of states and organs of states and those which are not.

Accordingly, I would suggest that in respect of each problem dealt with in your report, we should consider separately the inter-state enterprises and the others. This may coincide largely with Professor Reuter's basic distinction as to whether the basic agreement is a treaty governed by international law or general principles of law, *cf.* also Professor Cansacchi's comment on p. 2 of his letter of 22 November 1979. In some cases we may arrive at the same conclusion for both types, but in other cases we may arrive at different conclusions.

The fact that the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii* is now decisive in the law of the majority of countries for the question of *immunity* from suit, as you have pointed out in chapter (7) of the report, is not necessarily decisive for our purposes of *applicable law* and certain other matters.

The other basic distinction, to which you refer in several places, is of course whether the enterprise has been established under the law of a particular country and registered there (*cf.* also your reference to *Sereni* in note 19 to your report).

The agreements constituting inter-state enterprises will probably in most cases be governed by the law of treaties, although there is nothing to preclude

them from being interpreted in accordance with the general principles of the law of contracts in those cases where this appears more indicated. Agreements between non-statal enterprises will presumably be governed normally by general principles of law, or by a particular national law if a reference to that law can be deduced from agreement; — the only important exception will be the case to which you refer in para. I(3) — when the members of the enterprise are member states of a federal state and each has a capacity to act internationally within the limits of its self-government — e.g. conclude treaties relating to functions which have not been transferred to the federation (cf. Alf Ross, A Textbook of International Law, London 1947, and « Lehrbuch des Völkerrechts », Stuttgart und Köln 1951, chapter III). This has happened in the past (for example Bavaria before World War I) and may happen again if it does not already do so (Canada). There may therefore also be a legal distinction between enterprises composed of sub-states and those composed of public corporations and municipalities.

Apart from this relatively clear distinction — and even that may be blurred by mixed membership of state organs and separate legal entities (here I agree with Professor Reuter's comment on p. 2 of his letter of 11 July 1979) — it is difficult to draw any clear borderline between the typical intergovernmental organizations — such as the United Nations and the International Monetary Fund — through inter-state organizations whose functions are of a *jure gestionis* nature — such as the International Bank, INTELSAT and EUTELSAT — to European companies such as Eurochemic and bilateral border at the inter-state end of the spectrum electric power plants.

I agree that it is not the main purpose of our study to examine the typical intergovernmental organizations acting *jure imperii*, such as the International Monetary Fund or the OECD. However, I believe that their acts *jure gestionis* — e.g. when the OAS buys office equipment or UNRWA buys supplies for Palestine refugees in the Middle East — are not basically different from those of organizations dealing exclusively in the *jure gestionis* field. I therefore would suggest that we consider these, too, as a useful point of departure at the inter-state end of the spectrum, but without turning them into a major part of our study.

I. Definition

Accordingly, I propose to split up the *definition* in art. I(2) into two groups: Those composed of states and organs of states and those composed of separate public entities.

I agree with sub paragraph (b). But would it be possible to replace the words « être dotées » by for example « posséder », in order to avoid the misunderstanding that legal personality would require a special act, as you have rightly pointed out in para. 8 that it does not?

I am not so sure that we should at this stage introduce the limitations contained in sub paragraphs (c) and (d).

As for (c), I agree that our main purpose should be to deal with acts *jure gestionis*. However, as already stated, I would not *a priori* exclude the acts

jure gestionis of organizations that also or mainly act in fields relevant to the *jure imperii* action of states.

Sub paragraph (d) would appear to exclude those enterprises which have been established by an agreement between states or state organs that would be considered to be governed by the law of treaties, rather than the law of contracts. I am not sure that we should exclude these at this stage, but would propose rather to leave this problem for substantive discussion in later articles, since this is one of the very questions that we should solve in substance in the course of our study. This all the more so, because I note that you state in subsequent articles that the agreements dealt with in the articles may be incorporated in a treaty (see for example art. 2 (b) (1)).

II. Legal personality

I agree that the international enterprises have legal personality and would suggest that this be stated somewhat more explicitly than in art. 2 (1). I would also suggest that the words « leur accordant une personnalité propre » be modified so as to avoid any misinterpretation to the effect that this need be done expressly.

In my view, the legal personality is not based upon the agreement, but upon objective criteria. If the enterprise acts externally as a unit and if its members have not assumed direct ownership of its assets and direct responsibility for its obligations in all respects, I agree with the report and para. 3 of art. 2 that the legal personality is valid also vis à vis non-members, which it would not necessarily be if it were based exclusively upon an agreement among the participants. For the same reason I propose to delete the first three words of para. 3 (3) (« dans ces limites »), because non-parties are not bound by the agreement.

In the same way, I would propose to delete para. (2) of art. 2 on the limitation of the personality to the capacity *necessary for the exercise of the functions* of the enterprise. It is true — as pointed out in II (6) and note 28 of the report — that this is a common way of expressing the position based upon the first relevant advisory opinion of the International Court of Justice (Reparation for Injuries 1949, p. 182). However, in my view, this involves a confusion of two distinct issues : First, what acts is the enterprise internally (*inter socios*) entitled to perform, and, second, who is responsible for its acts externally? On both these points the International Court of Justice went further in its opinion of 1962 on Certain Expenses of the United Nations, than it did in 1949. Internally it established (again) that constitutional provisions are not required and it deliberately dropped the « necessary » criterion of 1949, stating morely that the act was « appropriate » to the purposes of the Organization or « within the scope » of its functions (p. 168, all the judges had received — through Sir Gerald — my article criticizing external reliance upon constitutional provisions and the « necessary » - concept in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XII (1962) pp. 201 ff.) Externally it stated that « both national and international law contemplate cases in which the body corporate may be bound, as to third parties, by an *ultra vires* act of an agent ». And this is a practical question, both in

international and in national law, because an entity may easily perform acts which go beyond the scope of its purpose or its powers under its constitutive agreement. If a member disagrees with that act, it may question its legality *inter socios*. However, it does not necessarily follow that the act is not binding externally. On the contrary, under Nordic company law (§ 8-12) and EEC directive 68/151 of 9 March 1968 such acts *are* binding externally (English law was different before — and Grasman's book, to which you refer in note 29, must now be outdated). If one would then seriously take the position that the *legal personality* extends only as far as « necessary » for the exercise of the functions assigned to the Organization in the constitutive agreement, one might have to consider each of the members (entitled under and) responsible for these acts vis-à-vis third parties, whether or not all members accept the act (as they normally do). This is not what happens in practice, nor what was implied by the International Court of Justice or the Nordic or EEC company laws. Nor would it be in harmony with the fact that the agreement between the parties is not binding upon third parties. If, on the other hand, the act were sufficiently excessive to be considered *ultra vires* even externally, there would be no joint individual responsibility of the members, but an external responsibility for those persons who acted, as you state in chapter X (1) of your report.

In these circumstances it is misleading to speak of a limitation of the *legal personality*. Accordingly it is proposed that our draft should merely state that the enterprises have legal personality by virtue of international law, general principles of law or national law, as the case may be, on the objective criteria listed above, and that the question of the limitation of the capacity of the enterprise to commit itself by acts beyond its constitutional purpose or by other acts which are not legally authorized internally, be left as a separate issue to be dealt with, under some heading other than legal personality, in the context of whichever legal system is applicable.

In my view inter-state enterprises (i.e. enterprises whose members are states or organs of states) also have *international* legal personality, unless they have registered in a particular state as a company under that state's law. If they have not so registered, inter-state enterprises are not subject to the authority of any state or other subject of international law and are therefore self-governing (sovereign), which is the only condition for international personality. It is true, as pointed out in II (9) in the report, that enterprises normally have no powers *jure imperii*. However, this does not mean that they cannot act in the field of international law, for example that an agreement they might conclude with another subject of international law could not be considered a treaty rather than a contract.

This question becomes much more doubtful and complex when we turn to international enterprises formed by entities which are not states or organs of states.

Would it be appropriate to include in our draft also an article on international personality? I would support this if it is not made restrictive — if that were done, it would do more harm than good. I refer to my own formulation in the Indian Journal of International Law 1964 p. 53 or in Nordisk Tidsskrift

for International Ret 1963 p. 61. These definitions envisage intergovernmental organizations, but I am not sure that there is any fundamental difference in this respect between these and inter-state enterprises, as long as they are both self-governing.

III. *External contractual relations*

I agree with what is stated in art. 3, and would perhaps have a slight preference for the deletion of the words in parenthesis.

The question here is merely whether we could expand somewhat upon the draft provision. In particular I wonder why in chapter II of your report you have left out the Oslo resolution on contracts concluded by international organizations with private persons, since you mention that resolution along with the Athens resolution on contracts between states and foreign private parties on an equal footing in chapter III (1). While I supported these two resolutions at the time, I at the same time expressed regret that they had been deprived of quite some part of their original « meat ».

IV. *Applicable law in internal relations*

We are here faced with two types of relations : Relations in *inter socios* strictly speaking and relations with or between organs and employees as such. I am not sure whether the proposed articles are intended to deal also with the latter category.

In respect of both categories, the position is clearer to me in respect of inter-state enterprises than in respect of enterprises composed of distinct public entities.

Thus I believe that there is a stronger presumption against the application of a specific national law in the case of inter-state enterprises than in the case of the other type. Indeed it would in my view take an express provision or act to submit internal relations of the former to a specific national law, whereas in respect of the latter category a free evaluation, taking all the relevant factors into account, might be appropriate. This I would submit both in respect of interpretation of the constitutive agreement and of the relationship of employment, although there is probably no absolute requirement that the answer must be the same in both these fields.

When no specific national law is applicable, the question arises whether the applicable non-national law would be international law or general principles of national law. I would submit that, in the case of inter-state enterprises, the law applicable to the interpretation of the constitutive agreement might well be international law (i.e. the law of treaties rather than the law of contracts) — even outside the two categories described in chapter IV (2) and (3) of the report. I do not believe that the mere fact that the enterprise pursues its purposes by methods *jure gestionis*, as suggested in chapter IV (1), is alone decisive in this respect. Other factors, notably such as might throw a light on the intention of the parties, should also be taken into account. This distinction is of little practical importance in respect of substantive law, because international law in these fields

will normally have to be filled by drawing upon general principles of national law. However, the choice between international law and general principles of law does make a difference in respect of the formal rules relating to the conclusion of the agreement (treaty or contract).

I am not sure that you are right when you state in chapter IV (4) of the report that it is unlikely that the agreement constituting an international enterprise would not contain any provisions on applicable law *inter socios*. For example, none of the international agreements establishing organizations for telecommunications by satellite (INTELSAT, INMARSAT, Intersputnik, EUTELSAT) contain such provisions. The general assumption is no doubt that these are governed by international law. Presumably, the need for explicit provisions arises, in the case of inter-state enterprises, only when these are *not* to be governed by international law and general principles of law. Thus when it is proposed in chapter IV (4) of the report that, in the absence of a provision, the law of the state where the agreement was concluded should apply, would in my view at most be applicable in the case of enterprises composed of public entities distinct from their states. And even then one might ask whether not other criteria might be just as important for the choice of national law, e.g. the seat of the enterprise. Or general principles of law?

As for the law applicable to relations between the enterprise and its *employees* and with and between its other *organs*, I would again submit that, in the absence of a contrary provision, this relationship in an inter-state enterprise would be subject, neither to national law, nor to international law, but to the internal law of the organization, which would consist of the constitutive agreement and the regulations it no doubt will draw up, supplemented by general principles of law drawn from the internal law and practice of other inter-state organizations and from the corresponding law of states. In the case of enterprises composed of separate entities, it might take a more positive act to exempt the relationship from the national law of the place of employment, if this is at all possible. The law of the state where the constitutive agreement was concluded, referred to in chapter IV (4) of the report, could hardly be relevant in this context.

It might perhaps be clarified in art. 4 (5) what is meant by « le droit secondaire de cette organisation ». Does it comprise merely its internal law of a lower hierarcical order (regulations and customary law) to the exclusion not only of its constitution, but also of the customary law that supplements and modifies it and that together with it is on the higher hierarcical level of particular international law? I would favour this view.

Unfortunately I had some problems following your discussion in IV (21)-(23), because of my ignorance of Latin and of some of the abbreviations used (TVA).

V. Settlement of disputes

It might perhaps be useful to add to the text of art. 7 either a paragraph reproducing the substance of chapter V (1) of the report, or simply to introduce the existing art. 7 by the words « Si l'entreprise n'est pas établie selon le droit d'un Etat donné,... ».

VI. The « national » law of the enterprise

In respect of enterprises which are not subject to the national law of one or all members, I again believe it necessary to distinguish between inter-state enterprises and other enterprises.

In the case of the former, I agree that their « national » law will be their internal law (I prefer to refer to this broader term, which includes the constitutive agreement and customary law, supplemented by general principles of law, and even by international law if the agreement is treated as a treaty). Referring to chapter VII (4) of your report, I would emphasize that subsidiary recourse to a national law should in these cases be confined to those cases where an arbitrary rule is required (for an example of this, see *Recueil des Cours de La Haye*, 1967 III, pp. 518-20). Otherwise I believe one should apply general principles of the law of the member states in those cases where there is no reference to any particular national law as a subsidiary source.

If the enterprise has been established by an inter-state organization, could their « national » law be considered to be the internal law of that organization, despite your proposed art. 4 (5) ?

VII. Nationality

I agree that the solution you propose in art. IX (2) may be a realistic one if you have in mind the application of enemy property legislation vis-à-vis a small regional enterprise. But is this all we are concerned with ? If not, I would be hesitant, without further investigation, to support your solution in art. IX (2) in respect of inter-state enterprises and global enterprises with a large membership, like for example INTELSAT.

VIII. Diplomatic protection

I support your proposals.

IX. International responsibility

In my view, organizations of states are subjects of international law and international responsibility for their acts rests in them alone, not in their members directly, although of course the members may have an internal obligation vis-à-vis the organization to contribute their proportional share to meet its obligations in respect of reparation etc. I would submit that this applies also to inter-state enterprises, even if they have no *jure imperii* functions. Otherwise — how could we draw the borderline between intergovernmental organizations proper and inter-state enterprises ? Where would the International Bank and the regional banks be ? And INTELSAT ?

The situation may be different if the enterprise is subject directly to the domestic law of a state. Is this the case whenever it is registered in that state ? In para. IX (4) of the report you have stated that « une entreprise internationale commune agissant *jure imperii* n'aurait pas agi uniquement sur l'ordre et dans l'intérêt de l'Etat, selon le droit duquel elle avait été établie ». Does this latter

criterion necessarily coincide with that of registration? In the only case that I know of a *jure imperii* organization having been registered nationally — the Bureau International des Poids et Mesures more than 100 years ago — the organization had first been established by an international convention and was then subsequently registered in France. Are there more recent examples of organizations having functions *jure imperii* having been registered in a state?

As far as *enterprises composed of distinct entities* are concerned, I would have less difficulty with the article in principle. But even then I would ask whether para. (1) is not formulated too broadly when it speaks of « tout acte dommageable causé par l'entreprise, si un acte omis par ses autorités étatiques aurait pu empêcher ces actes ». And also para. (3) when it merely speaks of « actes ». Are we not merely concerned with *delicts* which the state concerned had a duty under international law to prevent? If paras. (1) and (3) were so limited, paras. (2) and (3) would appear more reasonable. But even so, I am not sure that the substantive rule in para. (2) would be reasonable if registration merely for the purpose of (unnecessarily) assuring recognition of its legal personality would be enough in the absence of any other submission to the national law concerned.

X. *Civil responsibility*

I do not believe that the states or separate public entities which participate in an international enterprise under existing law are responsible for the obligations of the enterprise if its own means do not suffice. Nevertheless, a proposal *de lege ferenda* to this effect is interesting and might involve advantages also for the enterprise. Our draft articles could therefore include a recommendation that a clause to this effect be included in agreements constituting an international enterprise. This would, however, require a separate provision, it could not in my view be based merely on a reference to the article on international responsibility. One would have to evaluate independently the implications in respect of each particular category of cases and it is rather unlikely that one would arrive at the same results as in respect of international responsibility. One would also have to evaluate whether such a recommended constitutional clause should involve a direct right for the creditors of the enterprise or whether it should merely establish an internal right for the enterprise to require its participants to contribute further. At any rate it should be expressly stated that the responsibility is proportional, not solidaric.

XI. *Privileges and immunities*

I agree that the privileges and immunities of international enterprises — in the absence of express provisions — must in principle depend upon an analogy from the law governing states and their corresponding enterprises.

In respect of *intergovernmental organizations proper* the original, primitive point of view was that they enjoy privileges and immunities only when specially provided. This view is now — rightly — being abandoned. On the other hand there is the view to the other extreme — held *inter alia* by the United

Nations Secretariat — that these organizations enjoy immunity even in respect of acts *jure gestionis*. I have difficulty in finding a legal basis for this, unless it could be demonstrated that a special practice has developed in respect of *jure gestionis* acts of intergovernmental organizations. If such a practice cannot be demonstrated to exist, the only legal basis for the immunity of intergovernmental organizations is the analogy from states — i.e. immunity in respect of acts *jure imperii* only. However, one might perhaps be liberal in drawing the borderline.

Even if one in this or any other manner applies a wider immunity to intergovernmental organizations than to states, I would tend to agree with you that this would not be justified in the case of (even interstate) enterprises that are primarily concerned with business operations, as far as immunity from suit is concerned. This is evidenced by the constitutional provisions of the International Bank and other similar organizations permitting suit before the national courts of certain countries. Tax exemption, on the other hand, would be required in accordance with the principle of equality of the members. However, tax exemption may well have to be obtained by express provision.

I therefore would support your conclusion that international enterprises should enjoy immunity *ratione materiae*, but not *ratione personae*. The most important aspect of the former is the *incompetence* of national courts in respect of relations between an inter state enterprise and its organs and employees. I would submit that even inter state enterprises enjoy the same exclusive jurisdiction in respect of their organs and employees as do intergovernmental organizations proper (see my article in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1965, pp. 33 ff.). These are acts *jure imperii* of all intergovernmental organizations and — I submit — also of all inter-state enterprises that have not submitted to or accepted national jurisdiction. In addition there would — as you point out — be immunity in respect of any functions *jure imperii* that exceptionally might have been assigned to an enterprise, at least if it is composed of states or organs of states.

XII. *Ownership*

I have not studied the particular problems of the socialist countries, but I would submit that, unless otherwise provided, the right of ownership must belong to the enterprise as a legal entity.

Finn Seyersted

7. *Observations de M. John R. Stevenson.*

December 18, 1979

Dear Confrère :

I enclose with my preliminary answers to your questionnaire as amplified by your supplemental memorandum. I regret that I have not been able to reply before this and could not be in Athens with you. I also regret that I cannot

give you any more profound reply to many of the questions you raised but I thought it would perhaps be more helpful to have some answers now rather than a more detailed profound reply too late to be of any use.

My responses to your questions are as follows :

I. 1. I agree to a relativity restricted definition. I would prefer the definition in 2) (c) of Section B of the supplemental memorandum.

2, 3, 4. Yes.

5. I will await the results of your further research before answering.

II. 6. No.

7. I would favor making both exclusions.

8. I agree with the statement in the supplemental memorandum.

9. Yes.

10. D. No.

E. Yes.

11. This depends principally on the provisions of their respective statutes.

12. No. Implies only submission to the procedural law of that state. Other contacts should be considered in determining the applicable contract law.

13. No. Not unless the contract explicitly so provides.

14. Some effect must be given to the reference to national law to fill gaps. The statutes and the agreement should be given primary effect but if they cannot reasonably be interpreted as covering the particular facts a reference to national law is indicated.

15. The amendment must satisfy both the requirements of the statutes and of the law of treaties.

16. In any absence of an express provision reference should be made to the national law in effect at the time of the reference.

17. No.

18. a) Yes.

b) With the modifications set forth in the statutes.

c) The applicable law will depend on the relevant contacts, e.g. if a question of performance the state where performance is to take place.

d) The international agreement and the statutes of the enterprise.

III. 19. Yes.

20. No.

21. No, but will not refer to the national legislation in the case of a type D enterprise unless there is a gap.

22. Not indispensable, but clearly desirable.

23. This depends on the provisions of the international agreement establishing the international organization. If the agreement provides for jurisdiction subject to conditions the conditions must be satisfied.

V, 24. No.

25. Yes.

26. Only if so provided in the constitutive international agreement.

27. Yes.

28. I agree with the statement in the supplementary memorandum.

30. Yes.

31. Yes. Depends on the facts of the case in which the legal personality is relevant.

34. In public international law, the provisions of the international agreement establishing the enterprise would also have to be taken into account.

36. Constitutive.

VI. 37. Yes.

38. This would depend on the relevant contracts in a particular transaction with a third state.

39. I would consider it to have no nationality.

VII. 40, 41. Yes.

42. No.

43. Yes.

VIII. 46. Yes.

47, 48. No.

49. D and E only.

50. Proportionate responsibility.

51. Its governing board and executive officers.

52. This would depend on the provisions of the constituent international agreements establishing the parent organization and the enterprise.

53. By appropriate provisions in the respective international agreements.

IX. 54. Yes.

57. Yes. By appropriate provisions in the respective international agreements.

58. Yes.

59. No. Are not acting in a sovereign but rather in a commercial capacity.

60. No.

My best regards.

Sincerely,

John R. Stevenson

Annexe II

Le droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques.

Observations préliminaires.

Ignaz Seidl-Hohenveldern

Notre Commission se propose d'examiner le problème du droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques. Aux fins de cette recherche il nous faut d'abord préciser :

a) quelles sont ces entreprises, que nous désignerons par la suite plus brièvement « entreprises interétatiques » et

b) ce que nous entendons par « droit *applicable* à celles-ci ».

Des Etats et/ou leurs sous-divisions et/ou des entreprises dont ils sont propriétaires ou actionnaires majoritaires fondent des entreprises interétatiques afin de poursuivre ensemble des fins, qui seraient qualifiées de fins *jure gestionis* si un des Etats y participant tentait de les réaliser seul. Par leurs formes et activités, ces entreprises ne se distinguent guère d'entreprises privées visant à réaliser des fins plus ou moins similaires.

Ces entreprises interétatiques constituent un phénomène situé dans une zone grise entre diverses entités ayant fait l'objet de recherches d'autres Commissions de notre Institut dans un passé récent. Pourtant, elles ne sauraient s'identifier complètement à aucune de ces entités.

Bien que les partenaires, dans ces entreprises interétatiques, soient des Etats souverains, ces entreprises, selon nous, se distinguent des organisations internationales « proprement dites »¹.

Elles pourraient pourtant être incluses dans la définition d'une organisation internationale donnée par R.J. Dupuy², à savoir : « un groupement de personnes de droit international public établi par convention, exerçant au sein d'organes communs, constitués de façon permanente, certaines fonctions d'intérêt international ». A cette fin, on devrait interpréter la notion de « fonction d'intérêt

¹ Ainsi N. Valticos, Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées. Rapport provisoire, Ann. I.D.I. 57 (1977 I), p. 13.

² L'application des règles du droit international général des traités aux accords conclus par les organisations internationales. Rapport provisoire, Ann. I.D.I. 55 I (1973), p. 220.

international » d'une façon très large. Puisque, lorsqu'un Etat poursuit des activités *jure gestionis*, il le fait dans son intérêt, on pourrait considérer que si plusieurs Etats poursuivent en commun des activités semblables, il s'agit de la poursuite d'un intérêt international. Mais cette interprétation ne nous paraît pas être tout à fait satisfaisante. Dans notre propre définition d'une organisation internationale³ nous avons essayé de serrer de plus près cette notion, en ne considérant comme « fonctions d'intérêt international » que la mise en commun de fonctions, qui, exercées par un seul Etat, seraient considérées comme des fonctions *jure imperii*. Il s'en suit que les entreprises interétatiques ne sont pas, à nos yeux, des organisations internationales proprement dites.

Le fait que les accords établissant une entreprise interétatique prévoient la participation, soit des Etats agissant *jure gestionis*, soit d'entreprises dont ces Etats sont propriétaires ou actionnaires majoritaires, pourrait nous induire à considérer ces entreprises comme des organisations non-gouvernementales (O.N.G.). Un Etat agissant *jure gestionis* au sein d'une entreprise réuni à des entreprises n'y exerce certes pas une fonction gouvernementale. Pourtant, selon la conception dominante⁴, les O.N.G. ne devraient pas poursuivre des buts lucratifs. Or, tout au moins en principe, les entreprises interétatiques devraient au moins s'autofinancer, voire même procurer des profits aux Etats participants.

Assez souvent des entreprises interétatiques exercent leurs activités sur le territoire de plusieurs Etats (p. ex. la Société internationale de la Moselle). Notre Institut⁵ a, à juste titre⁶, adopté, sur proposition de notre confrère Goldman⁷, une définition des entreprises multinationales qui n'exclut pas les entreprises établies par des Etats. En effet, *toutes* « les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de person-

³ Seidl-Hohenveldern, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften* (3^e éd. 1979), p. 7.

⁴ Résolution de l'I.D.I. adoptée sur le rapport de M. Politis concernant la condition juridique des associations internationales, Ann. I.D.I. XXX (1923), p. 385 ;

Résolution de l'I.D.I. adoptée sur le rapport de Mme Bastid concernant les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée, Ann. I.D.I. 43 II (1950), p. 384 ;

d'accord Stosic, *Les organisations non gouvernementales et les Nations Unies* (1964), p. 82.

⁵ Résolution d'Oslo sur les entreprises multinationales, Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 340.

⁶ Seidl-Hohenveldern, *The United Nations and Transnational Corporations in Simmonds* (éd.), *Legal Problems of Multinational Corporations* (Londres 1977), pp. 45-46 ; *id.*, Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 315 ; contre Siqueiros, *The Juridical Regulation of Transnational Enterprises*, in *Unidroit* (éd.), *New Directions in International Trade Law*, vol. I (1971), p. 283.

⁷ Goldman, *Les entreprises multinationales*, Rapport définitif, Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 329.

nalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales ». En vertu de cette définition, la Société internationale de la Moselle, tout en étant une entreprise interétatique, est aussi une entreprise multinationale. Pourtant, d'autres entreprises interétatiques exercent toutes leurs activités sur le territoire d'un seul Etat, en y gérant par exemple une centrale thermonucléaire. Elles ne sauraient donc être considérées comme entreprises multinationales, au moins selon cette définition.

Nous sommes confrontés à une situation analogue, si nous nous tournons vers les « entreprises conjointes internationales » (*joint ventures*). En règle générale, c'est un seul Etat (ou une de ses entreprises étatiques) qui établit une entreprise conjointe internationale avec une ou plusieurs sociétés étrangères, notamment pour l'exploitation de ressources naturelles⁸. On peut désigner aussi par les mêmes mots des entreprises établies en commun dans des pays tiers par des sociétés de nationalité différente⁹. Or c'est seulement dans les cas où toutes les entreprises participant à une entreprise conjointe internationale seraient des entreprises étatiques de divers Etats qu'une telle entreprise conjointe internationale serait aussi une entreprise interétatique telle que nous l'avons définie.

Les entreprises interétatiques ne s'identifient donc avec aucune des entités définies ci-dessus. En outre, ces entreprises se présentent sous des formes si diverses que toute tentative de définition contiendra un aspect arbitraire.

On aurait pu songer à définir les entreprises interétatiques par leurs structures, empruntées à celles des sociétés en droit commercial, si de pareilles structures n'étaient pas utilisées tout aussi bien par des organisations internationales « proprement dites » (par exemple organes de gestion et de contrôle à l'U.P.U., vote pondéré en fonction de l'apport de participation au F.M.I.).

La distinction entre la nature *jure gestionis* ou *jure imperii* des fonctions d'intérêt international, que nous venons de proposer pour séparer les entreprises interétatiques des organisations internationales proprement dites, ne peut certes pas résoudre tous les cas litigieux. « Eurocontrol » est-elle vraiment une entreprise interétatique exerçant un service public commercialisé ? N'est-elle pas plutôt une organisation internationale exerçant, moyennant une redevance, un droit de police internationale de la circulation aérienne ?

On s'est assez souvent opposé à distinguer entre des actes *jure imperii* et des actes *jure negotii*, en arguant qu'une telle distinction serait incompatible avec des conceptions britanniques et soviétiques¹⁰. Il est donc important de signaler

⁸ P. Fischer, *Die internationale Konzession* (1974), p. 170 ss.

⁹ Béguin, *Entreprises conjointes internationales, Régime des participations* (1972), V. Huber - B. Börner, *Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Recht*.

¹⁰ P. Lalive, *L'application du droit public étranger, Rapport préliminaire*, Ann. I.D.I. 56 (1975), p. 159.

que l'acceptation de cette distinction fait des progrès tout aussi bien en Angleterre^{10a} que dans les pays socialistes¹¹.

La distinction proposée est relativement plus limitative que celles proposées dans la doctrine, par exemple Adam¹² et Sundström¹³ (entité internationale accordant des droits à des particuliers), Zourek (critères institutionnels¹⁴), Libbrecht (fournitures de services à des particuliers¹⁵) et Goldman (inclusion de sociétés multinationales privées¹⁶) mais cela nous paraît être un de ses avantages^{16a}.

En effet, même limitée de cette façon, la notion d'entreprise interétatique demeure si vaste et couvre des situations si différentes qu'il nous paraît impossible de dégager un système général de règles applicables à toutes ces entreprises, surtout si nous voulons présenter ces règles comme une codification progressive de la pratique.

La pratique en cette matière est si protéiforme que nous vous proposons de ne faire pas moins de cinq sous-divisions, même dans la définition relativement restreinte choisie pour les entreprises interétatiques, à savoir :

A) Entreprises interétatiques formées notamment par des sous-divisions de divers Etats en empruntant les formes offertes par le droit civil ou commercial d'un de ces Etats, même pour établir la concordance de volonté entre les fondateurs de l'entreprise¹⁷.

B) Entreprises interétatiques formées par un accord entre les Etats fondateurs qui prévoit que l'entreprise serait établie selon le droit civil ou commercial d'un de ces Etats. Afin que les activités des entreprises interétatiques soient dans leur principe limitées à des activités *jure gestionis*, un tel accord, selon nous,

^{10a} Section 3 of the State Immunity Act 1978.

¹¹ Mädl, State in the Economy and Problems of State Immunity with Special Regard to Economic Integration, in Albert A. Ehrenzweig - Gedächtnisschrift (1976), p. 99-104.

¹² Adam, Les établissements publics internationaux (1957), p. 2; *id.*, Les organismes internationaux spécialisés, vol. IV (1977), p. 1.

¹³ Sundström, Public International Utility Corporations (1972).

¹⁴ Ann. I.D.I. 55 I (1973), p. 340.

¹⁵ Libbrecht, Entreprises à caractère juridiquement international (1972), p. 19.

¹⁶ Goldman, Le droit des sociétés internationales, Clunet 1963, p. 324.

^{16a} Ijalaye, The Extension of Corporate Personality in International Law (1978), p. 66, donne une définition plus ou moins conforme à la nôtre; Sereni, International Economic Institutions and the Municipal Law of States, R.d.C. 96 (1959 I), p. 170-171, exclut de sa définition des « common enterprises » celles dont le statut ne renvoie à aucun droit national même pas à titre subsidiaire (*ibid.*, p. 188).

¹⁷ Les efforts du Conseil de l'Europe pour l'élaboration d'une Convention-cadre concernant la coopération transfrontière entre les régions et communes (Doc. CDRM 77 17) citée par Matscher, Grenzüberschreitende Regional Politik, Festschrift für Hans Lechner (1978), p. 173.

ne devrait pas nécessairement être un traité au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Pourtant, l'établissement d'une pareille entreprise figure assez souvent dans un accord qui — pour d'autres raisons — devrait être considéré comme un traité (par exemple un traité établissant une nouvelle frontière entre deux Etats tout en prévoyant aussi l'établissement d'une entreprise inter-étatique pour utiliser les forces hydro-électriques du fleuve devenu fleuve frontière).

C) Entreprises interétatiques établies par un accord interétatique prévoyant que l'entreprise serait établie selon le droit d'un de ces Etats modifié pourtant par des dispositions figurant, soit dans l'accord lui-même, soit dans un statut de l'entreprise annexé à l'accord. Une variante de ce type prévoit que l'entreprise serait considérée dans chacun des Etats contractants comme une entreprise régie par le droit national de celui-ci, modifié pourtant par les dispositions de l'accord et du statut (par exemple la Sarlor).

D) Entreprises interétatiques établies par un accord interétatique qui ne les soumet à aucun droit national, tout en renvoyant à titre subsidiaire à un droit national, afin de combler des lacunes possibles laissées par les dispositions de l'accord et du statut de l'entreprise.

E) Entreprises interétatiques établies par un accord interétatique qui — ensemble avec le statut de l'entreprise — veut régler toutes les activités de l'entreprise, sans recours à aucun droit national, même à titre subsidiaire.

L'énumération de ces catégories montre la gamme très large des entreprises interétatiques.

Il nous reste à préciser ce que nous entendons par « droit applicable » à ces divers types d'entreprises interétatiques. On peut comprendre par là, soit le droit régissant leur ordre interne, notamment les relations entre les divers partenaires étatiques, soit le droit applicable aux actes passés par ces entreprises avec des tiers. Nous croyons que le mandat donné à notre Commission nous oblige à examiner tour à tour l'un et l'autre point.

Nous sommes donc confrontés à de fort nombreuses variations. Aussi vous proposons-nous de renoncer à toute tentative d'élaboration d'un ensemble de règles applicables à toutes ces catégories et à cette alternative. Cette voie conduirait en effet forcément, soit à l'énonciation de généralités assez vagues ou risquerait de se perdre dans une casuistique peu fructueuse. Nous estimons que notre Commission pourrait cependant proposer à l'Institut une résolution susceptible, soit d'énoncer certaines règles aptes à résoudre au moins quelques points en discussion dans quelques-unes de ces catégories, soit de proposer *de lege ferenda* certaines solutions en conformité avec des règels de droit international applicables à des cas voisins.

C'est dans cet esprit que nous aimerions renoncer pour le moment à vous soumettre des conclusions sous forme d'un projet de résolution. Nous nous y attaquons après avoir obtenu vos réponses au questionnaire dont nous vous prions instamment de bien vouloir excuser la longueur et le contenu que la sous-division des entreprises dans les catégories mentionnées ci-dessus a rendu assez compliqué.

Nous sommes, bien sûr, prêt à exclure d'un projet éventuel de résolution certaines des matières mentionnées dans le questionnaire tout aussi bien qu'à en ajouter, si telle est la volonté de la majorité de notre Commission.

Nous espérons qu'en général le questionnaire parle par lui-même. Nous nous bornerons donc à ne lui ajouter que les quelques remarques qui suivent.

La recherche du droit applicable aux relations que les entreprises inter-étatiques entretiennent avec des tiers comporte presque le risque de faire double emploi avec les recherches entreprises récemment par notre confrère Valticos, concernant les contrats conclus par les organisations internationales proprement dites. Les intérêts des partenaires de pareils contrats paraissent être presque identiques de part et d'autre. Dans beaucoup de cas, le problème serait résolu par une clause du contrat visant à le soumettre au droit d'un Etat donné et/ou à la juridiction des tribunaux de celui-ci, l'attribution de compétence à ces tribunaux impliquant que, sauf disposition contraire, le droit du for ainsi choisi deviendrait applicable au contrat. Les vrais problèmes ne se posent qu'en cas de silence du contrat sur ces points. Si on veut combler cette lacune, il faut se référer aux intérêts des partenaires.

Le tiers partenaire d'un tel accord aurait tout intérêt à mettre son accord avec une entreprise interétatique sur le même niveau que des contrats conclus avec des partenaires soumis au droit commun. Par contre, tout comme l'organisation internationale « proprement dite », l'entreprise interétatique aurait intérêt à conserver dans ces contrats une liberté d'action aussi large que possible, afin de se prémunir aussi bien que possible contre une soumission trop stricte au droit d'un Etat donné et/ou aux tribunaux d'un Etat donné. De cette façon, l'entreprise interétatique tout comme l'organisation internationale proprement dite cherchera à se protéger aussi bien que possible contre une influence trop grande dudit Etat — influence qui ne saurait être vue que d'un mauvais œil par les autres Etats partenaires au sein de cette entreprise. Vu ainsi, le contrat le plus désirable pour l'entreprise est celui qui ne serait soumis qu'aux principes généraux du droit et à la juridiction d'un organe arbitral international.

Toutefois, les entreprises interétatiques ne nous paraissent pas avoir cette préoccupation au même degré que les organisations internationales proprement dites. Le fait que ces entreprises interétatiques, par définition, ne peuvent agir que *jure gestionis* et qu'elles participent à la vie commerciale à côté de sociétés privées les pousse à accorder une plus grande valeur aux arguments qui, selon notre confrère Valticos, conduisent même des organisations internationales proprement dites à accepter une soumission de leurs contrats au droit commun et à la juridiction d'un Etat donné, par exemple parce qu'elles considèrent cette solution comme la plus facile pour des contrats de moindre importance ou parce que plus de sécurité conduirait les créanciers à offrir des conditions plus favorables à l'entreprise, etc.

En ce qui concerne les contrats conclus par des entreprises des types A et B, il n'y a même aucune place pour un régime différent du droit commun ; pour les entreprises du type C, il y a soumission à un régime de droit commun modifié. Si le traité établissant une entreprise du type C prévoit que celle-ci sera traitée dans chacun des Etats partenaires — en principe — comme une entreprise natio-

nale de celui-ci, le problème se complique davantage, car — vu d'un Etat tiers — il faut choisir lequel de ces divers droits communs modifiés devrait être considéré comme s'appliquant à une telle entreprise. Les entreprises des types D et E, échappant plus ou moins au droit national d'un Etat donné, auraient au moins la faculté d'« internationaliser » leurs contrats en ne les soumettant qu'aux principes généraux du droit et en n'acceptant que la juridiction d'organes arbitraux internationaux. Pourtant, à notre avis, rien ne les empêcherait de choisir, elles aussi, de soumettre des contrats conclus par elles au droit commun et à la juridiction des tribunaux d'un Etat donné, puisqu'elles jouissent de la personnalité juridique dans le droit interne des Etats-membres aussi bien que des Etats tiers.

En ce qui concerne les relations entre les partenaires mêmes d'une entreprise interétatique, elles seraient déterminées, dans le cas d'entreprises des types A à C, par les facteurs énumérés ci-dessus. En ce qui concerne les relations entre partenaires des entreprises des types D et E nous croyons pouvoir déduire du choix même de ces types que les partenaires de pareilles entreprises ne voulaient soumettre leurs relations qu'aux principes généraux du droit. Cette volonté est-elle capable d'écarter l'objection qu'une entité organisée plus ou moins comme une société commerciale ne peut exister en dehors du régime juridique d'un Etat donné et qu'on ne peut envisager ni « une société sans loi », ni un « contrat sans loi » ? Mais, une entité soumise aux principes généraux du droit est-elle vraiment une « entité sans loi » ?

Là encore, le problème de fond paraît résolu. Les travaux de la 4^e Commission et de son rapporteur, notre confrère Valticos, ainsi que la résolution adoptée à Oslo sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées nous paraissent admettre une telle soumission.

Nous nous proposons donc d'étendre nos recherches à d'autres matières en rapport avec le régime juridique des entreprises interétatiques, qui — d'une façon ou de l'autre — ont une influence sur le droit applicable à celles-ci. Par exemple nous venons de signaler que la soumission des entreprises interétatiques des types D et E au droit d'un Etat donné présuppose que cette entreprise y jouisse de la personnalité juridique.

Bien entendu, nous solliciterons l'opinion du Bureau aussi bien que des membres de notre Commission sur le principe même d'un tel élargissement du mandat de notre Commission à des matières accessoires ainsi que sur le choix des diverses matières accessoires figurant dans le questionnaire joint à ces observations préliminaires sous les numéros 24 à 60.

En général, les problèmes soulevés par ces matières accessoires surgissent aussi dans le cadre des organisations internationales proprement dites. Pourtant, leur solution est tantôt identique, tantôt différente, lorsqu'il s'agit d'entreprises interétatiques. Dans le cas des organisations internationales proprement dites tout aussi bien que dans celui des entreprises interétatiques, il découlerait du fait que ces entités ne pourraient pas participer à la personnalité des Etats qui en font partie ni aux privilèges et immunités accordés à ceux-ci, qu'il faudrait rejeter la théorie de la mosaïque.

De même, on devrait faire une distinction entre leur personnalité « sur le

plan international » (donc, en droit international public) et en droit interne (cf. l'avis consultatif de la C.I.J. du 11 avril 1949 dans le cas de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies - C.I.J. Recueil 1949, p. 179). Pourtant, si la Commission acceptait la définition proposée de l'entreprise interétatique, celle-ci n'exercerait en principe que des activités qui seraient considérées comme *acta jure gestionis*, si elles étaient exercées par un seul Etat. Donc, en règle générale, ces entreprises n'auraient besoin que d'une personnalité en droit interne. Elles ne devraient agir sur le plan international et elles n'auraient donc besoin d'une personnalité en droit international public que si, à titre exceptionnel, les Etats fondateurs leur avaient conféré un droit d'agir *jure imperii*, par exemple en autorisant l'entreprise à établir elle-même un système de rationnement de ses produits en cas de pénurie.

Compte tenu que l'activité des entreprises interétatiques est en principe limitée à des *acta jure gestionis*, il ne nous a pas paru nécessaire de prévoir l'éventualité où l'intérêt supérieur de l'entreprise puisse imposer à son cocontractant des charges ou risques particuliers. L'article 4 de la résolution d'Oslo a pourtant prévu des règles pareilles pour les contrats conclus par des organisations internationales proprement dites.

Pour l'étendue de la personnalité des organisations internationales proprement dites, nous nous voyons confrontés avec des thèses voulant leur accorder, soit une personnalité objective, soit une personnalité exclusivement fonctionnelle. Pour les entreprises interétatiques il y a un argument supplémentaire en faveur de la thèse qui propose de ne leur accorder qu'une personnalité fonctionnelle. En effet, par leurs structures et par leurs fonctions, ces entreprises se rapprochent assez souvent des sociétés commerciales. Or, le droit d'un bon nombre d'Etats refuse de reconnaître qu'une société commerciale puisse agir valablement *ultra vires*.

L'existence et le statut des entreprises interétatiques des types D et E découlent d'un accord international et non pas du droit national d'un Etat donné. Le droit de nombreux Etats fait dépendre l'existence même d'une entité ainsi que le droit applicable à celle-ci du « droit national » de celle-ci. Est-ce qu'on pourrait considérer l'accord constitutif d'une entreprise des types D ou E comme le droit national de celle-ci ? Nous préférons cette solution au subterfuge (mentionné dans la question 33 *lit. b (aa) ii*) de considérer que son droit national serait celui de son siège. Pratiquement on arrive au même résultat dans l'un et l'autre cas. Pourtant la seconde solution nous paraît être en contradiction avec la volonté des Etats qui, en établissant une entreprise interétatique des types D et E, voulaient précisément soustraire cette entreprise à toute influence de l'Etat de leur siège. C'est cette volonté là qui, selon nous, est au fond de la distinction entre les renvois au droit interne pratiqués respectivement dans les statuts des entreprises des types C et D.

Les propositions sur la protection diplomatique des entreprises des types D et E s'inspirent de celles proposées par notre confrère, M. Goldman, pour les sociétés multinationales¹⁸. Or, l'Institut n'a pas voulu le suivre dans cette voie,

¹⁸ Ann. I.D.I. 57 I (1977), p. 285.

craignant d'instituer ainsi un régime de faveur qui serait inacceptable pour beaucoup d'Etats¹⁹. Pourtant, la communauté des Etats se réconcilierait peut-être plus facilement avec un tel régime dont ne profiteraient que les seules entreprises interétatiques d'autant que de telles entreprises ont été établies tout aussi bien par des Etats à économie de marché que par des Etats du Tiers Monde et par des Etats socialistes.

Nous nous proposons d'ailleurs de discuter avec les services juridiques de quelques entreprises interétatiques représentatives les problèmes soulevés dans notre questionnaire, afin de vérifier l'importance pratique des questions formulées à partir de considérations théoriques. Nous espérons pouvoir soumettre à la réunion de notre Commission à Athènes le fruit de nos recherches.

Cologne, novembre 1978

¹⁹ Ann. I.D.I. 57 II (1977), p. 243-246.

Questionnaire

I. Questions préliminaires

1. Seriez-vous d'accord avec une définition relativement restrictive des entreprises interétatiques ou préféreriez-vous un autre critère que celui d'une gestion quasi commerciale d'une telle entreprise ?
2. Seriez-vous d'accord avec l'idée même d'une sous-division des entreprises interétatiques en diverses catégories ?
3. Seriez-vous d'accord sur les catégories proposées ?
4. Seriez-vous d'accord sur l'élargissement proposé du mandat de notre Commission de discuter aussi les matières accessoires figurant *infra* sous les numéros 24 à 60 ou préféreriez-vous, soit en éliminer quelques-unes, soit les remplacer par d'autres ?
5. Seriez-vous d'accord sur la proposition de n'énoncer que certaines règles de droit international public ayant des implications sur la situation juridique des diverses catégories d'entreprises interétatiques ou préféreriez-vous l'élaboration d'une réglementation complète ?

II. Droit applicable

6. Les entreprises interétatiques des types A et B seraient-elles soumises aux règles du droit commun en ce qui concerne le choix du droit applicable à celles-ci ?
7. Dans le cas d'entreprises interétatiques du type C le statut rend applicable à titre principal le droit national d'un ou de plusieurs Etats-membres. Ne devrait-on en exclure que les normes déclarées inapplicables par le statut lui-même ou devrait-on exclure aussi l'application de toute autre norme de ce droit national pratiquement incompatible avec le statut ?
8. Dans le cas de renvoi à une législation nationale à titre principal (entreprise du type C) ou à titre subsidiaire (entreprise du type D) ce renvoi à un droit national exclut-il que le statut renvoie en outre à des règles édictées par un autre Etat ou même à des règles n'étant pas encore ou n'étant plus en vigueur ?
9. Ce renvoi incorpore-t-il les changements ultérieurs de ce droit en l'absence de clauses déclarant inapplicable tout changement futur dudit droit ?
10. En ce qui concerne les relations entre les partenaires d'une entreprise interétatique des types D ou E, ceux-ci sont-ils présumés n'avoir voulu soumettre

leurs relations qu'aux règles du statut et — en l'absence de règles idoines y figurant — aux principes généraux du droit ?

11. Les entreprises interétatiques du type D ou E pourraient-elles soumettre leurs contrats avec des tiers aussi bien

a) au droit national d'un Etat

b) aux principes généraux du droit

c) à une combinaison entre le droit des divers Etats et les principes généraux du droit ?

12. En cas d'absence d'un choix explicite d'un droit applicable le choix de soumettre un tel contrat à la juridiction des tribunaux d'un Etat donné impliquerait-il la soumission de ce contrat au droit de cet Etat ?

13. Devrait-on interpréter l'absence d'un choix explicite aussi bien qu'implique (cf. 12 *supra*) d'un droit applicable comme l'expression de la volonté d'une telle entreprise du type D ou E, de ne soumettre ce contrat qu'aux seuls principes généraux du droit ?

14. Comment devrait-on résoudre la question de l'existence de lacunes, si le statut d'une entreprise interétatique du type D prévoit que les lacunes éventuelles devraient être comblées par le renvoi subsidiaire à une législation nationale ?

Y a-t-il lacune seulement si aucune règle d'interprétation du droit international public ne permet de combler cette lacune ou est-ce que la simple absence d'une règle appropriée dans le statut suffit pour mettre en jeu ce renvoi ?

15. Si le traité établissant une entreprise interétatique déclare que le statut de celle-ci fait partie du traité, ce statut peut-il être modifié tout aussi bien selon les règles de droit international public sur la modification des traités que selon celles prévues dans le statut même, pour sa propre modification, soit directement, soit par renvoi ?

16. Pour autant que l'accord établissant une entreprise interétatique des types C à E ou son statut déclare applicable un droit national à celle-ci, soit à titre principal, soit à titre subsidiaire, ce droit national, en l'absence de stipulations expresses, doit-il être entendu dans sa teneur au moment de l'adoption du statut ?

17. Pour autant qu'une entreprise interétatique est établie dans le cadre d'une organisation internationale, cette entreprise serait-elle soumise *ipso facto* au droit interne édicté par cette organisation même après la création de ladite entreprise ?

18. Le droit international privé d'un Etat tiers se réfère assez souvent à la loi nationale d'une entreprise.

a) Dans le cas des entreprises interétatiques des types A à C la loi ainsi déclarée applicable serait-elle celle de l'Etat dont la loi régit l'existence de ces entreprises ?

b) Dans le cas où le statut d'une entreprise interétatique du type C renvoie à la loi d'un seul Etat, les tribunaux d'un Etat tiers devraient-ils appliquer cette loi telle quelle ou avec les modifications figurant au statut de l'entreprise ?

c) Dans le cas où le statut d'une entreprise interétatique du type C prévoit

que celle-ci serait considérée dans chacun des Etats-membres comme une société nationale régie par sa loi, quelle loi lui serait appliquée par les tribunaux d'Etats tiers ?

d) Quelles règles les tribunaux d'Etats tiers appliqueraient-ils comme « loi nationale » des entreprises interétatiques des types D et E ?

III. *Interprétation du droit applicable*

19. Pour autant que le droit national déclaré applicable à une entreprise interétatique des types A à C laisse aux autorités nationales un pouvoir de décision discrétionnaire, doivent-elles exercer ce pouvoir en faveur de la volonté de coopération manifestée par le fait d'avoir établi une telle entreprise ?

20. Le fait que les entreprises interétatiques des types B et C soient constituées par des traités exige-t-il que le droit national déclaré applicable soit interprété en conformité avec ledit traité ?

21. Dans le cas de renvoi à une législation nationale à titre principal (entreprise du type C) ou à titre subsidiaire (entreprise du type D) faut-il faire une distinction entre ces deux genres de renvoi, en interprétant cette législation tantôt selon ses propres règles d'interprétation (cas des entreprises interétatiques du type C), tantôt selon les règles d'interprétation du droit international public (cas des entreprises interétatiques du type D) ?

IV. *Règlement des différends*

22. Est-il indispensable qu'au moins les statuts d'entreprises interétatiques des types D et E prévoient des méthodes pour le règlement de disputes éventuelles surgissant soit entre les Etats-membres, soit entre l'entreprise et des Etats ou des particuliers ?

23. Une entreprise interétatique établie dans le cadre d'une organisation internationale est-elle soumise *ipso facto* ou sous certaines conditions à la juridiction d'un tribunal établi par cette organisation ?

V. *Personnalité des entreprises interétatiques*

24. Seriez-vous d'accord pour faire une distinction entre la personnalité dont ces entreprises jouiraient éventuellement en droit international public et celle dont elles jouissent en droit interne ?

25. Seriez-vous d'accord pour rejeter la thèse selon laquelle l'une ou l'autre des personnalités d'une entreprise interétatique puisse être déduite de celles dont jouissent ses Etats-membres (thèse de la mosaïque) ?

26. Sous quelles conditions les entreprises interétatiques jouissent-elles d'une personnalité de droit international public

a) vis-à-vis des Etats-membres

b) vis-à-vis des Etats tiers ?

27. Les sous-divisiones de divers Etats peuvent-elles créer par des accords mutuels des entreprises interétatiques (au sens large du mot) ?

28. Peuvent-elles leur procurer ainsi une personnalité en droit international public ?

29. L'accord interétatique ou l'accord entre sous-divisions de divers Etats établissant une entreprise interétatique doit-il être considéré comme un traité

- a) si aux dispositions de l'accord établissant une entreprise des types A à E s'ajoutent des dispositions que les Etats règlent normalement par traité ou
- b) en tout cas pour tous les types d'entreprises interétatiques ou seulement
- c) pour les entreprises des types D et E ou
- d) lorsque l'accord confère à une entreprise des types B ou C une situation exorbitante du droit commun ?

30. La personnalité des entreprises interétatiques des types A à C résulte-t-elle en droit interne de la loi de l'Etat qui régit leur existence (cf. *infra* 42) ?

31. Le traité établissant une entreprise interétatique du type C peut prévoir que celle-ci soit considérée dans chacun des Etats-membres comme une société nationale régie par le droit dudit Etat. Duquel de ces droits un Etat tiers devrait-il faire découler la personnalité de cette entreprise (cf. 42) ?

32. La personnalité des entreprises interétatiques des types D et E en droit interne résulte-t-elle

a) pour les Etats tiers tout aussi bien que pour les Etats-membres directement des dispositions des statuts leur accordant une telle personnalité

b) ou accepteriez-vous que pour les Etats tiers cette personnalité résultât

aa) de leurs règles de droit international privé déterminant la personnalité d'une entité étrangère par le renvoi à sa loi nationale

i) en considérant le statut d'une telle entreprise comme sa loi nationale

ii) en considérant que la loi nationale d'une telle entreprise est celle du pays de son siège dans le droit interne duquel elle jouit de la personnalité en vertu des dispositions de son statut

bb) uniquement s'il existe un acte explicite de reconnaissance d'une telle personnalité ?

34. La personnalité d'une entreprise interétatique serait-elle limitée en droit international public et/ou en droit interne à l'accomplissement des fonctions prévues dans le statut (cf. *infra* 51) ?

35. Dans le cas où une entreprise interétatique est établie dans le cadre d'une organisation internationale, selon quels critères pourrait-on délimiter sa propre personnalité en droit international public et/ou en droit interne de celle dont jouit l'organisation-mère :

par le fait

a) que l'établissement de l'entreprise soit dû

aa) à un accord interétatique autre que celui ayant établi l'organisation

bb) à un acte d'un organe de l'organisation

b) que le budget et le personnel de l'entreprise et de l'organisation soient séparés ou interchangeables ?

36. La disposition selon laquelle d'après son statut une telle entreprise jouirait d'une personnalité juridique est-elle

- a) constitutive ou
- b) déclaratoire
 - de l'existence d'une personnalité
 - aa) en droit international public ou
 - bb) en droit interne

qui serait différente de celle de son organisation-mère ?

VI. Nationalité

37. Seriez-vous d'accord d'attribuer aux entreprises interétatiques des types A à C la nationalité de l'Etat qui régit leur existence ?

38. Dans le cas où le traité établissant une entreprise interétatique du type C prévoit que celle-ci sera considérée dans chacun des Etats-membres comme une société nationale régie par sa loi, laquelle de ces nationalités prévaudra dans les relations d'une telle entreprise avec des Etats tiers ?

39. Seriez-vous d'accord pour considérer les entreprises interétatiques des types D et E comme apatrides ou est-ce que le renvoi subsidiaire au droit national d'un Etat-membre (cas des entreprises du type D) leur procure la nationalité de cet Etat ?

VII. Protection diplomatique

40. Considérez-vous que le lien liant une entreprise interétatique des types A à C à l'Etat régissant son existence est assez substantiel (*genuine link*) pour donner à cet Etat le droit de lui accorder sa protection diplomatique ?

41. Seriez-vous d'accord pour rejeter la thèse que le renvoi subsidiaire au droit national d'un Etat-membre autoriserait celui-ci à accorder sa protection diplomatique à une entreprise interétatique du type D ?

42. Les entreprises interétatiques des types D et E pourraient-elles jouir de *lege lata* d'une protection diplomatique ?

43. Une telle protection serait-elle souhaitable *de lege ferenda* ?

44. Préféreriez-vous *de lege ferenda* qu'une telle protection diplomatique leur soit accordée

- a) par une démarche collective de tous les Etats-membres
- b) par un des Etats-membres
- c) le cas échéant par l'organisation-mère ?

45. Dans le cas où vous choisissez la solution 44 b), selon quelles modalités devrait-on désigner cet Etat ?

VIII. Responsabilité internationale

46. Pour autant que des actes d'entreprises interétatiques des types A à C heurtent des droits ou des intérêts d'un ou de plusieurs Etats-membres et/ou

d'Etats tiers ou de leurs nationaux, leur Etat de siège devrait-il assumer la responsabilité pour ces actes en droit international public et/ou en droit interne, dans le cas où une meilleure surveillance de l'entreprise aurait pu empêcher ces dommages ?

47. Les restrictions à l'applicabilité du droit de l'Etat de siège d'entreprises interétatiques des types B et C imposées par traité seraient-elles susceptibles d'exonérer cet Etat de cette responsabilité ?

48. L'Etat de siège, pourrait-il canaliser sa responsabilité dans ces matières en ouvrant aux Etats tiers la possibilité de s'assurer auprès d'instituts étatiques d'assurances (du genre Hermes, COFACE, OPIC, Export Credit Guaranty Department) contre le risque de tels actes causés par des entreprises interétatiques des types A à C ?

49. Les Etats-membres et/ou — le cas échéant — l'organisation-mère seraient-ils responsables collectivement

a) uniquement pour des actes d'entreprises interétatiques des types D et E ou

b) à titre subsidiaire aussi pour des actes d'entreprises interétatiques des types A à C ?

50. Une telle responsabilité collective serait-elle une responsabilité indivise ou serait-elle proportionnelle à la participation de chaque Etat à l'entreprise interétatique ?

51. Qui serait responsable des actes *ultra vires* d'une entreprise interétatique ?

52. Si l'entreprise interétatique a été établie au sein d'une organisation-mère, celle-ci devrait-elle partager avec les Etats-membres la responsabilité pour des actes de cette nature (n^{os} 46 à 51) ?

53. Comment seraient délimitées les responsabilités respectives ?

IX. Droit de propriété

54. Le régime de propriété des entreprises interétatiques des types A à C serait à déterminer par le droit de l'Etat qui régit leur existence ?

55. Les biens des entreprises interétatiques des types D et E seraient-ils

a) la propriété de l'entreprise en question ou

b) la propriété collective des Etats-membres ?

56. Selon quel droit les titulaires retiendraient-ils ces droits de propriété ?

57. Selon la doctrine des pays socialistes les moyens de production doivent être la propriété de l'Etat. Cette doctrine serait-elle susceptible de compliquer la constitution d'entreprises interétatiques des types D et E entre Etats socialistes ?

Comment pourrait-on surmonter ces difficultés ?

58. Pour autant qu'une entreprise interétatique a été établie au sein d'une organisation internationale, les biens de l'entreprise devraient-ils être tenus séparés des biens de l'organisation-mère ?

X. Privilèges et immunités

59. Les entreprises interétatiques jouissent-elles de privilèges et immunités

a) dans le territoire des Etats-membres et

b) dans le territoire d'Etats tiers

selon

y) le droit coutumier international ou

z) jouissent-elles de tels droits uniquement pour autant qu'ils leurs seraient accordés par leurs statuts ?

60. Pour autant qu'une entreprise interétatique a été établie dans le cadre d'une organisation internationale, devrait-elle participer aux privilèges et immunités accordés à celle-ci ?

Le droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques

(Neuvième Commission)

Rapport définitif

Ignaz Seidl-Hohenveldern

En rédigeant ce rapport définitif qu'il me soit permis d'évoquer tout d'abord le souvenir de notre confrère et ami *Richard R. Baxter* qui nous avait communiqué peu de temps avant sa mort des réponses provisoires à notre questionnaire, qu'il ne voulait pourtant pas voir publiées.

Depuis la rédaction du rapport provisoire, nous avons profité d'amples échanges de vues en Commission lors de la session de Dijon ainsi que de lettres avec des propositions fort intéressantes de nos confrères, *Mme Bastid*, *MM. Cansacchi, Goldman, McDougal, Reuter, Seyersted* et *Stevenson*. Une liste établie par *M. Strohl* montre le caractère protéiforme de l'objet de nos études¹. Lors des discussions de Dijon, nous sommes tombés d'accord sur le fait que le questionnaire distribué touchait maints problèmes fort intéressants, mais qu'il ne nous serait pas possible de les incorporer tous dans une résolution susceptible d'être discutée et approuvée par l'Institut dans le temps relativement limité d'une session. C'est avec un certain regret que nous sommes arrivés à la conclusion de nous en tenir de la façon la plus stricte aux termes du mandat de notre Commission et de ne traiter que le problème du *droit applicable* aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques. Nous avons donc

¹ P. Strohl, La coopération internationale dans le domaine de l'énergie nucléaire, Europe et pays de l'O.C.D.E., in Soc. française pour le droit international (éd.), Colloque de Nancy 1981, l'Europe dans les relations internationales, unité et diversité.

abandonné l'étude des chapitres VII à XII du rapport provisoire et nous n'avons pas suivi la proposition de *M. Seyersted* d'étudier également le régime du personnel de telles entreprises. Dans le dernier alinéa du préambule du projet de résolution, nous énumérons pour mémoire les problèmes ainsi éliminés. Tous les membres de la Commission ont approuvé cette interprétation restrictive du mandat de notre Commission. Nous ne discuterons donc pas dans le présent rapport les propositions visant à modifier ou à corriger des vues figurant dans les chapitres VII à XII du rapport provisoire et dans les articles 7 et 9 à 15 du projet de résolution joint à ce rapport.

Nous nous sommes en outre efforcés de réduire plutôt que d'augmenter encore le nombre de sous-catégories dont nous avons cru devoir faire usage pour bien cerner le phénomène de ces entreprises, fort différentes les unes des autres.

Tous les membres de la Commission sont d'accord sur les grandes lignes des parties conservées de notre rapport provisoire. Le texte du projet de résolution tient compte des propositions des membres de la Commission, auxquels nous exprimons notre reconnaissance pour leur appui précieux. *M. Seyersted*, d'une façon fort pertinente, a attiré notre attention sur certaines différences existant entre des entreprises auxquelles ne participent que des Etats eux-mêmes et celles auxquelles participent (aussi) des subdivisions d'Etats et des entreprises étatiques. Vu les formules assez générales employées dans le projet de résolution ci-joint, nous ne croyons pas nécessaire de faire paraître cette distinction dans le texte du projet de résolution.

M. Goldman se demande si nous ne devrions pas étudier aussi le cas des « sociétés mixtes » comme par exemple la S.N.C.F. en France. Sur proposition de *M. Goldman*, nous avons remplacé les mots « autorités publiques » dans l'article 1, alinéa a), et le mot « autorités » dans l'article 1, alinéa b), du projet de résolution en annexe au rapport provisoire par « entités ». Nous croyons avoir ainsi couvert le cas des entreprises mixtes, pour autant que celles-ci satisfassent aux critères de « participation dominante » et du « contrôle » de l'Etat. Nous n'entendons par là que le cas du contrôle absolu, c'est-à-dire le cas où l'Etat dispose dans les organes de l'entité de la plus grande majorité requise pour y prendre des décisions.

De même que nos projets précédents, le projet de résolution joint au présent rapport tient compte de facteurs essentiels. Le premier est commun à toutes les entreprises étudiées. Toutes ces entreprises

ont été établies pour exercer des fonctions d'intérêt général par des procédés *jure gestionis*. Si on ne considérait isolément que ce recours à des procédés *jure gestionis*, nous serions amenés à conclure que les Etats, en établissant pareilles entreprises, voulaient assimiler leur situation autant que possible à celle d'entreprises privées.

Pourtant, quoique toutes ces entreprises soient créées en raison de l'intérêt général, l'intensité de cet intérêt est fort variable dans le cas de chacune des diverses entreprises, allant d'un dépôt d'ordures intercommunal à de vastes entreprises dans le domaine de l'utilisation de l'énergie nucléaire. C'est du degré d'intensité de cet intérêt général que dépend, en fin de compte, le régime juridique choisi pour chacune de ces entreprises. Dans certains cas de moindre importance, les Etats partenaires ne verront aucun inconvénient à soumettre l'entreprise au droit national de l'Etat où celle-ci exerce ses activités. Par contre, en fonction d'un intérêt général plus intense, les Etats partenaires seraient de moins en moins enclins à soumettre ainsi l'entreprise à la législation et aux juridictions d'un seul des Etats partenaires. C'est ce phénomène qui est la cause de la grande diversité des solutions pratiquées et qui justifie l'intérêt de l'Institut de se pencher sur le droit applicable à ces entreprises, tout en rendant plus ardue la tâche de trouver des règles d'application plus ou moins générales. En raison de ce rôle décisif du facteur de l'intérêt général, nous préférierions conserver le mot « général » dans l'article 1, alinéa c), du texte du projet de résolution, quoique *Mme Bastid* le jugeât superflu du moment que les participants sont ceux que précise l'alinéa a).

Sur proposition de *Mme Bastid* l'article 2 a été rédigé de façon à éviter la discussion des thèses de *M. Seyersted* sur l'origine des organisations et des entreprises internationales. Le texte choisi est tout aussi compatible avec ces thèses qu'avec les nôtres. Pour la même raison, nous ne faisons plus mention de notre thèse selon laquelle la personnalité de telles entreprises serait limitée à l'exercice des fonctions assignées à l'entreprise. Du moment que nous avons abandonné notre intention primitive d'examiner aussi la responsabilité respective de l'entreprise et de ses Etats-partenaires, cette controverse, en dépit de son intérêt théorique souligné par *MM. Reuter* et *Seyersted*, perd de son importance pour la résolution soumise à l'approbation de l'Institut.

Nous sommes par contre d'accord sur la critique de *M. Seyersted* des vues que nous avons avancées sous IV (4) de notre rapport provisoire. En cas de silence sur le droit applicable, on ne devrait pas présumer automatiquement que les Etats-partenaires avaient l'intention de soumettre leur accord au droit en vigueur au lieu de sa conclusion.

Sur proposition de *M. Reuter*, nous avons éliminé de l'article 2 la référence à des actes d'organisations internationales comme méthode de création d'entreprises pareilles. En effet, même en appliquant l'article 49 C.E.A., il y aura toujours aussi un accord des Etats-partenaires visant la création de l'entreprise en question.

L'article 2, alinéa 1), *lit. b in fine*, souligne que l'accord établissant l'entreprise, même s'il est incorporé dans un traité, peut avoir un sort distinct de celui-ci, par exemple en matière d'interprétation (*cf.* article 4, alinéa 3).

Nous saisissons l'occasion d'une remarque de *M. Reuter* à propos du cas pratique mentionné sous IV (22) de notre rapport provisoire pour souligner que dans ce rapport nous nous sommes référés à des cas, parfois *sub judice*, uniquement à titre d'illustration et que nous n'avons nullement l'intention d'inviter l'Institut à trancher les litiges en question.

Sur proposition de *M. Reuter*, nous avons éliminé les mots « nécessairement en tout ou partie » qui figuraient dans le projet de résolution numéro 2, après le mot « relève ». En effet, puisque les Etats partenaires agissent *jure negotii* lorsqu'ils établissent des entreprises semblables, ces Etats peuvent jouir dans ces relations de leur personnalité de droit international public et les entreprises par définition ne possèdent aucune personnalité propre de droit international public. Donc, les règles du droit international public ne peuvent pas s'appliquer à ces relations.

La seconde phrase de l'article 2, alinéa 2), a été modifiée sur proposition de *Mme Bastid* et de *M. Reuter*. *M. Reuter* nous a fort justement rappelé qu'aucune règle de droit international public des Etats tiers, donc non-partenaires de l'entreprise, ne pourrait obliger à reconnaître la personnalité juridique de ces entreprises. *Mme Bastid* partage les doutes de *M. Reuter* sur le caractère normatif de ce passage. Selon *Mme Bastid*, c'est l'effectivité de l'entreprise qui oblige les Etats tiers à tenir compte de son existence. Cette idée rejoint celle

exprimée dans notre rapport provisoire que cette reconnaissance de la personnalité de l'entreprise par des Etats tiers sera due à l'application de leurs règles nationales concernant le droit international privé. Selon *M. Reuter*, l'article 3, alinéa 1) du projet de résolution (l'ancien article 4, alinéa 1) ferait double emploi avec l'article 2. Nous croyons pourtant utile de le conserver. L'article 2 vise l'origine de ces entreprises et l'article 3 la loi gouvernant les relations *inter socios*. Bien sûr, l'entreprise doit sa vie à la volonté des partenaires, d'où découlent certains parallèles. Pourtant l'article 3, alinéa 1), nous paraît nécessaire comme base des variations possibles des règles applicables *inter socios*.

La dernière phrase de l'article 3, alinéa 3), a été ajoutée sur proposition de *M. Seyersted* qui, lui, dans ce cas, prônait le recours au droit du siège plutôt qu'au droit du for. Nous avons opté pour le droit du for afin de détacher les relations *inter socios* de toute influence du droit du siège. En effet, dans la situation visée dans cet alinéa, les Etats-partenaires ne nous paraissent guère enclins à se soumettre à ce droit, même pour ces cas, qui ne nous paraissent pas présenter un intérêt pratique très brûlant.

L'article 3, alinéa 5), souligne la séparation complète d'une organisation internationale de toute entreprise établie dans le cadre de celle-ci. Cette disposition rend superfétatoire l'article 7, alinéa 2), du projet primitif concernant la non-soumission de telles entreprises aux instances judiciaires établies par l'organisation. Lorsque l'article 4, alinéas 2) et 3), mentionne un droit national applicable à titre principal ou subsidiaire, il vise les cas où l'accord établissant l'entreprise se réfère de cette façon au droit national.

L'article 6 (ancien article 3) reprend la formule approuvée par l'Institut à la session d'Oslo dans la résolution adoptée, sur rapport de *M. Valticos*, sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées. Nous ne croyons donc pas utile de rouvrir ces débats, même pour tenir compte d'une remarque de *M. Stevenson*. Selon lui, dans les relations d'une entreprise avec des tiers, les parties devraient avoir la possibilité de soumettre leurs relations uniquement aux termes mêmes de leurs contrats, sans être astreintes à avoir recours aux diverses sources de droit énumérées dans cet article. Du point de vue pratique, cette possibilité nous paraît exister même sur la base du texte actuel. Celui-ci se réfère donc entre

autres aux principes appliqués dans les rapports économiques internationaux. Or, il nous semble que ces principes de la *lex mercatoria* admettent l'idée du contrat se suffisant à lui-même.

Tenant compte de ce qui précède, le projet de résolution ci-annexé se présente dans le texte définitif que la Commission soumet aux délibérations de l'Institut.

Vienne, le 10 mars 1982.

Projet définitif de résolution

Considérant que des Etats, leurs subdivisions et leurs entreprises publiques, soucieux de promouvoir la coopération internationale, créent fréquemment des entreprises internationales communes,

l'Institut de Droit international

Vu sa résolution d'Oslo (1977) sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées,

Vu sa résolution d'Oslo (1977) sur les entreprises multinationales,

Vu sa résolution d'Athènes (1979) sur la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère,

Désirant mieux cerner le phénomène de ces entreprises pour autant qu'il échappe à ces résolutions,

Réalisant toutefois que la grande diversité de ces entreprises interdit d'établir un projet de réglementation complet applicable à toutes et concernant tous les problèmes qu'elles posent,

Estimant dès lors n'être pas en mesure d'aborder dès à présent les questions relatives aux rapports avec ou entre les organes de l'entreprise et les employés de celle-ci, à l'attribution ou à l'absence d'octroi d'une nationalité à l'entreprise, à la protection diplomatique, aux privilèges et immunités qui peuvent être reconnus, à la responsabilité subsidiaire que les Etats partenaires portent à titre, soit solidaire, soit proportionnel, pour les actes ou omissions de leurs entreprises tant en droit international public que dans les droits nationaux des divers Etats,

adopte la résolution suivante :

Article premier

Au sens de la présente résolution, il y a lieu d'entendre par entreprises internationales communes les entreprises qui réunissent les caractères suivants :

a) comporter une participation dominante de deux ou de plusieurs Etats, subdivisions d'Etats ou autres entités contrôlées par des Etats,

b) posséder une personnalité juridique distincte de celle des entités visées sous a) ;

c) agir à des fins d'intérêt général par des procédés *jure gestionis* dans un ou plusieurs Etats.

Article 2

(1) Les parties peuvent établir la base juridique des entreprises internationales communes,

a) soit par un accord se référant à une structure juridique existant dans un droit national, tel un type défini de société,

b) soit par un accord déterminant l'objet de l'entreprise et les règles applicables sans se référer à un droit national ou ne s'y référant que sous certains aspects. Un traité entre Etats participants peut intervenir à cette fin, mais il n'en résulte pas que les relations entre les participants relèvent du droit international public.

(2) L'existence de l'entreprise ainsi établie est reconnue dans l'ordre juridique des Etats participant directement ou par le truchement d'entreprises ou collectivités (Etats-partenaires). Les conséquences juridiques de son existence sont déterminées pour chaque Etat tiers conformément à son propre système de droit.

Article 3

(1) L'accord établissant l'entreprise peut, soit soumettre les relations *inter socios* à une loi nationale y compris les règles spéciales que ce droit pourrait prévoir pour la participation d'autorités publiques nationales ou étrangères, soit les soustraire à l'application d'un droit national déterminé.

(2) L'accord soumettant les relations *inter socios* à une loi nationale peut déroger expressément à celle-ci. Sous réserve de l'ordre public ou des lois impératives, il y a lieu de considérer que ces accords dérogent implicitement aux dispositions incompatibles avec l'objet et le but de l'accord.

(3) Si l'accord ne soumet pas les relations *inter socios* à l'application d'un droit déterminé, ces relations seront régies par les dispo-

sitions de l'accord constitutif lui-même et des statuts ainsi que, pour autant que de besoin, par les principes généraux du droit régissant la matière considérée dans les systèmes des Etats-partenaires et les principes appliqués dans leurs rapports économiques. Au cas où les règles ou principes ainsi déclarés applicables ne fourniraient pas de solution dans un cas déterminé, le droit du for sera appliqué.

(4) En soumettant des relations à une loi nationale soit à titre principal, soit à titre subsidiaire, l'accord peut prévoir que les dispositions de celle-ci doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de cet accord.

(5) Pour autant qu'une entreprise est établie dans le cadre d'une organisation internationale, le droit de cette organisation ne lui est applicable que par l'effet d'une disposition expresse de l'accord.

Article 4

(1) Lorsque l'accord établissant l'entreprise se rattache directement à un traité, l'accord doit être interprété à la lumière de l'objet et du but du traité.

(2) Le recours à un droit national déclaré applicable à titre subsidiaire n'a lieu que dans la mesure où une interprétation de l'accord à la lumière de son objet et de son but ne suffit pas à combler une lacune.

(3) Un droit national rendu applicable à titre principal ou subsidiaire doit être interprété selon les méthodes d'interprétation en vigueur dans ce droit. Dans la mesure du possible, ce droit sera interprété de manière à assurer la réalisation de l'objet et du but de l'accord.

Article 5

Par une expression unanime de leur volonté, les partenaires du traité ayant institué l'entreprise ou en l'absence d'un traité, les partenaires à l'accord constitutif qui n'auraient soumis l'entreprise à l'application d'aucun droit national à titre principal peuvent à tout moment, sous réserve des droits de tiers, soit modifier le droit applicable *inter socios*, soit mettre fin à l'existence de l'entreprise ou en prolonger la durée sans être tenus d'observer les règles que l'accord

établissant l'entreprise avait prévues pour la modification ou la cessation de celle-ci.

Article 6

Dans les relations de l'entreprise avec des tiers les parties peuvent choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit.

Article 7

Si le droit international privé d'un Etat se réfère en général au droit national de l'entreprise comme étant sa loi personnelle, cette expression sera entendue s'agissant d'une entreprise internationale en fonction de l'accord qui l'a instituée :

a) si celle-ci est régie par un droit national celui-ci s'applique en conformité avec les articles 3 à 6 qui précèdent,

b) si l'accord établissant l'entreprise prévoit que celle-ci sera régie dans chacun des Etats-membres par le droit de celui-ci, l'Etat tiers appliquera le droit de celui des Etats-membres ayant les liens les plus étroits avec le cas d'espèce.

c) si l'accord établissant l'entreprise ne se réfère à aucun droit national, sa loi personnelle sera constituée par les règles prévues par l'accord lui-même en les complétant, le cas échéant, par les règles du droit de celui des Etats-membres ayant les liens les plus étroits avec le cas d'espèce.

The conflict-of-laws rules on unfair competition

(Twenty-second Commission)

Preliminary Exposé

Willis L.M. Reese

The mission of the twenty-second Commission* is to survey the field of unfair competition and ultimately to present to the Institut resolutions dealing with the choice-of-law aspects of the field. This initial discussion will be directed to two matters : (1) the area to be covered and (2) choice-of-law considerations.

I

The area to be covered

(1) Presumably, the first thing we should do is to define and limit our field of inquiry. Standing alone, the term « unfair competition » has no precise meaning. A well-known attempt at definition is provided by Article 10 bis of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. This provision describes unfair competition as « every act of competition contrary to honest practice in industrial or commercial matters », but then goes on to say in Subsection 3 that

« The following in particular shall be prohibited :

(1) all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities of a competitor ;

* The Twenty-second Commission is composed of MM. Reese, *rappporteur* ; Frank Vischer, *co-rappporteur* ; De Nova †, Gannagé, Goldman, P. Lalive, Lousouarn, Mann, von Overbeck, Philip, Schwind and Waelbroeck.

(2) false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities of a competitor ;

(3) indications or allegations the use of which in the course of trade are liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods. »

It will be noted that Subsection 3 covers three broad areas, namely the passing-off of goods as those of a competitor, trade disparagement and, broadly speaking, false advertising. Subsection 3 also makes clear that the interests protected are (a) those of what may be termed the fair competitor and (b) those of consumers in not being deceived.

A more detailed definition of unfair competition was provided in the United States by the so-called McClellan Bill (U.S. Senate Bill 3681, 1966) which was never enacted into law. This bill defined competition as « any act... in commerce » which

« (1) causes or is likely to cause confusion, mistake or deception as to the affiliation, connection or association of such person, or as to the origin, sponsorship or approval of his goods, services or vocational activities, or

(2) either by a false or misleading statement or by omission of material information, misrepresents his goods, services, vocational activities, or their geographic origin, or misrepresents or disparages another person's goods, services, vocational activities, or their geographical origin, or

(3) results or is likely to result in passing off the goods, services or vocational activities which he offers as or for those of any other person, or

(4) results or is likely to result in the wrongful disclosure or misappropriation of a trade secret or other research or development or commercial information maintained in confidence by another, or

(5) results or is likely to result in misappropriation of quasi-property of another, not otherwise protected by Federal statute; or

(6) is otherwise contrary to commercial good faith or to normal and honest practices of the business or vocational activity in which he is engaged. »

Senator McClellan was obviously either unable, or unwilling to set precise limitations upon the scope of application of his bill. This is evidenced by Subsection 6, which has a broad open-ended character essentially similar to the first-quoted provision of Article 10 bis of the Paris Convention.

It seems probable that we must make some attempt to define unfair competition in the resolutions we shall ultimately prepare for

submission to the Institut. If we decide to make the attempt, we shall have to determine whether to be content with a general open-ended provision or to seek one that is more precise. Whichever alternative we choose, we must first determine amongst ourselves, with as much precision as possible, the various areas that we should cover.

(2) There follows a list of possible areas :

1. Passing off one's goods as those of another. This is a basic form of unfair competition in both civil law and common law countries. At least at common law, passing off was initially the exclusive form of unfair competition. Almost surely, we should deal with passing off in our study.

Trade mark infringement provides a complicating factor. Such infringement is clearly a form of passing off. But in the absence of treaty, a registered trademark, that is one protected by statute, will usually only enjoy protection in the state where it is registered. This fact would seem to suggest that registered trademarks should be excluded from the scope of our study. On the other hand, is there a possibility that a trademark registered in state X but not in state Y would be treated as a trade name under Y law with the result that another person who associates that name with his goods in state Y might be held liable for passing off ? If so, it would appear that we will have to give some consideration to trademarks in conjunction with our study of unregistered trade names. Making use of another's name may, of course, constitute a form of passing off.

2. Improper appropriation of a competitor's efforts. An example is *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) where the defendant was held liable for printing news furnished by the plaintiff. The status of this case in the United States is somewhat uncertain because of the decisions of the U.S. Supreme Court in *Sears, Roebuck & Co. v. Stifel*, 376 U.S. 225 (1964) and *Compco v. Day-Bright Lighting, Inc.*, 376 U.S. 237 (1964) which hold that there can be no liability for copying an article that enjoys no protection under federal patent or copyright.

Imitation of a competitor's advertisements can be considered a form of passing off. On the other hand, selling another's goods as one's own constitutes a different form of unfair competition. It might be considered a kind of appropriation.

3. Appropriation and disclosure of trade secrets. Usually involved are breach of confidence and tortious interference, as by theft or espionage. Presumably, relief should not be given in this area when to do so would frustrate the policy of patent law.

4. Improper advertising. One example is advertising that attributes false qualities to one's own product. Certain statutory restrictions on advertising, such as restrictions on comparative advertising, might be thought to have a penal character and hence not to fall within the scope of our study.

5. Defamation of a competitor and disparagement of his product.

6. Limiting competition by the creation of a monopoly and the like. At least in the United States, this area is covered by special statutory provisions. Also the law in the area is likely to be the product of strong notions of public policy. Treatment of this area may be made difficult by these considerations.

7. Boycotts and marketing restrictions, such as exclusive dealing arrangements, tie-in sales, etc. In the United States, at least, liability for such activities depends in large part upon the anti-trust laws.

8. Unfair price competition as, for example, selling below cost, price discrimination and resale price maintenance. These matters are also closely related to monopoly.

9. Interfering with a competitor's rights as, for example, enticing his employees to leave his employ with or without a breach of contract, interference with a competitor's supplies and customer relations and inducing breach of a competitor's contract.

10. Commercial bribery. This frequently takes the form of making a gift to an employee of another in the hope that the employee will give his employer's trade to the donor rather than to the donor's competitors.

11. Molestation and physical interference. This would include competitive picketing.

12. Questions relating to remedies, such as damages, injunction and standing to sue. An example of a standing-to-sue question is whether a person who is not in a competitive relationship with the defendant may nevertheless have a right of action against him. In U.S. law, for example, there are situations where a « trade name »

supported by a strong secondary meaning will be protected against infringement even though the articles involved are not competitive.

These matters are related closely to procedure and involve different considerations than the problems that have previously been mentioned. If only for this reason, these matters should be perhaps omitted from our study. Almost surely, in any event, we should not deal with questions relating to the availability of multiple damages. Such damages might well be considered penalties and hence not entitled to extraterritorial respect. Likewise, the question whether to grant or deny multiple damages is likely to be bound up with notions of public policy.

II

Choice-of-law considerations

(3) It may be premature at this time to attempt to arrive at definite choice-of-law solutions. Some basic questions will, however, be discussed after we have made a brief survey of the current state of choice of law in the United States.

United States

The development in the United States of choice-of-law rules relating to unfair competition has been retarded by the fact that suits involving this area of the law are normally brought in the federal courts. These courts initially applied federal judge-made rules of substantive law in this area and consequently had no need to consider choice-of-law questions. This practice ceased with the decisions of the Supreme Court of the United States in *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) and *Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co.*, 313 U.S. 487 (1941) which held that as to matters reserved to the states under the Tenth Amendment to the U.S. Constitution, of which unfair competition is one, a federal court must apply the rules, including the rules of choice of law, of the state in which it sits. As of 1938, the states, by and large, did not have well-developed rules of choice of law relating to unfair competition, and the situation is essentially the same at the present time. Likewise, this area has not attracted much attention from the writers with the notable exception of an excellent article by Professor Wengler entitled « Laws Concerning Unfair Competition and

the Conflict of Laws », 4 Am. J. Comp. L. Rev. 167 (1955). In short, many uncertainties remain and there are many unfilled gaps. Most of what cases there are have involved passing off. Also, no case, so far as is known, has suggested that different choice-of-law rules should be applied to different kinds of unfair competition. For example, no case, so far as is known, has suggested that issues of passing off and of misappropriation should be governed by different rules of choice of law.

In situations where the defendant's act had its initial impact upon the plaintiff's business in only one state, or where this impact was concentrated almost entirely in one state although there were slight repercussions elsewhere, the courts in the United States have usually applied the law of that state to determine the rights and liabilities of the parties. See, e.g., *Kemart Corporation v. Printing Arts Research Lab., Inc.*, 269 F.2d 375 (9th Cir. 1959). The use of the term « initial impact » is necessary in this context to take care of the situation where, for example, the defendant in state X passes off his goods as those of the plaintiff corporation which is incorporated and has its principal place of business in state Y. Here state Y might be thought to be the state where the defendant's act had its ultimate, and perhaps even principal, impact upon the plaintiff's interests. Nevertheless, it is state X, the place of the initial impact, which, under the majority view, is the state of the governing law.

In situations where the defendant's act had a substantial initial impact upon the plaintiff's business in a number of states, the majority of U.S. courts have applied the law of a single state to determine the rights and liabilities of the parties. Almost invariably at least, the law ultimately chosen was that of the state of the forum. In every such case, however, this state had a substantial contact with the parties and their business and this contact usually formed the basis of the decisions. So the law of the state of the forum has been applied on the ground that this state was the principal place of business of both the plaintiff and the defendant (*Kemart Corporation v. Printing Arts Research Lab., Inc.*, 269 F.2d 375 (9th Cir. 1959), or that the greater part of the competition between the plaintiff and the defendant occurred in this state (*Triangle Publications v. New England Newspaper Pub. Co.*, 46 F Supp. 198 (D. Mass 1942), or that the state was the principal place of business of the plaintiff (*Guns, Inc. v. Gunmakers Of America, Inc.*, 136 F. 20 956 (3rd Cir. 1943) or the defen-

dant *Matthews Conveyer Co. v. Palmer-Bee Co.*, 135 F.2d 73 (6th Cir. 1943), or that the defendant initiated his acts of unfair competition in this state *Flexitized, Inc. v. National Flexitized Corp.*, 335 F. 2d 744 (2d Cir. 1964), or that the applicable rule of the state of the forum was similar to that of the majority of states in which the defendant's act had had an impact (*R.C.A. Mfg. Co. v. Whitman*, 114 F. 2d 86 (2d Cir. 1940). Occasionally, however, particular emphasis has been laid upon application as such of forum law. *Flexitized, Inc. v. National Flexitized Corp.* 335 F. 2d 774 (2d Cir. 1964); *National Fruit Product Co. v. Dunnell Wright Co.*, 47 F Supp. 499 (D. Mass 1942). On rare occasions, it has been said, usually by way of dictum, that the law of each state where the defendant's act had an impact should be applied to determine the rights and liabilities arising from the particular impact. *Adam Hat Stores v. Lefco*, 134 F. 2d 101 (3d Cir. 1943).

Basic Questions

We must now turn our attention to certain basic questions that must be answered before an attempt is made to draft a final resolution.

(4) An important question is what are the interests which the rules of unfair competition are primarily designed to protect? Are these interests those of the public against being deceived or are they, at least primarily, the interests of the aggrieved competitor? The answer to this question may depend upon the particular kind of unfair competition that is involved. For example, the interests of the public against being deceived, as well as the interests of the aggrieved competitor, are quite obviously served by rules against passing off or against otherwise misdescribing goods, as by false advertising and the like. The same is probably true of rules against the creation and maintenance of monopoly, boycott and other marketing restrictions and unfair price competition. On the other hand, the interests of the aggrieved competitor would seem to be protected exclusively, or at least primarily, by rules against the appropriation of a competitor's efforts, the disclosure of trade secrets, the disparagement of a competitor's products, interference with a competitor's employee and customer relations, commercial bribery, and molestation and physical interference. It may be that we will not ultimately be required to determine which are the predominant interests protected. Perhaps we

can succeed in suggesting choice-of-law rules that will adequately protect the major interests involved, whatever these may be.

(5) A second question, which we must surely decide, arises in situations where all parties concerned (both the plaintiff and the defendant) are nationals, or domiciliaries, of the same state or perhaps even of different states having the same rule with respect to the issue at hand. We must decide whether in such situations the governing law should be that of the nationality or domicile irrespective of all other contacts as, for example, the place where the complained-of act was done or had its consequences. At first glance, it would appear that such a solution should not be accepted. At least, two situations must be considered. The first is where the defendant's act was legal under the law of the common nationality or domicile but not under that of the state where the act was done or where its consequences were felt. Here application of the law of the state of common nationality or domicile might often derogate impermissibly from the interests of the state of the act or of the consequences. The second situation is the opposite of the first where the law of the states involved is reversed. Here application of the law of the state of common nationality or domicile to hold the defendant liable for an act that was legal in the state where it was done or where its consequences were felt might not frustrate the policy underlying the law of the latter state or states. But it would make it impossible for the defendant to compete there on a plane of equality with persons who otherwise were similarly situated.

(6) Another question is whether it is possible to have a single choice-of-law rule or principle govern all aspects of unfair competition or whether it will be necessary to devise different rules, or principles, to govern various aspects of the subject. This is a most important question which deserves our earnest consideration. Perhaps we should start with the hope that a single choice-of-law rule or principle will suffice and only resort to a multiple rule approach once we have become convinced that no single rule can be devised that will reach satisfactory results in all situations.

(7) Let us turn now to the situation where the defendant does an act in state X which has its only initial impact upon the plaintiff's business in state Y. Which state, X or Y or perhaps the state of the

plaintiff's principal place of business should here furnish the governing law? Here Y is the state where the defendant's act took effect and where the plaintiff's interests are affected. As a result, it is suggested that, usually at least, Y law should control. Special situations, however, might be thought to cause difficulty. Two possible examples of such situations are where the defendant was required by X law to do the act that he did in that state or where the defendant had no reason to foresee that his act would have consequences in Y. Situations of this sort are unlikely to occur in practice and for this reason can perhaps be disregarded. A situation that is more likely to occur is where the defendant's act, as, for example comparative advertising, is prohibited by X law but not by the law of Y. Here X is, of course, free to enjoin the defendant from doing such an act in the future and can, if appropriate, subject him to criminal penalties. It is not so clear, on the other hand, that X law should be applied to hold the defendant liable in damages to the plaintiff. After all, the act would have been legal in Y and the plaintiff felt the consequences of the act in Y. Can the plaintiff therefore be said to have suffered legal damage? Also it is hard to imagine situations where an act that is illegal under X law but legal under the law of Y would have its initial impact in the latter state. Application of the law of the plaintiff's principal place of business would seem to have little merit. For one thing, it might make it possible for the plaintiff to choose a favorable law.

(8) Let us turn now to the situation where the defendant's act in state X has substantial initial impact upon the plaintiff's business in a number of states. An example would be one where the defendant in state X places his goods in containers closely resembling those of the plaintiff and then ships these containers into a number of states to be sold there on the retail market. An important question is whether in this situation there should be but one governing law or whether perhaps there should be a different governing law to determine rights and liabilities arising from sales in each individual state. The latter solution would be logically defensible but would be burdensome indeed in situations where the laws of many different states are involved.

If, in this situation, only one state should provide the governing law, which state should this be? It would be premature at this time

to suggest a definitive answer. A tentative solution will, however, be set forth not so much because it is believed to be correct but rather to provide an example of a possible approach. This tentative solution would be to say (a) that the state of the governing law should be that where the defendant's act had the greatest impact provided that there clearly is such a state and that it can definitively be identified. (b) In the absence of such a state, the state of the governing law should be state of the plaintiff's principal place of business provided that the defendant's act had substantial impact there. (c) If it had no such impact the state of the defendant's principal place of business should be chosen provided again that the impact of the defendant's act was there substantial. (d) Otherwise, the law of the state of the forum should be applied provided, as would almost surely be the case, that the defendant's act had at least some impact there. (e) Finally, in the extremely unlikely event that not one of the four abovementioned states has qualified, the governing law should be that of the state of the plaintiff's principal place of business provided that the defendant's act had any impact at all there and, finally, if all else fails, the state of the defendant's principal place of business should furnish the governing law.

New York, April 1977

The conflict-of-laws rules on unfair competition

(Twenty-second Commission)

Report¹

Frank Vischer

CHAPTER 1

The substantial law on unfair competition

Section 1 : *General*

1. To oppose unfairness between competitors in courting a customer's favour is the main object of unfair competition law. Unfair competition is mainly viewed from the market situation, in which the interests of both the competitors and the buying public impinge on one another.

Therefore, the question :

« What kind of means in ousting a rival from the market is to be regarded as permissible ? ».

It is the most decisive one of all legislative work.

2. Unfair competition law can be described as :

— an element of the general law of tort,

— a regulation which prescribes a certain standard of conduct to the competitors (unfair competition law as a « special law of the trade-people »),

¹ This Report covers the same ground as the Memorandum of Mr. Frank Vischer, dated 15 March 1977, and replaced it.

— a part of the entire legal order of the market intended to establish and guarantee a certain market system (« traffic signs of the market »),

— a body of rules securing the competitor's personal right to deploy his market power without being inhibited by acts of unfair competition.

Unfair competition law touches various aspects which each cover different issues. Therefore, it cannot be stated generally which of these understandings should be retained for conflict of laws.

In most states the law relating to acts of unfair competition emerged from the law of tort (*e.g.* the principle « *locus delicti commissi* »). In several states the tort rules are still today taken as the main source for developing special criteria to deal with problems of unfair competition (*e.g.* in France and in the Netherlands). In most states, however, special statutes have been enacted which often codify the former practice (for detailed information regarding the substantial law of the EEC member states, see the exhaustive study edited and directed by *E. Ulmer*, *Das Recht des Unlauteren Wettbewerbs der EWG*, München und Köln, 1965 *et seq.*; see also *Pinner's World unfair competition*, edited by Heinz Dawid, Vol. I - III, Alphen aan de Rijn, The Netherlands, 1978 *et seq.*).

And even codifications which have tried to go own ways remain embedded in the general law of tort.

3. Focusing on the interests concerned in competition, one may state the following as the main items :

a) the interest of the « market », on which offer and acceptance meet each other. The « market » concept is a comprehensive term which includes :

- the interest of the state in securing a certain market system,
- the interest of the buying public in taking advantage of the competition,
- the interest of the competitor in deploying his market power, and
- the interest of the labour forces as far as competitive conditions are concerned (*e.g.* hour of closing, wage agreements) ;

b) the competitor's interest in the protected private sphere of the establishment of his enterprise ;

c) the interest of the state in pursuing special policies which influence the market situation from outside (foreign trade, fiscal and monetary policies).

4. The law on unfair competition deals with some areas of a given market order which is also defined by the anti-trust law (thus, in Italy, for example, legal authors as well as judicial practice assess cases of boycott with reference to unfair competition law (art. 2598 CCI).

Unfair competition law is also connected with the law of industrial property which grants a limited monopoly position to a competitor (patent-rights, trade-marks and copyright in design); cf. *Kempart Corporation v. Printing Arts Research Lab. Inc.* 269 F 2d 375 (389) :

« The second possible theory under which federal substantive law be applied to the facts of the instant case would seem to rest upon jurisdiction arising under 28 U.S.C.A. § 1338 (b) which provides :

« The district courts shall have original jurisdiction of any civil action asserting a claim of unfair competition when joined with a substantial and related claim under the copyright, patent or trade-mark laws. » ;

in *Bulova Watch Co. v. Steele* (194 F 2d 567) *Rives J.* recalls :

« The law of trade-marks is but a part of the broader law of unfair competition,... » ;

see also art. 2598 CCI :

« (Atti di concorrenza sleale).

— Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 ss., 2569 ss.) e dei diritti di brevetto (2584 ss.), compie atti di concorrenza sleale chiunque : ».

5. Unfair competition law is mainly part of private law ; important elements of it, however, belong to public law (e.g. regulations on discounts, clearance sales, sales with gift coupons).

In several states special rules giving a right to civil remedies also sanction criminal prosecution.

Section 2 : *The Paris Convention*

1. The Paris Convention for Protection of Industrial Property (March 20, 1883, as amended in 1967) states in art. 1, § 2 :

« The scope of the Protection of Industrial Property shall include ... the repression of unfair competition. »

In expanding upon this reference art. 10 bis provides :

« (1) The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.

(2) ...

(3) The following in particular shall be prohibited :

1. all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor ;

2. false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor ;

3. indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity of the goods. »

2. The Paris Convention does not define the internal law of each signatory state (art. 10 bis, § 1) but lays down the leading principles which member states have to consider in their national legislations.

Art. 10 bis, § 3, can be regarded as self-executing. In their substantive law all signatory states prohibit the acts listed in this article.

The Paris Convention is based on the principle of national treatment (art. 2, § 1) ; but equal treatment of nationals and foreigners under a specific law of a member state of the Union depends on the condition that in a given case the conflict rules render that law applicable (*cf. Oberlandesgericht Hamm, 11.9.1969, in GRUR Int. 1970, 199 ; Kempart Corporation v. Printing Arts Research Lab. Inc. 269 F 2d 375*).

3. Among the member states of the Paris Convention a certain common standard of fair competition has been reached. Although national legislations differ in many aspects, the Paris Convention has established a community of nations which adheres to a common stock of leading principles comparable to Savigny's statement concerning the « community of civilised nations ».

CHAPTER 2

The rules of conflict of laws concerning acts of unfair competition

Section 1 : General

The previsibility of the law applicable in the field of competition

law is of paramount importance. Competitors should know in advance what law will govern their conduct on a given market (cf. B 642 40, 391 « *Stahlexport* », p. 396 :

« Zurecht betont die Revision insoweit, es müsse für den auf dem Auslandsmarkt Werbung treibenden Gewerbetreibenden von vornherein feststellbar sein, nach welcher Rechtsordnung er seine Werbung einzurichten habe,... »).

In addition, the Paris Convention calls for further unification of the law applicable. To achieve this however, a common understanding of the leading principles of conflict of laws will be necessary.

Section 2 : *The traditional tort approach*

1. Traditionally, acts of unfair competition were qualified as torts and therefore governed by the general law of tort. But the tort approach has undergone strong criticism pointing out the market factor of unfair competition (cf. *K. Troller*, Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, Fribourg (Switzerland), 1962 ; *E. Deutsch*, Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehungen, 1962 (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Heft 26) ; *H. Wirner*, Wettbewerbsrecht und Internationales Privatrecht, 1960 (Schriftenreihe im gewerbl. Rechtsschutz, Bd. 8) ; *Chr. Joerges*, Die klassische Konzeption des Internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, *RabelsZ* 36, 1972, p. 421 *et seq.* ; *W. Wengler*, Die Gesetze über unlauteren Wettbewerb und das Internationale Privatrecht, *RabelsZ*, 1945, p. 401 *et seq.*).

2. The rigid standardized handling of torts was, quite generally, the starting-point of the U.S. revolution in the conflict of laws. The strict territorial tort-approach was confronted with the interest-weighting approach. This confrontation had obviously some effect on unfair competition law, too. It is, however, astonishing that the Restatement Sec., Conflict of Laws, does not deal with the problem of unfair competition in a special paragraph.

3. Two problems within the traditional *lex loci delicti* approach have received special attention :

a) Which is the *locus delicti* when the act of unfair competition was prepared in one state and performed in another ? This problem can be solved by favouring either the place of action (*Handlungsort*) or the place of event (*Erfolgsort*) (cf. also the decision of the Italian Corte di Cassazione, 25.6.71, *GRUR Int.* 1972, 482 *et seq.* « *Baldan* »).

In Germany and Switzerland the problem of the « *Distanzdelikt* » was traditionally solved through the so-called « *Ubiquitätsprinzip* ». The law of every state was applicable where at least the performance of one part of the disputed act took place. In Switzerland, the claimant, *i.e.* the offended competitor, has the right to designate which of the laws involved should be applied to his action (*cf.* BGE 76 II 111 (1956) ; 91 II 117 (1965) « *Zeiss* »). This « *Ubiquitätstheorie* » offers a remedy even if the state where the preparation (*e.g.* the export) took place considers the act unlawful, whereas the state where the act was mainly carried out regards it as lawful (in the same sense see also the famous French decision of the Cour d'appel d'Angers, 15.12.1891, « *Champagne* », Clunet 1892, 1144). Such a result was refused by the German Federal Supreme Court. The application of the German - mostly higher - standard of conduct of fair competition simply because an act - coming into effect entirely on a foreign market - is prepared in Germany would impair the German competitor's competitive power.

« Der inländische Gewerbetreibende würde durch die aus dem deutschen Handlungsort gefolgerte Anwendung deutschen Rechts zusätzlich an die Kette auch des inländischen Rechts gelegt... » (BGHZ 40, 391, 394 « *Stahlexport* »).

This critical remark leads to the much debated question of the conditions under which an act of unfair competition forms a unit considered as referring exclusively to only one legal order (see p. 126).

b) For a long time the German courts (already the Reichsgericht) favoured the application of the common (German) national law of competitors even for acts entirely performed on a foreign market. (*Cf.* RGZ 140, 25 (1933) « *Höhner* »). This extensive application of German law was, however, restricted in two recent decisions of the BGH (BGHZ 35, 329, « *Kindersaugflasche* » ; 40, 391 « *Stahlexport* »). A German court has to apply the (German) national law only if the act of unfair competition is exclusively directed by one German national competitor against another German national (« *Fälle...*, in denen der fragliche Wettbewerb sich ausschliesslich zwischen inländischen Unternehmern abspielt ») (BGHZ 40, p. 397), or if the act is specifically directed against a German competitor who is thereby unduly impaired in his position (« *wenn die Wettbewerbshandlung*

sich speziell gegen den inländischen Wettbewerber richtet, der dadurch im Wettbewerb ungebührig behindert wird » (BGHZ 40, p. 397).

Competition between two German firms on a foreign market itself is no longer sufficient to apply German unfair competition law.

4. The interest-weighting approach takes into account the different aspects involved in unfair competition. Therefore the jurisdiction most concerned can hardly be the same for all acts of unfair competition but should be considered in every case.

However, the previsibility of the law applicable is, as indicated, of greatest importance in this field ; the different interests involved have to be generalised and standardized to some degree. Moreover, only such a grouping of acts of unfair competition might be one condition to reach internationally agreed bilateral conflict rules.

Section 3 : *The jurisdiction most concerned for the different categories of acts of unfair competition*

In reviewing the various national legislations the following classification may be made on the basis of the differing interests of persons and political bodies concerned :

I. — *Specific market regulations stricto sensu*

All regulations pertaining to the « police order » on the market, such as *e.g.*

- regulations on discounts and rebate clearing sales and other special sales premiums and free gifts,
- health regulations imposing a certain standard of scientifically proved facts in advertising pharmaceutical or health products, and
- regulations determining the closing hours,

can be classified under this heading (*cf.* BGH 23.10.1970 in GRUR 1971, 153 « *Tampax* » ; RGZ 10.1.1936, in MuW 1936, 238). Such regulations which cover the access to and the behaviour on the market are often enacted through special statutes and often enforced because of their policing character under public law and usually belong to the « *lois d'application immédiate* ».

As a component of public policy they are applied if the scope of application covers a given case. Because this scope is mostly strictly

territorial, all acts performed within the territory and affecting its public are included (*cf. e.g.* OLG Hamm, 11.9.1969, GRUR Int. 1970, 199) :

A Dutch department store advertised in a German newspaper a special rebate, prohibited under the German *Rabattgesetz*. This publicity was regarded as unlawful in so far as it was addressed to the German public (living on the border to the Netherlands). The Court did not, of course, question the legality of the advertisement in Holland. The § 1. 2 *Rabattgesetz* serves, according to its economical purpose (« *wirtschaftlicher Eigenart und Zielsetzung* »), « *der Beseitigung von Missständen auf dem Gebiete des Wettbewerbs und der Ordnung des Wettbewerbs innerhalb der deutschen Wirtschaft* » ; BGH 23.10.1970, GRUR 1971, 153, « *Tampax* » : Advertisement of an U.S. health product in a Swiss paper reaching and read in Germany. Application of German law although the publicity was legal in Switzerland. (*Cf. spec. W. Wirner, op. cit.*, p. 110 ; *e.g. Chr. Joerges, op. cit.*, p. 483 *et seq.*).

Although the present study does not deal with public procedures, I would like to stress, that such regulations, which often provide for penal sanctions, also give a right to civil action.

II. — *Regulations concerning both the competitors in their mutual relationship and the buying public.*

1. Such regulations cover acts of unfair competition intended to oust the rival from the market and to win the customer's favour (*e.g.* fraudulent allegations about a firm or goods, puffing of goods and business, piracing or imitating patent, trade-marks and design, comparative propaganda, misrepresentation of own business or goods, imitation of the outfit of a competitor creating confusion (cases of « *passing-off* ») ; *cf.* BGH 30.6.1961, BGHZ 35, 329 « *Kindersaugflasche* », *Kempart Corporation v. Printing Acts Research Lab. Inc.* 269 F 2d 375).

Such regulations are intended to protect the buying public against receiving false market information. An interest of the state in the orderly behaviour on the market is also obvious.

It is suggested that this kind of regulations comprising the greatest number of acts of unfair competition and the most typical

ones the market-test should be localized. Indeed, the different interests involved normally impinge on one another on the market.

2. However, the « market » concept in the field of unfair competition is subject to differing interpretations, as shown by the following opinions :

a) *K. Troller (op. cit.)* defines the relevant point of reference as the place where the special interests of competitors come into conflict (« Ort der wettbewerblichen Interessenüberschneidung »). The same test is used by the BGH :

« bei Berücksichtigung der Besonderheiten des Wettbewerbsrechtes, das kein Ausschliesslichkeitsrecht an einem bestimmten Schutzobjekt gewährt, könne unlauterer Wettbewerb nur dort als begangen angesehen werden, wo wettbewerbliche Interessen des Wettbewerbes aufeinanderstossen. » (BGHZ 35, 329 (334); 40, 391 (395)).

This test lays emphasis mainly on the interests of the two rivals in litigation.

Applying this definition in individual cases would request, as a first step, to identify the interests of each competitor and to localize them, and, as a second step, to investigate at which place the two interests come into conflict. Normally, this analysis will lead to the place where the product is sold or where the service is offered.

b) *W. Wengler (op. cit., p. 414 et seq.)* suggests applying the substantial law of the state where the product is sold. He defines unfair competition mainly as part of the market regulation.

c) *H. Wirner (op. cit., p. 111)* underlines the interests of customers. He stresses the fact that acts of a competitor (e.g. such as advertising, passing-off, commercial libelling) seek to influence the customer so that the latter accepts his offer instead of that of the rival.

This view leads to the law of the state where the products or services are offered to the potential buying public.

3. The correlation of this category of regulations and the industrial property rights should be kept in mind. Quite often the acts dealt with here also violate industrial property rights.

In the field of industrial property rights the so-called territoriality principle is retained, which has the meaning of limiting exclusively

a monopoly right to the territory of the granting state (*cf. A. Troller, Immaterialgüterrecht, Basel, sec. ed. 1968, Vol. 1, p. 152*).

The market test, as suggested, has also regard to this territorial element and would harmonize the conflict rules in both fields (unfair competition and industrial property).

With the proposed approach, the law of the states in which the act of unfair competition was only prepared (export, mailing of defamatory letters) can be ignored as long as in those states no offers were made to the buying public.

4. Of course, this outcome can be challenged. In the « *Klemmbau-Steine* » decision a Danish producer imitated the product « *Lego-Steine* » of another Danish competitor. Both competing products (« *Powi-Steine* » and « *Lego-Steine* ») were offered on the German market. Imitation is lawful in Denmark but unlawful in Germany (BGHZ 41, 55).

The question arises as to what interest Germany has to allow the application of its standard (even if customers were not negatively affected, assuming that both products had the same quality but the imitated one was cheaper).

Chr. Joerges (op. cit. p. 486 et seq.) puts the critical question :

« Soll das deutsche Recht in einem Rechtsstreit dänischer Unternehmen ein Verbot aussprechen, das dem dänischen Recht unbekannt ist und einem dänischen Unternehmen (the producer of « *Powi-Steine* ») den Zugang zum deutschen Markt sperrt ? »

One can stress Germany's definite interest in guaranteeing the same chances and the same conditions to all participants on its market (see also p. 128 *et seq.*).

5. However, when applying and interpreting the substantial law of the market, the judge should not disregard the fact that regulations on unfair competition operate to a large extent with general formulae (such as « *Verstoss gegen gute Sitten* », « *Verstoss gegen Treu und Glauben* », Deutsches UWG § 1 ; « *loyauté commerciale* », « *mauvaise foi* », in French Court practice, *cf. Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG, bearb. durch Krasser p. 6 ; principie della correttezza professionale, Art. 2598 § 3 c.c.i.*). Such formulae allow an appreciation of all elements involved in a given case, and in interpreting them the judge should especially take the

foreign elements (such as the fact that an act is lawful in the common « national » law of the competitors) into consideration, which may be done by modifying or adapting the substantial law. The considerations of the BGH in BGHZ 40, 391 on p. 400 (taking up a statement in BGH, GRUR 1958, 189, p. 197, « Zeiss ») also apply to our problem :

« Im Rahmen der Generalklausel (§ 1 UWG) kann wegen ihrer Verweisung auf die Anschauung des redlichen, verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit von Bedeutung sein, dass das zu beurteilende Verhalten mit der ausländischen Rechtsordnung und den auf dem Auslandmarkt anerkannten Gebräuchen und Auffassungen im Einklang steht. Unter dieser Voraussetzung kann sich insbesondere bei leichten Wettbewerbsverstößen auf dem Auslandmarkt ergeben, dass sie auch nach der massgebenden inländischen Auffassung wegen einer solchen Billigung durch die auf dem fraglichen Auslandmarkt herrschenden Rechtsauffassung nicht als wettbewerbswidrig empfunden werden und deshalb auch nach deutschem Recht nicht zu beanstanden sind. »

6. In applying the law applicable raises the question whether its own scope of application (or even a *renvoi*) should be regarded.

A positive answer is suggested by *W. Wengler*, who lays special emphasis on the political nature of all rules on competition (*op. cit.*, p. 423 *et seq.*) :

« ...der im Inland angewendeten ausländischen Vorschriften (darf) kein grösserer Anwendungsbereich zugesprochen werden, als das Ursprungsland ihr zuspricht. »

This is certainly true for the group of cases dealt with under I and III which distinguish themselves for their dominant public policy character.

With regard to the acts of unfair competition dealt with here, the answer to the above question depends on the nature of the regulation to be applied. If they are of a more political character (economic implications), they bear in themselves a limited scope of application which a judge should not disregard. On the other hand, within the framework of internationally agreed conflict rules the question whether a *renvoi* should or should not be followed in general must be answered in the negative.

III. — *Regulations on the borderline between unfair competition and anti-trust law.*

1. Under this heading, cases of *e.g.* blacklisting, discrimination,

price cutting, misuse of a dominant market position may be grouped. Such acts relate to the basic economic order of a given state. Therefore the test to be applied in this area of unfair competition should be itemized by the question :

Which economic order is affected mostly by the act of unfair competition ?

The scope of application of the law determined by the answer to this question should be accepted. Normally, the same test is applied in the field of anti-trust law ; some harmonization could be achieved.

2. In the U.S. case *American Banana Co. v. United Fruit Co.* (213 U.S. 347 (1909)), American Banana's attempt to build up a banana plantation in Costa Rica was counteracted by the defendant which by bribery of governmental officials of Costa Rica succeeded in provoking a military action leading to the destruction of the plantation. The act of the defendant was obviously an attempt to monopolize the U.S. market. Therefore it was erroneous to apply the law of Costa Rica which regarded the acts performed there as lawful ; the economy most affected was the U.S. economy ! (In this sense *cf. United States v. Sisal Sales Corps.* (274 U.S. 268 (1926)).

3. The extraterritorial application of foreign anti-trust law is certainly limited. It is, for example, difficult to conceive that continental legal systems would accept special remedies like treble-damages, including also penalty elements.

IV. — *Regulations protecting the private sphere of the establishment of an enterprise.*

Although all acts of competition ultimately intend to gain an advantage on the market, this type of acts does not directly affect the market or the basic economic order as such. The area protected by such regulations includes, for example, the right of an enterprise to professional or industrial secrecy, to protection against illegal influences and pressures on its employees by a rival, to safety of its plants against physical harm (*cf. BGH 27.3.1968 in GRUR 1968, 587 « Bierexport »*).

Because all acts of unfair competition dealt with here are directed against the protected sphere of an establishment (« *Betriebs-*

sphäre »), the jurisdiction most concerned is normally located at its registered office.

Section 4 : *The application of the common national law of competitors*

1. As stated above (*cf.* p. 122), the German courts apply the common law of competitors if the act on a foreign market is exclusively directed by one German against another German rival (in the same sense *e.g. Bulowa Watch. Co. v. Steele*, 194 F 2d 567).

In all cases the national courts apply this concept ; it is hardly ever accepted by the courts of the state of the market.

2. It is doubtful whether « internationalization » of the national law of competitors is justified even in the restricted way proposed by the German BGH. The German legal authors, following with some modifications a long-standing tradition, put the question of what kind of interest requires the common national law : Why should the home state be entitled to « export » its standard ?

Generally, those who stress the « special-law-of-the-trade-people » character of unfair competition law may favour the view of the German BGH, whereas those who stress the market- (and its social legal order) element may be adverse to it. *W. Wengler*, for example, (*op. cit.*, p. 414 *et seq.*), asks the question : « Standesrecht oder Recht der Marktordnung ? ».

For the reasons indicated, I would personally rather agree with the second view, although I consider the alternative too absolute in its formulation ; the act of unfair competition normally affects the financial position of competitors at home. Therefore, at least when competition on the foreign (export) market is restricted to the parties in litigation, the application of their common national standard might not be favourable to either of them. This law would form a kind of « enclave » on the foreign market.

On the other hand, between the states parties to the Paris Convention, special regard to the « uniformed particularities » of the common national law on unfair competition is not justified. This view would also favour the uniformity of decisions.

Should the idea of a « national enclave » on the foreign market be retained, it must work generally ; both in the state of the market and in the home state should follow the rule ; this will hardly be

accepted everywhere (*cf.* BGHZ 41, 55 « *Klemmbausteine* », *supra* p. 128 *et seq.* and *Joerges, op. cit.*, p. 486 *et seq.*).

3. If, however, the competition takes place on a foreign market which offers no or no adequate protection to the fair competitor, the national state may have a more justified interest to impose a certain standard through the application of its own law. One may regard this as an emanation of the « *ordre public* » of the home state of the competitor. But it seems to be too a restricted view to make such a reservation only in cases in which the unfair act of competition is directed by and against a national competitor. An act of unfair competition which is prohibited by the different home states of the competitors involved should be treated in the same way. The community element should also work « *externally* », in cases where the competition takes place on the market of a state which ignores the basic principles of fair competition. This, however, has again the consequence that the national law of the offended competitor cannot be applied without modification and adaptation (see *supra*, p. 126).

Section 5 : *Acts of unfair competition performed through mass media*

1. The ubiquity of mass media, especially of broadcasting (TV and radio ; satellite communications) makes it difficult to localize acts of unfair competition. Competitors are, of course, aware of the wide range of that kind of publicity. Although not all competitors using mass media aim at its extraterritorial or even international effects, they must at least acknowledge the consequence involved.

2. It has been proposed that one should concentrate on one law only, *e.g.* on the law of the state where the broadcasting station is located or where the article was published for the first time (*cf.* the U.S. « *single-publication rule* »). It is obvious that such a solution is deficient ; each competitor would shelter behind a flexible law of his choice. Certainly, the standard set up by the « *single-publication* » state has to be followed ; but this standard can hardly claim exclusive application.

On the other hand, applying the law of each state where there is a potential market for the product advertised impedes the competitors in a unbearable way. Each competitor would have to scrutinize the

laws of all states covered by his advertisement and to comply with the most stringent one.

The foreseeability test (asking the competitor on which market he could have foreseen the conflict of interests either with other rivals or with the buying public) may mitigate the restrictions ; as a result of this test, the laws of all states for the application of which a *bona fide* acting competitor has not to be prepared can be eliminated. Thus, a competitor knowing in advance that the advertisement of his products will be received outside his country or even world-wide will be very careful in planning the publicity.

The fact that an act performed through mass media is fair in one state but unfair in another must necessarily restrict the remedies. A court outside the « single-publication » state cannot prohibit further broadcasts or publications ; but the way will remain open for damages according to the law applicable. In *RCA MFG Co. Inc. v. Whiteman* (114 F 2d 86) the fact that a radio broadcast was lawful in all states of the U.S. except in Pennsylvania (in view of this proportion, the broadcast could not be prohibited without violating the interests of the states in which the commercial spot was legal) was the main reason for dismissing the action. From the point of view of the law of Pennsylvania this outcome can hardly be justified. Damages would probably have been an appropriate remedy (*cf. K. Troller, op. cit.*, p. 66).

Section 6 : *Remarks on procedure*

1. In several states, associations of consumers or of trade-people (*cf. e.g. Italy, Art. 2601 c.c.i. ; Switzerland, Art. 2 § 2 and UWG ; Germany, § 13 UWG*) have a right to file an action against an unfair competitor. Can such an action also be filed in a state which only admits actions brought in by the directly damaged individual ? The question of course, involves a problem of classification. If the issue is classified as a procedural one, the answer must be in the negative. However, I would suggest that this problem is very closely linked with the system of substantive law, because it encompasses the question of the protected interests. The admissibility of such an action is therefore, according to the guidelines developed earlier, to be rather regarded as a question of substance.

2. The question as to what kind of action can be filed by such

an association (*e.g.* only a declaratory one or also a derivative suit for damages) should be answered in the same way. It refers to the substantial law governing the main issue rather than to the procedural law of the *lex fori*.

There are, however, certain limits to these principles. If the kind of action is totally foreign to the institutional competence of the court, it will not be permissible. Therefore, such actions being, for example, mainly of a penal nature (*e.g.* an action for treble-damages) will normally not be admitted by a civil court in a civil-law country (*cf. F. Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände, Basel, 1953, p. 85*).

3. Special remedies such as injunction, on the other hand, are more of a procedural nature and are therefore governed by the *lex fori*, even if the conditions for such a remedy are laid down in the statute dealing with the substantial-law issues (as *e.g.* in Switzerland, Art. 9 *et seq.* UWG). A court injunction, for example, prohibiting further acts of the unfair competitor is closely connected with the whole procedural system and the procedural activity of the court.

Questionnaire

1. Should we attempt to define unfair competition ?

If so, should this definition be broad or detailed ? Also, please give us your ideas of how this definition should be framed. (Reese, Section (1).

2. What areas should be covered ? (Reese, Section (2).

(a) Should we cover trade-marks, trade-names and other industrial property rights ? (Reese, Section (2).

[Our initial impression is that these matters should be dealt with only to the extent that they involve passing off.]

(b) Should we cover matters of procedure ? (Reese, Section 2 (12).

(c) Should we deal with the question of damages, and particularly multiple damages ? (Reese, Section 2 (12).

3. As a prelude to suggesting choice-of-law solutions, should we first seek to identify the basic interests or values that the rules of unfair competition are designed to protect ?

What, in your opinion, are these basic interests or values ? Do they vary with the particular kind of unfair competition involved ? (Reese, Section (4).

[As already noted, some rules of unfair competition are designed to protect both the interest of the public and the interest of the competitor. Examples are rules against bribery and rules regulating the way in which sales should be conducted.]

4. Is the legal nature of the rules involved significant ?

[Penal laws should presumably only be applicable to activities that either take place within the territory of the enacting state or else are intended, or perhaps almost certain, to cause effects in the enacting state. The same may also be true of other rules of public law.]

5. Choice-of-law questions :

(a) Can all aspects or kinds of unfair competition be satisfactorily handled by a single rule of choice of law ? If so, what should this rule be ? Or will it be necessary to have different rules or principles govern various aspects of the subject ? (Reese, Section 6).

(b) If different rules or principles are necessary, what should they be and to which aspects of unfair competition should each rule or principle apply ?

(c) Should we provide that a state is privileged to apply such of its rules as have a police character or are designed to protect a special public interest to activities that take place within its territory ?

(d) Which law should govern the rights and liabilities of the parties in unfair competition in a situation where the defendant does an act in state X which has its only initial impact upon the plaintiff's business in state Y ? Should this be the law of X or of Y or perhaps the place of the plaintiff's principal place of business ? (Reese, Section 7).

[We generally favor application of Y law.]

(e) What significance should be attributed to the « market » as a contact in the selection of the state of the applicable law ? How should « market » be defined and for what activities should this contact be relevant ?

[Our initial impression is that the market should be the place where the defendant's product is sold. Usually, it will also be the place where the defendant acted.]

(f) What law should be applied to determine whether the defendant is liable for such activities as commercial bribery, inducing employees of a competitor to leave his employ, inducing breach of competitor's contract, interference with competitor's supplies and customer relations, molestation, physical interference and the like ? (Reese, Section 2 (9-11).

[Our initial impression is that this should be the law of the state where the defendant acted provided that it is also the state where this act had its initial impact upon the plaintiff's business.]

(g) What law should be applied to determine the defendant's liability for limiting competition by the creation of a monopoly or by such activities as boycotts and other marketing restrictions, selling below cost, price discrimination and resale price maintenance ? This question would not be relevant if we should decide not to deal with these matters (Reese, Section 2 (6-8).

(h) In situations where all of the parties are nationals (or domiciliaries) of the same state, should the law of common nationality (or domicile) be applied to determine their rights and liabilities in unfair competition ?

If you have answered the above question in the affirmative, how would you deal with the situation where the parties are nationals or domiciliaries of different states but each of these states has the same rule with respect to the issue at hand ? Should this rule be applied to determine the rights and liabilities of the parties ? (Reese, Section 5).

(i) In situations where the defendant's act has substantial impact upon the plaintiff's business in a number of states, should the law of a single state govern the rights and liabilities of the parties or should there be a different governing law for each state in which there was substantial impact ?

If the law of a single state should govern, which should this state be ? (Reese, Section 8).

[In general, we think that a single law should be applied in these cir-

cumstances. A possible approach to the problem of selecting this law is set forth in Section 8 of Reese's memorandum. An example of a situation where the defendant's act has the greatest impact in a single state is one where the act is directed primarily against the activities of a branch of the plaintiff corporation. In this situation, we suggest that the law to be applied is that of the state where the branch is located. Presumably, the law of a particular state should not be applied if the defendant had no reason to foresee that his act would cause effects there.]

(j) Do we need a special rule for acts committed through the mass media? If so, what should this rule be? (Reese, Section 5).

(k) In determining the scope of application of a rule selected by the choice-of-law rules we adopt, should we give consideration to the purposes the rule was designed to achieve? Should this always be done or should it be done only in the case of rules having a special police character?

(l) In applying a rule selected by the choice-of-law rules we adopt, should a judge give consideration to the international aspects of the situation in interpreting such general terms as « bona fide », « good merchants » and the like?

First Draft Set of Resolutions

The Institute of International Law,

Whereas unfair competition is a field of growing importance in the law ;

Whereas the choice-of-law problems involving this field have not been given the attention which they deserve ;

Whereas the present appears to be a desirable time for attempting to resolve these problems ;

Adopts this Resolution :

Article I

The area covered by this Resolution can broadly be defined, as in Article 10 *bis* of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as « any act of competition contrary to honest practice in industrial or commercial matters ».

More specifically, this Resolution covers :

- 1) passing off one's goods as those of another, apart from the problem of trade-mark infringement,
- 2) improper appropriation of a competitor's efforts, including the sale of a competitor's goods under the representation that these goods are of one's own manufacture and improper appropriation and disclosure of trade secrets,
- 3) improper advertising,
- 4) defamation of a competitor and disparagement of his product,
- 5) restrictive trade practices,
- 6) boycotts and marketing restrictions, such as exclusive dealing arrangements and tie-in sales,

7) unfair price competition, such as selling below cost, price discrimination and resale price maintenance,

8) interfering with a competitor's rights as, for example, by enticing his employees to leave his employ, inducing breach of a competitor's contract or interference with a competitor's suppliers and customer relations,

9) commercial bribery,
and

10) molestation and physical interference, which would include picketing the plant of a competitor.

Article II

Rights and liabilities for unfair competition should be determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the parties and the occurrence.

Article III

In principle,

a) When the defendant's conduct and the resulting injury to the plaintiff's business occur in the same state, the local law of this state should be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

b) When the defendant acts in one state with the intention of causing injury to the plaintiff's business in a second state, or with reason to foresee that his conduct will have this consequence, the local law of the second state will be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

c) When by his conduct in one state the defendant causes injury to the plaintiff in one or more other states and this consequence in the other state, or states, was neither intended nor foreseeable, the law of the state where the defendant's conduct occurred will be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

d) When the defendant's conduct occurs in several states in each of which injury is done to the plaintiff's business, or when by his

conduct in one or more states, the defendant, intentionally or foreseeably, causes injury to the plaintiff's business in several other states, the applicable law should be selected as follows :

1. The local law of each state where injury was suffered should be applied to determine the plaintiff's right to recover for that particular injury except in the unusual case where such a course of action is rendered impracticable by reason of the number of states where the injury was suffered.

2. In the latter event, the local law of a single state should be applied to determine the rights and liabilities of the parties. This state should be that where the defendant's conduct had the greatest immediate impact upon the plaintiff's business provided that it is possible to identify such a state. Otherwise, the governing law should be that of the state of the plaintiff's principal place of business provided that the defendant's conduct resulted in injury to the business carried on by the plaintiff in that state. Finally, if no injury was done to the plaintiff's business in this state, the state of the governing law should be that of the state where the defendant's conduct principally occurred.

e) In situations where the place of injury cannot be identified, the local law of the state where the defendant's conduct principally occurred should be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

Article IV

Issues determined by the above-stated rules include :

1. the basis and extent of liability ;
2. the grounds for exemption from liability ; any limitation of liability or any division of liability ;
3. the kinds of injury for which damages can be awarded ;
4. the measure of damages, but excluding all questions of multiple damages ;
5. the question whether a right to damages may be assigned or inherited ;

6. the liability of a principal for the acts of his agent or of an employer for the acts of his employee ;

7. the burden of proof in so far as the rules of the applicable law in respect thereof pertain to the law of liability ;

8. rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement of a period of prescription of limitation, and the interruption and suspension of this period.

Article V

The rules set forth in Articles II and III need not be applied when to do so would be manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the state of the forum.

December 14, 1978.

Annexe I

Observations of members of the Twenty-second Commission in reply to the Preliminary Exposés and Questionnaire.

1. *Observations de M. Berthold Goldman*

Paris, le 24 avril 1978

Mon cher Confrère,

Je regrette vivement de n'avoir pu répondre en temps utile au questionnaire relatif aux règles de conflit de lois en matière de concurrence déloyale, que vous avez adressé aux membres de la XXII^e Commission en même temps que votre premier exposé sur les questions à examiner. Je n'ai été en mesure de prendre qu'un peu tardivement connaissance de ces documents, ainsi que du Mémorandum¹ de notre confrère Frank Vischer ; mais je n'ai pas besoin de vous dire combien j'ai admiré la précision et la finesse de votre analyse préliminaire, ainsi que la richesse des observations de votre co-rapporteur. Permettez-moi, dès lors, de présenter avant tout, à l'un comme à l'autre, mes vives félicitations pour le travail très substantiel que vous avez déjà accompli.

Je pense qu'au stade où vous en êtes de la préparation du rapport et du projet de résolution, la seule contribution que je puisse tenter d'y apporter est une réponse au « plan général d'un ensemble de projets de résolutions sur la loi régissant la concurrence déloyale », qui accompagne votre lettre du 24 mars dernier.

C'est l'objet de ma présente communication, dans laquelle je m'efforcerai, bien entendu, de tenir compte des documents antérieurs ; pour plus de clarté, je la divise, conformément à votre « plan général » en deux groupes d'observations, concernant successivement le *domaine à couvrir* et les *règles de conflit de lois proposées*.

1. *Domaine à couvrir*

Je pense comme vous que nous pourrions adopter la définition générale figurant dans l'article 10 *bis* de la Convention de Paris, mais que les divers

¹ Voir note 1 p. 117.

secteurs à envisager doivent faire l'objet d'une énumération plus complète que celle donnée par l'alinéa 3 de ce texte.

A cet égard, je n'ai aucune objection à retenir les points 1 à 5 et 9 à 11 de l'énumération que vous proposez, et je suis également d'accord avec vous pour exclure du champ de nos résolutions les violations de marques de fabrique ou de commerce. Mais il devrait être entendu que cette exclusion ne concerne que la marque de fabrique *comme telle*. Voici un exemple : si le nom d'une personne est déposé, dans un pays A, comme marque de fabrique, mais ne peut pas l'être dans un pays B (parce que la législation de ce pays sur les marques n'admet pas qu'un nom puisse constituer une marque protégée), cela n'empêchera pas le titulaire de la marque du pays A de vendre ce produit, sous le nom en question, dans le pays B ; qu'une autre entreprise vienne, dans ce dernier pays, à vendre un produit concurrent sous le même nom, il y aura risque évident de confusion, entrant dans les points I ou 2 (ou I et 2) de votre énumération. Vous vous êtes du reste référé à de telles situations dans l'exposé accompagnant votre Questionnaire (I (2) 1), et je partage l'avis que vous y exprimiez.

Je suis en revanche plus hésitant à inclure dans le domaine de nos résolutions les points 6 (pratiques commerciales restrictives), 7 (boycott, accords d'exclusivité, contrats couplés) et peut-être 8 (concurrence déloyale pour les prix, comme la vente au-dessous du coût, les discriminations de prix et les prix de revente imposés).

Ce n'est pas, bien entendu, que les diverses pratiques ne soient pas contraires à une concurrence loyale ; mais elles sont (en tous cas pour les points 6 et 7) étroitement liées à la législation *anti-trust*, comme Frank Vischer et vous-même l'avez du reste souligné dans vos exposés préliminaires.

Il s'agit donc, selon la distinction de Roubier, de concurrence interdite (v. *Roubier, Le droit de la propriété industrielle*, I, n° 109).

En fait, dans tous les pays où existe une législation *anti-trust* (et ils sont, vous le savez, de plus en plus nombreux, compte tenu, pour l'Europe occidentale, du droit de la C.E.E.), ces pratiques constituent, la plupart du temps, des violations de cette législation (car elles ne peuvent être que le fait d'une entente, ou d'une entreprise monopolitique ou dominante). La loi qui leur est applicable est par conséquent déterminée par les règles de compétence de la législation *anti-trust*, et vous savez que celle-ci forme un monde à part.

Vous pourriez, certes, m'objecter que la règle de conflit le plus souvent proposée en ce domaine donne compétence à la loi *anti-trust* du ou des pays sur les marchés desquels les pratiques dont il s'agit produisent des effets, et je partage tout à fait cette opinion ; mais vous savez aussi combien l'extra-territorialité des lois *anti-trust*, qui découle dans une certaine mesure de cette règle de conflit, a soulevé des difficultés, quand ce ne furent pas des tempêtes (voir *Swiss Watchmakers, Nylon spinners*, et dans la C.E.E., *Matières Colorantes* ou *Continental Can*). Je ne pense donc pas que nous puissions ou devons nous engager sur ce terrain.

Je serais moins sûr de mes réserves pour le point 8 (concurrence déloyale par les prix) et notamment pour la vente au-dessous du coût, que l'on envisage souvent, en France notamment, comme un acte de concurrence déloyale.

Finalement, il serait peut-être possible de prendre une position intermédiaire : nous ne ferions entrer dans le champ de nos résolutions que les pratiques restrictives qui ne font pas l'objet, sur les marchés du ou des pays où elles produisent effet, d'une législation particulière ; ce serait, dans une certaine mesure, une méthode comparable à celle que nous suivrions pour les conflits créés par l'emploi, dans un pays B, d'un nom ou d'un mot qui constitue une marque de fabrique dans le pays A, mais non dans le pays B.

2. Règles de conflit proposées

a) Je souscris sans réserve à la première règle proposée.

Je suis également d'accord avec l'explication initiale donnée dans la note : la loi désignée est celle du marché sur lequel le défendeur vend ses marchandises. A ce sujet, j'avoue ne pas très bien voir la portée pratique de la distinction, apparemment retenue par notre confrère Vischer, entre le pays où les marchandises sont *offertes*, et celles où elles sont *vendues*, car on peut difficilement imaginer que les offres ne soient suivies d'aucune vente.

Quant à l'exemple donné, il implique, je suppose, que le demandeur vende lui-même sur le marché du pays X, et dans ce cas, en effet, la loi du pays de constitution et du principal établissement du demandeur ne devrait pas, comme telle, recevoir compétence.

b) Je suis entièrement d'accord, en particulier avec la distinction entre la compétence *pénale*, qui appartient en tout cas à la loi du lieu où l'acte est commis (sous réserve qu'elle *pourrait* également être revendiquée par la loi du pays où l'acte produit effet) et la compétence pour déterminer la *responsabilité civile*, qui doit revenir à la loi du pays où le dommage se produit, lorsque ce pays n'est pas le même que celui où l'acte dommageable est accompli.

c) Je ne pense pas pouvoir, en revanche, me rallier à la règle ici proposée : à mon avis, la loi du pays où le demandeur a subi le dommage devrait être appliquée, plutôt que celle du pays où l'acte a été commis, même lorsque le défendeur n'avait pas l'intention de causer un dommage dans le premier pays, et ne pouvait pas prévoir que ce dommage s'y produirait.

De deux choses l'une, en effet :

— ou bien selon la loi du pays du dommage, l'acte n'est pas fautif (étant entendu que cette loi, et peut-être son application dans l'hypothèse envisagée, pourrait tenir compte de l'absence d'intention de nuire ou de prévisibilité du dommage pour en décider ainsi) et dans ce cas, la responsabilité du défendeur ne sera pas retenue ;

— ou bien selon cette loi, l'acte est fautif, et dans ce cas, elle doit gouverner la responsabilité, car celle-ci n'est pas subordonnée à l'intention de nuire, et d'autre part, l'imprévisibilité du dommage ne paraît pas pouvoir constituer une excuse en matière délictuelle.

d) Je préférerais une application aussi étendue que possible de la solution (1), et à vrai dire, il me semble qu'elle ne pourrait être « impraticable » que dans des circonstances exceptionnelles.

Lorsqu'il en serait malgré tout ainsi, je pencherais parmi les lois suggérées sous (2) pour celle du pays du principal établissement demandeur, sans en subordonner la compétence à la preuve d'un dommage causé aux affaires de celui-ci dans ce pays. Plus exactement, je pense que dans l'hypothèse envisagée, cette solution serait nécessairement remplie, puisque la multiplicité même des localisations du dommage implique que l'entreprise du demandeur est atteinte dans son ensemble, ce qui justifie de situer le dommage au lieu de son principal établissement (et plus précisément, s'il s'agit d'une société, dans le pays de son siège social effectif).

Aussi bien souhaiterais-je que dans le cas où la solution sous (1) serait impraticable on ne retienne que la loi du principal établissement ou du siège social.

e) J'admets volontiers que la référence aux Conventions de La Haye confère une autorité particulière au tableau que vous avez dressé des questions à trancher par application des règles proposées (et plus précisément, je le suppose, par la ou les lois désignées par ces règles).

J'éprouve cependant quelques hésitations sur certains points :

Ainsi, au point 3, la nature de la sanction déterminée par la loi d'un pays peut faire obstacle à l'application de cette sanction par le juge d'un autre pays (notamment s'il s'agit de « réparations en nature », impliquant des obligations d'accomplir certains actes, ou d'y mettre fin). Sous ce même point, on fait entrer dans le domaine de la loi applicable la *mesure* de la réparation, ce qui ne paraît pas pouvoir s'appliquer à des indemnités représentant un multiple du préjudice subi ; vous observiez, du reste, vous-même dans l'exposé accompagnant le Questionnaire (I (2) 12), que nous ne devrions pas traiter de ces indemnités car elles pourraient bien être considérées comme des pénalités, et ne pourraient dès lors pas se voir reconnaître une observation extra-territoriale.

Je me demande également si la question mentionnée sous (5) ne mériterait pas d'être encore examinée. Elle pourrait en effet englober le problème, soulevé par notre confrère Vischer (Mémoire, chap. 2, § 6), des actions intentées par des associations de consommateurs ou de commerçants. Or, je ne pense pas pouvoir partager son avis, selon lequel la recevabilité de telles actions devrait être considérée comme question de fond, régie par la *lex causae*. La conséquence, que notre confrère aperçoit parfaitement, pourrait en effet être que dans un pays dont la loi n'admet pas la recevabilité des actions formées par de telles associations, ces actions seraient malgré tout recevables lorsqu'elles auraient trait à des actes de concurrence déloyale régis par la loi d'un autre pays : une telle discrimination vous paraîtrait-elle « supportable », alors surtout que pratiquement, ces actions seraient sans doute introduites par des associations relevant de l'Etat étranger dont la loi est compétente ?

Peut-être n'avez-vous pas entendu viser ici ces actions ; mais dans ce cas, je souhaiterais pour ma part que cela fût précisé.

Veuillez croire, mon cher Confrère, en l'assurance de mes sentiments bien cordiaux.

Berthold Goldman

2. *Observations of Professor Rodolfo De Nova*

Pavia, March 11. 1978

Dear Confrère,

I am going to answer somehow your questionnaire.

1. I think that one should attempt, if not a definition, at least a sort of description of the subject of our enquiry. For my part, I should say that we are looking for the law governing tortious acts by a merchant, to the disadvantage of a competitor, which do not amount to the violation of a contractual or other rights of the latter and yet run against the principles of fair competition, such acts being primarily the passing-off of one's goods as those of the competitor or of the competitor's as one's own, the imitation of the competitor's advertisements, the disparagement of his products, the interference with his trade secrets, his personnel, his supplies, his debtors and his customers.

2. (a) I agree with your suggestion that trade-marks, trade-names and other industrial rights should be covered only in so far as they involve passing-off.

(b) (c) No.

3. Yes ; see under 5.

5. In my opinion the main and special purpose of rules on « unfair competition » is to ensure that, within the State enacting them, business relationships be free from undue pressures, harassment and distortions, which would entail increased risks and burdens for other merchants operative, or intending to be operative, in the local market. The said rules, therefore, have territorial effect, the territory being the place where the « parties » are or may find themselves in competition. In other words, whether the behaviour of an enterprise amounts to « unfair competition » (and its legal consequences) shall depend on the law of the country where it may affect the business chances of a competitor.

(d) I favour the law of the place of initial impact.

(e) The place where the defendant's product is sold.

(f) The place of initial impact.

(h) I see no reason for applying here the law of the common nationality or domicile of the parties. They certainly do not make up a social unit separate from the local community, be it only for the limited purpose of competition.

(i) Yes. If the business of a competitor or of several competitors may be adversely affected in more countries than one, the laws of each country shall govern the issue with reference to the inconvenience resulting in its own territory from the obnoxious acts.

That is all, for the time being,
Cordially,

Rodolfo De Nova

3. Observations de M. Alfred E. von Overbeck

Fribourg, le 3 avril 1978

Première question

Le terme de concurrence déloyale paraît être de ceux dont le sens général est évident, mais qu'il est très difficile de définir de manière précise.

Dans la mesure où la résolution qu'adoptera l'Institut veut simplement donner des indications pour l'application du droit international privé commun, la qualification d'un acte comme acte de concurrence déloyale en vue de l'application des règles de conflit proposées se fera selon la *lex fori*. Si cependant la loi ainsi désignée ne considère pas le même acte comme acte de concurrence déloyale, il n'y aura pas de sanction.

Dans la mesure où la résolution se proposerait de former la base d'une convention internationale, une qualification autonome de la concurrence déloyale s'imposerait pour le jeu même de la règle de conflit. Il se pourrait toujours que l'acte considéré comme concurrence déloyale dans le cadre de la règle de conflit conventionnelle ne soit pas alors considéré comme tel, et ne soit pas sanctionné par la loi désignée.

Question 2

- a) Je partage votre conclusion initiale.
- b) Non.
- c) Il y aurait lieu, je pense, d'indiquer la limite entre les dommages-intérêts couverts par notre résolution et les sanctions de caractère pénal telles que les « treble damages ».

Question 3

La plupart des règles, en la matière servant plusieurs intérêts à la fois, la détermination de ces intérêts n'est peut-être pas essentielle pour la règle de conflits à trouver. Il pourrait néanmoins être utile de les dégager. A mon avis, il y a deux catégories d'intérêts :

- a) l'intérêt du commerçant de ne pas être lésé par des actes de concurrence déloyale des autres ;
- b) l'intérêt du marché en général, et en particulier des acheteurs, de ne pas être induits en erreur par des actes de concurrence déloyale.

Question 4

Voir question 2 c).

Question 5

a) Il me semble qu'il serait possible de soumettre toutes les espèces de concurrence déloyale à la même loi, qui serait la loi du marché à définir de façon appropriée. On éviterait ainsi de délicates questions de délimitation. A la rigueur, des exceptions bien limitées au principe général pourraient être posées.

b) —

- c) Cela semble aller de soi et il n'est peut-être pas opportun de le souligner.
- d) La loi de l'Etat Y.
- e) Le marché me paraît être le point de rattachement indiqué, la définition pourrait être trouvée selon les lignes esquissées par les rapports.
- f) —
- g) —
- h) Non.

i) Il est tentant de soumettre les actes qui ont effet dans plusieurs Etats à une loi unique selon « l'échelle » indiquée par M. Reese. J'ai cependant de sérieux doutes sur la possibilité de réaliser ce regroupement qui revient à éliminer la protection voulue par la loi des Etats où il y a des effets accessoires. Je pencherais plutôt pour le maintien de l'application de la loi de chaque marché. Celui qui agit dans plusieurs pays doit s'attendre à subir les effets de la loi de chacun de ces pays. Une limite pourrait être posée par le principe de la prévisibilité.

j) (h) Non.

k) (i) Il me semble qu'il faudrait toujours tenir compte de l'objectif de la loi applicable. En revanche, le renvoi ne devrait pas être admis en la matière.

l) (j) En soi, ces notions devront être comprises dans le sens prévu par la loi désignée. Cela n'interdit cependant pas de prendre en considération les aspects particuliers d'une situation internationale dans le sens indiqué par M. Vischer.

Alfred E. von Overbeck

4. Observations de M. Fritz Schwind

Pour expliquer la situation actuelle du droit international privé concernant la concurrence déloyale en droit autrichien avec les références nécessaires aux droits voisins, il faut faire un peu d'histoire. Il y a près d'un demi-siècle que la jurisprudence autrichienne a commencé à s'intéresser au sujet du droit international privé dans ce domaine. A l'époque, l'Autriche ne disposait pas encore d'une législation sur ce point et les règles appliquées ont été créées exclusivement par la jurisprudence.

Dans un arrêt du 7 mars 1933, (SZ¹ 15/107), la Cour Suprême statuait qu'il fallait toujours appliquer le droit autrichien si un Autrichien avait violé les dispositions légales sur la concurrence déloyale envers l'étranger, indépendamment de la question si oui ou non la loi étrangère en question connaissait une règle pareille. Cette décision se fondait sur l'argument que le principe de la per-

¹ Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen.

sonnalité est appliqué dans le droit général et qu'il est difficile de tracer les limites entre les délits de caractère pénal et civil. L'idée de l'unité du droit exige aussi l'application générale des mêmes principes, bien qu'un Autrichien puisse se trouver ainsi dans une position moins favorable en face d'un étranger. — Presque trente ans plus tard, dans un arrêt du 6 août 1960, la Cour d'appel de Vienne (OBl² 1961, 29) exprimait encore les mêmes idées.

Evidemment impressionnée par une décision du BGH³ datée du 24 juillet 1954, GRUR⁴ 1958, 189, et annotée par *Hefermehl*, la Cour Suprême changeait d'opinion dans son arrêt du 18 janvier 1972, OBl 1973, 12 (voir *Schwind*. Demelius-FS, note 13). La Cour fondait cette nouvelle opinion sur la « doctrine dominante » disant que tous les délits privés (« unerlaubte Handlungen ») sont régis en droit international privé par la *lex loci delicti commissi*. Il fallait englober ici aussi les actes de concurrence déloyale.

Dans la même année 1972, une autre décision de la Cour, du 12 septembre (OBl 1973, 19) a suivi, basée également sur la *lex loci* qui d'ailleurs, dans la pensée de la Cour, était en mesure d'améliorer la position de l'Autrichien en comparaison avec l'étranger.

Dans le domaine de la concurrence déloyale se pose la question de savoir où se trouve en réalité le lieu où a été commis le délit, parce que la nature d'un tel délit rend sa localisation très difficile. Le lieu n'est pas toujours bien clair. En faisant référence au *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht 10 I, 176 et à d'autres auteurs, la Cour définit le lieu de la manière suivante : Le lieu du délit est le lieu où les intérêts des concurrents se heurtent, cela veut dire sur le marché. Le ou les lieux où ont été préparés les actes de concurrence déloyale restent sans aucune importance.

Une décision tellement serrée doit appeler des critiques en ce sens que c'est une tâche précaire de distinguer entre un acte de concurrence déloyale accompli et une simple préparation. Aussi cette décision a-t-elle provoqué une incertitude concernant le droit applicable. (Voir aussi OGH 22 oct. 1974, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1975, 140 et *H. Hoyer, ibidem* 1975, 144 ff.)

Les solutions mentionnées ne sont que des solutions jurisprudentielles, à défaut de règles légales. Au début de notre siècle, on avait commencé à élaborer des projets de loi sur le droit international privé. La première tentative dans ce sens fut celle que l'on appelle le « Walker'sche Entwurf », lequel, après une longue période de préparation, fut terminé en 1914 mais qui, à cause de la Première Guerre mondiale, n'est jamais entré en vigueur. Ce projet avait prévu, dans son article 17, pour tous les délits, l'application de la loi du lieu où l'acte illicite était accompli. Cette règle englobait aussi les actes de concurrence déloyale.

Aussi le premier projet de la loi actuelle sur le droit international privé autrichien se borne-t-il à mentionner les actes illicites en général en prévoyant la

² Oesterreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

³ Bundesgerichtshof.

⁴ Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

loi du lieu où l'effet nocif de l'acte illicite se réalise, sauf si toutes les personnes intéressées ont le même statut personnel.

Une règle spéciale pour les actes de concurrence déloyale est prévue dans le projet ministériel de 1976. Ce projet avait prévu, en premier lieu, la loi choisie par les parties et, à défaut d'une telle loi, le droit du lieu où les intérêts des concurrents se heurtent, sauf si les deux parties ont le même statut personnel.

D'après la loi actuelle (§ 48 al. 2 IPRG⁵), c'est le droit de l'Etat du marché où la concurrence se manifeste qui s'applique. (Voir aussi le contre-projet de A. Schnitzer, Schweizerische Juristen-Zeitung 1980, 314, pour le droit international privé suisse.)

Cette disposition provoque quelques difficultés lorsqu'il s'agit de deux Autrichiens ayant leur résidence habituelle en Autriche et dont l'un a commis un acte de concurrence déloyale contre l'autre à l'étranger. Avant la nouvelle loi, on avait suggéré d'appliquer la loi autrichienne *per analogiam* d'une disposition du Code pénal autrichien, laquelle prévoit l'application de la loi autrichienne si un Autrichien a commis un délit contre un Autrichien à l'étranger, si tous les deux ont leur résidence habituelle en Autriche. On argumentait que les domaines pénal et civil ne se séparent pas toujours nettement et que cela présente des inconvénients si les solutions dans les deux systèmes aboutissent à des résultats différents. Maintenant, pour des raisons de sécurité du droit, la loi a adopté la solution contraire et l'on applique aussi dans ces cas le droit du pays du marché où la concurrence déloyale s'est manifestée. Les dispositions de la loi autrichienne contre la concurrence déloyale sont en général beaucoup plus sévères que celles des lois étrangères correspondantes. (Voir la loi fédérale du 26 sept. 1923, Bundesgesetzblatt N° 531, gegen den unlauteren Wettbewerb, amendée par les lois fédérales 1924/461, 1926/192, 1936/111, 1947/145, 1952/160, 1963/175, 1969/11, 1971/74, 1974/422, 1975/88, 1980/120.) Pour cette raison l'application de la loi autrichienne pourrait être un désavantage sensible pour l'Autrichien en comparaison de son concurrent étranger qui, d'après la loi locale, est autorisé à faire des choses qui ne sont pas permises dans la loi autrichienne. (Voir Wengler, *RabelsZ.* 1954, 416.)

Les problèmes les plus importants se présentent lorsque la concurrence se manifeste dans plusieurs pays ayant des législations différentes. D'après la pensée des rédacteurs de la loi autrichienne exprimée dans le rapport officiel, la loi la plus sévère doit être appliquée. C'est un empêchement évident au commerce mais cette solution donne une protection plus satisfaisante aux consommateurs.

Cette idée exprimée par le rapport est un peu ambiguë parce qu'elle n'établit pas clairement les critères selon lesquels la loi la plus sévère — pour qui et dans quel aspect — pourrait être déterminée. Il s'agit de questions très délicates, à décider par les tribunaux qui vont probablement s'adresser aux experts; c'est là une solution qui cause encore plus de difficultés et occasionne des frais considérables, dès le moment qu'une controverse juridique pareille se trouve en instance. De ce point de vue, il paraît regrettable qu'on ait abandonné la solution

⁵ Bundesgesetz vom 15-6-1978, BGBl 304 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz).

préconisée avant l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire qu'on ait choisi pour chaque cas la loi du lieu du marché où la concurrence déloyale se manifeste.

Dans ce contexte, il faut mentionner un arrêt récent de la Cour (4 Ob 353, 354/80) qui vise un cas qui s'était produit avant l'entrée en vigueur de la loi, mais qui néanmoins applique déjà ses principes : Il est nécessaire d'apprécier les demandes concernant la concurrence déloyale conformément aux dispositions légales en vigueur au lieu du marché où les intérêts des concurrents se trouvent en conflit. Le lieu où la concurrence déloyale a été préparée est sans importance. Si la concurrence déloyale consiste dans le contenu d'une lettre, le lieu du délit est également le marché où les intérêts des concurrents sont en contradiction. (Ainsi les décisions de la Cour du 8 juin 1971, OBl 1971, 194 ; 12 sept. 1972, OBl 1973, 19 ; 22 oct. 1974, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1975, 140 ff. Pour la doctrine des problèmes ici mentionnés, voir *Schwind*, *Der Verkehrsunfall im österr. IPR*, *Zeitschrift für Verkehrsrecht* 1965, 288 (191) ; *Schwind*, *Zum Problem des unlauteren Wettbewerbes und der einstweiligen Verfügung im österr. IPR*, *Demelius-FS* (1973), 481 (485 f) ; *H. Hoyer*, *Unlauterer Wettbewerb österr. Unternehmen auf Auslandsmärkten*, *ZfRV* 1975, 114 ff ; *Schwind*, *Handbuch des österr. IPR* (1975), 334 ; *Beitzke*, *Neues österr. Kollisionsrecht*, *RabelsZ.* 1979, 273. La doctrine autrichienne est sensiblement influencée par les travaux de *Wengler*, *Die Gesetze über unlauteren Wettbewerb und das IPR*, *RabelsZ.* 1954, 415, et de *A. Schnitzer*, *Handbuch des IPR II* 4, 681 ; *Baumbach-Hefermehl*, *Wettbewerbsrecht* 12, 235 ff.)

En résumé, on peut constater qu'en Autriche, nous sommes depuis quelques décennies en présence d'une certaine harmonisation entre la jurisprudence et la doctrine, d'une part, et les projets et enfin aussi la loi, d'autre part. Cette évolution, sans rupture, se trouve en concordance avec les idées dont l'évolution allemande s'inspire. C'est l'évolution du commerce international qui impose une certaine flexibilité et qui ne permet pas une règle trop rigide, basée uniquement sur la loi du lieu où un acte quelconque de concurrence déloyale est accompli. En réalité, une activité déloyale produit rarement ses effets au lieu où elle est accomplie.

Même pour deux Autrichiens en concurrence sur un marché étranger l'application du droit autrichien ne convient pas. On ne sait jamais avec précision avec qui l'on se trouvera en concurrence ; voilà donc pourquoi une solution pareille rend le droit applicable trop incertain et donne lieu à de graves inconvénients. Le statut qui régit la concurrence déloyale doit être indépendant d'une nationalité quelconque des participants entrés en concurrence. En outre, les difficultés pour les juges saisis augmentent lorsqu'ils doivent vérifier la nationalité des parties.

Enfin, il faut remarquer que la loi sur le droit international privé ne porte pas atteinte aux conventions internationales conclues ou à conclure à l'avenir. En Autriche, une Convention de Paris en date du 20 mars 1883 (*Reichsgesetzblatt* 1908, N° 266) est applicable. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1909 et porte la garantie que tous les membres des Etats contractants auront les mêmes avantages et la même protection dans ces Etats, bien qu'ils n'aient pas leur siège sur le territoire d'un Etat contractant. Pour les autres Etats, le principe de la réciprocité s'applique.

Fritz Schwind

5. Observations of Mr. Frederick-A. Mann

London, 20th May 1980

My dear Friend and Colleague,

Conflict of Laws Rules on Unfair Competition

Your report on the above subject includes so much material and gives rise to so many points of interest that it would need detailed discussion. Unfortunately I am unable to embark upon it in writing, for I am greatly preoccupied by certain other work which I would like to complete before my time runs out, hence I can give you only a short reply, — a disproportionately short one having regard to the wealth of ideas you have submitted to the Members of the 22nd Commission.

1. I would welcome it if you dropped the reference to « *lois d'application immédiate* ». This unfortunate phrase has only led to confusion and should in my view be abandoned. In truth, it refers simply to our old friend, *l'ordre public*.

2. It seems to me obvious that in general the law of the market should govern, — the definition of so simple a term should not cause any serious problem in practice or hold up the adoption of the test.

3. I am, however, in favour of retaining the German idea of applying, as a rule, national standards of competition between competitors of the same nationality. This idea was, I seem to remember, first put forward by *Arthur Nussbaum* and is founded upon high standards of business morality. It would in my view be a retrograde development if they were abandoned.

4. The most serious and at present almost insoluble problem is caused by the mass-media to which you refer in Section 5 of your paper. If I understand you correctly, you propose to require of the competitor that he should observe the law of all markets which could foreseeably be affected. I am not certain whether such a substantive test (if I have understood you correctly) will not cause great difficulties in practice. Anyone who uses mass-media for purposes of competition assumes a risk and should be held responsible whenever and wherever substantial harm is, or is likely to be, done. If advertisements appear in an American publication which is distributed throughout the world, it may not have any substantial effect if a thousand copies reach Switzerland, but 10,000 copies in Germany may make a difference. The question, like all questions of degree, is a difficult one. All I can say is that a substantive test does not appeal to me.

With many kind regards,

Yours sincerely,

F.-A. Mann

6. Observations de M. Michel Waelbroeck

Bruxelles, le 11 septembre 1980.

Mon cher Collègue,

Je réagis avec un certain retard, dont je vous prie de bien vouloir m'excuser, à la communication de votre rapport sur les conflits de loi en matière de concurrence déloyale.

Dans son ensemble, je suis entièrement d'accord avec l'orientation générale de votre rapport, que je trouve extrêmement stimulant et bien documenté. Mes observations n'ont dès lors pas un caractère fondamental mais concernent certaines nuances.

Page 120 : je suis tout à fait d'accord que la prévisibilité du droit en matière de concurrence déloyale est d'une importance particulière. C'est la raison pour laquelle je crois que, dans la mesure du possible, un critère unique et facilement reconnaissable doit être suivi. Je suis d'accord avec vous que le meilleur critère, à cet égard, est celui du marché sur lequel se produit l'acte de concurrence déloyale, et non celui du lieu où l'acte est préparé, ni celui de la nationalité des parties. Tout au plus peut-il y avoir difficulté dans certains cas à déterminer le lieu où l'acte est « commis » (comme, par exemple, dans le cas d'un refus de vente). Dans de pareils cas, il y a lieu à mon avis de donner la préférence au lieu de situation de la victime.

J'ai beaucoup réfléchi quant au point de savoir s'il fallait admettre une exception, comme vous semblez le proposer, dans des cas semblables à ceux de l'affaire « *Lego* ». A mon avis, contrairement à la solution admise par la jurisprudence allemande, il n'y a pas lieu de faire de distinction, et les règles « plus strictes » du droit allemand auraient dû être appliquées. En effet, il est nécessaire que tous les participants à un marché fassent l'objet d'une réglementation uniforme, indépendamment de leur nationalité. Si l'on admet une exception en faveur du fabricant de « *Powi-Steine* » sous prétexte qu'il est, comme le producteur de « *Lego-Steine* », de nationalité danoise, on risque de créer une situation dans laquelle une troisième société, allemande, se verrait imposer une règle plus restrictive que celle appliquée aux fabricants de *Powi-Steine*.

Pour la même raison, je ne crois pas (page 126 de votre rapport) que pour apprécier le caractère déloyal d'un acte, il y a lieu de considérer le fait que selon la loi nationale de l'auteur, cet acte est considéré comme déloyal. La loyauté doit être appréciée en se fondant exclusivement sur les exigences du marché où l'acte est commis.

En ce qui concerne votre page 128, je suis d'accord que les actes contraires à la réglementation antitrust doivent être jugés en fonction de l'ordre économique le plus directement affecté. Dans certains cas, toutefois, ce critère pourra donner lieu à des difficultés d'application pratique. En ce qui concerne votre page 130, je doute de la possibilité d'étendre, par le biais de l'ordre public, l'application de la loi nationale à des faits commis à l'étranger dans un pays où il n'existe

pas de protection contre la concurrence déloyale. Mais tout d'abord, je me demande si le problème est vraiment d'intérêt pratique. Existe-t-il de pareils pays ? Certes, il existe des pays à économie planifiée, qui ne réservent à la concurrence qu'un rôle très mineur. Mais, dans ce cas, les occasions de commettre des actes de concurrence déloyale seront très réduites, sinon inexistantes. En outre, imposer à certains participants à un marché déterminé des règles de conduite plus strictes, au motif que leur loi nationale est plus sévère, revient à créer une situation d'inégalité entre les différents participants au marché. Si une entreprise décide de participer à un marché déterminé, elle doit en accepter les risques, y compris ceux d'une moindre protection contre d'éventuels actes de concurrence déloyale.

Voici les principales réflexions qu'a suscitées de ma part la lecture de votre excellent rapport, pour lequel je vous renouvelle mes félicitations.

Veillez croire, mon cher Collègue, en l'expression de mes sentiments très distingués.

M. Waelbroeck

Annexe II

Observations of members of the Twenty-second Commission on the First Draft Set of Resolutions.

1. *Observations de M. Berthold Goldman*

Paris, le 31 juillet 1979

Mes chers Confrères,

Je ne sais pas s'il est encore utile de vous adresser, avec un retard que je vous demande de vouloir bien excuser, les brèves observations qui suivent, concernant le projet de résolution que notre confrère Willis Reese a fait parvenir aux membres de la XXII^e Commission, avec sa lettre du 14 décembre dernier ; je le fais cependant, pensant que cela vous aidera — fort modestement — à préparer notre débat à Athènes.

Ad 1. Je me demande si les questions mentionnées sous les chiffres (5), (6) et (7) entrent bien dans la notion de concurrence déloyale.

Plus précisément (et sauf, peut-être, en ce qui concerne la vente au-dessous du prix de revient, mentionnée sous le chiffre (7)), il me semble que ces questions relèvent du vaste domaine des ententes, monopoles et abus de position dominante, qui font l'objet, aux Etats-Unis, du droit anti-trust et, en Europe, des règles communautaires ou nationales tendant à assurer le maintien d'une concurrence effective et non faussée.

Certes, les pratiques dont il s'agit peuvent-elles rationnellement entrer dans la définition de la concurrence déloyale ; mais elles affectent profondément les politiques économiques et le fonctionnement des marchés des Etats où elles produisent effet, si bien que la détermination de la loi qui leur est applicable ne me paraît pas pouvoir être faite en fonction des seuls intérêts privés qui sont pris en considération dans le projet de résolution.

En bref, je pense qu'il s'agit là d'un problème différent de celui de la concurrence déloyale proprement dite.

Ad 2 (c). Compte tenu de la définition du comportement de concurrence déloyale, telle qu'elle est reprise, en tête du projet de résolution, de l'article 10 de la Convention de Paris, je vois mal comment le dommage causé par un tel comportement pourrait n'être ni voulu, ni prévisible ; je me demande, par conséquent, si ce paragraphe aurait jamais à s'appliquer.

Ad 2 (d) (I). Je n'aperçois pas pourquoi le principe de l'applicabilité de la loi de chaque Etat où un dommage a été causé par le comportement de concurrence déloyale pourrait être rendu « impraticable » en raison du nombre de ces Etats.

Il me semble, plutôt, que le dommage pourrait, dans certains cas, être *indivisible* ; s'il en était ainsi, la loi la plus appropriée serait, à mon avis, celle du pays où le demandeur a le centre de ses affaires (*principal place of business*).

Ad 3. Je vois mal comment l'ordre public d'un Etat pourrait s'opposer à la réparation du préjudice causé par un comportement de concurrence déloyale ; et à supposer que cette situation puisse se rencontrer, pensez-vous que l'Institut doit réellement tenir compte d'un tel ordre public ?

Mais peut-être avez-vous visé l'incompatibilité avec l'ordre public de la règle de conflit elle-même : par exemple, au cas où le système de conflit d'un Etat déterminé désignerait la loi de l'auteur de l'acte incriminé pour en déterminer les conséquences, et considérerait cette désignation comme d'ordre public international.

J'avoue ne pas connaître d'hypothèse de ce genre, et s'il s'en rencontrait, je me demande également s'il serait légitime que l'Institut tienne compte d'un ordre public aussi... abusif.

Veuillez agréer, mes chers Confrères, l'expression de mes meilleurs et bien cordiaux sentiments.

Berthold Goldman.

2. Observations of Mr. Matthys van Hoogstraten

The Hague, October 8th 1979

Cher Confrère,

In Athens I promised to let you have my written remarks on your (preliminary) draft on Unfair Competition. I intend to divide them as follows : Introduction, discussion of your draft articles, some suggestions, some related questions, and a short conclusion.

I. Introduction

In order to show my general approach to the subject, or rather to disclose my bias, let me state at the beginning that, to me, the very essence of the matter is the competition for the favours of potential clients. There are, at least, three *dramatis personae* : not only the unfair competitor and the victim, but also the prospective cocontracting party whose decision is sought to be influenced.

This seems to be the same for all fields of economic activities whatever their nature. Let me cite a few of them :

the sale of goods (industrial goods, commodities) ;

the sale of energy (electricity, oil natural gas) ;
 the sale of services (insurance, financing, counseling, expert advice) ;
 complex contracts (construction of dams, ports, aerodromes, communication systems) ;
 joint ventures.

The picture is further complicated in those cases where the unfair competitor acts through affiliated companies, subsidiaries or agents. In addition to that he may, for each particular act of unfair competition, make use of outside agencies such as public relations — or publicity agencies, and possibly of private persons who « know their way about » in a given foreign country.

I hope all this explains why I am hesitant to speak of the State where the act occurs : Is it the State where the unfair competitor instructs his subsidiary, where he contracts with a foreign publicity agent, or where the latter act themselves ?

In my eyes there is only one relevant place as far as the determination of the applicable law is concerned, viz. the place where the prospective cocontracting party makes up his mind, and decides as the result of the unfair methods to deal with the initiator. This will be — with one important exception, to which I shall refer later on — the place of the business center of the prospective client. It is here that the unfair acts finally have their effect.

II. *The draft resolution*

Leaving aside a number of small points, I should like to make a few remarks on several of the proposed articles.

Article II : It may have become clear that in my view the question if there was unfair competition, and what liability it may entail should be governed by the law of the State where the unfair methods cause damage to the other competitor, at least if it is agreed that the injury to the competitor lies in the mind of the prospective client ; the damage materializes when the client decides not to contract with the other competitor. The most significant relationship will always lie with the State of the prospective client.

I understand, furthermore, that you intend to proceed to a certain « dépeçage ». This seems justified in so far as you do not wish the *lex causae* to govern questions like personal capacity, or the recognition of a foreign legal person. In your actual drafting however Article II would introduce the principle of the most significant relationship in respect of all matters not governed by the *lex causae*, a solution which may not get the support of all those who adhere to the idea of a personal law (be it the law of nationality or of domicile). This could be remedied by inserting an article indicating the subject-matters not governed by the Resolution's *lex causae*.

Article III (a) : As I explained above, I hesitate to refer to the defendant's conduct because it is so extremely hard to be localized.

(b) and (e) : I also have some difficulty in appreciating the relevance of foreseeability or intention. In any case I find no reason to have a special

conflicts rule for cases where the injury could not be foreseen ; would it not be reasonable to have, here, the same law apply as in the case of negligent damage ? It would then be for the applicable law to decide if unforeseen damages lead to some form of liability.

(c) The difficulty inherent to defining the place where the defendant's conduct occurred stands in the way of it being used as a connecting factor. More over, if conduct in a State with a very strict legislation leads to unforeseen damages in other States where the conduct was permissible, the incongruous result would be to make defendant liable — for unforeseen damages ! — even if the conduct was permissible in the State of the prospective client.

(d, sub (2)) : I feel one should not try to find a remedy to a practical difficulty by making an exception to the conflicts rule. Leaving aside the question whether all claims must necessarily be brought in the same jurisdiction, a supposition which seems to be at the basis of the proposed solution. I wonder whether it is right to submit separate parts of multi-state damages to a different law from that normally applicable, be it the law of the most immediate impact or of the State of the plaintiff's place of business, with a subsidiary role for the place of conduct.

As far as I can see the plaintiff has a right to the protection of his interests in conformity with the law of the State where his interests are situated, in other words, where his potential clients reside.

(e) : This case does not present any special difficulties for me. In the case cited the real injury for the plaintiff arose wherever an Adressograph-owner decided to order plates from American Expansion Bolt. In other words, I fail to see why the places of injury cannot be identified. Of course there may be, as under (d (1)) more than one place of injury. The real difficulty lies in the specification and the proof of the amount of the damages, but this will remain, whatever law is applicable.

III. Suggestions

On the basis of the ideas advanced in chapter I above I cannot but feel that the real connecting factor is the place where the prospective client may be considered to make a choice between various offers. In this respect each economic community (each State) constitutes a « market » composed of a number of prospective contracting parties.

To this I would allow one exception. Certain commodities are bought and sold in one or more centralized markets : diamonds, tobacco, coffee, cotton and the like (maybe also some forms of insurance). Although I suppose prospective buyers are only rarely themselves present at those markets, they will nevertheless be represented by brokers or agents. Accordingly it is in those markets (or sometimes fairs) that the decision to conclude a contract with the unfair competitor will be taken. I would be inclined, therefore, to apply to these forms of business the law of the State of the centralized market, the unfair competition having its main effect there. An important advantage may be that it would create a synchronization between the applicable law and the (law governing) the

market regulations ; no doubt admission to the association organizing the special market presupposes a conducting of business in accordance with the local concepts of fair competition.

If one follows the principle of applying the law of the market — whether common or specialized — it doesn't matter how or by what means the unfair competitor seeks to lure prospective clients ; whether he has recourse to radio or television broadcasts across the borders, perhaps originating from a third country, or inserts advertisements in the international press, all this is irrelevant.

IV. *Some side aspects*

The question may be raised if our subject matter may be said to have been dealt with in a sufficiently exhaustive manner, if we do not enquire into the law governing the liability of the subsidiary, of the agent, and even of the publicity agent, the broadcasting station, or the journal accepting unfair announcements.

In any case we should have a conflicts rule on the recourse, against the principal, by the subsidiary, the agent, the television or wireless station, the journal, whenever they have been held liable for damages.

V. *Conclusions*

The problem we are dealing with is a very complex one, and at this stage we should not too easily discard certain factual elements. For the moment I cannot but feel that the rule of the law of the market would work well in practically all cases. Of course, the notion of « the market » would have to be carefully examined.

Hoping that this letter may contain some thoughts that could be of some use to you, in your difficult task,

I am, cher Confrère,

Yours sincerely,

Matthys van Hoogstraten

3. *Observations of Mr. Fritz Schwind*

Wien, January 15th 1979

Dear Professor Reese,

As regards the draft set of resolutions on the law governing unfair competition I should like to make the following remarks.

1) The draft defines « broadly » what unfair competition does mean, specifying this meaning in 10 points. Nevertheless I wonder if it would not be indicated to say precisely whether or not an act of unfair competition entails always and under each condition a fault. The expression « contrary to honest practice » indicates a fault and a great number of the examples do the same (1, 2, 3, 4, 8,

9, 10). Some others (5, 6, 7) are measures which may occur without being directed against a specific competitor. Is that also « unfair competition » ?

2) As regards the governing law it seems to me that one should give a general principle on the head as for instance with the content that unfair competition is governed in all its aspects referred to in 2 (3) (a) (1-7) by the law of the place where the commercial interests of one competitor is violated by the misconduct of another and thereupon to give the examples enumerated in (a) - (d) and eventually some exception as for instance 2.

3) It also seems to me that it might be necessary to consider whether « the local law where the defendant's conduct occurred » is always certain. The conduct is not always an act but sometimes it is a set of acts which may occur in different states. In this case we are again faced with the problem deciding which act in which country is the most important for the impact on the petitioner's right.

Fritz Schwind

The conflict-of-laws rules on unfair competition

(Twenty Second Commission)

Willis L.M. Reese and Frank Vischer

The Twenty-second Commission had a discussion on the two reports, on the Questionnaire and on the First Draft Set of Resolutions during the Session of Athens. The « *Rapporteurs* » after considering the oral and written observations of the Members of the Commission have elaborated a *Draft resolution with explanatory notes*. The « *Rapporteurs* » in formulating the resolution tried to find a midway between the continental and the US approach. They are conscious that they therewith depart from the usual presentation of a draft resolution in the field of private international law but deem it useful to explore new grounds especially in the field of unfair competition.

Draft resolution with explanatory notes

The Institute of International Law,

Whereas unfair competition is a field of growing importance in the law ;

Whereas the choice-of-law problems involving this field have not been given the attention that they deserve ;

Whereas the present appears to be a desirable time for attempting to solve these problems ;

Adopts this Resolution :

ARTICLE I

The area covered by this Resolution can broadly be defined, as in Article 10 *bis* of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as « any act of competition contrary to honest practice in industrial or commercial matters ».

In particular, this Resolution covers :

- (1) passing off one's goods as those of another,
- (2) improper appropriation of a competitor's efforts, including the sale of a competitor's goods under the representation that these goods are of one's own manufacture and improper appropriation and disclosure of trade secrets,
- (3) improper advertising,
- (4) defamation of a competitor and disparagement of his product,
- (5) unfair price competition, such as selling below cost, price discrimination and resale price maintenance, and
- (6) interfering with a competitor's rights as, for example, by enticing his employees to leave his employ, inducing breach of a competitor's contract or interference with a competitor's suppliers and customer relations.

On the other hand, this Resolution does not cover trademark, patent and copyright infringement, restrictive trade practice and boycotts and marketing restrictions, such as exclusive dealing arrangements and tie-in sales.

NOTE : This list of matters covered and excluded seems reasonably self-explanatory. Trademark, patent, and copyright infringement is excluded on the ground that, except where otherwise provided by treaty, statutes providing such protection are not given extraterritorial effect. On the other hand, the intention is to include passing off by means of a confusing tradename irrespective of whether this name is entitled to trademark protection in one or more states. For example, the resolution is intended to cover the situation where a trademark registered in state X but not in state Y is treated as a tradename under Y law with the result that a person who associated that name with his goods in state Y would be liable for passing off under Y law. Restrictive trade practices and other marketing restrictions are excluded on the ground that they present special problems.

ARTICLE II

In principle,

NOTE : This formulation begins with the words « In

principle » to make clear that there may be exceptional cases where it should not be applied.

a) When the defendant's conduct and the resulting injury to the plaintiff's business occur in the same state, the internal law of this state should be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

NOTE : The rule applies even in situations where both the plaintiff and the defendant are citizens or domiciliaries of another state whose law differs from that where conduct and injury occur. By « injury » is meant the initial impact of the defendant's act upon the plaintiff's business. So, if in state X the defendant passes off his goods as those of a competitor which is incorporated and has its principal place of business in state Y, state X, rather than state Y, is the place of injury. The rule calls for application of the internal law of the market where the defendant sells his goods.

b) When the defendant's conduct in one state causes injury to the plaintiff's business in another state, the internal law of the other state should be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

NOTE : Examples of situations covered by this rules are where the defendant in state X sends goods into state Y, or advertises his goods in state Y, or arranges for the publication in state Y of statements that defame the plaintiff or disparage the plaintiff's products. This rule also calls for application of the internal law of the market where the goods are sold.

There will be situations where what the defendant did was prohibited by the local law of the state where he acted but not by the local law of the state where injury was done to the plaintiff's business. An example might involve a radio broadcast from state X which is heard in state Y and which contains advertising of a sort which is prohibited by X local law but not by the local law of Y. Here it might, of course, be appropriate for X to punish the defendant under its criminal law. But it is thought that Y law should be applied

to determine whether the defendant is liable to the plaintiff for any injury caused to the latter's business in Y. And this should be true even in a situation where the plaintiff is a citizen or habitual resident of state X. Y local law should be applied in these instances for the reason, among others, that equal treatment should be accorded to all persons injured in Y.

c) When, by his conduct in one or more states, the defendant causes injury of the plaintiff's business in several other states, the applicable law should be selected as follows :

(1) The internal law of each state where injury was suffered should be applied to determine the plaintiff's right to recover for that particular injury except in the unusual case where such a course of action is rendered impracticable by reason of the number of states where injury was suffered.

(2) In the latter event, the internal law of a single state should be applied to determine the rights and liabilities of the parties. This state should be that where the defendant's conduct had the greatest immediate impact upon the plaintiff's business provided that it is possible to identify such a state. Otherwise, the governing law should be the internal law of the state of the plaintiff's principal place of business.

NOTE : This formulation would be applicable for example in a situation where the defendant's broadcast from one state is heard in a number of states or where the defendant in one state packages his goods to resemble those of the plaintiff and then ships them into a number of states to be sold there on the retail market.

Subdivision (1) is worded to make clear that it would be applicable in the great majority of situations.

d) When by his conduct in one state the defendant causes injury to the plaintiff's business in another state and would be liable to the plaintiff for this injury under the internal law of the other state, the internal law of the state where the defendant's conduct occurred should be applied to determine the rights and liabilities of the parties if the defendant establishes that he could not reasonably have foreseen that he would injure the plaintiff's business in the other state.

NOTE : In this situation, application of the internal law of the state of injury might be thought unfair to the defendant. There would be no unfairness in determining his liability under the internal law of the state where his conduct took place.

e) In situations where the place of injury cannot be identified, the local law of the state where the defendant's conduct principally occurred should be applied to determine the rights and liabilities of the parties.

NOTE : It is believed that there will be rare situations where a place of injury cannot be identified. *Addressograph-Multigraph Corp. v. American Expansion Bolt and Mfg. Co.*, 124 F. 2d 706 (7th Cir. 1941) provides an example. In this case, the plaintiff alleged that the defendant was manufacturing plates for use in machines manufactured by the plaintiff. The defendant manufactured these plates in Illinois and upon receipt of orders shipped them to purchasers throughout the country. It is doubtful whether in a case like this there really was a place of injury or of initial impact. In any event, the court said that the applicable law should be that of the state where the « essential element » of the defendant's wrong took place and that this element was the manufacture and sale of the plates. Illinois was held to be the state of the applicable law.

ARTICLE III

Rights and liabilities for unfair competition in situations that are not covered by the rules stated in Article II, or where application of these rules would lead to totally inappropriate results, should be determined by the internal law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship with the parties and the occurrence.

NOTE : It is thought that the rules stated in Article II should not cover all possible situations. This Article commences with the words « In principle » to indicate that there may be situations where the rules stated should not be applied. There may also be situations, for example, where it is

not possible to identify either the place of injury or where the defendant's conduct principally occurred. This might have been so in the *Addressograph-Multigraph Corp.* case (see Note to Article II (e)) if the defendant's manufacturing of the offensive plates had been spread more or less evenly among a number of states.

It will be noted that this formulation refers to the particular issue involved in the case. This, it is thought, is required. To begin with, every choice-of-law case is approached, rather obviously, from the stand-point of the particular issue involved. Likewise, there is rather clear precedent for reference to the particular issue. For example, Article 6 of the Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents provides that « ... in determining liability account shall be taken of the rules relating to the control and safety of traffic which were in force at the place and time of the accident ». In addition, in the case of contracts and wills, a distinction is frequently drawn between formalities and matters of substance. Furthermore, in the case of contracts, one frequently finds a distinction made between issues of capacity and other issues of substance. Also there can be no doubt that in every case a distinction must be drawn between issues of substance and of procedure. Undoubtedly, many other examples could be given.

In addition, reliance can be placed on Article 3 of the Institut's resolution on Delictual obligations in private international law (Edinburgh 1969), which commences « In the absence of any substantial connection between the issue to be determined and the place or places at which the delict has been committed... ». Strangely enough, however, one of the clauses in the preamble to this resolution states that « the time has not yet arrived for the Institute to express any view in favor or against the expediency of applying different laws to different issues arising from delictual liability. »

ARTICLE IV

Issues determined by the above-stated rules include :

- (1) the basis and extent of liability ;

- (2) the grounds for exemption from liability ; any limitation of liability or any division of liability ;
- (3) the kinds of injury for which damages can be awarded ;
- (4) the measure of damages, but excluding all questions of multiple damages ;
- [(5) the question whether a right to damages may be assigned or inherited ;]
- (6) the liability of a principal for the acts of his agent or of an employer for the acts of his employee ;
- (7) the burden of proof insofar as the rules of the applicable law in respect thereof pertain to the law of liability ;
- (8) rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement of a period of prescription of limitation, and the interruption and suspension of this period.

NOTE : This formulation is based upon provisions found in a number of Hague Conventions, e.g., Article 8 of the Convention on the Law Applicable to Products Liability.

Issue No. 5 has been placed in brackets because of doubt as to whether it should be included.

Most of what is here said is thought to be self-explanatory.

Issue No. 3 refers to the interests that are entitled to legal protection. For example, can a husband recover for the alienation of the affections of his wife ?

Article 8 of the above-cited Hague Convention provides that the law selected by the Convention should determine « the persons who may claim damages in their own right. » This provision has not been included here. The reason is that there may be situations where the applicable law would give a right of action to some sort of association which was not recognized by the forum as being a legal entity with the capacity to sue. Does this sort of problem justify omission of the provision ?

ARTICLE V

The rules set forth in Articles II and III need not be applied when to do so would be manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the state of the forum.

La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique

(à l'exception des textes émanant des organisations internationales)

(Septième Commission)

Rapport provisoire

Michel Virally

1. La Septième Commission¹ a été instituée par le Bureau au début de 1978 pour examiner « la distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) ».

Votre rapporteur a établi un exposé préliminaire, accompagné d'un questionnaire, qui a été adressé aux membres de la Commission le 2 mai 1979. Huit de ceux-ci lui ont adressé leurs observations (qu'on trouvera en annexe au présent rapport provisoire).

2. Le thème confié à la Septième Commission est extrêmement vaste, puisque des textes internationaux sont pris dans tous les domaines des relations internationales, sans exception, et intéressent, par conséquent, tous les secteurs du droit international. Par son caractère abstrait, il se présente presque comme une question de doctrine, alors même que ses incidences pratiques sont évidentes. Son sens et sa portée ne se laissent donc pas déterminer facilement, ni sans discussion, ce qui souligne sa complexité. Le libellé choisi par le

¹ La Septième Commission est composée de M. Michel Virally, *rapporteur* ; de M. Ago, Mme Bastid, MM. Bindschedler, El Erian, Lachs, Münch, Sahovic, Schachter, Tunkin, Zemanek, membres. Notre regretté confrère Haraszi en était également membre et a participé aux premiers travaux de la Commission.

Bureau montre assez la difficulté de l'enfermer dans une formule simple.

Pour cette raison, l'exposé préliminaire a essayé, tout à la fois, de présenter une première réflexion, encore très provisoire, sur les aspects théoriques de la distinction entre les deux catégories de textes et sur les critères susceptibles d'être retenus pour l'opérer dans la pratique. Plutôt que de tenter de parvenir à des conclusions précises sur ces deux points, ce qui eût été prématuré et dangereux à ce stade tout à fait préliminaire de la recherche, il s'agissait d'introduire les questions posées aux membres de la Commission, qui portaient essentiellement sur les limites de l'enquête à entreprendre et, accessoirement, sur quelques questions de méthode.

3. A la session d'Athènes (1979), un premier échange de vues a eu lieu au sein de la Commission sur les problèmes soulevés dans l'exposé préliminaire. Le débat était facilité par les premières réponses déjà adressées au rapporteur.

Le libellé du sujet, tel qu'il a été arrêté par le Bureau, ayant fait l'objet de critiques, notamment de la part de Mme *Bastid*, qui souhaitait qu'il fût plus précis, afin de mieux limiter la recherche, une autre rédaction a été recherchée. L'unanimité n'ayant pu se faire, la question a été renvoyée à plus tard.

4. La discussion d'Athènes a mis en lumière, une fois encore, la difficulté de cerner exactement le sujet. Bien que les réponses données par les membres de la Commission aux questions posées dans l'exposé préliminaire fassent apparaître une convergence assez remarquable sur la plupart des points, il subsiste une zone d'incertitude qu'il est nécessaire de dissiper avant d'aborder les questions de fond, qui feront l'objet des parties suivantes, consacrées à l'examen et à l'interprétation de la pratique.

I. — LE SENS ET LA PORTÉE DU THÈME

5. Les questions posées dans l'exposé préliminaire peuvent être regroupées autour de quatre problèmes généraux, dont deux relatifs à l'objet même de la recherche, qui ont provoqué des réflexions générales extrêmement stimulantes dans plusieurs réponses, indépendamment des réponses ponctuelles aux questions posées, et deux relatifs aux questions de méthode :

1) Le sens de l'expression « textes internationaux », ce qui recouvre, compte tenu de l'exclusion résultant déjà de la parenthèse figurant dans le libellé du sujet : a) l'inclusion ou l'exclusion des textes « non conventionnels » (Question 1) ; b) l'inclusion ou l'exclusion des résolutions des conférences internationales, quelle que soit leur dénomination (Questions 4, 5, 6 et 8) ; c) l'inclusion ou l'exclusion des accords conclus par ou au sein des organisations internationales (Questions 3 et 7) ;

2) Le sens et la portée de l'expression « textes de portée juridique » (Questions 11, 13 et 14) ;
et, sur le plan de la méthode :

3) L'intérêt d'une comparaison avec les droits internes (Question 9) ;

4) L'intérêt d'approfondir la notion d'engagement moral ou politique (Question 10).

Ces points seront successivement repris ci-après.

1. Sens de l'expression « textes internationaux »

a) Inclusion ou exclusion des « textes non conventionnels »

6. C'est sur ce point que, en apparence tout au moins, les réponses des membres de la Commission sont les plus dispersées et même contradictoires.

La question posée demandait si l'expression figurant dans le libellé du sujet devait être comprise dans un sens large, s'étendant à la fois aux textes conventionnels et aux textes non conventionnels. Sa signification était éclairée par l'étude préliminaire, qui avait considéré assez longuement la situation des actes unilatéraux, qu'ils aient un ou plusieurs auteurs, et avait évoqué également la notion d'actes « concertés ».

7. La majorité des membres de la Commission ayant répondu estiment que l'expression « textes internationaux » doit être prise dans un sens large. M. *Bindschedler* insiste sur l'utilité d'y inclure spécifiquement les actes unilatéraux et consacre ses remarques finales à une analyse des questions à examiner à leur propos.

Au contraire, M. *Sahovic* pense que l'expression définie pour englober actes conventionnels et actes non conventionnels est trop large. Mme *Bastid* et notre regretté confrère *Haraszti*, de leur côté,

estiment qu'il faut exclure les actes unilatéraux, qui, à leur avis, posent des problèmes très différents de ceux des actes établis par accords entre Etats (*Mme Bastid*), qui risqueraient de faire dévier la Commission de sa mission principale (*M. Haraszti*).

8. Ces différences d'opinion illustrent la complexité du thème confié à la Septième Commission.

Par sa nature, ce thème incite à rechercher la réalité juridique au-delà des apparences et implique donc le dépassement des catégories formelles. Il s'agit, en effet, de se demander si un certain texte qui, formellement, se présente comme un acte juridique bien identifié — par exemple un traité — n'est pas, en réalité, dépourvu de portée juridique, soit totalement, soit en certaines de ses parties. Inversement, il y a lieu d'examiner si un autre texte, dépourvu des formes auxquelles on attache habituellement une qualification juridique, ne produit pas néanmoins des effets de droit.

Il semble dès lors nécessaire de ne pas s'arrêter aux catégories juridiques habituelles et d'éviter toute idée préconçue, pour étendre aussi largement que possible les investigations, sans s'en tenir aux seuls textes conventionnels et sans même excepter les textes que le juriste néglige généralement, à commencer par la plupart des actes unilatéraux.

8 bis. En avançant cette remarque, le rapporteur ne croit pas aller à l'encontre des vues exprimées par certains membres de la Commission. *Mme Bastid* fait elle-même finement observer qu'il ne convient pas, dans ce contexte, de parler de « textes conventionnels », « puisque l'un des objectifs est de considérer des accords n'aboutissant pas à une « convention » au sens traditionnel du terme ».

Il n'en reste pas moins que le problème posé est fondamental pour le déroulement de notre recherche et doit être examiné sous tous ses aspects.

9. La question soumise à la Septième Commission, si elle est prise dans toute son ampleur et toute sa complexité, recouvre en réalité trois séries de problèmes bien distincts.

Le premier est celui des effets éventuellement produits par un texte émanant de deux ou plusieurs auteurs dans leurs rapports mutuels. Sont en cause ici les actes conventionnels, mais aussi des actes « concertés » (suivant la terminologie utilisée par *Mme Bastid* et rappelée dans l'étude préliminaire), ou « infra-conventionnels », si

on veut bien admettre ce terme et envisager la possibilité d'existence de tels actes.

Le second problème est celui des effets éventuellement produits à l'égard de tiers par un texte émanant d'un ou plusieurs auteurs. Il recouvre évidemment la question de la valeur juridique des actes unilatéraux (émanant d'un auteur unique — qui peut être un organe collégial — ou de plusieurs : les actes conjoints), mais englobe aussi celle des traités contenant des clauses visant des tiers : la question de l'effet relatif du principe *pacta sunt servanda*, ou de la stipulation pour autrui.

Le troisième problème, enfin, concerne l'entrée en vigueur et la validité des actes juridiques internationaux : à quel moment un texte dépourvu de portée juridique parce que les formalités nécessaires pour qu'il crée des droits et obligations n'ont pas été remplies va-t-il devenir un texte « ayant une portée juridique » ?

10. Ces trois séries de problèmes — on le constate à leur seul énoncé — sont nettement différents. Par conséquent, ils ne peuvent pas être utilement — et rationnellement — réunis dans la même étude. *A fortiori* faut-il éviter de les confondre. La distinction, sur ce point, n'avait probablement pas été faite avec assez de clarté dans l'étude préliminaire, ce qui explique les réactions divergentes des membres.

Pour autant, ils ne peuvent pas être rigoureusement séparés et encore moins traités en ignorance l'un de l'autre.

11. Le troisième problème (conditions de validité et d'entrée en vigueur) doit certainement être mis à part et n'intéresse pas en tant que tel notre Commission.

La question ne doit cependant pas être totalement ignorée. En effet, comme il a été dit plus haut, le fait qu'un texte soit dépourvu d'effets juridiques peut venir simplement de ce qu'un certain nombre d'opérations formelles relatives à sa mise en vigueur n'ont pas encore été accomplies, et non pas de sa nature propre.

Le facteur temps se trouve, sous ce biais, introduit dans notre réflexion. Il a été évoqué avec beaucoup de pertinence et de subtilité par M. *Schachter*, en des termes sur lesquels je reviendrai. M. *Schachter* pense notamment au problème de la formation de la coutume qui peut, avec le temps, modifier la valeur juridique de textes intervenus avant qu'elle ait pris forme ou se soit définitivement établie, mais

ses remarques valent également pour l'histoire d'un texte adopté dans le cadre d'une procédure de conclusion d'un traité.

12. Même si notre recherche ne doit pas méconnaître totalement les questions évoquées au paragraphe précédent, celles-ci restent très marginales et n'introduisent donc pas de perturbation dans la définition du thème. Il en va autrement de la seconde série de problèmes.

Les effets juridiques éventuellement produits par un acte à l'égard de sujets de droit autres que le ou les auteurs de cet acte ont fait l'objet d'études spécifiques. Il s'agit là de questions bien définies et bien connues : d'une part, celle des effets juridiques des actes unilatéraux et, d'autre part, celle de la stipulation pour autrui dans les traités. Cette dernière question a, d'ailleurs, été codifiée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Apparemment ce thème — et surtout la question de la stipulation pour autrui — n'a pas été retenu par le Bureau. Mais il n'a pas été non plus totalement écarté.

13. L'exclusion expresse des textes émanant des organisations internationales est une première indication en ce sens. Cette exclusion ne se comprend vraiment (nous y reviendrons) que si elle vise les résolutions des organisations internationales (sujet attribué à la 13^e Commission), qui constituent les principaux textes émanant de ces organisations et, à coup sûr, les plus spécifiques. Si le Bureau avait entendu exclure totalement les actes unilatéraux du mandat de notre Commission, cette précision eût été superflue, puisque les résolutions sont des actes unilatéraux, au moins formellement.

14. On voit mal comment il aurait pu en être autrement. Beaucoup de textes ont une nature incertaine. Il est impossible de décider *a priori* et avant un examen sérieux s'ils constituent des actes conventionnels ou des actes unilatéraux. Pour en décider, il se peut qu'il soit nécessaire de déterminer d'abord s'ils ont ou non une portée juridique. Inversement, dans certains cas, après avoir constaté qu'un texte est dépourvu de portée juridique, il faudra peut-être se demander si cette absence d'effet de droit tient au fait qu'il s'agit d'un acte unilatéral et non d'une convention, ou à une autre raison.

D'un autre côté, comme on le sait, beaucoup d'auteurs admettent qu'un acte émanant d'un seul auteur peut produire des effets juridiques seulement sur la base d'un accord tacite entre l'auteur de l'acte et son destinataire. C'est aussi la position prise par la Conven-

tion de Vienne à propos des effets des traités à l'égard des tiers, qui trouveraient leur fondement dans un accord collatéral, implicite ou explicite. On ne peut exclure qu'il n'en aille pas de même pour les actes unilatéraux, au moins dans certaines circonstances, ou pour certains d'entre eux.

15. Si on en vient maintenant à la première des questions énumérées au paragraphe 9 ci-dessus, on constate qu'il s'agit d'une question neuve, dans la mesure où elle laisse supposer que des textes (ou parties de texte) constituant formellement des traités pourraient être dépourvues d'effets juridiques.

On sait par l'étude exploratoire de notre collègue *Fritz Münch* que c'est précisément cette interrogation qui a été à l'origine du choix du sujet par le Bureau. Incontestablement c'est là que se trouve le centre de gravité de notre thème².

Mais cette question comporte aussi un envers : il se peut, en effet, que des textes résultant d'accords qui ne constituent pas des traités produisent des effets juridiques entre leurs auteurs. Et, parmi eux, il peut en être ainsi de textes communément qualifiés d'actes unilatéraux.

16. Nous retrouvons ici l'orientation déjà signalée : l'exigence imposée par notre sujet de dépasser les apparences, dans une multiplicité de textes, pour retrouver la réalité juridique.

Nous retrouvons aussi, sous un angle inattendu, la question des actes unilatéraux.

17. Au terme de cette analyse, une conclusion semble s'imposer. C'est qu'il existe deux séries de problèmes qui, tous deux, peuvent être placés dans le champ de la recherche, telle qu'elle est définie par son actuel intitulé, mais qui ne forment pas une unité.

Le premier concerne les effets juridiques éventuellement produits par des textes à l'égard d'autres sujets de droit que leur ou leurs auteurs. La question des stipulations pour autrui est un peu à part, puisque celles-ci figurent dans des traités valables (mais les clauses qui les contiennent peuvent être dépourvues de tout effet juridique entre les parties et donc être totalement dépourvues de

² L'étude exploratoire établie par le professeur Münch est publiée en annexe à l'exposé préliminaire (Annexe III, p. 307 ss.).

portée juridique si elles ne produisent pas de tels effets à l'égard des tiers qu'elles visent). Mais ceci englobe, en tout cas, toute la « théorie » des actes unilatéraux en droit international.

Le second problème concerne les effets juridiques produits par des textes ayant plusieurs auteurs (et résultant donc d'un accord entré eux) dans les relations mutuelles entre ces derniers. Il soulève la question de savoir : 1) si des textes de traités peuvent être dépourvus de portée juridique et 2) si des textes d'accords ne constituant pas des traités, au sens propre du mot, peuvent avoir une portée juridique.

18. Pour la clarté de la recherche, je propose d'éliminer le premier problème, dont l'intérêt est certain, mais qui est tellement vaste et important qu'il devrait faire l'objet d'un sujet confié à une autre commission, qui pourrait s'y consacrer de façon exclusive. Si la Septième Commission s'y engageait, elle risquerait soit de perdre de vue sa mission principale, comme la crainte en a été formulée, soit de devoir étaler son travail sur une période de temps excessivement longue, ce qui n'est pas souhaitable³.

On tiendrait compte ainsi des préoccupations de Mme *Bastid* et des autres membres de la Commission qui, à juste titre, estimaient que le thème de recherche confié à la Septième Commission était trop vaste et trop mal défini. Il n'en résulterait pas, pour autant, que les actes unilatéraux seraient exclus de nos travaux. Seuls seraient laissés de côté les actes à un seul auteur. Au contraire, tous les actes unilatéraux à plusieurs auteurs entreraient dans le champ de la recherche, mais sous un angle bien particulier : afin d'examiner s'ils ont une portée juridique dans les rapports entre leurs auteurs. On

³ Une solution alternative, que la Commission voudra peut-être aussi discuter, serait de diviser ses travaux en deux phases, la première étant consacrée, comme il est proposé ici, à l'examen de la portée juridique des textes internationaux dans les rapports mutuels de leurs auteurs, la seconde aux effets juridiques produits éventuellement par des textes internationaux envers des tiers.

Le rapporteur pense, néanmoins, que c'est là un sujet très différent de celui que le Bureau avait à l'esprit en créant la Septième Commission et qu'il serait donc préférable de lui renvoyer le soin de décider s'il y a lieu d'étudier cette question et de désigner, dans l'affirmative, la commission qui s'en occuperait.

ne négligerait pas, de ce fait, un aspect du problème dont l'intérêt a été souligné par plusieurs membres de la Commission⁴.

19. La précision apportée au mandat de la Septième Commission justifierait une modification des termes de ce mandat qui, tel qu'il est actuellement rédigé peut être compris, on l'a vu, de façon plus large et reste donc marqué d'une certaine ambiguïté. Un libellé correspondant plus exactement au thème qui vient d'être défini pourrait être : « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (dans les rapports mutuels entre leurs auteurs) », ou, mieux encore : « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus ».

b) *Inclusion ou exclusion des résolutions des conférences internationales*

20. Tous les membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire sont favorables à l'inclusion des résolutions des conférences internationales dans le champ de la recherche⁵. Cette réponse s'étend à toutes les résolutions, quelle que soit leur dénomination et qu'elles soient attribuées formellement à la conférence ou aux Etats

⁴ La distinction entre textes produisant des effets dans les relations entre leurs auteurs et ceux qui visent les tiers peut être parfois délicate. Il est très habituel, en effet, qu'un texte ayant une portée *erga omnes*, ou visant un acte à accomplir à l'égard de tiers, ou même des relations avec des tiers, produise aussi et en même temps des effets *inter partes*. C'est évident, par exemple, pour une déclaration de principes, dans la mesure où les principes proclamés peuvent trouver application dans les rapports entre les auteurs de la déclaration. L'art. 5 du Traité de Prague entre l'Autriche et la Prusse, cité dans l'étude exploratoire de M. Münch (p. 3), sur la restitution de certains districts du Slesvig au Danemark constitue un engagement pris par la Prusse vis-à-vis de l'Autriche. De même intéresse les rapports entre les parties l'art. 4 du même traité sur la Confédération du Sud.

En revanche, la distinction entre les effets produits par un texte *inter partes* ou vis-à-vis des tiers ne soulève aucune difficulté.

⁵ M. Zemanek a répondu par l'affirmative à la quatrième question qui demandait s'il fallait exclure les recommandations des conférences internationales, mais il semble que ce soit par inadvertance, ses réponses aux questions 5, 6 et 7 montrant qu'il est favorable à l'inclusion de ces textes.

participants. Certains membres ont, d'ailleurs, émis des doutes quant à la signification ou la validité des distinctions suggérées par votre rapporteur entre diverses catégories de résolutions.

21. Cette unanimité s'explique, semble-t-il, parce que les adversaires d'une inclusion des actes unilatéraux dans le mandat de la Commission considèrent que les résolutions des conférences internationales n'en constituent pas, à la différence des résolutions des organisations internationales.

Comme l'explique Mme *Bastid*, les recommandations des conférences internationales ne reposent pas sur une constitution ayant défini la compétence de l'organe qui fait une recommandation. Elles constituent une action concertée des Etats siégeant dans la conférence. La même opinion est exprimée par M. *Bindschedler*, pour lequel une conférence n'est rien d'autre qu'une réunion des délégués des Etats. Il en va de même pour M. *Haraszti*, qui souligne que les conférences n'ont pas la personnalité juridique internationale. Les mêmes arguments se retrouvent dans les réponses de MM. *Lachs* et *Sahovic*.

22. Malgré l'autorité impressionnante de ces avis, le rapporteur continue à éprouver beaucoup de difficultés à séparer de façon rigoureuse les recommandations des organisations internationales de celles des conférences.

Il est vrai que les organes des organisations tirent leur autorité et leur compétence d'un acte constitutif, ce qui n'est pas le cas des conférences. Mais cela ne vaut, de façon directe et immédiate, que pour les organes constitutionnels, à la différence des organes subsidiaires qui, quelle que soit leur importance — je pense en particulier à la C.N.U.C.E.D. — ont été créés par voie de résolution. Les conférences internationales, d'autre part, sont de plus en plus fréquemment convoquées par une organisation internationale, qui détermine leur mandat — et donc leur compétence — par voie de résolution également. La différence tirée de l'origine tend donc à s'estomper, sinon à disparaître.

C'est un fait, d'autre part, que l'acte constitutif des organisations internationales s'abstient généralement de définir la valeur juridique des recommandations prises par leurs organes, sauf cas particuliers. Sur ce plan également, il n'y a pas de différence substantielle entre organisations et conférences.

23. Les conférences internationales n'ont certainement pas de personnalité juridique, alors qu'une telle personnalité est généralement reconnue à la plupart des organisations. Mais cette différence importe-t-elle ?

La question de la personnalité juridique est fondamentale dès qu'il est question de capacité, c'est-à-dire de l'aptitude d'une entité à être titulaire de droits et d'obligations dans ses relations avec un tiers, ou à faire un acte juridique destiné à créer, à modifier ou à abroger de tels droits et obligations. C'est à propos d'un tel problème que la Cour internationale de Justice a été amenée à se prononcer sur la personnalité juridique de l'O.N.U. dans son célèbre avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies (Rec. 1949, p. 174). C'est uniquement en fonction de telles hypothèses qu'elle s'est prononcée.

Une recommandation n'a pas pour objet d'affirmer ou d'établir des droits ou des obligations de l'organisation vis-à-vis de ses membres, même lorsque, exceptionnellement, elle porte sur les relations de ses membres avec elle. Le plus souvent, elle s'occupe des relations des membres entre eux, ou avec des Etats tiers, ou avec les particuliers soumis à leur autorité. C'est la raison pour laquelle l'autorité de la recommandation n'est pas déterminée par rapport à la personnalité juridique de l'organisation, mais par rapport aux textes qui définissent ses pouvoirs et sa compétence. Et il en va ainsi également des résolutions en général, y compris les résolutions qui, de façon exceptionnelle, créent une obligation à la charge des Etats vis-à-vis de l'organisation (obligations financières) : il suffit que ce pouvoir soit défini par l'acte constitutif. La question de la personnalité ne prendra de l'importance que pour déterminer la capacité à recevoir un paiement et à devenir propriétaire des fonds versés (mais ce pourra être une simple personnalité de droit interne).

24. On doit admettre, enfin, qu'une conférence, convoquée seulement pour s'occuper d'un objet déterminé et qui disparaît dès la fin de la ou des sessions prévues par l'acte de convocation n'est qu'une simple réunion de représentants d'Etats.

Mais, lorsqu'elle se dote d'un règlement intérieur et d'organes (président, bureau, secrétaire général, commissions, etc.), dispose d'un secrétariat et, surtout, prend ses décisions à la majorité, les différences entre une conférence et un organe temporaire deviennent

indiscernables. Il est difficile, en tout cas, d'attribuer formellement aux Etats participants une décision de la conférence adoptée par un vote majoritaire.

25. Pour toutes ces raisons, j'ai tendance à penser que les différences séparant les recommandations (et, plus généralement, résolutions) des organisations internationales de celles des conférences internationales sont assez immatérielles, sauf dans le cas où les décisions adoptées au cours d'une conférence sont formellement imputées aux Etats qui les ont approuvées (ce qui est souvent le cas de l'Acte final).

De ce fait, j'éprouvais beaucoup d'hésitation à inclure dans notre recherche les recommandations et résolutions des conférences internationales, alors que les résolutions des organisations internationales étaient clairement exclues de notre mandat. Cette hésitation était renforcée par la considération que ce mandat enjoignait implicitement à la Commission d'aller au-delà des apparences, des catégories formelles, pour saisir la réalité juridique qui se dissimule derrière elles. La distinction résolutions des conférences internationales - résolutions des organisations internationales me semblait être le type même de la distinction formelle.

26. C'est là un avantage supplémentaire que je trouverais, pour ma part, à la modification du mandat de notre Commission. En faisant disparaître la parenthèse excluant les textes émanant des organisations internationales, nous retrouvons la possibilité d'examiner la portée juridique éventuelle des résolutions des organisations internationales *dans les relations entre les Etats qui ont manifesté leur accord à leur sujet*, parallèlement à la même enquête effectuée, conformément aux vœux des membres de la Commission, à propos des résolutions des conférences internationales.

En revanche, et sur la base de ce qui a été dit plus haut, on n'examinerait pas la portée juridique éventuelle des recommandations des conférences internationales en tant qu'actes unilatéraux vis-à-vis des tiers (ni, bien entendu, le même problème pour les résolutions des organisations internationales, en respectant le mandat de la 13^e Commission).

Cette solution donnerait beaucoup plus de cohérence au sujet confié à notre Commission, en réservant un sort identique à toutes les situations comparables.

c) *Inclusion ou exclusion des accords conclus au sein des organisations internationales ou par elles.*

27. L'ensemble des membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire sont d'accord pour inclure dans le champ de la recherche les actes « concertés » adoptés par les membres des organisations internationales (c'est-à-dire les actes représentant un accord entre les membres, ou certains d'entre eux). Tout en reconnaissant l'intérêt de cette inclusion, M. *Münch* préférerait les laisser de côté provisoirement, pour ne pas avoir à scruter les constitutions des organisations internationales, qui peuvent comporter des dispositions sur ce point. Sa position tient donc davantage à des raisons pratiques qu'à des raisons de fond.

28. Votre rapporteur se sent renforcé par cette réponse dans sa conviction qu'il faut inclure aussi dans la recherche les actes des organisations internationales exprimant un accord entre les membres : c'est, en effet, sous cet angle spécifique et sous cet angle seulement qu'il estime devoir prendre les résolutions en considération.

Il s'agit de savoir si et dans quelle mesure un acte d'un organe international, formellement adopté sous forme de résolution, constitue en réalité un acte concerté, ou négocié, c'est-à-dire finalement un accord entre ses membres (ou certains d'entre eux) et dans quelle mesure il peut, en tant que tel, avoir une portée juridique dans les relations entre ces Etats membres, tout à fait indépendamment de l'autorité formelle qui peut être la sienne en tant que résolution de l'organisation, vis-à-vis de tous les Etats membres (ou d'Etats tiers), et sans considération de la position que ceux-ci ont pu adopter à l'égard de son adoption.

29. Il se peut, évidemment, que des accords soient conclus au sein d'une organisation autrement que sous la forme d'une résolution. De tels accords doivent également être examinés. Mais l'existence d'un accord entre Etats, susceptible de produire certains effets de droit entre ces Etats, ne doit pas être masqué par le fait qu'on ait dû lui donner la forme d'une résolution.

30. Quant aux accords passés par les organisations internationales, ils ont suscité des réactions diverses.

La majorité des membres ayant répondu se sont prononcés pour l'exclusion des traités conclus par les organisations internationales

(Mme Bastid, MM. Bindschedler, Sahovic, Zemanek). D'autres se sont prononcés pour leur inclusion (MM. Haraszti, Lachs, Schachter). M. Münch laisse la question ouverte.

Un examen plus attentif de ces réponses montre qu'elles ne portent pas toutes sur les mêmes points. Ces divergences tiennent peut-être à la façon dont la question était posée : sa complexité a amené les membres à mettre l'accent davantage sur certains aspects et à en ignorer d'autres, de façon variable, suivant les intérêts propres à chacun.

31. Pour plusieurs d'entre eux, les traités des organisations internationales doivent être laissés de côté parce qu'ils ne posent pas de problèmes particuliers, différents de ceux des traités inter-étatiques (Mme Bastid, M. Bindschedler), mais c'est le même argument qu'invoquent d'autres membres (M. Haraszti) pour les inclure. Les premiers demandent d'ailleurs que l'exclusion qu'ils recommandent ne touche pas les accords conclus entre gouvernements dans le cadre des organisations.

Il semble donc que, de part et d'autre, on estime que les traités conclus par les organisations internationales doivent avoir le même sort, dans notre recherche, que les traités entre Etats : ceux-ci ne justifient pas un examen particulier lorsqu'ils ne présentent pas de particularités et obéissent tout simplement à *pacta sunt servanda*. En revanche, toute clause d'un traité qui semble dépourvue de portée juridique mérite attention. Et de même que les accords entre Etats, quelle que soit leur forme, qui ne se présentent pas comme des traités, doivent être analysés avec soin, la même solution doit être adoptée pour les accords du même type auxquels sont parties des organisations internationales.

32. En d'autres termes, le fait qu'une organisation internationale soit partie à un accord (ou même qu'un accord soit conclu seulement entre des organisations internationales) n'est ni un motif d'exclusion, ni un motif d'inclusion de cet accord dans notre enquête. C'est là un fait indifférent.

Il restera à voir si, dans la pratique, on rencontre un très grand nombre d'accords auxquels des organisations internationales sont parties, qui rentrent dans le cadre de notre enquête par leurs particularités, et dont l'analyse implique un examen des actes constitutifs, comme le redoute M. Münch. Si tel était le cas, on pourrait en faire

une catégorie à part, à examiner à un stade plus avancé des travaux de la Commission. Dans l'hypothèse contraire, il ne semble pas utile de leur réserver un traitement spécial. Il n'y a donc pas lieu de prendre une position *a priori* sur ce point.

Conclusions

33. Sur la base des analyses précédentes, la proposition de votre rapporteur est :

(i) de faire porter la recherche sur les textes qui résultent d'un accord entre plusieurs sujets de droit international, quelle que soit leur qualification juridique formelle : traités, actes concertés, actes unilatéraux conjoints, textes conjoints dépourvus de qualification juridique précise (tels que les communiqués de presse), sans exclure les textes émanant des conférences et des organisations internationales (mais en excluant, évidemment, les actes émanant d'un seul auteur) ;

(ii) de rechercher quels sont ceux d'entre eux qui ont une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs (identifiés comme les parties à l'accord dont ils sont issus) et quels sont ceux qui en sont dépourvus, ainsi que le ou les critères qui permettent de faire cette distinction et, éventuellement, son fondement et sa raison d'être ;

(iii) d'écarter de la recherche la question de savoir si ces textes peuvent avoir une portée juridique à l'égard d'autres sujets de droit que leurs auteurs (tels que définis ci-dessus).

34. Il va de soi que la recherche définie au point (ii) ci-dessus n'a de sens que si elle se propose de montrer que la réalité juridique ne correspond pas aux apparences, c'est-à-dire à ce qui pouvait être attendu des seuls aspects formels du texte : de montrer qu'un texte conventionnel n'a pas de portée juridique, ou encore qu'un texte qui ne semble pas constituer un traité est doté d'une portée juridique.

Il va de soi également que les constatations auxquelles on parviendra peuvent être différentes pour les diverses parties d'un texte déterminé. Il est difficile de concevoir un traité dont toutes les dispositions seraient dépourvues d'effet juridique. On serait fondé à considérer qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un véritable traité, même si les conditions de son adoption peuvent laisser croire le contraire. La question, en tout cas, mériterait d'être posée. En revanche, on peut

beaucoup plus facilement admettre que certains articles, ou certaines clauses dans un article d'un traité ne produisent pas d'effet juridique, malgré le principe d'interprétation de l'effet utile. Il se peut aussi que, dans un texte qui, de façon générale, apparaît comme dépourvu de portée juridique, ait été glissée une disposition isolée qui en est pourvue.

35. Si la Commission suit son rapporteur sur ces conclusions, il conviendrait alors de demander au Bureau de modifier le libellé du sujet, qui ne correspondrait plus exactement à la recherche qui vient d'être définie. La rédaction suivante pourrait être retenue : « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus ».

2. *Sens de l'expression « textes de portée juridique »*

36. Les membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire ont marqué sur ce point des hésitations qui montrent la difficulté de parvenir à une définition satisfaisante.

Votre rapporteur est parti de deux idées. La première est que la portée juridique éventuelle d'un texte ne peut pas être appréciée uniquement au point de vue de la création (modification, abrogation) d'obligations juridiques, comme on est incité à le faire, par exemple, lorsqu'on parle de textes obligatoires ou non obligatoires, ou de « *non binding agreements* ». Il suggérait de parler plutôt d'« effets de droit », ces effets pouvant être autres que la création (modification, abrogation) d'obligations juridiques : habilitation, attribution d'un statut juridique, confirmation ou consolidation d'une situation juridique, etc.

La seconde idée portait sur la relation qui devait être établie entre le texte et l'effet juridique produit. Un texte est toujours l'expression d'une pensée et, éventuellement, l'expression d'une volonté ou d'une intention. L'effet juridique qui nous intéresse est, d'après votre rapporteur, celui qui correspond à cette pensée, à cette volonté, à cette intention. En revanche, l'effet juridique attaché par le droit à un fait — qui peut être l'adoption d'un texte — sans relation avec ce qui a été voulu par les auteurs de ce fait — ou de ce texte — ne nous intéresse pas. Notre Commission n'est pas concernée, par exemple, par l'obligation de réparer que le droit international de la

responsabilité peut mettre à la charge de l'auteur d'un texte parce que ce texte constitue un acte illicite. La question de savoir si un texte déterminé constitue ou non un précédent auquel le droit international attache de l'importance dans le déroulement d'un processus coutumier qui le dépasse ne fait pas davantage partie de notre enquête.

37. C'est dans cet esprit que votre rapporteur avait formulé sa seconde question, demandant si l'expression « textes de portée juridique » devait être comprise comme s'étendant à tous les textes produisant des effets de droit voulus par leurs auteurs, quels que soient ces effets.

Ainsi rédigée, la question a appelé une réponse positive de la plupart des membres de la Commission qui se sont exprimés, mais aussi des réserves de la part de certains d'entre eux. Mme *Bastid* a estimé que la recherche de la volonté des auteurs d'un texte était pratiquement « insoluble » et conduirait, en tout cas, à des « appréciations extrêmement difficiles ». M. *Münch* s'est demandé si l'on devait présupposer que ces effets avaient été voulus par les auteurs. M. *Schachter* a pensé qu'il fallait aller au-delà des textes dont l'intention est de produire des effets juridiques.

38. Des hésitations et des divisions plus marquées encore se sont manifestées à propos des questions 11, 12 et 13, qui touchaient de façon plus précise aux causes des effets de droit produits par un texte, ou par un engagement consigné dans un écrit.

A la question de savoir si un engagement non juridique peut entraîner néanmoins certains effets de droit, dérivant par exemple du principe de bonne foi ou de l'estoppel, la plupart des membres de la Commission qui se sont exprimés répondent affirmativement (MM. *Münch*, *Sahovic*, *Zemanek*) ou estiment que c'est, en tout cas, une question à voir (Mme *Bastid*, MM. *Bindschedler*, *Lachs*, *Schachter*). M. *Münch*, tout en étant affirmatif, précise cependant que ce ne serait pas un texte de portée juridique, et la même opinion est professée par MM. *Harazti*, *Sahovic* et *Zemanek*, si cet effet est attribué seulement par une règle de droit international général.

La conclusion logique de cette opinion est que la Commission n'a pas à s'occuper de la question de savoir si le principe de bonne foi ou l'estoppel peut faire produire certains effets de droit à des textes qui, par ailleurs, sont dépourvus de portée juridique, puisque cela ne change pas leur nature.

39. C'est aussi mon sentiment en ce qui concerne l'estoppel, dont le jeu tient aux apparences qui ont été créées et auxquelles un tiers a pu se fier de bonne foi, et qui sert à protéger ce dernier (cf. *Antoine Martin*, *L'estoppel en droit international public*, Paris 1979). Il s'agit donc d'un mécanisme qui « greffe » en quelque sorte un effet juridique sur un acte qui n'était pas destiné à le produire.

La question perd d'ailleurs beaucoup de son intérêt, si la Commission limite son enquête aux effets produits dans les relations mutuelles entre les auteurs d'un texte : l'estoppel vise, en effet, à protéger un tiers victime d'une apparence créée par un autre : une telle situation apparaîtra rarement entre les co-auteurs d'un texte.

40. En revanche, j'hésiterais à prendre la même position en ce qui concerne le principe de bonne foi, et suis encouragé dans la voie contraire par l'une des très pénétrantes remarques présentées par *M. Schachter* avant de répondre au questionnaire. Celui-ci se demande si la reconnaissance par les Etats qu'un texte non juridique (tel qu'un *gentlemen's agreement* ou une déclaration conjointe) devrait être exécuté de bonne foi n'entraîne pas comme conséquence que ce texte devrait être considéré comme ayant une portée juridique, du fait que la bonne foi est un principe de droit international public.

41. Cette remarque de *M. Schachter* l'amène à poser deux questions de très grande signification pour notre recherche. La première est celle de la raison d'être, du but de la classification des textes internationaux en « textes de portée juridique » et « textes dépourvus de portée juridique ». La seconde est celle de savoir si cette classification binaire est appropriée dans tous les cas : pour reprendre ses termes : « one may need to think in terms of a spectrum or several intermediate categories ».

L'idée de catégories intermédiaires est renforcée par deux autres remarques du même auteur. La première tient à l'intervention du facteur temps. Le développement d'un processus coutumier ne peut-il pas faire considérer comme l'expression de la *lex lata* un texte qui, à l'origine, n'était pas supposé avoir une portée juridique ? Un texte peut donc passer d'une catégorie à l'autre avec le passage du temps (et, dans ce cas, le développement d'un processus coutumier). D'autres hypothèses peuvent être imaginées, comme une déclaration politique destinée à établir ou éviter une obligation juridique dans l'avenir.

Une dernière remarque concerne le fait que les parties à des

engagements considérés comme non juridiques sont fondées à faire des représentations à une partie qui ne respecte pas ces engagements. N'est-on pas, ici encore, dans une catégorie intermédiaire ?

42. On pourrait reprendre cette interrogation à propos de la question posée dans le questionnaire (12) sur le point de savoir si un traité doit être considéré comme dépourvu de portée juridique en raison du caractère vague et non contraignant de ses stipulations.

Les membres de la Commission sont très divisés sur ce point. M. *Münch* et M. *Bindschedler* pensent que oui (le second avec des exceptions). Mme *Bastid*, MM. *Harazsti*, *Lachs*, *Sahovic* et *Zemanek* pensent que non. M. *Schachter* estime difficile de se prononcer.

En revanche, avec des nuances, tous les membres qui se sont exprimés pensent que la question de savoir si une disposition déterminée d'un traité est ou non dépourvue de portée juridique est une question d'interprétation, ou d'abord cela (question 13). M. *Münch*, qui trouve difficile de répondre à cette question, estime que ce sera souvent, mais non pas toujours, une question d'interprétation.

43. Les deux séries de réponses ne sont pas contradictoires. L'interprétation porte, en effet, sur bien d'autres éléments que le degré de précision des termes employés et le degré des restrictions apportées en conséquence à la liberté d'action des parties. L'étendue des obligations en résultant est néanmoins un des principaux problèmes que l'interprétation a habituellement à résoudre.

Dans certains cas, on aboutira à la conséquence que cette étendue est pratiquement réduite à rien, même si elle n'est pas complètement nulle, ce qui suggère encore l'idée de catégories intermédiaires entre une « portée juridique » bien définie et identifiable et une totale absence de portée juridique.

Conclusions

44. Les difficultés révélées par la discussion qui précède renforcent votre rapporteur dans la conviction qu'il est expédient de reformuler le thème de notre Commission comme il a été dit plus haut. Si la recherche est centrée sur la question de la portée juridique des textes dans les rapports mutuels de leurs auteurs, une grande partie de ces difficultés se trouvent éliminées et le champ de la recherche est défini beaucoup plus clairement.

En particulier, on ne peut plus douter que la « portée juridique » en question est nécessairement liée à la pensée, à la volonté et aux intentions des auteurs du texte, puisqu'il s'agit de leurs relations mutuelles et qu'ils sont donc à la fois auteurs et destinataires des dispositions de ce texte. Toutefois, cela ne signifie pas, bien évidemment, que la portée juridique éventuelle du texte trouve nécessairement son origine dans cette volonté — il n'y a pas à tomber dans le volontarisme — ni qu'il soit nécessaire, dans tous les cas, de se lancer dans une enquête psychologique, toujours subjective et aléatoire, pour découvrir la véritable volonté des rédacteurs d'un texte, ou leurs intentions profondes.

45. De même, les réponses des membres de la Commission montrent que la notion de « portée juridique » doit être conçue de la façon la plus large possible, pour englober tout effet de droit produit par un texte.

46. Les autres conclusions touchent plutôt des questions de méthode. Elles sont au nombre de trois.

Il apparaît, en premier lieu, que la détermination du fait qu'un texte a ou n'a pas de portée juridique soulève certainement d'abord un problème d'interprétation du texte en question (puisque cet effet juridique dépend de son sens et des intentions qu'il révèle), mais ne se limite pas nécessairement à cela.

Il est important, en second lieu, de prendre en considération le facteur temporel. La nature d'un texte, au point de vue de sa portée juridique, peut varier au cours du temps, et il faut, par conséquent, être attentif à cette possibilité.

En troisième lieu, enfin, il ne suffit pas de rechercher les critères de la distinction entre textes ayant une portée juridique et textes qui en sont dépourvus, il faut aussi s'interroger sur la signification de cette distinction et se demander si elle est assez fine pour rendre compte de toutes les situations qui se rencontrent dans la pratique.

Les deux autres points soulevés par le questionnaire annexé à l'étude préliminaire prolongent la réflexion sur les questions de méthode et permettront de la pousser plus loin.

3. *L'intérêt d'une comparaison avec les droits internes*

47. La plupart des membres de la Commission qui se sont exprimés l'ont fait de façon négative sur ce point. Seul, M. Münch pense

que le phénomène du traité, ou de la convention, a un caractère très général et qu'il est donc légitime de rechercher une solution à partir du droit civil général, quitte à vérifier si les solutions trouvées sur ce plan sont transposables au droit international public. M. *Schachter* estime que les analogies peuvent être utiles et qu'on ne doit pas les exclure *a priori*. Mme *Bastid* opine dans le même sens, mais souligne aussi l'impossibilité d'une transposition, en l'absence d'un principe général de droit en la matière.

Ce sont ces difficultés de transpositions, dues aux différences fondamentales qui existent entre les relations internationales et les rapports de droit civil qui motivent aussi la méfiance des autres membres à l'égard d'une comparaison avec les droits internes.

48. Les discussions précédentes ont mis précisément en lumière à quel point les problèmes rencontrés dans les rapports entre Etats et Etats et organisations internationales diffèrent des questions dont s'occupe le droit civil, même si on s'en tient aux relations mutuelles entre les auteurs d'un texte.

Cette disparité ne permet pas de penser que, sur ce point particulier, l'étude du droit civil comparé puisse fournir une bonne base de départ. Pour autant, on ne peut pas exclure *a priori* l'intérêt que peut revêtir une comparaison avec ce droit, lorsque les problèmes spécifiques soulevés par la pratique internationale auront été bien identifiés.

La position de votre rapporteur serait donc de ne pas commencer par une étude systématique du droit interne, mais, au contraire, par une analyse de la pratique internationale et de se demander éventuellement, dans un second temps, à la lumière de cette analyse, si et dans quelle mesure les concepts du droit civil pourraient être de quelque secours pour résoudre les difficultés rencontrées.

4. *L'intérêt d'approfondir la notion d'engagement moral ou politique*

49. A cette question, la plupart des membres de la Commission ont répondu de façon affirmative, souvent même en soulignant avec force l'intérêt de cette recherche, dans laquelle certains d'entre eux voient un aspect essentiel de notre sujet. Seuls MM. *Lachs* et *Münch* se sont prononcés contre.

M. *Lachs* pense qu'il existe un « vaste monde » au-delà des engagements juridiques, qui ne se limite pas aux engagements moraux ou

politiques et qu'il serait difficile d'explorer. Il n'y a pas lieu non plus pour notre Commission d'expliquer les notions de moralité ou de politique. Sa crainte semble donc être de voir la Commission s'égarer dans des considérations philosophiques qui l'écarteraient à l'excès de sa tâche, qui est d'ordre juridique. M. Münch n'est pas très éloigné de cette position et estime lui aussi qu'il n'y a pas une simple dichotomie entre droit d'un côté, morale et politique de l'autre. En outre, il considère que nous sommes intéressés par des textes et non pas, en première ligne, par des engagements.

50. Votre rapporteur est convaincu, lui aussi, qu'il convient d'éviter toute réflexion purement philosophique, qui distrairait la Commission de sa véritable tâche, laquelle, indiscutablement, est une étude juridique. Mais ceci ne veut pas dire qu'il faille s'abstenir de toute exploration des engagements « moraux ou politiques ».

A son avis, la question doit être résolue à la lumière de la remarque déjà faite d'après laquelle notre enquête ne peut se borner à examiner les critères d'une distinction entre textes ayant une portée juridique (dans les relations mutuelles de leurs auteurs) et textes qui en sont dépourvus. Elle doit tendre aussi à déterminer la signification de cette distinction.

51. Comme nous le verrons un peu plus loin, la place prise dans les relations internationales contemporaines par les textes ne présentant, *prima facie*, qu'une portée purement morale ou politique⁶ est impressionnante. Il n'est pas excessif de dire que c'est là un des phénomènes marquants de la vie internationale d'aujourd'hui.

Face à ce phénomène, qui nous intéresse au premier chef, on ne peut s'empêcher de se poser la question : pourquoi cette prolifération ? Pourquoi des Etats qui auraient la possibilité de conclure des accords internationaux ayant une portée juridique bien déterminée prennent-ils cette voie ? Pourquoi se comportent-ils ainsi même lorsqu'ils prennent dans ces textes des engagements les uns envers les autres ? Quelle utilité trouvent-ils dans cette pratique et, en parti-

⁶ En utilisant ici l'expression de portée « morale ou politique », nous ne faisons que reprendre une terminologie courante et qu'on peut considérer comme consacrée, sans prendre parti sur son exactitude. Pour des raisons qui seront exposées plus loin (*cf. infra*, note 41), nous pensons qu'il serait préférable de dire « de portée purement politique ».

culier, quels avantages et quelles garanties résultent pour l'Etat qui en est le bénéficiaire d'un engagement de cette nature imprécise pris par un autre Etat à son égard ?

52. Ces questions en appellent une autre : quelles sont les raisons qui motivent le choix, dans la pratique, entre un texte de portée juridique et un texte n'ayant qu'une portée morale ou politique, entre des engagements juridiques et des engagements d'ordre moral ou politique ?

Il est clair que si on se refuse à tenter de répondre à ces questions, on ne parviendra pas à une compréhension suffisante de la distinction entre textes à portée juridique et textes qui en sont dépourvus. On risque, en même temps, de ne pas réussir à définir avec exactitude les critères utilisables pour cette distinction, puisqu'on ne saura pas pourquoi elle est faite dans la pratique des Etats.

53. En s'exprimant ainsi, votre rapporteur est conscient des conséquences considérables qui résultent d'une telle prise de position sur le plan de la méthode, ainsi que des critiques auxquelles il s'expose. Les réponses de la majorité des membres de la Commission l'encouragent fortement à négliger ces dernières.

Il s'écarte, en effet, de la vue traditionnelle selon laquelle il est nécessaire de tracer une frontière claire et certaine entre le droit et le non-droit, étant entendu que le droit est, bien évidemment, le royaume du juriste, mais que celui-ci, en revanche, n'a pas à s'occuper du non-droit et n'a d'ailleurs aucune compétence scientifique pour ce faire.

Sa conviction est que, dès qu'il est question d'appliquer le droit, la distinction en cause est évidemment fondamentale. Elle n'est qu'une autre façon, plus générale, d'exprimer l'opposition *lex lata - lex ferenda*. En revanche, sur le plan de la science du droit, c'est-à-dire de la recherche d'une connaissance et d'une compréhension aussi objective et complète que possible du phénomène juridique, on ne peut éviter de constater que le droit ne représente qu'un aspect des rapports sociaux et même de la multitude des normes de tous ordres qui orientent ces rapports sociaux. Il est important de le situer dans cet ensemble, pour mieux comprendre son originalité. Et c'est bien la tâche du juriste.

De même, on ne peut pas ne pas voir que le droit est influencé dans son développement et son application par des facteurs extra-

juridiques très nombreux, et que la *lex lata* n'est que le point d'émergence d'efforts multiples, et divers, eux-mêmes réglés ou non par le droit, dont la nature et la qualité ne sont pas toujours indifférentes à l'exacte compréhension des règles ou situations juridiques qui en sortent (v., par exemple les travaux préparatoires des traités, ou les « circonstances » accompagnant une prise de décision juridique).

54. En d'autres termes, le vaste univers du non-droit n'est pas un espace vide ou opaque pour le juriste. Il comporte une multitude d'éléments normatifs ou factuels du plus haut intérêt pour lui et qu'il doit donc apprendre à identifier et à analyser. Dans certains cas, ces éléments sont si intimement mêlés à la matière juridique, ou si proches d'elle, qu'ils méritent d'être qualifiés de pré-juridiques ou de para-juridiques. Selon toute apparence, il en est ainsi des textes ayant une portée simplement morale ou politique, surtout s'ils contiennent des engagements.

Conclusion

55. Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, votre rapporteur estime nécessaire de tenter de préciser ce que recouvre l'idée de textes de portée morale ou politique. Cette exploration permettra, pense-t-il, de mieux comprendre la raison d'être de certains textes dépourvus de portée juridique et de mieux répondre ainsi à la question de savoir si la distinction binaire entre textes ayant une portée juridique et textes qui en sont dépourvus suffit à rendre compte de la réalité. Et aussi, finalement, de mieux saisir la signification de cette distinction.

Pour ce faire, on procèdera d'abord à un tour d'horizon de la pratique, avant de tenter d'en donner une interprétation.

II. — TOUR D'HORIZON DE LA PRATIQUE

56. Votre rapporteur ne saurait avoir la prétention de procéder à un recensement complet de la pratique, ni même, probablement de tous ses aspects. Cela excèderait notablement ses capacités et dépasserait l'ampleur de la recherche à laquelle il a pu se livrer et le volume auquel il convient de maintenir le présent rapport provisoire. Il adresse donc un pressant appel aux membres de la Commission pour qu'ils complètent eux-mêmes ce que ses informations pourraient avoir d'insuffisant.

Les paragraphes qui suivent seront, en conséquence, limités à un simple tour d'horizon de la pratique, destiné à en faire apparaître les aspects les plus significatifs et à tenter de les classer, afin d'en faciliter l'interprétation.

57. L'existence de textes, ou de fragments de textes, dont la nature et la portée juridiques est incertaine n'est pas un phénomène nouveau. On en rencontre de nombreux exemples dans le passé. Mais ils se sont multipliés dans la pratique contemporaine, au point de constituer un phénomène marquant, sur lequel l'attention des juristes a été de plus en plus attirée. D'où l'actualité de la mission confiée à la Septième Commission.

Il est difficile et sans doute prématuré, à ce stade, de tenter d'expliquer cette évolution. Quelques-uns des facteurs qui l'ont provoquée sont, cependant, tout à fait évidents et peuvent déjà être mentionnés sans préjuger les résultats d'une analyse plus approfondie.

58. Un premier facteur est certainement l'intensification des relations internationales contemporaines, qui en a véritablement changé la nature. Ces relations impliquent un nombre et une variété d'acteurs toujours grandissants, provoquent une multiplication stupéfiante des rencontres internationales, et s'établissent aux niveaux les plus divers : diplomatique, administratif, économique, technique, etc. Elles concernent pratiquement tous les niveaux de la vie sociale. Elles présentent ainsi une complexité croissante, souvent difficile à saisir par le droit et ce d'autant plus que beaucoup d'acteurs internationaux n'ont pas de formation juridique et ignorent les catégories traditionnelles du droit international public.

59. Un autre facteur d'importance est la rapidité extrême des changements que connaît la société internationale. Cette rapidité du changement a été éprouvée à toutes les époques en temps de crise, lorsqu'il fallait prendre des décisions et conclure des accords à la hâte sur des questions souvent de première importance politique. Mais elle devient un phénomène presque constamment observé aujourd'hui.

Les causes en sont multiples. Parmi elles, très probablement : une conjoncture économique internationale extrêmement fluctuante et toujours plus importante pour les rapports internationaux, où l'économie occupe une place grandissante ; le progrès technique galopant, dont les effets se font sentir, eux aussi, directement sur

les échanges internationaux ; l'instabilité politique de certaines régions du monde, souvent au centre d'un jeu international d'une grande complexité.

60. De ces divers facteurs résultent tout naturellement des situations difficiles à soumettre au droit. D'où une diversification extrême des instruments utilisés pour tenter de les maîtriser et, du même coup, une incertitude maintenue, et parfois cultivée, sur leur portée, notamment au plan du droit, même si on s'en tient, comme on le fait ici, aux textes dérivant d'un accord et aux effets que ces textes peuvent produire *inter partes*. D'où, aussi, des doutes sur la nature même du droit qui peut sortir de ces textes : la maintenant fameuse (mais toujours problématique) *soft law*, dont l'équivalent français paraît être le « droit doux », plutôt que la traduction littérale du « droit mou », peu évocatrice en français. « Droit doux » qui s'oppose au traditionnel « droit dur » autant que la *soft law* à la *hard law*.

61. Si on pénètre davantage dans le concret, on rencontre deux grandes catégories de textes qui se différencient suivant qu'ils répondent ou non, en premier examen, aux critères retenus pour la définition formelle des traités (compte tenu de l'imprécision conservée sur ce point dans la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷). Les uns sont incertains dès le premier abord. Les autres, au contraire, bénéficient au départ d'une qualification juridique qui devrait écarter toute incertitude. C'est seulement par une analyse plus approfondie qu'ils font se lever le doute. Il n'y a donc pas à être surpris qu'ils soulèvent des problèmes très différents, ce qui impose de les examiner séparément, ce qu'on fera ci-après.

1. Les textes incertains

62. Il s'agit ici de textes qui résultent d'un accord — et, par conséquent, d'une négociation, souvent informelle — mais qui ne sont pas susceptibles d'être qualifiés de traités dès le premier abord, en s'en tenant aux indices habituels. Ils peuvent être considérés comme des textes concertés (suivant l'expression utilisée par Mme Bastid), ou infra- (para-, méta-) conventionnels, si on préfère ces termes, en

⁷ Relevée, en particulier, par M. Münch dans son article sur les *Non-binding Agreements* (ZfaöRV 1969, 1).

ce sens qu'ils ne relèvent pas du droit international des traités (notamment pas de *pacta sunt servanda* en tant que règle de droit international), ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'ils ne sont en aucune façon soumis au droit international : cela reste à établir.

Mais il se peut aussi qu'on se trouve en présence de traités « camouflés », ou atypiques, dont la nature juridique réelle ne se découvre qu'après analyse et renvoi, contrairement aux précédents, à l'application du droit des traités.

63. Le contenu de ces textes non conventionnels n'est pas toujours très différent de celui des traités traditionnels, au moins pour partie. Certains d'entre eux définissent des engagements des parties les unes envers les autres, souvent de façon réciproque, ou établissent des situations à respecter, mettent sur pied des procédures, des organes, des calendriers d'opérations, etc.

Tout ceci soulève un doute : ces textes non conventionnels ne peuvent-ils pas, dans certains cas à déterminer, produire des effets juridiques, même s'ils ne peuvent pas être considérés comme de véritables traités ? Ces effets juridiques sont-ils identiques à ceux d'un traité, ou d'une autre nature, ce qui permettrait de parler valablement de droit doux, ou d'un spectre d'effets juridiques, plutôt que d'une division binaire entre textes ayant une portée juridique et textes qui en sont dépourvus ?

On se contentera, pour le moment, de poser les questions et c'est dans la troisième partie seulement qu'on tentera d'y répondre.

64. A s'en tenir aux formes extérieures et aux conditions d'adoption, il est possible de distinguer cinq catégories de textes « incertains » dans la pratique : (1) les communiqués conjoints ; (2) les déclarations conjointes ; (3) les textes concertés au sein d'une conférence internationale ; (4) les textes concertés au sein d'un organe international ; (5) les accords informels⁸.

⁸ Nous écartons ici une sixième catégorie, constituée par les textes dont la valeur juridique internationale est incertaine du fait du statut juridique contesté de l'une des parties (Accords d'Evian, accords conclus par le Portugal avec toute une série de mouvements de libération, etc.). La question à discuter, dans ce cas, est celle du statut juridique du partenaire en cause, ce qui est évidemment en dehors du mandat de la 7^e Commission. Une fois ce point réglé, toute incertitude disparaît, normalement, sur la nature juridique du texte considéré.

Cette classification, très empirique, n'a d'autre but que de faciliter la présentation d'une pratique foisonnante autant qu'évasive, à laquelle elle apporte un peu d'ordre sans systématisation *a priori*. Sa seule valeur est celle de la commodité. Beaucoup de textes rencontrés pourraient aussi valablement être classés dans l'une ou l'autre de ces catégories ou appartiennent même à plusieurs, tant les frontières qui les séparent sont elles-mêmes incertaines et peuvent paraître, dans certains cas, arbitraires. On se gardera donc d'en tirer aucune conséquence juridique, ou de lui attribuer une importance qu'elle n'a pas.

a) *Les communiqués conjoints*

65. Les communiqués de presse présentent un compte rendu succinct, destiné aux moyens d'information de masse, donc à l'information du grand public, d'une rencontre internationale (entre chefs d'Etat ou de gouvernement, ministres des affaires étrangères ou autres personnalités gouvernementales, hauts fonctionnaires nationaux ou internationaux, etc.). Ils sont conjoints lorsqu'ils sont remis à la presse au nom de toutes les délégations présentes (ou de plusieurs d'entre elles), qui en ont donc approuvé les termes.

Dans la pratique contemporaine, les communiqués de presse représentent une masse énorme de textes : à la mesure de l'extraordinaire multiplication des rencontres internationales, correspondant aux déplacements incessants des dirigeants politiques : rencontres à deux, trois ou quelques-uns, visites officielles ou privées, réunions de travail, conférences restreintes, régionales ou mondiales, il n'est pas de réunion qui ne se termine par un communiqué. Même si les participants ont été en désaccord sur tous les points, il est rare qu'ils ne parviennent pas, à tout le moins, à s'entendre sur le texte d'un communiqué.

66. Les accords de portée juridique — c'est-à-dire les traités — adoptés au cours de ces rencontres sont normalement publiés à part, le communiqué se bornant à annoncer leur conclusion ou leur signature. Pour le reste il ne s'agit, le plus souvent, que d'échanges de vues, de concertations, de tentatives infructueuses de rapprocher des thèses divergentes ou de régler un contentieux, de pressions ou de discours de propagande. Les communiqués qui les rapportent n'ont qu'un intérêt faible ou nul pour le juriste. Il suffit, pour goûter le style de ces morceaux de littérature diplomatique, de feuilleter la collection

des « Documents d'actualité internationale » publiés par la Documentation française, qui en rapporte un nombre impressionnant.

Il n'en reste pas moins que, dans un certain nombre de ces rencontres, qui ont parfois influé de façon décisive sur l'évolution des rapports internationaux dans le monde ou entre deux Etats, certains des accords réalisés par les participants, sinon tous, se trouvent consignés seulement dans le communiqué final, aucun autre document n'ayant été approuvé par les parties et les procès-verbaux des discussions n'ayant été tenus que par chaque délégation pour son propre compte. Dans ce cas, la question de la portée juridique éventuelle du communiqué ne peut évidemment pas être esquivée.

67. Il en a été ainsi, de façon très caractéristique, de la plupart des grandes conférences interalliées qui ont réuni au cours de la deuxième guerre mondiale les dirigeants suprêmes des grandes puissances, en vue de déterminer les buts de guerre des alliés et les grandes lignes de la reconstruction du monde après la fin des hostilités, ainsi que la conduite même des combats. Ces conférences — ou certaines d'entre elles — ont permis la conclusion d'accords secrets, notamment sur le plan militaire, et de déclarations conjointes. Pourtant, la plupart des textes adoptés conjointement à leur occasion, et souvent signés, ont pris la forme de communiqués, parfois baptisés rapports (*Reports*).

Ces communiqués constituent des comptes rendus des discussions entre les participants, mais surtout des résultats auxquels ils sont parvenus. Ils reproduisent le texte de déclarations conjointes ou d'actes particuliers sur certains points, mais constituent la seule expression écrite approuvée par toutes les parties de tous les autres points d'accord.

68. Pour donner une idée de l'importance de ces communiqués, il suffira de nommer les principales de ces conférences : Moscou 19-30 octobre 1943 (*Documents on American Foreign Relations* (DAFR), VI, 226 et s., Boston, *World Peace Foundation* 1945 ; Le Caire 4-6 décembre 1943 (*ibid.* 237 et s.) ; Yalta, 4-11 février 1945 (*Foreign Relations of the United States* (FRUS) 1945, *The Conference at Malta and Yalta*, 968 et s.) ; Potsdam 17 juillet - 2 août 1945 (*ibid.* *The Conference of Berlin*, 1499 et s.).

Dans le cas de la Conférence de Yalta, le « Report », signé par

les chefs d'Etat et de gouvernement, est complété par un protocole, signé par les ministres des Affaires étrangères qui les accompagnaient.

69. Le même procédé du communiqué a été utilisé très fréquemment après 1945 pour les rencontres politiquement les plus importantes.

Pour ne donner que quelques exemples de rencontres bilatérales, on citera les suivantes : U.R.S.S.-Autriche 15 avril 1955 (rencontre qui allait permettre de débloquer les négociations enlisées sur le traité d'Etat autrichien : Articles et documents, 1955, N° 0.195) ; Etats-Unis - Japon 21 novembre 1969 (sur la restitution au Japon d'Okinawa, Colliard-Manin, Droit international et histoire diplomatique (CM), I, 1179, Paris 1971) ; Inde-Pakistan 19 avril 1974 (sur le progrès de la normalisation entre les deux pays, ILM 1974, 602) ; sur les rapports Etats-Unis - U.R.S.S. : Moscou, 29 mai 1972, CM, I sup. 156 ; San Clemente, 25 juin 1973, ILM 1973, 888 ; sur les rapports Etats-Unis - République populaire de Chine : Pékin 28 février 1972, ILM 1972, 443 ; 22 février 1973, ILM 1973, 431 ; établissement des relations diplomatiques, 15 décembre 1978, ILM 1979, 274.

70. On peut citer, de la même façon, quelques rencontres pluri-latérales importantes, comme la conférence de Berlin des ministres des Affaires étrangères des quatre Puissances, 18 février 1954 (convocation de la conférence sur la Corée et sur le Viet-Nam et négociations sur le désarmement - Année politique (AP) 1954, 613) ou la conférence des ministres des Affaires étrangères de la France, des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de la République fédérale d'Allemagne sur Berlin (CM 2, 841).

De même, quelques grandes conférences de l'après-guerre et de la période actuelle : Moscou, 2 décembre 1954, pour la sauvegarde de la paix et de la sécurité en Europe (pays socialistes, CM 2, 547) ; Bandoeng 24 mai 1955 (CM 1, 214) ; Bangkok 1^{er} août 1961 (création de l'ASEAN, CM 1, 1163) ; Washington 13 février 1974 (sur l'énergie, ILM 1974, 462) ; Paris 19 décembre 1975 (conférence préparatoire de la conférence sur la coopération économique internationale, doc. de la conférence).

Le procédé du communiqué est aussi utilisé de façon systématique par de grandes conférences périodiques, quasi-institutionnelles, telles que les « sommets européens » (cf. La Haye 1-2 décembre 1969, CM 2, 1969) ; les conférences franco-africaines (11 mai 1976, DAI 1976, 456) ;

les conférences des principales puissances industrielles (Londres 8 mai 1977, ILM 1977, 724).

71. Il n'est évidemment pas possible d'énoncer des propositions générales sur la portée juridique des communiqués conjoints sans un examen attentif cas par cas⁹. Des indications capitales sur l'analyse qui doit en être faite ont été données par la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur le plateau continental de la mer Egée. Comme on le sait, la Grèce, qui avait saisi la Cour par voie de requête, invoquait entre autres, comme titre de compétence, le communiqué conjoint du 31 mai 1975, publié à l'issue d'une rencontre entre les premiers ministres des deux pays à Bruxelles le 31 mai 1975.

Pour la Grèce, le communiqué devait être considéré soit comme un acte unilatéral, dont elle s'efforçait de montrer qu'il pouvait produire des effets de droit, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour, soit comme la preuve d'un accord verbal, soit même comme un véritable accord, ayant valeur conventionnelle (Mémoire de la Grèce, para. 278-285).

72. Dans son arrêt, la Cour fit observer qu'il n'existait pas « de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international destiné à soumettre un différend à l'arbitrage ou au règlement judiciaire » (et donc produisant des effets de droit) (Rec. 1978, p. 39, para. 95). A son avis, la question de savoir si un communiqué « constitue ou non un tel accord dépend essentiellement de la nature de l'acte ou de la transaction dont il fait état » et, pour déterminer cette nature, il convient de « tenir compte avant tout

⁹ On présente parfois comme un éclaircissement sur la nature juridique des accords de Yalta l'aide-mémoire adressé par Washington au Japon les 7-8 septembre 1956, dans lequel le gouvernement américain déclare considérer « the so-called Yalta agreement as simply a statement of common purposes by the then heads of the participating powers, and not as a final determination by those powers or of any legal effect in transferring territories. » (35 Dep. of State Bulletin, 24 sept. 1956).

Cette déclaration est certes intéressante, mais, outre qu'elle a été contestée par l'Union Soviétique, elle se rapporte à un accord relatif à l'entrée en guerre de l'Union Soviétique contre le Japon, resté secret et publié seulement le 11 février 1946. Elle ne concerne donc pas le *Report* de la conférence, dont il a été question plus haut, et que nous avons assimilé à un communiqué.

des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré » (*ibid.*).

Après avoir procédé à une analyse des termes utilisés et surtout, très longuement, des circonstances de l'adoption du communiqué, qu'elle a replacé dans la série des rencontres et échanges de notes diplomatiques qui l'ont précédé et suivi (p. 39-44), la Cour est parvenue à la conclusion, en l'espèce, « que le communiqué n'avait pas eu pour effet de constituer de la part des premiers ministres de Grèce et de Turquie un engagement immédiat, pris au nom de leurs gouvernements respectifs, d'accepter inconditionnellement que le présent différend soit soumis à la Cour par requête unilatérale » (*ibid.* para. 107). Elle ajoutait, cependant, à cette constatation : « la Cour n'est pas appelée à se prononcer, et n'a pas compétence pour se prononcer, sur toutes autres conséquences possibles de ce document dans le contexte du différend » (para. 108). Elle réservait ainsi la possibilité (sur laquelle elle était incompétente pour se prononcer) d'un effet juridique autre qu'une acceptation inconditionnelle de la compétence de la Cour.

73. La décision de la Cour dans cette affaire particulière a une portée générale, qui mérite d'être méditée. Elle a, en effet, posé un principe général, qui est incontestable et peut être étendu à d'autres hypothèses, particulièrement importantes pour notre recherche, d'après lequel il n'existe pas d'interdiction, en droit international, pour qu'un communiqué conjoint produise des effets de droit liant les parties, en tout cas dans leurs rapports mutuels.

La Cour a, d'autre part, énoncé les critères permettant de déterminer si un communiqué produit ou non de tels effets dans un cas concret, qui sont, à son avis, les termes employés et les circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré.

Ces critères sont d'utilisation tout à fait générale. Il y a lieu seulement de se demander si d'autres pourraient encore y être ajoutés.

b) *Les déclarations conjointes*

74. Les déclarations conjointes sont, le plus souvent, adoptées à l'issue de rencontres internationales, à deux ou à quelques-uns, ou

de conférences, comme les communiqués¹⁰. Comme ces derniers, elles sont également destinées à faire l'objet d'une publicité par les moyens d'information de masse, mais présentent un plus haut degré de solennité. Très fréquemment, elles sont incluses dans un communiqué de presse, ou publiées simultanément avec un tel communiqué. Parfois aussi, elles tiennent lieu de communiqué et leur contenu peut être tout à fait identique à celui des communiqués les plus communs, en ce sens qu'elles se bornent à rendre compte de la rencontre et des opinions échangées, éventuellement à signaler que des accords ont été réalisés. Ce n'est alors qu'une manifestation de l'inflation du vocabulaire diplomatique, très apparente dans la pratique moderne : on a préféré l'expression de déclaration conjointe à celle de communiqué simplement pour donner plus de résonance à la rencontre.

75. Plus généralement cependant, la déclaration conjointe présente des caractères qui lui sont propres : elle constitue l'affirmation solennelle par les parties d'un accord ou d'une série d'accords entre elles portant sur des points importants de leurs relations mutuelles ou sur des principes — juridiques ou non — destinés à gouverner ces relations. Elle est aussi un moyen de faire connaître le texte de ce ou ces accords au grand public.

76. La déclaration conjointe est un procédé déjà ancien dans la pratique diplomatique. Il a déjà été largement utilisé au XIX^e siècle. Certains exemples sont d'ailleurs célèbres et ont été fréquemment mentionnés et analysés.

On peut ainsi citer *inter alia* : la déclaration de Vienne sur la neutralité perpétuelle de la Suisse du 20 novembre 1815 (CM 2, 9) ; la déclaration de Paris sur le droit de la guerre maritime, du 16 avril 1856 (CM 1, 9) ; la déclaration de Londres sur le respect dû aux

¹⁰ Il peut s'agir aussi de déclarations séparées, négociées par les canaux diplomatiques ordinaires ou dans le cadre d'une conférence, publiées simultanément dans les capitales intéressées ou dans la même ville. Ces déclarations parallèles constituent un ensemble de documents concertés et, pour cette raison, soulèvent des problèmes comparables à ceux des déclarations conjointes (cf. par ex. les déclarations anglaise, turque, grecque et des communautés chypriotes sur Chypre des 17-19 février 1959). Le problème est différent, cependant, si leurs termes ne sont pas concordants (cf. les déclarations américaine et chinoise publiées à l'occasion de l'établissement des relations diplomatiques entre les deux pays, le 15 décembre 1978).

traités, du 12 janvier 1871 (CM 1, 11) ; la déclaration de Berlin sur l'Afrique, du 26 février 1885 (CM 1, 434) ; la déclaration dite de Windsor confirmant l'alliance entre le Royaume-Uni et le Portugal, du 14 octobre 1899 (RGDIP 1962, 405) ; les déclarations franco-espagnoles et anglo-espagnoles du 16 mai 1907 sur le *statu quo* en Méditerranée (CM 2, 58).

77. Les déclarations conjointes ont occupé une place importante dans l'activité diplomatique qui a précédé la deuxième guerre mondiale. Parmi bien d'autres, on peut citer les déclarations germano-polonaises du 26 janvier 1934 sur les relations entre les deux pays (CM 2, 118) ; anglo-italienne du 2 janvier 1937 sur le *statu quo* dans la Méditerranée occidentale (CM 2, 37 réaffirmée dans l'accord anglo-italien du 16 avril 1938 : *ibid.* 125) ; anglo-allemande du 30 septembre 1938 sur les relations entre les deux pays (CM 2, 140) ; franco-allemande du 6 décembre 1938 sur le même objet (CM 2, 141) ; soviéto-allemande du 28 mars 1940, sur le partage de la Pologne et le rétablissement de la paix en Europe (CM 2, 147).

78. Le procédé a été utilisé de façon plus systématique encore dans les relations entre alliés et futurs alliés au cours de la deuxième guerre mondiale.

Pour s'en tenir aux exemples les plus importants, on citera : la déclaration franco-anglaise du 28 mars 1940 contre un armistice ou une paix séparée (CM 2, 150) ; la déclaration conjointe d'assistance mutuelle et de résistance à l'agression du 12 juin 1941 entre les pays du Commonwealth et certains Etats européens (CM 1, 82) ; la Charte de l'Atlantique du 14 août 1941 (CM 1, 83 ; il est à noter qu'un certain nombre de pays ont fait adhésion aux principes énoncés dans la Charte : CM 1, 84) ; la Déclaration des Nations Unies du 1^{er} janvier 1942 (ouverte à l'adhésion et qui a permis de déterminer les pays en guerre contre l'Axe et invités à la Conférence de San Francisco : CM 1, 85) ; la déclaration du 5 juin 1943 sur les spoliations ; la déclaration anglo-américaine de Québec du 24 août 1943 (DAFR, VI, 224) ; les déclarations de Moscou du 31 octobre 1943 sur la sécurité, sur l'Italie, sur l'Autriche, sur les atrocités allemandes (DAFR, VI, 229) ; la déclaration de Téhéran du 1^{er} décembre 1943 sur l'Iran (DAFR, VI, 234) ; les déclarations de Yalta du 11 février 1945 sur l'Europe libérée et sur la Pologne (FRUS 1945, III, 977 et 980) ; les déclarations de Berlin du 5 juillet 1945 relatives au contrôle de l'Allemagne et aux

zones d'occupation (Rec. de textes à l'usage des conférences de la paix (Allemagne), Berlin 1947, 53-62).

79. Les relations politiques et militaires de l'après-guerre ont encore fait l'objet de nombreuses déclarations conjointes.

Pour donner une idée de la fréquence d'utilisation de ce procédé, on citera, à titre d'exemples, les déclarations suivantes : d'abord les déclarations franco-anglo-américaines : sur le Moyen-Orient, du 25 mai 1950 (CM 1, 1065) ; sur l'Allemagne des 19 décembre 1954 (AP 1954, 614), 12 mai 1965 (CM 2, 1018), 3 mars 1966 (*ibid.* 1024), 14 décembre 1966 (*ibid.* 1039) ; sur Berlin du 22 octobre 1954 (AP 1954, 659) ; finalement la déclaration à quatre (les trois occidentaux et l'U.R.S.S.) du 9 mai 1977 sur le statut de Berlin (RG 1977, 613).

D'autres exemples encore s'ajoutent aux précédents, en suivant l'ordre chronologique, mais sans viser à l'exhaustivité, loin de là : les déclarations de Londres du 3 octobre 1954 sur le réarmement allemand (AP 1954, 641 et 642) ; soviéto-japonaise du 19 octobre 1956 (CM 1, 1141) ; franco-allemande du 14 septembre 1958 (de Gaulle - Adenauer, RG 1958, 764) ; américano-espagnole sur la défense du 26 septembre 1963 (RG 1964, 177) ; franco-soviétique de Moscou du 13 octobre 1970 (ILM 70, 1167) ; américano-soviétique du 20 mai 1971 sur les accords Salt (CM 1, sup. 28) ; du 29 mai 1972 sur les principes fondamentaux des relations entre les Etats-Unis et l'U.R.S.S. (CM 1, sup. 163) ; franco-soviétique de Rambouillet, du 17 novembre 1975 (DAI 1975, 998) ; d'Helsinki du 1^{er} août 1975 sur les relations mutuelles des Etats participants (Doc. de la Conférence) ; franco-anglaise de Londres du 23 juin 1976 (sur les rencontres régulières entre les dirigeants des deux pays : RG 1976, 1309) ; franco-soviétique de Rambouillet du 22 juin 1977, sur la détente et sur la non-prolifération des armes atomiques (DAI 1977, 581) ; américano-soviétique du 1^{er} octobre 1977 sur le Proche-Orient (DAI 1977, 896) ; des Neuf Etats membres de la C.E.E. sur l'Afghanistan, du 15 janvier 1980 (DAI 1980, 275), etc.

80. Le processus de décolonisation a également fait l'objet d'un certain nombre de déclarations conjointes.

On citera les déclarations franco-vietnamiennes du 14 septembre 1946 (CM 1, 517) ; du 28 avril 1954 (CM 1, 1101) ; la déclaration finale sur le rétablissement de la paix en Indochine du 21 juillet 1954 (AP 1954, 590) ; les déclarations franco-marocaines des 6 novembre 1955 et 2 mars 1956 (CM 1, 500) ; hispano-marocaine du 7 avril 1956

(CM 1, 502) ; la déclaration de Genève sur le Laos du 23 juillet 1962 (CM 1, 1164).

81. Enfin un certain nombre de problèmes particuliers ont aussi fait l'objet de déclarations.

Dans certains cas, il s'agissait de prises de position, ou d'un règlement dans un différend ou un contentieux entre deux ou plusieurs Etats. On peut citer ainsi : les déclarations conjointes de l'Argentine et du Chili sur l'Antarctique : 12 juillet 1947, 4 mars 1948, 17 mai 1974 (RG 1974, 916) ; les déclarations faites dans l'affaire de Suez : franco-anglo-américaine du 2 août 1956 (CM 1, 510) ; de la conférence de Londres du 22 août et du 21 septembre 1956 (CM 1, 511 et s.) ; franco-britannique du 3 novembre 1956 (CM 1, 517) ; les déclarations anglaise, grecque et turque des 17-19 décembre 1959 sur Chypre (auxquelles s'ajoutent celles des deux communautés chypriotes : CM 2, 843-45) ; Inde-Pakistan de Tachkent du 10 janvier 1966 (CM 1, 1174) ; Argentine-Chili sur le canal du Beagle, du 22 juillet 1971 (RG 1971, 1235) ; Inde-Pakistan sur l'application de l'accord de Simla, 29 août 1972 (ILM 1972, 958) ; Colombie-Costa-Rica-Panama-Venezuela sur le canal de Panama, du 23 août 1976 (RG 1976, 374) ; Panama-Etats-Unis sur le traité de Washington relatif au canal de Panama, 7 septembre 1977 (ILM 1977, 1021).

Dans d'autres cas, les déclarations conjointes interviennent en dehors de tout contentieux : déclaration Argentine-Uruguay de Montevideo du 30 janvier 1961 sur la limite extérieure du Rio de la Plata (RG 1963, 722) ; sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Ouest, du 24 avril 1961 (RG 1968, 1165) ; U.R.S.S.-Pologne-R.D.A. sur le plateau continental de la Baltique, du 23 octobre 1968 (RG 1969, 1188). Certaines d'entre elles portent sur la coopération entre les parties ou sur des négociations à entreprendre, notamment dans le domaine économique. On citera, à titre d'illustration : la déclaration d'Accra du 23 novembre 1958 sur l'union du Ghana et de la Guinée (RG 1959, 192) ; les déclarations de Lusaka des pays non alignés, 10 septembre 1970 (CM 1, 1970) ; Etats-Unis - Arabie séoudite, 10 juin 1974, Israël, 17 juin 1974, Jordanie, 19 août 1974, Egypte, 19 août 1974, sur la coopération (ILM 1974, 1265) ; de la conférence au sommet de Bonn (Canada - Etats-Unis - France - Italie - Japon - R.F.A. - Royaume Uni) sur la piraterie aérienne, 17 août 1978 (DAI 1978, 765).

82. Certaines de ces déclarations conjointes constituent incontes-

tablement des traités. Elles comportent des articles finals relatifs à leur entrée en vigueur, à la procédure de ratification, ou à celle de l'adhésion. C'est le cas, par exemple, de la déclaration américano-espagnole du 26 septembre 1963 sur la défense, ou des déclarations sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Ouest et sur le plateau continental de la Baltique.

D'autres déclarations, parmi celles qui ont été adoptées au XIX^e siècle, ont toujours été considérées comme des traités.

On est ici en présence d'une des manifestations de l'imprécision (volontaire) du vocabulaire diplomatique en matière de traité. L'expression de déclaration conjointe est souvent choisie pour désigner un traité dont on ne veut pas, pour des raisons diverses, rendre trop apparent le caractère conventionnel.

83. Beaucoup de déclarations, au contraire, ne constituent certainement pas des traités, même s'il a été prévu, ou s'il se produit après coup, que d'autres Etats que les rédacteurs initiaux y adhèrent. Les termes employés ou les circonstances de l'adoption, pour reprendre les critères utilisés par la Cour à propos du communiqué gréco-turc de 1975, ne permettent pas de les considérer comme des traités. Il arrive d'ailleurs fréquemment qu'une ou des déclarations conjointes soient adoptées au cours d'une rencontre ou d'une conférence au milieu d'un ensemble de textes dont certains sont des traités en bonne et due forme. La forme de la déclaration conjointe est alors choisie précisément pour éviter que le document ainsi dénommé puisse être considéré comme ayant valeur de traité.

Comme on l'a vu, il n'est pas rare que l'expression de déclaration conjointe couvre, en réalité, un simple communiqué de presse, purement informatif.

84. Entre ces deux cas extrêmes, relativement clairs, on rencontre une grande masse de déclarations conjointes dont la portée exacte, sur le plan du droit international, est douteuse ou, tout au moins, incertaine.

La réponse à donner variera de cas en cas. Elle ne peut être déterminée que par l'application de critères tels que ceux identifiés par la Cour internationale dans son arrêt sur le plateau continental de la mer Egée.

c) *Les textes concertés au sein d'une conférence internationale*

85. Par cette expression on entend exclure les actes adoptés par une conférence internationale se présentant comme une entité et s'adressant à des tiers, Etats, organisations internationales ou autres, ou organisant ses propres travaux : recommandations et résolutions imputables à la conférence elle-même (même si leur texte a été également négocié entre les participants), adoptés à l'unanimité, par consensus, ou à la majorité, suivant le règlement intérieur de la conférence.

On exclut aussi, bien évidemment, les textes des conventions adoptées par les conférences internationales, dont la nature juridique ne laisse place à aucune incertitude.

L'expression recouvre donc les autres documents, adoptés généralement à la fin des travaux de la conférence, et qui sont approuvés par tous les participants, ou par certains d'entre eux, parfaitement identifiés. Il s'agit de déterminer dans quels cas et dans quelle mesure ces documents peuvent avoir une portée juridique sur les relations mutuelles entre les Etats qui y ont souscrit.

86. Il n'est pas rare que les textes concertés ainsi définis rentrent dans l'une des catégories précédemment examinées, au point de vue de la désignation utilisée. On en a donné des exemples. Diverses conférences se sont ainsi terminées par l'adoption d'un communiqué final (par exemple : Conférence sur la coopération économique internationale, conférence au sommet de Londres de mai 1977 (ILM 1977, 724) ; conférence de Moscou pour la sauvegarde de la paix et de la sécurité en Europe du 2 décembre 1954, les négociations Salt du 24 septembre 1971 (CM 1, sup. 79), etc.

D'autres conférences ont conclu leurs travaux par une déclaration finale (ainsi la conférence de Genève sur le Viet-Nam du 21 juillet 1954 ; la conférence internationale de Tanger du 29 octobre 1956 (CM 1, 523) ; la conférence de Genève sur le Laos du 23 juillet 1962, la conférence de Tatloloco du 24 juillet 1974 sur la coopération pour le développement (RG 1974, 544) ; la conférence des parties au traité de non prolifération du 30 mai 1975 (RG 1975, 1285) ; la conférence internationale de Maputo, pour le soutien aux peuples du Zimbabwe et de la Namibie du 21 mai 1977 (DAI 1977, 809) ; la conférence mondiale de Lagos pour l'action contre l'*apartheid* du 26 août 1977 (DAI 1977, 809), etc.

Des expressions équivalentes ont été utilisées dans d'autres cas encore : ainsi celle de « rapport » (déjà signalée pour les conférences de Yalta et Potsdam), ou celle de « document final » : conférence de Genève sur le Viet-Nam du 21 juillet 1954 (CM 1, 1108) ; réunion des « 77 » du 8 mars 1977 (ILM 1978, 414) ; conférence de Belgrade sur les suites de la CSCE du 9 mars 1978 (ILM 1978, 1265).

87. L'expression la plus couramment utilisée reste, cependant, celle d'Acte final (parfois Acte général ou Acte de clôture).

L'Acte final est normalement signé par tous les participants à la conférence qu'il clôture. Il représente un instrument plus solennel que le communiqué et a sa place parmi les documents officiels de la conférence.

Il constitue le protocole des travaux de la conférence. A ce titre, il comporte habituellement un compte rendu succinct du déroulement des travaux et de tous les événements importants qui les ont marqués, ainsi que l'énumération des délégations qui y ont pris part. Il donne la liste des actes et textes adoptés, ainsi que, parfois, d'autres documents importants (propositions soumises, déclarations individuelles ou collectives, etc.). Il incorpore ou annexe le texte de la totalité ou de parties des documents approuvés par la conférence, ainsi que, dans certains cas, la mention de textes ne faisant pas partie des documents de la conférence, mais établis en marge de celle-ci et, éventuellement, reproduits à la suite de l'Acte final (*cf.*, par exemple la conférence de Genève de juillet 1954 sur la fin des hostilités en Indochine).

88. Dans le cadre général qui vient d'être décrit, le contenu de l'Acte final est extrêmement variable suivant les conférences. En cela encore, l'Acte final ressemble au communiqué.

Il peut se présenter comme un acte purement procédural, dont la seule fonction est d'enregistrement et d'authentification, lorsqu'il se limite à un protocole des travaux et ne reproduit que des textes de nature juridique bien définie (textes de conventions, de propositions, de résolutions, etc.).

Dans d'autres cas, au contraire, il constitue le moyen de donner un statut officiel à des textes de nature incertaine, qui lui sont incorporés ou annexés.

89. On en donnera quelques exemples, dont certains sont bien connus ou incorporent des déclarations conjointes déjà mentionnées

plus haut. On citera ainsi : l'Acte de clôture de la conférence de Vienne du 9 juin 1815, l'Acte général de la conférence de Berlin du 26 février 1885 (CM 1, 434 ; modifié par la convention de Saint-Germain de 1919 : *ibid.*, 457) ; l'Acte final de la deuxième Conférence de la paix de La Haye, du 18 octobre 1907 (CM 1, 14) ; de la conférence gouvernementale concernant la batellerie rhénane, du 27 juillet 1950) ; de la conférence de Londres sur le réarmement de l'Allemagne, du 3 octobre 1954 (AP 1954, 638) ; de la première conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, du 15 juin 1964 (Actes de la Conférence, Tome I) ; de la conférence internationale sur le Viet-Nam, du 2 mars 1973 (RG 1973, 553) ; de la conférence sur la protection de l'environnement dans la Baltique (RG du 22 mai 1974, 544) ; de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe à Helsinki, du 1^{er} août 1975 ; de la conférence des pays membres de la C.E.E. sur le brevet d'invention européen (ILM 1976, 38) ; de la conférence sur la conservation des ressources vivantes maritimes de l'Antarctique, du 20 mai 1980 (ILM 1980, 837).

90. Ces quelques exemples, parmi beaucoup d'autres qui auraient pu être cités, suffisent à montrer que les problèmes soulevés par les actes finals sont très comparables à ceux que nous avons rencontrés pour les catégories précédentes. Ces problèmes apparaissent chaque fois que se trouvent incorporés dans de tels documents, ou annexés à eux, des textes qui sont eux-mêmes de nature incertaine.

91. A cet égard, l'Acte final de la conférence d'Helsinki reste le modèle. Parmi les documents déclarés solennellement adoptés, se trouvent en effet, outre la déclaration de principes mentionnée au paragraphe 79 *supra*, un certain nombre de textes dépourvus de titres permettant de les qualifier et identifiés seulement par les questions auxquelles ils se rapportent (Questions concernant la mise en pratique de certains des principes énoncés ci-dessus ; Document sur les mesures de confiance et certains aspects de la sécurité et du désarmement ; Coopération dans les domaines de l'économie, de la science et de la technique, et de l'environnement ; Questions relatives à la sécurité et à la coopération en Méditerranée ; Coopération dans les domaines humanitaires et autres ; Suites de la conférence).

92. Comme on le sait, l'Acte final se termine par quelques alinéas prévoyant les mesures de publicité dont il devra faire l'objet. L'un d'entre eux invite le Gouvernement finlandais à transmettre le texte

de l'Acte final au Secrétaire général des Nations Unies, en vue de sa diffusion à tous les membres de l'Organisation comme document officiel des Nations Unies. Il est, toutefois, précisé que ce texte « n'est pas recevable pour être enregistré au titre de l'article 102 de la Charte des Nations Unies ».

Il résulte clairement de cette décision que l'Acte final ne constitue pas « un traité ou accord international » et qu'il ne peut pas être invoqué comme tel devant un organe des Nations Unies, y compris la Cour internationale de Justice.

Au cours de la session finale précédant sa signature par les chefs d'Etat ou de gouvernement, un certain nombre de déclarations ont été d'ailleurs faites dans le même sens, pour indiquer que l'Acte final n'entraînait pas d'obligations juridiques pour les Etats signataires.

d) *Les textes concertés au sein d'un organe international*

93. Par organe international on entendra ici soit un organe intergouvernemental, plénier ou restreint, d'une organisation internationale, soit un organe établi par deux ou plusieurs Etats en vue d'une mission particulière, permanente ou temporaire : commission de délimitation, commission mixte pour l'application de certains traités de commerce ou de coopération, commission permanente pour la surveillance de l'application d'un accord ou pour le développement de la coopération dans un domaine particulier, etc. (organes communs à plusieurs Etats, suivant l'analyse faite autrefois par Anzilotti).

Par textes concertés, on entendra, comme dans le cas précédent, des textes adoptés par tous les participants ou certains d'entre eux après négociation et en vue de s'appliquer dans leurs relations mutuelles.

On excluera donc les résolutions, considérées comme des actes unilatéraux adressés par l'organe à des tiers (autres organes, Etats membres, autres organisations, Etats tiers, personnes privées ou groupements non étatiques). Toutefois, certaines résolutions peuvent aussi être considérées indépendamment de leur caractère formel comme des actes des Etats qui les ont approuvées.

94. Ici encore, quelques exemples parmi beaucoup permettront de mieux mesurer les problèmes que posent ces textes.

On citera ainsi : l'accord du 10 mai 1922 entre les délégations allemande, française et suisse à la Commission centrale du Rhin

(Répertoire suisse de droit international public, II, 1226) ; la recommandation de la commission internationale des frontières et des voies d'eau des Etats-Unis et du Mexique sur la salinité du Rio Colorado, du 22 mars 1965 (soumise à l'approbation des deux gouvernements : RG 1965, 808) ; les conclusions concertées du Comité spécial sur les préférences de la C.N.U.C.E.D. sur le système généralisé de préférences, du 12 octobre 1970 (TD/B/329/Rev. 1) ; la déclaration des Etats membres de l'A.S.E.A.N. sur l'Asie du Sud-Est comme une zone de paix, du 27 novembre 1971 (ILM 1972, 183) ; le mémorandum d'application de l'accord américano-soviétique du 23 mai 1972 (adopté par une commission jointe, ILM 1972, 1408) ; la déclaration d'Addis-Abéba sur la coopération, le développement et l'indépendance économique, du 28 mai 1973 (adoptée par les chefs d'Etat et de gouvernement des pays membres de l'O.U.A., ILM 1973, 996) ; la déclaration de Tokyo sur les négociations multilatérales du 14 septembre 1973 (adoptée par les parties contractantes du G.A.T.T., ILM 1973, 1533) ; les déclarations des gouvernements membres de l'O.C.D.E. : sur la situation économique, du 30 mai 1974, révisée le 15 juin 1978 ; sur la politique de l'environnement, du 14 novembre 1974 ; sur les relations avec les pays en voie de développement, des 28 mai 1975 et 23 juin 1977 ; sur l'investissement et les entreprises multinationales, du 21 juin 1976, modifiée le 13 juin 1979 ; sur les politiques futures en matière d'éducation dans un contexte économique et social en évolution, du 20 octobre 1978 ; sur les politiques en faveur de l'emploi des femmes, du 17 avril 1980 ; sur la politique commerciale, du 14 juin 1980 (Doc. de l'O.C.D.E.).

95. L'examen de ces divers textes conduit à des conclusions peu éloignées de celles déjà formulées pour les catégories précédentes.

Certains d'entre eux ont certainement valeur de traités. Il en est ainsi, par exemple, de l'accord de 1922 entre trois membres de la commission du Rhin, ou de la recommandation de la commission américano-mexicaine sur la salinité du Rio Colorado, après qu'elle ait été approuvée par les gouvernements.

D'autres actes concertés n'ont certainement pas valeur de traités : c'est le cas de la plupart des déclarations, ainsi que des conclusions concertées sur le système généralisé de préférences. Ces dernières disposent en effet, expressément, qu'elles ne constituent pas des engagements obligatoires pour les Etats.

Il serait cependant hâtif d'en conclure que ces textes sont totalement dépourvus de portée juridique dans tous les cas où ils ne sont pas assimilables à des traités. L'application des conclusions concertées ou du mémorandum américano-soviétique de 1972 jette le doute sur ce point. On peut, d'autre part, appliquer à beaucoup de ces textes le raisonnement qui permet de considérer certaines résolutions comme des accords productifs de certains effets juridiques, relevant du droit « doux » (cf. le cours à l'Académie de droit international de La Haye de notre confrère Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic « Soft-Law »*, 163 RCADI 1978, 173).

e) *Les accords informels*

96. Sous cette rubrique peuvent être regroupées deux catégories de textes apparemment assez différents, mais qui se rapprochent souvent beaucoup dans la pratique (et répondent à des préoccupations très comparables), ce qui rend encore plus difficile de les différencier clairement que les catégories précédentes : les *gentlemen's agreements*, d'une part, les « arrangements » informels, d'autre part. Les uns et les autres sont conclus dans des circonstances où un traité formel est difficile à passer.

(i) *Les gentlemen's agreements*

97. Les *gentlemen's agreements* ont fait l'objet d'études récentes¹¹, qui faciliteront beaucoup notre recherche et notre réflexion. D'après les définitions qui en sont habituellement données¹², le *gentlemen's agreement* est un accord entre dirigeants politiques, qui ne lie pas les Etats qu'ils représentent sur le plan du droit, mais dont le respect s'impose à ses signataires comme une question d'honneur ou de bonne foi. Il se caractériserait donc essentiellement par le fait qu'il ne crée pas d'obligations juridiques.

98. Dans l'étude qu'il leur a consacrée, M. Eisemann distingue

¹¹ E. Lauterpacht, *Gentleman's agreements*, in *Festschrift für F.A. Mann*, 381 ; P.M. Eisemann, *Le Gentlemen's agreement* comme source du droit international, J.D.I. 1979, 326. Des développements intéressants sur ce sujet se trouvent également dans l'article de M. Oscar Schachter (A.J.I.L. 1977, 296). V. également les indications bibliographiques figurant dans l'article de M. Eisemann.

¹² Eisemann, *op. cit.*, p. 328-29.

trois types de *gentlemen's agreements* : « le *gentlemen's agreement stricto sensu* ou accord informel politique » ; le « *gentlemen's agreement* interprétatif ou accord informel supplétif et, enfin, le *gentlemen's agreement* ou accord informel normatif. »¹³.

Le *gentlemen's agreement* politique aurait un caractère « essentiellement mais non exclusivement programmatoire »¹⁴ même si des engagements très précis pourraient lui être incorporés. En d'autres termes, il relèverait plutôt des déclarations d'intentions. Aux exemples cités par l'auteur, on pourrait ajouter la déclaration anglo-italienne du 2 janvier 1937 sur la Méditerranée occidentale (CM 2, 123), celle des premiers ministres du Commonwealth sur l'Inde, du 28 avril 1949 (*ibid.* 271) et la déclaration politique commune sur la C.E.D. du 13 avril 1954 (*ibid.* 500).

99. Le *gentlemen's agreement* interprétatif ou supplétif aurait pour fonction « de permettre le déblocage d'une situation en déterminant par avance le comportement des parties dans le cadre d'une structure préexistante »¹⁵.

Appartiennent à cette catégorie pratiquement tous les accords informels conclus entre membres d'une organisation internationale, auxquels est consacrée l'étude de notre confrère Elihu Lauterpacht, ainsi que ceux dont l'objet est de faciliter le fonctionnement d'une conférence internationale. Aux exemples cités, on pourrait ajouter les « accords » de Luxembourg du 30 janvier 1966 sur l'exercice du droit de vote au sein du Conseil des Ministres de la C.E.E. (CM 2, 1022).

100. Le *gentlemen's agreement* normatif, enfin, aurait pour objet « de formuler un cadre normatif dans lequel devront s'inscrire les relations entre Etats », sans que les parties donnent à leurs engagements la forme d'un traité. Ce serait le cas de divers arrangements informels conclus sous les auspices de la F.A.O. ou du G.A.T.T., et l'Acte final d'Helsinki en fournirait également un exemple.

101. Pour M. Lauterpacht, les *gentlemen's agreements* ne sont certainement pas juridiquement obligatoires. Sa démonstration s'appuie essentiellement sur l'exemple du non-respect, lors des élections des membres de la Commission du droit international des

¹³ *Ibid.*, p. 331.

¹⁴ *Ibid.*, p. 333.

¹⁵ *Ibid.*, p. 333.

Nations Unies en 1976, de l'accord qui avait été précédemment conclu sur la composition de la Commission.

Cet exemple, longuement analysé, est certainement très significatif. On peut se demander cependant, si un seul exemple de non application d'un *gentlemen's agreement* dans la pratique est suffisant pour établir une règle générale. Il serait aisé en effet de trouver plusieurs exemples de traités non appliqués, sans qu'il soit possible d'en tirer la conclusion que la pratique ne leur reconnaît pas un caractère obligatoire. En fait, la plupart des *gentlemen's agreements* semblent être appliqués régulièrement, au moins pendant une période de temps plus ou moins longue.

Il y a lieu, d'autre part, de relever que l'exemple cité ne concerne que l'un des trois types distingués par M. Eisemann. Les conclusions à en tirer ne doivent pas nécessairement être étendues aux deux autres.

102. En réalité, les *gentlemen's agreements* conclus dans le cadre d'une organisation internationale constituent un cas particulier. Le droit interne d'une organisation, à la différence du droit international général, est un droit hiérarchisé. On peut donc admettre que le *gentlemen's agreement*, même conclu entre tous les membres de l'organisation (et, *a fortiori*, s'il ne l'est qu'entre quelques-uns d'entre eux), ne peut prévaloir sur les règles formelles de l'organisation, notamment sur celles qui découlent de son acte constitutif. On conçoit dès lors que le secrétariat de l'organisation doive, dans certaines circonstances, l'ignorer, même si les Etats parties sont décidés à l'appliquer, ce qui peut entraîner certaines difficultés dans la pratique.

Le fait que la valeur juridique d'un tel accord soit inférieure à celle du traité constitutif, dans la hiérarchie des normes de l'organisation, ne signifie pas que cette valeur soit nulle. Toutefois, sa violation éventuelle ne pourra trouver aucune sanction juridique si les règles formelles de l'organisation ont été respectées : le vote conforme à ces règles, par exemple, mais en violation d'un *gentlemen's agreement*, reste un vote valable.

Il n'en résulte pas que cette violation serait dépourvue de conséquences. On peut, sur ce point, opposer à l'exemple du non respect du *gentlemen's agreement* sur la composition de la Commission du droit international, en 1976, l'application continue et fidèle des

« accords » de Luxembourg au sein du Conseil des Ministres de la C.E.E.

103. Les études consacrées aux *gentlemen's agreements* et portant sur des exemples plus diversifiés parviennent cependant presque toujours aux mêmes conclusions que M. Lauterpacht. C'est le cas, en particulier, de nos confrères, membres de la Septième Commission, MM. Fritz Münch¹⁶ et Oscar Schachter¹⁷. Pour eux, les *gentlemen's agreements* font partie des « *non binding agreements* ».

Pour M. Eisemann au contraire, la seule différence qui opposerait *gentlemen's agreements* et traités serait que la violation des premiers n'ouvrirait pas la possibilité d'un recours judiciaire. Mais le droit connaît de telles situations, notamment avec les obligations naturelles, en droit privé. Cela ne suffirait donc pas à priver les accords en cause de tout caractère juridique (surtout, peut-on ajouter, dans un système juridique comme celui du droit international où le recours judiciaire conserve un caractère exceptionnel). D'après le même auteur ces accords sont couverts par le principe de la bonne foi, qui, pour lui, est un principe juridique. Ils seraient donc soumis au droit international — mais pas au droit des traités. Ils pourraient, en outre, avoir des conséquences juridiques indirectes par le biais de l'*estoppel* (mais on peut en dire autant de n'importe quelle prise de position créant les apparences d'une promesse ou d'une renonciation et dépourvue en elle-même de toute valeur juridique).

104. Aucune des conclusions précédentes n'est parfaitement satisfaisante. La thèse du *non binding agreement* n'explique pas pourquoi les *gentlemen's agreements* sont conclus (évidemment avec la conviction des parties qu'ils ont une utilité, c'est-à-dire qu'ils seront appliqués), ni pourquoi ils sont généralement observés dans la pratique, avec une fréquence qui ne diffère guère de celle observée pour les traités. La thèse selon laquelle les *gentlemen's agreements* seraient soumis au droit international, mais non au droit des traités ne repose-t-elle pas, d'autre part, sur une pétition de principe ? Le principe de bonne foi — à quoi se limiterait, finalement, le droit international

¹⁶ *Op. cit.*, p. 16. L'auteur, il est vrai, se borne à relater la position des parties.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 299-300, M. Schachter se pose toutefois la question de la nature de l'engagement pris.

applicable — n'est-il pas un principe moral autant qu'un principe juridique ? Quelle est d'ailleurs, en l'espèce, la portée pratique de la discussion ? Et ce principe s'applique-t-il de la même façon aux trois types précédemment définis (dont la distinction, dans le cas contraire, paraît perdre tout intérêt) ? Il semble donc nécessaire de revenir sur ce problème, qui peut être élargi d'ailleurs, à l'ensemble des arrangements informels (M. Eisemann, comme on l'a vu, utilise les expressions *gentlemen's agreement* et « accord informel » comme des synonymes).

(ii) Les arrangements informels

105. Il s'agit ici d'accords portant sur les relations politiques, financières, monétaires, commerciales, ou autres, des parties, conclus souvent entre des représentants autres que les représentants diplomatiques traditionnels (ministres « techniciens », fonctionnaires de ces ministères, dirigeants de banques centrales, chefs de secrétariats internationaux, etc.), et portant habituellement sur des questions administratives ou techniques, complexes ou subalternes. Ces accords n'en comportent pas moins, très souvent, des engagements très précisément définis, ou ouvrent des possibilités d'action également précises.

106. Plusieurs exemples de tels arrangements ont été signalés par M. Fritz Münch dans son étude exploratoire. Il en est ainsi de l'arrangement commercial de 1891 entre les Etats-Unis et le Brésil (*loc. cit.*, para. 6 et 7), du projet de texte de 1907 sur le *statu quo* en Méditerranée (para. 8), des échanges de notes entre les Etats-Unis et le Japon des 30 novembre 1908 et 2 novembre 1917 (para. 10 et 11), de l'arrangement du 30 juin 1928 sur les réfugiés russes et arméniens (IV, para. 2). On pourrait citer aussi l'accord secret, dénommé *gentlemen's agreement*, entre les Etats-Unis et le Japon, de 1908, sur l'application des lois d'immigration, qui ressemble beaucoup aux précédents et montre la difficulté de séparer clairement ces « arrangements » de la catégorie précédente.

107. A ces exemples, on peut ajouter quelques autres : l'arrangement franco-belge du 23 décembre 1908 sur le droit de préférence de la France au Congo (dont l'existence a été rappelée en 1960 par la France, qui s'y est référée comme à un traité : RG 1911, 208 et 1960, 369) ; l'arrangement entre la Suède et le Japon, du 20 septembre 1957,

sur le règlement des réclamations suédoises (RG 1960, 446 : exemple parmi beaucoup d'autres arrangements du même type, réglant des problèmes de réclamations pécuniaires) ; l'arrangement sur la réglementation de la pêche à la baleine dans l'Antarctique, du 6 juin 1962 (RG 1965, 1199) ; le « calendrier des opérations » adopté par l'Autriche et l'Italie sur la question du Haut-Adige - Sud-Tyrol, du 30 novembre 1970 (Keesing's contemporary Archives, 1970, 23845) ; l'arrangement entre l'Agence spatiale européenne et le *Canada Centre for remote sensing* du 21 mars 1977 (ILM 1978, 107) ; l'arrangement relatif à la viande bovine et les arrangements relatifs au secteur laitier du 29 novembre 1979 (qui constituent les seuls textes issus du *Tokyo round* en matière agricole).

108. D'après une étude récente, d'un vif intérêt¹⁸, la pratique des arrangements informels est tout à fait générale dans le système économique contemporain et on en trouve de nombreux exemples, en particulier dans la pratique du G.A.T.T. et dans celle du F.M.I. Il faudrait ajouter que la pratique est probablement encore plus abondante en matière de coopération entre administrations nationales ou internationales, en vue d'établir des relations de travail entre elles sur des problèmes particuliers.

109. Les observations générales qui peuvent être faites à la suite de l'examen de cette pratique sont à nouveau contrastées.

Certains arrangements sont certainement des traités internationaux. C'est le cas, par exemple, parmi ceux précédemment mentionnés, des arrangements du *Tokyo Round* (placés sur le même plan que les autres accords issus de la négociation) ou de celui relatif à la pêche à la baleine, ou encore des arrangements relatifs à des réclamations.

Ici encore, il faut se méfier du vocabulaire, utilisé par les diplomates en dehors de toute préoccupation d'ordre juridique. Les arrangements désignent, habituellement, des accords mineurs (par leur objet). Mais ce caractère « mineur » entraîne-t-il le choix d'un instrument infra-conventionnel (dépourvu de portée juridique), ou celui

¹⁸ Frieder Roessler, *Law, De Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations*, German Yearbook of International Law, 1978, 27.

d'un titre modeste pour un vrai traité ? C'est ce qui fait souvent problème.

Dans beaucoup de cas, en effet, les arrangements conclus paraissent l'être en dehors du droit, comme ceux cités par M. Fritz Münch, ou comme ceux analysés dans l'étude de M. Roessler en matière commerciale ou monétaire. Pour bien marquer leur absence de classification juridique, l'auteur les désigne d'ailleurs par l'expression de *de facto agreements*.

110. La volonté de ne pas se lier juridiquement peut venir de difficultés particulières rencontrées par les signataires pour se placer au plan du droit international. Il en est ainsi d'arrangements conclus dans le cadre d'une loi particulière, en vue de son application dans les rapports entre deux Etats, alors que cette loi est susceptible d'être modifiée par l'organe législatif, ou pour éviter d'avoir à l'appliquer. Les exemples cités par M. Münch d'arrangements entre les Etats-Unis, d'une part, le Brésil et le Japon, d'autre part, en fournissent une bonne illustration. Dans d'autres cas, les divergences de vues entre autorités nationales sur un problème particulier peuvent dissuader l'Etat (représenté par un des ministères engagés dans la controverse) de s'engager juridiquement vis-à-vis d'Etats tiers¹⁹.

Dans d'autres cas encore, la fuite devant le droit résulte d'un souci de préserver au maximum la souplesse d'application d'un accord et les possibilités de le modifier en cas de besoin sans être gêné par des procédures trop formelles²⁰.

Il n'en reste pas moins que, très souvent, les arrangements informels définissent des engagements très précis et posent, par là même, des questions identiques à celles qui étaient soulevées plus haut (*supra*, § 104) à propos des *gentlemen's agreements*. On se retrouve en présence d'engagements de bonne foi, dont il faut bien se demander s'ils sont juridiques, moraux, politiques, ou autre chose encore.

C'est aussi ce problème des rapports entre droit, morale et politique, qu'on rencontre en examinant la deuxième catégorie de textes à étudier.

¹⁹ Roessler, *op. cit.*, p. 47.

²⁰ *Ibid.*, p. 50.

2. Les textes conventionnels

111. Nous prenons ici le terme de convention comme synonyme de traité. Il s'agit donc de traités en bonne et due forme, soumis au droit international et, notamment, à la règle *pacta sunt servanda*, mais qui comportent des clauses dont la portée juridique est incertaine ou difficile à déterminer de façon objective.

Le domaine d'élection de ces clauses incertaines est constitué par les accords de coopération, qu'il s'agisse des traités politiques proprement dits (notamment les traités d'amitié, de bon voisinage et de coopération) ou d'accords de coopération économique, technique, militaire, culturelle, etc.

112. Il ne saurait être question d'établir un répertoire de ces traités, mais on peut tenter de définir différents types de clauses incertaines au point de vue de leur portée juridique à partir d'un petit nombre d'exemples de traités appartenant aux deux catégories qui viennent d'être indiquées.

Tout en étant parfaitement conscient de ce que ce choix peut avoir d'arbitraire, je me suis arrêté aux exemples suivants : le traité de l'Atlantique Nord, du 4 avril 1949 (CM 2, 262) ; le traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle du 14 mai 1955 (dit Pacte de Varsovie, CM 2, 560) ; la Partie IV du G.A.T.T., du 26 novembre 1964 (Instruments de base, IV (1969) 55) ; le traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre la Pologne et la R.D.A., du 30 mai 1977 (ADI 1977, 679) ; les accords cadres de Camp David pour la paix au Moyen-Orient et pour la conclusion d'un traité de paix entre l'Égypte et Israël, du 17 septembre 1978 (ADI 1978, 802) ; le traité d'amitié, de bon voisinage et de coopération entre l'U.R.S.S. et l'Afghanistan, du 5 décembre 1978 (ADI 1979, 78) ; le mémorandum d'accord entre le gouvernement des États-Unis et le gouvernement de l'État d'Israël, du 26 mars 1979 (ADI 1979, 467) ; le traité d'amitié et de coopération entre l'U.R.S.S. et la Syrie, du 8 octobre 1980 (ADI 1980, 960).

113. A partir d'une analyse de ces accords dont aucun ne peut être considéré comme dépourvu d'importance pour les relations internationales contemporaines et qui ont tous fait l'objet de mesures d'application souvent intensives, il est possible d'établir une typologie des clauses « incertaines » (dans le sens défini plus haut). Comme précédemment, pour les « textes incertains », cette typologie a seule-

ment une portée pratique. Elle n'a d'autre raison d'être que de faciliter la présentation d'une matière complexe.

On est conduit ainsi à distinguer cinq types de clauses : les « considérations », les déclarations de position, les déclarations d'intention, les engagements « de bonne volonté », les engagements sous réserve discrétionnaire. On dira quelques mots de chacun d'entre eux.

a) *Les « considérations »*

114. Les « considérations », plus ou moins abstraites et générales (analyse d'une situation ou description de faits, références à des éléments de fait ou de droit présentés comme importants, etc.), prennent place, le plus souvent, dans les préambules des traités. On en trouve parfois aussi dans les articles eux-mêmes, c'est-à-dire dans les parties dispositives du traité²¹. Il s'agit là d'un « discours » essentiellement politique (voire idéologique, ou même polémique) se présentant comme un simple rappel de faits ou de décisions antérieurs souvent dépourvus de portée juridique, ou de principes déjà établis, parfois comme une analyse politique de situations de fait. Dans d'autres cas, ces « considérations » se présentent plutôt comme un exposé de fait ou de droit s'apparentant aux motifs d'une décision judiciaire.

115. De façon générale, en raison même de leur objet et compte tenu de leur rédaction, ces « considérations » ne sont pas susceptibles de produire à elles seules des effets juridiques.

Suivant le cas, cependant, elles peuvent revêtir une certaine importance au point de vue de l'interprétation des autres dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble, notamment s'il s'agit de découvrir l'intention véritable des parties. En cela, elles peuvent avoir une certaine portée juridique, qui s'apparente à celle des indices utilisés au cours du travail d'interprétation pour faire apparaître le sens véritable d'un texte juridique.

b) *Les déclarations de position*

116. Ces déclarations constituent des prises de position des parties à un traité, ou de certaines d'entre elles, à l'égard de situations

²¹ Pologne-R.D.A., art. 2 ; G.A.T.T., art. XXXVI, 1-7.

de fait ou de droit établies en dehors du traité, de problèmes particuliers, de principes ou de règles, juridiques ou non²².

Suivant le cas, il s'agit simplement de l'affirmation d'une position du ou des Etats en cause sur un problème déterminé (qui peut être un problème juridique), de la reconnaissance (ou du refus de reconnaissance) d'une situation donnée, de l'approbation, acceptation, affirmation de respect ou, au contraire, condamnation d'un état de fait ou de droit, comportant une coloration morale ou juridique plus ou moins accentuée, ou de caractère plutôt politique.

117. Parmi ces déclarations, trois catégories paraissent particulièrement importantes d'un point de vue juridique, précisément parce qu'elles sont susceptibles d'avoir un effet juridique, bien qu'elles n'expriment aucun engagement :

— les actes de reconnaissance, ou de refus de reconnaissance, dont l'effet juridique est bien défini en droit international, et qui ne perdent pas leur valeur pour être insérés dans un traité ;

— les déclarations de principe, qui constituent l'approbation, la proclamation ou la reconnaissance de la valeur de principes. Si ceux-ci sont des principes juridiques, une telle prise de position ne peut être indifférente quant à leur application dans les relations mutuelles des parties (pour s'en tenir à ce seul aspect de ses effets juridiques éventuels) ;

— les déclarations interprétatives, qui constituent une interprétation authentique par les parties de tel ou tel terme ou disposition du traité, ou des rapports juridiques du traité avec d'autres instruments internationaux, ou avec des règles de droit international général.

c) *Les déclarations d'intention*

118. A la différence des précédentes, il s'agit ici de déclarations tournées vers l'avenir et portant sur le comportement futur du ou des déclarants. Mais, à la ressemblance des déclarations de position, celles-ci se bornent à indiquer quelles sont les intentions *présentes* de ceux qui les formulent, sans fournir aucune garantie qu'elles

²² T.A.N., art. 8 ; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 5 et 11 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 3, 4 et 12.

seront maintenues à l'avenir, ni exclure qu'elles soient, au contraire, modifiées en tenant compte d'événements nouveaux ou en fonction d'une réappréciation des facteurs pris en considération ou négligés lors de leur formulation initiale.

En d'autres termes, la déclaration d'intention apporte seulement une information sur l'intention *actuelle* de celui qui la fait, mais ne comporte aucune promesse de s'y tenir. Elle ne définit donc aucun engagement et, par là même, apparaît insusceptible d'avoir une portée juridique.

119. Les formules employées, cependant, ne sont pas toujours dépourvues d'ambiguïté et la frontière qui sépare la déclaration d'intention de l'engagement proprement dit peut apparaître parfois difficile à tracer²³.

Les difficultés qui peuvent en résulter dans la pratique sont d'autant plus gênantes qu'il n'est pas exceptionnel qu'une déclaration d'intention soit incorporée dans un article de traité²⁴.

d) *Les engagements « de bonne volonté »*

120. Les engagements pris dans le cadre d'un traité doivent être exécutés de bonne foi, suivant la formule de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Normalement, les obligations issues des traités — et correspondant aux engagements acceptés par les parties — apportent une limitation de la liberté d'action de ceux qui y sont soumis, définie avec assez de précision pour que puisse être mesuré de façon relativement objective de l'extérieur (par un tiers impartial) si et dans quelle mesure l'obligation a été ou non effectivement respectée dans un cas donné²⁵.

121. On observe, cependant, que certains engagements (et les obligations correspondantes) laissent à celui qui les a assumés une part considérable d'appréciation subjective (discrétionnaire) échappant à la mesure objective.

²³ Vars., art. 2; Pologne-R.D.A., art. 7; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 6; Camp David, accord-cadre sur le Moyen-Orient, A.

²⁴ T.A.N., art. 2; Vars., art. 8; Pologne-R.D.A., art. 1, 2, 7, 8, 9, 11; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 6, 7, 8, 9; Etats-Unis-Israël, 4.

²⁵ Cf. les remarques de Sir Hersch Lauterpacht dans son opinion dissidente dans *l'affaire des emprunts norvégiens*, Rec. 1957, p. 148. V. *infra*, § 134.

pant au contrôle d'un tiers, sauf, pour celui-ci, à substituer sa propre appréciation discrétionnaire à celle du promettant, ce qui est normalement impossible à un juge, lorsqu'il n'est pas autorisé à statuer *ex aequo et bono*.

Dans de telles hypothèses, le respect ou la bonne exécution de l'obligation dépend exclusivement — ou, tout au moins, dans une très large mesure — de la bonne volonté de celui qui en est tenu, c'est-à-dire de sa volonté d'exécuter correctement ses engagements. Il serait peut-être plus exact encore de renverser la formule et de dire qu'il ne peut pas être accusé de ne pas avoir respecté ses engagements aussi longtemps qu'il évite de manifester une mauvaise foi ou une mauvaise volonté évidente, qu'il ne prend pas les précautions élémentaires interdisant d'affirmer qu'il n'a pas fait un effort suffisant pour remplir son obligation.

122. De tels engagements ont, en réalité, un contenu indéterminé, et indéterminable par un autre que celui qui est tenu de s'y conformer, tout au moins à l'intérieur de limites très extensibles. On peut distinguer quatre grandes catégories.

(i) Les engagements d'examiner et d'agir de façon appropriée

123. L'Etat qui s'engage peut se contenter de promettre d'examiner si et quand il y aurait lieu pour lui d'intervenir dans une situation déterminée, ou d'examiner si des événements justifiant une intervention de sa part se sont bien produits et s'ils justifient effectivement une action, puis de déterminer lui-même quelles seront les mesures appropriées. (Voir par exemple le mémorandum d'accord entre les Etats-Unis et Israël du 26 mars 1979 : art. 1 - Les Etats-Unis prendront toutes mesures appropriées en vue de promouvoir le respect intégral du traité de paix ; art. 2 - Au cas où les Etats-Unis seraient amenés à constater qu'une infraction ou une menace d'infraction a été commise, ils conféreront avec les parties au sujet des mesures à prendre ... (et) ils prendront les mesures qu'ils jugeront appropriées ; art. 3 - Les Etats-Unis assureront l'appui qu'ils jugeront approprié aux mesures opportunes prises par Israël ; *add.* l'art. 5 du Pacte Atlantique, par lequel chaque partie s'engage, en cas d'attaque armée contre une autre partie, à prendre aussitôt « telle action qu'elle jugera nécessaire » ; dans l'art. 4 du Pacte de Varsovie, en pareille circonstance, chaque partie accordera à l'Etat ou aux Etats victimes

d'une agression armée « une assistance immédiate ... par tous les moyens qui lui sembleront nécessaires ».)

124. De tels engagements, on le voit, peuvent avoir une portée considérable. Leur mise en œuvre, la nature et l'étendue des mesures à prendre, néanmoins, dépendent d'une appréciation subjective de celui qui s'est engagé, qui conserve donc une très large liberté, au moment d'exécuter son engagement, pour déterminer unilatéralement l'étendue de ses obligations, voire même d'apprécier discrétionnairement si les circonstances actualisant son obligation sont ou non survenues.

(ii) Les engagements de consulter

125. L'engagement de consultation oblige à prendre contact, à échanger des vues avec tel ou tel partenaire, voire à l'informer de ses intentions, avant de prendre librement la décision d'agir ou de ne pas agir dans un cas particulier et, dans la première hypothèse, de déterminer tout aussi librement le sens, la portée et les modalités de l'action. C'est dire qu'il laisse une très grande liberté à celui qui l'a assumé et que la consultation peut être facilement réduite à une simple formalité dépourvue de signification.

126. L'obligation de consulter peut être générale et permanente. Malgré les apparences, c'est la moins contraignante, puisque celui qui doit consulter reste libre de déterminer le moment (et la fréquence) de ses consultations.

Elle peut être stipulée dans des domaines définis, ou à propos de questions déterminées²⁶, ou s'appliquer à tous les domaines des relations mutuelles²⁷.

Elle peut aussi être prévue seulement dans le cas de survenance de certains événements, ou dans des circonstances déterminées²⁸.

Pour les raisons déjà indiquées, toute précision ici a pour conséquence de rendre l'obligation un peu plus contraignante.

(iii) Les engagements de négocier

127. L'obligation de négocier a fait l'objet d'analyses fréquentes,

²⁶ U.R.S.S.-Afghanistan, art. 4 et 10.

²⁷ Vars., art. 3 ; Pologne-R.D.A., art. 12 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 5 et 8.

²⁸ T.A.N., art. 4 ; Vars., art. 3 et 4 ; G.A.T.T., art. XXXVII, 2 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 6.

aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine²⁹. Elle se différencie de la précédente par le fait que la négociation est toujours et nécessairement la recherche d'un accord et que, par là même, elle impose l'acceptation de l'idée de compromis. C'est ce qu'exprime fort bien le fameux *dictum* de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *plateau continental de la mer du Nord*³⁰.

Le contenu de l'obligation de négocier est donc loin d'être nul et il est possible, dans un certain nombre d'hypothèses, de vérifier de l'extérieur si l'Etat qui y est tenu s'y est conformé. Néanmoins, si celui qui s'est obligé à négocier doit accepter l'idée d'un compromis, il reste maître de déterminer discrétionnairement quel compromis est pour lui acceptable et, par là même, de conduire la négociation à un échec, si son partenaire n'accepte pas toutes ses exigences.

128. Pour cette raison, le *pactum de negociando* ne se confond pas avec un *pactum de contrahendo*, qui serait incomparablement plus contraignant. En fait, l'engagement de conclure serait un engagement de se soumettre à la volonté du partenaire, ou un engagement impossible, puisque son exécution dépendrait de la volonté de l'autre. Il n'est pas totalement inconcevable, cependant, si tous les points susceptibles d'opposer vraiment les partenaires ont déjà fait l'objet d'un accord³¹.

129. L'engagement de négociations ne peut évidemment pas être pris de façon générale, comme celui de consultation. Il peut soit porter sur certains problèmes en suspens³², soit être prévu dans des domaines déterminés, soit dans le cas de survenance de certains faits ou événements (notamment un différend entre les parties)³³.

²⁹ V. entre autres : P. Reuter, De l'obligation de négocier, Studi in onore di Gaetano Morelli, 14 Comunicazioni e Studi, 711 (1975).

³⁰ Rec. 1969, p. 47, § 85, a).

³¹ L'obligation de conclure est concevable lorsque toutes les difficultés réelles susceptibles d'opposer les parties ont déjà été réglées par un accord-cadre, ou préparatoire, ou par un autre moyen, par exemple une décision judiciaire (cf. l'article 2 du compromis tuniso-libyen dans l'affaire du *plateau continental Tunisie-Jamahiriya arabe libyenne* relatif à la détermination de la ligne de délimitation par un traité entre les deux parties en application des principes et règles définis par la Cour).

³² Camp-David, accord-cadre pour la conclusion d'un traité de paix entre l'Egypte et Israël.

³³ Par ex. pour le règlement des différends que pourrait faire naître l'application d'un accord : U.R.S.S.-Afghanistan, art. 12 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 13.

(iv) Les engagements de coopérer

130. L'engagement de coopération soulève des problèmes très voisins de ceux qui viennent d'être examinés. Il oblige à établir ou à faire progresser la coopération entre deux ou plusieurs Etats, ce qui suppose l'initiative et l'acceptation de projets précis, non encore définis le plus souvent, et fournissant la matière de cette coopération. La mise au point de ces projets suppose elle-même une négociation entre les parties intéressées. Ici encore, par conséquent, chacun reste pratiquement libre de déterminer ce qu'il acceptera finalement.

131. Comme dans les cas précédents, l'obligation est plus ou moins contraignante suivant les précisions qui en concrétisent le contenu, les formes et le rythme.

Il peut s'agir d'une obligation très générale de coopération sur tous les sujets d'intérêt commun. Malgré son ouverture très large, une telle obligation est extrêmement peu contraignante^{33 b1a}.

Il peut être prévu également que la coopération se développera dans des domaines déterminés (c'est le cas le plus fréquent)³⁴, dans un but bien défini³⁵, à des niveaux et suivant des modalités fixés³⁶, dans des circonstances déterminées³⁷. Ces dernières précisions sont évidemment les plus contraignantes.

e) *Les engagements sous réserve discrétionnaire*

132. On se trouve ici en présence d'engagements (et d'obligations, par conséquent) ayant un objet précis et bien défini, évaluable de l'extérieur, mais dont la mise en jeu dépend d'une appréciation subjective que le promettant s'est réservé de porter de façon plus ou moins discrétionnaire, ou dont l'exécution est subordonnée à une telle appréciation³⁸.

^{33 b1a} Pologne-R.D.A., art. 1 ; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 1 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 1.

³⁴ T.A.N., art 2 et 3 ; Pologne-R.D.A., art. 3, 4, 5, 6 ; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 2, 3, 4 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 9 et 10.

³⁵ G.A.T.T., art. XXXVIII ; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 9 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 2 et 3.

³⁶ Pologne-R.D.A., art. 3, 4, 6 ; U.R.S.S.-Afghanistan, art. 3 ; U.R.S.S.-Syrie, art. 9.

³⁷ U.R.S.S.-Syrie, art. 6.

³⁸ T.A.N., art. 5 ; Vars., art. 4 ; Etats-Unis-Israël, 1, 2, 3.

Dans ce cas encore, il est impossible d'apprécier de l'extérieur si l'engagement a été tenu ou violé : il faudrait pénétrer dans le secret de la conscience. Plus exactement, comme dans le cas précédent, la violation ne peut apparaître que dans l'hypothèse d'une mauvaise foi ou d'une mauvaise volonté manifeste.

133. Ces engagements conditionnels sont souvent assortis encore d'un « modérateur » de l'obligation, c'est-à-dire d'une formule permettant à celui qui s'est engagé de déterminer discrétionnairement ce qui est dû dans les circonstances existant au moment où son obligation s'est actualisée : formule du type « fera tous ses efforts », « s'efforcera », etc.³⁹.

134. Dans toutes ces hypothèses, bien qu'on se trouve en présence d'un engagement formel et précis par son objet, celui qui s'engage semble ne pas aliéner véritablement sa liberté, puisqu'il se réserve le droit de décider librement (discrétionnairement, voire arbitrairement) ce qu'il fera dans les circonstances de l'espèce.

En d'autres termes, l'obligation assumée apparaît comme une obligation non contraignante. Peut-on soutenir, dès lors, qu'il s'agit d'une obligation juridique ? Et, si c'est bien le cas, une telle obligation est-elle valable ?

On se souviendra, à ce propos, de la démonstration faite par sir Hersch Lauterpacht, dans son opinion dissidente dans l'*affaire des emprunts norvégiens* (Rec. 1957, p. 48), pour établir l'invalidité de la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, rédigée suivant le modèle de la déclaration américaine. Comme on le sait, cette déclaration était accompagnée de ce qui peut être considéré comme le type même de la réserve discrétionnaire, permettant à l'Etat qui a adopté la réserve de déterminer unilatéralement, dans chaque cas d'espèce, si l'affaire portée devant la Cour relevait ou non essentiellement de sa compétence nationale. Pour l'éminent juge, un engagement affecté d'une réserve d'appréciation unilatérale « is invalid as lacking in an essential condition of validity of a legal instrument ». A son avis, en effet, « it leaves to the party the right to determine the extent and the very existence of its obligation »... this party « has undertaken no obligation ». Et il précisait encore sa

³⁹ G.A.T.T., art. XXXVI, 9 et XXXVII, 3 et 4 ; Pologne-R.D.A., art. 8 ; Etats-Unis-Israël, 6.

pensée dans les termes suivants : « An instrument in which a party is entitled to determine the existence of its obligation is not a valid and enforceable legal instrument of which a Court of law can take cognizance. It is not a legal instrument. It is a declaration of political principle and purpose » (*ibid.*).

135. Cette critique mérite certainement d'être méditée, même si la Cour internationale elle-même n'a pas considéré comme nulles les déclarations d'acceptation de sa juridiction obligatoire assorties d'une telle réserve et en a fait, au contraire, application.

Il n'en reste pas moins que, même si, dans de telles hypothèses, l'obligation juridique est insaisissable, et peut-être nulle (soit dans le sens de l'absence de validité, soit dans celui d'une somme égale à zéro), les engagements ainsi pris, dans le cadre d'un traité, peuvent constituer la base juridique de constructions futures. L'Etat qui n'est pas réellement contraint d'agir peut agir spontanément, en dehors de toute contrainte, et son action est évidemment conforme au droit et donc juridiquement correcte, même si elle est contraire à des règles de droit international général, qui seraient applicables en l'absence d'un traité.

Les engagements de l'espèce apportent ainsi un fondement juridique et une légitimation à une action future. Ils fournissent le cadre et la justification juridique d'une politique. Il serait donc imprudent, avant de procéder à une analyse plus poussée, d'affirmer qu'ils sont dépourvus de portée juridique.

III. — ESSAI D'INTERPRÉTATION DE LA PRATIQUE

136. Nous avons indiqué précédemment (*supra*, § 36) que le critère séparant les « textes ayant une portée juridique » de ceux qui en sont dépourvus est, pour nous, la production d'effets juridiques⁴⁰ (dans la perspective de notre recherche : entre les auteurs de ces

⁴⁰ Le sens à donner à cette expression d'effet juridique a été déjà précisé dans l'exposé préliminaire (§ 5), en termes généraux. Je serais enclin, aujourd'hui, à l'élargir encore quelque peu. La définition traditionnelle se réfère à l'idée d'une modification de l'ordonnement juridique. Il m'apparaît qu'il faut aussi considérer comme produisant un effet de droit le texte qui se borne à confirmer (et, par là, à consolider) une obligation ou une norme existante (pour une nouvelle discussion de cette question, *cf. infra*, §§ 185 et s.).

textes, pour régir leurs relations mutuelles). Ont une portée juridique les textes qui produisent de tels effets ; en sont dépourvus ceux qui n'en produisent pas.

Cette précision est rappelée pour souligner que la question ne se limite pas à déterminer si un texte est « obligatoire » ou ne l'est pas, c'est-à-dire crée ou non des obligations juridiques. Mais il est évident que la difficulté, dans la pratique, concerne avant tout la question des obligations.

137. La tentation du juriste est d'élargir au maximum la catégorie des textes qui produisent des effets de droit. Non par impérialisme intellectuel, ou professionnel, mais pour toute une série de raisons apparemment légitimes, mais qui méritent examen.

On ne saurait nier, tout d'abord, une tendance à assimiler, de façon sans doute hâtive, absence d'effet juridique et absence d'effets. Parce que le juriste ne veut pas pénétrer dans le domaine du « non-droit », ou ne se sent pas compétent pour ce faire, il a le sentiment que les efforts déployés par les acteurs de la vie internationale pour aménager leurs relations mutuelles de façon pacifique et rationnelle sont voués à l'échec et restent stériles s'ils ne parviennent pas au plan du droit et ne se traduisent pas par des actes juridiques en bonne et due forme. Le souci de ne pas permettre qu'il en soit ainsi le conduit alors à « tirer » vers le droit ce qui ne s'est peut-être pas hissé jusque là.

L'habitude de raisonner en appliquant le précepte de « l'effet utile » en matière d'interprétation ne peut que le renforcer dans la conviction que c'est là une attitude recommandable.

138. Une autre préoccupation, tout aussi louable dans son principe, est de protéger les Etats de bonne foi contre les tentatives de leurs partenaires — hélas ! trop fréquentes — de se dégager des conséquences juridiques de leurs décisions.

Ce souci ne saurait cependant aller jusqu'à conférer une valeur juridique à des engagements que son ou ses auteurs ont entendu prendre sans se lier sur le plan du droit. Si leur comportement équivoque a pu induire en erreur d'autres sujets de droit, il y a d'autres moyens, tels que l'estoppel, de protéger ces derniers contre les préjudices qui pourraient en résulter pour eux de ce fait.

139. Dans la pratique, en effet, c'est surtout la nature des engagements assumés par les auteurs d'un texte international qui fait

problème. S'agit-il d'engagements juridiques qui, trouvant place dans un texte où s'exprime l'accord de plusieurs Etats, sont normalement soumis à la règle *pacta sunt servanda* ? Ou bien est-on seulement en présence d'accords purement politiques, dépourvus de toute portée juridique ? Ou bien d'engagements moraux, pris en dehors du droit ? Ou encore, si cela est concevable, d'une catégorie intermédiaire ?

Nous commencerons, en conséquence, par analyser la distinction entre engagements politiques ou moraux, d'une part, et engagements juridiques, d'autre part. Nous nous demanderons ensuite s'il peut exister des gradations dans la force juridique des textes contenant des engagements de la seconde catégorie.

Deux remarques méritent toutefois d'être présentées auparavant, à titre liminaire.

140. Tout d'abord, il importe peu, à notre sens, que les textes examinés aient fait ou non l'objet d'une application effective et que leur éventuel défaut d'application ait ou non donné lieu à des représentations ou à des protestations. La question de leur application soulève, en effet, des problèmes tout différents de ceux de leur valeur juridique.

141. Il arrive que toutes les parties à un accord renoncent après coup à lui donner une suite par une entente tacite. C'est ce qui peut se produire, en particulier, pour des accords (accords cadres), qui ne peuvent passer dans les faits que par des accords complémentaires, que les parties ne réussissent pas toujours à conclure, ou pour des accords liés à des relations politiques qui se modifient avec une grande rapidité.

Dans cet ordre d'idées, on peut rappeler, par exemple, la proclamation et la décision exécutive sur la création d'un commandement politique unifié entre l'Égypte et la Syrie, adoptées au Caire le 21 février 1976 (DAI 1977, 102), ou le communiqué commun sur la rencontre entre les présidents des deux Yémen (Aden et Sanaa, 16 février 1977), annonçant la formation d'un conseil commun et la conclusion d'un accord de représentation mutuelle (DAI 1977, 265). Ces accords semblent n'avoir été suivis d'aucune exécution, mais cette constatation ne suffit pas à décider avec certitude de leur nature juridique.

L'application effective ne constitue pas davantage un indice probant de la nature d'un texte, beaucoup d'accords dépourvus de portée

juridique étant scrupuleusement respectés dans toutes leurs dispositions, à l'égal de véritables traités.

142. Sur un tout autre plan, on observera qu'un texte ne présentant pas les formes extérieures auxquelles on reconnaît habituellement un traité — communiqué de presse, par exemple — et consacré pour l'essentiel à l'exposé des opinions échangées au cours d'une rencontre internationale, peut contenir aussi une disposition isolée formulant un accord précis, par lequel les participants se sont clairement engagés en droit.

Inversement, on ne saurait exclure *a priori* l'insertion éventuelle dans le texte d'un traité de dispositions « non conventionnelles », c'est-à-dire dépourvues de portée juridique. Pour les raisons développées déjà dans l'exposé préliminaire (§§ 40-41), on ne peut admettre facilement qu'il en soit ainsi. Il est cependant concevable que les parties aient entendu insérer dans un traité des indications auxquelles elles n'attachent aucune conséquence juridique (« considérations », au sens défini plus haut — § 114 —, déclarations d'intention, etc.). C'est le cas, habituellement, des termes du préambule. Rien n'empêche que les articles en contiennent aussi.

143. La distinction des textes ayant une portée juridique et des textes qui en sont dépourvus ne peut donc pas toujours s'effectuer par l'examen de chaque texte dans son ensemble et par une qualification globale. Dans beaucoup de cas, il sera nécessaire de pousser l'analyse plus loin et de procéder disposition par disposition.

1. Engagements politiques ou moraux et engagements juridiques

a) La notion d'engagement

144. L'engagement peut être défini comme un acte par lequel on se lie. Un engagement qui ne lierait pas serait une notion contradictoire, une absurdité. L'association entre les deux idées est si forte que, comme le remarque le « Dictionnaire de la terminologie du droit international » publié sous la direction de Jules Basdevant, le terme d'engagement est fréquemment utilisé pour désigner une obligation.

145. De façon générale, l'engagement s'oppose à la déclaration d'intention. L'auteur d'une telle déclaration se borne à exposer quels sont ses projets au moment où il s'exprime, mais il ne les accompagne d'aucune promesse de s'y tenir, de ne pas en changer à l'avenir, en

considération d'événements nouveaux, d'une évolution de la situation, ou même, plus simplement, à la lumière d'un réexamen des données sur lesquelles il avait fondé sa prise de position initiale (*cf. supra*, § 118).

La déclaration d'intention a donc une portée strictement informative — et, par là-même, elle peut avoir une très grande importance et un intérêt considérable pour les tiers — mais elle ne comporte aucune assurance pour l'avenir.

146. La difficulté de distinguer déclaration d'intention et engagement vient de l'ambiguïté du langage employé. Il est souvent malaisé de discerner dans une déclaration par laquelle un ou plusieurs Etats indiquent comment ils entendent se comporter face à une situation donnée, si ces Etats se bornent à avertir les tiers ou le public de ce qu'ils voudraient faire en cette occurrence, sans que cependant leur décision soit encore définitivement arrêtée (ce qui peut constituer une mise en garde, une menace, ou un encouragement), ou s'ils vont jusqu'à se lier, à s'obliger à se comporter de la sorte, autorisant ainsi ceux qui ont intérêt à voir cette promesse respectée à en réclamer l'exécution.

C'est là une difficulté d'ordre pratique, malheureusement fréquente. Elle doit être surmontée en utilisant toutes les ressources de l'art d'interpréter et les règles qui le gouvernent. Elle ne met pas en cause le principe de la distinction, qui reste parfaitement clair.

147. Par nature, parce qu'elle ne lie pas son ou ses auteurs, la déclaration d'intention est dépourvue de portée juridique.

Il n'en résulte pas que, par opposition, tout engagement soit nécessairement juridique.

L'utilité d'un engagement pour celui ou ceux à l'égard desquels il est pris vient de l'assurance qu'il apporte sur ce que sera le comportement futur de celui ou de ceux qui le prennent. Il rend ce comportement prévisible. Dans les rapports internationaux comme dans toutes les relations sociales, un peu de stabilité et de sécurité ne peut être introduit que si chacun peut connaître, avec un degré de certitude aussi élevé que possible, comment se comporteront ses partenaires ou adversaires. L'ensemble des règles de comportement, à commencer par les règles juridiques qui gouvernent une société, tendent à assurer cette prévisibilité. Les accords conclus entre les acteurs de la vie internationale ont pour objet d'aménager leurs

rapports mutuels par une série d'engagements destinés à les orienter dans un sens défini, qui permettent ainsi de prévoir leur développement de façon plus concrète et plus sûre.

148. Ce qui vient d'être dit, cependant, n'est vrai que dans la mesure où les engagements pris sont effectivement tenus. Comment être assuré qu'il en sera bien ainsi ?

La valeur d'un engagement vient d'abord de la confiance inspirée par son ou ses auteurs. Celle-ci est elle-même liée à des facteurs moraux, au premier rang desquels la bonne foi : un accord par lequel sont pris des engagements n'a de sens que si la bonne foi — c'est-à-dire la volonté sincère de respecter ces engagements — est supposée chez ceux qui le concluent.

Pour cette raison, la bonne foi a été intégrée dans les règles juridiques relatives à l'exécution des traités (et rappelée par l'article 26 de la Convention de Vienne). Elle ne saurait, pour autant, être considérée exclusivement comme une notion juridique. Son champ d'application est beaucoup plus large et déborde, incontestablement, celui des rapports juridiques. Le droit a emprunté à la morale, il a pu formaliser à son profit certains aspects de la bonne foi et, ainsi, se l'approprier. Celle-ci reste fondamentalement, par son origine et par l'usage qui en est fait dans d'autres sphères, une notion éthique. C'est pourquoi il est justifié de parler d'engagements de bonne foi à propos d'engagements pris en dehors de toute volonté de se lier juridiquement, ou dépourvus, pour une raison quelconque, de validité juridique.

149. La notion, voisine, d'honneur peut également être évoquée. Celui qui manque à la bonne foi manque aussi à l'honneur et se déconsidère. Dans les relations internationales, où le prestige joue un rôle important, où il est grave de « perdre la face », ce sont là des considérations qui ne sont pas négligeables. L'honneur peut donc, lui aussi, être le garant de la fidélité à un engagement. Lui aussi relève de la morale.

On voit ainsi se dessiner, très concrètement, la possibilité d'engagements purement moraux dans les rapports internationaux.

150. La garantie la plus sûre de la fidélité aux engagements pris reste cependant l'intérêt. Les engagements internationaux assumés par les Etats sont généralement acceptés en vue d'une contrepartie, représentée notamment par les engagements réciproques de leurs partenaires. En outre, ils prennent habituellement place dans un flux

de relations, dont le maintien et le développement sont avantageux pour ceux qui y sont impliqués et qui risquerait d'être compromis, plus ou moins gravement, par des manquements caractérisés. L'intérêt bien compris d'un Etat peut donc l'amener à rester fidèle à un engagement qui le gêne — en dehors de toute question d'honneur ou de moralité — pour ne pas provoquer des réactions encore plus désavantageuses, dans l'immédiat ou dans l'avenir. Or, ceci ne concerne pas seulement les rapports juridiques, c'est l'ensemble des relations inter-étatiques qui sont en cause dans ce genre de calcul et donc, avant tout, les relations politiques, au sens le plus large de l'expression.

b) *Relations juridiques et relations politiques*⁴¹

151. Le manquement à un engagement juridique entraîne un ébranlement de l'ordre juridique, qui va réagir en conséquence.

Le premier effet d'un tel manquement, toujours signalé, est la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat coupable d'un acte illicite, c'est-à-dire la naissance à son encontre d'une obligation de remettre les choses en état ou de réparer et, corrélativement, au profit du ou des sujets de droit international ayant souffert un préjudice, d'un droit de réclamation. Malheureusement, dans l'hypothèse la plus fréquente, qui est celle de l'absence d'un lien de juri-

⁴¹ L'expression courante d'obligation « morale ou politique » trahit une certaine hésitation de la pensée. Les obligations morales ne sont pas inconnues de la doctrine juridique, notamment du droit civil. Les obligations politiques, au contraire, constituent une notion relativement nouvelle et mal définie. L'idée qu'une obligation présente nécessairement un caractère éthique, si elle n'est pas juridique, est aussi très profondément ancrée dans notre esprit.

Si elle est imprécise, cette expression n'est certainement pas condamnable. Elle a l'avantage de souligner l'aspect éthique qui est inhérent aux engagements politiques. Il me semble, cependant, que toutes les relations interétatiques présentent un caractère politique, au sens très large de cette expression, pour la raison très simple que l'Etat, sur le plan international est, fondamentalement, une entité politique, qui se meut sur le terrain politique, même s'il agit aussi, dans certaines circonstances, sur le plan du droit. Il paraît donc à la fois plus simple et plus précis de s'en tenir au qualificatif « politique ».

Sur tous ces points et sur la relation entre droit, morale et politique dans la perspective de ce rapport, je me permets de renvoyer à mon étude « Sur la notion d'accord », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne 1980, p. 159-172.

diction obligatoire entre les Etats concernés, la responsabilité reste trop souvent théorique : au mieux, elle fait l'objet de négociations, dont l'issue est toujours aléatoire et tributaire de l'état général des relations entre les Etats en cause.

152. Un second effet — ou une seconde série d'effets — est la naissance, au profit du ou des Etats qui ont à se plaindre du non-respect d'un engagement juridique dont il(s) étaient les bénéficiaires, du droit de protester (mais la protestation n'est qu'une démarche diplomatique)⁴² et de celui de prendre des contre-mesures pouvant aller jusqu'à suspendre l'exécution d'obligations juridiques envers l'Etat fautif ou à y mettre fin : soit l'extinction du traité violé, ou la suspension de son application (art. 60 de la Convention de Vienne), soit la suspension ou l'extinction d'autres obligations, dérivant d'un autre traité, ou de la coutume, à la condition de respecter une certaine proportionnalité entre l'importance des obligations suspendues ou éteintes et la gravité des manquements au droit qui motivent les contre-mesures (*cf.* sentence arbitrale du 9 décembre 1978 dans l'affaire de l'accord relatif aux services aériens entre la France et les Etats-Unis du 27 mars 1946, §§ 81-83).

153. Il apparaît ainsi que la portée juridique d'un engagement juridique — et les conséquences de sa violation éventuelle — ne peut être appréciée autrement que dans le contexte du système général des relations juridiques existant entre les Etats concernés, c'est-à-dire de l'ordre juridique international tout entier (qui détermine les réactions autorisées) et du réseau des relations juridiques particulières existant, à l'intérieur de cet ordre, entre les Etats intéressés, sur lequel ces réactions vont se faire sentir.

154. Le même raisonnement, *mutatis mutandis*, peut être fait en ce qui concerne les rapports politiques.

Les Etats entretiennent entre eux un réseau de relations politiques qui se trouve évidemment perturbé lorsqu'un engagement, partie constitutive de ce réseau, vient à ne pas être honoré. Les usages politiques qui prévalent à une époque donnée et qui, pour être dépourvus de toute autorité juridique, n'en sont pas moins impératifs

⁴² Il ne faut donc pas opposer engagements juridiques et engagements politiques, mais engagements juridiques et engagements *exclusivement* politiques.

pour tout Etat soucieux d'occuper dignement sa place dans le concert des nations, dictent la conduite à tenir en pareille circonstance, même si c'est avec moins de précision que les règles de droit.

155. Suivant sa gravité, la violation d'un engagement politique pourra être considérée comme un « acte inamical », un acte hostile, voire même une véritable agression. Il donnera naissance, entre les Etats intéressés à une situation de tension, plus ou moins sérieuse, mais qui posera habituellement quelques difficultés à l'Etat responsable de cette évolution.

Cette même violation justifiera également des mesures ou contre-mesures illustrant la tension créée : représentations, protestations, rappel de diplomates, interruption de négociations en cours, ajournement de visites diplomatiques, arrêt de la coopération dans des domaines variés, rupture des relations diplomatiques ou commerciales, etc.

156. L'engagement violé étant purement politique, les mesures ou contre-mesures décidées doivent rester conformes au droit international (ce qui exclut, dans le droit contemporain, l'usage ou la menace de l'emploi de la force militaire). Pour reprendre le vocabulaire traditionnel, elles ne doivent pas sortir du cadre des mesures de rétorsion. Les représailles, mesures normalement contraires à une obligation juridique et que justifie seul le fait qu'elles constituent une réaction à une première violation du droit international commise par celui contre lequel elles sont dirigées, sont exclues.

L'éventail des mesures de rétorsion n'en est pas moins extrêmement large. Elles sont souvent beaucoup mieux adaptées à la nature des rapports inter-étatiques (donc plus facilement utilisables) que les représailles proprement dites et beaucoup d'entre elles peuvent atteindre les intérêts de l'Etat fautif plus gravement que ces dernières.

157. C'est un fait, d'ailleurs, que, dans beaucoup de cas de violation d'une obligation juridique, les Etats lésés préfèrent recourir à de simples mesures de rétorsion, faisant ainsi prévaloir le politique sur le juridique.

Ce serait une erreur, en effet, que de supposer une antinomie entre engagements juridiques et engagements politiques. Il existe, comme nous l'avons remarqué, des engagements purement politiques, qui ne pénètrent pas dans la sphère du droit. Il existe très peu — s'il y en a — d'engagements purement juridiques. La plupart des

engagements pris en droit, par voie de traité, ont aussi une portée politique, plus ou moins marquée, parce que l'acceptation d'un engagement international est toujours motivée par un intérêt politique (ou économique, ou financier, ou militaire, etc., mais il s'agit alors de politique économique, ou financière, ou de défense, etc.). On a précisément la démonstration de cet entrecroisement entre droit et politique dans le recours, très fréquent, aux mesures de rétorsion pour sanctionner la violation d'engagements juridiques — mais présentant aussi un intérêt politique.

158. On ne saurait négliger le fait, enfin, que des engagements internationaux constituent souvent les pièces essentielles d'un règlement politique, destiné à régler un contentieux ayant créé et entretenu entre deux ou plusieurs Etats des difficultés plus ou moins sérieuses et durables. Comme on le sait, il est toujours beaucoup plus aisé de se mettre dans une situation difficile que d'en sortir.

La violation des engagements pris dans une pareille hypothèse contient en elle-même sa sanction politique qui est l'effondrement de l'arrangement réalisé, avec tous les embarras qui peuvent en résulter.

159. Les indications qui précèdent, aussi sommaires et schématiques qu'elles soient, suffisent, pensons-nous, à montrer l'importance que revêtent dans les rapports internationaux les engagements purement politiques et les raisons pour lesquelles ils peuvent être aussi contraignants pour les Etats — et parfois davantage — que des engagements juridiques⁴³.

Il peut être utile, cependant, de se demander encore quelles sont les raisons qui conduisent les Etats, dans certains cas, à ne pas pénétrer sur le terrain du droit et à se cantonner dans celui de la politique.

c) *Le choix entre les deux catégories d'engagements*

160. Sans tenter de répertorier tous les motifs — variables à l'infini — qui sont à l'origine d'un tel choix dans la pratique, on peut aventurer quelques réflexions d'ordre général.

Les raisons du choix peuvent, d'abord, être juridiques.

⁴³ Sous réserve de ce qui sera dit plus bas quant à l'application de l'idée *rebus sic stantibus*.

Il se peut, en effet, que les parties à un accord n'aient pas la possibilité de se placer au plan du droit international. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque l'une d'entre elles conteste à l'autre la qualité de sujet de droit international. Ce fut le cas, assez fréquemment, en matière de décolonisation, pour les accords conclus avec un mouvement de libération, ou avec des autorités dont le caractère étatique ou gouvernemental n'était pas reconnu. Les accords d'Evian constituent une bonne illustration de cette difficulté. On la retrouve aussi dans les hypothèses de sécession, en dehors du cadre de la décolonisation.

161. Plus fréquemment encore, la conclusion d'un accord juridique se trouvera exclue par des obstacles de droit interne. Les accords de coopération entre administrations nationales exigeraient normalement, pour prendre le caractère de traité, l'intervention du Ministère des Affaires étrangères, qui n'est pas toujours souhaitée, soit en raison des différences d'optiques existant entre des départements ministériels différents, soit, plus simplement, pour les complications pratiques et les retards qui en résulteraient.

La difficulté est plus grande encore lorsque le droit constitutionnel est en cause. Celui-ci peut subordonner la conclusion des traités d'une certaine catégorie à une approbation parlementaire que l'autorité exécutive souhaite ne pas avoir à demander, ici encore pour des raisons de procédure (les lenteurs et le poids de la procédure parlementaire), ou pour des raisons de fond (l'hostilité de certaines forces politiques).

La pratique fait apparaître également des hypothèses dans lesquelles un accord a en vue d'aménager les conditions d'application d'une loi pour tenir compte des problèmes particuliers d'un Etat dont les intérêts sont touchés par cette législation. La nature même d'un tel arrangement ne se prête pas toujours à sa formalisation dans un traité, même en forme simplifiée⁴⁴.

162. Dans d'autres cas encore, c'est le contexte juridique dans lequel un accord est conclu qui conduit à éviter cette formalisation. Il en est ainsi, en particulier, des accords conclus entre certains Etats

⁴⁴ Cf. les exemples cités dans l'étude exploratoire de *M. Fritz Münch* au point III, §§ 6 et 7 et 10-11.

membres d'une organisation internationale sur la manière dont ils appliqueront des dispositions particulières de l'acte constitutif de l'organisation, ou utiliseront les pouvoirs que cet acte leur confère. C'est le cas des *gentlemen's agreements* étudiés par Elihu Lauterpacht⁴⁵.

163. Inversement, la nature des questions sur lesquelles portent certains accords exige la sanction du droit du fait qu'elles touchent aux bases fondamentales des rapports internationaux, qui sont juridiques. Il s'agit, notamment (mais l'énumération n'est pas limitative), des accords relatifs à l'exercice de la souveraineté, et en particulier à la détermination de son cadre spatial, au territoire, aux questions frontalières, aux règles relatives à l'utilisation des espaces échappant à la juridiction nationale des Etats, aux relations entre individus et Etats, à la disposition des biens, etc.

Tous les arrangements dans ces domaines qui ne bénéficient pas d'une consécration juridique sont nécessairement imparfaits et inachevés. Des accords purement politiques ne sont évidemment pas exclus ; ils sont même fréquents, mais ils ne sont pas en mesure de régler définitivement les problèmes auxquels ils se rapportent, même d'un point de vue politique. Les Etats intéressés s'efforcent, en conséquence, de les reprendre dans le cadre de traités en bonne et due forme. Le problème des frontières en Europe après la deuxième guerre mondiale l'a bien fait apparaître.

164. Même dans des domaines où la consécration juridique est nécessaire à un équilibre durable des rapports internationaux, les Etats peuvent, dans certaines circonstances, on le voit, se contenter d'accords purement politiques — mais dont la nature véritable risque alors de faire naître la contestation.

Il en est ainsi spécialement lorsqu'il n'existe pas de véritable accord sur les questions de fond, mais seulement un désir d'empêcher les rapports politiques de se dégrader à l'excès et, à cette fin, de ne pas remettre en cause immédiatement l'état de fait — le *statu quo* — qui s'est établi, sans pour autant le consacrer juridiquement et le rendre ainsi légitime et irrévocable. L'accord politique constitue alors une solution d'attente, qui « gèle » la situation jusqu'au moment où les conditions d'un règlement juridique acceptable par toutes les parties intéressées seront réunies.

⁴⁵ Cf. l'étude citée *supra* note 11.

165. Cette dernière remarque fait apparaître un caractère particulier de l'accord purement politique — sa souplesse — qui peut constituer, dans certains cas, un avantage amenant à le préférer au traité et, dans d'autres hypothèses, un inconvénient qui conduira à la solution opposée.

Cette souplesse n'apparaît pas seulement à propos des modes de conclusion, comme on l'a vu aux paragraphes précédents. Elle concerne aussi l'application de l'accord.

166. L'observation de la pratique permet de penser qu'un accord purement politique est toujours conclu en fonction des circonstances politiques prévalant à ce moment.

Dans la mesure où il comporte des engagements de la part des Etats qui l'ont conclu, ces engagements lient leurs auteurs. Ils doivent être appliqués de bonne foi. Mais, apparemment les contours et les limites de la bonne foi doivent être appréciés de façon plus souple qu'en matière de traités. Il semble que ces limites soient généralement entendues sous la réserve de la « difficulté politique » : c'est-à-dire d'une difficulté tenant à un changement dans les circonstances internationales rendant l'application ou le maintien en vie de l'accord plus difficile, ou même à un changement de même nature dans la situation intérieure de l'Etat qui a pris l'engagement : obstacles d'ordre économique, changement de majorité gouvernementale, troubles intérieurs, etc.

167. En d'autres termes, il semble que les accords purement politiques comportent, très généralement, une extension, qui peut être considérable par rapport à ce qu'admet le droit international, de l'application de la réserve *rebus sic stantibus* et de l'état de nécessité. Ce pourrait même être là la différence fondamentale qui existe, d'un point de vue pratique, entre eux et les traités⁴⁶.

Cela expliquerait la faveur dont ils bénéficient dans la pratique contemporaine dans des cas où les changements de circonstances (ou de conjoncture) sont fréquents, rapides et difficiles à prévoir. Il en est ainsi, en particulier, en matière économique et commerciale et pour les Etats souffrant d'une instabilité politique chronique.

⁴⁶ Dans le même sens, voir R.R. Baxter, *International Law in « Her Infinite Variety »*, 29 ICLQ, oct. 1980, p. 550.

A contrario, l'importance des engagements juridiques pour la stabilité des rapports internationaux apparaît plus nettement encore.

d) *Les critères de la distinction*

168. Si les remarques qui précèdent sont exactes, il en résulte que la distinction entre engagements purement politiques et engagements juridiques (et donc entre accords politiques, dépourvus de portée juridique, et accords juridiques) n'est pas simplement un problème d'école, fort excitant pour l'esprit, mais de peu de conséquence sur le plan pratique, hors les cas rarissimes où les difficultés d'application peuvent être portées devant un juge ou un arbitre international. C'est, en réalité, tout le régime de ces accords qui est en cause, non seulement au point de vue de la procédure de conclusion, mais quant à la portée effective des engagements pris, à leurs limites, aux possibilités de s'en évader sans manquer aux exigences de la bonne foi, aux conséquences aussi de leur violation éventuelle (par la définition des contre-mesures qui peuvent être valablement prises).

Du même coup, les méthodes permettant d'opérer la distinction dans la pratique, c'est-à-dire les critères susceptibles d'être utilisés à cette fin, revêtent une importance accrue.

169. Dans les perspectives de la présente étude, telles qu'elles ont été précédemment définies, celles des relations des auteurs d'un texte entre eux, l'intention juridique de ces auteurs revêt une signification critique. Sauf les cas très particuliers dans lesquels un effet juridique sera « accroché » après coup à un texte qui en était originairement dépourvu (par estoppel), que nous avons exclus, on conçoit difficilement qu'un effet juridique soit produit par un texte sans que ses auteurs aient eu l'intention de le lui faire produire. Cette intention n'est pas nécessairement suffisante, il faut qu'une règle de droit lui permette d'être efficace, mais elle doit être présente.

Son importance est d'autant plus grande que le droit international, comme nous l'avons noté à plusieurs reprises, n'est pas formaliste. En d'autres termes, il consacre pleinement le principe de la liberté conventionnelle. Dès lors que deux ou plusieurs sujets de droit international se sont entendus pour s'engager juridiquement les uns les autres, le droit international donne effet à leur volonté, quel que soit le document dans lequel elle s'exprime (et même en l'absence d'un texte).

170. Malheureusement, en dépit du rôle qu'elle joue dans la création des effets juridiques attachés à un texte, l'intention de ses auteurs ne peut être utilisée pratiquement comme un critère permettant de déterminer la nature réelle de ce texte.

L'intention est, en effet, un facteur psychologique et, par définition, n'est directement et immédiatement connaissable que de façon subjective par celui qui l'a conçue (s'il en a gardé une exacte mémoire). Le véritable problème, pour le juriste, est de dégager des indices qui lui permettront de reconstituer cette intention, moins d'ailleurs dans sa vérité subjective (qui reste inaccessible et, au surplus, de peu d'intérêt pour l'observateur extérieur), que dans ses aspects sociaux, c'est-à-dire dans les manifestations extérieures, objectivement constatables, qui lui ont permis d'atteindre à l'efficacité dans la création du droit.

171. Les indices utilisables sont innombrables dans la pratique, mais se réduisent finalement à trois grandes catégories : le texte lui-même, dans ses caractères propres, considéré comme un instrument d'une nature particulière ; les termes employés, c'est-à-dire le contenu du texte en question ; les circonstances dans lesquelles il a été adopté et les suites qui y ont été données par les auteurs du texte après son adoption⁴⁷.

172. Par ses caractères formels, l'instrument peut souvent être classé dans une catégorie bien définie, dont nous avons évoqué quelques-unes : traité, communiqué de presse, déclaration conjointe, acte final, etc. Malheureusement, le traité mis à part, ces diverses catégories d'instruments se caractérisent, nous l'avons constaté, par le fait qu'elles peuvent regrouper des dispositions hétéroclites, présentant des significations très différentes au point de vue juridique.

En fait, on ne peut procéder, sur ce plan, qu'à une distinction grossière et approximative, entre les textes constituant des traités (sous les dénominations les plus variées) et les autres. Encore faut-il faire deux observations.

173. La première est que les traités eux-mêmes peuvent, au moins théoriquement, nous l'avons vu, contenir des dispositions dépourvues

⁴⁷ Ce sont, on le sait, les critères retenus par la Cour internationale dans *l'affaire du plateau continental de la mer Egée* (Rec. 1978, p. 39, § 95). Cf. *supra*, § 72.

de valeur juridique (*cf. supra*, § 142). Ils créent une présomption (renforcée par le principe de l'effet utile) en faveur de la portée juridique de l'ensemble de leurs dispositions non préambulaires, mais cette présomption n'est pas irréfragable, nous y reviendrons. En cas de doute ou de contestation, il faut donc, même dans cette hypothèse, recourir à d'autres critères.

Il existe, cependant, une exception : les engagements pris par les parties à un traité et inscrits dans ce traité sont nécessairement des engagements juridiques. C'est là l'application pure et simple de la règle *pacta sunt servanda*, qui ne connaît pas d'exceptions.

174. En second lieu, il faut noter que, dans certains cas, le problème pratique est inversé : les formes employées ne permettant pas de décider dès l'abord si on se trouve ou non en présence d'un traité ; il faudra examiner son contenu pour le déterminer et pour qualifier ainsi l'instrument dans son ensemble.

175. L'analyse des termes employés — c'est-à-dire l'analyse du langage et du contenu — constitue un moyen plus raffiné de déterminer la nature d'un texte. En outre, elle permet, évidemment, d'entrer dans le détail des dispositions et de parvenir pour chacune d'entre elles à une conclusion qui peut être différente de celle à laquelle conduit l'examen d'autres dispositions du même texte.

Cette analyse constitue un travail d'interprétation bien connu des juristes, pour lequel peuvent être utilisées toutes les règles répertoriées par un long usage et dont les principales ont été codifiées dans les articles 31 et suivants de la Convention de Vienne.

176. Il ne serait pas nécessaire d'en dire davantage, si le problème ne se posait pas ici de façon assez particulière. En effet, il ne s'agit pas seulement de dégager la signification précise d'un mot, d'une proposition ou de tout un passage, mais de déterminer si le texte considéré a ou non une portée juridique. Or, nous avons observé que les engagements incorporés dans un texte international pouvaient, selon le cas, avoir une portée purement politique ou une portée juridique. Cette opposition ne se traduira pas nécessairement dans une différence de rédaction.

L'analyse textuelle risque donc, dans un certain nombre de cas, d'être décevante, ou de ne conduire qu'à des constatations équivoques. D'où la nécessité de recourir à d'autres critères encore, tirés des

circonstances et du comportement des parties, avant et après l'adoption du texte.

177. Cette troisième série de critères sera probablement la plus déterminante dans les cas difficiles. La façon dont a procédé la Cour internationale de Justice dans *l'affaire du plateau continental de la mer Egée*, à propos du communiqué conjoint de Bruxelles, est très révélatrice à cet égard.

Dans ce cas, les termes employés par les auteurs du communiqué paraissent conduire clairement à la conclusion à laquelle la Cour est parvenue, à savoir que les deux gouvernements ne s'étaient pas engagés, par ce communiqué, à accepter que leur différend soit soumis à la Cour par voie de requête unilatérale, à l'initiative de l'un ou l'autre d'entre eux. Pourtant, la Cour a estimé nécessaire de procéder à un examen minutieux des étapes précédentes de la négociation et des négociations qui se sont poursuivies après la rencontre de Bruxelles, avant de formuler ses conclusions. L'analyse textuelle, au contraire, a été très brève et s'est presque exclusivement limitée à la présentation des thèses opposées des parties (§§ 98 et 99).

On sait que, dans ce cas, la Cour n'a pas pris clairement position sur la portée juridique du communiqué, mais s'est prononcée seulement sur son « objet » et son « effet » relativement à un engagement déterminé (§ 107). La question de la portée juridique (ou de son absence) était cependant sous-jacente à tout son traitement de la question et explique dans une très large mesure le mode de raisonnement choisi par la Cour.

178. Les trois séries de critères qui viennent d'être exposés sont d'un maniement délicat. Dans beaucoup de cas, c'est la concordance des conclusions auxquelles tous conduiront qui sera décisive, mais souvent aussi, comme nous l'avons vu, les deux premiers ne permettront pas de conclure et le troisième seul, qui nécessite un examen très poussé des faits, fournira une réponse.

Une telle conclusion n'est pas satisfaisante, intellectuellement et pratiquement. Il ne semble pas, cependant, qu'on puisse parvenir à une autre. Il y a donc un intérêt incontestable, pour ne pas tomber dans ces difficultés, et dans les incertitudes qui en découlent, à éviter dans la pratique de multiplier les occasions de douter de la portée juridique (ou de l'absence de portée juridique) des textes internationaux adoptés.

Il y a tout autant intérêt, en admettant franchement la distinction des accords purement politiques et des accords juridiques (avec les conséquences qui en résultent quant à la nature des engagements qu'ils comportent), et en reconnaissant l'importance des premiers pour les rapports internationaux, de ne pas tenter d'élargir abusivement la catégorie des textes à portée juridique, au risque d'introduire beaucoup de confusion dans la définition même du droit.

2. *Un droit plus ou moins contraignant ?*

179. La distinction entre engagements juridiques, d'une part, et engagements purement politiques, d'autre part, permet à la fois de rendre compte de la diversité des plans sur lesquels se nouent les accords internationaux et d'affranchir le droit international d'un certain flou auquel le condamne la méconnaissance du sens et de la portée de cette différence. Elle ne suffit pas, cependant, à rendre compte de toutes les nuances d'une pratique où le désir de se lier et celui de conserver sa liberté — souvent le désir de lier les autres et de rester libre soi-même — conduisent à des solutions d'une grande subtilité.

Pour mieux décrire les délicates variations de cette pratique, on a avancé des notions neuves, telles que celles de « *soft law* », de « coutume instantanée », de « coutume sauvage », de droit programmatique, etc. et développé de nouvelles analyses tendant à conférer une valeur créatrice de droit à des actes unilatéraux, tels que, en particulier, les résolutions des organisations internationales.

180. Les limites de la présente étude — et notamment l'exclusion des effets des textes internationaux à l'égard d'autres sujets de droit que leurs auteurs — nous permettent de ne pas aborder la question dans son ensemble. Certains de ses aspects ne peuvent cependant pas être ignorés, dans la mesure où ils conduisent à l'idée qu'il pourrait exister des degrés dans la force juridique d'un texte ou d'une règle issue d'un texte, ces degrés devant se constater aussi dans les rapports entre les auteurs d'un texte.

Bien entendu, il n'est pas question ici du problème de la hiérarchie des normes juridiques, d'après laquelle certains textes doivent, dans tous les cas, l'emporter sur les autres, parce qu'ils sont supé-

rieurs. Comme on sait, hors le cas du *jus cogens*⁴⁸, une telle hiérarchie n'existe pas en droit international. La question est plutôt de savoir si un texte, à son niveau, peut avoir un caractère plus ou moins contraignant. L'obligation est-elle susceptible de plus et de moins ?

181. L'idée qu'il en serait bien ainsi, qui se dessine aujourd'hui en filigrane de divers ouvrages doctrinaux ou de multiples déclarations gouvernementales, semble, en réalité, se dédoubler.

Il y aurait, d'une part, des textes dont la force juridique serait moindre que celle habituellement attachée au texte d'un traité ou à une règle coutumière, tout en restant réelle, c'est-à-dire en imposant tout de même une certaine orientation au comportement de ceux qu'ils « obligeraient ». C'est l'idée sous-jacente à la notion de « *soft law* ». Au terme de ce dégradé, on arriverait aux « *non binding agreements* ».

D'autre part, cette force juridique réduite serait, dans certains cas, la conséquence du fait que les textes en question produiraient leurs effets en dehors du jeu des sources classiques du droit international, qu'ils ne seraient pas encore parvenus à ce degré de maturité que ces sources exigent. Dans ce cas, on parlerait plutôt de « droit vert ».

On examinera ces deux conceptions en commençant par la seconde, qui pose sans doute moins de problèmes.

a) « *Droit vert* » ou *pré-droit* ?

182. A plusieurs reprises, dans le présent rapport (*supra*, §§ 36 et 136), nous avons essayé de définir ce qu'il fallait entendre par « effet juridique » et nous en avons proposé une définition large. La question est de savoir si les effets que le texte considéré tendait à produire l'ont été effectivement. En toute logique, il ne peut y être répondu que par oui ou par non. La réponse consistant à dire qu'ils sont en train de se produire, qu'ils le sont presque, ou pas tout à fait, n'a pas de sens. Il faut pouvoir décider si, à une date donnée, celui auquel ce texte prétend conférer des droits peut effectivement les exercer et si celui qui est censé être tenu d'une obligation doit effec-

⁴⁸ Et des actes constitutifs des organisations internationales pour les décisions prises par les organes de ces organisations.

tivement observer le comportement requis ou effectuer la prestation prévue.

183. Entendons-nous bien. Une distinction fondamentale doit ici être faite entre deux modes très différents de considérer le droit.

Si la science du droit ne se réduit pas à la description des différents éléments normatifs composant le droit positif et si son objet s'étend, comme je le pense, à toutes les dimensions du phénomène juridique, pris en tant que phénomène social spécifique, elle ne peut se désintéresser du droit en train de se faire. Tout au contraire, le processus de formation du droit, considéré dans son déroulement historique et social, constitue un objet d'étude du plus haut intérêt pour comprendre le fonctionnement réel d'un système de droit et il doit être analysé depuis ses toutes premières étapes, encore purement idéelles ou éthiques.

Mais cette étude scientifique du phénomène juridique ne peut se confondre avec l'exposé du droit positif, c'est-à-dire du droit dont le respect s'impose, de façon actuelle, aux acteurs de la vie juridique, aux sujets de droit. Ceux-ci ne se préoccupent pas de savoir comment le droit se forme ni ce qu'il sera peut-être demain, lorsqu'ils ont à passer un contrat, à prendre une décision qui risque d'engager leur responsabilité, ou à accepter un arbitrage. L'important pour eux est de savoir ce que le droit dit et ce qu'il ne dit pas — et non ce qu'il pourrait dire ou ce qu'il cherche à dire.

Le point de vue du juriste-observateur (communément, mais improprement appelé théoricien du droit) ne peut être confondu avec celui du juriste-praticien.

184. Un aspect bien connu de cette nécessaire distinction est l'antique opposition entre la *lex lata* et la *lex ferenda*, qui s'impose aujourd'hui comme hier, puisque le comportement des sujets du droit international — comme de tout ordre juridique — continue à n'être gouverné que par la *lex lata* et qu'ils doivent donc savoir à quoi s'en tenir sur ce point⁴⁹. Une autre façon de dire la même chose consiste à opposer le droit en vigueur à celui qui ne l'est pas encore. Nul ne saurait contester la nécessité de cette distinction.

⁴⁹ Cf. M. Virally, A propos de la *lex ferenda*, Mélanges Reuter, Paris, Pédone 1980, p. 519.

Plutôt que de « droit vert », expression qui est génératrice de confusion, il est préférable de parler de « pré-droit », si on veut désigner des textes qui contribuent à la formation de règles, de droits ou d'obligations juridiques — qui, par conséquent, ne sont pas dépourvus de signification juridique — mais qui ne sont pas en mesure, isolément, par leur seule force, de les faire pénétrer dans la *lex lata*, et ne constituent, par conséquent, qu'un élément, peut-être capital mais non final, dans un processus de formation du droit encore inachevé⁵⁰.

b) *Des degrés dans la force obligatoire du droit ?*

185. L'idée qu'il pourrait y avoir une gradation dans la force obligatoire des textes juridiques va beaucoup plus loin. C'est elle qui est sous-jacente derrière l'expression de « droit doux », ou « *soft law* ». Comme l'indiquait notre confrère *Oscar Schachter*, elle conduit à se demander s'il n'y a pas tout un dégradé dans la force obligatoire des textes, qui irait précisément, si je comprends bien ses remarques, du droit classique, droit « dur », ou « *hard law* » aux « *non-binding agreements* », accords dépourvus de force juridique, en passant par toutes les nuances du droit doux (*cf. supra*, § 41 ; v. également la lettre de M. Schachter annexée au présent rapport).

La réflexion la plus approfondie sur ce sujet a probablement été menée par notre regretté confrère *Richard Baxter* dans le dernier article qu'il nous a laissé avant sa disparition prématurée⁵¹.

186. Selon notre éminent confrère, il serait trop simple de diviser les normes écrites entre celles qui sont obligatoires et celles qui ne

⁵⁰ Dans le même sens, *cf.* R.-J. Dupuy, Droit déclaratoire à droit programmatique : de la coutume sauvage à la « *soft law* », in S.F.D.I., L'élaboration du droit international public, Paris, Pedone, 1975, p. 139-140.

⁵¹ *Cf. supra*, note 46. Votre rapporteur n'ayant eu connaissance que tardivement de cette remarquable étude (il remercie le professeur Georges Abi-Saab de la lui avoir signalée), n'a pas inclus dans son tour d'horizon de la pratique certains des exemples cités par le professeur Baxter, qui méritent d'être ajoutés à ceux indiqués plus haut, mais qui, à son sens, ne modifient pas les analyses auxquelles il a procédé. Au contraire, ils les confirment sur plus d'un point, même si les conclusions qu'en tire le professeur Baxter sont, comme on le verra plus bas, différentes de celles de votre rapporteur. *Cf.* également le cours extrêmement documenté de notre confrère *I. Seidl-Hohenveldern*, 163 R.C.A.D.I. 199 (1980).

le sont pas (*op. cit.*, p. 564). Il serait possible de parler non seulement de différences qualitatives, mais aussi de différences quantitatives dans les effets juridiques des textes écrits (*ibid.*, p. 563). Des obligations qui ne sont pas « *enforceable* », c'est-à-dire susceptibles d'être rendues exécutoires par les mécanismes traditionnels, y compris le recours aux tribunaux internes ou internationaux (*ibid.*, p. 549), produiraient néanmoins certains effets juridiques. Elles auraient ainsi un certain impact sur les discussions, négociations et même accords ultérieurs entre les parties ; les questions sur lesquelles elles porteraient sortiraient du « domaine réservé » ; les normes contenant ces obligations établiraient certains « standards » de référence pour des négociations futures ; elles traceraient le cadre juridique dans lequel les différends relatifs à leur application pourraient être résolus (*ibid.*, p. 565). On pourrait parler à leur propos de « *guiding principles* », ou de « *voluntary guidelines* », selon les cas (*ibid.*, p. 565 et 562).

187. Le terme d'« *enforcement* » est difficile à traduire très exactement en français, surtout lorsqu'il est appliqué au droit international. Dire que ce droit est « exécutoire » n'a pas beaucoup de sens en français, car la notion d'exécution forcée, qui l'explicite, ne correspond à rien de très précis en droit international, où une telle procédure n'est pas organisée, même pour l'exécution des décisions de justice (mis à part le système très insatisfaisant et en fait inviable de l'article 93, 2 de la Charte des Nations Unies).

En réalité, la possibilité de contraindre un Etat d'exécuter ses obligations internationales dépend entièrement du rapport des forces, tel qu'il existe à un moment déterminé dans la société internationale, c'est-à-dire d'un facteur qui échappe totalement au droit. Celui-ci ne peut pas faire plus que limiter l'usage des moyens de contrainte ou de pression (représailles, rétorsion, etc.), en déterminant les circonstances dans lesquelles il est licite d'y avoir recours et en les soumettant à l'idée de proportionnalité, sans pouvoir jamais garantir qu'ils joueront effectivement et efficacement pour faire respecter ses prescriptions ou pour mettre fin aux violations dont elles sont l'objet, ou pour en réparer les conséquences dommageables.

188. La véritable question est de savoir si les dispositions d'un texte international sont susceptibles, ou non, d'être valablement invoquées devant un tribunal international et prises en considération par ce dernier dans les motifs sur lesquels il basera sa décision. C'est là

le test décisif. Il aura peu d'occasion d'être mis pratiquement en œuvre dans l'état actuel d'organisation de la société internationale, où la soumission d'un différend à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal arbitral reste très exceptionnelle. Il reste cependant pleinement valable comme critère théorique, auquel il peut être fait appel chaque fois que l'on tente de répondre à la question de savoir si un texte donné peut, ou non, être considéré comme ayant une portée juridique. La réponse donnée concrètement à cette question dans un cas d'espèce peut évidemment varier, suivant l'analyse à laquelle on procédera, et les divergences d'opinion qui pourront apparaître à cette occasion ne seront définitivement résolues qu'avec l'institution d'une procédure arbitrale et judiciaire, mais, précisément, l'objectif se trouve ainsi bien défini, au-delà des diversités d'analyse : convaincre le tribunal éventuel qu'il peut et doit prendre en considération le texte en question, ou, au contraire, juger qu'il n'a pas sa place dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

189. Cette façon de poser le problème conduit inévitablement à la conclusion qu'il n'y a pas de catégorie intermédiaire entre textes ayant une portée juridique et textes qui en sont dépourvus. Donc pas de dégradé dans la force d'une obligation.

Une telle conclusion n'est gênante que si on néglige le fait qu'un texte dépourvu de force juridique peut, néanmoins, avoir une grande importance pratique pour diriger le comportement des Etats et être invoqué à l'avenir dans leurs rapports mutuels : soit lors d'une discussion devant un organe intergouvernemental, soit au cours d'une négociation ou d'une contestation⁵². C'est ce qu'on a essayé de démontrer en analysant l'idée d'engagement purement politique.

Quel intérêt y aurait-il à tenter de faire rentrer ces textes dans des catégories juridiques, sous la dénomination de droit doux, ou par la magie d'autres expressions ? On le voit mal. On risque, au contraire, d'introduire la confusion dans les concepts juridiques et d'acclimater l'idée qu'il y a plusieurs catégories d'obligations juridiques et que l'on peut se permettre de ne pas honorer certaines d'entre elles, sous le prétexte qu'elles ne sont pas aussi « dures » que d'autres. L'autorité du droit peut en souffrir gravement et l'analyse juridique sombrer dans des subtilités qui en brouilleront les conclusions.

⁵² Cf. *Baxter, op. cit.* note 46, p. 565.

190. La position de principe défendue au paragraphe précédent ne doit pas faire oublier, cependant, les très pénétrantes analyses poursuivies par le professeur *Baxter* dans son article précité, non plus que l'intuition très juste de notre confrère *Oscar Schachter*. La notion de droit « doux » ne s'est pas développée par hasard et il serait erroné de penser qu'elle ne correspond pas à des réalités des relations internationales contemporaines⁵³.

L'erreur, me semble-t-il, est d'avoir tenté de synthétiser sous cette expression des réalités très dissemblables et irréductibles à l'unité d'un concept. Indépendamment même de l'idée, combattue plus haut, qu'il pourrait y avoir des plus ou des moins dans l'obligation juridique, il y a celle que la portée des obligations juridiques peut être modulée presque à l'infini. Une autre idée est que l'élément d'obligation n'est pas nécessairement le plus important dans un texte juridique. Son caractère de cadre pour une action future peut présenter beaucoup plus d'intérêt pour ses auteurs. Enfin, un texte de portée juridique ne crée pas nécessairement et toujours des droits et des obligations. Il peut avoir d'autres effets juridiques, dont l'un des plus importants dans la pratique est d'exprimer l'acceptation du droit par ses auteurs.

Ce sont ces différents points qui seront brièvement explorés dans les paragraphes qui suivent.

(i) La modulation de la portée des obligations

191. La *summa divisio* ici est celle qui sépare les déclarations d'intention des engagements, les premières, comme nous le savons, ne produisant pas d'effets juridiques alors que les secondes en produisent.

Nous avons vu que cette distinction pouvait être difficile à manier dans la pratique, en raison des ambiguïtés de langage, voulues ou non, qui se rencontrent dans de nombreux textes internationaux. Ces difficultés ne portent pas atteinte à son importance théorique et pratique. Il est, en fait, impossible de s'en passer parce qu'elle correspond à une réalité de la vie internationale.

S'il est permis de parler de « *non-binding agreements* » c'est seulement dans le cas où on se trouve en présence de déclarations

⁵³ Comme le montre bien le cours du professeur *Seidl-Hohenveldern*, cité note 51.

d'intention conjointes, où deux ou plusieurs Etats s'accordent dans le texte qu'ils approuvent et au moment où ils l'approuvent pour exprimer le même vœu ou la même volonté de suivre à l'avenir une conduite déterminée, mais sans entendre se lier pour autant, c'est-à-dire se priver de la liberté de changer d'avis et d'adopter finalement un tout autre comportement, si, pour une raison ou une autre, ils estiment par la suite préférable d'agir ainsi.

192. Si, au contraire, on se trouve en présence d'un engagement juridique, celui-ci lie son auteur, pour les raisons qui ont déjà été exposées.

Ici encore, il n'est pas possible de parler de degrés : on est lié ou on ne l'est pas. Il n'y a pas de troisième terme. Mais bien entendu, on n'est lié que pour ce qui a été promis. Et toutes les nuances du langage correspondent à des nuances dans la portée de l'obligation assumée.

193. A côté d'obligations fermes et bien définies, on trouve toute la gamme de ce que nous avons appelé les obligations (ou engagements) « de bonne volonté » et les obligations sous réserve discrétionnaire (*supra*, §§ 120-135). Il n'est pas nécessaire de revenir sur cette analyse.

Les obligations acceptées peuvent l'être aussi sous forme de principes, c'est-à-dire dans des termes extrêmement généraux, souvent réduits à l'expression d'un simple concept (souveraineté, avantage mutuel, etc.), susceptible d'interprétations multiples et divergentes quant à leurs conséquences dans une situation concrète, et dont l'application soulève encore davantage d'incertitude lorsque plusieurs principes sont susceptibles d'être invoqués à propos d'une même situation et conduisent à des orientations fort différentes, qu'il faut concilier ou équilibrer.

En raison même de leur imprécision, les principes jouent un rôle extrêmement important dans les relations juridiques internationales contemporaines, et leur famille s'est récemment enrichie des « principes équitables », appelés à jouer dans un certain nombre de situations concrètes en fonction de circonstances particulières, qui varient de cas en cas, ce qui interdit toute généralisation et réduit l'exemplarité des précédents.

194. On peut, à la rigueur, utiliser l'expression de droit « doux », ou « *soft law* » pour rendre compte de cette tendance caractéristique

de la pratique contemporaine de multiplier les engagements réduits au minimum quant à leur portée par tous les procédés que nous avons évoqués (et qui sont également utilisables, c'est à noter, pour les engagements purement politiques). L'expression, cependant, n'est pas très heureuse, même dans ce cas, en ce qu'elle suggère l'idée d'une catégorie juridique inférieure, avec laquelle on peut avoir des accommodements, ce qui n'est pas la réalité, on l'a vu.

Les expressions qui se bornent à décrire les particularités d'un système d'obligations, sans jeter le doute sur leur nature juridique réelle, paraissent, au contraire, beaucoup moins dangereuses, voire même commodes. On peut ainsi parler sans risque de droit directif (pour désigner les textes qui fixent une finalité en laissant la liberté des moyens), de droit programmatoire (qui n'est qu'une catégorie de droit directif, déterminant des objectifs, parfois des étapes, sans imposer un mode opératoire), de droit de la coopération, etc.

(ii) L'établissement d'un cadre juridique

195. L'exemple du droit de la coopération fait apercevoir que la portée juridique d'un texte ne se mesure pas nécessairement au nombre et à la précision des obligations qu'il contient.

Le développement de la coopération entre deux ou plusieurs Etats est un processus dynamique dont l'allure dépend, avant tout, de la volonté réelle des partenaires qui y sont engagés, de ce qu'on nomme habituellement, et à juste titre, la volonté politique. Un tel processus a besoin d'un moteur qui l'entraîne et le fait avancer. Même très précises et très positives, des obligations juridiques ne sauraient le constituer. L'obligation juridique est un modèle figé, qui ne fera jamais jaillir l'initiative et l'enthousiasme. La volonté politique doit trouver d'autres motifs de se déployer pour que la coopération réussisse.

196. Ceci ne signifie pas que le droit soit dépourvu de toute utilité dans un tel processus, mais son rôle est moins de le déclencher et de le pousser que de lui fournir une base sur laquelle il puisse prendre appui, de lui fournir des instruments, éventuellement de le maintenir dans une certaine orientation.

En d'autres termes, les possibilités d'action que fournit le droit importent davantage que les obligations qu'il crée. Les obligations elles-mêmes — l'obligation de coopérer dans un accord déterminé, par

exemple — compte moins dans ce processus par ce à quoi elle oblige que par ce qu'elle permet. Elle est moins destinée à contraindre — comment contraindre à coopérer et comment remplacer une coopération défailante par une obligation de substitution ? — qu'à dessiner un cadre juridique auquel les parties pourront se référer et à l'intérieur duquel prendront place les initiatives et les actions concrètes destinées à faire passer la coopération dans les faits.

197. Qu'ils soient politiques ou économiques, les accords de coopération peuvent ainsi être considérés comme des accords cadres : le cadre doit être rempli par des accords complémentaires définissant les conditions de mise en œuvre d'opérations particulières, souvent baptisées « projets » dans le langage de la coopération technique ou « *joint-ventures* » dans celui de la coopération économique, donnant à la coopération sa substance. On parlera souvent aussi d'accords de base et d'accords (ou contrats) d'exécution.

La coopération peut aussi être limitée à la réalisation d'une seule entreprise, voire même au règlement d'un contentieux. Lorsque l'affaire est d'une grande complexité, elle exige très fréquemment la signature d'abord d'un accord cadre avant que tous les détails de l'opération puissent être négociés et mis au point. Un bon exemple en est fourni par le rétablissement de la paix entre Israël et l'Égypte, qui a donné lieu d'abord à la signature des accords dits de Camp David, c'est-à-dire de deux accords-cadres (DAI 1978, 802 et s.), qui ont posé les principes sur la base desquels a été établi le traité de paix signé un an plus tard, le 26 mars 1979 (DAI 1979, 442 et s.) et continuent de se dérouler les négociations destinées à en assurer l'application et à étendre le processus de paix au Moyen-Orient.

198. Dans un tout autre contexte, on peut rappeler que l'intervention de l'Union soviétique en Afghanistan a été présentée par son auteur comme une réponse à une demande d'assistance militaire du gouvernement de l'Afghanistan en application de l'article 4 du traité d'amitié, de bon voisinage et de coopération entre les deux pays, du 5 décembre 1978 (DAI 1979, 78), qui prévoit que les parties « procéderont à des consultations et se mettront d'accord pour prendre toutes mesures appropriées » en matière de sécurité et « continueront à développer leur coopération dans le domaine militaire » (*cf.* la déclaration du représentant de l'Union soviétique au Conseil de Sécurité, le 5 janvier 1980, DAI 1980, 240).

199. Ces deux exemples suffisent à montrer l'importance pratique et juridique que peuvent présenter des accords cadres. Ils mettent aussi en lumière que les possibilités d'action qu'ouvrent de tels accords présentent, pour leurs signataires, un intérêt qui dépasse très souvent celui des obligations qui y sont définies. Ces possibilités d'action seront données, suivant les cas, sous forme d'autorisations, d'habilitations, parfois même de simples déclarations d'intentions, mais aussi sous celle d'obligations, plus importantes par la justification qu'elles apportent à une action conforme à leurs prévisions que par la contrainte qu'elles peuvent exercer sur le comportement des parties.

Les exemples choisis relèvent de la coopération politique. Des conclusions analogues pourraient être tirées de l'examen de la masse énorme, dans la pratique contemporaine, des accords de coopération ou d'assistance économique, financière, ou technique.

(iii) L'acceptation du droit

200. Tous les textes internationaux de portée juridique ne créent pas du droit, même sous la forme d'un simple cadre autorisant une action future. Certains d'entre eux se bornent à formuler expressément l'acceptation par leurs auteurs d'une règle de droit, ou d'un principe juridique devant régir leurs rapports mutuels.

On sera peut-être tenté de penser qu'il y a là une nuance de peu d'importance. En réalité, il y a là la distance qui sépare la simple reconnaissance de la valeur d'une règle ou d'un principe déjà établi par ailleurs, et qui se trouve ainsi seulement réaffirmé et consolidé, de l'établissement d'une règle ou d'un principe nouveau, qui régira les relations entre les parties au texte considéré, en application de la règle *pacta sunt servanda*.

201. La reconnaissance est généralement présentée comme un acte unilatéral qui concerne une situation particulière : accession d'un nouvel Etat à l'indépendance, constitution d'un nouveau gouvernement par des voies non constitutionnelles, apparition d'une entité prétendant à une certaine personnalité internationale. Elle est généralement analysée aussi comme rendant opposable à l'Etat qui la reconnaît la situation en cause en tant que situation juridique établie (dans les limites de la reconnaissance dont elle bénéficie). Mais des Etats peuvent également reconnaître, par voie conventionnelle, des

principes et des règles de droit comme devant régler leurs relations mutuelles.

202. Le juriste est tenté de ne voir, dans une telle reconnaissance, qu'un acte politique dépourvu de portée juridique. Ce n'est pas absolument évident.

Son raisonnement est le suivant : de deux choses l'une, ou les principes et règles faisant l'objet de cette reconnaissance sont déjà intégrés à la *lex lata*. Ils sont donc déjà obligatoires pour les auteurs du texte qui contient cette reconnaissance et le seraient encore sans ce texte. Celui-ci est donc juridiquement inutile et pratiquement dépourvu d'effet. Ou bien les principes et règles en question ne faisaient pas partie du droit positif. Il faut alors envisager à nouveau deux hypothèses : ou bien le texte en question est un traité, ces principes et règles deviennent alors obligatoires, mais en tant que droit conventionnel, entre les parties au traité ; ou bien il ne s'agit pas d'un traité et le texte en question ne peut conférer à ces règles et principes une valeur juridique qu'ils n'ont pas. Tout au plus peut-il prendre place dans un processus coutumier et contribuer à la formation de l'*opinio juris communis*.

203. L'argumentation a beaucoup de force. Elle méconnaît cependant deux aspects du problème.

Le premier est que la coutume est un processus continu. Les règles coutumières les mieux établies évoluent sous l'action de la pratique, se modifient et peuvent même tomber en désuétude. Leur réaffirmation dans un texte n'est donc pas un acte indifférent. Elle contribue à consolider la règle — sans pour autant la transformer nécessairement en règle conventionnelle. Elle peut aussi la préciser au point de vue de son champ d'application et de son contenu, ou de ses rapports avec d'autres règles avec lesquelles elle pourrait entrer en conflit ou devoir se combiner. Bref, ni l'acte de reconnaissance, ni les termes dans lesquels il est couché ne sont dépourvus de portée juridique. Dans certains cas, la reconnaissance d'une règle dans un texte politique, surtout s'il émane d'un grand nombre d'Etats, peut, à l'instar de l'adoption du texte d'une convention, « cristalliser » une coutume en voie de formation, lui donner la poussée décisive qui la fait définitivement pénétrer dans le droit positif.

204. Le second est que la reconnaissance est une opération tout à fait spécifique, qui relève incontestablement de la volonté comme

un traité, ou tout autre acte juridique, mais qui s'analyse aussi et d'abord en une constatation et une acceptation : qu'une certaine situation est effectivement établie, qu'une règle est effectivement valable. En cela, elle s'apparente à un acte juridictionnel : elle combine un jugement de fait et un jugement de valeur.

Cet acte spécifique est identique à lui-même, quelle que soit la valeur juridique du texte qui le contient : acte unilatéral à un seul auteur, traité, ou acte conjoint. Ses effets tiennent à ses caractères propres et non à la nature juridique de ce texte. Il est permis de penser que ces effets ne découlent pas de la règle *pacta sunt servanda*, même si elle est insérée dans un traité. Le principe de la souveraineté des Etats ne devient pas un principe conventionnel parce qu'il fait l'objet d'une reconnaissance expresse dans un traité.

205. Si ces remarques sont vraies, la distinction entre textes ayant une portée juridique et textes qui en sont dépourvus perd, dans ce cas particulier, l'importance qu'elle a partout ailleurs. Ou, si l'on veut, tout texte comportant la reconnaissance d'une règle ou d'un principe de droit international peut *ipso facto* et en ce qui concerne cette reconnaissance être considéré comme un texte doté d'une portée juridique. Toutefois, cette portée juridique ne sera exactement définie qu'en considérant le statut de la règle ou du principe bénéficiant de cette reconnaissance : règle ou principe ayant déjà pénétré dans le droit positif (il s'agira alors d'une confirmation et d'une consolidation), règle ou principe pénétrant définitivement dans le droit positif grâce à cette reconnaissance (on pourra parler alors de cristallisation, pour reprendre la terminologie de la Cour internationale de Justice), règle ou principe en voie de formation (le texte en cause n'aura alors que la valeur d'un précédent, d'une étape dans la formation de l'*opinio juris communis*, donc de pré-droit).

206. Dans une telle perspective, et pour ne prendre que ce seul exemple, l'Acte final de la Conférence d'Helsinki doit être considéré comme ayant une portée juridique, même s'il ne constitue pas un traité (ce qui est sûr), dans la mesure où il proclame que les rapports entre ses signataires doivent être gouvernés par des principes et des règles du droit international déjà entrés dans le droit positif, mais dont il précise le sens et la portée, en même temps qu'il en confirme la valeur.

IV. — CONCLUSIONS

207. Les enseignements de la pratique, tels qu'ils se dégagent des observations qui précèdent, peuvent être résumés dans les propositions suivantes :

1. Une distinction nette doit être faite entre les dispositions exprimant des engagements, par lesquels leurs auteurs entendent se lier dans leurs rapports réciproques, et celles formulant de simples déclarations d'intention, ou des considérations traduisant l'opinion de leurs auteurs, quelle que soit la nature juridique des textes qui les contiennent.

Les engagements lient leurs auteurs ; les déclarations d'intention et considérations ne les lient pas, même si le texte qui les contient exprime l'accord de ses auteurs à leur sujet.

2. Une distinction nette doit également être faite entre les engagements juridiques et les engagements purement politiques (ou moraux).

La bonne foi impose que les deux catégories d'engagements soient respectés et appliqués conformément à ce que leurs termes impliquent. Toutefois, les engagements purement politiques ne contiennent à obliger que dans la mesure où les circonstances politiques qui les ont motivés ne se sont pas modifiées de façon significative.

Lorsqu'ils ont fait l'objet d'un accord entre les auteurs du texte qui les contient, les engagements juridiques sont soumis à la règle *pacta sunt servanda*.

3. Tous les engagements figurant dans un texte constituant formellement un traité sont des engagements juridiques.

La nature d'un engagement contenu dans un texte international, lorsqu'il ne s'agit pas formellement d'un traité, dépend de l'intention des parties, telle qu'elle peut être établie par l'examen des termes employés pour l'exprimer, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties.

4. La violation d'un engagement purement politique justifie la partie qui en est la victime à recourir à tous les moyens en son pouvoir en vue de la faire cesser ou d'en compenser les conséquences dommageables, ou les inconvénients, dans la mesure où ces moyens ne sont pas prohibés par le droit international.

5. La violation d'un engagement juridique justifie la partie qui en est la victime à recourir à tous les moyens dont elle aurait pu disposer en cas de violation d'un engagement purement politique et, en outre, à utiliser les moyens de redressement propres au droit international, dont la présentation d'une réclamation internationale, le recours aux divers modes disponibles de règlement pacifique des différends et l'imposition de mesures de représailles, dans la mesure où elles sont autorisées par le droit international.

208. Si on se tourne maintenant vers la question soumise à la Septième Commission, on peut, semble-t-il, énoncer les propositions qui suivent :

1. Constituent des textes ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs ceux qui définissent, modifient ou terminent des engagements juridiques.

2. Les obligations juridiques qui en résultent sont plus ou moins restrictives de la liberté d'action de ceux qui y sont soumis (et donc plus ou moins contraignantes) suivant le degré de précision (ou d'imprécision) des termes employés et la nature des réserves qui les accompagnent éventuellement, ou des conditions auxquelles peut être subordonnée leur mise en œuvre.

Toutefois, lorsqu'elle est établie, la violation d'une obligation juridique n'entraîne pas des conséquences différentes suivant le degré de contrainte imposée par cette obligation.

3. En dépit du degré élevé d'appréciation subjective qu'elles comportent pour ceux qui y sont soumis et du fait que leur mise en œuvre nécessite l'intervention de nouveaux accords (ou même d'une décision unilatérale discrétionnaire), les obligations de coopération, de négociation, de consultation et même de simple « prise en considération » (d'examiner et d'agir de façon appropriée) constituent des obligations juridiques.

4. Constituent également des textes ayant une portée juridique tous ceux qui, même sans créer, modifier ou abroger des obligations juridiques, produisent des effets de droit, quelle que soit la nature de ces effets : définition d'un cadre juridique pour l'action future des parties, création d'un organe ou d'un mécanisme institutionnel susceptible d'agir sur le plan du droit, reconnaissance de l'autorité juri-

dique de principes ou de règles de droit, ou de la portée ou de la validité d'une situation juridique déterminée, etc.

5. Constituent des textes dépourvus de portée juridique ceux qui ne produisent aucun effet de droit et dont les effets se déploient uniquement sur le plan des relations politiques entre leurs auteurs, même s'ils comportent des engagements précis.

6. La nature (juridique, ou, au contraire, purement politique) des effets produits par un texte international dépend de l'intention des parties, telle qu'elle peut être établie par l'examen des termes employés, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties.

209. Le présent rapport provisoire n'est pas accompagné d'un projet de résolution. On peut se demander, en effet, étant donné la nature très particulière du thème confié à la Septième Commission, qui ne se rapporte pas à un sujet concret et présente beaucoup d'aspects doctrinaux, si ses travaux doivent se terminer par un projet de résolution soumis à l'Institut.

Après avoir longtemps hésité sur ce point, votre rapporteur incline à penser qu'il y aurait intérêt à tenter de rédiger un projet de résolution en vue de synthétiser les constatations faites à la suite de l'examen de la pratique figurant dans ce rapport et qui sera certainement enrichi par l'apport des membres de la Commission.

Une résolution aidant à préciser certains concepts utilisés très fréquemment dans la pratique et la doctrine contemporaines, à attirer l'attention sur des distinctions importantes et sur certains aspects de la pratique internationale jusqu'à présent insuffisamment analysés et pas toujours très bien compris, pourrait être utile.

On pourrait même envisager une mise en garde des rédacteurs des textes internationaux à l'égard de certaines pratiques susceptibles de créer des difficultés dans l'application de ces textes, qui pourraient être évitées par une meilleure compréhension des problèmes théoriques ou pratiques examinés plus haut.

210. Avant de m'engager dans la rédaction d'un projet de résolution (qui pourrait s'inspirer notamment des conclusions figurant aux paragraphes précédents), je souhaiterais, cependant, recueillir les réactions des membres de la Commission. Si ces réactions étaient positives, j'établirais alors un projet que je soumettrais aux membres

avant d'établir le rapport définitif, dans lequel ce projet serait inclus, après avoir été amendé en fonction des vues des membres de la Commission.

Paris, juillet 1981.

Annexe I

Observations de membres de la Septième Commission sur l'exposé préliminaire et réponses au questionnaire.

1. *Observations de Mme Suzanne Bastid*

Anost, le 11 août 1979

Mon cher Ami,

J'ai lu avec grand intérêt votre exposé préliminaire sur le sujet attribué à la Septième Commission : la distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales).

J'ai reçu récemment un tiré à part de l'article de P.M. Eisemann, paru au *Clunet* 1979, n° 2, « *Le Gentlemen's agreement* comme source du droit international ». A mon avis, cet article devrait être mentionné dans la bibliographie portée à la connaissance des membres de notre Commission. Il contient plusieurs exemples que notre Commission aurait intérêt à considérer.

D'une façon générale, je pense que notre Commission devrait réexaminer avec soin le libellé du sujet qui lui a été confié par l'Institut et éventuellement demander que la Commission des travaux adopte un libellé plus précis et qui conduise à mieux limiter les recherches. Tel quel — et bien que notre confrère Münch ne l'ait pas interprété dans ce sens — ce libellé conduit à aborder deux domaines très vastes : qu'est-ce qu'un *texte international* ; que faut-il entendre par *portée juridique* d'un texte. Il n'y a pas d'intérêt, me semble-t-il, à provoquer des débats fleuves à l'Institut. Si même, sous la houlette énergique du rapporteur, la Commission délimite bien sa tâche, le risque est grand qu'en séance plénière ne se déchaîne l'éloquence de nos confrères tentés par un thème très général.

Réponses au questionnaire :

1. La réponse à cette question domine toute notre tâche. A mon avis, il ne faut pas s'engager dans le domaine des actes unilatéraux. Ceux qui ont incontestablement une portée juridique sont de diverses sortes. L'exposé préliminaire (para. 24 et s.) le montre très clairement, mais les problèmes qui se posent à leur sujet sont différents de ceux que révèle la pratique s'agissant des actes établis par un accord entre Etats. C'est sur eux que devraient porter les recherches. J'évitais l'expression « *textes conventionnels* » puisque l'un des objectifs est de considérer des accords n'aboutissant pas à une « convention » au sens traditionnel du terme.

2. La formule « texte de portée juridique » si elle était prise dans le sens large « texte produisant des effets de droit voulus par leurs auteurs quels que soient ces effets » devrait conduire à des appréciations extrêmement difficiles. La recherche de la « volonté » des auteurs paraît pratiquement insoluble. Je me demande si le problème essentiel et réel n'est pas en réalité de déterminer les effets dans l'ordre international, et peut-être dans certaines circonstances les effets juridiques, d'un accord entre Etats que ceux-ci ont entendu conclure sans se lier par un traité.

3. Cette question, comme celles qui suivent, se rattache à l'exclusion générale des textes émanant des organisations internationales. Cette exclusion est évidemment tout à fait raisonnable s'agissant du problème de la portée des résolutions d'un organe international, mais je pense qu'en dehors de ce cas qui est bien défini suivant la constitution des organisations internationales, il n'y a pas de motif d'exclure les accords conclus dans le système de l'organisation avec la volonté de ne pas se lier par un traité.

Ma réponse à la question posée est donc négative, étant entendu qu'il ne s'agit pas d'examiner la portée juridique des traités auxquels les organisations internationales sont parties.

4. Ma réponse est également négative : les recommandations des conférences internationales ne reposent pas sur une constitution ayant défini la compétence de l'organe qui fait une recommandation. L'action concertée des Etats siégeant dans la conférence rentre dans le domaine de nos recherches.

5. La distinction proposée me paraît évidemment sans objet eu égard à ma réponse à la question précédente. Mais en tout état de cause j'en vois mal la portée.

6. Eu égard à mon point de vue s'agissant des conférences internationales, il n'y a pas lieu d'envisager de façon spéciale les recommandations visées sous ce point.

7. Les actes concertés d'Etats membres d'une organisation internationale, quand ils ne rentrent pas dans les cadres définis dans la constitution de l'organisation s'agissant de la compétence des organes, devraient être considérés par notre Commission.

8. Recommandations et déclarations d'une conférence internationale devraient être examinées par notre Commission. Leur portée dépend de leur contenu et ne peut être tranchée *a priori*.

9. Il est sans doute utile d'avoir présente à l'esprit la situation en droit interne des accords entre particuliers ne constituant pas des contrats : les membres de la Commission pourraient sans doute apporter à leurs confrères des informations précises à cet égard. Mais il semble difficile d'envisager une « transposition » au droit international à moins que l'on puisse arriver à la conclusion qu'il existe dans ce domaine un principe général de droit reconnu par les nations civilisées.

10. L'objet même de la recherche me paraît comporter un effort pour pré-

ciser ce que l'on peut entendre par « engagement moral ou politique ». Une définition purement négative n'apporterait rien de nouveau.

11. Cette question a été abordée dans les réponses aux premières questions. Si l'on oppose les accords en vue d'un traité et les autres, le problème est de savoir si un accord qui ne doit pas constituer un traité est susceptible d'effets juridiques dans certaines circonstances.

12. Réponse négative. La portée des obligations dépend des termes du traité. L'engagement peut être extrêmement vague ou général.

13. Il s'agit de déterminer la portée d'un document dont le caractère de traité n'est pas contesté : il faut donc utiliser les règles générales en matière d'interprétation des traités.

14. Il serait préférable de laisser entièrement de côté la question des actes unilatéraux. En tout cas il m'apparaît que l'intention de l'auteur de l'acte ne suffit pas et qu'il convient de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu et les compétences que l'on peut reconnaître à son auteur.

Je serai contente de participer à une réunion de la Commission pendant la session d'Athènes. S'il apparaît utile de préciser le thème de nos travaux, il serait sans doute bon d'être en mesure de faire des propositions lors de la réunion de la Commission des travaux.

Suzanne Bastid

2. Observations de M. Rudolf L. Bindschedler

Berne, le 10 juillet 1979

Mon cher Confrère,

Je vous remercie de votre lettre du 2 mai 1979 ainsi que de l'excellent exposé préliminaire sur le problème dont doit s'occuper la 7^e Commission de l'Institut. C'est avec grand intérêt que j'ai étudié les différents documents.

A votre questionnaire je répons de la façon suivante :

1. Oui.

Il est très important d'examiner aussi les actes juridiques unilatéraux, soit qu'ils émanent d'un ou de plusieurs sujets de droit.

2. Oui.

3. Oui.

En effet, les traités conclus par les organisations internationales ne posent pas de problèmes particuliers, sauf peut-être des questions formelles. Par contre, il y a lieu d'inclure dans nos travaux les actes imputables aux gouvernements eux-mêmes, ainsi que vous le proposez.

4. Non.

Les résolutions et recommandations adoptées par les conférences internationales ne doivent pas être exclues. Les conférences ne sont pas des organisations internationales, n'ont pas la personnalité juridique et ne disposent pas de compétences propres. Ces dernières appartiennent aux Etats. Les conférences ne sont rien d'autre qu'une réunion de délégués des Etats. Il n'y a donc pas de différences entre des textes adoptés par les chefs d'Etat et de gouvernement ou d'autres délégués rassemblés à une conférence et de textes se présentant comme l'œuvre de la conférence elle-même. Nous devons faire une distinction très nette entre organisation internationale et conférence.

5. La Commission doit s'occuper de tous les textes adoptés par des conférences. Voir ma réponse à la question 4.

6. Non.

Voir ma réponse aux questions 4 et 5.

7. La Commission doit se pencher également sur les actes « concertés » adoptés par les Etats membres d'une organisation internationale. Ces textes ne sont pas des actes de l'organisation.

8. Non.

Il n'y a pas lieu de faire une distinction. Les deux catégories de textes doivent être examinées. Le problème est justement de déterminer la portée juridique différente.

9. Non.

Ceci pour les raisons indiquées par vous.

10. Oui.

Il s'agit ici d'une question essentielle. Il serait hautement souhaitable de définir ce qu'est un « engagement moral ou politique ». Nous verrons plus tard si cela est possible ou si on doit se contenter d'une définition négative.

11. A première vue, oui pour les deux questions. Les résultats de nos travaux montreront si ces réponses sont justes.

12. Oui.

Mais de tels traités sont des exceptions. Il faudrait certainement distinguer entre le cas des traités totalement dépourvus de portée juridique et celui des traités contenant certaines dispositions sans effet juridique.

13. En premier lieu il s'agit d'une question d'interprétation.

14. Le classement d'un texte unilatéral ne peut pas dépendre seulement de l'intention de son auteur. C'est le droit international qui attribue ou non à un acte unilatéral une portée juridique.

Je me permets d'ajouter encore les observations suivantes :

1. En ce qui concerne les actes unilatéraux, il s'agit de distinguer très nettement entre ceux autorisés par le droit international et ceux qui ne le sont pas. Comme vous le dites (p. 293), la question principale est de savoir si des effets juridiques sont effectivement créés (actes autorisés par le droit international) et si par conséquent ces actes sont opposables aux Etats intéressés. Pour citer

quelques exemples, les déclarations d'indépendance ne produisent aucun effet juridique si les conditions d'un Etat ne sont pas réunies. La déclaration du 5 juin 1945 sur l'occupation de l'Allemagne trouve son fondement dans le droit de la guerre (*debellatio*, occupation). Les documents établis pour constater les résultats des travaux d'une commission de délimitation trouvent en général leur base dans un traité instituant la commission. La question doit être examinée cas par cas.

Si une norme du droit international ne contient pas une autorisation spéciale, un acte unilatéral ne peut signifier qu'un engagement à la charge de son auteur et ne pas imposer d'obligations à d'autres Etats. Pour arriver à un texte avec effet juridique pour d'autres Etats, il faudrait que ceux-ci l'acceptent ; mais dans ce cas on se trouverait en face d'accords tacites ou formels. Dans le cas du seul engagement de l'auteur se pose la question du droit de révocation. Est-ce que ce droit existe et si oui, est-il lié à des conditions et à quel moment peut-il être exercé ?

2. Comme vous (p. 287) je vois un des problèmes essentiels dans la distinction entre engagement juridique et engagement simplement moral et politique. Quels sont ces derniers ? S'agit-il seulement de formules creuses ? Il faut donc trouver des critères pour cette distinction et pour la définition des diverses obligations.

Je suis donc d'accord avec les conclusions de votre exposé préliminaire (p. 301-304).

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments très dévoués et très cordiaux.

Rudolf L. Bindschedler

3. Observations de M. György Haraszti

Budapest, le 17 août 1979

Mon cher Confrère,

Je vous remercie et vous félicite de votre excellent rapport préliminaire sur « la distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », dont je viens de prendre connaissance avec le plus vif intérêt. Je crois que vous avez présenté un document d'une grande valeur scientifique qui fait le point avec une grande clarté des problèmes qui se présentent à notre Commission.

Avant de répondre aux questions que vous nous posez, je voudrais tout d'abord remarquer que j'ai quelques préoccupations concernant la très vaste définition du sujet donnée dans votre exposé. Bien que votre interprétation ne semble pas excéder la formulation choisie par le Bureau, je suis d'avis qu'il serait souhaitable d'interpréter cette formulation d'une manière plutôt restrictive. Vous-même faites la remarque dans votre exposé que l'interprétation de la définition

de la notion de traité contenue dans la Convention de Vienne de 1969 « se trouve à l'origine de la définition du thème », et je suis convaincu que c'était en même temps la portée très discutée de l'Acte final d'Helsinki, auquel vous faites d'ailleurs aussi allusion, qui a également influencé le choix du Bureau. Compte tenu de ces faits, je suggérerais d'écarter, au moins provisoirement, les déclarations unilatérales des travaux de notre Commission. Je reconnais, de même que notre confrère, le Professeur Fritz Münch l'avait fait dans sa remarquable étude exploratoire, tout de même avec des restrictions, que des déclarations unilatérales pourraient être considérées comme textes internationaux. Je vois bien l'importance du problème des déclarations unilatérales, mais vu les difficultés qui se présenteront si nous abordons cette question, sans parler du fait que presque chaque acte unilatéral constitue un cas d'espèce et par conséquent se prête difficilement aux nécessaires généralisations qu'on attend à juste titre de nous, je crois que votre très juste remarque faite à propos d'une autre question, c'est-à-dire que notre Commission ne pourrait pas s'engager dans la complexité des problèmes sans perdre de vue sa mission principale, vaut aussi pour les déclarations unilatérales, au moins dans une première phase de nos travaux.

Je voudrais en même temps attirer votre attention sur le fait que même les critères nécessaires pour qualifier un document de « texte international » prêtent à discussion. Je crois que la définition que vous en donnez page 284 est trop large et vague (« documents établis par un sujet ou plusieurs sujets de droit international quelle qu'en soit la nature juridique ») et que même la définition page 291 qui est plus restrictive (« texte émanant de dirigeants ou de représentants d'un ou plusieurs Etats et concernant les rapports internationaux ») couvre un champ trop vaste.

Après ces remarques préliminaires je voudrais maintenant répondre aux questions que vous nous avez posées.

1. Oui, en tant que l'expression englobe également des textes non conventionnels, mais avec la proposition faite ci-dessus, c'est-à-dire d'écarter provisoirement les actes unilatéraux.

2. Oui, s'étendant à tous les textes produisant des effets de droit sur le plan international, voulus par leurs auteurs.

3. Non. Je partage entièrement le point de vue exprimé dans l'exposé préliminaire, selon lequel les traités conclus par les organisations internationales ne posent pas de problèmes particuliers sous l'angle qui nous intéresse. La formulation utilisée par le Bureau (textes émanant des organisations internationales) ne permettrait d'ailleurs que d'écarter les traités conclus exclusivement entre organisations internationales, tandis que les traités auxquels, en dehors des Etats, participent également des organisations internationales, doivent être compris dans notre sujet. Cette distinction ne pourrait être justifiée pour nos recherches.

4. Non. A mon avis un raisonnement par analogie serait injustifié, les conférences internationales, différemment de la plupart des organisations intergouvernementales, ne possédant pas la personnalité juridique internationale. En outre, puisque — comme le remarque très justement l'exposé préliminaire — les

textes adoptés au cours d'une conférence internationale qui sont imputables aux gouvernements eux-mêmes devraient être inclus dans l'étude, cette règle doit être appliquée à toutes les résolutions, n'étant aucune possibilité à faire telle distinction.

8. Je crois qu'il serait prématuré de répondre dès maintenant à cette question. La Commission, au cours de ses recherches, devrait certainement élucider s'il y a des différences substantielles du point de vue de leurs effets entre recommandations et déclarations adoptées par une conférence internationale, ou bien s'il s'agit seulement d'une différence de terminologie. La réponse à la question dépendra des résultats de la recherche.

9. Je ne crois pas qu'il serait fructueux d'approfondir en droit interne la question par des recherches comparatives.

10. Il serait très important à mon avis d'approfondir la notion d'« engagement moral ou politique » et tâcher d'élucider les effets qu'un tel engagement peut entraîner.

11. Il n'est guère concevable qu'un engagement non-juridique entraîne certains effets de droit. L'application du principe de bonne foi ne suffirait pas à transformer le texte, auquel ses auteurs ont souscrit en étant convaincus de n'avoir pas accepté des obligations juridiques, dans un document de portée juridique. En même temps je dois souligner, comme l'exposé préliminaire y fait également allusion, que la différence entre obligation juridique et obligation simplement morale ou politique est beaucoup moins importante sur le plan international qu'en droit interne.

12. Non, puisque une des caractéristiques du traité est la création, modification ou cessation de droits ou d'obligations. Si le document ne correspond pas à ces critères, il ne constitue pas un traité, même si les parties contractantes lui ont donné cette dénomination.

13. Il s'agit d'une question d'interprétation.

14. Pour des raisons indiquées ci-dessus, je réserve ma réponse à cette question.

Avec encore tous mes compliments, je vous prie, mon cher Confrère, d'agréer l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

G. Haraszti

4. Observations de M. Manfred Lachs

Je vous prie tout d'abord de m'excuser de vous répondre aussi tardivement ; je vous ai expliqué les raisons de ce retard dans ma dernière lettre. Pour autant que mes commentaires puissent encore vous être utiles, je vous les envoie pour ce qu'ils valent. Mais avant de répondre à vos questions, je me permets de vous dire que j'ai trouvé votre rapport très intéressant et fort bien écrit. Vous avez

réussi l'exploit de faire en 32 pages l'analyse préliminaire d'un problème qui en prendrait normalement le triple.

Question 1

Je conviens que l'expression « textes internationaux » doit être comprise dans le sens le plus large possible, s'étendant à la fois aux textes conventionnels et aux textes non conventionnels. Votre raisonnement à cet égard est tout à fait valable. Pour être utile, une analyse du problème ne saurait, à mon sens, se limiter à un type donné de texte comme les « textes conventionnels ». Je tiens ici à souligner un point pertinent pour l'examen de la question dans son ensemble : alors que la corrélation entre le fond et la forme est un thème qui revient sans cesse dans tous les domaines du droit, elle revêt une importance particulière en droit international. En effet, dans cette branche du droit, la relation entre ce que *Philip Jessup* a appelé une fois « *form and formlessness* » (la forme et l'absence de forme) ne peut en principe, comme je l'ai écrit dans un autre contexte, « être considérée comme décisive dans l'établissement de l'existence ou de l'inexistence d'un droit ou d'une obligation¹ ». Il en va de même dans un sens plus étroit pour la distinction entre « textes conventionnels » et « textes non conventionnels ».

Aux fins de votre étude, je suggère de ne faire aucune distinction entre eux.

Question 2

Je suis tout à fait d'accord avec vous pour dire que l'expression « textes de portée juridique » doit s'étendre à tous les textes produisant des effets de droit voulus par leurs auteurs, quels que soient ces effets. A cet égard, je pense que les explications que vous avez données aux pages 284-5 de votre rapport sont très pertinentes. J'estime que les textes dont il s'agit doivent couvrir tous les cas de création, de modification ou d'abrogation d'une obligation ou d'un droit ou les conséquences juridiques analogues que vous indiquez à titre d'exemple. Je conviens avec vous que l'expression ne doit pas s'étendre à tous les textes susceptibles d'avoir des conséquences juridiques. Car ces conséquences peuvent ne pas être intentionnelles ; elles peuvent résulter d'une action gratuite et engager, par exemple, la responsabilité d'Etats. D'ailleurs, dans certaines situations, des droits et des obligations peuvent prendre corps même si l'Etat en question n'a aucune intention de les produire.

Question 3

Les traités, accords et arrangements passés par des organisations internationales avec d'autres organisations internationales ou avec des Etats doivent-ils être considérés comme exclus du champ de la recherche ? En termes très généraux, le Bureau de l'Institut a exclu de notre tâche les textes émanant d'organi-

¹ Cf. « Some Reflections on Substance and Form in International Law », *International Law in a Changing Society*, Essays in Honour of Philip C. Jessup, New York, 1972, p. 99 et suivantes, notamment à la p. 110.

sations internationales. Il s'agit, comme vous le soulignez à juste titre, des résolutions de ces organisations qui ont donné lieu à tant d'études et de recherches et demeurent le sujet d'une réflexion approfondie. Toutefois, comme vous l'indiquez, les résolutions émanant d'organes ou d'organisations internationales ne sont pas les seuls actes adoptés par ceux-ci. Dans le cadre et sous les auspices des organisations internationales, certains actes sont adoptés qui peuvent avoir un caractère totalement différent et il se peut que rien ne justifie qu'on les exclue de notre analyse. De quel type d'instrument s'agit-il ? Bien évidemment des traités élaborés entre organisations internationales ou entre organisations internationales et Etats. Il peut y avoir d'autres documents ou instruments élaborés par des organes d'organisations internationales avec d'autres organisations ou avec des Etats (vous les appelez « arrangements ») ; ils peuvent porter diverses désignations ou aucune ou être simplement consignés dans les documents. Parfois, les organisations internationales ou leurs organes se transforment en conférences internationales et adoptent le texte d'un traité qui est ensuite soumis à la signature et à la ratification comme s'il avait été adopté à une conférence diplomatique (voir certains traités adoptés par la Commission juridique de l'Assemblée générale, plusieurs conventions sur l'espace extra-atmosphérique élaborées par la Commission politique de l'Assemblée générale et d'autres encore élaborées par la troisième Commission de l'Assemblée générale).

Outre les traités, il peut exister d'autres documents qui n'ont pas le caractère d'une résolution ou d'une recommandation, leur identification et leur qualification correcte sont une entreprise ardue et j'hésiterais à les exclure du champ de l'analyse.

On pourrait bien entendu suivre l'exemple de la Commission du droit international en matière de droit des traités, mais alors même que notre tâche (et surtout la vôtre) en serait facilitée, je ne pense pas que cela soit souhaitable.

Question 4

A propos des recommandations des conférences internationales : on peut bien sûr établir une analogie comme vous le suggérez entre elles et les recommandations des organisations internationales. Toutefois, alors que les recommandations émanant d'organisations internationales ou d'organes de ces organisations sont une institution prévue par le statut de ces organisations, leur portée et leur valeur juridique étant en général définies dans la Constitution de l'organisation, pour les décisions (ou les recommandations) de conférences internationales la situation varie suivant le cas. Dans votre intéressant rapport, vous mentionnez plusieurs instruments établis à la suite de conférences internationales tenues par des chefs d'Etat ou de gouvernement. Certains (recommandations ou plutôt décisions) ont été considérés comme des déclarations purement politiques (par exemple la Charte de l'Atlantique, Londres, 1941). Toutefois, si l'on prend la déclaration du 5 juin 1945 (citée par Mme Bastid) mais surtout la déclaration de Potsdam (août 1945), on a là un instrument lourd de conséquences tant politiques que juridiques (nous ne devons pas oublier que la déclaration de Potsdam ne portait pas seulement sur des frontières étatiques mais marquait la mise en route d'un processus spécial d'élaboration d'une série de traités de paix et

instituait le Conseil des ministres des Affaires étrangères). Cette déclaration tranchait certaines questions importantes relatives à l'Allemagne (« Les Alliés en Allemagne » et les « principes politiques et économiques du traitement dont l'Allemagne sera[it] l'objet dans la période initiale de contrôle », la « disposition de la flotte » ainsi que le traitement des « criminels de guerre » et la question des territoires sous tutelle). En fait, ce document n'a été rendu public que par un communiqué, qui correspondait en quelque sorte à un rapport de réunion de trois chefs d'Etat et de gouvernement, rapport qui, loin de se limiter à des « programmes » ou « déclarations » purement politiques, contenait certains principes très précis et très concrets que les Alliés devaient appliquer dans leur action future, après avoir remporté la victoire dans la Seconde Guerre mondiale. Ainsi la limite entre une « recommandation » et une « décision » est ici très ténue, elle mérite d'être étudiée tout spécialement et de ce point de vue elle est différente de la limite relative aux « recommandations » d'organisations internationales.

Question 5

Ayant répondu par l'affirmative à la question précédente, je pense que la limitation que vous suggérez est possible, mais souvent insaisissable dans la pratique, étant donné qu'une conférence peut être convoquée afin d'adopter une convention mais que, ayant adopté celle-ci, les participants peuvent élargir leur ordre du jour et adopter également certaines recommandations.

Il peut aussi arriver que la conférence se réunisse sans projets précis de recommandations ou de conventions. S'il s'agit d'une réunion de chefs de gouvernement ou de chefs d'Etat, elle peut avoir un ordre du jour bien déterminé sans que, bien souvent, soit fixé à l'avance le type d'instrument qu'adopteront le cas échéant les participants. Parfois même, il est difficile de prévoir si un accord pourra être conclu sur les matières en discussion et de ce point de vue le déroulement du débat et les échanges au cours de la réunion peuvent être décisifs (Voir les réunions de chefs d'Etat des Etats-Unis d'Amérique et de l'U.R.S.S. ou par ailleurs les réunions entre chefs de gouvernement de certaines Puissances occidentales au sujet de problèmes économiques ou politiques.) Le champ d'activité et l'étendue des possibilités sont alors très vastes. (Voir par exemple le passage suivant de la Déclaration de Potsdam :

« D'importantes décisions ont été prises et des accords importants ont été conclus. Des échanges de vues ont eu lieu sur plusieurs autres questions et l'étude de ces questions sera poursuivie par le Conseil des Ministres des Affaires étrangères institué par la Conférence ».)

Dans ce cas, j'estime que l'on peut difficilement limiter l'analyse aux recommandations que des conférences réunies pour élaborer une convention adoptent en plus du texte de la convention elle-même. L'ordre du jour des conférences modernes peut être fixé strictement mais, étant donné leur complexité, les problèmes d'ordre politique, économique ou militaire, par leurs répercussions mutuelles sur ces conférences, peuvent souvent entraîner certaines décisions sans

signature d'une convention formelle, mais moyennant l'adoption d'une recommandation pouvant, dans certains cas, avoir une considérable portée et être lourde de conséquences. J'estime donc que les conférences en général doivent être prises en considération et que le caractère de l'instrument produit par la conférence dépend des circonstances de l'espèce. Il peut s'agir d'un instrument juridiquement obligatoire ou il peut s'agir seulement d'un communiqué exprimant certaines vues d'ensemble sur l'évaluation de la situation politique sans répercussions juridiques.

Question 6

Compte tenu de ma réponse à la question 5, j'estime que cette nouvelle limitation ne serait pas justifiée. Je me rends bien compte en disant cela que j'essaie d'étendre le champ de l'analyse à un vaste domaine, mais le processus actuel de création de droit est si complexe, les méthodes appliquées par les Etats pour approuver certains textes et les rôles de négociateurs sont si différents que la limite devient très difficile à établir ; j'estime donc que toutes les possibilités traduites dans la pratique contemporaine doivent être prises en considération (les *Gentlemen's Agreements*, par exemple).

Question 7

Je ne considère pas que les « actes concertés » adoptés par des Etats membres d'une organisation internationale puissent avoir des effets différents. Ils ont un certain rôle à jouer, qu'ils résultent de l'action d'un certain nombre d'Etats au sein ou en dehors d'une organisation. (Cf. Déclarations des Etats non alignés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies ou en dehors, ne concernant pas leurs relations mutuelles mais leurs relations avec les Etats industrialisés.)

Question 8

La distinction entre recommandations et déclarations adoptées par des conférences internationales appelle certaines observations. Dans le système des Nations Unies il est bien connu que les déclarations sont en fait une sorte de recommandation, encore que, tout en étant plus solennelles et ayant plus de poids que celle-ci, elles trouvent leur origine intrinsèque dans un organe qui a un pouvoir très limité dans le processus de création du droit. On sait toutefois que certains instruments ont reçu le titre de « déclaration », par exemple la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 de 1960), et d'autres encore (voir à ce sujet l'opinion du conseiller juridique des Nations Unies). Il y a par exemple la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique qui, selon mon avis personnel, est devenue obligatoire, du fait que, au moment de son adoption, les Membres de l'Assemblée générale des Nations Unies ont « exprimé leur volonté de se lier par les dispositions du document en question et ont consenti à être ainsi liés ». Toutefois, ce qui est suggéré ici, c'est la distinction entre une recommandation et une déclaration

adoptée à des conférences internationales. Il y a d'une part des déclarations, comme la Déclaration de Paris de 1856, plusieurs déclarations adoptées aux conférences interaméricaines, les déclarations des deux conférences de La Haye et, d'autre part, des recommandations émanant des mêmes conférences et d'autres instances. De ce point de vue, il faut, selon moi, établir une distinction entre ces deux types d'instruments qui ont souvent une importance juridique différente (par exemple les décisions de la Conférence inter-américaine sur les problèmes de la guerre et de la paix (1945), ou même les résolutions ou les déclarations antérieures). Parfois, il faut remonter à l'origine des dispositions de ces instruments pour découvrir que leurs racines sont beaucoup plus profondes que les décisions relatives à leur désignation. On peut citer un exemple intéressant, bien qu'il soit tiré de la pratique d'une organisation internationale : la résolution sur la condamnation du génocide (résolution 96 [I]). Dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, qui avait suivi l'adoption de la résolution, la Cour internationale de Justice a clairement établi que : « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les Nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel » (*C.I.J. Recueil 1951, p. 23*). Ainsi, non seulement la Convention mais même la résolution ont constitué la confirmation d'une règle existante. Il me semble clair par conséquent que ces deux catégories se chevauchent souvent, tout en ayant un effet juridique, soit analogue, soit différent et que, par conséquent, elles doivent être traitées comme distinctes compte tenu en particulier de la conception même de l'analyse que la Commission doit faire.

Question 9

En principe je ne suis pas très partisan d'une transposition générale des institutions du droit interne dans le droit international, tendance qui était très en faveur naguère. Toutefois il est apparu clairement, il y a peu de temps, que la transposition éventuelle de ces institutions en bloc (*lock, stock and barrel*, selon les termes employés par une autorité en la matière) ne se justifie pas. Je ne pense pas qu'il y ait grand intérêt à s'attacher particulièrement à la comparaison entre des conventions privées autres que les contrats et des instruments internationaux analogues. A mon sens, la spécificité des relations internationales, et notamment les récentes tendances de l'évolution du droit, appellent une approche différente des relations internationales ; c'est pourquoi je serais assez enclin à abandonner l'analogie et à rechercher une explication de l'institution en droit international en tant que tel.

Question 10

Je ne souhaite pas imposer au Rapporteur ou à la Commission une étude approfondie de la notion d'« engagement moral ou politique », en vue de l'opposer à celle d'« engagement juridique ». Je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'expliquer spécialement la notion de moralité ou de politique. Il suffirait à mon avis d'en donner une définition générale et, à cet égard, je souscrirais à la solution proposée par le Rapporteur. En outre, je voudrais suggérer qu'au-delà

de l' « engagement juridique », il existe un vaste monde qui ne se limite pas aux « engagements moraux ou politiques ». Il existe des engagements qui ne sont ni moraux ni politiques, mais qui ne sont pas juridiques non plus. Je ne désire pas entrer dans des considérations philosophiques mais je pense qu'il suffirait de préciser avec clarté que, notre analyse portant sur le droit, une décision négative suffit à exclure du champ de nos considérations tout engagement non juridique.

Question 11

Des engagements non juridiques peuvent dans certains cas produire « des effets juridiques ». Par exemple, si les parties sont déterminées à considérer la recommandation comme un instrument obligatoire, leur volonté à cet égard est décisive (comme je l'ai déjà indiqué s'agissant de la déclaration sur l'espace extra-atmosphérique). Ici la question de la bonne foi et de l'*estoppel* peut jouer un rôle plus large. Je peux très bien imaginer toute une série d'instruments qui, bien que n'ayant pas la forme juridique requise pour être obligatoires, le sont cependant du fait de la volonté des parties. Ce n'est pas seulement la volonté des parties mais aussi les conditions d'adoption d'un instrument ou les événements postérieurs à cette adoption qui peuvent créer un tel effet (voir la résolution 1514 (XV) sur la décolonisation qui n'a pas été adoptée à l'unanimité et qui est pourtant devenue « une étape importante » dans l'évolution du droit des peuples et territoires « qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance » (cf. *C.I.J. Recueil 1971*, p. 31 ; *C.I.J. Recueil 1975*, p. 68). Donc l'effet attribué à un instrument, le respect de cet instrument, ce qui a précédé et suivi son adoption, peuvent avoir un effet sur ses conséquences juridiques. Par conséquent, cet instrument entre dans le monde du droit, par la volonté des parties expressément ou implicitement exprimée, comme par la pratique ou par le jeu d'autres circonstances. Ces questions de bonne foi sont loin d'être négligeables (voir mes commentaires dans *Declarations of Principles, Leyde 1977*, p. 47 et suiv.).

Question 12

Cette question est à la fois simple et très compliquée. Elle est simple car, selon la définition figurant à l'article 2, paragraphe 1 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la caractéristique d'un traité est d'être « régi par le droit international », cela étant, il ne fait aucun doute qu'il est obligatoire. Il relève de la convention. Je dirai donc que, quelles que soient les stipulations d'un traité ou d'un instrument, une fois qu'on le considère comme un traité, il est régi par le droit international et relève donc de l'article 26 de la Convention de Vienne. Dans ce contexte, il est utile bien entendu de rappeler le débat qui a précédé cette formulation dans les premiers rapports soumis à la Commission du droit international ainsi qu'à la Conférence de Vienne (notamment l'amendement du Chili qui souhaitait ajouter aux mots « régi par le droit international » les mots « et produisant des effets juridiques »). Cet amendement a été rejeté, et je pense que l'argument le plus clair qui ait été avancé pour cela était qu'il s'agissait d'un truisme, ce qui était bien le cas. Pour en revenir au texte utilisé dans la présente question, à savoir qu'il serait dépourvu de portée juridique en raison du caractère vague et non contraignant de l'ensemble de ses stipulations,

il s'agit en soi d'une formule très générale qui doit être considérée dans une situation concrète et dans chaque cas : même des « stipulations vagues » sont soumises à la règle *pacta sunt servanda*. On peut prétendre par exemple que des « déclarations de principes » (comme ci-dessus) pourraient être considérées comme vagues et non contraignantes. Toutefois, les traités d'alliance et les traités d'amitié contiennent en général des déclarations de principes et, s'il s'agit bien de traités, par ce fait même ils doivent avoir des conséquences juridiques.

Question 13

Cette question est liée à la question 12 mais porte sur une disposition déterminée d'un traité. En bref, elle porte sur le point clé de savoir si les conséquences juridiques d'une stipulation doivent être envisagées en fonction de règles d'interprétation ou en fonction d'autres critères et, dans ce cas, lesquels ? S'agissant du premier aspect, en présence d'un traité, il faut présumer que toutes ses stipulations ont des effets juridiques. Dois-je rappeler la fameuse opinion avancée à l'occasion d'une affaire d'arbitrage : « Rien n'est mieux établi, comme canon d'interprétation, dans tous les systèmes de droit, que la nécessité d'interpréter la clause de manière à lui donner un sens et non de manière à la priver de sens » (*Cayuga Indian Claims Case, American/British Claims Arbitration Awards 187, Claim n° 6, p. 19*). Bien entendu, en recourant à ce procédé, je concède immédiatement qu'il s'agit d'une question d'interprétation. Il existe donc sur la base de l'interprétation une présomption que toute disposition d'un traité a des effets juridiques. Dans une affaire la C.I.J. a étudié la question de mettre fin à une institution juridique et a dit : « Le silence d'un traité à ce sujet (droit de mettre fin à un traité) ne saurait être interprété comme impliquant l'exclusion d'un droit dont la source se trouve en dehors du traité, dans le droit international général, et qui dépend de circonstances que l'on n'envisage normalement pas au moment de conclure le traité » (*C.I.J. Recueil 1971, p. 47*). Ainsi, nous devons parfois regarder en dehors du traité. Mais dans le cadre d'un traité, la question de savoir si une disposition conventionnelle spécifique peut être considérée comme dépourvue d'effets juridiques, doit être résolue sur la base de règles d'interprétation. Je conviens avec vous que la règle *pacta sunt servanda* constitue une présomption du contraire. Ce problème touche aussi un autre aspect, celui de l'intégrité de la convention (*cf. C.I.J. Recueil 1951, p. 24 et 25*). Toutefois cette intégrité revêt en l'espèce un caractère différent, à savoir qu'une valeur distincte est attachée aux différentes parties du même instrument. Il va sans dire, par exemple, que le préambule d'une convention joue toujours un rôle particulier ; il n'est pas en tant que tel une partie obligatoire de l'instrument, mais il facilite l'interprétation du traité (*voir C.P.I.J. A/B, 68, p. 60*). Le préambule donne en fait une indication de l'intention des négociateurs. Toutefois je pense qu'il serait faux de ne se fonder que sur des principes d'interprétation, en particulier ceux qui se dégagent de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, car ce ne sont pas seulement ces principes qui nous guident dans l'application des dispositions conventionnelles. L'interprétation porte sur la signification d'un instrument ou d'une disposition, quels qu'ils soient. Toutefois la question posée ici consiste à déterminer si la disposition à l'étude a un effet juridique, qui peut

trouver ses racines dans sa signification, ou en dehors de celle-ci, ou même s'arrêter au seuil de sa signification. Cela peut se ramener à une décision préliminaire et ce n'est qu'ultérieurement que l'on passerait au stade suivant, consistant à en rechercher la portée et la signification juridiques. A cet égard, je souhaiterais suggérer qu'on revienne ici à la règle générale *pacta sunt servanda*. Si le traité dans son ensemble est un instrument obligatoire on peut évidemment présumer que chacune de ses dispositions est obligatoire du fait qu'elle fait partie d'un ensemble. A cet égard je pense que la question de la bonne foi a des répercussions sur le caractère obligatoire de la disposition. Je partirai donc de la présomption que chaque règle d'une obligation conventionnelle doit avoir une signification juridique et qu'ensuite, s'il en est besoin, on peut analyser ce qui peut nous conduire dans des cas concrets à l'application de diverses méthodes d'interprétation des traités pour constater que tel ou tel mot ou disposition peut être dépourvu d'effet juridique, ce qui, à mon sens, est rare.

Question 14

Pour être classé dans l'une ou l'autre de ces catégories, un acte unilatéral ne dépend pas seulement de l'intention de l'auteur mais aussi des pouvoirs qui l'habilitent à créer des effets dans la sphère des relations internationales. J'estime qu'il ne suffit pas, par conséquent, que l'auteur ait l'intention de produire des effets juridiques mais que ces effets ne peuvent être obtenus que s'il a effectivement le pouvoir de les produire dans le domaine du droit international. Car « tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations mais un Etat peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné dans l'intention de se lier — ce qui devra être déterminé en interprétant l'acte¹.

Mais tout ce raisonnement s'applique à ce que j'appellerai des situations sans équivoque. Vous les décrivez comme des « actes unilatéraux classiques » (par. 24/2) bien que la pratique moderne ait dépassé la méthode dite « classique ». Il peut cependant y avoir d'autres situations : un Etat peut-il s'engager pour un acte unilatéral si les conséquences de cette obligation peuvent dépasser l'intention ? C'est une question de bonne foi, le respect éventuel d'autres Etats à l'égard de l'engagement apparent ainsi pris. Il est en outre utile de rechercher si une série d'actes, émanant d'organes d'un Etat, qui peuvent le représenter sans avoir forcément le droit de l'engager, ne créent pas de conviction bien fondée, *bona fides*, d'autres Etats, qu'ils ont reçu la sanction nécessaire de l'autorité compétente. Le développement des relations internationales et la fréquence des contacts entraînant des engagements (dans le domaine économique par exemple) posent

¹ A la suite d'une référence à certaines déclarations du gouvernement, la Cour a dit : « quelle qu'ait pu en être la forme, il convient de les considérer comme constituant un engagement de l'Etat, étant donné leur intention et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues » (C.I.J. Recueil 1974, p. 269, par. 49).

Voir une autre déclaration de la Cour en rapport avec le pouvoir qu'a la personne de faire une telle déclaration (C.I.J. Recueil, *loc. cit.*, p. 269-270, par. 51).

une série de nouvelles questions juridiques. Vous avez parfaitement raison de nous les soumettre !

Voilà brièvement, quelques réponses provisoires à vos questions très pertinentes. Je pourrais bien entendu approfondir certaines de ces questions car elles posent des problèmes très intéressants et, je dirai même, captivants, en matière de droit des traités et d'obligations internationales, mais à ce stade, je me suis borné à ces remarques selon moi préliminaires et qui suffisent peut-être pour l'examen ultérieur de la question dont vous vous occupez avec tant de compétence en votre qualité de Rapporteur.

Manfred Lachs

5. Observations de M. Fritz Münch

Heidelberg, le 31 mai 1979

Mon cher Confrère,

Vous avez eu bien raison de rédiger vous-même un exposé préliminaire sur « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique ». Mon étude exploratoire était un assemblage de matériaux avec seulement quelques suggestions pour le traitement dogmatique de ce problème difficile et peu élucidé (pp. 324 ss./VIII). Votre exposé le place sur un plan théorique, dans un système complet.

Mais pensez-vous que la Commission devrait se contenter de dire que la distinction est une affaire d'interprétation ? Ne devrions-nous pas nous efforcer d'établir les catégories de cas-types tombant sous l'exception que sont les textes dépourvus de portée juridique ?

A votre questionnaire je répons comme suit :

1. Je préfère travailler sur les textes au sens large.
2. Je préfère également un sens large pour les effets juridiques, mais je me demande si l'on doit présupposer que ces effets soient voulus par leurs auteurs.
3. Je laisse la réponse ouverte. Il me semble comme à vous que ces textes ne posent pas de problèmes particuliers. Mais on verra au cours des travaux s'il y a lieu de leur réserver un traitement à part et si nous arrivons à formuler des thèses.
4. Non, car les recommandations sont un cas-type de textes internationaux dépourvus de portée juridique *prima facie*. Il peut y avoir des cas dans lesquels une recommandation comporte des effets juridiques, et ils seraient alors particulièrement intéressants pour notre travail.
5. A toutes les recommandations.
6. Non.
7. Les actes adoptés au sein d'une organisation internationale constituent

une matière distincte dans laquelle notre recherche a certainement sa raison d'être. Cette recherche se complique cependant du fait qu'il faut avoir regard à la constitution de l'organisation et à la mesure dans laquelle les membres se sont engagés à être liés par les actes de l'organisation.

Je préfère laisser provisoirement de côté ces actes, car il faudrait scruter les constitutions de toutes les organisations gouvernementales ce qui serait trop long.

8. Je ne crois pas que la terminologie soit un critère certain, mais il faudrait comprendre dans notre recherche aussi bien les recommandations que les déclarations.

D'ailleurs, il faudrait considérer non seulement des textes isolés, mais aussi les alinéas des préambules de traités, ces alinéas prenant souvent l'allure de déclarations, de vœux ou de recommandations.

9. Je crois que oui. Le traité est un phénomène du droit général, et la création d'un lien juridique, d'une obligation est un problème du droit général. Il est légitime de rechercher une solution à partir du droit civil général, tout en se réservant, dans un second mouvement, de vérifier si telle solution offerte par le droit civil comparé peut s'appliquer en droit international public.

10. Non. Nous voulons parler de textes, et non pas, en première ligne, d'engagements. Il n'y a d'ailleurs pas simple dichotomie entre juridique d'une part et moral ou politique d'autre part. Il y a encore des textes de propagande et des textes cachant plus ou moins bien une absence de consensus.

11. Oui. Mais cela ne permet pas de qualifier le texte comme ayant portée juridique car les effets proviennent d'un principe très général et non pas d'une maxime du droit des traités. Il faudrait, dans un rapport définitif et dans une résolution de l'Institut, formuler une réserve visant ces cas.

12. Oui, il existe des cas de ce genre, et j'ai cité *Wengler* et *O'Connell* à ce sujet (Etude exploratoire, p. 325).

13. Il est difficile de répondre à cette question, car la distinction dont nous nous occupons est un point tout à fait préliminaire à toute règle de droit des traités. Le manque de portée juridique d'ailleurs résulte souvent de la volonté des parties et de l'évaluation des circonstances dans lesquelles celles-ci ont établi le texte. Cela se vérifie donc par la procédure d'interprétation classique. Mais il y a des cas dans lesquels ce manque est indépendant de la volonté des parties (Etude exploratoire, p. 325).

14. L'intention de l'auteur d'un texte unilatéral n'est pas le seul critère applicable, tout comme les intentions des parties à un texte plurilatéral ne sont pas décisives.

Je ne chercherais d'ailleurs pas l'élément supplémentaire dans « les pouvoirs que le droit international a conférés à l'auteur ». C'est le contenu matériel du texte, et ce sont les circonstances concomitantes qui entrent en ligne de compte. Probablement pour les actes unilatéraux faut-il renverser la présomption de fait qui donne *prima vista* une portée juridique aux traités. Mais voir, tout récemment, les déclarations de vouloir succéder dans un traité!

Enfin, je voudrais encore attirer votre attention sur la première phrase de votre exposé préliminaire. Le mérite d'avoir proposé le sujet des textes avec ou sans portée juridique revient à notre confrère Wengler, voir Doc. CT/1 du 11 août 1975, Session de Wiesbaden, page 4, point III 7.

Je vous prie, cher Confrère, de croire à l'assurance de mes sentiments très dévoués.

Fritz Münch

6. Observations de M. Milan Sahovic

Belgrade, le 15 octobre 1979

I. Avant de répondre au questionnaire, il me paraît nécessaire de soulever quelques points de nature générale en partant de l'exposé préliminaire du rapporteur, M. Virally, et de l'étude exploratoire de M. Münch. En considérant le problème de la définition des textes internationaux dépourvus de portée juridique et du but de notre étude, ces deux rapports méritent une attention particulière. Par conséquent, je voudrais faire quelques remarques préliminaires à propos de ces deux questions.

II. En ce qui concerne la question relative à la définition des textes internationaux dépourvus de portée juridique, il est clair qu'il s'agit en premier lieu de la recherche des critères de base permettant la désignation des textes appartenant à cette catégorie. Et si l'existence des textes internationaux de portée juridique peut être déterminée par les conditions prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités, le manque de l'accomplissement de ces conditions doit être suffisant, à première vue, pour constater qu'un texte est dépourvu de portée juridique. Il me paraît, cependant, que la définition des textes internationaux dépourvus de portée juridique ne devrait pas être conçue uniquement sur cette base. Le résultat ne pourrait être que négatif — il démontrerait qu'il est question de textes qui ne sont pas juridiques. Ce qui est indispensable c'est de trouver des critères qui détermineront les éléments d'une définition positive de ces textes.

Il est probablement trop tôt pour procéder à l'identification de ces critères car elle devrait être faite à la suite d'une analyse plus concrète des textes. Mais il me paraît dès maintenant qu'ils doivent clarifier deux aspects fondamentaux. L'un qui concerne la nature de la volonté des parties des textes internationaux dépourvus de portée juridique, cette volonté qui les prive de l'élément obligatoire. L'autre, qui explique la procédure de préparation et l'adoption de ces textes ainsi que leur application. En cherchant les critères propres aux textes internationaux dépourvus de portée juridique, la Convention de Vienne sur le droit des traités doit seulement nous aider. Il faudrait, selon mon opinion, garder le caractère indépendant de notre étude.

La question des fins de notre étude ne peut recevoir en ce moment qu'une réponse générale. Tout dépend, en effet, des résultats de notre analyse. Ce n'est

qu'après un débat relatif à ces résultats que nous serons en état de décider de la forme dans laquelle les conclusions de l'Institut devraient être indiquées. Il serait très souhaitable d'aboutir à une résolution de l'Institut qui clarifierait la nature matérielle et formelle des textes internationaux dépourvus de portée juridique qui sont de plus en plus utilisés par les Etats en tant que forme d'expression de leurs vues sur les questions internationales.

III. Je passe maintenant aux réponses au questionnaire :

1. L'expression « textes internationaux » est si large qu'elle s'étend de par sa nature aux textes conventionnels et aux textes non conventionnels. C'est pourquoi on peut poser la question de son utilisation dans notre étude. Si on pouvait trouver un terme plus précis pour la désignation des textes spécifiques qui nous intéressent ce serait un bon résultat.

2. Oui, mais je dois ajouter que je ne comprends pas très bien ce que l'on entend, dans la question, par les mots « quels que soient ces effets » en parlant des effets voulus par les auteurs « des textes de portée juridique ». Il me paraît nécessaire que nous nous mettions d'accord sur le sens de ces mots. Est-ce que nous devons — ayant en vue leurs effets juridiques qui sont incontestables — tenir compte des actes unilatéraux en étudiant la nature « des textes internationaux » ? C'est aussi une question qui mérite une certaine réponse.

3. Oui, je trouve que l'étude des traités, accords, arrangements, etc. passés par les organisations internationales avec d'autres organisations internationales ou avec des Etats devrait être exclue du champ de recherche. C'est un sujet spécifique qui présente des aspects qui s'éloignent de notre tâche. Nous devons nous concentrer sur les textes internationaux adoptés par les Etats.

4. Non, malgré l'apparence et certaines similarités, les recommandations des conférences internationales ne doivent pas être assimilées aux recommandations des organisations internationales. Les conférences internationales comme réunions *ad hoc* approuvent leurs décisions dans des formes très diverses parmi lesquelles figurent aussi les recommandations. Il est donc indispensable d'analyser leur nature en la comparant avec les autres textes issus d'une conférence. Dans le cadre des organisations internationales, les recommandations ont une valeur déterminée d'avance dans leurs actes constitutifs.

5. En parlant des conférences internationales, je ne pense pas seulement à celles réunies en vue d'adopter une convention, mais aux conférences internationales interétatiques en général. C'est pourquoi il me paraît qu'il faudrait étudier toutes les recommandations adoptées par ces conférences.

6. Puisque je ne peux pas me prononcer *a priori* en faveur de l'exclusion des recommandations adoptées au cours d'une conférence internationale, mais attribuées formellement aux Etats représentés à la conférence ou à leurs représentants, je dirai seulement dans ma réponse à cette question qu'il faudrait clarifier un peu plus cette distinction.

7. Les actes « concertés » adoptés par les Etats membres d'une organisation internationale doivent être étudiés aussi dans la première étape de nos travaux.

8. En principe, je suis enclin à traiter les recommandations et les déclarations adoptées par une conférence internationale de la même manière, mais je ne me prononce pas contre l'étude plus approfondie du rapport entre ces deux catégories d'actes en vue de la recherche d'une distinction entre eux.

9. Je ne crois pas qu'il est opportun de s'orienter vers le droit interne en prenant en considération des accords entre particuliers ne constituant pas des contrats. La situation des « textes internationaux » que nous avons en vue est si différente qu'il faut rester dans le domaine du droit international.

10. Oui, je suis sans aucune hésitation pour une large étude de la notion d'« engagement moral et politique ». C'est ainsi que nous nous approcherons le plus efficacement du but même de notre analyse des « textes internationaux dépourvus de portée juridique ». Il faut voir ce qu'on peut comprendre par l'« engagement moral et politique » indépendamment de la notion d'« engagement juridique ».

11. Les deux questions sont très complexes et demandent une étude appropriée. Comme point de départ, je pourrais donner une réponse affirmative à la première question et négative à la deuxième qui est, comme on le dit en anglais, un peu « *onesided* ».

12. Non, le caractère vague d'un traité en vigueur ne devrait pas, d'après moi, diminuer la valeur juridique de cet acte.

13. S'il est question d'un traité en vigueur, ce n'est que par l'application des règles générales en matière d'interprétation des traités qu'il faudrait agir en analysant son texte.

14. Ayant en vue la force et l'importance de la volonté des Etats dans le processus de la création du droit international, l'intention de l'auteur d'un acte unilatéral doit être le point de départ ; cependant, les exigences qui découlent du droit international doivent être aussi respectées.

Milan Sahovic

7. Observations de M. Oscar Schachter

New York, August 23, 1979

Dear Friend and Colleague,

Thank you for your clear and illuminating introductory paper on the topic before the seventh Commission.

Before responding to your questions, I should like to make some preliminary observations. In paragraph 5 you make a distinction for purposes of definition between the texts « susceptibles d'avoir des conséquences juridiques » and texts « produisant un effet de droit international ou pris en vue de produire un tel effet ». You seem to conclude at this point that texts which are not intended to have legal effect or which are not adopted with a view to producing such effect will be regarded as « dépourvu de portée juridique » for our purposes.

I wonder if this definition is not premature. Would it not pre-judge the question in respect to many instruments which should be of interest to this commission? Many texts have or produce legal effect though not intended to do so. Whether some or all of them should be characterized as texts *de portée juridique* seems to me to be a question for examination rather than *a priori* definition. In that examination, there would have to be an analysis of the different kinds of legal effects or consequences that result from such texts. It would also seem necessary to consider the purposes of categorizing texts as *de portée juridique* or *dépourvus de portée juridique*. I assume our task is not simply to classify texts into one or the other of the two categories but to explore the significance of that distinction and, also to consider the adequacy of the two categories for dealing with problems raised by texts which do not readily fit into either category.

One question which calls for analysis in this connection concerns the temporal aspect. You touch on this in your definitional discussion in paragraph 5 when you suggest that texts which contribute to the formation of a rule of customary law would not fall within the definition of texts *de portée juridique*. I assume this could include a text which is not intended to have legal effect *ab initio* but which through state practice and *opinio juris* comes to be regarded as an expression of *lex lata* and is applied as such. At that time it might be somewhat misleading to say the text lacks legal effect even if the effect is the result of practice grafted on to the text. Suppose a text has not yet acquired legal effect but is intended or expected to have future legal effect (e.g. a declaration of policy designed to establish or to avoid a legal obligation in the future) should that be regarded as a text *de portée juridique* because (as you suggest) it has been adopted with a view to its producing legal effect (« pris en vue de produire un tel effet »). Here too there is a temporal aspect that calls for consideration in the light of the purpose to be served by the proposed classification. The verbal distinction between « consequences » and « effect » does not seem to provide a sufficient answer.

Another kind of question arises in respect to the term « *juridique* ». Some instruments which are regarded as non-legal (e.g. nonbinding moral or political commitments) may entitle the parties to make representations to the others concerning the non-fulfillment of commitments or proposed policies. Should this be regarded as a legal effect on the ground that the text confers a right that would not otherwise exist? Should it make any difference that the parties expressly characterized the instruments as « non-legal » or some equivalent term if they acknowledge the right of parties to raise such questions of compliance. Another question (which you do touch on) is whether implicit recognition by states that a non-legal text (whether gentlemen's agreement or concerted declarations) would be carried out in good faith should be regarded as « *de portée juridique* » on the ground that good faith is a principle of international law. This question (like some of the others mentioned) has interest for us only if the classification into one or the other category makes any difference in consequences. That is why I would recommend that your expose devote somewhat more consideration to the aims and function of the proposed classification. Perhaps a dichotomy is not adequate to deal with the issues raised and one may need to think in terms of a spectrum or several intermediate categories.

I turn now to your specific questions.

1. Yes, I would favor a broad interpretation of « international texts ».

2. I would also favor a broad interpretation of the expression « *textes de portée juridique* ». As indicated above, I would go beyond those texts which are intended to have legal effects. I would also interpret « legal » broadly. For example, the parallel declarations on export credit policies made by members of the European Community in 1976 had as a consequence the avoidance of judicial review under article 228 of the Rome Treaty which would have been possible if a binding agreement had been made. I would consider the avoidance of that potential review a legal effect of the parallel declarations, whether or not such avoidance was the motivation. Somewhat similar questions are raised by informal nonbinding agreements among states designed to avoid formal amendment of a treaty (for example, arrangements regarding floating exchange rates in lieu of changing the International Monetary Fund Agreement). I would be inclined to regard all such texts as having legal effect while recognizing that they do not give rise to international legal responsibility for non-fulfillment of their terms. It would be desirable for our commission to clarify the legal consequences and status of such « non-legal » and « nonbinding » texts.

3. No. I would favor including them within the scope of the commission's work.

4. No. I think recommendations of international conferences should be included.

5. I would favor consideration of all types of recommendations that are germane to the issue of legal effect.

6. I do not favor any exclusion.

7. Concerted acts should be included.

8. The two categories « recommendations » and « declarations » should not be distinguished for reasons of form or designation alone. Appropriate consideration should be given, however, to the significance of the designation as evidence of intent and as a factor influencing the legal effect attributed to the text at the time of its adoption or subsequently.

9. I realize that internal law conceptions and rules cannot directly be transposed to international law. On the other hand, analogies may be helpful in clarifying issues and suggesting solutions. Treaty law has been greatly influenced by private law analogies despite the differences in respect of judicial control and one should not exclude the potential relevance of private law concerning non-obligatory agreements, declarations of intent, parallel actions etc. to the issues before the committee. Consequently, I would favor references to internal law treatment of texts which are not contracts or binding laws or regulations but which have certain definite legal effects.

10. I favor further consideration of the concept of « *engagement moral ou politique* » (moral or political commitments) with particular reference to the « legal » effects of such engagements. As I have treated this aspect in my note

in the A.J.I.L. to which you have referred, I need not restate my views. It is not sufficient to state that all such engagements lack legal effect.

11. As I have already indicated, it seems clear to me that some non-legal texts or agreements involve legal effects. In some cases the legal effect may be attributable to a specific rule of law (such as estoppel); in other cases to the development of customary law linked to the text. As long as the text is one of the elements in producing the legal effect, I would think it appropriate to consider the text as « *de portée juridique* ». May I also refer again to the case in which a non-legal instrument is considered by the parties to entitle them to raise the matter of non-performance by others? I would regard recognition of this right as a legal effect whether it is attributable in part to a rule of law or simply to the practice of the parties and their understanding of the undertaking. A related legal effect may be that the matter would not be considered as exclusively within the domestic jurisdiction of the states parties. The topic calls for further analysis.

12. I have some difficulty in answering this question. Generally speaking, there should be a strong presumption that a treaty in force is an instrument « *de portée juridique* » even if its provisions are vague and do not seem to impose significant restraints on the parties. However, I am not entirely comfortable with a classification that does not take account of the difference between treaties which in effect allow complete discretion to the parties and those which determine rights and obligations in a meaningful sense. One might question whether the designation « *de portée juridique* » has any significance in consequences when the treaty in question actually imposes no restraints or authoritative rules of conduct. On the other hand, I would be very cautious in concluding that a treaty in force imposes no rules or restraints due to the vague character of its stipulations. The practice of the parties over time may give meaning to those stipulations, however general they are. These are not matters that can be adequately met by a classification. At the very least, an explanatory comment would be required.

13. Whether a particular provision has legal effect is of course primarily a matter of interpretation to be resolved by application of general rules of interpretation. In some cases, the question of legal effect of a particular provision may involve questions of its validity or termination when the provisions are separable as in the situations contemplated by article 44 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The grounds set forth in articles 48, 49, and 50 of the Vienna Convention and the provisions of article 60 on termination may then be relevant.

14. The intention of the author should not be the sole determinant of whether a unilateral text has or has not legal effect. Consideration must also be given to whether the intended effect has been validly produced in accordance with international law.

Oscar Schachter

8. Observations de M. Karl Zemanek

Wien, August 19, 1979

Mon cher Confrère,

In some haste I send you a few observations on your *exposé préliminaire*, just to give you an idea of my views before we meet at Athens. But these are rather preliminary and may change in consequence of our discussions in Athens, to which I am looking forward with pleasure. In any case, congratulations on your *very stimulating and penetrating exposé préliminaire!*

1, 2, 3, 4. Yes.

5. The second type of resolution should, for the time being and for the reasons given in the last para. of point 7 of your *exposé préliminaire*, be included in our considerations. Whether they will remain in the end, will depend on the result of further research and its discussion.

6. No.

7. They should certainly be studied by our Commission.

8. I suggest that, for the moment, no distinction should be made. The question should be reviewed at a later stage of our deliberations.

9. No, for the reasons given in point 12 of your *exposé préliminaire*, to which I subscribe.

10. Yes. This seems to be one of the very reasons of our study. It may be that political and moral undertakings are performed mostly for reasons of reciprocity, but the same holds true for most legal undertakings, too — given the very feeble state of international adjudication or arbitration. The more so is it, therefore, necessary to elucidate the notion of « political or moral undertaking ».

11. Yes to the first question. To the second question I should provisionally answer no. But this is a point which, in my opinion, needs further study before one can give a definitive answer.

12. No.

13. The problem is to be resolved through interpretation.

14. The criterion of intention is unquestionable. The second part of the question is more difficult to answer : I should say yes if the emphasis is put on « pouvoirs que lui reconnaît le droit international » because in cases of apparent and habitual authority international law protects the good faith of others which rely on such authority (see article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties).

There are three pertinent instances for our subject in recent Austrian State practice : The Moscow Memorandum, of 1955 ; the Declaration of Neutrality and subsequent Recognitions, of 1955 ; and the Austro-Italian Undertaking concerning

Alto Adige/South Tyrol (so-called Calendar of Operations), of 1970. I shall gladly supply you with the relevant material if you should wish. We can talk this over in Athens.

With warmest personal regards.

Karl Zemanek

Annexe II

La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique

(à l'exception des textes émanant des organisations internationales).

Septième Commission

Exposé préliminaire

Michel Virally

1. Le sujet confié à la Septième Commission avait été suggéré au Bureau par notre confrère, le professeur Wilhelm Wengler. Il a fait, par la suite, l'objet d'une très substantielle « Etude exploratoire » établie par le professeur Fritz Münch, en vue d'orienter l'Institut. Cette remarquable étude, qui s'appuie sur de nombreux précédents historiques et fournit une abondante bibliographie, aurait fort bien pu constituer l'exposé préliminaire prescrit par l'article 4, al. 1 du Règlement et ma tâche se serait alors limitée à établir le questionnaire qui doit l'accompagner.

A la réflexion, il m'a paru néanmoins nécessaire de présenter un exposé préliminaire indépendant. L'« Etude exploratoire » était destinée avant tout à montrer au Bureau l'existence et l'intérêt du problème et à le convaincre ainsi de retenir le thème proposé. Cette démonstration n'est certainement plus à faire, elle n'a pas même besoin d'être complétée, et je ne dirai rien de plus sur ce point. En revanche, j'estime que la principale question qui se pose, au début des travaux de la Septième Commission, est celle du sens exact et de la portée précise du thème qu'elle doit explorer. Or, sur ce point, l'« Etude exploratoire » se borne à indiquer « qu'il s'agit de l'interprétation partielle d'un élément de la définition du traité dans l'art. 2, al. 1, lit. a) de la Convention sur le droit des traités ».

Il n'est pas douteux que ce soit là, en effet, l'idée qui se trouve à l'origine de la définition du thème. Des travaux précédents de notre savant confrère avaient déjà attiré l'attention sur ce problème qui n'a pas beaucoup retenu la doctrine jusqu'à maintenant¹. La formulation choisie par le Bureau est cependant

¹ *Unverbindliche Abmachungen im zwischenstaatlichen Bereich*, Mélanges Andrassy, 1968, p. 214; *Non-binding Agreements*, *Zeitschrift für ausländisches*

sensiblement plus large et il convient d'explorer sa signification, afin de remplir complètement la mission qui nous a été confiée. C'est à cette tâche que le présent exposé sera principalement consacré. Certains aspects récents de la pratique, notamment l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, avec ses suites, ainsi que divers autres éléments qui seront examinés plus en détail dans la suite, interdisaient d'ailleurs de procéder autrement. C'est seulement lorsque l'ampleur du sujet à traiter aura été déterminée avec précision qu'il sera possible, dans un deuxième stade, de s'engager dans les recherches qui s'imposent, mais qui, sans cette délimitation, auraient pu se révéler inadéquates.

En raison de son importance, le document établi par le professeur *Münch* doit, en tout état de cause, être connu de tous les membres de la Commission. J'ai donc estimé devoir l'annexer au présent exposé, qui lui doit beaucoup (cf. annexe III, p. 307). Ceci me permettra de ne pas revenir sur les points analysés dans ce texte ni sur les informations bibliographiques qu'il comporte, tout en utilisant les nombreux précédents qu'il évoque.

2. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, quelques remarques introductives sur la formulation du thème, telle qu'elle a été arrêtée par le Bureau, paraissent s'imposer. Après quoi notre exposé s'ordonnera autour de cinq séries d'observations générales portant respectivement sur : les aspects théoriques de la distinction entre les deux catégories de textes (I) ; son intérêt pour la pratique (II) ; les critères susceptibles d'être retenus pour y procéder (III) ; son application à l'intérieur d'un texte unique (IV). Le questionnaire traditionnel sera établi sur la base des conclusions auxquelles ces observations permettront de parvenir (V).

REMARQUES TERMINOLOGIQUES

3. Tel qu'il a été formulé par le Bureau — « *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique* (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) » — le thème confié à la Septième Commission présente une très vaste portée.

4. Les mots retenus — « *textes internationaux* » — constituent l'expression la plus large de celles qui pouvaient être choisies. Il est difficile de considérer qu'ils désignent les traités seulement. Ils s'appliquent, en réalité, à tous les documents établis par écrit par un sujet ou plusieurs sujets de droit international, quelle qu'en soit la nature juridique, c'est-à-dire quels que soient l'acte ou les actes qu'ils constatent ou dont ils sont la manifestation ou l'aboutissement. Ils s'étendent par conséquent, en dehors des traités, aux actes juridiques unilatéraux

öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 29 (1969), p. 2. La question a été récemment reprise par notre confrère Oscar Schachter : *The Twilight Existence of Nonbinding Agreements*, A.J.I.L. 1971, p. 296. V. également la bibliographie figurant dans l'Etude exploratoire, p. 321-2. Add. J.-F. Prévost, *Observations sur la nature juridique de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, A.F.D.I. 1975, p. 129.

émanant d'un ou plusieurs sujets de droit (déclarations, par exemple), et à des actes juridiques émanant de plusieurs sujets de droit, mais ne rentrant dans aucune des catégories précédentes. Mme Bastid emploie à leur sujet l'expression d' « actes juridiques concertés », qui marque bien la différence qui les sépare des traités (S. Bastid, Cours de droit international public, Paris, Les Cours de droit, 1976-77, p. 123 et s.). Nous y reviendrons. L'expression désigne, enfin, les textes ne correspondant à aucun acte juridique adopté ou approuvé par un ou plusieurs sujets de droit international.

5. L'opposition entre les deux catégories de textes : « textes de portée juridique » et « textes dépourvus de portée juridique » est, elle aussi, la plus large qui soit concevable par un juriste.

Il y a lieu de relever, tout d'abord, que la mission de notre Commission ne porte pas sur la distinction entre « traités et textes internationaux dépourvus de portée juridique », ce qui aurait évidemment limité son mandat.

L'expression « textes de portée juridique » n'est pas autrement définie. Elle ne peut certainement pas s'étendre à tous les textes susceptibles d'avoir des conséquences juridiques, notamment d'engager la responsabilité internationale de l'Etat dont ils émanent (par ex. : déclarations comportant une menace d'utiliser la force contre un autre Etat, ou contenant des injures à l'égard d'un chef d'Etat étranger), ou de contribuer à la formation d'une règle coutumière (par ex. : correspondance diplomatique constituant la reconnaissance d'une règle de droit). En revanche, il semble qu'elle couvre tous les textes produisant un effet de droit international, ou pris en vue de produire un tel effet.

Cet effet de droit peut, bien entendu, être la création (ou la modification, ou l'abrogation) d'une obligation ou d'un droit. Il peut aussi être une permission (art. 77 de la Charte des N.U., tel qu'interprété par la C.I.J. dans son avis consultatif du 11 juillet 1950, Rec. p. 139), ou la création d'une organisation internationale, ou l'établissement d'un statut ou d'un régime juridique international, ou l'attribution d'un droit, d'une fonction ou d'une compétence préétabli. Plus généralement, tout texte créant, modifiant ou abrogeant une norme juridique (*latissimo sensu*) ou un ensemble normatif, ou contribuant à une telle production d'effets juridiques, peut être considéré comme ayant une portée juridique.

Un texte n'ayant aucun de ces effets, est, au contraire, « dépourvu de portée juridique ».

6. La très grande généralité des termes employés pour définir la mission de la Septième Commission a amené le Bureau à formuler une limite, afin de ne pas rendre cette mission démesurée. Les textes émanant des organisations internationales ont, en conséquence, été exceptés.

Cette exclusion, à n'en pas douter, vise d'abord les résolutions des organisations internationales. L'existence et la valeur juridique de ces résolutions soulèvent des problèmes spécifiques bien connus et souvent étudiés, dans la complexité desquels notre Commission ne pourrait certainement pas s'engager sans perdre de vue sa mission principale. Certains aspects de ces problèmes sont d'ailleurs étudiés par la 13^e Commission, dont le domaine de compétence doit être respecté.

Des observations analogues peuvent être faites pour les décisions réglementaires des organisations intergouvernementales et les décisions des organisations de type communautaire.

Le fait que le Bureau ait cru devoir exclure expressément ces textes confirme qu'il n'entendait pas limiter la mission de notre Commission aux seuls traités.

L'exclusion est, cependant, plus générale. Elle vise aussi, apparemment, les traités conclus par les organisations internationales, ce qui paraît moins justifié (mais ils ne posent probablement pas de problèmes particuliers sous l'angle qui nous intéresse), ainsi que d'autres actes pris en leur sein, comme les actes « concertés » (par ex. : Déclaration des Gouvernements des pays membres de l'O.C.D.E., adoptée au cours de la réunion du Conseil de l'O.C.D.E. du 21 juin 1976, sur l'investissement international et les entreprises multinationales, Pub. O.C.D.E., n° 37.432 1976).

Il semble cependant que, dans la mesure où de tels textes ne résultent pas d'un acte de l'organe dans le cadre duquel ils ont été adoptés, mais sont imputables aux gouvernements eux-mêmes, il n'y ait pas de raison de ne pas les inclure dans l'étude. La détermination du véritable auteur du texte risque, toutefois, d'être difficile dans certains cas, comme le montre l'exemple cité.

7. Bien que soient seuls visés les textes émanant des organisations internationales, les mêmes solutions ne doivent-elles pas être apportées, pour identité de motifs, aux actes émanant des conférences internationales ?

Cela paraît assez évident pour les résolutions et recommandations adoptées par les conférences internationales (notamment les conférences réunies pour l'adoption d'un texte de convention), qui posent des problèmes très comparables, sinon identiques, à ceux relatifs aux résolutions et recommandations des organes permanents des organisations internationales.

Au contraire, les traités élaborés par des conférences internationales tombent dans le champ de l'étude (mais il en va de même, certainement, des traités dont le texte a été approuvé par l'organe d'une organisation internationale).

De la même façon, les textes adoptés au cours d'une conférence internationale, mais qui doivent être imputés aux Etats participants et non à la conférence elle-même, relèvent certainement de notre Commission. Il en est ainsi, entre autres, de l'acte final de la conférence, au moins lorsqu'il est soumis à la signature des Etats. L'Acte final de la Conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe, par exemple, mérite bien évidemment un examen attentif de la part de notre Commission.

La même observation peut être faite pour les déclarations adoptées par les Etats réunis dans une conférence internationale, dont elles constituent souvent le principal résultat (par ex. : déclarations dites de Bandoeng (24 avril 1975) et de Belgrade (6 sept. 1961), Charte d'Alger (24 oct. 1967), déclarations des chefs d'Etat et de gouvernement de l'O.U.A. et de la L.E.A. (9 mars 1977), etc.).

Ici encore, les problèmes d'imputation risquent d'être délicats. Au point que la distinction elle-même apparaît extrêmement ténue. Y a-t-il réellement une différence fondamentale entre une déclaration dont il est dit qu'elle a été adoptée par les chefs d'Etat et de gouvernement rassemblés à une conférence et une déclaration de contenu très voisin, mais qui se présente comme l'œuvre de la

conférence elle-même ? La question est sans doute prématurée à ce stade de l'étude, mais ne pourra certainement pas être esquivée.

Elle amène déjà à s'interroger sur la signification théorique de la distinction entre textes de portée juridique et textes dépourvus de portée juridique.

I. — LES ASPECTS THÉORIQUES DE LA DISTINCTION ENTRE LES DEUX CATÉGORIES DE TEXTES

8. Indépendamment des problèmes pratiques évidents qu'elle pose, la distinction entre textes de portée juridique et textes dépourvus de portée juridique soulève une question théorique, et même presque philosophique, sur la nature du droit international.

9. Dans son article de la *Zeitschrift* déjà mentionné (v. *supra*, note 1), le professeur *Münch* a examiné la question des accords non obligatoires en droit anglo-américain (*op. cit.*, p. 6-7). Il est bien évident que la distinction qui nous occupe a en droit interne un caractère fondamental et qu'elle doit et peut être clairement établie dans la pratique, en raison du pouvoir de contrôle des tribunaux sur les contrats passés par les particuliers (ou, éventuellement, par des personnes administratives). Les tribunaux sanctionneront seulement les obligations effectivement créées. Ils devront donc se demander si un texte adopté par accord entre deux ou plusieurs sujets de droit constitue bien un contrat au sens de la loi, c'est-à-dire un acte générateur de droits et d'obligations. Mais la question se limitera généralement à déterminer si le contrat a été conclu ou non, conformément aux dispositions de la loi applicable, et s'il respecte les conditions de validité posées par cette dernière. Le langage employé par les parties ne sera donc qu'un élément de son appréciation, à côté des circonstances dans lesquelles l'accord a trouvé place et des dispositions légales. Les conséquences juridiques résultant des constatations faites par le tribunal sont également claires et évidentes.

10. La situation est très différente en droit international.

Certes, il est possible qu'un tribunal — tribunal arbitral ou Cour internationale de Justice — soit saisi d'un différend portant sur un texte international. Ce fut le cas, très récemment dans l'affaire du *plateau continental de la mer Egée* (arrêt du 19 décembre 1978). La Cour avait à se prononcer sur la base de juridiction que pouvait constituer le communiqué conjoint publié à Bruxelles le 31 mai 1975, à la suite d'une rencontre des Ministres des Affaires étrangères grec et turc, et invoqué par la Grèce à l'appui de sa requête. La Cour ne s'est pas prononcée sur la nature juridique du communiqué, ni sur le point de savoir s'il pouvait ou non avoir des effets juridiques. Elle a même expressément réservé la question (§ 108). Elle s'est bornée à constater « que le communiqué n'avait pas pour objet et n'a pas eu pour effet de constituer de la part des Premiers ministres de Grèce et de Turquie un engagement immédiat, pris au nom de leurs gouvernements respectifs, d'accepter inconditionnellement que le présent différend soit soumis à la Cour par requête unilatérale » (§ 107). Elle a considéré que c'était là le seul point qu'elle avait compétence pour trancher (§ 108).

11. Cette réserve illustre bien les limites du système juridictionnel international. La possibilité de recourir à une instance judiciaire ou arbitrale internationale est très exceptionnelle dans la pratique. Dès lors, les controverses sur la nature et les effets juridiques d'un texte seront examinées le plus souvent :

— soit dans le cadre d'échanges diplomatiques où chacun fait valoir ses prétentions, et qui conduisent à une négociation ou à une confrontation susceptible d'être elle-même portée devant l'opinion publique, ou aux deux ;

— soit devant un organe politique tel que le Conseil de Sécurité ou l'Assemblée générale ou un organe intergouvernemental d'une organisation régionale ou d'une institution spécialisée, qui tentera une conciliation.

Dans les deux cas, il y a évidemment un grand intérêt à déterminer si des engagements ont été pris par les Etats intéressés, ou par l'un d'entre eux. En revanche, on peut s'interroger sur la différence réelle entre obligation juridique et obligation simplement morale ou politique, s'il apparaît qu'un engagement a été effectivement assumé. Quelle qu'en soit la nature, un engagement doit en effet être respecté et le bénéficiaire peut en réclamer l'exécution dans le cadre de relations internationales qui reposent sur la confiance et la bonne foi. La vraie question, semble-t-il, est de savoir à quoi il oblige et quelles en sont les limites.

12. Ces différences entre les deux systèmes juridiques montrent bien l'impossibilité — ou, en tout cas, l'extrême difficulté — de transposition directe du droit interne dans le droit international, dans notre domaine plus encore que dans d'autres. C'était également la conclusion du professeur *Münch*.

Il n'est donc pas nécessaire de poursuivre plus loin — tout au moins à ce stade — l'examen de la question des accords non obligatoires en droit interne.

13. Au-delà de cette conclusion méthodologique, il ne semble pas qu'il y ait intérêt à pousser plus loin la réflexion sur les problèmes théoriques qui viennent d'être soulevés. Si le thème de notre étude débouche directement sur eux, ils ont une portée beaucoup plus générale, puisqu'ils concernent la question de l'obligation de droit international dans son ensemble et, finalement, de la nature même de ce droit. Une telle réflexion relève de la théorie générale du droit et déborde très certainement la portée de l'étude, beaucoup plus pratique et concrète, à laquelle le Bureau a entendu engager la Septième Commission, selon toute apparence.

14. On partira donc du postulat, accepté par l'ensemble de la doctrine, et dont on ne cherchera pas à démontrer la vérité, qu'il existe bien une différence entre obligation juridique et obligation simplement morale ou politique en droit international. Cette différence est d'ailleurs unanimement acceptée par la pratique.

Comme nous l'avons déjà relevé, les deux catégories d'obligations seront traitées de façon différente par un organe juridictionnel ou arbitral, s'il a eu l'occasion d'examiner le problème, à la fois au point de vue de leurs effets propres et à celui de la responsabilité encourue en cas de violation. Si, par exemple, dans l'affaire précitée, la Cour internationale avait constaté que les deux Premiers ministres avaient accepté, dans le communiqué de Bruxelles, que le différend opposant leurs Etats respectifs fût porté devant elle par voie de requête

unilatérale, elle n'aurait pas pu se dispenser d'examiner la nature juridique du communiqué et d'établir s'il constituait ou non une convention génératrice de droits et d'obligations juridiques, c'est-à-dire un traité. En cas de réponse affirmative, la Cour aurait reconnu qu'elle était valablement saisie ; en cas de réponse négative, elle aurait dû se déclarer incompétente, malgré l'accord réalisé entre les deux Ministres.

15. La simple perspective d'une telle différence de traitement — même dans une hypothèse où n'existe aucun lien juridictionnel — suffit sans doute à donner un poids différent à une obligation juridique et à une obligation purement morale ou politique dans le cadre de simples échanges diplomatiques ou devant un organe international politique. Cette différence de poids sera peut-être encore plus marquée si l'affaire est portée devant l'opinion publique, qui est très sensible à la qualité des engagements pris.

Au surplus, si la bonne foi impose le respect de tous les engagements, quelle qu'en soit la nature, la même bonne foi impose aussi de ne pas conférer une force identique aux engagements juridiques et aux engagements simplement moraux ou politiques, étant donné que les Etats n'ont pas entendu s'engager de la même façon, selon qu'ils ont choisi l'un ou l'autre de ces types d'engagements. La responsabilité engagée en cas de manquement aux engagements pris ne peut évidemment pas être appréciée de la même façon dans les deux cas.

En définitive, la distinction entre les deux catégories d'obligations repose tout simplement sur la reconnaissance universelle dont elle bénéficie de la part des membres de la communauté internationale.

II. — L'INTÉRÊT DE LA DISTINCTION POUR LA PRATIQUE

16. L'intérêt pour la pratique de distinguer entre textes ayant une portée juridique et textes dépourvus d'une telle portée serait évident et n'appellerait aucun commentaire s'il s'agissait simplement de distinguer entre les textes par lesquels des engagements sont assumés par des sujets de droit international et ceux qui n'impliquent aucun engagement. La question devient plus difficile lorsqu'on remarque, comme nous venons de le faire, que des engagements simplement politiques ou moraux peuvent être pris à côté d'engagements juridiques.

Pour mettre un peu de clarté, on peut alors renverser le problème : quel peut être l'intérêt d'un Etat à prendre des engagements qui ne le lient pas sur le plan du droit, ou à se contenter de tels engagements de la part d'autres Etats envers lui ? C'est la question de la portée pratique de l'Acte d'Helsinki, pour prendre un exemple récent. Que signifie un tel document ?

Il s'agit là d'une question qui relève moins de la théorie juridique que de la théorie (certains disent la science) des relations internationales et de l'histoire de ces relations. On ne saurait donc s'y aventurer dans un exposé juridique. Peut-on, pour autant, l'ignorer totalement, si on veut comprendre la portée pratique de la distinction à étudier ? Quelques réflexions à son sujet permettront, sans doute, de mieux apprécier la pratique et, par conséquent, d'en faciliter l'analyse juridique.

17. Il est clair que la question posée n'appelle pas une réponse unique. Les intérêts en cause sont certainement d'une grande diversité.

Pour simplifier, on peut considérer qu'ils se classent tous dans deux hypothèses alternatives, très générales.

18. L'engagement moral ou politique peut constituer, tout d'abord, un substitut de l'engagement juridique, un pis-aller auquel on se résigne lorsqu'il n'est pas possible, pour des raisons techniques ou politiques, de parvenir à des engagements juridiques précis.

Dans ce cas, le constat d'un accord de fait sur certains problèmes, surtout s'il s'accompagne d'assurances selon lesquelles on s'en tiendra à cet accord, donc d'engagements, permet une connaissance des intentions de l'autre, par là même une prévision raisonnable de son comportement futur et fournit, par conséquent, la garantie d'une certaine stabilité — et donc d'une certaine sécurité — dont l'intérêt politique n'a pas besoin d'être souligné.

19. Ce même engagement peut constituer aussi une concession maximale, lorsqu'un engagement juridique apparaît comme inopportun ou inacceptable. Il en sera ainsi, par exemple, lorsqu'un engagement juridique sera considéré comme trop onéreux, en raison de l'importance et du poids des contraintes qu'il impose, de la difficulté de s'en dégager, ou parce que des obligations juridiques risquent de figer une situation dont on souhaite faciliter l'évolution. Dans certains domaines, comme celui des formes de collaboration et de coopération entre administrations nationales pour le règlement de questions pratiques, la nécessité de s'adapter sans cesse à des circonstances changeantes, d'essayer diverses méthodes et de les mettre progressivement au point, le parallélisme des intérêts qui exclut des divergences graves, peuvent aussi justifier qu'on reste à un plan infra-juridique : c'est le cas de nombreux arrangements administratifs internationaux, fréquemment conclus entre administrations nationales et dont la nature juridique est parfois malaisée à déterminer.

Souvent aussi, des considérations de politique intérieure, ou des obstacles constitutionnels imposent la même retenue.

Les différences d'optique entre le législatif et l'exécutif, dans les systèmes constitutionnels où les deux pouvoirs ont des compétences en matière de conclusion des traités, peuvent ainsi conduire le second à limiter ses engagements sur le plan du droit. La pratique des *gentlemen's agreements* s'explique, dans certains cas, par des raisons diplomatiques très précises, mais, souvent aussi, elle est motivée par des problèmes d'ordre constitutionnel. Il en va de même des déclarations concertées de la part de dirigeants, chefs d'Etat ou de gouvernement ou ministres des Affaires étrangères, qui s'engagent en leur propre nom ou en tant que titulaires de leur fonction (ce qui engage alors leurs successeurs). On connaît, à cet égard, l'histoire des *executive agreements* aux Etats-Unis, qui n'ont acquis que progressivement la valeur juridique de conventions engageant l'Union (cf. J.F. Barrett, *International agreements without the advice and consent of the Senate*, Michigan, 1906).

20. Il apparaît, finalement, que la pratique diplomatique a cherché à nuancer à l'infini les degrés de contrainte résultant des engagements assumés par les Etats

et a été considérablement aidée en cela par la souplesse et le manque de formalisme du droit international. Non seulement la distinction entre obligations juridiques et obligations morales ou politiques, tout à fait claire et nette en théorie, est souvent très difficile à appliquer à des textes concrets, mais encore les obligations elles-mêmes sont décrites dans des termes dont la précision, ou le manque de précision, varie considérablement d'un texte à l'autre. De ce fait, on a fréquemment beaucoup de peine à déterminer à quoi exactement et dans quelle mesure les auteurs d'un acte sont tenus (ou autorisés) ou se sont au contraire interdit de faire quelque chose.

Il existe ainsi tout un arc-en-ciel entre l'obligation stricte, *self executing*, d'observer un comportement bien déterminé et la vague promesse ou recommandation d'essayer de faire quelque chose, d'après sa propre appréciation de la situation, ou une non moins imprécise expression d'intention.

On ne peut d'ailleurs pas exclure qu'un simple engagement moral ou politique n'entraîne, dans des circonstances déterminées, certaines conséquences juridiques dérivant du principe de bonne foi ou de l'utilisation de l'estoppel, ou ne relève pas du droit international au point de vue des règles d'interprétation à utiliser pour en déterminer la signification (*cf.* O. Schachter, *op. cit.*, p. 301-303).

Dans ces conditions, il y a apparemment peu de chances de parvenir à une distinction nette et rigoureuse entre obligation juridique et absence d'obligation juridique, formulée dans des termes qui permettraient de faire disparaître toutes les incertitudes, très souvent volontaires, que recèle la pratique. Il vaudrait la peine, cependant, de mettre au point quelques instruments permettant de les réduire.

III. — LES CRITÈRES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE RETENUS POUR PROCÉDER A LA DISTINCTION

21. La question posée, en définitive, est la suivante : pour quelle cause un texte international, c'est-à-dire un texte émanant de dirigeants ou de représentants d'un ou plusieurs Etats et concernant les rapports internationaux, est-il dépourvu de portée juridique (partiellement ou en totalité) ?

A cette question on peut répondre en utilisant la distinction traditionnelle en droit entre la forme et le fond (ou contenu).

Un texte peut d'abord être insusceptible d'avoir une portée juridique parce qu'il ne constitue pas lui-même un texte juridique. En d'autres termes, il n'est pas un *instrumentum*, un instrument, un écrit qui « constate un acte juridique, en énonce le contenu » (Dictionnaire de la terminologie du droit international, sous la direction du professeur Basdevant, Sirey 1960).

A l'inverse, il ne semble pas qu'un texte ayant la valeur d'un instrument juridique puisse être totalement dépourvu de portée juridique. Ce serait une contradiction *in se*. En revanche, il ne peut être exclu que certaines des dispositions qu'il contient en soient elles-mêmes dépourvues. Plusieurs des exemples donnés dans l'Etude exploratoire du professeur Münch donnent à penser qu'il pourrait en être ainsi dans la pratique. La réalisation de cette hypothèse ne peut être décelée que par un examen du texte en cause.

22. Pour des raisons de méthode, nous centrerons d'abord la discussion sur le premier aspect du problème, qui concerne la forme.

On ne saurait poser directement la question : quand un texte n'est-il pas un instrument juridique, c'est-à-dire la transcription par écrit d'un acte juridique ? Sous cette forme négative, il ne s'agit, en effet, que d'une catégorie résiduelle. Il convient donc de s'interroger d'abord sur les cas dans lesquels on se trouve en présence d'un acte juridique constaté par écrit. La réponse à la question précédente sera alors donnée par élimination.

Pour procéder à cette enquête, on examinera successivement deux hypothèses apparemment bien différentes : celle des textes n'ayant qu'un seul auteur et celle des textes en ayant deux ou plus.

Toutefois, avant d'en venir là, il n'est pas inutile de s'interroger aussi sur le statut juridique du texte d'un traité (indépendamment de son contenu).

a) *Le texte d'un traité*

23. C'est le type même de l'instrument juridique. Pourtant, avant que soient remplies les conditions relatives à son entrée en vigueur (provisoire ou définitive) — notamment les conditions de ratification — le traité ne produit pas les effets juridiques voulus par les parties. Ceci ne signifie pas qu'il soit totalement dépourvu de conséquences juridiques. L'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités a ainsi défini les obligations pesant sur un Etat qui a déjà fait certains des actes destinés à permettre l'entrée en vigueur du traité à son égard. Toutefois, ces effets de droit en relation avec le traité ne sont pas ceux qui découlent de ses dispositions : les obligations en cause trouvent leur source directement dans le droit des traités (droit coutumier ou Convention de Vienne, lorsqu'elle sera elle-même en vigueur). On peut donc maintenir que le texte du traité, avant l'entrée en vigueur de celui-ci, est un texte dépourvu de portée juridique, au sens précédemment défini. Tout au plus peut-il être considéré comme « un fait juridique » pour reprendre une expression utilisée par Kelsen. C'est aussi en cette qualité qu'il peut contribuer à la formation de règles coutumières en harmonie avec ses dispositions.

Dans cette hypothèse, la distinction entre texte pourvu et texte dépourvu de portée juridique se fait de façon chronologique, à propos du même texte, par application des règles relatives à l'entrée en vigueur des traités. La question est très simple, même si elle peut soulever de nombreuses difficultés pratiques, dont les tribunaux ont eu fréquemment à s'occuper.

On pourrait faire les mêmes remarques, *mutatis mutandis* à propos de l'extinction des traités. Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point, ni sur les difficultés pratiques qu'il pose de son côté, illustrées par plusieurs affaires récentes. Dans tous les cas, il s'agit de définir avec exactitude la portée d'application dans le temps de la règle *pacta sunt servanda*.

b) *Les textes ayant un seul auteur*

24. Un acte ayant un seul auteur est nécessairement un acte unilatéral. Se pose alors la question générale de savoir si un acte unilatéral peut produire des effets juridiques en droit international.

La réponse est bien connue et n'est pas controversée en ce qui concerne les actes unilatéraux pris en relation avec un traité : ratification, adhésion, déclaration de réserve, déclaration interprétative, dénonciation, déclaration d'acceptation de clauses facultatives, etc. Ces actes sont pris dans le « champ conventionnel » et ne se détachent pas, au point de vue de leurs effets juridiques, du traité auquel ils se rapportent. Leurs effets sont bien définis par le droit des traités. Ils ont, évidemment, une portée juridique, dans la mesure où ils ont été valablement effectués.

La réponse est tout aussi claire pour les actes unilatéraux « classiques » (les civilistes diraient : « nommés »), dont les effets sont également définis de façon précise par des règles de droit coutumier ou conventionnel. On peut citer ainsi : la reconnaissance, la protestation, la renonciation, l'admission, etc. et, plus généralement, tous les actes unilatéraux effectués dans le cadre d'une procédure juridictionnelle : requête introductive d'instance, demande de mesures conservatoires, intervention, etc.

25. La question devient plus difficile et plus discutée à propos des déclarations qui peuvent revêtir les caractères les plus divers. Il est donc nécessaire d'en préciser l'objet et, dans bien des cas, d'en analyser soigneusement le contenu (donc de ne pas se cantonner au point de vue formel).

Bien qu'elles ne figurent pas dans la liste traditionnelle des actes unilatéraux « classiques », certaines d'entre elles correspondent à des actes bien définis et dont les effets sont également bien déterminés par le droit international coutumier. On citera, par exemple : les déclarations d'indépendance, les déclarations relatives à la délimitation des espaces maritimes (et, plus généralement, aux usages de ces espaces : par ex. déclaration relative à la suspension du droit de passage inoffensif, à une zone interdite ou dangereuse du fait d'expériences nucléaires ou de manœuvres militaires, etc.).

Le principal problème qui se pose à leur égard est celui de leur opposabilité aux Etats tiers.

26. D'autres déclarations soulèvent davantage de difficultés. Il en est ainsi de l'ensemble des déclarations « proclamatoires » et des déclarations contenant un engagement international.

Par déclaration proclamatoire, j'entends les déclarations par lesquelles leur auteur proclame soit l'existence ou l'établissement d'une situation juridique particulière, non prévue par les règles du droit international coutumier, soit l'existence d'une règle ou d'un principe de droit, ou l'attachement de son auteur à cette règle ou à ce principe.

Comme exemple du premier type, on peut citer la proclamation Truman, du 28 septembre 1945, sur le plateau continental, ou la proclamation par le Président des Etats-Unis de la « quarantaine » autour de Cuba, le 22 octobre 1962, ou encore une déclaration affirmant que tel espace maritime constitue des « eaux historiques », ou des eaux archipélagiques. Ces exemples suffisent à montrer que l'objet de telles déclarations est bien de créer des effets de droit (en établissant une situation nouvelle ou en consolidant une situation ancienne). La seule question est donc de savoir si ces effets sont effectivement créés (sont-ils autorisés

par le droit international ?) et s'ils sont opposables aux Etats intéressés. Il s'agit donc de textes de portée juridique, valables ou non.

Les déclarations affirmant la reconnaissance par leur auteur d'une règle de droit ont une signification bien différente suivant que cette règle fait ou non partie du droit positif. Si elle en fait partie et a vocation à s'appliquer à l'auteur de la déclaration, celle-ci a pour effet de la lui rendre opposable : elle a incontestablement une portée juridique (*cf.* par ex. la déclaration de la République fédérale d'Allemagne reconnaissant l'autorité à son égard des principes de la Charte des Nations Unies et portant acceptation des obligations définies par l'art. 2 de la Charte, en date du 3 octobre 1954). Si, au contraire, la règle en question n'a pas encore pénétré dans le droit positif, il s'agit tout au plus d'un « fait juridique » c'est-à-dire d'un acte contribuant à la formation d'une règle coutumière, mais qui n'a pas, en lui-même, de portée juridique. Il faut en dire autant des déclarations proclamant l'existence d'une règle ou d'un principe de droit international, en termes généraux.

27. La question des engagements unilatéraux a fait l'objet d'appréciations très opposées dans la doctrine, les uns pensant que des déclarations comportant des promesses sont dépourvues de portée juridique aussi longtemps qu'elles n'ont pas été acceptées par les tiers auxquels elles s'adressent (on se trouve alors en présence d'une convention, si l'acceptation est donnée), les autres estimant qu'elles peuvent produire des effets juridiques en elles-mêmes et lier leurs auteurs indépendamment de toute acceptation (*cf. Eric Suy, Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, Paris, L.G.D.J. 1962, p. 109-152, spéc. 148-152 ; R. Quadri, Cours général de droit international public, 113 R.C.A.D.I. (1964), p. 363 ; J.D. Sicault, Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public, R.G.D.I.P. 1979, p. 633-688.*)

Les hésitations de la doctrine semblent tenir surtout à la difficulté de sortir du cadre conventionnel dans un système juridique qui repose sur le consentement des Etats qui y sont soumis. Elle s'efforçait donc de dépasser les apparences de l'unilatéralisme pour reconstituer l'acte bilatéral, chaque fois que cela paraissait possible. C'est le raisonnement suivi, par exemple, par Anzilotti à l'égard de la fameuse déclaration Ihlen, dans l'*affaire du Groenland oriental*, tel qu'il apparaît dans son opinion dissidente (C.P.J.I., série A/B n. 53, p. 76). On sait que la Cour avait pris elle-même sur cette question une position assez ambiguë : *ibid.* p. 70-71).

28. Si, au contraire, on abandonne une position de principe niant la possibilité pour un acte unilatéral d'avoir, en droit international, une portée juridique (position qui, on l'a vu, est démentie dans toute une série de cas précis), le problème des effets à l'égard des Etats tiers ne se pose apparemment pas en des termes très différents pour les actes unilatéraux ou pour les traités.

On sait que la Convention de Vienne a adopté, à l'égard de cette question, des solutions restrictives (art. 34 à 37). Elle pose en règle qu'un droit ne naît du fait d'un traité au profit d'un Etat tiers que si ce dernier y consent, mais admet néanmoins que ce consentement est présumé, sauf indication contraire (art. 36). Si cette règle correspond à l'état du droit coutumier — ce qui est loin d'être unanimement admis — elle pourrait s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux actes unilatéraux.

Il subsisterait, cependant, une différence fondamentale : le traité est en lui-même un acte juridique et le demeure, même si les stipulations qu'il peut contenir au profit d'autrui ne sont pas acceptées par les bénéficiaires potentiels. Au contraire, l'acte unilatéral contenant un engagement n'acquerrait une portée juridique certaine qu'en cas d'acceptation de cet engagement.

Cette difficulté a été écartée par la Cour internationale de Justice dans les *affaires des essais nucléaires* (arrêts du 20 décembre 1974). La Cour a estimé, en effet, que « des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques... Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure, ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé » (Rec. p. 267 et 472).

Face à une affirmation aussi vigoureusement exprimée de la part de la plus haute instance juridictionnelle internationale, il est difficile de soutenir qu'un acte unilatéral contenant un engagement à la charge de son auteur à l'égard d'autres sujets de droit international est un texte dépourvu de portée juridique, même si on ne suit pas la Cour dans la totalité de ses analyses.

c) *Les textes ayant deux auteurs ou plus*

29. Deux hypothèses doivent être distinguées, en se plaçant au point de vue de la situation occupée par les auteurs du texte par rapport aux effets qu'il peut produire (c'est-à-dire en dépassant les problèmes de forme pour se tourner vers ceux de fond, ou de contenu).

La première hypothèse est celle où tous les auteurs du texte se trouvent placés du même côté (comme c'est le cas, par nécessité, de l'auteur unique d'un acte unilatéral). Il en est ainsi lorsque l'acte que le texte constate a pour seul objet de créer des obligations ou des droits à la charge ou au profit de ses auteurs vis-à-vis de tiers. On peut alors parler d'actes (et de textes) unilatéraux conjoints.

La seconde hypothèse apparaît lorsque le texte concerne les relations mutuelles entre ses auteurs. S'il prétend le faire en créant des droits et des obligations juridiques destinés à gouverner ces relations, on est en présence d'un traité. Si, au contraire, le texte ne produit pas d'effets de droit, on pourrait parler de texte infra-conventionnel.

(i) *Les textes unilatéraux conjoints*

30. Ils sont évidemment le résultat d'un accord, puisqu'ils expriment une position adoptée par plusieurs sujets de droit international. Pour cette raison, ils ont leur place dans la catégorie des actes « concertés », d'après la terminologie adoptée par Mme Bastid (cf. *supra*, § 4). Toutefois, ils ne peuvent tirer leur valeur juridique éventuelle de cet accord, c'est-à-dire de la règle *pacta sunt servanda*,

puisqu'ils ne s'appliquent pas aux rapports mutuels de leurs auteurs et sont *res inter alios acta* pour les tiers qui en sont destinataires.

Les problèmes qu'ils posent sont, de ce fait, très comparables à ceux que nous avons examinés plus haut à propos des actes unilatéraux n'ayant qu'un seul auteur. On peut ajouter simplement que l'accord qu'ils consacrent peut leur conférer une autorité morale ou politique plus grande que s'ils émanaient d'un Etat isolé. Mais cette autorité dépendra surtout des circonstances et de l'identité des Etats en cause, comme cela est toujours le cas lorsqu'il s'agit d'apprécier la signification morale ou politique d'un événement.

31. Comme pour les textes émanant d'un seul auteur et pour les mêmes raisons (*cf. supra*, §§ 25 et s.), les problèmes les plus délicats concernent les déclarations qui peuvent porter sur n'importe quel objet et exprimer les intentions les plus diverses.

Une difficulté supplémentaire provient de ce qu'une déclaration conjointe peut être rédigée en termes assez vagues ou assez généraux pour comporter des engagements réciproques, tout en ayant pour objet essentiel de définir de tels engagements à l'égard de tiers ou de l'ensemble de la communauté internationale. C'est le cas, par exemple, de la Charte atlantique (citée dans l'« Etude exploratoire », § 13) affirmant la position des deux futurs alliés, le Royaume Uni et les Etats-Unis, sur les principes devant régir le nouvel ordre du monde après la guerre.

Il convient donc, ici aussi, d'examiner avec beaucoup de soin et d'attention le contenu de telles déclarations et les circonstances dans lesquelles elles interviennent, afin de dégager les intentions réelles de leurs auteurs.

Dans le cas de la Charte atlantique, il est extrêmement douteux que ceux-ci aient entendu se lier par des engagements de portée juridique. Il s'agit bien plutôt d'une déclaration « proclamatoire », au sens défini plus haut (*supra*, § 26), portant sur les principes dont devraient s'inspirer les futurs architectes de la paix (plutôt que sur des principes reconnus comme juridiquement impératifs).

32. Les exemples de déclarations conjointes sont très nombreux. Manifestement leur portée juridique varie considérablement de l'une à l'autre. Dans son cours précité, Mme *Bastid* cite ainsi les Déclarations du 5 juin 1945 sur l'occupation de l'Allemagne (p. 128), qui ont certainement eu une portée juridique. J'ai cité plus haut (§ 7) les déclarations adoptées à l'issue de conférences internationales, notamment des pays afro-asiatiques réunis à Bandoeng, des pays non alignés et du groupe des « 77 », dont la valeur ne semble pas aller au-delà de simples recommandations ou sur certains points, de déclarations proclamatoires du type Charte atlantique. Dans certains cas, la détermination de la nature exacte du texte peut provoquer des décisions divergentes, comme le montre l'exemple, cité dans l'« Etude exploratoire » (p. 319), de la déclaration interalliée sur les spoliations.

Un cas particulier est celui de déclarations parallèles (et non pas conjointes), signalé par Mme *Bastid*, qui en fournit un exemple (*op. cit.*, p. 129). Il ne semble pas qu'il y ait lieu de les traiter différemment des déclarations conjointes.

33. On peut citer encore des actes émanant de représentants ou d'agents de

plusieurs Etats, mais dans le cadre d'une procédure particulière. Mme Bastid évoque le cas des documents établis pour constater officiellement les résultats des travaux d'une commission de délimitation, généralement sous la forme de procès-verbal (*ibid.* p. 125).

Le cas des commissions de délimitation est très particulier, mais on pourrait y ajouter celui de très nombreuses commissions mixtes instituées par traité, et dont les compétences peuvent être extrêmement variées. Dans certains cas, elles s'apparentent à de véritables organes internationaux, dont les actes sont comparables à ceux d'une organisation internationale. Dans d'autres cas, elles constituent plutôt des cadres de négociation, et produisent des accords dont la nature juridique est à définir : c'est la question à laquelle nous arrivons maintenant.

(ii) *Les textes infra-conventionnels*

34. Dans la terminologie que nous proposons, ces textes sont eux aussi l'expression écrite d'accords entre sujets de droit international. Leur ressemblance avec les traités, cependant, est accentuée par le fait qu'ils concernent les rapports *inter se* de leurs auteurs. Mais ils ne sont pas des traités.

A leur propos, la question examinée jusqu'à présent se renverse : il faut se demander comment il se fait qu'ils soient dépourvus d'effets juridiques. C'est à ce problème que s'est spécialement attaché le professeur *Münch* dans ses travaux (ainsi que notre confrère *Oscar Schachter* dans son article cité note 1).

A priori, deux hypothèses paraissent devoir être distinguées.

35. Il se peut, tout d'abord, qu'un accord soit dépourvu de portée juridique parce qu'il ne remplit pas les conditions d'application de la règle *pacta sunt servanda*.

Nous avons évoqué déjà l'hypothèse du texte d'un traité dont les conditions d'entrée en vigueur n'ont pas encore été remplies (*cf. supra*, § 23). On n'y reviendra pas.

Il se peut aussi que les formes de conclusion d'un traité n'aient pas été respectées, par exemple parce qu'aucun des modes d'expression du consentement à être lié par un Etat n'a été utilisé à l'égard du texte considéré. Cette hypothèse se rencontrera sans doute rarement, du fait de l'extrême souplesse du droit des traités en la matière et de la multiplicité des formes connues dans la pratique dont témoignent les articles 11 à 15 de la Convention de Vienne. Les accords « en forme simplifiée » se multiplient et prennent une importance grandissante. On peut néanmoins se demander si la remise à la presse, à la suite d'une rencontre entre dirigeants de deux ou plusieurs Etats, d'un simple communiqué, ne comportant d'autre authentification que le fait qu'il émane du service de presse d'une ou plusieurs délégations, suffit, en l'absence d'autres circonstances, à établir le consentement des Etats représentés à un accord ayant force de traité.

36. Dans le même ordre d'idées, on peut citer le cas d'un accord intervenu entre des agents de deux ou plusieurs gouvernements n'ayant pas compétence pour engager leurs Etats respectifs. Il peut en être ainsi soit parce que leurs pouvoirs ne leur permettaient pas la conclusion définitive d'un tel accord (*cf. art. 7 de la Convention de Vienne*), soit parce qu'ils n'avaient pas la qualité de représentants de l'Etat dont ils relèvent.

Ici encore, toutefois, la pratique est loin d'être claire. De plus en plus fréquemment des fonctionnaires appartenant à d'autres départements ministériels que les Affaires étrangères concluent des accords, à l'égard desquels les Etats se comportent comme s'ils étaient liés juridiquement, à côté d'arrangements administratifs qui sont pris beaucoup moins au sérieux. Parfois même les tribunaux internationaux ont considéré que les actes de fonctionnaires n'ayant pas la qualité d'agents diplomatiques, mais agissant dans l'exercice de fonctions se rattachant à la mise en œuvre d'un traité, engageaient l'Etat dont ils relevaient (*cf.* sentence arbitrale du 22 janv. 1963, Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 entre la France et les Etats-Unis, R.G.D.I.P., p. 252-55, R.S.A., XVI, p. 64-68).

37. Une seconde hypothèse est celle où les auteurs du texte considéré n'ont pas eu l'intention de créer des effets autonomes de droit international. A titre simplement indicatif, et sans nullement prétendre dresser une liste exhaustive, on peut relever toute une série de cas dans lesquels il en sera ainsi :

1. Les auteurs du texte se sont bornés à constater certains faits ou situations juridiques. Mme *Bastid* cite ainsi les procès-verbaux d'échange de ratifications et les procès-verbaux de négociations (*op. cit.* p. 124 et 126), dont on peut rapprocher les procès-verbaux des séances d'une conférence internationale, le protocole de signature et, lorsqu'il a une valeur purement protocolaire, l'Acte final (*ibid.* p. 131-133).

2. A cette catégorie se rattachent aussi les textes qui constatent simplement l'existence d'un accord de fait entre deux ou plusieurs Etats (ou d'une convergence de vues) sur certains problèmes internationaux. Un tel accord purement factuel ne comporte aucun engagement pour l'avenir. C'est très fréquemment le cas des accords dont il est fait état dans les communiqués de presse publiés à la suite de visites officielles de dirigeants étatiques à l'étranger, ou de rencontres entre chefs d'Etat ou de gouvernement, ou de ministres des Affaires étrangères (*cf.* par ex. le communiqué de presse commun publié lors de la visite du Vice-premier Ministre Deng Xiaoping à Washington le 1^{er} février 1979, Doc. française, Doc. d'Actualité internationale (D.A.I.) 1979, n° 9).

3. Très proches également des précédents sont les textes exposant qu'un accord de fait a été réalisé entre les participants à une rencontre internationale sur leurs intentions futures. Ces déclarations conjointes d'intentions s'expriment très souvent dans un langage ambigu, qui ne diffère guère de celui employé pour définir des engagements juridiques. Aussi est-il souvent délicat de les interpréter correctement et de faire le départ entre déclaration d'intention et promesse juridique. Le classement d'actes politiques tels que l'accord sur la Sainte-Alliance, ou les accords du Caire, de Yalta et de Potsdam, a pu, pour cette raison, soulever beaucoup d'incertitudes (Etude exploratoire, p. 309 ; Mme *Bastid*, *op. cit.*, p. 130). Les choses sont parfois plus claires, comme dans le cas de l'échange de notes du 16 mai 1907 entre la France, le Royaume Uni et la Belgique (Etude exploratoire, p. 314-315).

4. Un engagement moral ou politique n'accompagne pas nécessairement une déclaration d'intention, comme on vient de le voir, mais elle peut s'y ajouter,

en lui conférant un caractère contraignant qu'elle n'a pas en elle-même. Son existence ne peut être décelée que par l'analyse du langage employé, qui en fait ou non apparaître l'acceptation (v. par ex. : déclaration des Etats-Unis du 19 déc. 1978, relative à leurs relations avec Taïwan, à lire en conjonction avec le communiqué commun et la déclaration de la République populaire de Chine du même jour, D.A.I. 1979, n° 6 ; I.L.M. 1979, p. 273).

5. L'accord constaté par un texte conjoint peut aussi porter sur des arrangements pratiques, destinés à régler certaines difficultés apparues dans les relations entre Etats, en s'en tenant à des formules pragmatiques et sans s'élever au niveau d'engagements juridiques.

Ici encore, de nombreux exemples pourraient être cités, particulièrement dans la pratique des Etats-Unis, dont l'exécutif a fréquemment à trouver des solutions pratiques destinées à surmonter les difficultés provoquées, dans les relations avec certains pays étrangers, par l'application d'une législation fédérale susceptible d'être modifiée ou abrogée par le Congrès, et à propos de laquelle des engagements définitifs ne peuvent donc pas être assumés par l'exécutif seul. Si on admet la thèse américaine, c'est à cette catégorie qu'appartiennent les arrangements commerciaux conclus en 1891 (Etude exploratoire, p. 314) et l'échange de notes Lansing-Ishii du 2 nov. 1917 (*ibid.* p. 316 ; cf. également l'échange de notes du 30 nov. 1908, cité au même endroit).

6. On pourrait, enfin, ajouter à cet inventaire le cas des engagements stipulés dans des termes vagues et imprécis, ou accompagnés de formules en subordonnant l'exécution à l'appréciation subjective de circonstances non définies, au point qu'ils sont pratiquement dépourvus de toute force contraignante. Des formules telles que « dans la mesure du possible », « s'il le juge approprié », « pour autant qu'il l'estime compatible avec les besoins de son développement », « compte tenu de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes », et l'usage intensif du conditionnel permettent ainsi de vider une obligation de toute sa substance.

En droit interne, de telles obligations dites « purement potestatives » sont habituellement considérées comme nulles. En droit international, on pourrait considérer que les textes qui ne contiennent que des engagements aussi fictifs sont dépourvus de portée juridique.

IV. — L'APPLICATION DE LA DISTINCTION A L'INTÉRIEUR D'UN TEXTE

38. S'il est admis que les Etats peuvent conclure ou constater des accords qui ne sont pas des traités (actes unilatéraux conjoints ou parallèles, ou actes infra-conventionnels, dans le sens précédemment précisé), on ne peut exclure *a priori* la conclusion d'actes mixtes.

39. Il en serait ainsi, d'abord, de traités dont certaines dispositions ne constitueraient pas autre chose que des stipulations unilatérales, ou des stipulations infra-conventionnelles.

La première hypothèse est bien connue dans la pratique et dans le droit coutumier. Elle est expressément prévue dans la Convention de Vienne (art. 34

à 37) : c'est celle des stipulations pour autrui. Elle ne nous intéresse pas ici, puisqu'il s'agit de dispositions dont la portée juridique est bien définie.

La seconde hypothèse, en revanche, fait apparaître la possibilité non encore rencontrée dans nos précédentes observations, de traités valablement conclus dont certaines dispositions seraient dépourvues de portée juridique. A la limite, ce pourrait même être le cas de toutes les dispositions du traité, qui serait alors, véritablement, un traité non obligatoire (*non-binding agreement*).

40. La présence dans un traité de dispositions infra-conventionnelles ne peut être décelée que par un examen du contenu et des circonstances dans lesquelles le traité a été adopté, c'est-à-dire par un travail d'interprétation. Elle ne peut pas, cependant, être admise facilement dans un texte dominé par la règle *pacta sunt servanda*. Celle-ci exclut, en principe, que les engagements pris puissent être considérés comme simplement moraux ou politiques, ou que, de façon plus générale, certaines dispositions soient dépourvues de portée juridique. Une interprétation allant dans ce sens serait contraire à l'un des principes les mieux admis en la matière, celui de l'effet utile.

41. Dans ces conditions, la présence de dispositions infra-conventionnelles dans un traité ne se conçoit facilement que lorsqu'il s'agit de la constatation de certains faits ou situations juridiques, ou de la concordance des positions ou des intérêts des parties au moment de l'établissement du traité (*cf. supra*, § 37, 1 et 2).

Habituellement, de telles constatations prennent place dans le préambule, plutôt que dans le dispositif (et c'est ce qui explique, au moins partiellement, la différence de portée juridique attribuée à ces deux parties du traité), mais rien n'empêche évidemment que, dans certains cas, elles soient incorporées dans les articles.

42. On peut imaginer également que les parties à un traité n'enregistrent, dans certains articles, que des déclarations d'intention par lesquelles elles n'entendent pas se lier (*cf. supra*, § 37, 3). C'est une situation, cependant, qui ne peut être facilement admise en dehors du préambule. Si les parties ont pris la peine d'établir un traité, et donc de se soumettre à la règle *pacta sunt servanda*, il y a tout lieu de penser qu'elles entendaient créer des obligations juridiques à leur charge. La preuve qu'elles ont voulu faire autrement ne pourra résulter que de l'expression parfaitement claire de leur commune volonté en sens contraire.

Dans la plupart des cas, lorsque les parties ne veulent pas être engagées de façon effective ou entendent se réserver la liberté de déterminer elles-mêmes à quoi elles sont concrètement tenues dans chaque cas particulier, elles utilisent des formules réduisant leurs engagements à des obligations potestatives. On en a donné quelques exemples *supra*, § 37, 6. Même dans ce cas, cependant, le principe de l'effet utile impose à l'interprète de donner à de telles dispositions toute la portée juridique qu'autorisent les termes employés, dans les circonstances de l'espèce.

43. Ces quelques remarques montrent qu'à l'égard des actes (et textes) placés sous l'empire de la règle *pacta sunt servanda*, donc à l'égard des traités, il ne

semble pas possible d'envisager une distinction théorique entre dispositions pourvues d'une portée juridique et dispositions dépourvues d'une telle portée. D'après *pacta sunt servanda*, toutes les dispositions du traité ont une portée juridique, sauf volonté contraire des parties se déduisant clairement de la lecture du texte, sous réserve de la distinction traditionnelle entre le préambule et le dispositif. La règle de l'effet utile interdit que l'absence d'effets juridiques soit facilement admise. En d'autres termes, il existe une présomption en sens contraire.

Là pratique révèle, cependant, qu'il existe assez souvent des dispositions dont l'effet est problématique, qui ne contiennent que de pseudo-engagements juridiques, du fait des formules échappatoires, plus ou moins potestatives, qui sont utilisées. Le problème est alors de cerner avec autant de précision que possible la portée des obligations qu'elles contiennent. Tout est donc question d'interprétation, c'est-à-dire de cas d'espèce.

44. La situation inverse de l'hypothèse examinée jusqu'à maintenant peut également se présenter. C'est celle d'un texte qui, dans son ensemble, doit être considéré comme dépourvu de portée juridique, pour une des raisons précédemment exposées, mais qui comporte des dispositions présentant ou acquérant une valeur conventionnelle, grâce à l'absence de formalisme des modes de conclusion des traités.

Il en sera ainsi notamment :

— lorsqu'un texte unilatéral fait l'objet d'une acceptation, expresse ou tacite, totale ou partielle, d'un ou plusieurs Etats bénéficiaires, de telle sorte que s'est établi un rapport conventionnel entre eux et l'auteur (ou les auteurs) du texte en question ;

— lorsqu'un ou plusieurs engagements juridiquement identifiables apparaîtront dans un texte infra-conventionnel et que les conditions requises pour qu'ils acquièrent une valeur conventionnelle se trouveront par ailleurs réunies.

Ce sera le cas, par exemple, d'un communiqué publié à la suite d'une rencontre entre chefs d'Etat ou de gouvernement et où, au milieu d'informations sur le déroulement de la rencontre, il serait indiqué que les deux parties sont convenues d'adopter dans leurs relations mutuelles un certain nombre de règles leur imposant des comportements bien définis, ou de faire un acte déterminé, si l'intention manifeste de se lier juridiquement dès cette déclaration ressort clairement du langage employé.

V. — CONCLUSIONS

45. Sur la base des observations qui précèdent, et dont il convient de souligner le caractère préliminaire, en attendant un examen attentif de la pratique, quelques conclusions peuvent être avancées.

1 — Un traité en vigueur, c'est-à-dire soumis à la règle *pacta sunt servanda*, constitue toujours un texte de portée juridique, même s'il ne contient que des dispositions vagues, pratiquement dépourvues de force contraignante. Le rôle de

l'interprète, appliquant le principe de l'effet utile, est de faire apparaître les droits et obligations que les parties ont entendu créer en adoptant la forme du traité.

2 — A l'intérieur d'un traité en vigueur, il est toujours possible que les parties aient inséré certaines dispositions par lesquelles elles n'entendaient pas créer de droits et d'obligations, soit qu'elles s'en soient tenues à des constatations de fait (y compris l'existence d'une simple concordance de points de vue — d'un accord de fait — sur certains points), soit qu'elles n'aient accepté que des engagements politiques ou moraux. Ici encore, il s'agit d'un problème d'interprétation, mais l'existence d'engagements non juridiques se heurte à la présomption en sens contraire qui résulte de la règle *pacta sunt servanda*.

3. — Un texte unilatéral émanant d'un auteur unique peut être selon les cas pourvu ou dépourvu de portée juridique. Il y a donc intérêt à rechercher des critères permettant de déterminer dans quelle catégorie il doit être classé.

a) Un premier critère est incontestable : un texte unilatéral n'aura de portée juridique que si son auteur a entendu lui en conférer une. C'est ici un problème d'interprétation du texte, permettant de dégager l'intention dont il est l'aboutissement.

b) Un second critère est, au contraire, discutable : c'est celui de la création effective de l'effet voulu. L'auteur du texte disposait-il du pouvoir juridique lui permettant de produire l'effet qu'il recherchait ? En d'autres termes, les règles du droit international général permettaient-elles cette création ?

La réponse à cette question ne peut pas être trouvée ailleurs que dans un examen des règles du droit international général. On peut, à cet égard, distinguer trois hypothèses :

(i) Les actes unilatéraux « classiques », au sens précisé plus haut (§ 24), dont les effets sont bien définis par le droit international ;

(ii) Les engagements unilatéraux : d'après la Cour internationale de Justice, un Etat a toujours le pouvoir de créer unilatéralement des obligations à sa charge vis-à-vis de tiers (*cf. supra*, § 28) ;

(iii) Les autres actes unilatéraux : la question est à examiner de cas en cas (par ex. : la proclamation Truman sur le plateau continental est-elle un texte de portée juridique ? et qu'en est-il des nombreuses autres déclarations qui l'ont suivie ?).

4 — Les « textes unilatéraux conjoints » (d'après la terminologie adoptée plus haut, § 30 : textes ne concernant pas les relations *inter se* de leurs auteurs) soulèvent les mêmes problèmes que les textes unilatéraux émanant d'un auteur unique. On peut donc leur appliquer les mêmes solutions. Les problèmes d'interprétation risquent seulement d'être plus difficiles, lorsqu'il s'agira de déterminer si les textes considérés sont réellement unilatéraux. En outre, les règles du droit international ne sont pas nécessairement identiques suivant qu'un Etat agit seul ou que plusieurs Etats agissent ensemble.

Il y a lieu, d'autre part, de traiter à part le cas particulier des actes d'organes inter-étatiques (tels que les commissions de délimitation). En effet, unilatéraux

en la forme, ces actes concernent en réalité les relations mutuelles des Etats concernés. Ils prennent généralement place, en outre, dans un contexte conventionnel dont ils ne peuvent être détachés (application d'un traité de frontières pour les commissions de délimitation - échange de ratifications, etc., *cf. supra*, § 33).

5 — Les « textes infra-conventionnels » (suivant notre terminologie) soulèvent incontestablement les problèmes les plus difficiles, du fait de leur ressemblance extérieure avec les traités. Il est donc nécessaire de préciser les critères permettant d'opérer la distinction, puisque ces textes sont, en principe, dépourvus de portée juridique. Deux critères semblent s'imposer :

a) *Critère formel* : on est en présence d'un texte infra-conventionnel lorsque les formes nécessaires à la conclusion d'un traité n'ont pas été respectées, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas eu de consentements échangés sur un texte comportant des droits et des obligations pour les parties, et que, par conséquent, la règle *pacta sunt servanda* n'est pas devenue applicable.

L'application de ce critère est délicate, du fait de l'absence de formalisme du droit des traités. Il existe, cependant, de nombreuses hypothèses où elle sera déterminante (communiqués de presse, arrangements administratifs, etc.). Il conviendrait de faire porter l'effort sur ces hypothèses, afin de les identifier avec plus de précision.

b) *Critère matériel* : il s'agit d'examiner le contenu du texte, ce qui renvoie, encore une fois, à un problème d'interprétation. Celui-ci sera relativement simple s'il apparaît que le texte ne comporte aucun engagement de la part de ses auteurs. Il sera très difficile au contraire, si l'examen montre l'existence d'engagements, dont il faudra déterminer s'ils sont juridiques, ou simplement politiques ou moraux, ou se réduisent même à une déclaration d'intention. Est-il possible de dégager quelques critères permettant de guider l'interprète ? C'est, en tout cas, ce qu'il faudrait tenter.

c) Il va de soi que *les deux critères* peuvent être utilisés simultanément. En tout état de cause, d'ailleurs, le travail d'interprétation ne peut se limiter à l'analyse textuelle, mais doit aussi envisager les circonstances qui ont accompagné l'adoption du texte, ainsi que la conduite ultérieure de ses auteurs.

6 — Les problèmes posés par l'existence d'actes « mixtes » (*supra*, § 38) doivent également être envisagés. Il en a déjà été question à propos des traités (*cf. supra*, 2). La question est plus complexe pour les textes infra-conventionnels, dont certains éléments pourraient être dotés d'une portée juridique. Elle montre que, à propos de ces textes, les deux critères visés au point précédent ne doivent pas seulement être appliqués à l'ensemble d'un texte, mais, en cas de doute, également à certaines des dispositions particulières qui le constituent, prises isolément. Celles-ci ne pourront se voir reconnaître une portée juridique que si les deux critères sont concordants en ce qui les concerne, c'est-à-dire si sont réunies les conditions formelles nécessaires à l'apparition d'un lien conventionnel (ou d'engagements juridiques unilatéraux) et l'intention, de la part des auteurs du texte, de produire des effets de droit.

46. Si les réponses des membres de la Septième Commission au questionnaire annexé au présent exposé et leurs autres commentaires n'apportent pas d'éléments qui conduiraient à les réviser, ces conclusions préliminaires pourraient guider les recherches à entreprendre par le rapporteur en vue de l'établissement de son rapport provisoire.

Paris, avril 1979.

Questionnaire

1. L'expression « textes internationaux » doit-elle être comprise dans un sens large, s'étendant à la fois aux textes conventionnels et aux textes non conventionnels ?

2. L'expression « textes de portée juridique » doit-elle être comprise dans un sens large, s'étendant à tous les textes produisant des effets de droit voulus par leurs auteurs, quels que soient ces effets ?

3. Les traités, accords, arrangements, etc. passés par les organisations internationales avec d'autres organisations internationales ou avec des Etats doivent-ils être considérés comme exclus du champ de la recherche ?

4. Les recommandations des conférences internationales doivent-elles être exclues du champ de la recherche, par analogie avec les recommandations des organisations internationales ?

5. En cas de réponse affirmative à la question précédente, cette conclusion doit-elle être limitée aux seules recommandations adoptées par des conférences réunies en vue d'adopter une convention et en marge de l'adoption du texte de la convention, ou doit-elle être étendue à toutes les recommandations adoptées par une conférence internationale ?

6. L'exclusion doit-elle s'étendre également aux recommandations adoptées au cours d'une conférence internationale, mais attribuées formellement aux Etats représentés à la conférence, ou à leurs représentants ?

7. Y a-t-il lieu d'adopter une solution différente pour les actes « concertés » adoptés par les Etats membres d'une organisation internationale ?

8. Parmi les textes adoptés par une conférence internationale, une distinction doit-elle être faite, aux fins d'examen par la 7^e Commission, entre recommandations et déclarations, ou ces deux catégories de textes doivent-elles être traitées de la même manière ?

9. Y a-t-il intérêt à tenter d'approfondir en droit interne comparé la question des accords entre particuliers ne constituant pas des contrats, en vue d'examiner si des transpositions du droit interne au droit international sont possibles et souhaitables ?

10. Y a-t-il intérêt à tenter d'approfondir la notion d' « engagement moral ou politique », en vue de l'opposer à celle d' « engagement juridique », ou suffit-il de donner à la première une définition négative (engagement non juridique) ?

11. Est-il concevable qu'un engagement non juridique entraîne néanmoins

certains effets de droit, dérivant par exemple de l'application du principe de bonne foi ou de l'estoppel ? Le fait que de tels effets lui soient attribués par une règle de droit international général suffit-il pour qu'on doive considérer le texte en cause comme un « texte international de portée juridique » ?

12. Un traité en vigueur doit-il être considéré comme un « texte dépourvu de portée juridique » en raison du caractère vague et non contraignant de l'ensemble de ses stipulations ?

13. La question de savoir si une disposition déterminée d'un traité en vigueur constitue ou non un texte dépourvu de portée juridique est-elle une question d'interprétation du traité, à résoudre par application des règles générales en matière d'interprétation des traités, ou doit-elle être réglée par application d'autres critères, et lesquels ?

14. Le classement d'un texte unilatéral dans l'une ou l'autre des deux catégories qui nous intéressent (textes de portée juridique - textes dépourvus de portée juridique) dépend-il de l'intention de son auteur seulement, ou également des pouvoirs que lui reconnaît le droit international pour donner effet à cette intention ? En d'autres termes, suffit-il que l'auteur ait eu l'intention de produire des effets de droit, ou faut-il que ces effets aient été valablement produits par application du droit international ?

Annexe III

La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique.

Etude exploratoire

Fritz Münch

Le thème sur lequel l'Institut désire une orientation a été ainsi formulé par notre Secrétaire général dans sa circulaire du 24 septembre 1975. Après un échange de correspondance avec M. De Visscher, je me sens autorisé à dire qu'il s'agit de l'interprétation partielle d'un élément de la définition du traité dans l'art. 2, al. 1^{er}, lit. a) de la Convention sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969.

La notion de traité, au point de vue de la forme, y est conçue de manière très large. Le membre de phrase « régi par le droit international » apporte deux restrictions. Il exclut, d'une part, les transactions sur des matières qui normalement ressortissent à un droit interne, d'autre part, les textes qui, malgré leur apparence, ne sont pas source d'obligations juridiques. C'est de cette dernière catégorie qu'il sera question.

En la caractérisant ainsi, j'ai emprunté une définition établie en 1921 à la Société des Nations (voir ci-dessous p. 315 s.) dans ces termes : « acte conventionnel qui est la source d'obligations juridiques internationales ». A vrai dire, elle est encore insuffisante pour notre recherche, car il y a des actes conventionnels destinés à abolir des obligations ou à définir un statut objectif et, inversement, il y a des actes qui en ont seulement l'apparence. Mais ces cas se règlent par analogie, et on peut les traiter en annexe pour satisfaire au thème tel qu'il a été posé.

On peut, je pense, écarter les résolutions des organisations internationales. Elles sont certes des textes internationaux et des documents concertés, mais elles posent des problèmes spécifiques qui sont amplement discutés ailleurs. Pareillement les déclarations unilatérales seront laissées en dehors de cet exposé bien qu'on puisse les considérer comme des textes internationaux lorsqu'elles s'adressent à d'autres Etats et concernent les relations internationales ; la déclaration unilatérale d'intention fait l'objet du concours pour le prix Grotius.

L'histoire de la Conférence de Vienne prouve qu'il existe dans la Convention une lacune manifeste et consciente (I) puisqu'on a omis de définir le critère qui

permettrait de dire quand un texte est « régi par le droit international ». Ce critère lui-même est un point de droit international.

Cette lacune est d'une importance considérable ; des textes conçus au cours et à la fin de la dernière guerre mondiale ont été l'objet de doutes quant à leur caractère juridique, et les actes tout récents de Helsinki sont en question (II). Il faudra rechercher s'il y a eu de la pratique (III) et de la jurisprudence (IV) ; la littérature doit être scrutée (V). L'Institut a parfois effleuré le thème sans s'en occuper au fond (VI). L'existence de textes internationaux sans portée juridique ne saurait être niée, mais nous manquons de critères pour les distinguer des traités (VII). Les efforts faits par quelques auteurs paraissent insuffisants.

Le problème n'est pas susceptible, actuellement, d'une solution d'autorité par voie de codification officielle. L'Institut a donc une occasion de bien servir le droit international, et il ne risque pas d'être dépassé dans son travail par les activités d'autres corps. L'expérience des confrères sera très précieuse puisqu'il faudra au moins discuter la question de savoir si l'accord sans portée juridique en droit civil peut fournir une analogie au phénomène qui nous occupe.

Dans la discussion, nous aurons besoin d'un terme qui comprendra aussi bien les traités (à portée juridique d'après la définition de la Convention de 1969) que les textes bi- et multilatéraux sans portée juridique. C'est l'art. 2, al. 1^{er}, *lit. a*) de la Convention de 1969 qui nous présente le terme d'« Accord », correspondant en anglais à « Agreement », qui n'est pas spécifiquement juridique, comme on le voit dans la locution de « *Gentlemen's agreement* ».

I

Pour cette introduction au thème, il n'est pas besoin d'analyser longuement les travaux préparatoires de la Conférence de Vienne. Le soussigné leur a consacré une page aussi bien dans sa contribution aux *Mélanges Andrassy* (1968) « Unverbindliche Abmachungen im zwischenstaatlichen Bereich », p. 214, que dans « Non-binding Agreements », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), p. 2 s. L'essentiel est qu'à Vienne, dans la seconde phase de la Conférence, quelques délégations ont trouvé insuffisante la définition du traité et ont maintenu ou proposé des amendements (Suisse L 384, Chili L 22, Mexique et Malaisie L 33, voir A/Conf. 39/11/Add. 2, p. 234, 111 ; la discussion A/Conf. 39/11/Add. 1, p. 225 ss. §§ 13-16, 24) pour la compléter dans le sens que le traité crée ou règle des droits et obligations, ou des rapports juridiques.

Ces amendements ont été appuyés par la Grande-Bretagne (*ibid.*, p. 227 § 34, 35), comme d'ailleurs dans la première session il y a eu des observations favorables, mais ils ont encouru la critique de la délégation soviétique qui voyait mis en question nombre de textes qu'elle chérissait particulièrement (*ibid.*, p. 226 § 22), de la délégation roumaine qui les considérait comme inutiles (*ibid.*, p. 227 § 30) et de la délégation bolivienne qui les trouvait insuffisants puisqu'ils n'indiquaient pas les critères (*ibid.*, p. 227 § 27).

Leur sort au Grand Comité fut d'être envoyé au comité de rédaction qui ne les accepta point, le rapporteur reconnaissant leur mérite scientifique mais expliquant que la définition pour les besoins de la Convention était suffisante avec

le terme « régi par le droit international » qui impliquait l'intention des parties de créer des droits et obligations de droit international (*ibid.*, p. 346 § 21, 22).

Aux séances plénières (7^e et 28^e) on n'est pas revenu sur ce point, et l'art. 2 a été adopté avec trois abstentions.

On est donc en droit de dire que le traité, au sens de la Convention de 1969, a été entendu comme un acte de portée juridique, mais que les amendements tendant à le dire *expressis verbis* ont été considérés comme superflus et que surtout (la délégation bolivienne avait parfaitement raison) ils n'ont pas essayé de définir les critères pour juger de la portée juridique.

II

L'importance politique du problème ne devrait pas être sous-estimée. Quelques tensions en Extrême-Orient ont pu s'enflammer parce qu'on n'a pas reconnu, après coup, à certains textes l'effet de régler la question.

1. Au Caire, en 1943, Roosevelt, Churchill et Tchang-kai-chek avaient été d'accord pour que Formose retourne à la Chine. Le Gouvernement britannique qui avait reconnu celui de Pékin comme représentant la Chine, se vit harcelé par des députés qui exigeaient qu'il renonçât à sa politique de refus de l'île à Pékin. Au début, il s'en défendit parce que la Chine communiste ne respectait pas l'indépendance de la Corée, également stipulée au Caire (p. ex. Hansard Commons, vol. 487 col. 2301 s., 11 mai 1951). Certains voulaient ranger l'autodétermination de la population de Formose parmi les dispositions des Puissances (*ibid.* et vol. 536 col. 163 et 685, 26 janv. et 31 janv. 1955). Churchill enfin expliqua que le texte du Caire « contained merely a statement of common purpose », formule qui depuis devenait stéréotypique et qui voulait dire que ce texte n'avait pas la force obligatoire d'un traité (*ibid.*, vol. 530 col. 901, 1^{er} févr. 1955 et Written Answers, col. 159 ; vol. 548 col. 601, 30 janv. 1956 ; vol. 572 col. 209, 26 juin 1957 ; vol. 595 col. 1140, 19 nov. 1958). La question de Formose n'est toujours pas résolue dans l'esprit du Caire, et les explications juridiques de la situation sont bien variées.

2. A Yalta, Trumann, Churchill et Staline avaient voulu un arrangement analogue sur le retour des îles du nord du Japon à la Russie. La question est toujours en suspens parce que le traité de paix de San Francisco ne stipule que la renonciation du Japon à ces îles, mais n'en désigne pas le destinataire. Les Etats-Unis ont joint à la ratification une réserve qui refuse la portée juridique au texte de Yalta : « ... nothing ... implies recognition ... of the provisions ... contained in the so-called « Yalta agreement » regarding Japan of February 11, 1945 » (U.N.T.S., vol. 136, p. 46 note).

Dans le même sens, on lit dans un Aide-mémoire américain des 7/8 septembre 1956 adressé aux autorités japonaises (Department of State Bulletin, vol. 35, p. 484) :

« ... With respect to the territorial question ... the United States regards the so-called Yalta agreement as simply a statement of common purposes by the

then heads of the participating powers, and not as a final determination by those powers or of any legal effect in transferring territories. »

3. Le conflit du Viêt-nam a été envenimé pour une grande part à la suite du refus d'élections libres qui, pourtant, avaient été prévues à l'art. 7 de la déclaration finale de la Conférence de Genève du 21 juillet 1954. Le Gouvernement français déclara, le 24 juillet 1956, que cet article « ne constitue pas à proprement parler une obligation juridique. Il s'agit essentiellement d'une déclaration d'intention » (Kiss, Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, vol. 1, n° 104).

4. Les documents établis par les Etats-Unis et l'U.R.S.S. en 1972 et 1973, au sujet de la « détente », ne sont pas, dans l'idée de Kissinger, « a legal contract » (Department of State Bulletin, 14 oct. 1974, vol. 71, p. 510). Et le papier d'Helsinki ne paraît pas devoir être classé parmi les documents de droit international.

Tout cela est mentionné simplement pour montrer que le problème existe et qu'il est grave ; il reste à rechercher s'il s'agit d'abus de diplomates ou si le droit international admet des accords à simple portée politique ou de propagande.

III

A ce qu'il semble, on n'a pas souvent discuté dans le passé du caractère juridique ou non juridique de textes. Cependant, on peut en relever quelques-uns qui n'ont pas eu en pratique la force stabilisante qui doit revenir aux normes contractuelles.

1. Un cas célèbre est l'article premier de l'Acte final du Congrès de Vienne, du 9 juin 1815, réglant le sort de la Pologne. Il attribue ce pays, sous forme d'union personnelle, au Tsar, et dispose comme suit :

« ... S.M. Impériale se réserve de donner à cet Etat, jouissant d'une administration distincte, l'extension intérieure qu'Elle jugera convenable. ... Les Polonais, sujets respectifs de la Russie, de l'Autriche et de la Prusse, obtiendront une représentation et des institutions nationales, réglées d'après le mode d'existence politique que chacun des gouvernements auxquels ils appartiennent jugera utile et convenable de leur accorder. »

Les trois puissances en cause se sont vu reprocher de ne pas avoir réalisé pleinement l'idée que cet article suggère.

Au moment de la première grande insurrection en Pologne (1830), la France et la Grande-Bretagne envisagèrent une intervention pour empêcher que la Russie s'incorpore le pays. Elles ont assez clairement insisté sur le droit qu'elles avaient de surveiller l'exécution de l'article ; cependant leur action devint sans objet à la suite de l'échec du soulèvement (Lutostanski K. : Les partages de la Pologne et la lutte pour l'indépendance, 1918, p. 467-494).

Plus intéressante est la même tentative à propos de l'insurrection de 1863. Plusieurs puissances européennes faisaient des remontrances au gouvernement du Tsar, et par des notes presque identiques la Grande-Bretagne, la France et l'Autriche lui soumettaient un programme en six points destiné à calmer l'exas-

ération des Polonais. Au début de cette correspondance, il paraît que seuls les Britanniques aient invoqué les promesses faites à Vienne au peuple polonais ; plus tard d'autres puissances firent des allusions plus ou moins claires au fait que le statut de la Pologne avait été l'objet d'un traité entre huit signataires.

Gortschakoff défendit le point de vue russe, d'abord en prétendant que la révolte de 1830 avait annulé les prérogatives accordées aux Polonais ; plus tard, il qualifia de stérile une controverse sur la signification de l'article, et dans la réponse aux Britanniques en date du 1/14 juillet 1863 se trouve un passage plutôt obscur :

« Mais l'histoire de cette époque n'est pas assez reculée pour qu'on ait perdu la mémoire de la position que la Russie occupait au sortir de la crise européenne terminée par le traité de Vienne.

Dès lors nous ne serions pas éloignés de la vérité si nous affirmions que la rédaction de l'article 1^{er} du traité de Vienne est émanée de l'initiative personnelle de S.M. l'empereur Alexandre I^{er}... ». (Fontes Iuris Gentium Ser. B Sect. 1 Tom. 1 [Répertoire de la Correspondance diplomatique des Etats européens 1856-1871], p. 822-832. La Pologne et la Diplomatie [Recueil des documents officiels, Paris 1863], p. 121, 131, 237, 239, 258, 306, 313 ; 237, 320 ; 326.)

Il est permis de voir dans ce texte une tentative de mettre en doute le caractère obligatoire de l'article discuté ; aussi la note française du 3 août 1863 insiste-t-elle beaucoup pour l'affirmer. (Elle est aussi reproduite en partie dans « Kiss, Répertoire de la pratique française en matière de droit international public », vol. I, n^o 937.)

En tout cas, la question précise n'a plus été résolue.

2. Un autre cas de textes imprécis est celui de la Sainte-Alliance. Au moment du soulèvement des Belges, le Roi des Pays-Bas compta sans doute sur l'appui des autres puissances auquel il crut avoir droit. Au cours des événements il se plaignit plusieurs fois amèrement d'avoir été déçu dans son espoir. (Recueil de pièces diplomatiques relatives aux affaires de la Hollande et de la Belgique en 1830 et 1831, vol. I, La Haye, 1831, p. 49 s., 76, 80, 95 ; vol. II, p. 213 s.)

On ne voit pas très bien, cependant, de quoi il s'agit. Les arrangements territoriaux contenus dans l'Acte du Congrès de Vienne ne sont pas, du point de vue légal, immuables. Le passage de l'art. 1^{er} de la Sainte-Alliance :

« ... ils se prêteront en toute occasion et en tous lieux assistance, aide et secours... »

semble bien garantir les souverains européens contre les révolutions, mais le Roi ne l'invoque pas explicitement. Et Metternich, dans un mémoire pour Orloff en date du 6 octobre 1830 (Mémoires, tome V, p. 55), distingue la garantie des territoires qui repose sur l'acte du Congrès de Vienne de celle des secours réciproques pour le maintien de la tranquillité intérieure. Celle-ci, dit-il, n'a pas été nécessaire parmi les puissances de l'Est puisque la communauté des intérêts suffit. Donc il faut croire que Metternich lui-même ne considérait pas le texte de la Sainte-Alliance comme comportant une garantie analogue aux articles de Vienne.

D'ailleurs, la lutte entre les principes d'intervention et de non-intervention est engagée bien vivement à cette époque, et cela prouve également que la Sainte-Alliance n'a pas eu, ou n'avait plus, la force d'une obligation légale. L'attitude des cinq puissances réunies à Londres, et même celle du Roi et des Etats-Généraux des Pays-Bas, était de se résigner devant le succès du mouvement belge.

3. Lorsque l'Autriche dut céder à la Prusse sa part des droits sur les Duchés enlevés à la Couronne danoise, l'art. 5 du traité de Prague, du 23 août 1866, stipula que des districts du Slesvig pourraient être rétrocédés au Danemark à la demande de la population. Cette clause était insérée sur l'initiative de Napoléon III qui agissait comme médiateur ; elle fut abrogée par une convention austro-allemande du 11 octobre 1878 (Martens N.R.G. Sér. II, vol. 3, p. 529), attendu « qu'elle n'avait pas été exécutée et que S.M. l'Empereur d'Autriche apprécie les difficultés qui s'opposent à la réalisation de son principe ». Les Danois n'ont pourtant pas cessé d'y voir une promesse en leur faveur, et le traité de Versailles (art. 109) a imposé le plébiscite ; mais ceci ne résout pas le problème de la portée juridique de ce texte resté vain en tant que tel.

Dans la discussion et dans la correspondance diplomatique des premières années après 1866 en tout cas, Bismarck affirme son intention d'exécuter l'art. 5. (Le 20 déc. 1866 devant la Diète Prussienne [Werke in Auswahl, vol. 4, p. 68] ; Rapport de Benedetti du 23 févr. 1867 [Kiss Répertoire, vol. I, n° 1070] ; Bismarck dit à deux de ses collègues, le 24 août 1867 [Werke in Auswahl, vol. 4, p. 190], qu'il faudrait commencer à préparer le plébiscite ; le 9 mai 1869 il envisage encore deux modalités pour corriger la frontière [*ibid.*, p. 258].)

Plus tard il invoque la crainte de voir maltraiter les Allemands résidant dans les districts à majorité danoise (ce que nous appelons aujourd'hui le problème de la minorité dans la minorité), et il veut d'abord assurer leur sort. (Bismarck à Gortschakoff, 7 août 1867 [*ibid.*, p. 185 s.] ; Bismarck devant la Diète de la Confédération du Nord, 24 sept. 1867 [Die politischen Reden des Fürsten Bismarck, vol. 3, p. 317].)

En même temps on entend des allusions suspectes à la grande latitude que le texte laisse à la discrétion de la Prusse. (Bismarck, le 20 déc. 1866 devant la Diète Prussienne [Werke in Auswahl, vol. 4, p. 68] ; le 18 mars 1867 devant la Diète de la Confédération du Nord [Die politischen Reden, *loc. cit.*, p. 214 s.] ; le 17 oct. 1868 dans une instruction pour la presse [Werke in Auswahl, vol. 4, p. 261].)

Le développement politique et la nouvelle balance des forces ont relégué la question à l'arrière-plan. Déjà en janvier 1870 les puissances intéressées en étaient arrivées à la consigne qu'« il faut n'en plus parler ». (Les origines diplomatiques de la guerre de 1870-1871, tome XXVI, p. 148 n° 1, 153, 154 n° 1, 176, 242.)

D'ailleurs la question se complique de celle des traités en faveur des tiers, et c'est sous ce titre qu'elle figure dans le répertoire de Kiss (vol. I, n° 1037), comme exemple cité dans le plaidoyer français sur les Zones franches de Gex. Pourtant l'exemple valait d'être rapporté, bien que la mesure de la portée juridique de l'art. 5 n'ait pas été discutée ouvertement.

4. Dans le même traité de Prague, du 23 août 1866, art. 4, l'Autriche reconnaît les plans d'une nouvelle organisation politique de l'Allemagne sans sa participation. On prévoyait l'existence d'une Confédération du Nord et d'une Confédération du Sud, qui établiraient ensuite leurs rapports réciproques en conservant leur existence internationale indépendante. La Confédération du Sud n'a jamais été constituée. Par contre, les quatre Etats sont entrés en divers pourparlers et arrangements avec la Confédération du Nord. Parmi les voisins de l'Allemagne, des inquiétudes se sont manifestées à la perspective de voir s'effacer la ligne du Mein et s'effondrer le *statu quo*. (Fontes Iuris Gentium B I I [Handbuch der diplomatischen Korrespondenz der europäischen Staaten 1856-1871], n° 1884, 2011-2015.)

Napoléon III aurait même dit à Lord Clarendon que l'extension du système prussien au-delà de ce fleuve constituait un cas de guerre, et Lord Augustus Loftus explique à Guillaume I^{er} que le *statu quo* en Allemagne est, dans l'opinion de beaucoup d'Anglais, la condition du maintien de la paix. (Die Auswärtige Politik Preussens 1858-1871, vol. 10, n°s 263 et 268, 4 et 5 déc. 1868.)

Il paraît que les Etats du Sud avaient accédé, dans leur traité de paix avec la Prusse, à l'art. 2 du traité préliminaire (26 juillet 1866, Nikolsburg) reproduit dans l'art. 4 du traité de Prague. Cependant, on ne voit pas qu'on ait essayé d'obliger ces Etats à former leur confédération particulière et à s'abstenir de contacts directs avec la Confédération du Nord. On possède un aveu de Bismarck que, dès le début, il n'aurait pas considéré la séparation comme durable, et qu'il n'aimait pas l'idée d'une Confédération du Sud. (Werke in Auswahl, vol. 4, p. 68, 203, 217, 257.)

Néanmoins, il était prêt à prendre des précautions formelles dans ses pourparlers avec le Grand-Duché de Bade, afin d'éviter des réclamatons autrichiennes (*ibid.*, p. 171), et il affirme qu'en 1866 le Roi de Prusse n'aurait pas pu prendre le titre d'Empereur d'Allemagne, parce que cela aurait été en contradiction avec l'art. 4 (*ibid.*, p. 384). Mais, peu de semaines après, il interprète l'art. 4 dans le sens que les Etats de l'Allemagne du Sud sont absolument libres dans leur politique allemande (*ibid.*, p. 173), interprétation qu'il maintiendra dans la suite (*ibid.*, p. 178, 212 s., 415, 601), et qui, d'après lui, ne l'empêche pas de répondre aux avances éventuelles de ces Etats (*ibid.*, p. 267, 379 s.). S'il hésite assez longtemps avant de forcer la politique de réunion, c'est pour ménager les susceptibilités bavaroises (*ibid.*, p. 402 s., 413 s.).

Cette question également a disparu du tableau par suite des événements politiques. Elle reste intéressante comme paradigme d'un texte qui exprime une intention politique commune, mais duquel on n'a pas déduit des obligations d'agir ou de s'abstenir.

Les cas suivants ont été discutés dans la littérature :

5. (McNair, *The Law of Treaties*, p. 498.) Dans l'art. 59 du Traité de Berlin du 13 juillet 1878, le Tsar déclare son intention d'ériger Batoum en port franc, mais en 1886 ce régime se trouve aboli malgré les protestations du Gouvernement britannique. Le Gouvernement russe se défend en disant que l'article

exprime seulement une intention, mais non pas une obligation, argument qui rappelle et précise celui invoqué en 1863 contre l'art. 1^{er} de l'Acte final de Vienne (« initiative personnelle », cf. *supra* p. 310). Voir Ukase du 23 juin 1886 chez Martens, N.G.R., 2^e série, vol. XIV, p. 169 ; la correspondance avec l'Angleterre dans « British and Foreign State Papers », vol. 77, p. 828-836 ; et les observations de G. Rolin-Jacquemyns dans R.D.I.L.C., vol. 19 (1887), p. 37-49.

La question fut abandonnée en raison de son faible intérêt. Avec Rolin-Jacquemyns on doit cependant reconnaître que c'est à tort que la Russie avait invoqué cet argument (il y avait encore celui de *rebus sic stantibus*).

6. (Lissitzyn, *Treaties and changed circumstances [rebus sic stantibus]*, A.J.I.L., vol. 61, p. 685, 902.) Les Etats-Unis, dans leur législation douanière, avaient autorisé le Président à libérer les importations des pays qui accorderaient des avantages aux importations nord-américaines. Le Président demanda l'assurance de réciprocité au Brésil, et un arrangement commercial comportant des libérations et réductions fut conclu, en 1891, par échange de notes. (*Foreign Relations of the United States*, 1891, p. 43-47.)

En 1894, le Brésil chargea les importations d'une nouvelle redevance, les Etats-Unis modifièrent leur législation, et le Brésil dénonça l'arrangement de 1891. Les Etats-Unis rétorquèrent que l'arrangement avait déjà cessé d'être en vigueur du fait de la nouvelle loi qui avait aboli tous les textes contraires, et que l'arrangement n'était pas un traité obligatoire pour les Etats-Unis (*ibid.*, 1894, p. 77-83).

7. (Lissitzyn, *loc. cit.*, p. 903 ; Hackworth, *Digest of International Law*, 1943, vol. 5, p. 429.) Une nouvelle modification de la loi douanière survint en 1909 avec la nuance que les Etats-Unis étaient disposés à respecter les délais de dénonciation prévus dans leurs arrangements commerciaux. Les Etats en cause ne protestèrent point (*Foreign Relations of the United States*, 1909, p. 46, 270, 288, 389, 444, 509, 549, 554), sauf la France qui se prévalut du fait que son arrangement ne contenait aucune clause de durée (*ibid.*, p. 248-254). Elle se vit opposer les mêmes observations que le Brésil quinze ans auparavant (voir notamment p. 251) et finit par s'incliner.

En évaluant aujourd'hui ces deux cas, on doit écarter l'argument tiré du droit constitutionnel des Etats-Unis. Il est admis que les « *executive agreements* » des Présidents peuvent être des obligations internationales au même titre que les traités ratifiés par le Sénat. De même, on ne saurait guère suivre Lissitzyn pour qui le changement de la législation douanière abolit la légitimation du Président et met à néant les arrangements commerciaux conclus par lui, sa légitimation par la loi douanière étant la « *res sic stans* » fondamentale. On aurait alors dû énoncer clairement, du moins dans les pourparlers, leur dépendance de la législation du moment.

Quoi qu'il en soit, il reste intéressant de noter que les Américains ont invoqué avec succès la théorie selon laquelle il existe des textes internationaux sans effet d'obligation.

8. (Kiss, *loc. cit.*, vol. 1, n° 124.) La Grande-Bretagne, la France et l'Espagne

décidèrent, en 1907, de fortifier par un acte diplomatique le *statu quo* territorial dans la Méditerranée et en Afrique du Nord. Un projet de texte élaboré par l'Ambassadeur français à Madrid obligeait les Parties contractantes à ne pas abandonner des territoires dans la région et à se consulter lorsque le *statu quo* serait mis en question. Dans son rapport, que Kiss reproduit, l'ambassadeur dit que cet arrangement ne serait pas un traité.

Les échanges de notes du 16 mai 1907 qui réalisent ce projet ne formulent pas d'obligations précises, ils se donnent comme déclarations, les Anglais parlant même de « *declaration of policy* », constatant que la politique générale des Parties est de maintenir leurs possessions. (Martens, N.R.G. Sér. 2, vol. 35, p. 692 et Sér. 3, vol. 1, p. 3.)

Il paraît que voici l'intention délibérée de qualifier les textes de dépourvus de portée juridique. Il faudrait demander aux confrères plus avertis si ces textes ont joué un rôle au moment où on a commencé à parler de décolonisation. Sinon, cela pourrait être une preuve supplémentaire de ce qui vient d'être dit.

On aurait pu croire que le problème qui nous occupe allait être élucidé par l'application de l'art. 18 du Pacte de la Société des Nations. Cet article exige l'enregistrement et la publication par le Secrétariat de « tout traité ou engagement international » (« every treaty or international engagement »), et la question se pose de savoir quelle en est la définition.

Les commentateurs ne relatent pas d'explications qui auraient été données pendant l'élaboration du Pacte et, cependant, en 1920 et en 1921, il y a eu ce qu'on pourrait nommer une interprétation authentique.

Le Secrétaire Général de la S.d.N., dans un mémorandum présenté au Conseil sur les mesures qu'il entendait prendre pour l'application de l'art. 18, parle de « tout acte par lequel les Nations ou leurs Gouvernements se proposent de constituer des obligations légales entre elles-mêmes et un autre Etat... » (« intend to establish legal obligations »). (S.d.N. Journal Officiel 1920, n° 4, p. 154, reproduit dans Yepes et da Silva, Commentaire théorique et pratique du Pacte de la S.d.N., tome III, 1939, p. 4 ss.)

Pendant les tentatives d'exempter certaines catégories d'accords de cette obligation, une Commission de juristes, une Sous-Commission et la Première Commission de l'Assemblée ont, en passant, donné une version différente de la définition : « c'est-à-dire tous les actes conventionnels qui font naître des obligations juridiques internationales », « that is to say all agreements which involve international legal obligations ». (S.d.N. Actes de l'Assemblée 1921, Commissions I p. 167 s., Séances plénières p. 700.)

La conclusion de la Première Commission dit encore mieux au point 1° I : « tous les actes conventionnels qui sont la source d'obligations juridiques internationales », « all treaties which create international legal obligations » (*loc. cit.*, Séances plénières, p. 704).

Après 1921, la discussion n'a pas été poursuivie, et la définition des traités et engagements en est restée là. Il est cependant intéressant de noter que le mémorandum faisait état de l'intention des parties de constituer des obligations légales, tandis que les Commissions ont pris l'effet pour critère.

Sans doute la dernière formule est préférable à celle de l'art. 2 de la

Convention de 1969, mais au sein de la S.d.N. on n'a pas non plus expliqué quand et pourquoi un acte conventionnel crée ou devient source d'obligations légales.

Disons de suite que les travaux préparatoires de l'art. 102 de la Charte des Nations Unies et le règlement du Secrétaire Général pour son exécution sont encore moins instructifs. (UNTS vol. 1 p. XX-XXVIII, Brandon, A.J.I.L. vol. 47 (1953) p. 49 s.; Repertory of Practice of United Nations Organs 1955, vol. V, art. 102 § 19 s., 25 s., 29, 31.)

On a discuté beaucoup de points, sauf celui qui nous intéresse ici, et il ne semble pas que dans la suite la pratique ait contribué à l'élucider. Les notes du Secrétariat qui accompagnent les « *Statement of Treaties and International Agreements* » depuis novembre 1955 et la UNTS depuis le volume 212, disent expressément que la notion de traité n'a pas été définie, et que la publication dans ces recueils ne modifierait pas le caractère d'un texte.

10. Les relations du Japon avec les Etats-Unis ont donné naissance à plusieurs textes de portée juridique contestée. Certaines tensions et rivalités menaçaient leur bonne entente, ce qui amenait les deux gouvernements à affirmer une politique pacifique, notamment une politique commune de maintien de la souveraineté de la Chine et de porte ouverte. Il y eut un échange de notes dans ce sens, du 30 nov. 1908 : (Martens, N.R.G. série 3, vol. 2, p. 32; Foreign Relations of the United States 1908, p. 510) auquel P.J. Treat (Japan and the United States 1853-1921, 1928, p. 200) et S.E. Baldwin, professeur à Yale (Zeitschrift für Völkerrecht, vol. 3 [1909], p. 456 ss.), refusent la qualité de traité. Il est vrai que tous deux font état principalement de l'absence du consentement du Sénat, donc de l'argument constitutionnel dont la valeur, aujourd'hui, est limitée. A l'époque, cette manière de voir était très répandue; de nos jours, nous mettrions l'accent sur le contenu vague et très général et sur le caractère de définition de politique.

11. Neuf ans plus tard, après de nouveaux troubles en Chine et après l'entrée des Etats-Unis dans la guerre mondiale, un autre texte fut établi, le 2 nov. 1917, dans l'échange de notes Lansing-Ishii (Foreign Relations cit. 1917, p. 264 s.; Martens, N.R.G. série 3, vol. 10, p. 383).

Son trait caractéristique était une allusion aux relations spéciales que le Japon, à cause de son voisinage, aurait avec la Chine, et qu'il croyait être reconnues par les Etats-Unis dans cet accord. Treat (*loc. cit.*, p. 232 s.) ne considère pas non plus cet accord comme un traité et lorsque le traité à neuf — (« Traité pour adopter une politique conforme dans les affaires de la Chine » du 6 février 1922) — (Martens, N.R.G. série 3, vol. 14, p. 323) fut conclu à Washington, le Président Harding démentit avec force que l'accord Lansing-Ishii eût la qualité d'un traité (Foreign Relations cit. 1922, vol. II, p. 591, 593).

Il y eut un épilogue à cet accord. Le Japon aurait bien voulu le maintenir, étant donné qu'il était parfaitement compatible avec le nouveau traité. Le Secrétaire d'Etat américain s'y opposa et demanda finalement que l'accord Lansing-Ishii soit rendu public et déposé, conformément à une résolution de la Conférence de Washington (*ibid.* 1922, vol. I, p. 355), au secrétariat de la

Conférence avec un protocole, daté du même 2 nov. 1917, et dans lequel les deux gouvernements convenaient de ne pas rechercher des avantages particuliers en Chine, mais s'abstenaient d'insérer ce principe dans l'échange de notes (*ibid.*, vol. II, p. 595). Il paraît que cette perspective effrayait les Japonais ; sept mois plus tard, ils consentirent à laisser tomber l'accord Lansing-Ishii, non sans soulever la question désormais théorique de savoir si la clause additionnelle secrète était réellement « un traité, une convention, un échange de notes ou un autre accord international » qui aurait dû être communiqué à la Conférence (*ibid.*, p. 597).

12. Entre ces deux pays existait aussi un accord secret qui officiellement s'appelait « *Gentlemen's Agreement* ». C'était l'assurance du Gouvernement japonais qu'il ne laisserait pas émigrer vers les Etats-Unis et leurs possessions certaines catégories d'ouvriers (*loc. cit.* 1921, vol. II, p. 329-336 ; ses travaux préparatoires ont été publiés *loc. cit.* 1924, vol. II, p. 339-369 ; un abrégé de son histoire et le texte complet se trouvent *ibid.*, p. 369-373).

Cette promesse, donnée en 1908, dispensait les Américains d'introduire dans leurs lois d'immigration des clauses discriminatoires dont la formulation aurait offensé le Japon. On dit que ce *gentlemen's agreement* a bien fonctionné dans le sens dans lequel il avait été conçu (Treat, *loc. cit.*, p. 207, 277-279), mais un jugement différent en est donné dans un rapport de l'ambassadeur américain à Tokyo en 1921 (Foreign Relations cit. 1921, vol. II, p. 335).

Lorsque les Etats-Unis procédèrent en 1924, à une révision de leur législation en vue de limiter l'immigration japonaise, les Japonais le prirent de très mauvaise part, mais la correspondance diplomatique ne montre pas qu'ils aient insisté sur des droits. Le mémoire japonais du 31 mai 1924 dit qu'il est désormais impossible de remplir les assurances données dans le *Gentlemen's Agreement*, et le Secrétaire d'Etat Hughes ne put que confirmer que cet arrangement, qu'il qualifie d'ailleurs d'unilatéral, a pris fin (*loc. cit.* 1924, vol. II, p. 398 (401), 401 s., 403 (408). Sur l'affaire encore, Treat, *loc. cit.*, p. 294 ; Hackworth Digest vol. III, p. 755 ss., vol. V, p. 344).

13. La Charte Atlantique, du 14 août 1941, acceptée par plusieurs Gouvernements et confirmée dans la Déclaration des Nations Unies du 1^{er} janv. 1942 (LNTS 204, p. 384), comportait un certain nombre de principes convenus pour le règlement d'après-guerre. On n'a qu'à citer les deux premiers (renonciation à l'agrandissement territorial, interdiction de changements territoriaux sans le libre consentement des populations) pour voir que ce texte n'avait pas de portée juridique, tant de signataires n'en tenant aucun compte dans les traités de paix subséquents.

14. Les cinq principes (*pancha shila*), parmi lesquels l'intégrité territoriale et la non-agression, sont énumérés dans le préambule d'une convention entre la Chine et l'Inde sur le commerce au Tibet, du 29 avril 1954 (UNTS 299, p. 70). Malgré cette forme quelque peu apocryphe, on en a fait grand cas à l'époque, comme s'il s'agissait du fondement d'une ère de paix durable en Asie. La guerre entre ces deux pays a néanmoins éclaté, et les relations diplomatiques ont été

rompues pendant longtemps. Pourtant ce n'est pas cela qui appelle l'attention sur ce texte, mais bien le fait qu'apparemment il n'y a pas eu de discussion sérieuse sur les droits et les torts des parties, ce qui permet de conclure que le *pancha shila* n'a pas de portée juridique. Les remarques dans la doctrine se bornent à relever le peu de valeur politique du texte (Sh. Prasad Varma, *Struggle for the Himalayas*, 2^e éd., 1971, p. 30 ; P.C. Chakravarti, *India-China Relations*, 1961, p. 59 ; van Eekelen, *Indian Foreign Policy and the Border Dispute with China*, 1964, p. 38).

On s'abstiendra de discuter d'autres textes, établis pendant la dernière guerre et immédiatement après, bien que la doctrine ait émis des doutes sur leur portée juridique. Les cas qui viennent d'être cités suffisent pour démontrer que la pratique des Etats connaît en effet des accords non obligatoires. Il faut dès lors voir s'il s'agit seulement de mauvaises habitudes et de prétextes, ou bien si le phénomène appartient au bon ordre international et a été reconnu par l'ordre légal.

On observera, à cet égard, que les cas évoqués ne mettaient pas en présence des partenaires inégaux, et que le Japon, notamment, n'était pas dans une situation d'infériorité vis-à-vis des Etats-Unis. D'ailleurs il a lui-même invoqué l'argument à propos de la clause additionnelle à l'accord Lansing-Ishii (*supra* p. 316, dernier alinéa).

IV

Etant donné que le caractère non obligatoire des textes est souvent reconnu par les intéressés, on ne saurait s'attendre à trouver en la matière une jurisprudence très riche. Un premier tour d'horizon a permis de rassembler les cas suivants :

1. La Cour permanente de Justice internationale avait à dire si l'art 23 *lit. e*) du Pacte de la Société des Nations obligeait la Lithuanie à remettre en exploitation la ligne de chemin de fer entre Landwarów et Kaisiadoris. D'après cette clause, les membres de la S.d.N. « prendront les dispositions nécessaires pour assurer la garantie et le maintien de la liberté des communications et du transit... », et une commission technique consultative avait conclu que, pour rétablir le trafic normal, la ligne en question devait être rouverte.

Cependant, la Cour unanime constata que la Lithuanie n'avait pas d'obligation concrète. La « prescription d'ordre général » ne suffit pas, d'autant plus que l'art. 23 du Pacte débute par les mots : « Sous la réserve, et en conformité des dispositions des conventions internationales... » et renvoie donc à celles-ci (C.P.J.I. série A/B 42, en particulier p. 119).

2. Kiss, dans son Répertoire, vol. I n^{os} 108 à 115, cite plusieurs jugements français relatifs à l'arrangement du 30 juin 1928 sur la situation des réfugiés russes et arméniens (LNTS 89, p. 53). Entre autres choses, les signataires recommandaient d'accorder à ces réfugiés l'assistance judiciaire et de les dispenser de la *cautio judicatum solvi*. En France, cet arrangement avait même été publié au Journal Officiel. Malgré cela, une partie des tribunaux refusèrent

de l'appliquer, parce qu'il ne contenait que des recommandations et qu'aucun Etat n'avait assumé des obligations. Les tribunaux ne disposaient donc d'aucun texte qui aurait pu modifier les lois existantes sur la matière.

3. Au Canada, la Supreme Court s'est prononcée sur un système de réciprocité pour la poursuite des obligations alimentaires. La province d'Ontario avait promulgué le *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act* (c. 334 R.S.O. 1950). Un justiciable, poursuivi par sa femme et ses enfants, qu'il avait délaissés à Londres, fit valoir que la province n'avait pas la compétence de conclure des traités avec l'étranger en ces matières. Les juges rejetèrent cet argument parce que l'arrangement qui était à la base de l'Act n'était pas une convention obligeant les Etats et provinces, mais qu'il s'agissait simplement de législations particulières concertées (*Attorney General for Ontario v. Scott*, 1956, SCR 137, 140, 147, 153 s.). Il paraît que la majorité admettait l'existence d'une entente, mais aussi Locke J. ne dit pas le contraire lorsqu'il ne trouve pas la preuve d'un « *agreement* » qui aurait été un instrument obligatoire pour la province.

4. La Charte des Nations Unies avait prévu que le régime de tutelle allait s'appliquer aux territoires actuellement sous mandat (art. 77, al. 1^{er} lit. a). La Cour internationale de Justice en confrontant ce passage à l'alinéa 2 du même article et aux articles 79 et 80, a trouvé qu'elle « ne saurait toutefois déduire de ces considérations générales une obligation juridique, pour les Etats mandataires, de conclure ou de négocier de tels accords. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur les devoirs politiques ou moraux que ces considérations peuvent entraîner » (*Avis consultatif sur le Statut international du Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1950, p. 140 (par huit voix contre six voix, l'opinion de la minorité sur ce point s'exprimant essentiellement dans celle de Charles De Visscher, *loc. cit.*, p. 186 ss.)).

5. Les Alliés publièrent, le 5 janv. 1943, une déclaration annonçant qu'ils ne toléreront pas les spoliations commises par les occupants et qu'ils se réservent de les annuler. Cette déclaration a été invoquée devant plusieurs tribunaux.

La Cour d'appel de Singapore, dans *N.V. de Bataafsche Petroleum Mij.a.o. v. The War Damage Commission*, écartait les arguments tirés de cet acte qu'elle qualifiait, en suivant l'explication donnée par le Gouvernement britannique, de « *declaration of present intention to do something in the future* », et de « *general statement of attitude* » (I.L.R. 1956, p. 810, 826 s., 848; *Malayan Law Journal* 22 [1956], p. 155, 165, 176).

Ces termes sont empruntés à une note explicative accompagnant la Déclaration où il est dit :

« ... 3. The Declaration is in the form of a general statement of the attitude of the participating Governments...

4. ... It is obviously impossible for a general declaration to define exactly the action which will require to be taken...

5. ... The Declaration marks, however, the solidarity in this important matter of all the participating Governments ..., and this means that they are mutually pledged to assist one another as may be required... » (Cmd. 6418, Miscellaneous N° 1 (1943) ; Tractatenblad 1951 n° 39).

Par contre, la Cour de Cassation française (20 nov. 1956, I.L.R. 1956, p. 758) appliqua la Déclaration, mais on constate, surtout en consultant le Répertoire de Kiss (vol. I, n° 45, 46, 1165 ; vol. VI, n° 359, 360), que celle-ci avait été formellement introduite dans le droit français et rendue exécutoire par différentes ordonnances donnant des détails. On ne manque pourtant pas d'être impressionné par la vigueur avec laquelle par exemple la Cour de Paris (*loc. cit.* vol. I, n° 1165) attribue à la Déclaration comme telle la force d'un traité diplomatique comportant des engagements pris au nom de la France.

Le Tribunal Militaire américain n° VI, à Nuremberg, dans l'affaire du *Trust Chimique Farben*, n'en a pas tenu compte : « ... the Inter-Allied Declaration does not constitute law... » (Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, vol. VIII, p. 1134).

En Allemagne la Déclaration figure au Supplément du Journal Officiel du Conseil de Contrôle (p. 3), mais on ne voit pas qu'elle ait eu force de loi de par elle-même ; toute la restitution sera réglée par une législation abondante et différenciée dans chacune des zones d'occupation, et, finalement, par la législation allemande.

Dans les traités de paix de 1947, à l'exception de celui avec la Finlande, les vaincus ont accepté la Déclaration qui a été amplifiée par plusieurs stipulations.

On s'abstiendra de discuter ici du G.A.T.T. ou de la Charte Sociale Européenne. Il s'est agi plutôt de savoir si ces textes créent des droits dans le chef des individus, donc de leur caractère « *self-executing* ». Il paraît que pour simplifier le raisonnement, les tribunaux ont traité cette question en premier lieu, et alors la réponse négative ne préjuge pas celle sur la portée juridique *in toto*.

V

La doctrine est divisée sur notre question de la même manière que les membres de la Commission du Droit international et les délégués à la Conférence de Vienne. Une partie ne voit pas le problème ou ne le croit pas assez important pour le mentionner, l'autre partie le signale. Rares sont ceux qui en entreprennent une discussion approfondie ou qui l'éliminent en affirmant que tout accord international est obligatoire en droit.

Sous bénéfice d'inventaire, voici le résultat d'une recherche sommaire :

Sans mention : *van Bogaert* 1973, *Brierly* 6^e éd. 1963, *Colliard* 3^e éd. 1966, *Delbez* 3^e éd. 1964, *Fauchille-Bonfils* 1926, *Fenwick* 4^e éd. 1965, *Guggenheim* 1948 et 1953, *Kelsen-Tucker* 1966, *Quadri* 5^e éd. 1968, *Scelle* 1944, *Sibert* 1951, *Verzijl* vol. VI 1973 (si l'on néglige une allusion à l'affaire de Batoum p. 109).

Allusions aux accords sans portée juridique :

S. *Bastid*, Cours de droit international approfondi, 1959, p. 182 s.; *Berber*, *Völkerrecht*, 2^e éd., vol. 1, 1975, p. 441; *Dahm*, *Völkerrecht*, vol. 3, 1961, p. 7; *H. Lauterpacht*, à deux endroits en dehors du lieu systématique où l'on cherche le sujet : Recueil des Cours, vol. 62 (1937), p. 177 s. et 312 s., repris dans *International Law* 1970, 252 s. et 362; *Monaco*, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2^e éd., 1971, p. 96 n° 39 al. 2; *O'Connell*, *International Law*, 1965, p. 222 s.; *Oppenheim-Lauterpacht*, *International Law*, 8^e éd., 1955, vol. 1, p. 873, 899 s.; *Ch. Rousseau*, *Droit international public*, 1970 I, p. 63, 72; *Schwarzenberger*, *Manual of Int. Law*, 5^e éd. 1967, p. 151; *Sereni*, *Diritto internazionale*, vol. III, 1962, p. 1382; *Vellas*, *Droit international public*, 1967, p. 101; *Wengler*, *Völkerrecht*, 1964, p. 238 s., 243, 835 s. (et voir ci-dessous); *Restatement of the Law, Second*, *Foreign Relations of the United States*, 1965, § 115 f, g.

On peut y ajouter :

Le Fur, *Précis de droit international public*, 3^e éd., 1937, § 396, à cause de sa définition du traité qui vise expressément la portée juridique; *Verdross*, *Völkerrecht*, 5^e éd., 1964, p. 169, lorsqu'il met en question la validité d'un traité trop vague.

Littérature spécialisée admettant des accords sans portée juridique :

L. Bittener, *Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden*, 1924, p. 63 n° 236, p. 90 n° 337, p. 314; *U. Bayerlin*, *Pactum de contrahendo und pactum de negotiando im Völkerrecht?* *Zeitschrift für ausländisches, öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36, pp. 407-413; *O. Hoijer*, *Les traités internationaux*, 1928, p. 247; *H. Kraus*, *Système et fonctions des traités internationaux*, Recueil des Cours, vol. 50, p. 329 ss.; *A. McNair*, *Law of Treaties*, 1961, p. 6; *E. Satow*, *A Guide to Diplomatic Practice*, 4^e éd. 1957, p. 324 s., 335 s.; *E. Serra*, *Istituzioni di storia dei trattati e politica internazionale*, 1970, p. 25.

Articles et remarques sur des cas particuliers dans le même sens :

Brandon, *A.J.I.L.*, vol. 47 (1953), p. 52 n° 10; *Briggs*, *A.J.I.L.*, vol. 40 (1946), p. 376 et vol. 49 (1955), p. 153; *M.E. Cousin*, *Etudes internationales*, vol. 5 (1974), p. 335 ss.; *Colliard*, *A.F.D.I.*, vol. 1 (1955), p. 71; *D.J. Devine*, *South African Law Journal*, vol. 86 (1969), p. 439 s.; *D.H.N. Johnson*, *British Yearbook of International Law*, vol. 35 (1959), p. 4; *H. Lauterpacht*, *International and Comparative Law Quart.*, vol. 8 (1959), p. 186; *E. Menzel*, *Völkerrecht* (1962), p. 181; *D.P. Myers*, *A.J.I.L.*, vol. 51 (1957), p. 605 n° 145; *O'Connell*, *British Yearbook of International Law*, vol. 29 (1952), p. 424 et *A.J.I.L.*, vol. 50 (1956), p. 407, 413; *S.C.Y. Pan*, *A.J.I.L.*, vol. 46 (1952), p. 40 s.; *R. Pinto*, *Journal du droit international*, vol. 89 (1959), p. 316, 322; *E. Ustor*, Recueil des Cours, vol. 134 (1971 III), pp. 221-230; *M. Virally*, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim (1968), p. 534, 549; *Ruth B. Russell*, *A History of the United Nations Charter*, 1958, p. 39 s.; *Harold S. Russell*, *A.J.I.L.*, vol. 70 (1976), p. 246 ss.; *D. Schröder*, *A.J.I.L.*, vol. 70 (1976), p. 322.

Le thème a été traité *ex professo* par :

Wengler, Die Abgrenzung zwischen völkerrechtlichen und nichtvölkerrechtlichen Normen im internationalen Verkehr. In : *Legal Essays, a Tribute to Frede Castberg*, 1963, p. 332-352, et *Rechtsvertrag Konsensus und Absichtserklärung im Völkerrecht*. In : *Juristenzeitung*, 1976, p. 193-197 ; *F. Münch*, Unverbindliche Abmachungen im zwischenstaatlichen Bereich. In : *Mélanges Andrassy*, 1968, p. 214-224, et *Non-binding Agreements*. In : *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), p. 1-11 ; *M. Rotter*, Völkerrechtlicher Vertrag und ausserrechtliche Abmachung. In : *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, 1971, p. 413-434 ; *Veicopoulos*, Accords internationaux conclus en forme simplifiée et *gentlemen's agreements*. In : *Revue Sottile*, vol. 27 (1949), p. 162-174. Des développements succincts se trouvent chez O'Connell et Wengler aux endroits indiqués ci-dessus p. 321.

Il faut enfin nommer comme auteurs qui rejettent explicitement l'idée d'accords sans portée juridique :

Hungdah Chiu, *The People's Republic of China and the Law of Treaties*, 1972, p. 16-21, lorsqu'il relate l'opinion des deux gouvernements chinois sur l'accord du Caire ; *P. Reuter*, Introduction au droit des traités, 1972, p. 44 ; *R. Sonnenfeld*, « *Gentleman's agreement* » a umowy międzynarodowe. In : *Sprawy Międzynarodowe*, vol. 11 (1958), n° 12 p. 44.

On est donc en droit de dire qu'une partie des internationalistes admet l'existence de textes sans portée juridique.

VI

L'Institut s'est occupé, entre 1883 et 1892, d'un projet d'Union internationale pour la publication des traités. L'objet du recueil devait être principalement la publication de « tous traités, conventions, déclarations ou autres actes internationaux ayant force obligatoire pour les Etats... » (Art. V, al. 1^{er}, de l'avant-projet de M. de Martens, *Annuaire I.D.I.*, Ed. nouv. abrégée vol. III, p. 171, et de la Résolution de 1892, Genève, *ibid.* p. 229 ; Tableau général des Résolutions [1873-1956], p. 135).

Cependant, on ne constate pas que les mots « ayant force obligatoire pour les Etats » aient été expliqués par le rapporteur ou discutés, soit en commission, soit en séance plénière.

Les travaux de l'Institut sur l'Interprétation des Traités, de 1950 à 1956, ne jettent pas davantage de lumière sur le problème (*Annuaire I.D.I.*, vol. 43, I, p. 366 ss. ; vol. 44, I, p. 197 ss., II, p. 359 ss. ; vol. 45, I, p. 225 ss. ; vol. 46, p. 317 ss., 358 s.).

Le rapporteur, Sir Hersch Lauterpacht, présuppose sans autre que le traité a une portée juridique, et il exprime cette idée avec une certaine force : « Tant les traités-lois que les autres traités énoncent des règles de droit, c'est-à-dire des règles de conduite juridiquement obligatoires pour les parties ». Et plus loin il dit : « Une fois qu'un instrument a pris la forme d'un traité dûment signé et ratifié, la bonne foi exige qu'on ne le prenne pas comme une déclai-

ration de principe, simple et incolore » (vol. 43, I, p. 374 et 421). Pourtant, comme dans son Cours à La Haye (voir ci-dessus p. 321), il signale l'éventualité qu'un traité « consigne en fait l'absence d'une telle intention commune » (*ibid.*, p. 372 s.) ou que les parties « entendaient émettre une déclaration politique ne les engageant pas » (p. 415).

Les confrères n'ont pas approfondi ces remarques ; seul Herbert Kraus semble avoir touché le point qui nous intéresse lorsqu'il écrit dans ses observations sur le rapport : « ... la recherche de l'intention des parties est d'une importance spéciale pour la solution de la question préalable de savoir si réellement un traité a été conclu » (*ibid.*, p. 446). Mais la discussion n'est pas revenue sur cette question.

A la session de Salzbourg, en 1961, sur le thème « Modification et terminaison des traités collectifs », ni Emile Giraud, rapporteur, ni les confrères n'ont fait allusion à la différence entre textes établissant des rapports en droit et textes sans portée juridique. En effet, l'objet des travaux semble présupposer qu'on se limite à la première catégorie (vol. 49, I, p. 27 et 17 ; voir aussi p. 19). Lorsqu'il mentionne, d'une part, les conventions générales politiques, celles juridiques, économiques et sociales, d'autre part, il est manifeste qu'il les distingue uniquement selon leur objet, et non selon leur force obligatoire (*ibid.*, p. 15, p. 154 question I 2, l'analyse des questions p. 160 ss. et leur résumé p. 223). Parmi les observations adressées au rapporteur on peut mentionner celles de MM. Morelli, Perassi, Henri Rolin qui refusent de voir dans les conventions dites « politiques » des textes de moindre force obligatoire (*ibid.*, p. 265, 267, 271). Voir encore les remarques du rapporteur vol. 50, II, p. 271 et 297, où ces conventions « politiques » sont obligatoires en droit).

Dans les discussions qui ont suivi, le soussigné a fait allusion aux traités ou déclarations politiques dans un autre sens, savoir des textes sans caractère juridique (vol. 52, II, p. 385). Cependant le point n'a pas été relevé par la suite.

En résumé, on peut dire que l'Institut, dans ses discussions, a effleuré quelquefois la question des accords sans portée juridique, mais qu'il n'a pas eu à se prononcer d'office, et que les opinions des confrères n'ont pas été fixées.

VII

Le traitement que le problème a reçu jusqu'à présent paraît insuffisant.

Dire que certains textes ne sont pas garantis, que leur violation n'entraîne pas de sanction et que le partenaire lésé ne peut ni en appeler à un tribunal ni se faire droit par la lésion d'une position légale de son adversaire, c'est expliquer ce que signifie un « texte sans portée juridique ». Mais on n'en sait pas davantage sur les causes qui déterminent la présence ou l'absence de la portée juridique.

Recourir à des distinctions de droit constitutionnel, comme le font surtout les auteurs américains qui ont nié le caractère obligatoire (au moins au-delà de la période d'office du Président) des « *executive agreements* », c'est négliger le droit reproduit aux art. 27 et 46 de la Convention de Vienne qui, en principe, ne tiennent pas compte du droit interne. Il peut arriver que des lacunes dans

la compétence de l'organe concluant un accord soient prises en considération par les parties et qu'elles affectent alors la portée juridique du texte, mais c'est toujours un point à prouver ; l'essentiel reste l'accord des deux parties pour considérer le texte en question comme dépourvu de la force obligatoire qui s'attache normalement à un traité.

Renvoyer simplement à l'intention des parties, c'est poser la question en d'autres termes. Il est un principe généralement admis qu'une obligation conventionnelle naît du consentement des parties ; mais il s'agit de savoir si un texte convenu prouve par lui-même l'intention commune de lui attribuer une portée juridique. Les exceptions trouvées dans l'histoire diplomatique, sanctionnées par nombre d'auteurs et dans la jurisprudence, suscitent des doutes légitimes.

Le degré de précision des promesses fixées dans un texte est certainement un critère utile et des précédents le démontrent. Cependant il n'est pas le seul, et surtout il laisse ouverte la question de savoir si un pareil texte engendre des obligations légales réduites à l'instar des *pacta de negotiando* et de *contrahendo*. Les accords culturels surtout contiennent beaucoup de clauses qui ne se prêtent pas à une application rigide, et qui néanmoins ne sont pas pareilles aux déclarations vaines de propagande politique qui constituent une autre catégorie de textes sans portée juridique. Il y a donc ici le besoin d'une analyse plus détaillée.

En définitive, je considère le sujet de cet exposé comme digne d'une étude approfondie et comme apte à être discuté au sein de l'Institut. A différentes occasions, des confrères ont recommandé la prudence en choisissant des thèmes pour nos travaux ; ainsi M. Ruegger nous a conseillé — et précisément à propos du droit des traités — « de ne pas partir à la recherche des restes » (Ann. vol. 52, II, p. 342). D'autre part, et également en parlant du droit des traités, Sir Eric Beckett nous avait invité à contribuer au développement du droit (Ann. vol. 43, I, p. 437).

Je pense qu'avec les textes sans portée juridique il ne s'agit pas de restes, mais d'une lacune laissée consciemment par la codification officielle aux efforts de la doctrine.

VIII

Si j'ai bien compris, cet exposé ne doit pas être un rapport au sens technique de notre discipline de travail, et c'est pourquoi j'ai voulu me borner à esquisser le *status causae et controversiae* de la question. Cependant on me permettra, je l'espère, de terminer par quelques suggestions quant à la marche d'une étude approfondie qu'éventuellement l'Institut voudrait confier à un rapporteur attiré et à une commission.

1. En principe, l'obligation contractuelle exige l'intention commune des parties de se lier en droit. Cette intention est présumée lorsque les parties ont établi un texte formulé comme un traité (au sens très large sans distinction du nom que les parties lui ont donné — conformément à l'art. 2 al. 1^{er} a) de la Convention de Vienne). Il est inadmissible qu'une partie prétende après coup ne pas avoir eu l'intention de s'obliger en droit. Il faut donc que le texte en

question puisse être objectivement classifié comme dépourvu de portée juridique.

Une première catégorie de textes dépourvus de portée juridique est donc constituée par ceux que les parties ont déclarés tels.

a) Exemple typique : recommandation ou vœu incorporé dans un acte final d'une conférence après la convention qui y aurait été élaborée. Le contraste de forme signale suffisamment la différence de valeur. On pourrait ranger ici les textes qui, d'un commun accord, ont été désignés « *gentlemen's agreements* » — ci-dessus III 12 le règlement japonais de l'émigration vers les Etats-Unis — ou de « déclarations » dans une terminologie plus ancienne.

b) Autre exemple ci-dessus IV 5 : la Déclaration de Londres du 5 janv. 1943, à cause de la note explicative et notamment de son point 4. Si en France elle a été appliquée comme une règle de droit, c'est à cause de la législation complémentaire.

c) Exemples où la preuve sera fournie par l'interprétation du contexte : ci-dessus IV 1, l'art. 23 *lit. e*) du Pacte de la S.d.N., et IV 4, la transformation des mandats en territoires sous tutelle.

Ces cas préparent la transition vers deux autres catégories de textes qu'il faut analyser.

2. On connaît des textes à portée juridique restreinte.

a) Ce sont surtout les *pacta de negotiando, de contrahendo, de compromittendo*. Le but proposé est indiqué avec plus ou moins de précision, mais il n'est pas encore réalisé par des dispositions efficaces. Celles-ci doivent être prises plus tard et comporter les détails nécessaires ; entre temps les textes obligent les parties seulement à des négociations de bonne foi.

b) Il y a lieu d'y ajouter des textes promettant une collaboration administrative, comme on les trouve surtout dans les conventions culturelles. Marie-Elise Cousin (Quelques aspects formels des conventions de coopération entre pays francophones, in : *Etudes internationales*, vol. 5, 1974) nous présente (p. 335 s.) plusieurs formules pour caractériser les comportements prévus dans les conventions de ce genre.

3. Cela nous mène aux engagements purement politiques qui ne décrivent pas la conduite que les partenaires doivent observer et qui ne permettent donc pas de juger les torts d'une partie dans une discussion légale. Ce sont surtout *Wengler* (*Völkerrecht*, 1964, p. 238 s.) et *O'Connell* (*International Law*, 1965, p. 222 s.) qui ont attiré l'attention sur cette catégorie.

Remarquons que cette catégorie n'est pas fondée sur le critère de l'intention des parties. Les parties peuvent avoir été très sérieuses, au moment de conclure, quant aux buts qu'elles voulaient atteindre. Ce sera le juriste qui leur dira après coup que les formules employées étaient insuffisantes pour engendrer des obligations concrètes, et qu'il leur reste seulement à blâmer les mauvais amis qui ne veulent plus marcher dans la voie commune.

a) On pourrait ranger dans cette catégorie les descriptions d'une politique commune — ci-dessus III 1 (le sort de la nation polonaise), III 2 (la Sainte-

Alliance), III 4 (les deux Allemagnes), III 10 et 11 (la situation de la Chine), tandis que le cas III 5 (Batoum) est sans doute un abus et le cas III 3 (Slesvig septentrional) tourne sur le problème des pactes en faveur des tiers.

b) Un autre groupe de textes serait formé par les accords sur les règlements d'après-guerre qui ne peuvent pas avoir d'effet légal intrinsèque à cause de la collaboration nécessaire de l'adversaire dans l'établissement de la paix.

c) Enfin il faudrait classer ici les textes à caractère essentiel de propagande, comme la Charte Atlantique (III 13) et le *Pancha shila* (III 14).

4. Des textes sans portée juridique en droit international peuvent résulter de la connaissance, par les contractants, des obstacles légaux s'opposant à la formation d'un lien de droit. Tandis que, dans les cas III 6 et 7 ci-dessus, (arrangements commerciaux des Etats-Unis), les données ne semblent pas justifier les résultats, il faudra admettre que le cas IV 3 (législation parallèle) est typique.

5. Il faudra probablement étendre la recherche sur les pratiques concertées au sein d'organisations internationales. Lorsque les parties n'ont pas pu ou n'ont pas voulu modifier le statut, mais y ont dérogé dans la pratique, ou bien ont limité leur liberté d'action dans les élections aux organes, elles ne pouvaient que produire des *gentlemen's agreements* à l'instar de celui de Londres, de 1946, sur la distribution régionale des sièges au Conseil de Sécurité.

6. On devra ensuite s'interroger sur les effets limités que peuvent avoir les textes sans portée juridique.

a) Il paraît inadmissible que l'une des parties vienne rompre, sans autre, ses promesses. Comme dans le cas des vraies obligations sans durée fixe, ou se heurtant aux circonstances changées, il faudrait terminer le rapport de fait par un avis explicite.

b) Les situations créées pendant le fonctionnement du *gentlemen's agreement* ou de la pratique concertée ne devraient pas se trouver abolies, en particulier les élections faites sous le régime « gris » devraient être considérées comme valides. On repousserait probablement des réclamations par le moyen technique de l'estoppel.

c) Cela dit, il faudra de nos jours penser au *jus cogens*. Des arrangements sans portée juridique ne pourront pas même avoir les effets limités esquissés au paragraphe précédent lorsque le *jus cogens* s'y oppose.

7. Enfin, un coup d'œil sur les phénomènes analogues de droit public et de droit privé pourra être utile. En droit public, nous trouvons des arrangements entre organes étatiques, entre groupements politiques, qui ne sauraient donner lieu à des démarches en justice — et non pas seulement pour l'absence d'un for compétent. On trouve même dans les constitutions les plus « juridifiées » des déclarations et des pièces de programme qui échappent à la connaissance des tribunaux constitutionnels.

Quant au droit privé, Marie-Elise Cousin (*loc. cit.* ci-dessus § 2b) y renvoie,

et moi-même, dans les deux articles sur notre thème, j'ai essayé de trouver une inspiration dans la jurisprudence anglo-saxonne. En matière de traités, beaucoup nous est venu du droit privé, et surtout, récemment, le catalogue de causes de nullité. Le phénomène des textes internationaux sans portée juridique est connu depuis longtemps, mais pour son explication, on pourrait se tourner vers l'analogie en droit privé et les thèses des privatistes dans de plus nombreux pays.

Heidelberg, 15 septembre 1976.

F. Münch

**La distinction entre textes internationaux
ayant une portée juridique
dans les relations mutuelles entre leurs auteurs
et textes qui en sont dépourvus**

(Septième Commission)

Rapport définitif

Michel Virally

INTRODUCTION

1. Au cours de la réunion tenue lors de la session de Dijon, la Septième Commission a accepté la suggestion de son rapporteur de modifier le libellé du sujet qui lui avait été confié initialement dans les termes suivants : « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) ». Le Bureau a pris note de cette modification. Le libellé du sujet est désormais celui qui figure en tête du présent rapport et qui en limite la portée aux relations mutuelles entre les auteurs des textes considérés (*cf.* Rapport provisoire - ci-après cité : RP - §§ 9-18).

Depuis lors, dans ses observations sur le rapport provisoire, *Mme Bastid* a suggéré un autre intitulé, plus simple (*cf.* Annexe au présent rapport, p. 358). De son côté, *M. Sahovic* a continué à émettre des doutes à l'encontre de l'expression « textes internationaux ». La Commission, ou l'Institut lui-même, voudra peut-être revoir cette question à la session de Cambridge. Il convient, pour l'heure, de s'en tenir au libellé ci-dessus.

2. Au moment où le présent rapport est rédigé, huit membres de la Commission ont fait parvenir au rapporteur leurs observations sur le rapport provisoire (*Mme Bastid, MM. Bindschedler, Münch, Sahovic, Schachter, Tunkin, Weil, Zemanek*). Dans l'ensemble, ils en ont

approuvé les grandes lignes et n'ont ajouté que quelques remarques ou réserves de détail, dont il sera tenu compte par la suite. Le rapport définitif pourra donc, pour l'essentiel, se borner à reprendre, en les résumant, les principales constatations et conclusions figurant déjà dans le rapport provisoire¹. C'est d'ailleurs ce que suggère *Mme Bastid*.

3. Dans son rapport provisoire, le rapporteur avait posé la question de savoir comment terminer l'étude : par une résolution, comme l'Institut en adopte traditionnellement sur chacun des sujets portés à son ordre du jour, ou par des conclusions plus générales.

Sur ce point important, les membres de la Commission qui ont communiqué leurs observations se sont exactement divisés : quatre en faveur d'une résolution (*MM. Bindschedler, Sahovic, Schachter, Tunkin*), quatre en faveur de conclusions (*Mme Bastid, MM. Münch, Weil, Zemanek*).

En fait, le véritable problème est de déterminer si l'Institut doit adopter un texte qu'il discutera dans le détail, en lui apportant éventuellement des amendements — peu importe alors qu'il soit dénommé « résolution » ou « conclusions » — ou s'il se bornera à s'exprimer à propos d'un rapport comportant des conclusions, qui se trouveront approuvées, si le rapport l'est lui-même, sans que l'Institut ait eu à procéder à un débat sur leur rédaction.

La décision à prendre est donc d'abord une décision de procédure, qui relève de l'Institut lui-même. La Commission doit, cependant, faire une proposition, qui dépendra en grande partie de la nature de la

¹ Certaines des observations faites ont porté sur la rédaction du rapport provisoire. Celui-ci, d'après la procédure de l'Institut, n'a pas à être modifié. Il ne sera donc tenu compte que des remarques qui peuvent être prises en compte dans le rapport définitif.

A la bibliographie citée dans l'exposé préliminaire et dans le rapport provisoire, on doit ajouter l'article de Michael Bothe, *Legal and Non-Legal Norms - A Meaningful Distinction in International Relations?*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, p. 65-95, qui apporte quelques autres exemples d'accords purement politiques et présente une analyse intéressante, notamment sur les « obligations non juridiques », qui rejoint dans une assez large mesure celle qui a été présentée dans le rapport provisoire.

Bien qu'elle concerne un sujet différent, mais qui recoupe sur certains points le thème de la Septième Commission, l'étude de notre collègue Prosper Weil, « *Vers une normativité relative en droit international?* », *R.G.D.I.P.* 1982, p. 5-47, apporte aussi quelques réflexions intéressantes pour l'approfondissement de ce thème, notamment à propos de la « *soft law* ».

synthèse qui pourra être tirée de la présente étude. Cette question sera donc reprise à la fin du rapport définitif, après l'exposé des conclusions auxquelles est parvenu le rapporteur.

4. Ceci étant précisé, le présent rapport rappellera les constatations faites dans le rapport provisoire à partir du tour d'horizon de la pratique auquel il a procédé et auquel il n'est pas nécessaire, semble-t-il, de rien ajouter de substantiel.

5. Ce tour d'horizon a mis en évidence un trait remarquable de la pratique internationale contemporaine : la volonté des Etats (et, plus largement, des sujets de droit international) de limiter les contraintes auxquelles ils acceptent de se soumettre dans leurs rapports mutuels en les consignant dans des textes approuvés par eux et qui les engagent².

De façon globale, deux procédés sont utilisés pour parvenir à ce résultat. Le premier tient à des modes de rédaction des textes juridiques destinés à laisser au débiteur d'une obligation juridique le maximum de liberté d'appréciation du contenu de son obligation et des circonstances dans lesquelles elle s'actualise. Le second consiste à ne pas pénétrer dans le champ du droit et à n'accepter que des engagements purement politiques³. L'importance de ces engagements purement politiques, qui a toujours été grande dans la pratique, n'a cessé de croître depuis la deuxième guerre mondiale. Le juriste ne peut s'en désintéresser. A les ignorer, il risquerait de commettre des erreurs d'interprétation lorsqu'il se trouve en présence de textes de nature incertaine et de tenter, par souci d'efficacité, de conférer une valeur juridique à des engagements auxquels leurs auteurs n'ont jamais entendu donner une telle portée. Ce danger est d'autant plus

² Il va de soi que par « textes internationaux », il faut, comme le remarque M. Münch, comprendre aussi les échanges de notes ou de lettres valant accord.

³ Pour les raisons qui ont été développées dans le rapport provisoire (RP, § 157), il faut opposer engagements juridiques et engagements *purement* politiques, et non pas engagements juridiques et engagements politiques. La plupart — sinon la totalité — des engagements juridiques ont une portée politique et sont acceptés pour des raisons politiques. Ils sont donc *aussi* des engagements politiques.

En revanche, comme on l'a vu dans le rapport provisoire, certains engagements politiques sont dépourvus de toute portée juridique et sont donc *purement* politiques.

réel que les deux catégories d'engagements peuvent se trouver mêlés au sein d'un seul et même texte.

6. Bien entendu, les deux procédés peuvent être combinés, un engagement purement politique pouvant être limité, lui aussi, par les modes de rédaction évoqués plus haut.

Bien entendu aussi, des effets juridiques peuvent sortir d'un texte international sans qu'ils fassent l'objet d'engagements explicites. La notion d'obligation juridique n'est pas identique à celle d'engagement juridique. La notion d'effet juridique, de son côté, est plus large que celle d'obligation (*cf.* RP §§ 36 et s.).

7. Compte tenu de ces observations, les constatations faites dans le rapport provisoire peuvent se résumer en cinq points, qui seront examinés ci-après et qui concernent respectivement : la pratique des engagements juridiques « limités » ; la pratique des engagements purement politiques ; la pratique des accords juridiques « informels » ; les critères de la distinction entre engagements juridiques et engagements purement politiques ; les dispositions figurant dans des textes internationaux ne comportant pas d'engagements explicites, mais susceptibles, néanmoins, d'avoir une portée juridique.

I. — LES ENGAGEMENTS JURIDIQUES « LIMITÉS »

8. L'observation de la pratique montre que, dans de nombreuses hypothèses, les engagements pris par les parties à un traité international, ou par certaines d'entre elles, sont très peu contraignants, en ce qu'ils laissent à ceux qui en sont tenus une très large liberté d'action. Il en est ainsi parce que l'obligation juridique résultant de ces engagements n'est pas déterminée dans tous ses éléments, ou ne l'est que de façon très vague et imprécise.

Cette indétermination relative peut résulter seulement du langage employé, qui utilise des termes généraux ou équivoques et des formules vagues et lâches. Les exemples de telles rédactions dépourvues de toute rigueur grammaticale et sémantique sont trop nombreux pour qu'il soit nécessaire d'en citer quelques-uns. Chacun en a certainement de présents à l'esprit. Ils témoignent de la réticence des parties à s'engager sérieusement, ou de l'impossibilité où elles se sont trouvées de rapprocher leurs points de vues respectifs pour parvenir à un compromis plus substantiel.

9. Toutefois, à côté de ces simples artifices de langage, il existe des obligations qui, par leur nature même, ne se prêtent pas facilement à la prévision d'un comportement défini : c'est ce que le rapport provisoire a désigné par l'expression d'engagements « de bonne volonté » (RP §§ 120-131). D'autres engagements, tout en présentant un degré satisfaisant de précision, sont affectés de conditions dont l'appréciation restituée à celui qui les a pris une très large liberté de manœuvre : ce sont les engagements « sous réserve discrétionnaire » (RP §§ 132-135).

On rappellera très brièvement ce que recouvrent ces deux expressions.

a) *Les engagements « de bonne volonté »*

10. Ce sont des engagements dont l'objet est tel que celui qui l'assume conserve une part considérable d'appréciation subjective, et par conséquent discrétionnaire, sur le comportement à observer pour satisfaire aux exigences de l'obligation qui en résulte.

L'exécution complète de l'obligation dépend, dans ce cas, dans une très large mesure, de la bonne volonté de celui qui est tenu. La non-exécution, ou la mauvaise exécution ne pourra pratiquement être établie que si la mauvaise foi ou la mauvaise volonté du débiteur devient apparente dans son comportement.

Sur la base de l'examen d'un certain nombre d'accords de coopération politique ou économique (RP § 112) particulièrement riches en engagements de l'espèce, le rapport provisoire a dégagé quatre séries d'exemples particulièrement significatifs sans que cette liste soit exhaustive :

(1) *Les engagements d'examiner et d'agir de façon appropriée*

11. Dans ce cas, l'Etat qui s'engage promet seulement d'examiner si et quand il y aurait lieu pour lui d'intervenir dans une situation déterminée, ou d'examiner si des événements justifiant une intervention de sa part se sont bien produits, s'ils justifient effectivement une action, puis de décider lui-même quelle sera l'action appropriée.

Des engagements de cette nature apparaissent notamment dans des traités d'alliance militaire (tels que le Pacte Atlantique ou le traité de Varsovie), ou d'assistance militaire (tel que celui conclu entre les Etats-Unis et Israël dans le cadre de la paix entre l'Egypte et Israël) (cf. RP §§ 123-124).

(2) *Les engagements de consulter*

12. Les engagements de consultation, qui obligent à prendre contact, à échanger des vues, à informer des intentions avant de prendre librement la décision d'agir ou de ne pas agir, occupent une grande place dans les accords de coopération économique ou politique (cf. RP §§ 125-126). En elle-même, l'obligation de consultation n'entraîne pas de limitation juridique à la liberté d'action après la consultation et la consultation elle-même peut être facilement réduite à une démarche assez formelle.

(3) *Les engagements de négocier*

13. Ils ont davantage été étudiés par la doctrine et la Cour a eu à se prononcer à leur sujet, notamment dans les affaires du *plateau continental de la mer du Nord* (cf. RP §§ 127-128).

On a fait remarquer que l'obligation de négocier n'impliquait pas celle de conclure (l'obligation de conclure ne se conçoit pratiquement, d'ailleurs, que dans des hypothèses exceptionnelles, où toutes les difficultés susceptibles d'empêcher un accord ont déjà été résolues). Celui qui s'est engagé à négocier conserve donc le droit de déterminer librement sur quels points et dans quelle mesure il peut faire les concessions nécessaires à un compromis. Il reste cependant possible de déterminer, à partir du comportement des parties, si la négociation a été sérieuse et s'il existait un réel désir de parvenir à un accord. C'est ce qu'a eu l'occasion de mettre en lumière la Cour internationale de Justice.

(4) *Les engagements de coopérer*

14. La coopération entre deux ou plusieurs Etats implique des initiatives et des accords, entre les Etats concernés, qui ne peuvent être prescrits à l'avance et laissent donc une zone d'action discrétionnaire qui peut être extrêmement large. Néanmoins, ici encore, l'observation du comportement des parties permet d'établir si l'obligation de coopération a été prise au sérieux et si ceux qui en étaient tenus ont voulu réellement ou non s'en acquitter (cf. RP §§ 130-131).

En outre, l'obligation de coopération peut faire l'objet de précisions plus ou moins poussées sur le domaine et les conditions de la coopération, jusqu'à la définition de projets détaillés, qui réduisent considérablement la zone d'action discrétionnaire (*ibid.* § 131).

b) *Les engagements sous réserve discrétionnaire*

15. Il s'agit ici d'engagements dont l'objet est bien précis, mais dont la mise en jeu dépend d'une appréciation subjective que celui qui s'est engagé s'est réservé de porter de façon plus ou moins discrétionnaire (*cf.* RP §§ 132-136).

Le type d'un tel engagement est fourni par les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, sur la base de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, accompagnées de la réserve excluant les questions relevant essentiellement de la compétence de l'Etat auteur de la déclaration, telle que cette compétence est définie par lui.

Cet exemple, qui est bien connu, n'est pas le seul qui puisse être trouvé dans la pratique conventionnelle. Des formules analogues se retrouvent notamment dans les accords de coopération militaire.

16. Les obligations résultant de tels engagements s'apparentent aux obligations « potestatives », qui sont considérées comme nulles dans certains systèmes de droit civil. Une telle position en droit international ne semble pas appropriée. Ce n'est pas celle qu'a adoptée la Cour internationale de Justice.

Bien qu'elle laisse à l'auteur d'un tel engagement une marge d'appréciation discrétionnaire extrêmement étendue, cette marge n'est probablement pas illimitée. On peut concevoir des situations dans lesquelles la réserve ne pourrait pas être invoquée sans manquer à la bonne foi. En outre, l'obligation affectée de cette réserve conserve son importance (dans le cas de la déclaration de l'article 36, pour établir la compétence de la Cour), lorsque l'Etat qui en est tenu décide, pour une raison ou une autre, de ne pas utiliser la réserve.

c) *Portée juridique des engagements « limités »*

17. Dans les diverses hypothèses qui viennent d'être examinées, les engagements pris — et les obligations qui en résultent — laissent à leur auteur une marge d'appréciation discrétionnaire plus ou moins large, mais toujours importante. Par appréciation discrétionnaire, nous entendons ici une appréciation subjective, qui relève exclusivement de l'opinion que se fait le débiteur de l'obligation du comportement qu'il doit adopter pour se conformer à cette obligation, ou des circonstances qui rendent l'obligation actuelle. Un tiers ne peut,

de l'extérieur, déterminer si cette appréciation est effectivement conforme à l'engagement pris sans substituer sa propre opinion subjective à celle du débiteur de l'obligation, ce qui n'est évidemment pas admissible.

A l'intérieur de cette marge d'appréciation discrétionnaire, le débiteur de l'obligation reste donc parfaitement libre, d'un point de vue juridique. Sa volonté n'est soumise à aucune contrainte, ni à aucune limitation, du fait de l'engagement qu'il a accepté.

Très fréquemment, c'était d'ailleurs l'objectif délibérément recherché par les auteurs (ou l'un des auteurs) du texte contenant de tels engagements. Parfois aussi (obligations de consultation, de négociation, de coopération), cette indétermination est inhérente à l'obligation considérée.

16. Toutefois, si la marge d'appréciation discrétionnaire est très importante, elle ne peut jamais être considérée comme illimitée. En prenant en compte toutes les circonstances d'une affaire, un observateur extérieur (tel qu'un tribunal) pourra, au moins dans certains cas, déterminer si le comportement suivi par le débiteur d'une telle obligation est conforme ou non à ce qui pouvait être raisonnablement attendu de lui, ou si ce comportement révèle soit de la mauvaise foi, soit une absence totale de volonté de s'acquitter de ses engagements.

Dans la mesure où un tel jugement peut être porté, il sera donc possible d'établir si l'obligation a été remplie ou non dans un cas concret. On peut considérer une telle possibilité comme le critère de l'existence d'une obligation juridique véritable. S'il est établi qu'il y a eu violation de l'obligation, les conséquences qui pourront être tirées de cette constatation sont celles qui accompagnent toute violation d'une obligation internationale (mise en jeu de la responsabilité internationale, droit de prendre des mesures de représailles, exception *non adimpleti contractus*, etc.)⁴.

17. En d'autres termes, en dépit de la marge d'appréciation discrétionnaire,

⁴ Sur ce point, le rapporteur rejoint donc complètement les observations de M. Weil, qui avait cru, sur la base de formules probablement maladroitement du rapport provisoire et de l'exposé préliminaire, se trouver en désaccord avec lui. Ces formules étaient surtout destinées à laisser la question ouverte à un moment où l'examen de la pratique ne permettait pas encore de parvenir à des conclusions définitives.

tionnaire (donc d'indétermination) qui les accompagne (et qui est plus large qu'il n'est habituel), les obligations de l'espèce sont des obligations juridiques comme les autres. Elles ne constituent pas une catégorie juridique à part.

Il est donc dangereux d'utiliser à leur propos des expressions qui pourraient laisser penser qu'il s'agirait d'un droit de seconde zone, qui ne posséderait pas la même autorité que le droit international « ordinaire », et qui n'obligerait pas de la même façon. Dans cette perspective, l'expression de « *soft law* », ou droit doux, bien qu'elle soit extrêmement expressive (et peut-être parce qu'elle l'est trop) ne doit être maniée qu'avec une extrême prudence, si elle n'est pas complètement bannie. Elle a servi à mettre en lumière ce phénomène contemporain qu'est l'utilisation massive, dans la pratique contemporaine, des engagements juridiques « limités », mais a contribué aussi à entretenir une certaine confusion des idées autour de ce phénomène.

II. — LES ENGAGEMENTS PUREMENT POLITIQUES

18. Dans des hypothèses que l'examen de la pratique a révélées très nombreuses et très fréquentes, les auteurs d'un texte international exprimant leur accord ont pris les uns vis-à-vis des autres des engagements auxquels ils n'ont entendu conférer aucun caractère juridique et qui doivent donc être considérés comme purement politiques.

Pour autant, il s'agit d'engagements véritables, c'est-à-dire d'actes par lesquels leurs auteurs entendent se lier de telle sorte que celui vis-à-vis duquel l'engagement a été pris puisse justement s'attendre à ce que le comportement promis soit effectivement observé et puisse donc l'exiger (cf. RP §§ 144-150).

19. L'abondance de la pratique des engagements purement politiques ne permet pas de s'en tenir à l'opinion, parfois exprimée et très généralement acceptée sans examen, que seuls les engagements juridiques auraient une valeur sociale. C'est un fait que les Etats attachent beaucoup d'importance à de tels engagements et sont prêts parfois à faire des concessions coûteuses pour en obtenir. C'est un fait aussi que ces engagements sont très fréquemment honorés et se comparent sur ce point très avantageusement aux engagements juridiques.

Cette situation fait apparaître que la bonne foi remplit la même fonction dans les engagements purement politiques que dans les engagements juridiques. De même, les uns et les autres constituent pour

les Etats un moyen de protéger leurs intérêts, surtout lorsqu'ils sont pris sur la base de la réciprocité, ou pour mettre fin à un différend qui les oppose par un arrangement mutuellement avantageux.

20. Les raisons pour les Etats de choisir entre engagements purement politiques et engagements juridiques sont nombreuses (*cf.* RP §§ 160-167).

Sans prétendre être complet, on peut avancer que certaines de ces raisons sont elles-mêmes purement politiques (lorsque la rigidité ou la solennité inhérente au droit paraît inopportune), alors que d'autres sont d'ordre juridique.

Dans certains cas, l'une des parties ne veut pas se placer au plan du droit international pour ne pas avoir à reconnaître le statut international de son partenaire (accords d'Evian). Dans d'autres cas, ce sont des obstacles d'ordre interne, constitutionnels ou autres, qui empêchent de conclure un accord juridique international, ou bien encore le contexte juridique international (accords entre Etats membres d'une organisation sur la façon d'exercer les pouvoirs qu'ils tiennent de l'acte constitutif de l'organisation), etc.

21. Souvent, le choix de l'engagement politique répond à une volonté délibérée (accords de Yalta, acte final de la Conférence d'Helsinki). Souvent aussi, il est imposé par les circonstances. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux bases fondamentales des rapports internationaux (questions territoriales et problèmes de frontières) ou au statut des biens et des personnes, un règlement ne peut être considéré comme définitif que s'il est établi sur la base du droit. C'est ce qui explique que les règlements intervenant à la suite d'une guerre prennent la forme d'un traité de paix. Faute d'un tel traité, les rapports internationaux restent frappés de précarité et les situations établies à la faveur des hostilités ou de la suprématie militaire acquise par certains des belligérants ne parviennent pas à se stabiliser. L'expérience en a été faite de façon très claire en Europe après la seconde guerre mondiale.

Même dans cette hypothèse, cependant, les accords purement politiques, avec les engagements qu'ils comportent, peuvent avoir une importance considérable en attendant une « normalisation » juridique.

22. Le manquement à un engagement politique entraîne un ébranlement de l'ordre politique auquel il participe qui peut être comparé,

mutatis mutandis, aux conséquences de la violation d'une obligation juridique.

L'Etat qui se plaint d'un tel manquement pourra le considérer comme un acte « inamical », voire même comme un acte hostile, compromettant plus ou moins gravement les bonnes relations existant entre lui et le responsable de ce manquement. Il sera politiquement justifié à recourir à tout l'arsenal des mesures de rétorsion, souvent plus efficaces que les mesures purement juridiques : représentations, protestations, rappel de diplomates, ajournement de visites diplomatiques, interruption de négociations en cours, arrêt de la coopération dans des domaines variés, rupture des relations diplomatiques ou commerciales, etc. (*cf.* RP §§ 151-158).

23. Peut-être la différence la plus marquante, d'un point de vue pratique, entre engagements purement politiques et engagements juridiques tient-elle à la souplesse inhérente au politique, par contraste avec la rigidité du droit.

Comme on l'a déjà relevé, l'acceptation d'un engagement politique fait naître l'expectative que cet engagement sera exécuté de bonne foi, de même que les engagements juridiques doivent être exécutés de bonne foi. Mais, apparemment, la bonne foi n'impose pas exactement la même chose dans les deux cas.

24. Il semble que, dans la pratique, les engagements politiques soient toujours pris en considération de la situation politique existant au moment où ils sont assumés et, normalement, sous réserve de la « difficulté politique », c'est-à-dire d'une difficulté tenant à un changement dans les circonstances internationales rendant l'application ou le maintien de ces engagements plus difficile (par exemple des perturbations du système monétaire international, ou une crise politique ou économique), ou même à des changements de circonstances d'ordre interne (récession économique, troubles politiques, voire un simple changement de majorité politique).

Ainsi, la clause « *rebus sic stantibus* » et l'état « de nécessité » seraient pris en considération en matière d'engagements politiques de façon incomparablement plus large que ce n'est le cas en droit international. Cet aspect des choses est probablement déterminant, dans beaucoup de cas, pour donner la préférence à l'engagement purement politique.

25. Un autre trait rendant l'engagement purement politique plus attrayant, dans beaucoup de cas, est la facilité plus grande avec laquelle il peut être pris. Les engagements politiques résultent, en effet, d'accords informels conclus entre Etats suivant des formes extrêmement simplifiées par rapport à celles qui sont nécessaires à la conclusion d'un traité, même en tenant compte de l'absence de formalisme du droit international.

Les accords donnant naissance à de tels engagements sont, en effet, formulés ou constatés dans toutes sortes d'instruments, dont le rapport provisoire a fait un inventaire probablement incomplet, mais néanmoins significatif : communiqués conjoints, déclarations conjointes, textes concertés au sein d'un organe international ou d'une conférence internationale, *gentlemen's agreements*, arrangements divers, etc. (cf. RP §§ 62-108). Bien entendu, il peut s'agir aussi d'accords non écrits.

26. Comme il a été également montré dans le rapport provisoire, ces accords informels ont porté souvent sur des problèmes politiques d'une très grande ampleur et mettant en cause des intérêts vitaux. Il suffit, pour s'en rendre compte, de penser aux grandes conférences interalliées de la deuxième guerre mondiale, ou plus près de nous, à la conférence de Bandoeng (et à toutes les conférences des pays non alignés qui l'ont suivie), à la déclaration de 1972 sur les principes fondamentaux des relations russo-américaines, ou à l'acte final de la Conférence d'Helsinki.

Il est vrai que, dans certains cas, ces accords informels peuvent contenir aussi des engagements juridiques.

III. — LES ACCORDS JURIDIQUES « INFORMELS »

27. De nombreuses « déclarations conjointes » constituent en réalité de véritables traités, en dépit de l'expression utilisée pour les désigner, qui évoque plutôt l'idée d'un acte unilatéral à plusieurs auteurs. Le rapport provisoire en a fourni plusieurs exemples, dont certains sont bien connus (cf. RP §§ 76 et 82) : déclaration de Vienne de 1815 sur la neutralité perpétuelle de la Suisse, déclaration de Paris de 1856 sur le droit de la guerre maritime, déclaration de Montevideo de 1961 sur la limite extérieure du Rio de la Plata, déclaration de 1961 sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Ouest, déclaration de 1968 sur le plateau continental de la Baltique, etc. Les exemples pourraient être multipliés.

En revanche, un grand nombre de déclarations conjointes ont une portée exclusivement politique. Des exemples en ont été donnés également dans le rapport provisoire (*cf.* RP §§ 77-81). Il n'est pas nécessaire d'y revenir (*cf.* RP § 83).

D'autres déclarations conjointes encore sont d'une portée incertaine. Il est difficile de déceler d'emblée si les engagements qui y figurent sont purement politiques, ou si leurs auteurs ont entendu leur conférer une valeur juridique (*cf. infra*, § 31-34).

28. Le cas des communiqués conjoints est encore plus complexe. En règle générale, il s'agit d'une simple mesure de publicité destinée à faire connaître au public le déroulement et les résultats d'une rencontre internationale. Mais ces communiqués font souvent état d'accords intervenus entre les participants au cours de la rencontre. S'agit-il d'accords purement politiques ou d'accords juridiques ? La même question se pose à propos des engagements qui peuvent figurer dans ces accords. Elle se pose particulièrement lorsque les participants avaient qualité, en raison de leur fonction (chefs d'Etat, ministres des affaires étrangères, chefs de gouvernement), pour engager l'Etat qu'ils représentent sur le plan du droit international.

29. Le fait qu'ait été choisi un moyen aussi informel pour rendre publics les accords intervenus et si aucun autre instrument n'a été établi et signé par les participants peut constituer une indication qu'il s'agit d'accords purement politiques. Toutefois, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de faire observer qu'il n'existait pas « de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international destiné à soumettre un différend à l'arbitrage ou au règlement judiciaire » (*Rec.* 1978, p. 39, § 95), c'est-à-dire ayant une portée juridique. La même remarque peut être étendue à tout autre effet de droit.

Il est donc permis de conclure qu'un communiqué conjoint peut être choisi pour rendre public un accord comportant des engagements juridiques ou d'autres effets de droit.

30. La même constatation peut être faite à propos d'instruments dont on a vu plus haut qu'ils n'avaient fréquemment qu'une portée politique : actes finals de conférences (conférence de Vienne de 1815, conférence de Berlin de 1885, conférence de la paix de 1907, etc. *Cf.* RP § 89), qui intègrent fréquemment des conventions interna-

tionales en bonne et due forme, mais peuvent aussi contenir des accords juridiques moins formels ; autres textes concertés au sein d'une conférence internationale ou d'un organe international⁵ (cf. RP §§ 86-95) ; arrangements informels (cf. RP §§ 105-108).

Dès lors, la question qui se pose est celle des moyens de déterminer quand les engagements figurant dans des textes de cette nature ont une portée juridique et quand ils n'ont qu'une portée politique, le même texte pouvant d'ailleurs comporter des engagements des deux catégories, ce qui oblige à une analyse portant parfois sur chacune des dispositions d'un texte informel.

IV. — LES CRITÈRES DE LA DISTINCTION ENTRE ENGAGEMENTS JURIDIQUES ET ENGAGEMENTS PUREMENT POLITIQUES

31. Le fondement de la distinction entre engagements juridiques et engagements purement politiques se trouve incontestablement dans la volonté des parties. Si les auteurs d'un texte ont entendu s'engager les uns vis-à-vis des autres sur le plan du droit international, il n'existe aucune règle de droit international qui leur interdirait de le faire — pour reprendre les termes de la Cour — même si leur accord est consigné dans un document qui ne revêt pas les formes auxquelles on reconnaît généralement l'existence d'un traité. L'essentiel est que les parties aient exprimé leur consentement à être liées juridiquement par l'accord intervenu entre elles. L'article 11 de la Convention de Vienne sur le droit des traités admet, d'ailleurs, que le consentement peut être exprimé par la signature, la ratification, l'échange d'instruments, l'acceptation, l'approbation, l'adhésion « ou par tout autre moyen convenu », ce qui laisse toute liberté aux Etats sur le plan de la forme. Encore la Convention de Vienne ne s'applique-t-elle qu'aux traités écrits, tout en laissant ouverte l'éventualité de traités conclus oralement.

Inversement, il serait erroné de prétendre mettre des obligations juridiques à la charge d'Etats qui n'ont entendu se placer que sur le plan politique et n'ont pas accepté de se lier en droit (sous réserve de ce qui sera dit, *infra* §§ 36-46).

⁵ Par textes concertés au sein d'un organe international il faut comprendre, comme le souligne M. Tunkin, des textes qui émanent des Etats et expriment un accord entre eux dans le cadre d'un tel organe et non des textes se présentant constitutionnellement comme des actes de l'organe considéré.

32. On se trouve ainsi ramené à un problème d'interprétation de la volonté des parties, qui peut être délicat lorsqu'il s'agit d'un texte ne présentant pas les aspects formels d'un traité international au sens de la Convention de Vienne. Néanmoins, ce sont évidemment les règles traditionnelles en matière d'interprétation des traités qui auront à être appliquées.

33. La Cour internationale de Justice a rencontré cette difficulté dans l'affaire du *plateau continental de la mer Egée*, déjà évoquée. A propos du communiqué conjoint sur lequel la Grèce prétendait trouver une base de compétence, la Cour a estimé que la question de savoir si ce communiqué « constitue ou non un tel accord (un accord juridique) dépend essentiellement de la nature de l'acte ou de la transaction dont il fait état », et que, pour le déterminer, il convient de « tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré » (*Rec. 1978*, p. 39, § 95) (*cf. RP* §§ 71-73).

L'examen de l'arrêt de la Cour permet de constater qu'elle a poussé ses investigations un peu plus loin. Elle ne s'est pas bornée, en effet, à examiner le texte du communiqué (très brièvement) et les travaux préparatoires, elle a analysé de façon approfondie la série des négociations entre les parties, dont la négociation du communiqué en question ne constituait qu'un épisode, ces négociations ayant commencé beaucoup plus tôt, au cours de diverses réunions et par échanges de notes, et s'étant encore poursuivies assez longtemps après la publication du communiqué.

34. Dès lors que la forme utilisée pour consigner un accord international ne permet pas de parvenir à des conclusions certaines sur la nature, juridique ou non juridique de cet accord, on est contraint de recourir à un ensemble d'indices pour en établir la véritable nature. Il n'existe malheureusement pas de critère unique.

Ces indices sont ceux utilisés par la Cour : le texte lui-même, les circonstances de son adoption (ce qui, on vient de le voir, déborde très largement la notion un peu étroite de travaux préparatoires), le comportement ultérieur des auteurs du texte. Dans la plupart des cas, ces indices devront être utilisés cumulativement et c'est la convergence qui apparaîtra à leur examen qui permettra de parvenir à une conclusion ferme.

Dans tous les cas, il s'agira de déterminer, on l'a dit, si les auteurs

du texte ont entendu, ou non, se placer sur le plan du droit. Cela permettra de décider si les engagements consignés dans ce texte ont ou non une portée juridique. Mais on ne saurait exclure *a priori* que le texte en cause ne comporte pas d'autres aspects juridiques que les engagements explicites qu'il contient.

35. La question qui vient d'être posée présente deux facettes.

On peut d'abord la soulever à propos des stipulations figurant dans un texte international qui ne se présentent pas, au premier abord, comme des engagements acceptés par les auteurs du texte. C'est une situation extrêmement fréquente. Elle a été évoquée à plusieurs endroits dans le rapport provisoire, mais il est utile, à ce stade, d'en rassembler les divers aspects. Ce sera l'objet du point V ci-dessous.

On peut ensuite s'interroger sur ce que le professeur *Münch* a appelé les « *effets juridiques secondaires* » qui pourraient être produits par un texte purement politique. Le professeur *Schachter*, de son côté, estime qu'il existerait un droit — juridique — d'invoquer un instrument politique (au profit de la partie à l'égard de laquelle un engagement purement politique a été accepté) et que la partie qui s'est engagée ne pourrait y opposer le fait que la question relèverait de son domaine réservé.

Ce second aspect du problème concerne directement la distinction entre engagements purement politiques et engagements juridiques et doit donc être examiné ici.

36. Parmi ces possibles « *effets juridiques secondaires* », la question de l'estoppel a été évoquée à plusieurs reprises. Votre rapporteur l'a peut-être écartée un peu trop rapidement dans le rapport provisoire (cf. RP § 39). A la réflexion, il est utile d'y revenir.

La situation d'estoppel apparaît lorsqu'un sujet de droit a, par son comportement, créé les apparences d'un engagement juridique et qu'un de ses partenaires s'est fié à ces apparences pour agir de son côté, de sorte qu'il subirait un préjudice injustifié s'il était décidé que le sujet de droit en question n'était tenu d'aucune obligation juridique (cf. Antoine Martin, *op. cit.* RP § 39).

Trois éléments apparaissent à cette analyse. Le premier est que, au départ, on est en présence d'un comportement par lequel son auteur n'a voulu créer aucun effet de droit. S'il s'agit d'un engagement

de sa part, c'est un engagement purement politique, d'après la terminologie employée dans le présent rapport.

Le second élément est que le droit international va, néanmoins, attacher un effet de droit au comportement en question. Cet effet de droit ne tient pas à la volonté de son auteur (nous venons de voir qu'il n'a pas voulu en créer) ; il tient aux apparences qu'il a produites. Cela ne remet donc pas en cause la distinction entre engagements juridiques et engagements politiques (de même que cette distinction n'est pas touchée par le fait qu'un engagement purement politique peut aussi constituer un acte internationalement illicite et produire ainsi un effet de droit non volontaire par application des règles de droit international en matière de responsabilité).

Le troisième élément est que toute l'institution de l'estoppel repose sur la bonne foi, qui, nous le savons, est un facteur commun aux engagements purement politiques et aux engagements juridiques, même si elle n'a pas la même portée dans les deux cas.

37. Peut-on concevoir d'autres « effets juridiques secondaires » ? Il semble qu'il faille examiner séparément chacune des hypothèses qui peuvent se présenter dans ce domaine, car il s'agit toujours de cas particuliers, sur lesquels il est impossible de raisonner *a priori*.

Les exemples évoqués par MM. Münch et Schachter présentent un très grand intérêt, parce qu'ils obligent à pousser plus loin qu'il n'a été fait jusqu'à maintenant l'analyse des rapports entre droit et politique dans la vie internationale et suggèrent l'existence de « passerelles » entre l'un et l'autre.

38. M. Münch soulève la question de la *condictio indebiti*. Si une prestation a été effectuée en vertu d'un accord purement politique et que cet accord est abrogé, peut-on demander la restitution ?

C'est évidemment une hypothèse assez théorique. Il est peu probable, en effet, qu'un transfert de biens susceptibles de faire l'objet d'une restitution, se fasse par voie d'accord purement politique : la condition des biens est précisément l'un des domaines où les Etats ressentent la nécessité de se placer sur le plan du droit. Mais M. Münch cite cet exemple comme un point d'application d'un problème plus vaste, qu'il demande à voir élucider : celui du maintien de ce que les parties ont fait sous l'empire d'engagements politiques et qui ne peut, semble-t-il, pas être anéanti. Un autre exemple est celui de la prescription extinctive ou acquisitive.

39. La question posée, en définitive, est celle de savoir si le droit peut ignorer ce qui a été fait en exécution d'engagements purement politiques, ou, plus exactement, s'il peut ignorer que cela a été fait *en vertu de tels engagements*. En d'autres termes, droit et politique constituent-ils dans ce cas deux ordres totalement imperméables l'un à l'autre ?

D'après votre rapporteur, il ne peut en être ainsi, du fait que, comme il a été relevé plus haut, engagements purement politiques et engagements juridiques doivent les uns et les autres être exécutés de bonne foi. Même si la bonne foi n'a pas la même portée dans les deux cas — et s'il existe, par conséquent, un principe juridique de la bonne foi qui a ses particularités propres — elle est présente dans l'une et l'autre hypothèse et, par là-même, interdit que le droit ignore totalement ce qui a été fait sur un plan purement politique⁶.

40. Dans l'hypothèse évoquée plus haut de la *condictio indebiti*, il serait certainement injustifié en droit, et contraire à la bonne foi, de réclamer la restitution si les accords politiques conclus prévoyaient que le bien en question était définitivement transféré, même s'il était mis fin à ces accords. S'agissant d'un transfert qui doit normalement s'effectuer sur le plan du droit, on pourrait d'ailleurs invoquer l'estoppel.

⁶ On pourrait même être tenté de faire un pas de plus et d'affirmer que, puisque les engagements purement politiques reposent sur la bonne foi, tout comme les engagements juridiques, c'est le droit international, en définitive qui, par le principe de bonne foi, fournit le cadre à l'intérieur duquel s'inscrivent tous les rapports internationaux, y compris les rapports purement politiques.

Cette conception panjuridique paraît cependant excessive. La bonne foi est un concept très large, que le droit ne peut prétendre monopoliser à son profit. Elle trouve son fondement en dehors du droit, dans l'éthique. Il ne serait donc pas justifié de la considérer comme un principe juridique lorsqu'elle s'applique à des rapports que les Etats ont entendu soustraire au droit, et ce d'autant moins que, comme il est dit au texte, les exigences de la bonne foi ne sont pas, dans ce cas, identiques à celles qui découlent de ce principe. Ce serait introduire la confusion.

En revanche, même lorsqu'ils entendent se placer exclusivement sur le plan politique dans leurs rapports mutuels, les Etats n'échappent pas aux obligations générales qui résultent pour eux des principes et règles de droit international auxquels ils sont soumis, parmi lesquels le principe de bonne foi ; leur activité politique relève donc *aussi* d'une appréciation juridique, au point de vue de sa licéité d'abord, cela va de soi, mais également à celui, le cas échéant, des effets *juridiques* de la bonne foi.

Si, au contraire, les accords politiques prévoyaient la restitution, il n'y a plus d'obstacle à la réclamation juridique.

41. La question du « droit » de réclamer l'exécution d'un engagement purement politique, soulevée par *M. Schachter*, est plus délicate.

Il ne peut être contesté que l'effet d'un engagement purement politique est, d'une part, pour les raisons précédemment développées, un devoir d'exécution à la charge de celui qui s'est engagé et, d'autre part, le droit, pour celui vis-à-vis duquel cet engagement a été pris, d'en réclamer l'exécution. Mais ce droit est-il un droit « juridique », comme semble le croire notre confrère, ou une prérogative purement politique ?

A mon sens, c'est la seconde réponse qui est la seule possible, parce que la seule en harmonie avec la nature de l'engagement dont l'exécution est demandée : la demande d'exécution est une démarche politique.

42. La difficulté vient de ce que l'auteur de l'engagement pourrait théoriquement se retrancher derrière le droit international, en prétendant que la démarche politique en question constitue une ingérence dans ses affaires intérieures, parce qu'on se trouverait dans un domaine relevant, en droit international, de son domaine réservé.

Notons qu'il s'agit ici d'une fin de non recevoir, tirée du droit international, qui ne permet pas de qualifier la démarche à laquelle elle est opposée. Le véritable problème est de savoir si cette fin de non recevoir peut être valablement présentée, si elle est juridiquement fondée et recevable sur le plan qui est le sien : celui du droit international.

43. Nous retrouvons ici la question posée plus haut : le droit international peut-il ignorer les engagements pris par les Etats sur un plan strictement politique, ou existe-t-il une voie de communication entre politique et juridique ?

A cette question, deux réponses opposées peuvent, théoriquement, être données.

La première consiste à dire qu'aussi longtemps qu'un engagement juridique n'a pas été pris dans un domaine qui, aux termes du droit international général, appartient au domaine réservé à la souveraineté étatique, ce domaine reste intact et que, par conséquent, toute démarche d'un Etat tiers portant sur le comportement de l'Etat dans

ce domaine constitue une ingérence illicite dans ses affaires intérieures (ou, plus largement, dans une question relevant de sa souveraineté exclusive).

De l'avis de votre rapporteur, cette première réponse n'est pas acceptable *politiquement*, puisqu'elle constituerait un moyen, pour l'Etat qui s'est engagé politiquement, de ne pas exécuter son engagement. Sur le plan politique, qui est celui sur lequel les Etats en cause se sont délibérément placés, un tel comportement serait contraire à la bonne foi, sur laquelle reposent, nous le savons, les engagements politiques.

44. Si on suit cette analyse, il en résulte que l'engagement exclusivement politique qui a été pris comporte aussi, par une implication nécessaire, renonciation à invoquer les arguments de droit (tels que l'exception du domaine réservé), qui pourraient être opposés à une demande d'exécution de cet engagement. Une telle renonciation n'est subordonnée à aucune condition de forme et peut résulter d'un acte unilatéral aussi bien que d'une convention. Elle peut être expresse ou implicite. S'agissant d'une renonciation à un droit, il s'agit évidemment d'un acte juridique.

45. On est amené ainsi à mieux préciser les rapports du droit et de la politique. La bonne foi, sur laquelle repose tout engagement politique, impose qu'un tel engagement comporte aussi renonciation à invoquer les arguments de droit qui, le cas échéant, pourraient avoir pour effet de le vider de toute substance.

D'après votre rapporteur, il n'en résulte pas, pour autant, qu'un engagement purement politique acquerrait ainsi une portée juridique, ce qui remettrait totalement en cause la distinction entre les deux catégories d'engagements. La perte du droit d'invoquer une fin de non recevoir juridique résulte, comme on l'a vu, d'un acte juridique : la renonciation à ce droit. Mais le juriste interprète un certain comportement de l'Etat — l'acceptation d'un engagement politique — comme un acte de renonciation.

46. Pour les raisons qui viennent d'être développées, à la question posée au paragraphe 43, la réponse exacte consiste à dire que le droit international ne peut pas ignorer les engagements politiques pris par les Etats, mais qu'il les considère en fonction de ses critères propres, c'est-à-dire en déterminant la signification juridique des comporte-

ments des Etats. Ici, en constatant qu'en prenant un engagement politique déterminé, un Etat a, simultanément et du même coup, renoncé à invoquer certains droits.

Il va de soi que cette renonciation est strictement limitée à la portée de l'engagement pris et ne saurait donc avoir pour effet de le transformer en engagement juridique. C'est pourquoi il faut considérer la demande d'exécution de cet engagement comme une démarche politique et non comme l'exercice d'un droit « juridique ».

V. — LES STIPULATIONS NE COMPORTANT PAS D'ENGAGEMENTS EXPLICITES

47. Comme on l'a remarqué déjà dans le rapport provisoire, la notion de portée juridique ne se limite pas à la création (modification, abrogation) d'obligations juridiques. La notion d'obligation juridique conventionnelle n'est elle-même pas synonyme d'engagement juridique. De façon beaucoup plus générale, on peut dire qu'un texte, ou un instrument, international a une portée juridique lorsqu'il produit un effet de droit, une modification quelconque dans l'ordonnement juridique existant.

48. Le problème étant posé dans ces termes, il apparaît que, bien qu'elles ne définissent pas explicitement des engagements juridiques, diverses stipulations figurant dans des textes internationaux sont susceptibles d'avoir une portée juridique, c'est-à-dire de sortir des effets de droit.

Dans certains cas, cette portée juridique est inhérente à leurs caractères propres et à leur objet spécifique, qui présentent alors autant ou plus d'importance que la volonté des auteurs du texte qui les contient ou la nature de celui-ci.

D'autres stipulations, au contraire, apparaissent comme intrinsèquement dépourvues de portée juridique, quelle que soit la nature de l'acte où elles figurent.

49. (1) Certains de ces éléments normatifs sont bien connus et ne nécessitent pas de longues explications. Ce sont *les stipulations portant autorisation, dérogation, attribution de compétence, etc.*

Dans certains cas, ces stipulations se réfèrent à des règles ou à des statuts préétablis, dont elles font application ou auxquels elles apportent des modifications, des exceptions ou des dérogations, si ces règles ou statuts sont des règles ou des statuts de droit international,

les stipulations en cause ont nécessairement une portée juridique, dans la mesure, tout au moins, où elles ont été valablement formulées. Le seul problème qui se pose à leur propos est donc un problème de validité.

50. La situation est légèrement plus compliquée, mais encore relativement simple, pour les stipulations posant une réglementation. Si cette réglementation est destinée à prendre place dans l'ordonnement juridique existant (et, par conséquent, à le modifier par l'introduction de règles nouvelles), par exemple à être insérée dans le droit interne, on se retrouve dans l'hypothèse précédente. S'il s'agit de règles applicables aux rapports internationaux, leur adoption équivaut, pour les auteurs du texte, à l'engagement de les respecter dans leurs relations mutuelles. On retrouve alors le problème de la distinction des engagements juridiques et des engagements purement politiques traité plus haut.

S'il s'agit de modifier des règles déjà établies, le raisonnement développé au paragraphe précédent s'applique intégralement.

51. En matière de coopération internationale, il est habituellement nécessaire de définir d'abord le cadre juridique dans lequel les activités de coopération se développeront — ce qui n'implique souvent pas d'obligations précises à la charge des parties, mais plutôt un ensemble d'habilitations à agir. C'est seulement par la suite que des obligations ayant un objet bien délimité seront déterminées après de nouvelles négociations, en relation avec des projets particuliers prenant place dans le cadre préétabli (*cf.* RP §§ 195-199).

52. (2) D'autres catégories de stipulations ont été moins souvent analysées et soulèvent un peu plus de difficultés. Le rapport provisoire en a mentionné trois : les « considérations », les déclarations de position et les déclarations d'intention. On reviendra brièvement sur chacune d'elles.

53. Les « considérations » sont des exposés comportant une référence à des éléments de fait ou de droit considérés comme importants, l'analyse d'une situation, le rappel d'une évolution historique, etc. Elles ont généralement pour raison d'être d'expliquer les intentions des auteurs d'un texte, ou les motifs qui les ont poussés à agir. Le préambule de beaucoup de traités constitue le type même de ces considérations.

Celles-ci ont pour caractéristique essentielle qu'elles ne prennent leur sens que par rapport aux autres éléments du texte qui les contient. Dès lors, leur nature propre dépendra de celle des engagements ou autres stipulations auxquels elles sont associées. C'est ainsi que, même s'il n'entraîne pas par lui-même d'effets juridiques, le préambule d'un traité peut présenter une grande importance pour l'interprétation des articles.

Dans un texte de nature incertaine, les « considérations » pourront aussi, le cas échéant, constituer un indicateur précieux pour déterminer si les auteurs du texte ont entendu, ou non, se placer sur le plan du droit ou rester dans le champ de la politique.

54. *Les déclarations de position* sont l'expression d'une opinion à propos d'un fait, d'une règle, ou d'une situation.

Le rapport provisoire en a distingué trois, qui paraissent particulièrement importantes dans la pratique (*cf.* RP § 117).

55. La première est la reconnaissance (ou le refus de reconnaissance) d'une situation déterminée (naissance d'un Etat, formation d'un gouvernement, établissement d'une frontière, etc.).

Les effets juridiques de la reconnaissance sont bien connus et souvent analysés. Il n'est pas nécessaire d'y revenir ici. Ils ne dépendent pas de la nature juridique de l'acte qui contient la reconnaissance — et qui peut d'ailleurs être un acte unilatéral.

56. Les déclarations de principes, exposant certains principes ou règles générales, constituent un second exemple de déclarations de position. Il s'agit souvent de principes et de règles juridiques, mais il n'est pas toujours aisé de savoir s'ils sont présentés *de lege lata* ou *de lege ferenda*. C'est une première difficulté.

La portée juridique de telles déclarations, d'autre part, dépend dans une très large mesure du statut juridique qui était celui des règles et principes énoncés au moment de l'adoption de la déclaration qui les proclame. Ils peuvent appartenir déjà au droit international positif, la déclaration se bornant alors à les confirmer. Ils peuvent avoir fait l'objet d'un processus coutumier déjà très développé. La déclaration peut alors aider à la cristallisation de ce processus, qui parviendra peut-être à son terme grâce à elle. On peut se trouver, enfin, au début seulement du processus coutumier, dans lequel la déclaration formera une étape (*cf.* RP §§ 200-206).

Les principes et règles en question peuvent n'être valables qu'entre les auteurs de la déclaration : c'est la raison pour laquelle nous nous sommes arrêtés sur ce point. Le plus souvent, il s'agira de principes et de règles de droit international général. La question, alors, déborde complètement le cadre du sujet de la Septième Commission et n'a pas à être poussée plus loin.

Il suffira de remarquer que l'éventuelle valeur juridique de ces déclarations ne dépend pas, dans la perspective d'un processus coutumier, de la nature juridique du texte qui les contient. En revanche, elles ne peuvent former une source autonome que si ce texte est lui-même doté d'une valeur législative, ce qui dépend de facteurs juridiques débordant totalement les perspectives du présent rapport.

57. Les déclarations interprétatives, troisième exemple cité dans le rapport provisoire, présentent, de leur côté, un problème tout à fait comparable à celui qui a été examiné *supra* au paragraphe 53.

58. (3) *Les déclarations d'intention*, par définition, ne lient pas leurs auteurs (*cf.* RP § 118). Elles n'ont pas d'autre objet que d'informer sur les intentions actuelles de leurs auteurs, qui se réservent la liberté de les modifier à l'avenir. La question de leur portée juridique ne se pose donc pas.

La difficulté que soulèvent ces déclarations vient de l'ambiguïté fréquente de leur rédaction, qui ne permet pas toujours de savoir avec certitude s'il y a seulement déclaration d'intention ou promesse — et donc engagement — de suivre un certain cours d'action.

Le problème est donc de savoir si on se trouve ou non en présence d'une simple déclaration d'intention.

59. La question est particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'un traité, soumis à la règle *pacta sunt servanda*. L'utilisation par les parties d'un tel instrument constitue la preuve qu'elles ont entendu se lier. Aucune règle de droit international ne leur interdit de faire figurer dans le texte d'un traité une simple déclaration d'intention, mais il ne peut être facilement admis que les auteurs du traité n'ont pas entendu se lier par les formules qu'ils ont employées. C'est d'ailleurs ce raisonnement qui sous-tend la règle d'interprétation dite de l'effet utile.

Une simple déclaration d'intention dans un traité ne peut donc être admise que s'il ressort en toute clarté du texte considéré que les

parties n'ont pas entendu se lier, et que cette interprétation est la seule qui soit compatible avec les termes employés. Ce ne peut être que très exceptionnel⁷.

VI. — CONCLUSIONS

60. Il a déjà été indiqué (*supra*, § 3) que les membres de la Septième Commission qui se sont exprimés se sont divisés quant à

⁷ Dans ses observations, M. Weil exprime l'avis « qu'il est nécessaire d'admettre comme axiomatique qu'un traité international ne peut pas comporter autre chose que des dispositions de caractère juridique ».

Je suis d'accord avec lui pour considérer que tout engagement inséré dans un traité est, par nécessité, un engagement juridique. Il n'y a pas de place pour des engagements purement politiques. Ce serait une contradiction dans la volonté des parties qui ont entendu se placer sur le plan du droit en choisissant la forme du traité. Ceci est axiomatique.

J'admets également que toutes les dispositions figurant dans un traité, quels que soient leur nature et leur objet, constituent un tout inséparable, parce qu'elles appartiennent à un instrument juridique unique. Dès lors, toutes peuvent avoir de l'importance pour aider à déterminer le sens et la portée des dispositions normatives que comporte le traité, même si elles n'ont pas, considérées isolément, d'effets juridiques propres. C'est le cas, en particulier, des « considérations » du préambule, mais aussi d'autres dispositions figurant dans les articles. En ce sens, toutes les dispositions du traité ont au moins une valeur interprétative et, par conséquent, une certaine portée juridique.

Faut-il aller plus loin ? Je n'en suis pas sûr. Il n'existe pas, en effet, de règle de droit international qui interdirait aux rédacteurs d'un traité (ou aux Etats qu'ils représentent) d'insérer dans son texte des dispositions dépourvues d'effets juridiques propres, y compris une déclaration d'intention, au sens où cette expression a été définie dans le rapport provisoire (§ 118). La règle *pacta sunt servanda* exige que soit donné pleinement effet, de bonne foi, à la volonté des parties au traité : les engagements qu'elles ont acceptés dans le traité doivent être exactement exécutés, mais leur volonté de ne pas être liées sur un point déterminé doit être également respectée, hors le cas d'estoppel.

L'hypothèse qui vient d'être exposée est très largement théorique. Pour les raisons développées au texte, toute ambiguïté de langage doit être interprétée dans le sens de l'obligation et il sera très exceptionnel que les parties insèrent dans le texte d'un traité une simple déclaration d'intention. Néanmoins, même si cette hypothèse est improbable, elle ne peut être exclue *a priori* et il convient, me semble-t-il, d'appliquer le traité en se conformant à la volonté des parties, si celle-ci est parfaitement claire et prouvée et si elle n'a pas donné lieu à une situation d'estoppel, c'est-à-dire si elle a été claire dès le début pour toutes les parties.

la question de savoir si un projet de résolution devait ou non être proposé à l'Institut.

Tous, cependant, se sont montrés d'accord pour que le rapport définitif se termine par un texte reprenant sous une forme ramassée et dans une série unique les principales conclusions de la recherche. Ce texte pourrait ne constituer que les conclusions du rapport, ou prendre la forme d'un projet de résolution.

61. Convient-il, à ce stade, d'inviter l'Institut à formuler certaines recommandations, ou doit-on demeurer sur le plan de l'analyse théorique, qui a été celui de l'ensemble de la recherche? La réponse à cette question commande, dans une large mesure, la décision à prendre. Des recommandations en bonne et due forme n'auront d'autorité que si elles émanent de l'Institut *in corpore*. Au contraire, si on se limite à une étude théorique, l'Institut peut se contenter de donner son approbation générale — s'il estime pouvoir l'approuver — à la recherche menée par la Septième Commission, sans aller jusqu'à reprendre à son compte chaque terme des conclusions de cette recherche.

62. A première vue, il semble que certaines recommandations s'imposent tout naturellement au vu de la pratique et de la façon dont elle a été considérée dans la doctrine jusqu'à maintenant.

63. Une première série de recommandations pourrait être adressée aux interprètes des textes internationaux, quelle que soit la qualité — autorités chargées de les appliquer, tribunaux, exégètes — en laquelle ils interviennent.

Il paraît très désirable, tout d'abord, que soient reconnues sans ambiguïté l'importance et la portée pratiques des engagements purement politiques à côté de celles des engagements juridiques : d'une part, pour ne pas sous-estimer la valeur des engagements purement politiques, par lesquels leurs auteurs sont réellement et sérieusement liés ; d'autre part, pour ne pas tenter, par souci d'efficacité, d'attirer indûment vers le droit des engagements que leurs auteurs ont entendu n'assumer que sur le plan politique.

Symétriquement, il convient de reconnaître la valeur juridique pleine et entière — égale à celle de toutes les autres obligations

juridiques — des obligations résultant d'engagements juridiques peu contraignants, en raison de la formulation vague ou imprécise qui a été choisie, ou des conditions ou réserves discrétionnaires dont ils sont accompagnés ; il importe, en conséquence, d'éviter de créer par le langage employé l'impression qu'il existerait des obligations juridiques moins respectables que les autres.

Enfin, il est utile aussi de reconnaître que la portée juridique, ou, au contraire, exclusivement politique, de certaines stipulations figurant dans des accords internationaux ne résulte pas de la forme ou de la nature du texte qui les contient, mais de leur nature propre.

64. Une seconde série de recommandations pourrait viser plus particulièrement les rédacteurs de textes internationaux.

Leur attention pourrait d'abord être attirée sur l'utilité d'éviter les ambiguïtés de rédaction susceptibles de faire douter de la nature d'un engagement, ou même de créer des difficultés pour déterminer si on est en présence d'un véritable engagement ou d'une simple déclaration d'intention (il est vrai que ces ambiguïtés sont souvent voulues, ou se sont révélées insurmontables au cours de la négociation).

L'attention des rédacteurs de textes pourrait également être attirée sur le fait que, même lorsque les Etats entendent se placer exclusivement sur le plan politique et ne pas se lier en droit, ils restent néanmoins soumis aux obligations résultant du droit international général (et notamment du principe de bonne foi).

65. Comme on peut le constater à leur énoncé, ces diverses recommandations ne nécessitent pas de revêtir une forme exhortative : il s'agit essentiellement d'attirer l'attention sur divers aspects des conclusions auxquelles conduit l'étude faite. De simples conclusions peuvent donc remplir la même fonction.

Dans ces conditions, il paraît préférable, à ce stade, de laisser l'option ouverte ; il appartiendra à l'Institut de décider s'il souhaite adopter un texte dont il aura approuvé la rédaction, ou exprimer un avis global sur le rapport et ses conclusions. Le rapporteur s'en remet à l'avis de la Commission sur l'appréciation de l'opportunité de faire une proposition dans un sens ou dans l'autre.

66. Compte tenu de ce qui précède, les conclusions suivantes peuvent être formulées⁸ :

1. Constituent des textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations entre leurs auteurs, quelle que soit leur forme :

a) les textes exprimant un accord entre leurs auteurs pour définir, modifier, ou révoquer des engagements juridiques ;

b) les textes exprimant un accord entre leurs auteurs pour produire d'autres effets de droit, quelle qu'en soit la nature : création d'un cadre juridique pour l'action future des parties ; établissement d'un organe ou d'un mécanisme institutionnel susceptible d'agir sur le plan du droit ; reconnaissance d'une situation ou d'une prétention juridique déterminée ; reconnaissance de l'autorité juridique de principes ou de règles de droit international, etc.

2. Les obligations juridiques résultant d'un engagement juridique sont plus ou moins restrictives de la liberté d'action de ceux qui ont souscrit cet engagement (et donc plus ou moins contraignantes), suivant le degré de précision (ou d'imprécision) des termes employés pour le définir, la nature des réserves qui peuvent l'accompagner, ou les conditions plus ou moins discrétionnaires auxquelles peut être subordonnée sa mise en œuvre.

Toutefois, lorsqu'elle est établie, la violation d'une obligation juridique entraîne toujours les mêmes conséquences, qui sont définies par l'ordre juridique international.

3. En dépit du degré élevé d'appréciation subjective qu'elles comportent au profit de ceux qui y sont soumis et du fait que leur mise en œuvre nécessite habituellement l'intervention d'accords complémentaires (ou même de décisions unilatérales discrétionnaires), les obligations de coopération, de négociation, de consultation et même

⁸ Dans la rédaction de ces conclusions, le rapporteur s'est efforcé de tenir compte des divers commentaires présentés dans leurs observations par les membres de la Commission.

Comme plusieurs d'entre eux le lui ont expressément demandé, il a mis l'accent sur les conclusions relatives aux engagements politiques, mais en se plaçant au point de vue du juriste, qui est évidemment celui de l'Institut.

de simple prise en considération (d'un événement futur éventuel en vue d'une action également éventuelle) constituent des obligations juridiques, dont un tiers peut déterminer, dans certaines limites, si elles ont été ou non exécutées de bonne foi.

Leur violation entraîne les mêmes conséquences que celle de toute autre obligation juridique.

4. Les engagements juridiques ne sont pas à confondre avec les engagements purement politiques, résultant d'accords consacrés par des textes dont les auteurs ont entendu se lier seulement sur le plan politique et qui déploient tous leurs effets sur ce plan, sous réserve de ce qui sera dit aux §§ 5, 6 et 7 *infra*.

5. La violation d'un engagement purement politique justifie la partie qui en est la victime à recourir à tous les moyens en son pouvoir en vue de la faire cesser ou d'en compenser les conséquences dommageables ou les inconvénients, dans la mesure où ces moyens ne sont pas prohibés par le droit international. Le différend né d'une telle violation peut être soumis à tous les modes de règlement pacifique disponibles et doit être soumis à une procédure de règlement pacifique dans l'hypothèse définie à l'article 33, al. 1 de la Charte des Nations Unies.

6. L'auteur d'un engagement purement politique est soumis à l'obligation générale de bonne foi, qui gouverne le comportement des sujets de droit international dans leurs rapports mutuels.

En conséquence, il est soumis aux obligations juridiques résultant de l'estoppel, lorsqu'il a créé les apparences d'un engagement juridique auxquelles une autre partie s'est fiée et que les conditions auxquelles le droit international subordonne l'apparition de telles obligations sont remplies.

De même, il doit être réputé avoir renoncé à invoquer les fins de non recevoir qu'aurait pu lui fournir le droit international (y compris l'exception du domaine réservé à la compétence exclusive) pour s'opposer à une demande d'exécution de son engagement présentée par l'un de ceux envers lesquels il s'est engagé. Dès lors, une telle demande ne peut être considérée comme une ingérence illicite.

7. Les engagements figurant dans le texte d'un traité international, au sens de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, sont des engagements juridiques.

8. Le caractère, juridique ou purement politique, d'un engagement figurant dans un texte international de nature incertaine dépend de l'intention des parties telle qu'elle peut être établie par l'examen des termes employés pour l'exprimer, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties.

9. Les textes internationaux ne formulant que de simples déclarations d'intention, par lesquelles leurs auteurs entendent apporter seulement des indications sur leurs vues relativement à un problème donné au moment de la rédaction du texte considéré sans vouloir se lier pour l'avenir, sont dépourvus de portée juridique et ne lient leurs auteurs que dans l'hypothèse où ils ont créé une situation d'estoppel.

Une déclaration d'intention ne peut être admise que si la volonté de ne pas se lier, telle qu'elle résulte des termes employés, des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et du comportement ultérieur de son auteur, est parfaitement claire.

En particulier, on ne peut admettre qu'une disposition d'un traité contient seulement une déclaration d'intention que si aucune autre interprétation ne peut être donnée à cette disposition.

Paris, septembre 1982

Annexe

Observations des membres de la Septième Commission sur le rapport provisoire.

1. *Observations de Mme Suzanne Bastid*

Anost, le 7 avril 1982

Mon cher Ami,

Pour répondre à votre communication du 30 janvier 1982, je crois devoir me borner aux observations suivantes :

Tout d'abord il m'apparaît que l'Institut doit être saisi d'un ensemble logique de propositions telles que celles énoncées dans les paragraphes 207 et 208 de votre rapport provisoire et qui devraient être présentées comme des conclusions de recherches plutôt que comme un projet de convention. Les termes que vous employez me paraissent tout à fait acceptables même lorsqu'ils introduisent une notion inhabituelle et dont la portée précise peut donner matière à discussion (texte *ayant une portée juridique* même sans concerner une obligation juridique). Je ne crois pas que la division entre les deux paragraphes soit utile et elle risque de conduire à des confusions entre le principal et l'accessoire.

Le rapport provisoire comportant une exploration très complète des situations multiples qui ont été considérées, je pense que le rapport définitif devrait essentiellement avoir pour objet de justifier les conclusions soumises à l'Institut. Il me semble cependant (et pour des raisons pratiques en vue de mieux orienter le débat) qu'il serait bon d'accompagner un exposé des motifs théoriques de quelques exemples concrets et sur lesquels on discute éternellement : Yalta, Helsinki, etc.

Finalement, je me demande si l'objet profondément original et utile de vos conclusions ne devrait pas être présenté sous un titre différent : « Des divers effets dans les relations mutuelles entre leurs auteurs de textes internationaux établis de concert ».

Ce faisant, la gradation à laquelle vous parvenez serait logique.

Avec tous mes souhaits et mes fidèles amitiés,

Suzanne Bastid

2. *Observations de M. Rudolf L. Bindschedler*

Berne, le 5 mars 1982

Cher Confrère et Ami,

En réponse à votre lettre circulaire du 30 janvier 1982, j'ai le plaisir de vous faire savoir que je suis entièrement d'accord sur votre magistral rapport provisoire. Je n'ai rien à y ajouter. Je suis particulièrement heureux que vous vous opposiez également à l'introduction de notions fausses et dangereuses comme la « *soft law* ».

Avec mes meilleurs sentiments, je reste
bien à vous.

R. Bindschedler

P.S. — Comme vous, je suis en faveur d'une résolution qui reprendrait vos conclusions.

3. *Observations de M. Fritz Münch*

Heidelberg, le 25 janvier 1982

Cher Confrère,

Veillez bien agréer, avant tout, mes félicitations pour votre rapport provisoire sur notre thème, rapport qui a bien avancé nos travaux aussi bien par le matériel supplémentaire qui y est rassemblé que par les exposés méthodiques et systématiques qu'il contient. Je vais borner mes observations à peu de points.

1. Vous vous êtes donné beaucoup de peine à délimiter exactement le champ de nos investigations. On pourrait continuer à l'infini cette discussion ; je pense que nous devrions nous contenter de ce que vous avez si bien exposé dans vos deux papiers, et simplement continuer à travailler sur les chapitres II à IV du rapport provisoire. Là nous avons une matière cohérente et suffisante, intéressante et pratique. Notamment je n'insiste pas pour faire du droit comparé ; il suffit d'avoir dit et de savoir qu'en droit civil il y a des semblants de traités, et que la notion d'accords sans portée juridique n'est pas une absurdité.

2. Pourtant, il faudrait adopter une terminologie claire et simple. Il faut éviter que certains textes ou certaines catégories de textes se glissent dans un autre compartiment juridique par des jeux de mots.

Notre investigation est devenue de grande actualité, parce qu'on met en doute, depuis peu, la portée politique de Yalta. Evidemment celle-ci dépend aussi de la portée juridique de ces textes, et il nous incombe de fournir un cadre de notions approprié pour en juger.

3. Dans votre exposé préliminaire et dans votre rapport provisoire on trouve des éléments qui pourraient servir à ce but, et je propose donc de dire ceci :

a) Il y a des textes à deux (et plusieurs) auteurs. Il faut y assimiler les échanges de notes identiques ou correspondantes.

b) Ces textes alors manifestent une idée commune à leurs auteurs, qu'on peut aussi nommer un accord.

c) Un accord peut viser la constatation d'un fait, l'évaluation d'un fait, la proposition d'un principe, ou bien une volonté commune.

d) L'accord sur un fait peut comporter, implicitement, un engagement d'en tirer des conséquences légales. Par exemple une enquête sur un incident peut amener les Etats intéressés à un accord sur les faits, et cet accord peut constituer un élément pour établir la responsabilité d'une des parties. Un accord sur un fait peut se manifester dans un texte *ad hoc* (souvent dans une « déclaration ») ou bien dans une clause d'un préambule à un autre texte.

e) L'accord sur un fait peut prendre l'allure d'une reconnaissance, et en même temps viser des conséquences légales ou des appréciations en droit. La reconnaissance en tant que terme de droit implique l'engagement de ne plus remettre en doute le fait ou la situation de droit qu'elle vise.

f) Un accord de volontés sera un engagement, normalement. Un « *agreement to disagree* » peut s'interpréter comme un engagement de ne pas chercher à ramener l'autre partie à la position qu'on tient soi-même. Mais « engagement » est une expression ambiguë et tend trop vers « obligations ». Il faut vous laisser le soin d'opposer au terme strictement légal un autre plus général ou purement politique.

4. Nous voici donc, après ces préliminaires, dans la matière de nos travaux. Je pense que la Commission des Travaux a voulu mettre l'accent plutôt sur la différence des deux catégories de textes que sur leurs ressemblances.

Il est évident que l'effet politique d'un texte sans portée juridique peut être plus important que celui d'un texte juridique classique. Mais je pense que cela n'est pas notre problème. Nous autres juristes savons que la motivation par le droit est parfois bien faible ; néanmoins, notre tâche reste de définir et d'expliquer les obligations en droit qui se rattachent à chaque situation.

5. C'est pourquoi je pense qu'il ne faut pas chercher à rehausser les textes dépourvus de portée juridique. La bonne foi notamment ne saurait modifier leur caractère : ils restent précaires. Le fait que beaucoup d'entre eux sont observés même pendant longtemps intéresse les historiens, les politologues et les diplomates ; pour nous ils n'ont pas engendré d'obligation durable et surtout pas un statut permanent de territoires.

Il est vrai qu'il y a des effets juridiques secondaires : on ne peut pas anéantir ce que les parties ont fait sous le régime de fait, et éventuellement la prescription extinctive ou acquisitive commence à agir. C'est certainement un point que nous devons élucider et non pas réserver. Mais il faudrait dire que ce sont des effets découlant d'autres principes que de celui de *pacta sunt servanda*. Je vois, par exemple, une difficulté dans l'éventualité qu'une des parties aurait fait une prestation sous un accord sans portée juridique : si cet accord n'est plus maintenu, y a-t-il lieu à la *condictio indebiti* ?

6. Quant aux raisons pour lesquelles un accord reste sans portée juridique et ne devient pas un traité (*pactum servandum*), vous en avez énuméré au § 37 de l'Exposé préliminaire, avec beaucoup de concision. Je vous suivrai ici, et j'insiste notamment sur le n° 6, les engagements vagues. Nous avons là l'autorité de nos confrères Wengler et O'Connell.

7. Je suis largement d'accord avec vos considérations aux §§ 137, 138, 178 al. 3, 182, 188 et 189 du Rapport provisoire. Mais ne pensez-vous pas qu'alors les §§ 207 et 208 pourraient préciser davantage vos idées ?

8. Je partage vos hésitations sur l'utilité de proposer un projet de résolution. Je crains que les débats ne soient très longs et confus, et qu'il n'y ait beaucoup d'opposition dès que des conclusions précises commencent à se dessiner. Nous devrions donc chercher à employer un des autres moyens pour terminer nos délibérations.

Veuillez bien agréer, cher et honoré Confrère, l'assurance de ma considération toute distinguée.

Fritz Münch

4. Observations de M. Milan Sahovic

Belgrade, le 24 avril 1982

Mon cher Confrère,

En m'excusant du retard de ma réponse à votre lettre du 30 janvier 1982, je tiens tout particulièrement à vous féliciter pour votre rapport provisoire préparé pour la Septième Commission de l'Institut sur le problème de la distinction entre les textes internationaux de portée juridique et les textes internationaux dépourvus de portée juridique. Il s'agit là d'une analyse claire et précise qui nous permet de progresser dans l'accomplissement de la tâche de la Commission.

Après avoir lu votre rapport provisoire et en particulier les questions que vous avez soulevées, ainsi que la décision du Bureau modifiant l'intitulé du sujet qui est maintenant « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », il me paraît utile pour la continuation de notre échange de vues de formuler quelques remarques de caractère plutôt général. En principe d'accord avec la méthode que vous avez appliquée dans votre analyse et votre élaboration du sujet, je ne trouve pas qu'il soit nécessaire que je me penche sur un petit nombre de questions sur lesquelles j'aurais pu avoir éventuellement des opinions différentes des vôtres.

1. Après une nouvelle réflexion, je suis obligé de vous informer que j'ai encore quelques doutes à propos de l'utilisation du terme « textes internationaux ». Grâce à votre analyse du sens de cette expression et de la portée du

sujet de notre étude, la méthode que vous avez employée en insistant en premier lieu sur les critères juridiques comme ligne de démarcation et le tour d'horizon de la pratique, je trouve qu'il serait peut-être plus convenable de prendre un terme plus technique, plus proche de la matière que nous traitons, qui est la matière des relations internationales et en même temps du droit international. L'expression « textes internationaux » est trop large du point de vue étymologique malgré la qualification qui la précise en insistant sur leur portée juridique et non juridique. Par le mot « textes » on indique en premier lieu le contenu (la teneur) qu'il peut avoir et qui peut se manifester sous des formes diverses.

Etant donné — c'est une des conclusions que j'ai tirées de votre rapport provisoire — que nous devons nous occuper des critères qui doivent nous faciliter de voir la nature et le degré des différences qui existent entre les « textes internationaux » par rapport à leur valeur obligatoire juridique ou non juridique, j'estime qu'il serait plus opportun d'utiliser une expression qui refléterait plus directement cette intention. Le terme que j'ai en vue est « actes internationaux » qui peut couvrir tout ce que nous avons en vue en parlant des « textes internationaux », mais d'après mon opinion, d'une manière qui correspond mieux au caractère de notre étude.

2. En ce qui concerne la forme dans laquelle nos conclusions pourraient être formulées, je suis d'accord sur la proposition de rédiger un projet de résolution. J'approuve les raisons que vous indiquez en faveur de cette proposition dans le paragraphe 209 de votre rapport provisoire. Ayant en vue l'importance de plus en plus grande que revêtent dans la pratique internationale contemporaine les « textes internationaux dépourvus de portée juridique », une résolution de l'Institut représenterait sans aucun doute une contribution extrêmement nécessaire, la première de la part d'une instance internationale, à ma connaissance, pour la compréhension et la clarification de leur nature.

3. Dans le paragraphe 210 de votre rapport provisoire, vous suggérez que nous nous inspirions, dans la rédaction d'un projet de résolution, des conclusions auxquelles vous êtes parvenu et que vous avez présentées dans les paragraphes 207 et 208 (partie V. Conclusions). J'accepte en principe cette suggestion mais je voudrais en même temps formuler quelques remarques à propos de vos conclusions en tant que base du projet de résolution.

Il est bien clair que c'est de l'analyse de la pratique que nous devons tirer les points principaux du projet. D'autre part, étant donné que ce sont les « textes internationaux dépourvus de portée juridique » qui sont au centre de notre intérêt, le texte du projet de résolution devrait se concentrer sur leurs caractéristiques. Les textes et critères juridiques ne représentant que le point de départ de notre analyse, ils ne doivent être présents dans le projet que dans la mesure du nécessaire. Pour le moment, cependant, surtout dans le paragraphe 208, les points qui parlent des textes juridiques sont prépondérants. C'est logique, car il s'agissait de tirer des conclusions d'une analyse, mais le texte du projet de résolution devrait être orienté dans son ensemble, à mon avis, dans une autre direction.

Je passe au texte du paragraphe 207 dans lequel on tire les enseignements

de la pratique. Le point 1) n'est pas trop clair pour moi à cause du dernier membre de phrase du libellé du paragraphe premier qui relativise le sens de la « nature juridique » comme telle qui ne peut pas être séparée du caractère d'engagement qui lie toujours ses auteurs, ayant ainsi comme élément inséparable l'élément juridique. Je ne comprends donc pas quelle distinction peut être faite, d'après le libellé du paragraphe premier, entre « les dispositions exprimant des engagements ... et celles formulant de simples déclarations d'intention, ou des considérations traduisant l'opinion de leurs auteurs ». J'attire l'attention sur cet aspect car je ne pense pas que l'on peut dire, comme dans le paragraphe 2, que ces dernières dispositions « ne lient pas leurs auteurs même si le texte qui les contient exprime l'accord de ses auteurs à leur sujet ». L'existence d'un accord est une base fondamentale pour l'adoption des engagements juridiques. Par conséquent, je ne suis pas sûr que ce soit l'élément sur lequel nous devrions construire nos conclusions. Je le chercherais plutôt dans la volonté des parties et non dans la distinction sur laquelle on insiste dans le premier point du paragraphe 207.

Je comprends le point 2) comme une tentative de formulation de définition des engagements juridiques et des engagements purement politiques ou moraux. Pour les engagements juridiques j'insisterais toujours directement sur leur caractère obligatoire indépendamment du principe de la bonne foi qui, dans le sens le plus large, peut être dégagé de la morale et comme tel appliqué également aux engagements purement politiques ou moraux.

Je comprends le paragraphe premier du point 3) dans le sens que donne au terme « traité » la Convention de Vienne sur le droit des traités.

J'approuve les conclusions des paragraphes 4 et 5 mais je me demande encore s'il faudrait — dans le projet de résolution — insister autant sur les éléments de distinction et les élaborer si largement. J'ai besoin d'un peu plus de temps de réflexion avant de prendre une position définitive sur ces points.

En ce qui concerne le paragraphe 208, qui contient les propositions émanant des réponses aux questions qui ont été posées à la Septième Commission, je dirai seulement qu'elles peuvent être bien combinées avec les conclusions du paragraphe 207 dans un texte unique de projet de résolution. En formulant mes remarques sur les libellés de ces conclusions, j'ai indiqué aussi la ligne du cadre dans lequel les réponses susmentionnées pourraient être rédigées.

En terminant, je souligne que mes remarques ont un seul but : élargir la base du débat en partant de l'excellent rapport provisoire qui nous a été présenté. Je suis bien conscient des difficultés qu'a eu à surmonter le Rapporteur. Tout ce que j'ai voulu faire c'est d'attirer son attention sur les diverses possibilités d'interprétation de ses conclusions.

Avec mes meilleurs vœux pour le succès de votre étude, je vous prie de croire, mon cher Confrère, à mes sentiments les plus amicaux.

Milan Sahovic

5. *Observations de M. Oscar Schachter*

Cambridge Massachusetts, April 19, 1982

Dear Confrère,

Your provisional report for the Seventh Commission is an admirably comprehensive and illuminating analysis of the elusive subject on our agenda. I found the report persuasive in its analysis and conclusions. The scope and depth of treatment far surpasses previous efforts to consider the issues. Whether or not a resolution is adopted, the report will constitute an outstanding contribution to legal scholarship.

I previously had some doubts about the necessity of a resolution, but it seems to me now that a draft resolution based on your conclusions would be useful.

May I offer some general comments in support of those conclusions and also invite your attention to a couple of points that might be clarified in the report.

In support of your conclusions, I would underline the desirability of recognition by the Institut of the useful role of the « purely political » instrument. They should not be regarded by international lawyers (as sometimes has been the case) as spurious or questionable surrogates for legal instruments. International law should be supportive, to the extent appropriate, of the utility of such instruments. Room should be left to states to give effect to their intention to have such instruments and international lawyers should, as your report does so ably (in paras. 171-178), clarify the objective means for ascertaining those intentions. Though such instruments are, by hypothesis, non-legal, international law cannot be indifferent to their creation and function.

It is also highly useful, both for theoretical understanding and for practice, to have a clear idea of the several kinds of instruments that have legal effects though they do not impose precise obligations. The two broad categories defined in sub-paragraphs 3 and 4 of your conclusions (para. 208) and described earlier in the report meet this need. They enable us to have a systematic conception of the wide range of agreements and instruments that involve legal consequences even if they do not fit into the common notion of legal instruments. (Whether these should be referred to as « soft law » is perhaps a matter of taste; I have not used that term and regard it as somewhat confusing for some of the instruments in question).

I come now to a couple of points on which I think some further clarity is desirable. They relate to sub-paragraph 4 of your conclusions (in para. 207). I suggest, that this conclusion implicitly recognizes a right — i.e. a legal right — of a party to invoke a political instrument and draw attention to its violation in a non-judicial organ and to the parties to the instrument. It seems to me that this right is reasonably and appropriately treated as a right recognized by international law. One implication is that the state against which the right is invoked cannot justifiably claim that the matter raised is within its reserved domain. I believe this holds for nonbinding agreements such as the Helsinki

Final Act (including its new commitments, not merely the affirmation of pre-existing obligations) and fort SALT II. State practice also supports this in respect of other nonbinding agreements. Such practice includes demands for compliance and censure of the alleged violator. To characterize this right as a right under international law is not merely a semantic point. It has consequences, as noted, in regard to a claim of domestic jurisdiction, and it may bear on responsibility in cases where a state relied on a political commitment to its prejudice. Moreover, a statement that your fourth paragraph is based on international law and implies a legal right would be supportive of your basic view that the « purely political texts » are an important instrumentality for states to undertake commitments in good faith. Yet this conclusion would not go as far as to assert that the commitments are legal obligations binding on states.

There is a related point to which I invite your attention. You place emphasis rightly on the intention of the parties as the decisive factor in determining the legal or non-legal « nature » of the instrument. I suggest, that it does not necessarily follow from that proposition that the legal effects of the instrument are completely controlled by the intention of the parties. Thus, once having made a political or moral commitment, a party cannot say that it did not intend the other party to have a right to complain of a violation. I think this is implicit in paragraph 4 of your conclusions. It may be well to clarify the point by observing that legal consequences are not entirely controlled by the intention of the parties.

While these suggestions touch on basic points, they are in line with your analysis and conclusions. I leave it to you to consider whether they merit some additional comment in the report.

With warm regards,
Sincerely,

Oscar Schachter

6. *Observations de M. Grigory Tunkin*

Moscou, le 14 avril 1982

Cher Confrère,

J'ai lu avec beaucoup d'intérêt votre rapport provisoire sur le sujet « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus ».

Je vous présente les quelques observations qui suivent :

1. J'ai quelques doutes sur les paragraphes 93-95. S'il s'y agit des textes qui ont été « concertés » au sein d'un organe de l'organisation internationale mais qui ne sont pas des textes adoptés par cet organe (on parle, par exemple, des déclarations), il ne faut pas les lier à l'organisation internationale. Au sein des organisations internationales on fait bien des choses qui n'ont rien à faire avec ces organisations. Il serait utile de préciser ce point.

2. Dans le paragraphe 154, vous parlez des « usages politiques qui prévalent ». A notre époque de la coexistence d'Etats à deux systèmes socio-économiques opposés, on doit être très réservé sur ce point. Je préférerais une expression « usages politiques généralement suivis » ou « généralement acceptés ».

3. Paragraphe 189. Je me demande s'il n'y a pas de « catégorie intermédiaire entre textes ayant une portée juridique et textes qui en sont dépourvus ». Quant aux résolutions de l'Assemblée générale de l'O.N.U., vous-même ainsi que moi et quelques autres auteurs avons exprimé l'opinion affirmative sur ce point.

Mais en même temps je suis persuadé qu'il ne faut pas diluer la notion de droit international en baptisant le « droit » un nouveau phénomène qui ne possède qu'un élément d'obligation juridique.

4. Je ne peux pas accepter la formule que « l'obligation juridique est un modèle figé qui ne fera jamais jaillir l'initiative et l'enthousiasme. La volonté politique doit trouver d'autres motifs de se déployer pour que la coopération réussisse » (paragraphe 195).

Cela me rappelle George Kennan qui a désigné autrefois le droit international « legal straitjacket ». (On peut trouver la critique de cette conception dans mon ouvrage « Theory of International Law », Harvard University Press, 1974, p. 286 et seq.).

A mon avis, le droit international remplit une fonction stabilisatrice ainsi qu'une fonction créatrice.

5. Il serait souhaitable de soumettre à l'Institut un projet de résolution mais je ne suis pas sûr que cela s'avère praticable. Vous le verrez vous-même.

Grigory I. Tunkin

7. Observations de M. Prosper Weil

Paris, le 15 avril 1982

Mon cher Confrère et Ami,

Je voudrais vous dire, avant tout, combien je suis heureux que ma première participation active aux travaux de l'Institut se déroule au sein d'une commission dont vous êtes le rapporteur et sur un problème d'une importance aussi considérable.

J'ai lu avec un intérêt attentif, outre l'étude exploratoire du professeur Münch de 1976, votre exposé préliminaire de 1979, les observations des membres de la Commission en réponse au questionnaire qui accompagnait cet exposé, enfin votre rapport provisoire de 1981. Permettez-moi de vous exprimer mes amicales félicitations pour vos deux rapports qui, sans laisser dans l'ombre aucun aspect d'une pratique multiforme, parviennent à dégager, avec recul et hauteur de vues, les concepts directeurs de la matière.

Les travaux de la Commission et vos propres réflexions ayant permis de faire avancer d'ores et déjà l'examen du problème de manière décisive, je n'aurai pour ma part que des commentaires de portée limitée à vous soumettre.

Résolution ou conclusions générales ?

Il est difficile au nouveau venu que je suis de prendre position sur cette question, qui met en cause la pratique de l'Institut. Je dirai simplement que le thème examiné par notre Commission me paraît mal se prêter à la rédaction d'une résolution. La nécessaire concision, l'indispensable articulation logique, le caractère inévitablement quelque peu dogmatique de cette forme traditionnelle : autant de contraintes qui conduiraient à couler de manière artificielle une matière essentiellement fluide dans un moule rigide. Aussi mes préférences iraient-elles vers une formule plus souple de conclusions d'ordre général qui dégageraient les lignes de force de la matière et énonceraient quelques directives en vue de son approche conceptuelle. Les propositions que vous présentez au paragraphe 208 de votre rapport provisoire me paraissent constituer un excellent modèle pour de telles conclusions.

Quant à votre suggestion d'incorporer à ces conclusions une mise en garde à l'intention des rédacteurs de textes internationaux, elle me paraît tout à fait judicieuse ; car autant il convient de tenir compte de l'intérêt manifesté par les Etats à élaborer, selon le cas, un texte de portée juridique ou un texte dépourvu de portée juridique — et, partant, de ne pas décourager une distinction imposée par les besoins de la vie internationale —, autant il apparaît souhaitable d'arracher cette distinction à l'ambiguïté dans laquelle elle baigne trop souvent.

Je souscris donc entièrement à la proposition que vous formulez au paragraphe 209 d'attirer l'attention des rédacteurs « sur certaines pratiques susceptibles de créer des difficultés au moment de l'application de ces textes et qui pourraient être évitées par une meilleure compréhension des problèmes théoriques ou pratiques ».

Intérêt de la distinction

Le point de départ de la réflexion se trouve dans une constatation : les Etats considèrent que certains des textes qu'ils élaborent ont des effets juridiques tandis que d'autres sont dépourvus de portée juridique. La distinction entre l'engagement juridique et l'engagement non juridique (ou politique) se situe dès lors, comme vous le relevez à juste titre, au cœur du problème, puisque aussi bien c'est en raison de leurs effets différents que les Etats choisissent, selon le cas, de recourir tantôt à l'un tantôt à l'autre.

Je suis pleinement d'accord avec vous pour estimer que la différence entre les deux types d'engagements ne réside pas dans le fait que l'engagement politique n'obligerait pas, ou obligerait moins que l'engagement juridique. Ce n'est pas parce que les gouvernements entendraient ne pas être liés vraiment, ou être liés de manière moins forte, qu'ils recourent à des textes sans portée juridique : sinon, on ne comprendrait pas que l'élaboration de tels textes puisse donner lieu à des négociations ou débats aussi âpres parfois que celles de textes juridiques. Il est des engagements juridiques qui ont peu de prolongements concrets, soit parce qu'ils ne comportent pas de contenu très précis, soit parce qu'ils sont mal respectés. Mais il est aussi des engagements politiques qui, vous en avez fait la remarque à juste titre, influencent la conduite des Etats de manière

effective et durable. L'engagement politique ne lie pas moins que l'engagement juridique : il lie autrement. Vous avez relevé plusieurs de ces différences dans vos rapports (par ex. paragraphes 154-156 et 188 de votre rapport provisoire), et je crois qu'elles méritent toutes d'être retenues. L'une d'entre elles (que vous citez aux paragraphes 166-167 du rapport provisoire) me paraît toutefois revêtir une importance particulière : je veux parler de la différence d'approche au regard de ce que j'appellerais volontiers la maîtrise du temps. Je m'explique.

J'ai eu l'occasion ailleurs de noter que l'une des caractéristiques du phénomène juridique consistait à vouloir dominer, par un acte de volonté, les transformations inéluctables liées à l'écoulement du temps : « les juristes, ai-je écrit, ont de toute éternité su que le temps n'est pas neutre et que les conditions de fait dans lesquelles la règle de droit est élaborée ne resteront pas figées... S'ils créent néanmoins du droit, c'est précisément pour maîtriser cette altération, pour lutter contre le temps, pour dominer les fluctuations de fait » (*Le droit international économique : mythe ou réalité ? in : Aspects de droit international économique, Colloque de la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 1972*). Sans doute la réserve *rebus sic stantibus* vient-elle atténuer cette rigidité de l'engagement juridique au regard des altérations dues au temps ; mais, précisément, le droit international ne l'admet qu'avec réticence et dans des limites très étroites. C'est pourquoi les Etats, lorsqu'ils entendent renoncer à cette maîtrise du temps par la volonté qui constitue l'une des caractéristiques du phénomène juridique, recourent de préférence à l'engagement politique, qui leur permet de moduler leurs obligations au rythme de l'évolution des circonstances. Hétérogène par nature à l'engagement juridique, *rebus sic stantibus* est inhérent par nature à l'engagement politique.

Notre confrère le professeur Schachter cite une déclaration significative à cet égard d'Henry Kissinger devant le Sénat des Etats-Unis au sujet des accords de désengagement de Sinaï de 1975. Les engagements pris lient les Etats-Unis, selon lui, « morally and politically », et les Etats-Unis ne sont pas libres de se comporter comme s'ils ne les avaient pas pris : « they engage the good faith of the United States as long as the circumstances that gave rise to them continue » (A.J.I.L. 1977, p. 303, note 26). Dans le même ordre d'idées, le Conseiller juridique du Département d'Etat indique que certaines « déclarations d'intentions » faites par les Etats-Unis et l'U.R.S.S. dans le cadre des négociations SALT expriment « a present intention » et que chacun des deux gouvernements est donc libre de « reverse its intention at will » et de changer « its stated policy » (voir A.J.I.L. 1978, p. 396-397).

Je me demande si ce n'est pas là que se situe la différence la plus remarquable entre l'engagement juridique et l'engagement politique : le premier entend défier le temps, le second entend s'y plier. La « fuite devant le droit » (pour reprendre votre expression du paragraphe 110 du rapport provisoire) dont témoigne si abondamment la pratique internationale contemporaine n'a peut-être pas d'autre explication que la crainte des gouvernements de se lier dans une conjoncture donnée et de se retrouver liés ultérieurement dans des circonstances différentes. C'est dans l'ampleur et dans le rythme de l'évolution du monde international que la « prolifération » des textes non juridiques (cf. paragraphe 51 de votre rapport provisoire) trouve sa justification.

Bien ou mal ? Je ne sais si l'Institut souhaite aller au-delà de la constatation pour porter un jugement. Pour ma part, je dirais volontiers que, si l'engagement non juridique est une nécessité de la vie internationale — comme il l'est, au demeurant, de toute vie sociale —, un recul trop marqué de l'engagement juridique comporterait de graves risques pour l'avenir des relations internationales. Le phénomène juridique possède, après tout, certaines vertus lui aussi. L'inflation du non-droit ne serait pas moins redoutable que celle du droit.

Réaffirmation ou effacement de la distinction ?

Nombreux sont les internationalistes qui considèrent la distinction entre l'engagement juridique et l'engagement non juridique comme dépassée ou, en tout cas, comme trop tranchée ; mieux vaudrait, pensent-ils, substituer à une vision aussi contrastée une approche plus flexible qui intégrerait les deux types d'engagements dans une échelle de juridicité allant du moins juridique au plus juridique en passant par des degrés intermédiaires sans rupture de continuité. Cette conception a été défendue récemment avec un talent tout particulier par notre regretté confrère le professeur Baxter dans l'étude posthume que vous citez à la note 51 de votre rapport provisoire.

Dès lors que vous constatez que les deux catégories d'engagements ont des effets différents et que, conscients de ces différences, les Etats recourent, selon le cas, soit à l'une soit à l'autre, c'est à juste titre que vous proposez à l'Institut de rejeter cette conception au profit de la réaffirmation solennelle de l'existence d'une différence de *nature* entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, entre le pré-droit et le droit. Aussi l'idée d'une *soft law* conçue comme une espèce de droit non encore mûr, et que seule une différence de degré séparerait de la plénitude de juridicité, me paraît, comme à vous, devoir être écartée avec vigueur. Un engagement est juridique, ou il ne l'est pas ; il ne peut pas l'être plus ou moins. Je me rallie entièrement à ce que vous dites à ce sujet aux paragraphes 140, 182, 189 et 207 de votre rapport.

Critère de la distinction : le rôle de l'intention des parties

Si on aborde le problème par l'observation que les Etats recourent, selon le cas, à l'engagement juridique ou à l'engagement non juridique en raison des effets différents de l'un et de l'autre (en particulier au regard de la « maîtrise du temps »), c'est, en définitive, l'intention des parties qui permet de déterminer si un texte donné possède, ou ne possède pas, une portée juridique. L'approche adoptée par la Cour internationale de Justice, dans les affaires des *Essais nucléaires*, à l'égard des actes unilatéraux vaut donc, plus généralement, chaque fois que l'on se demande si un texte comporte ou non des engagements juridiques. Malheureusement, comme vous le notez au paragraphe 170 du rapport provisoire, l'intention est un facteur psychologique souvent difficile à saisir, et c'est de là que découlent une bonne part des difficultés du problème soumis à l'examen de notre commission.

Pour remédier à ces difficultés il convient avant tout d'encourager les gouvernements à faire connaître clairement leur intention à cet égard. L'Acte

final d'Helsinki est un bon exemple de ce que l'on peut faire pour dissiper les malentendus. L'Institut jouerait un rôle utile en attirant l'attention des rédacteurs de textes sur ce point.

Lorsque l'intention des parties n'est pas clairement exprimée, l'interprète doit la déterminer en recourant aux indices que vous proposez (paragraphe 37 de l'exposé préliminaire ; paragraphe 171 du rapport provisoire).

Je me séparerais cependant de vous, à cet égard, sur deux points. Contrairement à vous, je pense que le recours par les parties à la forme d'un traité international devrait être regardé comme une présomption irréfragable du caractère juridique de tous les engagements qui y sont prévus, y compris ceux qui sont stipulés en termes vagues, imprécis, peu contraignants. Contrairement à vous encore — et ceci explique cela — je ne pense pas que le caractère vague, imprécis, peu contraignant d'un engagement soit en lui-même une cause ou un signe de sa nature non juridique.

Ce sont ces deux points que je voudrais évoquer ci-après.

Un traité international peut-il comporter des dispositions dépourvues de portée juridique ?

A cette question vous apportez une réponse nuancée, mais affirmative. Dans votre exposé préliminaire, vous écrivez certes que, « si les parties ont pris la peine d'établir un traité, et donc de se soumettre à la règle *pacta sunt servanda*, il y a tout lieu de penser qu'elles entendaient créer des obligations juridiques à leur charge » (paragraphe 42) ; vous n'écartez cependant pas la possibilité qu'« à l'intérieur même d'un traité en vigueur, ... les parties aient inséré certaines dispositions par lesquelles elles n'entendaient pas créer de droits et d'obligations » (paragraphe 45), encore que, précisez-vous, c'est là une situation « qui ne peut pas être facilement admise, en dehors des préambules » (paragraphe 42). Votre rapport provisoire confirme et développe ces vues : tout en restant l'exception, la présence de dispositions dépourvues de portée juridique dans un traité en bonne et due forme serait quand même assez fréquente pour que votre tour d'horizon de la pratique puisse s'articuler autour de la distinction entre « textes incertains » et « textes conventionnels » (voir paragraphes 15, 34, 111 et ss., 173 et ss.).

Je regrette de ne pas vous suivre dans cette analyse. A mon avis, il est nécessaire d'admettre comme axiomatique qu'un traité international ne peut pas comporter autre chose que des dispositions de caractère juridique. C'est là, me semble-t-il, une présomption qui doit être considérée comme irréfragable. Je ne méconnaiss pas que les considérations de forme jouent un rôle secondaire en droit international : dans l'acte bi- ou multilatéral tout comme dans l'acte unilatéral, c'est le *negotium* qui compte et non pas l'*instrumentum* dans lequel il s'exprime. Il n'en demeure pas moins, à mon sens, que dès lors que les parties ont recouru à un *instrumentum* qui a le caractère d'un traité au sens de l'article 2 de la Convention de Vienne, il n'y a plus lieu de se demander si telle ou telle disposition dudit *instrumentum* est revêtue ou dépourvue de portée juridique. De l'article 26 de la Convention il ressort clairement qu'aucune dis-

inction n'est à faire en ce sens et que toutes les dispositions d'un traité — toutes sans exception — sont soumises à *pacta sunt servanda* et, partant, ont une portée juridique. Toute autre solution risquerait de déstabiliser les relations contractuelles interétatiques. Quant au caractère imprécis ou peu contraignant de certaines dispositions insérées dans des traités (paragraphe 111 et ss. de votre rapport provisoire), cette question n'a rien à voir avec celle de leur caractère juridique : j'y viendrai dans un moment.

Aussi est-ce avec satisfaction que j'ai constaté que dans certains passages de votre rapport provisoire vous apparaissez tenté par l'approche dont je me fais ici le défenseur. Vous écrivez ainsi au paragraphe 173 que « les engagements pris par les parties à un traité et inscrits dans ce traité sont nécessairement des engagements juridiques ; c'est là l'application pure et simple de la règle *pacta sunt servanda*, qui ne connaît pas d'exceptions ». Vous confirmez cela dans vos conclusions générales du paragraphe 207 : « Tous les engagements figurant dans un texte constituant formellement un traité sont des engagements juridiques ». A de tels propos je souscris avec plaisir.

Précision d'un engagement et caractère juridique.

Maints auteurs ont relevé la multiplication récente — en matière économique en particulier, mais aussi dans le domaine politique — de dispositions de traités dont le contenu est imprécis, ou peu contraignant, ou dont l'exécution est confiée à l'appréciation subjective de la partie qui doit les appliquer. Dans son étude précitée, le professeur Baxter parle de normes « faibles », « fragiles », de dispositions de caractère « hortatory », d'instruments « which deliberately do not create legal obligations but which are intended to create pressures and to influence the conduct of States ». Par un mouvement parallèle et inverse, les instruments autres que les traités contiennent souvent des dispositions atteignant un grand degré de précision.

De cette constatation des conclusions divergentes ont été tirées.

Pour certains (dont le professeur Baxter), il faut abandonner la conception traditionnelle selon laquelle seules sont juridiques des dispositions créatrices de droits et d'obligations et accepter l'idée que le droit international, « in her infinite variety », comprend, à côté de normes créant des droits et obligations, des normes qui n'en créent pas. Dans cette perspective, le problème examiné par notre Commission cesserait tout simplement de se poser : dans la grande maison du droit international il y aurait place pour des textes de toutes natures, dont il n'y aurait plus lieu de se demander s'ils ont, ou s'ils n'ont pas, une portée juridique.

Pour d'autres au contraire (dont vous êtes), le juridique demeure distinct par nature du non-juridique, et le clivage se fait, entre autres, selon le degré de précision ou de contraignance de l'obligation : une obligation précise, contraignante, bien définie aura un caractère juridique ; une obligation vague, mal définie, peu contraignante ne sera qu'un engagement politique. On parlera alors de *soft law* : non pas, cette fois-ci, au sens d'une règle qui, n'ayant pas « mûri », constituerait une étape de transition entre ce qui n'est encore que du droit en

gestation et ce qui sera demain du droit en vigueur, mais au sens de règles trop peu précises ou trop peu contraignantes pour mériter d'être qualifiées de juridiques. Dans cette perspective, des dispositions de *soft law*, même inscrites dans un traité en bonne et due forme, seraient dépourvues de portée juridique. Tel paraît être votre point de vue. Votre exposé préliminaire cite en effet, parmi les engagements non juridiques, ceux « stipulés dans des termes tellement vagues et imprécis, ou accompagnés de formules en subordonnant l'exécution à l'appréciation subjective de circonstances non définies, qu'ils sont pratiquement dépourvus de toute force contraignante ... Les textes qui ne contiennent que des engagements aussi fictifs sont dépourvus de portée juridique » (paragraphe 37, point 6 ; cf. paragraphe 43 *in fine* et paragraphe 45, point 2). De même, votre rapport provisoire cite comme n'ayant pas de portée juridique les dispositions, même insérées dans des traités en bonne et due forme, qui ne constituent que des « considérations », des déclarations de position, des déclarations d'intention, des engagements de bonne foi, des engagements sous réserve discrétionnaire (paragraphe 113 et ss.).

Tout en partageant votre adhésion au principe de la distinction entre le juridique et le non-juridique, je ne saurais souscrire à l'idée que l'imprécision ou le caractère peu contraignant d'une disposition insérée dans un traité serait un indice de son caractère non juridique. Le degré de précision d'un texte et sa portée, juridique ou politique, se situent, à mon avis, sur des plans différents. Cela, vous l'admettez lorsqu'il s'agit de textes qui ne prennent pas la forme de traités : certaines dispositions de l'Acte final d'Helsinki ou de la Charte de droits et devoirs économiques des Etats ont beau atteindre un grand degré de précision, ce n'est pas *pour cela*, vous en convenez, qu'elles revêtent une portée juridique. Pourquoi, alors, des dispositions imprécises ou peu contraignantes inscrites dans un traité seraient-elles *pour cela* dépourvues de portée juridique ? Les cas que vous citez aux paragraphes 113 et ss. du rapport provisoire sont significatifs à cet égard. Prenons, par exemple, les obligations de consulter, de négocier ou de coopérer. Qu'elles puissent être, selon le cas, plus ou moins contraignantes, cela est bien connu, notamment pour le *pactum de negociando* : cela n'a pas empêché la Cour internationale de Justice, notamment dans son avis de 1980 sur l'*Interprétation de l'accord de 1951 entre l'O.M.S. et l'Egypte*, de les définir comme des obligations *juridiques* reposant sur des principes et règles de droit international général ; on voit mal à quel titre on refuserait à des dispositions conventionnelles instaurant de telles obligations un caractère juridique sous le prétexte qu'elles seraient peu contraignantes ou peu précises. *Soft law* peut-être (au sens où je l'entends ici), mais *law* toujours dès lors qu'elles sont prévues dans des traités en bonne et due forme. La même chose est vraie pour les engagements sous réserve discrétionnaire (« fera tous ses efforts », « s'efforcera », « dans la mesure du possible », « si les circonstances le permettent », etc.) : ces engagements n'ont peut-être pas un contenu très précis ; inscrits dans un traité international, ils sont soumis, *pour le peu qu'ils prévoient*, à *pacta sunt servanda*. De même ne saurait-on, à mon sens, refuser le caractère juridique à une déclaration d'intention insérée dans un traité : peut-être n'oblige-t-elle pas à grand-chose ; *pour le peu qu'elle oblige*, c'est une obligation juridique qu'elle crée.

Je n'entends pas pour autant dénier tout intérêt au degré de précision d'un engagement. Insérée dans une déclaration conjointe, un communiqué de presse, un « arrangement informel », etc., une disposition donnée se verra reconnaître plus facilement un caractère juridique si elle est précise que si elle ne l'est pas — encore que, je viens de le noter, ce facteur ne puisse jamais être tenu pour décisif à lui seul. Insérée dans un traité en bonne et due forme, au contraire, une disposition même *soft* (au sens de : imprécise ou peu contraignante) aura *ipso facto* une portée juridique.

Voilà les observations dont la longueur même témoigne de l'intérêt que j'ai pris à étudier vos rapports si riches et si stimulants.

Je vous prie de croire, mon cher Confrère et Ami, à l'assurance de mes sentiments les plus cordiaux.

Prosper Weil

8. Observations de M. Karl Zemanek

Vienne, le 7 avril 1982

Mon cher Confrère,

Dijon m'a déjà offert l'occasion de vous féliciter de votre rapport provisoire. Il expose, d'une façon magistrale, la complexité de la tâche confiée à la Septième Commission et, par sa lucidité, y met un ordre admirable. En général, je suis d'accord avec la tendance de ses conclusions, mais après avoir attentivement relu le rapport, il me semble qu'il faut encore approfondir la discussion de certaines notions fondamentales (§ 207), qui déterminent les conclusions finales du paragraphe 208, avant que celles-ci puissent être adoptées définitivement par la Commission.

A ces fins, je vous offre les observations suivantes :

1. Paragraphe 207/1.

Le second alinéa de ce paragraphe constate que les « considérations » ne lient pas les parties contractantes. Si cela est vrai, comment les « considérations » peuvent-elles avoir une « portée juridique », comme le constate le paragraphe 115 du rapport, et servir comme « indice » à l'interprétation ? D'où découle leur « portée juridique » sinon de la volonté commune des parties ? A mon avis, un préambule lie les parties contractantes, même s'il n'est pas une source d'obligation directe. C'est justement pour décrire cette situation que le terme « portée juridique » est employé en distinction du terme « effet juridique », qui vise la création des droits ou obligations directes. Mais l'un et l'autre cas présupposent que les parties sont liées par les dispositions respectives.

2. Paragraphe 207/2.

Il me semble que les considérations du rapport (§§ 151 ss.) ne sont pas encore suffisamment étendues pour permettre l'affirmation catégorique du pre-

mier alinéa de ce paragraphe (une distinction *nette*...). On doit se demander entre autres si les éléments servant à la distinction peuvent être dégagés par une analyse purement juridique. A mon avis il manque, en particulier, un examen du rôle de la réciprocité, qui est un élément important de l'exécution aussi bien des engagements politiques que juridiques (v. B. Simma, *Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völker-Gewohnheitsrechtes* (1970); B. Simma, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge* (1972).

3. Paragraphe 207/3 - 208/5.

Les deux conclusions, considérées ensemble, me laissent un peu perplexe. Au paragraphe 207/3 un critère formel (texte constituant formellement un traité) est utilisé pour définir un engagement comme engagement juridique. Au paragraphe 208/5 on introduit, au contraire, un élément matériel pour constater qu'un engagement peut être dépourvu de portée juridique si ses effets se déploient uniquement sur le plan des relations politiques entre leurs auteurs. Doit-on conclure de ces deux prémisses que des engagements politiques figurant dans un texte constituant formellement un traité sont des « engagements juridiques » mais dépourvus de « portée juridique » ?

4. Paragraphe 207/4 - 5.

D'après l'article 33 de la Charte, « le recours aux divers modes de règlement pacifique des différends » n'est pas un « moyen de redressement propre au droit international » dans le sens utilisé au paragraphe 207/5. N'importe quel différend (juridique ou politique), dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, est soumis à l'application de cet article.

Ces observations me permettent également de répondre à votre question, à savoir s'il est judicieux de soumettre à l'Institut un projet de résolution sur le sujet, ou s'il est préférable de s'en tenir à des conclusions plus générales, un peu dans le style de celles qui figurent déjà à la fin du rapport.

Je préfère nettement des conclusions et cela pour les raisons suivantes :

Dans un sujet hautement théorique et dogmatique il serait difficile d'établir un consensus de l'Institut sur des formulations concernant des règles de droit. De plus, et au moins au stade où nous sommes dans la discussion, le sujet a trop d'incertitudes et de contradictions pour formuler des règles précises et claires. En revanche, des conclusions permettront d'exprimer cet état des choses et donneront à nos affirmations un caractère plus convainquant, précisément parce que les incertitudes et équivoques apparaîtront également.

Je vous prie de croire, mon cher Confrère, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs et très dévoués.

Karl Zemanek

P.S. — Ci-joint vous trouverez des documents, et quelques observations de notre regretté Maître Verdross, concernant le Memorandum de Moscou de 1955. Le Memorandum est un exemple intéressant d'un accord entre les membres de deux gouvernements qui n'est pas un traité international dans le sens juridique.

