

DOCUMENT A/CN.4/561 et Add.1 et 2

Commentaires et observations reçus des gouvernements

[Original: anglais/arabe/espagnol/français/russe]
[27 janvier, 3 et 12 avril 2006]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent document	35
Ouvrages cités dans le présent document	35
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3 36
COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES GOUVERNEMENTS.....	36
<i>Observations générales</i>	36
Autriche	36
Belgique.....	37
El Salvador	37
Italie	37
Mexique.....	37
Pays-Bas	37
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède).....	38
Panama.....	38
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	38
Ouzbékistan	38
PREMIÈRE PARTIE DISPOSITIONS GÉNÉRALES	38
<i>Projet d'article 1. Définition et champ d'application</i>	38
Autriche	38
Belgique.....	38
Guatemala.....	39
Italie.....	39
Pays-Bas	39
Panama.....	39
Ouzbékistan	40
<i>Projet d'article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique</i>	40
Autriche	40
El Salvador	40
Italie	40
Pays-Bas	40
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	40
DEUXIÈME PARTIE NATIONALITÉ.....	41
Maroc.....	41
CHAPITRE I. PRINCIPES GÉNÉRAUX	41
<i>Projet d'article 3. Protection par l'État de la nationalité</i>	41
Autriche	41
Pays-Bas	41
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	41

	<i>Pages</i>
CHAPITRE II. PERSONNES PHYSIQUES	41
<i>Projet d'article 4. État de la nationalité d'une personne physique</i>	41
Autriche	41
Belgique	41
El Salvador	41
Qatar	42
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	42
Ouzbékistan	42
<i>Projet d'article 5. Continuité de la nationalité</i>	42
Autriche	42
Belgique	42
El Salvador	42
Guatemala	42
Pays-Bas	42
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)	43
Qatar	43
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	43
États-Unis d'Amérique	43
Ouzbékistan	46
<i>Projet d'article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers</i>	46
Autriche	46
Belgique	46
El Salvador	46
Guatemala	46
Qatar	46
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	46
Ouzbékistan	46
<i>Projet d'article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité</i>	47
Autriche	47
Belgique	47
El Salvador	47
Italie	47
Maroc	47
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)	47
Qatar	47
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	47
Ouzbékistan	48
<i>Projet d'article 8. Apatrides et réfugiés</i>	48
Autriche	48
Belgique	48
El Salvador	48
Guatemala	48
Maroc	48
Pays-Bas	48
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)	48
Panama	49
Qatar	49
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	49
États-Unis d'Amérique	49
Ouzbékistan	49
CHAPITRE III. PERSONNES MORALES	49
<i>Projet d'article 9. État de nationalité d'une société</i>	49
Autriche	49
El Salvador	50
Guatemala	50
Italie	50
Mexique	51
Maroc	51
Pays-Bas	51

	<i>Pages</i>
Qatar	51
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	51
Ouzbékistan	51
<i>Projet d'article 10. Continuité de la nationalité d'une société</i>	51
Autriche	51
Pays-Bas	52
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède).....	52
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	52
États-Unis d'Amérique	52
Ouzbékistan	53
<i>Projet d'article 11. Protection des actionnaires</i>	53
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède).....	53
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	53
<i>Alinéa a</i>	53
Autriche	53
El Salvador	53
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède).....	53
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	53
États-Unis d'Amérique	54
<i>Alinéa b</i>	54
Autriche	54
Belgique.....	54
Pays-Bas	54
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède).....	54
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	54
États-Unis d'Amérique	55
Ouzbékistan	55
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	55
<i>Projet d'article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires</i>	55
États-Unis d'Amérique	55
<i>Projet d'article 13. Autres personnes morales</i>	55
Autriche	55
El Salvador	55
Guatemala.....	55
Pays-Bas	56
Qatar	56
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	56
TROISIÈME PARTIE RECOURS INTERNES.....	56
<i>Projet d'article 14. Épuisement des recours internes</i>	56
Mexique.....	56
Pays-Bas	56
<i>Paragraphe 1</i>	56
Autriche	56
États-Unis d'Amérique	56
Ouzbékistan	57
<i>Paragraphe 2</i>	57
Autriche	57
Mexique.....	57
Ouzbékistan	57
<i>Projet d'article 15. Catégorie de réclamations</i>	58
Autriche	58
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	58
<i>Projet d'article 16. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes</i>	58
El Salvador	58
Mexique.....	58
Ouzbékistan	58
<i>Alinéa a</i>	58
Autriche	58

	<i>Pages</i>
Italie	58
Qatar	59
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	59
États-Unis d'Amérique	59
Ouzbékistan	60
<i>Alinéa b.</i>	60
Italie	60
Qatar	60
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	60
<i>Alinéa c.</i>	60
Autriche	60
Italie	60
Pays-Bas	61
Qatar	61
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	61
États-Unis d'Amérique	61
<i>Alinéa d.</i>	62
Guatemala	62
Maroc	62
Qatar	62
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	62
Ouzbékistan	62
QUATRIÈME PARTIE DISPOSITIONS DIVERSES	63
Ouzbékistan	63
<i>Projet d'article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique</i>	63
Autriche	63
El Salvador	63
Italie	63
Pays-Bas	63
Qatar	63
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	64
Ouzbékistan	64
<i>Projet d'article 18. Dispositions conventionnelles spéciales</i>	64
Autriche	64
El Salvador	64
Maroc	64
Qatar	64
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	64
<i>Projet d'article 19. Équipages des navires</i>	64
Autriche	64
Belgique	64
Mexique	64
Pays-Bas	65
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)	65
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	65
États-Unis d'Amérique	65
<i>Autres commentaires et suggestions</i>	66
Pays-Bas	66
États-Unis d'Amérique	66
Ouzbékistan	66
<i>Commentaires sur la forme définitive</i>	66
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)	66
<i>Annexe. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord: règles relatives aux réclamations internationales</i>	67

Instruments multilatéraux cités dans le présent document

Sources

Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CLXXIX, n° 4137, p. 89.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n° 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001	Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , vol. 45, n° C 325 (24 décembre 2002), p. 33.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Traité sur l'Union européenne (Maastricht, 7 février 1992)	Ibid., vol. 1757, n° 30615, p. 3.

Ouvrages cités dans le présent document

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix <i>Local Remedies in International Law</i> , 2 ^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.	JENNINGS, Sir Robert et Sir Arthur WATTS (dir. publ.) <i>Oppenheim's International Law</i> , 9 ^e éd., vol. I: <i>Peace</i> , Harlow, Longman, 1992.
AMERICAN LAW INSTITUTE <i>Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States</i> , vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute, 1987.	JONES, Mervyn «Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», <i>The British Year Book of International Law</i> , 1949, vol. 26.
BORCHARD, Edwin M. <i>The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims</i> , New York, Banks Law Publishing Co., 1919.	LA PRADELLE, A. (DE) et Jacques POLITIS <i>Recueil des arbitrages internationaux</i> , t. III, Paris, Les éditions internationales, 1954.
BROWNLIE, Ian <i>Principles of Public International Law</i> , 6 ^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.	MOORE, John Bassett <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> , vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898. <i>A Digest of International Law</i> , vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.
FELLER, A. H. <i>The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals</i> , New York, Macmillan, 1935.	NIELSEN, Fred K. <i>American and British Claims Arbitration: Under the Special Agreement Concluded Between the United States and Great Britain (18 August 1910)</i> , Washington, Government Printing Office, 1926.
FLETCHER, William Meade <i>Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations</i> , vol. 16A, West, Thomson, 2003.	RALSTON, Jackson H. <i>The Law and Procedure of International Tribunals</i> , éd. rev., Palo Alto, Stanford University Press, 1926.
GARCÍA-AMADOR, F. V., LOUIS B. SOHN et R. R. BAXTER <i>Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens</i> , Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1974.	SCHWARZENBERGER, Georg <i>International Law</i> , vol. I: <i>International Law as applied by International Courts and Tribunals</i> , 2 ^e éd., Londres, Stevens, 1949.
GROSSFELD, Bernhard «Management and control of marketable share companies», dans Alfred Conard et Detlev Vagts (dir. publ.), <i>International Encyclopedia of Comparative Law</i> , vol. XIII: <i>Business and Private Organizations</i> , Tübingen, Mohr Siebeck, 1973.	SINCLAIR, I. M. «Nationality of claims: British practice», <i>The British Year Book of International Law</i> , 1950, vol. 27.
HACKWORTH, Green Haywood <i>Digest of International Law</i> , vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943.	WHITEMAN, Marjorie M. <i>Digest of International Law</i> , vol. 8, Washington, Government Printing Office, 1967.

Introduction

1. La Commission du droit international a achevé, à sa cinquante-sixième session, tenue en 2004, la première lecture d'une série de 19 projets d'article relatifs à la protection diplomatique¹. La Commission a ensuite décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer les projets d'article, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour les inviter à présenter leurs commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 1^{er} janvier 2006. Dans une note en date du 19 octobre 2004, le Secrétariat a invité les gouvernements à présenter leurs observations écrites au plus tard le 1^{er} janvier 2006.

2. Le 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a adopté la résolution 59/41, intitulée «Rapport de la Commission

¹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 59. Les commentaires relatifs aux articles sont reproduits au paragraphe 60, p. 20 et suiv.

du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session», dans laquelle elle appelait notamment l'attention des gouvernements sur l'importance, pour la Commission, de connaître leurs vues en particulier sur le projet d'articles et les commentaires relatifs à la protection diplomatique. L'Assemblée a de nouveau appelé l'attention des gouvernements sur cette question dans sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005.

3. Au 12 avril 2006, des observations écrites avaient été reçues des 14 États suivants: Autriche, Belgique, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Italie, Maroc, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques, Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), Ouzbékistan, Panama, Pays-Bas, Qatar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Ces commentaires sont reproduits ci-après, article par article, selon l'ordre alphabétique anglais.

Commentaires et observations reçus des gouvernements

Observations générales

Autriche

1. Le droit de la protection diplomatique est sans aucun doute un sujet classique du droit international qui se prête à la codification. Il réunit en effet toutes les conditions déterminantes pour pouvoir mener des travaux utiles à cette fin. On peut bien entendu se demander dans quelle mesure ce régime juridique continue de jouer un rôle important en droit international étant donné l'émergence du système des droits de l'homme. Cependant, ainsi que le révèle la pratique mise en lumière encore récemment dans des affaires portées devant la Cour internationale de Justice, cette question demeure d'une grande importance pour la protection des personnes.

2. L'Autriche se félicite de ce que la Commission ait ramené les projets d'article aux règles de base et ait axé son attention sur les normes secondaires relatives à la protection diplomatique; toute autre démarche, tendant par exemple à définir les violations du droit positif, se serait heurtée à des difficultés insurmontables. En conséquence, l'Autriche est favorable à l'exclusion de tout projet d'article relatif au déni de justice, qui relève des règles primaires de droit. L'obligation d'épuiser les recours internes doit être distinguée de l'obligation qui incombe à l'État de donner accès à ses tribunaux. De même, l'Autriche approuve la décision de la Commission de ne traiter dans le projet d'articles ni la question de la clause Calvo ni le principe des mains propres, ni l'un ni l'autre ne recueillant apparemment l'assentiment général.

3. La Commission semble avoir concentré son attention sur un seul aspect de la protection diplomatique, à savoir le droit d'un État de présenter certaines réclamations dans l'intérêt de ses nationaux. Ce droit a toutefois pour contrepartie l'obligation correspondante des autres États d'accepter de telles réclamations de la part d'un État. Le régime juridique relatif à la protection diplomatique

prévoit en outre les conditions à remplir pour qu'un État soit dans l'obligation d'accepter pareille intervention d'un autre État. Un tel point de vue éclaire, à n'en pas douter, ce régime juridique d'un jour nouveau et en révèle des aspects différents, qui ne sont pas suffisamment pris en compte dans le texte de la Commission.

4. Par ailleurs, on peut se demander si d'autres questions auraient dû être également incluses dans ce sujet, par exemple le droit des organisations internationales d'exercer la protection diplomatique, compte tenu en particulier du projet d'article sur le droit correspondant de l'État du pavillon d'un navire. À l'origine, l'Autriche était favorable à un tel élargissement du sujet. Cependant, les organisations internationales continuent de poser des problèmes très importants en raison de leur structure juridique, ainsi qu'on peut le voir dans le cadre de la responsabilité des organisations internationales. C'est pourquoi il semble préférable de mettre exclusivement l'accent sur les États si l'on veut établir un régime juridique applicable. Il ne faudrait cependant pas pour autant interpréter cette restriction comme un refus de reconnaître la nécessité d'examiner au moment opportun le problème des organisations internationales, qui jouent un rôle croissant dans les relations internationales jusqu'en ce qui concerne la protection des personnes.

5. Une autre question qui mérite un examen attentif est le problème de la relation entre la personne dont les droits sont protégés et l'État qui exerce le droit à la protection diplomatique. Il serait également possible d'examiner le problème du résultat de l'exercice de la protection diplomatique et de l'accès de l'intéressé à ce résultat. D'une part, on pourrait bien entendu soutenir qu'il s'agit là d'une question qui concerne la relation entre l'État et ses nationaux; d'autre part, cependant, il faut s'assurer que la personne lésée pour le compte de laquelle la réclamation a été présentée bénéficie de l'exercice de la protection diplomatique.

Belgique

La Belgique souhaite préciser qu'elle considère que le mécanisme de la protection diplomatique, au sujet duquel la Commission a adopté en première lecture un projet d'articles très utile, vient s'ajouter à d'autres mécanismes de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, issus du droit international conventionnel et coutumier, dont plusieurs prévoient le droit de tout État d'intervenir à l'égard de toute personne (y compris un non-national) en cas de violation de ses droits.

El Salvador

1. El Salvador estime qu'une distinction nette doit être établie entre le champ d'application de la protection diplomatique envisagée dans le projet d'articles et la protection visée dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Autrement, étant donné que la Commission a entrepris de codifier et de développer progressivement le droit international dans ce domaine, il est nécessaire de prendre dûment en considération les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, en particulier les dispositions de l'article 36 de cette dernière, qui traite de la protection consulaire qui doit être accordée aux nationaux détenus dans un autre État et leur garantit, en outre, le droit à une procédure régulière. Cette disposition est d'une telle importance que des organes tant interaméricains, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans son avis consultatif OC-16/99², qu'universels, comme la Cour internationale de Justice, dans son arrêt en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*³, se sont prononcés sur la question.

2. Si El Salvador a évoqué les points qui précèdent, c'est que selon la définition de la protection diplomatique qui est proposée dans le projet d'article 1, ladite protection ne peut être exercée par un État que lorsqu'il prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux et exerce la protection diplomatique conformément audit projet d'articles, ce qui pourrait être interprété comme signifiant que certaines fonctions consulaires prévues par la Convention de Vienne sur les relations consulaires seraient exclues, car il existe des situations dans lesquelles l'État ne prend pas fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux.

3. Compte tenu de ces éléments, il est important de ne pas perdre de vue qu'au niveau international le concept de protection diplomatique doit être distingué d'autres concepts de droit international concernant la protection des personnes, particulièrement dans le domaine des droits de l'homme, qui impose des obligations précises aux États, à savoir le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*.

Italie

L'Italie félicite la Commission de ses travaux et souscrit à l'approche qu'elle a adoptée pour la formulation du projet d'articles.

² Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, avis consultatif OC-16/99, série A, n° 16.

³ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 38, par. 45 à 47.

Mexique

1. Ainsi que le Mexique a déjà eu l'occasion de le signaler, la protection diplomatique constitue une préoccupation essentielle de la politique étrangère du Mexique, dans laquelle elle occupe un rang élevé de priorité. En conséquence, le Mexique a suivi avec beaucoup d'intérêt l'élaboration du projet d'articles par la Commission. Bien que de façon générale il juge le projet acceptable, le Mexique souhaite relever plusieurs points concernant les projets d'articles 9, 14, 16 et 19 (voir *infra*).

2. Le Mexique souhaite réitérer ses observations à propos de la doctrine des mains propres dans le cadre du projet d'articles sur la protection diplomatique. Ainsi que la Commission le précise dans le projet d'article 1, la protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

3. Dans ce cadre, le Mexique estime que si une personne se rend ou est présumée coupable d'une conduite répréhensible à l'étranger, son État de nationalité peut, en raison de cette circonstance malheureuse, décider de ne pas avoir recours à l'exercice de la protection diplomatique. Néanmoins, cela ne saurait signifier que l'exercice de la protection diplomatique par un État exige absolument qu'il ait «les mains propres». C'est pourquoi le Mexique se félicite que la Commission ait décidé de retirer cette question du projet d'articles.

Pays-Bas

1. Les Pays-Bas souscrivent de façon générale au projet d'articles et félicitent la Commission de ses travaux à ce jour.

2. Les Pays-Bas notent que, dans son premier rapport, le Rapporteur spécial de la Commission, M. John Dugard, avait déjà inclus la protection diplomatique dans le contexte de la protection des droits de l'homme, lorsqu'il écrivait que «la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme⁴». Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a aussi écrit que «les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique qui s'étaient constituées au fil des siècles et les principes plus récents régissant la protection des droits de l'homme se complétaient et, en dernière analyse, avaient le même objet – la protection des droits de l'homme⁵». Les Pays-Bas souscrivent entièrement à cette position exprimée par le Rapporteur spécial.

3. Dans cette perspective, les Pays-Bas regrettent que la complémentarité de la protection diplomatique n'ait pas fait l'objet d'un développement complet dans le projet d'articles ou dans le commentaire. La formulation de certains des projets d'article correspond à l'état actuel de la protection des droits de l'homme et du développement du droit

⁴ *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 230, par. 32.

⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/538, p. 57, par. 37.

international à d'autres égards. Les Pays-Bas estiment que, dans sa forme actuelle, le projet d'articles n'offre pas suffisamment d'éléments ni de latitude pour le développement progressif du droit. Plusieurs des propositions rédactionnelles présentées par les Pays-Bas pour les projets d'article, par exemple le projet d'article 3, trouvent leur origine dans les considérations générales qui viennent d'être exposées.

4. Les Pays-Bas espèrent que les délibérations ultérieures amèneront la Commission à accorder une attention plus marquée à la situation de la personne.

5. Les Pays-Bas souscrivent aux conclusions du Rapporteur spécial en ce qui concerne la doctrine des mains propres.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

1. L'ensemble du projet d'articles satisfait de façon générale les pays nordiques.

2. Les pays nordiques approuvent la démarche retenue en se fondant sur le postulat principal que les États ont le droit, et non le devoir, d'exercer la protection diplomatique. De plus, ils soulignent que les principes et les règles relatifs à la protection diplomatique sont sans préjudice du droit relatif à la protection consulaire et des autres règles applicables du droit international, y compris celles qui concernent le droit de la mer.

3. En outre, les pays nordiques prennent note du point de vue de la majorité des membres de la Commission concernant la doctrine des mains propres et pensent avec eux que cette doctrine ne devrait pas figurer dans le projet d'articles.

Panama

1. Le Panama estime que le projet d'articles embrasse toutes les questions qui ont été traditionnellement traitées dans le cadre de la protection diplomatique, conçue comme un mécanisme de réparation du préjudice causé au national d'un État. Le projet d'articles traite de façon détaillée des règles régissant la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes.

2. Aussi le Panama approuve-t-il le choix qui a été fait, dans le projet, de codifier les règles coutumières relatives aux conditions d'exercice de la protection diplomatique comprises dans leur sens le plus traditionnel et le plus classique. Ce choix explique clairement que n'y figurent

pas la protection fonctionnelle et d'autres types de protection, qui rentrent dans le cadre d'autres règles, institutions et procédures.

3. Le Panama pense comme la Commission que les dispositions générales du projet d'articles doivent maintenir la distinction entre règles primaires et règles secondaires, ces dernières régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut s'exercer et les conditions préalables à cet exercice. Le but n'étant donc pas, dans ce projet, de traiter la question des effets de la protection diplomatique, l'application des règles relatives à la réparation n'a pas à y figurer.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le Royaume-Uni réitère son appui aux travaux sur la protection diplomatique menés par la Commission. La pratique des États est abondante et bien établie en ce qui concerne la plus grande partie de la matière faisant l'objet du projet d'articles.

2. Le Royaume-Uni souscrit à la décision de la Commission de ne pas examiner la protection fonctionnelle exercée par les organisations internationales dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique. Le projet d'articles doit s'entendre sans préjudice des droits que peut avoir un État d'exercer sa protection consulaire au bénéfice de ses nationaux à l'étranger, et, pour le Royaume-Uni, il conviendrait de le préciser soit dans le projet d'articles, soit dans le commentaire.

Ouzbékistan

1. L'Ouzbékistan voit dans le projet d'articles sur la protection diplomatique une légalisation de la pratique établie de longue date et assez répandue du «lobbying politique» en faveur de biens et d'autres intérêts placés sous juridiction étrangère. Le projet d'articles est fondé sur le principe selon lequel les recours internes doivent d'abord être épuisés pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique. À cet égard, l'Ouzbékistan considère que le projet d'articles sur la protection diplomatique constitue un moyen d'harmoniser les diverses pratiques existantes.

2. Il est indispensable de définir clairement dans le projet d'articles les droits, obligations et responsabilités des États parties en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique à raison du préjudice causé par le fait illicite d'un autre État.

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Projet d'article 1. Définition et champ d'application

Autriche

La teneur générale du projet d'article 1 est acceptable. Cependant, même si l'expression «action diplomatique» ne semble pas avoir de sens généralement accepté, il est nécessaire de préciser que certains actes, comme les

mesures de protection prises par les consulats, n'entrent pas dans son acception.

Belgique

L'article 1 définit la protection diplomatique comme l'action de l'État prenant fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité «à

raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État». Il s'agit d'une conception très large de la protection diplomatique. La Belgique propose de rédiger la fin de cette phrase comme suit: «[...] à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État dont il met ainsi formellement en cause la responsabilité internationale.» Cette précision permet aux États de recourir à des démarches informelles sans qu'elles s'inscrivent dans le cadre strict de la protection diplomatique.

Guatemala

S'agissant du paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 1, il ne fait pas de doute que les règles relatives à la protection diplomatique ne sont pas d'application lorsque l'État sur le territoire duquel un agent diplomatique ou consulaire exerce ses fonctions ne respecte pas les obligations qui sont les siennes à l'égard de ces personnes aux termes des articles pertinents de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. C'est ce que confirme la dernière phrase du paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 15. Selon le Guatemala, cependant, la protection diplomatique devrait s'appliquer aux préjudices causés par un État à ces personnes en dehors de l'exercice de leurs fonctions et de l'application des projets d'article susmentionnés. Le Guatemala est d'avis que la protection diplomatique devrait, par exemple, être applicable aux cas d'expropriation sans indemnisation de biens qui sont la propriété personnelle d'un agent diplomatique dans le pays où il est accrédité.

Italie

1. L'Italie estime que la définition du concept de «protection diplomatique» et de son champ d'application qui est donnée dans le projet d'article 1 est trop traditionnelle, en particulier lorsqu'elle parle d'un État «qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité». Ce libellé implique non seulement que le droit de protection diplomatique appartient uniquement à l'État qui exerce une telle protection, mais aussi que le droit qui a été violé par le fait internationalement illicite appartient uniquement à ce même État. Or, cette conception n'a plus cours dans le droit international actuel. La Cour internationale de Justice, dans l'affaire *LaGrand*⁶ et dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*⁷, a établi que la violation de normes internationales concernant le traitement des étrangers pouvait entraîner à la fois la violation d'un droit de l'État de nationalité et la violation d'un droit de l'individu. La même conclusion a été tirée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif OC-16/99⁸.

⁶ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77.

⁷ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 35, par. 40.

⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, avis consultatif OC-16/99, série A, n° 16, par. 80 à 84.

2. L'Italie suggère donc de modifier le projet d'article premier de façon à codifier plus clairement le droit international actuel. La nouvelle rédaction (qui est inspirée de l'affaire *Avena*, par. 40) pourrait être la suivante:

«La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui soutient que ses propres droits et les droits de son national ont été violés à raison du préjudice causé à ce national par le fait internationalement illicite d'un autre État.»

Il convient de noter que cette rédaction ne touche pas au concept de base selon lequel le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État.

Pays-Bas

1. Le projet d'article exclut l'assistance consulaire. Cette exception devrait peut-être être indiquée de façon explicite dans le commentaire.

2. Le projet d'articles établit une distinction entre «action diplomatique» et «autres moyens de règlement pacifique». Il n'est pas toujours facile de déterminer si un projet d'article se rapporte à l'un ou l'autre de ces termes, ou aux deux. Les Pays-Bas suggèrent d'indiquer dans le commentaire que plusieurs projets d'article ne concernent que les «autres moyens de règlement pacifique».

3. Selon le paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 1, un «fait illicite» doit s'être produit pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique. Il pourrait être dit dans le commentaire qu'en dehors du cadre du projet d'articles, un État a bien entendu à sa disposition de nombreuses possibilités de prendre les mesures voulues pour protéger ses ressortissants avant la survenance effective d'un «fait illicite».

4. Les Pays-Bas estiment que l'expression «l'une des personnes ayant sa nationalité» est trop restrictive, le champ d'application des projets d'article étant élargi dans la suite du texte. En conséquence, il faudrait ajouter dans le commentaire une phrase précisant que le projet d'article 1 n'a pas pour objet d'exclure le projet d'article 8.

Panama

S'agissant du détenteur du droit d'exercer la protection diplomatique et de la possibilité de cet exercice, il importe, de l'avis du Panama, de préciser que ce droit est celui de l'État et que, en conséquence, l'intérêt juridique de l'État dans l'exercice de la protection diplomatique prend son origine dans le lien de nationalité qui existe entre cet État et la personne qui a subi un préjudice à raison du fait illicite d'un autre État. C'est pourquoi le Panama estime approprié d'insérer dans le projet d'article 1 une disposition décrivant les mesures légitimes et pacifiques qui peuvent être adoptées par l'État qui exerce la protection diplomatique et de maintenir la distinction qui est établie dans cette disposition entre les deux procédures, c'est-à-dire l'action diplomatique et les autres moyens de règlement pacifique.

Ouzbékistan

L'expression «nationalité d'une personne morale», utilisée dans le projet d'article 1 [du texte russe], est inacceptable, parce que la nationalité est l'attribut de personnes physiques et non morales. Les nations sont une forme de communauté de personnes ayant en commun une langue, un caractère national et une culture spécifique, forme qui s'est développée au cours de l'histoire. Il convient donc de remplacer l'expression «nationalité d'une personne morale» par les mots «État d'origine d'une personne morale», pour désigner l'État dans lequel cette personne morale est établie.

Projet d'article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique

Autriche

Bien que la structure de la protection diplomatique en tant que droit de l'État ait toujours fait l'objet de discussions – l'idée que l'État subisse un préjudice à travers ses nationaux relevant en effet de la fiction –, le projet d'article 2 ne soulève aucune préoccupation importante. Il reflète une pratique établie de longue date.

El Salvador

(Voir «Observations générales» supra.)

Italie

1. L'Italie estime que la règle est que l'exercice de la protection diplomatique est un droit qui appartient uniquement à l'État et que le droit international ne prévoit ni un droit en faveur de l'individu lésé à obtenir la protection diplomatique de l'État de nationalité ni une obligation correspondante à la charge de cet État. Il conviendrait, toutefois, de faire exception à cette règle dans certaines circonstances particulières et très limitées, dans la perspective du développement progressif du droit international, lorsque la protection de valeurs fondamentales touchant à la dignité de l'être humain et reconnues par l'ensemble de la communauté internationale est en jeu.

2. Le Rapporteur spécial, M. John Dugard, suivant l'approche susmentionnée, a prévu une exception analogue dans les cas de violation de normes de *jus cogens*. Pour sa part, l'Italie estime qu'une exception plus précise et plus restreinte devrait être incluse dans le projet d'article 2 dans les conditions suivantes: *a*) en cas de violations graves des droits fondamentaux de l'homme et, plus précisément, du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et de traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, de l'interdiction de l'esclavage et de l'interdiction de la discrimination raciale; et *b*) si, en plus, après ces violations, il est impossible à la victime d'avoir accès à un organe international juridictionnel ou quasi juridictionnel pour obtenir réparation. Lorsque ces deux conditions sont réunies, l'État de nationalité devrait être tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de l'individu lésé et, subsidiairement, d'offrir à cet individu un recours interne effectif s'il refuse d'exercer la protection diplomatique.

3. Dans les circonstances exceptionnelles susmentionnées, le fait que certaines règles primaires internationales concernant les droits de l'homme (qui indubitablement revêtent le caractère de *jus cogens*) confèrent aussi des droits individuels et le fait que leur violation (qui engage très sérieusement la responsabilité de l'État) s'accompagne d'une violation des droits individuels ne peuvent qu'avoir un impact sur les règles secondaires concernant la protection diplomatique en colorant la relation entre l'État de nationalité et l'individu lésé. Il convient aussi de considérer que, dans ces circonstances exceptionnelles, la protection diplomatique est le seul recours dont dispose l'individu, si bien qu'un refus par l'État de nationalité d'exercer celle-ci porterait atteinte aux principes fondamentaux concernant la dignité de l'être humain que toute la communauté internationale entend fermement protéger.

4. L'Italie suggère donc d'ajouter à l'article 2 deux paragraphes qui pourraient être ainsi rédigés:

«2. Nonobstant le paragraphe 1, un État est juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de la personne lésée, à la demande de celle-ci:

«*a*) si le préjudice résulte d'une violation grave, imputable à un autre État, d'une obligation internationale d'importance capitale pour sauvegarder l'intégrité de l'être humain, telle que la protection du droit à la vie, l'interdiction de la torture ou de traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, et l'interdiction de l'esclavage et de la discrimination raciale; et

«*b*) si la personne lésée n'a pas la possibilité de saisir une juridiction ou une autorité quasi juridictionnelle internationale compétente.

«3. Dans les cas visés au paragraphe 2, les États sont tenus de prévoir dans leur droit interne une procédure devant une juridiction nationale compétente ou une autre autorité nationale indépendante aux fins de faire respecter le droit individuel à la protection diplomatique.»

Pays-Bas

Le paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 2 se lit comme suit: «Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ne peut être mis en œuvre que dans le cadre des paramètres définis dans les présents articles.» La nature exacte des paramètres n'est pas précisée. De l'avis des Pays-Bas, compte tenu du libellé du projet d'article 2, le paragraphe 3 doit être soit précisé, soit supprimé.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni se félicite que la Commission voie dans la protection diplomatique un droit de l'État que celui-ci n'est pas tenu d'exercer. Il pense lui aussi que chaque État conserve le pouvoir discrétionnaire, sans préjudice de son droit interne, d'exercer ou non ce droit et de décider comment l'exercer. L'absence d'obligation en la matière est également indiquée dans les commentaires des articles 2, 3 et 8.

DEUXIÈME PARTIE

NATIONALITÉ

Maroc

S'agissant des articles traitant de la question des nationalités, il serait indiqué que la Commission tienne compte de la pratique des États en la matière lors de la rédaction de ces articles en seconde lecture.

CHAPITRE I. PRINCIPES GÉNÉRAUX

*Projet d'article 3. Protection par l'État de la nationalité***Autriche**

Le projet d'article 3, qui pose comme règle de base qu'il doit exister un lien de nationalité entre la personne lésée et l'État qui exerce sa protection diplomatique, correspond à un principe fondamental et ne soulève aucun problème majeur.

Pays-Bas

1. Les Pays-Bas proposent de remanier le paragraphe 1 comme suit: «L'État de la nationalité est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique.» Ce libellé met davantage l'accent sur le point de vue de la personne.

2. De plus, il est important de voir le projet d'article 3 dans la perspective de la citoyenneté européenne (c'est-à-dire de l'Union européenne). Rien n'exige pour le moment d'être plus précis sur ce point, mais on ne peut prévoir l'évolution de la situation.

(Voir également «Observations générales» supra.)

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le projet d'article 3 codifie la règle de droit international coutumier selon laquelle l'État habilité à exercer sa protection diplomatique est l'État de nationalité de la personne lésée. Cependant, le Royaume-Uni n'estime pas, quant à lui, que l'exception à cette règle, prévue au paragraphe 2 de l'article 3 et examinée plus avant en relation avec l'article 8, reflète le droit international coutumier.

(Voir également supra les commentaires relatifs au projet d'article 2.)

CHAPITRE II. PERSONNES PHYSIQUES

*Projet d'article 4. État de la nationalité d'une personne physique***Autriche**

1. Le projet d'article 4 doit être interprété *cum grano salis*, puisque la nationalité ne s'acquiert pas par succession d'États mais par suite de la succession d'États. En règle générale, la nationalité s'acquiert conformément

aux lois en vigueur dans un État. Ces lois peuvent établir comme critère déterminant pour l'acquisition de la nationalité l'un des faits énumérés dans le projet d'article. Dans le cas de la succession d'États, des critères différents pourraient être appliqués pour accorder la nationalité, ainsi que le montrent les travaux de la Commission sur ce sujet. Il est donc proposé de remanier le projet d'article 4 en conséquence.

2. Dans ce cadre, l'Autriche souhaite signaler un problème qui ne semble pas être pris en compte dans le projet d'articles. Depuis une époque récente, les États délèguent parfois leur droit d'exercer la protection diplomatique et consulaire à d'autres États. Le meilleur exemple de cette pratique est l'article 8 c du Traité sur l'Union européenne⁹, en vertu duquel un État membre de l'Union européenne autre que l'État de la nationalité peut exercer cette protection si l'État de la nationalité n'est pas représenté dans l'État de résidence. On peut évidemment faire valoir qu'il ne s'agit pas là de véritable protection diplomatique; un tel cas, cependant, entre certainement dans le champ de la définition du projet d'article 1, tel qu'il est actuellement libellé. Il faut donc soit préciser que ce type de protection n'est pas visé par le projet d'articles, soit y traiter ce problème. À l'heure actuelle, le projet d'articles ne donne aucune indication claire à cet égard.

Belgique

La Belgique constate que le projet d'articles ne requiert pas l'effectivité de la nationalité du ou des États réclameurs, sauf à exiger, à l'article 7, la prépondérance de la nationalité de l'État réclameur sur l'État mis en cause, en cas de réclamation à l'encontre d'un État de nationalité. La Belgique note l'avancée que cela constitue notamment par rapport à l'arrêt *Nottebohm*¹⁰, mais elle craint une augmentation du nationality shopping. Afin de réduire ce risque au minimum, le commentaire pourrait rappeler le droit de l'État mis en cause de contester le recours à la protection diplomatique lorsque la nationalité de la personne n'est traduite par aucun lien réel, étant entendu que la charge de la preuve incombe à cet État.

(Voir également infra les commentaires relatifs au projet d'article 7.)

El Salvador

Les principes relatifs à la nationalité consacrés par la doctrine en droit international privé doivent être pris en compte, car il faut établir les rapports existant entre ces principes et les conflits tant positifs que négatifs de nationalité qui découlent de la double ou multiple nationalité ou de la situation des apatrides. Selon El Salvador, le projet d'article 4 devrait donc établir une distinction entre la nationalité conférée par la naissance, que ce soit en vertu du *jus soli* ou du *jus sanguini*, et la nationalité acquise, c'est-à-dire la naturalisation.

⁹ Ultérieurement inclus comme article 20 dans la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne.

¹⁰ *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

Qatar

Ce projet d'article est non seulement clair, mais extrêmement explicite, car il affirme le droit absolu de chaque État de désigner dans son droit interne les personnes physiques pouvant acquérir sa nationalité, ce qui est compatible avec le droit international, selon lequel «[i]l appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux¹¹».

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le projet d'article 4 expose les bases généralement acceptées en droit international pour l'octroi de la nationalité. Le Royaume-Uni approuve le principe implicite à l'article 4 selon lequel c'est au premier chef à l'État de nationalité qu'il appartient de déterminer quels individus il considère comme ses nationaux conformément à son droit interne. Les règles du Royaume-Uni relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) exigent que la partie lésée soit un national du Royaume-Uni pour que celui-ci puisse présenter une réclamation en son nom. Toutefois, ces règles n'exigent pas «un lien effectif» supplémentaire entre le réclamant et l'État de nationalité. Le Royaume-Uni souscrit à la conclusion de la Commission selon laquelle, dans l'affaire *Nottebohm*¹², la Cour internationale de Justice n'a pas voulu établir une règle d'application générale et il n'est pas facile d'appliquer la condition de lien effectif dans d'autres situations.

Ouzbékistan

Le projet d'article 4 indique les différentes manières par lesquelles la nationalité peut être acquise et stipule que cette acquisition doit être conforme au droit international. Il semble nécessaire de signaler que les procédures relatives à l'acquisition de la nationalité relèvent du droit interne et non du droit international, et que la manière dont la nationalité est acquise doit donc être conforme au droit interne de l'État. Ces commentaires se rapportent au paragraphe 2 du projet d'article 5.

Projet d'article 5. Continuité de la nationalité

Autriche

L'Autriche approuve pour l'essentiel le contenu du projet d'article 5. Cependant, il faut songer qu'il peut parfois être difficile d'établir que la nationalité a été acquise d'une manière non contraire au droit international. Le libellé de ce projet d'article présente une certaine incohérence par rapport à la définition figurant au projet d'article 1: alors que le projet d'article 5 parle de «formulation de la réclamation», ce qui évoque une procédure plutôt formelle ou même judiciaire, le projet d'article 1 donne à la protection diplomatique un sens plus large, recouvrant d'autres actes que la simple formulation d'une réclamation. Une harmonisation serait utile.

¹¹ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, art. 1.

¹² Voir *supra* la note 10.

Belgique

1. En ce qui concerne le paragraphe 1 et, plus précisément, la question laissée ouverte de savoir si la nationalité doit être conservée entre la survenance du préjudice et la présentation de la réclamation, la Belgique considère que la discontinuité de la nationalité est sans incidence sur le droit d'agir en protection diplomatique, pour autant que la nationalité ait existé au moment du préjudice et qu'elle existe (à nouveau) au moment de la réclamation.

2. Par ailleurs, la Belgique regrette que la question des rapports entre la succession d'États et la protection diplomatique ne soit pas abordée, ne fût-ce que dans le commentaire relatif aux articles 5 et 7. Deux situations devraient être envisagées:

a) celle où l'État prédécesseur désire exercer la protection diplomatique pour un de ses nationaux ayant acquis, involontairement, la nationalité de l'État successeur sans avoir perdu celle de l'État prédécesseur, à condition que la nationalité de l'État prédécesseur soit prépondérante;

b) celle où l'État successeur désire exercer la protection diplomatique pour un de ses nationaux ayant gardé, involontairement, la nationalité de l'État prédécesseur, à condition que la nationalité de l'État successeur soit prépondérante.

El Salvador

Bien que le projet d'article 5 établisse comme règle fondamentale la continuité de la nationalité, le paragraphe 2 préoccupe quelque peu El Salvador. Il estime que le changement de nationalité devrait être traité en des termes plus précis afin de ne pas s'écarter de la règle fondamentale du paragraphe 1.

Guatemala

(Voir *infra* les commentaires relatifs au projet d'article 8.)

Pays-Bas

1. Les Pays-Bas approuvent les dispositions proposées dans ce projet d'article parce qu'elles tendent à protéger la personne. Ils se sont demandé si la décision du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Loewen* constituait une raison de modifier le projet d'article 5. Au paragraphe 225 de sa décision, le tribunal s'est prononcé comme suit:

Le réclamant TLGI [The Loewen Group Inc.] souligne que dans la mesure où il avait la nationalité requise au moment des faits qui sont à l'origine de la réclamation, et avant que celle-ci ne soit présentée, il n'importe guère que la partie actuellement en cause – le bénéficiaire de la réclamation – soit un citoyen américain. Eu égard aux précédents internationaux, tant anciens que récents, cet argument doit être rejeté. Selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée par l'expression *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem*¹³.

¹³ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, n° ARB (AF)/98/3, *ICSID Reports*, vol. 7 (Cambridge, Grotius, 2005), p. 485. Voir aussi *Journal du droit international*, vol. 131 (2004), p. 219.

2. Les Pays-Bas estiment toutefois qu'on ne peut affirmer que l'affaire *Loewen* reflète véritablement l'état actuel du droit. De plus, l'application de cette règle aurait des conséquences indésirables dans les situations où un pays tiers est concerné. Imaginons par exemple que le Luxembourg engage contre un ressortissant néerlandais une action causant un préjudice à celui-ci, que les Pays-Bas décident alors d'exercer leur protection diplomatique, mais qu'avant que le tribunal saisi de l'affaire ne puisse se prononcer cette personne perde sa nationalité néerlandaise et acquière la nationalité allemande. L'application du critère tiré de l'affaire *Loewen* aurait pour effet que ni les Pays-Bas ni l'Allemagne ne pourraient exercer «pleinement» leur protection diplomatique.

3. Il serait préférable de remplacer, dans la version anglaise, dans le membre de phrase *Diplomatic protection shall not be exercised*, le verbe *shall* par le verbe *may*, qui rend mieux compte du pouvoir discrétionnaire des États en matière d'exercice de la protection diplomatique. C'est d'ailleurs le verbe employé dans les projets d'articles 7 et 14. Par ailleurs, on trouve l'expression *injury caused* («préjudice causé») dans les autres projets d'article et *injury incurred* («préjudice subi») dans celui-ci. Une meilleure cohérence linguistique est souhaitable.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Le projet d'article 5 pose comme condition à l'exercice de la protection diplomatique la continuité de la nationalité. Il y a débat sur la question de savoir si cette condition devrait s'appliquer jusqu'au règlement du différend ou jusqu'à la date de la décision le concernant, et pas seulement jusqu'à celle de la présentation officielle de la réclamation. Toutefois, dans la pratique, il peut être très difficile de déterminer le moment précis du règlement d'un différend. Les pays nordiques appuient donc la solution adoptée par la Commission, selon laquelle un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation.

Qatar

1. Le Qatar appuie la règle selon laquelle un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité depuis le moment où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation ou, au plus, jusqu'à la décision concernant la réclamation. À ce propos, on ne peut pas invoquer l'argument selon lequel le problème du changement de nationalité se pose rarement dans les faits, car on priverait ainsi de son caractère général une règle de droit qui devrait s'appliquer à tous les cas, y compris aux exceptions envisagées au moment de l'élaboration du texte.

2. Le Qatar souligne ce point dans le souci d'éviter qu'une personne change de nationalité pour acquérir celle d'un pays plus influent sur la scène internationale. L'adoption du principe de la continuité de la nationalité réglerait ce problème et donnerait plus de crédibilité aux modalités d'application du principe de la protection diplomatique.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 5 est conforme au droit international coutumier en ce qu'il exige que le réclamant soit un national à la date du préjudice et à la date de la présentation de la réclamation. Les règles du Royaume-Uni relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) exigent que l'individu soit un national sans interruption de la date du préjudice à la date de la présentation de la réclamation; toutefois, dans la pratique, il a suffi de prouver la nationalité à la date du préjudice et à la date de présentation de la réclamation.

2. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 représenterait une modification du droit international coutumier. Les règles relatives aux réclamations (voir l'annexe au présent document) autorisent le Royaume-Uni à prendre fait et cause pour un national qui cesse d'être ou devient un national après la date du préjudice. Lorsque le Royaume-Uni décide de formuler une réclamation dans de telles circonstances, il ne le fera normalement que de concert avec l'État de la nationalité antérieure ou postérieure. Pour le Royaume-Uni, il est important de maintenir la règle de la continuité de la nationalité des réclamations afin que les réclamants ne changent pas de nationalité pour acquérir celle d'un État davantage susceptible de formuler une réclamation en leur nom. Le Royaume-Uni se félicite donc des conditions énoncées au paragraphe 2 du projet d'article 5 en ce qui concerne la perte de la nationalité et l'acquisition de la nationalité pour des raisons sans rapport avec la formulation de la réclamation, car elles dissuaderont les réclamants potentiels de manipuler les règles en la matière.

États-Unis d'Amérique

1. Aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 5, pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de la réclamation d'un de ses nationaux, celui-ci doit avoir la nationalité de cet État à la date où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation. Le commentaire du projet d'article explique que la date où le préjudice a été causé coïncide en principe avec la date à laquelle l'acte préjudiciable a été commis. Le commentaire souligne aussi que «la date de présentation de la réclamation est celle où la première demande officielle ou formelle est faite par l'État exerçant sa protection diplomatique¹⁴». Or, dans sa forme actuelle, l'article ne précise pas si la nationalité doit rester la même entre le moment de l'acte préjudiciable et celui de la présentation de la réclamation.

2. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 crée une exception à la règle de la continuité de la nationalité dans les cas où la personne qui demande la protection diplomatique a perdu sa nationalité et en a acquies une autre pour des raisons sans rapport avec la réclamation, d'une manière non contraire au droit international. Le paragraphe 3 restreint cette exception en excluant les réclamations élevées contre l'ancien État de nationalité dans les cas où la

¹⁴ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 25, par. 4 du commentaire relatif à l'article 5.

personne était encore ressortissante de cet État lorsqu'elle a subi le préjudice. Le commentaire explique que ces règles sont censées permettre les réclamations au nom de personnes qui ont perdu leur nationalité par succession d'États, par adoption ou par mariage.

3. Le paragraphe 1 du projet d'article 10 exige qu'une société ait la nationalité de l'État exerçant la protection diplomatique «au moment où le préjudice a été causé» et «à la date de la présentation officielle de la réclamation». Ce projet d'article aussi laisse ouverte la question de savoir si la nationalité doit rester la même entre le moment du préjudice et la date de la présentation de la réclamation.

4. Les États-Unis estiment que ces projets d'article ne reflètent pas exactement le droit international coutumier et ne sont pas formulés de la manière la plus adaptée aux objectifs recherchés. Par conséquent, ils demandent instamment que le premier paragraphe du projet d'article 5 soit modifié comme suit:

«Un État n'est en droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'égard d'une personne qui a eu sa nationalité ou celle d'un État prédécesseur de façon continue depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation.»

De même, le paragraphe 1 du projet d'article 10 devrait se lire comme suit:

«Un État n'est en droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'égard d'une société qui a eu sa nationalité ou celle d'un État prédécesseur de façon continue depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation.»

5. Les modifications proposées se démarquent du texte de la Commission sur quatre points importants. Premièrement, la négation «ne... que» soulignerait que les deux projets d'article restreignent le champ de la protection diplomatique aux personnes physiques ou morales qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité. Deuxièmement, la date à laquelle prend fin l'exigence de continuité de la nationalité serait «la date de la décision concernant la réclamation», pour que le texte concorde avec le droit international coutumier. Troisièmement, la nationalité devrait rester la même entre la date du fait donnant lieu à la réclamation et la date de la décision concernant la réclamation, afin que le projet d'article corresponde aux formulations traditionnelles de cette règle. Quatrièmement, la question du changement de nationalité dû à une succession d'États devrait être réglée simplement et directement en reconnaissant que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet également par succession d'États, ce qui rendrait superflu, sur ce point, le paragraphe 2 de l'article 5; quant aux autres éléments contenus dans ce paragraphe, ils ne sont pas suffisamment étayés pour justifier qu'on le conserve. Les préoccupations qui motivent ces propositions sont exposées ci-dessous.

6. Premièrement, le paragraphe 1 du projet d'article 5 et le paragraphe 1 du projet d'article 10 ont pour objet de restreindre la protection diplomatique visée dans les projets d'articles 2 et 3 aux réclamations présentées par

des personnes qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité. L'ajout de la négation «ne... que» est nécessaire car, sans elle, on ne voit pas clairement que ce paragraphe est censé restreindre le champ d'application des projets d'articles 2 et 3.

7. Deuxièmement, les États-Unis ont des doutes sur la prescription des projets d'articles 5 et 10 concernant la date jusqu'à laquelle la nationalité doit avoir été continue. Il est dit dans le commentaire que même si la condition de la continuité de la nationalité pourrait être étendue jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, «[d]e tels cas étant rares dans la pratique¹⁵», c'est la «date de la présentation officielle de la réclamation¹⁶» qui a été choisie comme date jusqu'à laquelle la nationalité doit avoir été continue. Les États-Unis peuvent toutefois citer huit décisions arbitrales ou réclamations présentées par voie diplomatique où la question d'un changement de nationalité intervenu entre la présentation de la réclamation et la décision concernant la réclamation a été soulevée et examinée¹⁷. Dans

¹⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 25, par. 5 du commentaire relatif à l'article 5.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Voir Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 805 (le requérant américain Ebenezer Barstow est décédé après que sa réclamation eut été présentée au Gouvernement japonais et les États-Unis ont refusé de prendre fait et cause pour sa veuve, devenue ayant droit, parce qu'elle était japonaise); *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* (24 juin 1931), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 207 (rejet de la réclamation d'un ressortissant britannique devenu citoyen américain par mariage après avoir présenté la réclamation); *Maria Guadalupe* (non publié) [Commission franco-mexicaine des réclamations, 1931], affaire examinée dans Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, p. 97 (le tribunal a rejeté la réclamation au motif que le requérant avait perdu la nationalité française «non seulement après la présentation de la réclamation mais après que celle-ci eut été inscrite comme étant recevable dans la Convention complémentaire de 1930 entre la France et le Mexique»); *Benchiton, Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)* [1^{er} mai 1925], Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 706 (la réclamation a été rejetée lorsque le requérant a perdu son statut protégé après la première démarche du Royaume-Uni auprès de l'Espagne concernant la réclamation: «[L]e caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement, ou tout au moins jusqu'à la clôture des débats»); *Exors. of F. Lederer (deceased) v. German Government, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. III (Paris, Sirey, 1924), p. 762, 765 et 770 (après la présentation de la réclamation, le requérant britannique est décédé en laissant des ayants droit allemands et la réclamation a été refusée au motif que la mesure demandée «serait incompatible avec l'objet du Traité, puisque l'Allemagne verserait en fait une indemnisation [...] à des nationaux allemands»); *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)* [10 novembre 1925], Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), également mentionné dans Nielsen, *American and British Claims Arbitration* (dans l'affaire des réclamations d'Hawaii devant le Tribunal anglo-américain des réclamations, le Gouvernement britannique a volontairement retiré trois réclamations, «des requérants ayant acquis la nationalité américaine» durant les quatorze années écoulées entre la date de la première présentation des réclamations et la date de la présentation du mémoire); *Chopin*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente: 1955.V.3), p. 68 [Commission franco-américaine des réclamations, 1880-1884, vol. 60, Registre des réclamations (la réclamation que la France a présentée officiellement par la voie diplomatique le 30 août 1864 a été retirée par la demande de désistement du 24 mai 1883 concernant l'un des bénéficiaires, devenu depuis lors américain par mariage)]; rapport de Robert S. Hale, *Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. VI (Washington, Government Printing Office, 1874), p. 14 (rapport d'un agent devant la Commission anglo-américaine des réclamations: la

chacun de ces cas, le requérant ou la personne au nom de laquelle la réclamation a été introduite a changé de nationalité *après* la présentation officielle de la réclamation à l'État défendeur mais avant la décision définitive¹⁸. Chaque fois, la réclamation internationale a été rejetée ou retirée au vu du fait que la réclamation était présentée au nom d'une personne ayant acquis la nationalité d'un autre État que l'État requérant. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Loewen* a été le dernier à réaffirmer ce principe: «Selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation [...] jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation¹⁹.»

8. Ces cas d'espèce indiquent clairement qu'il existe une règle de droit international coutumier. Dans chacun de ces cas, le rejet ou le retrait de la réclamation reflétait une obligation juridique. Dans chacun des cas où un tribunal arbitral s'est prononcé, il s'est fondé sur le droit international coutumier et non sur les termes d'un traité. Chaque fois que la réclamation a été retirée, elle l'a été contre l'intérêt de l'État réclamant qui demandait à l'État défendeur une compensation pour un fait qu'il prétendait internationalement illicite. En bref, ces cas d'espèce reflètent une pratique constante des États. En outre, cette règle est préférable par principe car elle permet d'éviter la situation où l'État défendeur a une obligation envers l'État réclamant pour un préjudice causé à une personne qui ne dépend plus juridiquement de celui-ci. Le paragraphe 1 du projet d'article 5 et le paragraphe 1 du projet d'article 10 devraient être modifiés pour refléter cette règle de droit international.

9. Troisièmement, les États-Unis estiment que le paragraphe 1 du projet d'article 5 devrait être modifié pour y stipuler que la nationalité doit rester la même depuis la date du fait donnant lieu à la réclamation jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation. Ils comprennent la préoccupation de la Commission selon laquelle cette règle a été peu appliquée dans la pratique mais fondent leur proposition sur la façon dont la plupart des commentateurs et des tribunaux internationaux d'arbitrage formulent la condition de la continuité de la nationalité. Comme indiqué plus haut, le tribunal saisi de l'affaire *Loewen* a défini la condition de la nationalité comme suit: «[L]a nationalité doit *rester** la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation [...] jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation²⁰.» Il ne

s'agit pas seulement de se conformer à la pratique: il y aurait une grande incohérence à introduire une condition de continuité de la nationalité et à s'abstenir ensuite d'en prescrire l'application. Les États-Unis prient donc la Commission d'aligner le paragraphe 1 du projet d'article 5 sur la description qu'en font les commentateurs et les tribunaux d'arbitrage.

10. En dernier lieu, les États-Unis n'ignorent pas que la succession d'États entraîne un changement de nationalité et peut donc poser un problème en ce qui concerne la condition de la continuité de la nationalité. Cependant, ils estiment que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet par succession d'États et qu'il n'y a pas lieu de faire une exception dans ce cas précis. Ils proposent donc de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 5. La meilleure solution serait, selon les États-Unis, d'ajouter une mention de l'«État prédécesseur» au paragraphe 1 du projet d'article 5 et au paragraphe 1 du projet d'article 10. Il serait alors clair que la succession d'États ne brise pas la continuité de la nationalité, puisque l'État successeur conserve le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des personnes qui avaient la nationalité de l'État prédécesseur et ont acquis la sienne, à condition que toutes les autres conditions soient remplies. En conservant le texte de l'actuel paragraphe 3 du projet d'article 5, on s'assurerait que l'État successeur ne puisse prendre fait et cause pour une personne contre son ancien État de nationalité.

11. La proposition de modification du paragraphe 1 du projet d'article 5 règle les problèmes posés par la succession d'États mais la suppression du paragraphe 2 laisse sans réponse la question de la protection diplomatique des personnes qui ont dû changer de nationalité par adoption ou par mariage. Les États-Unis s'interrogent sur le fondement de cette disposition puisque le commentaire ne cite aucune loi prévoyant la perte de la nationalité en cas de mariage avec un étranger ou d'adoption par un étranger. En outre, le paragraphe 2 du projet d'article 5 est en contradiction avec les fondements théoriques de la protection diplomatique. Il permettrait en effet à un État d'exercer la protection diplomatique à raison d'un préjudice subi par une personne qui avait la nationalité d'un autre État au moment du préjudice, et donc lorsque ledit préjudice ne portait atteinte qu'aux droits de cet autre État du point de vue du droit international. Voilà qui diffère de la situation créée par la succession d'États, où le nouvel État, ayant succédé aux droits et obligations de l'État prédécesseur au regard du droit international, est réputé lésé dans ses droits à ce titre. Les États-Unis proposent donc de supprimer le paragraphe 2. La proposition des États-Unis laisserait aux nouveaux États le droit d'exercer

Commission considérait unanimement que le requérant dans l'affaire *Gribble* n'avait pas le statut de sujet britannique parce qu'il «avait présenté sa déclaration d'intention [d'obtenir la nationalité américaine] [...] avant de présenter son mémoire, avait obtenu sa naturalisation alors qu'il attendait l'examen de sa réclamation par la Commission, et était citoyen américain au moment de la présentation de ses moyens»).

¹⁸ Dans la plupart de ces exemples, la personne bénéficiant de la protection devient un ressortissant de l'État défendeur mais, dans un cas au moins, il devient un ressortissant d'un État tiers. Dans *Minnie Stevens Eschauzier*, le Royaume-Uni a présenté une réclamation contre le Mexique mais celle-ci a été rejetée lorsque la personne en cause a acquis la nationalité américaine, après la présentation de la réclamation mais avant le règlement (voir *supra* la note 17).

¹⁹ Voir *supra* la note 13.

²⁰ Ibid. Le tribunal saisi de l'affaire *Loewen* n'est pas seul à avoir utilisé cette formulation. Brownlie, par exemple, estime que la règle de la continuité de la nationalité exige qu'une personne dont la réclamation est présentée par un État réclamant conserve la nationalité de cet État «continuellement et sans interruption» de la date du préjudice à

celle de la décision (*Principles of Public International Law*, p. 483). De même, selon García-Amador, Sohn et Baxter, «l'opinion prédominante dans la pratique diplomatique et dans la jurisprudence internationale» veut que «la personne lésée soit un national au moment où le préjudice a été causé et *conserve** cette nationalité jusqu'à ce que la réclamation fasse l'objet d'une décision» (*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, p. 82). Voir aussi Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, p. 188 et 189 (critiquant la Commission franco-américaine des réclamations pour ne pas avoir appliqué la règle de la continuité de la nationalité lorsque la France a défendu une réclamation au nom d'un Français qui était devenu américain puis à nouveau français avant la décision concernant la réclamation).

la protection diplomatique à l'égard des personnes ayant leur nationalité tout en évitant de permettre aux États d'exercer la protection diplomatique à raison de préjudices subis par d'autres États.

Ouzbékistan

(Voir supra les commentaires relatifs au projet d'article 4.)

Dans les projets d'articles 5 et 10, il est proposé d'exiger que les personnes et les sociétés aient un lien avec l'État qui présente la réclamation au moment où le préjudice a été causé et à la date où une décision est rendue concernant la violation des droits; cela permettrait de protéger clairement les droits de ces parties.

Projet d'article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

Autriche

Le paragraphe 1 du projet d'article 6 n'appelle aucune observation. Par contre, l'Autriche estime que le paragraphe 2 est superflu, car il ne fait aucun doute que deux ou plusieurs États peuvent exercer conjointement leur droit de protection diplomatique. Même sans cette disposition, l'État auquel la réclamation est présentée doit accepter une démarche conjointe. Le véritable problème est que deux États pourraient exercer différemment leur droit de protection diplomatique. Le commentaire laisse délibérément cette question ouverte en raison de sa complexité. Or, l'Autriche estime que c'est précisément la tâche de la Commission d'examiner des questions encore plus complexes et d'y apporter une solution dès lors qu'elle fait référence à la possibilité de protections diplomatiques multiples. Dans le cas contraire, il vaudrait mieux ne pas aborder la question de la protection diplomatique conjointe, puisqu'elle soulève automatiquement les questions qui viennent d'être évoquées.

Belgique

(Voir supra les commentaires relatifs au projet d'article 4 et infra les commentaires relatifs au projet d'article 7.)

El Salvador

El Salvador estime que le texte devrait tenir compte des règles du droit international privé concernant la double ou multiple nationalité, selon lesquelles les États doivent respecter la nationalité qui est effectivement utilisée. Cela n'est pas sans rapport avec la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*²¹, qui a établi un précédent concernant la «nationalité effective».

Guatemala

Il serait intéressant d'avoir des précisions sur les «principes généraux» évoqués dans la dernière partie du paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 6: quels sont-ils et où les trouve-t-on?

Qatar

1. Il serait peut-être utile de reformuler le paragraphe 2 pour plus de clarté. On pourrait alors désigner expressément un seul État habilité à exercer la protection diplomatique ou fixer des critères pour prévenir les problèmes qui pourraient découler de la présentation de réclamations distinctes par deux ou plusieurs États. Pour éviter de telles situations, le Qatar propose:

a) que les deux États de la nationalité s'entendent pour présenter une réclamation commune;

b) que les deux États de la nationalité s'entendent pour que l'un d'entre eux présente la réclamation;

c) que la réclamation soit présentée par l'État de la nationalité dominante [effective].

2. Cette approche rejoint la proposition que M. F. V. García-Amador a faite dans son troisième rapport sur la responsabilité internationale présenté à la Commission, dans lequel on peut lire: «En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques²².»

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'article 6 prévoit qu'en cas de double nationalité, l'un ou l'autre État peut exercer sa protection diplomatique contre tout État autre que l'autre État de nationalité. Cette disposition va peut-être au-delà du droit international coutumier. Le Royaume-Uni peut prendre fait et cause pour une personne qui est un double national, bien qu'en certaines circonstances il peut être opportun de le faire de concert avec l'autre État ou les autres États de nationalité ou que seul l'autre État de nationalité prenne fait et cause pour l'intéressé. Les règles proposées s'écartent des obligations conventionnelles du Royaume-Uni, notamment de l'article 5 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui autorise l'État avec lequel l'individu a les liens les plus étroits à formuler la réclamation. Sans indiquer dans quelles circonstances il exercera sa protection diplomatique, le Royaume-Uni précise que, normalement, il exercera sa protection consulaire au profit d'un double national uniquement lorsque l'intéressé voyage dans un État tiers sous le couvert d'un document de voyage délivré par le Royaume-Uni.

Ouzbékistan

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 6 devrait se lire comme suit:

«L'État avec lequel une personne ayant une double ou multiple nationalité a les liens les plus étroits peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.»

²¹ *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 4 et suiv., en particulier p. 22.

²² *Annuaire...* 1958, vol. II, document A/CN.4/111, p. 64, art. 21, par. 4.

2. Ce libellé contribuerait à éviter toute redondance d'efforts pour protéger les droits de cette personne de la part des États dont elle a la nationalité.

Projet d'article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Autriche

Dans le projet d'article 7, la Commission a adopté un point de vue progressif sur la double nationalité. Bien que cette position soit en contradiction avec la suppression de la condition du lien effectif figurant au projet d'article 3, l'Autriche appuie cette proposition.

Belgique

La Belgique considère que l'exigence de la nationalité prépondérante ne peut se réduire à la preuve de son acquisition de bonne foi, comme cela semble ressortir du commentaire ou des articles faisant référence à la pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, créée par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des dommages du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq. La Belgique estime en effet que la pratique de cette commission se justifie par des considérations particulières qu'il ne convient pas d'appliquer de façon générale au mécanisme de la protection diplomatique. La référence à cette pratique ne lui paraît donc pas opportune.

(Voir supra les commentaires relatifs aux projets d'articles 4 et 5.)

El Salvador

El Salvador s'interroge sur la portée de la nationalité prépondérante (nationalité effective). Selon lui, cette expression est très vague et peut donner lieu à des interprétations très subjectives.

Italie

1. L'Italie, s'agissant de la possibilité de l'exercice de la protection diplomatique par un État contre un autre État, suggère de réintroduire le critère du lien authentique en remplacement de celui de la nationalité prépondérante. Le critère du lien authentique et effectif semble être plus en conformité avec les éléments dégagés par la jurisprudence internationale²³.

2. Pour les raisons susmentionnées, l'Italie suggère que le texte définitif du projet d'article 7 soit ainsi rédigé:

«Un État de nationalité peut exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne contre un État dont cette

personne a aussi la nationalité s'il existe un lien authentique entre elle et le premier État tant au moment du préjudice qu'à la date de présentation officielle de la réclamation.»

Maroc

1. L'article 7 évoque la question de la nationalité prépondérante mais ne donne aucune indication qui précise, clairement, le critère retenu pour distinguer une nationalité prépondérante d'une nationalité tout court, sans compter que cette sorte de hiérarchie au niveau des nationalités compromet, d'une certaine manière, l'égalité souveraine des États qui demeure un principe immuable aussi bien dans le droit coutumier que dans le droit codifié.

2. Il est dans ce cas plus judicieux de faire référence à la notion de nationalité effective telle que décrite dans l'affaire *Nottebohm*²⁴ plutôt qu'à la notion de nationalité prépondérante qui n'est pas déterminée dans le droit international et reste, malgré tout, une formulation à la fois subjective et ambiguë. Cette approche aura au moins le mérite de ne pas signifier une remise en cause du principe de l'égalité souveraine des États en plus du fait qu'elle est consacrée dans la jurisprudence internationale.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Les pays nordiques appuient résolument l'approche adoptée par la Commission dans le projet d'article 7. Dans le cas d'une multiple nationalité, l'État de nationalité prépondérante tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation devrait avoir le droit d'exercer la protection diplomatique contre un autre État de nationalité de la personne concernée. Les pays nordiques estiment que le projet d'article 7 constitue la codification d'une règle existante de droit international coutumier. Il convient d'ajouter, par souci de clarté, que cette règle n'a pas d'incidence sur la possibilité d'accorder une aide consulaire, qui n'est pas régie par les règles se rapportant à la protection diplomatique.

Qatar

Les dispositions de cet article dérogent quelque peu, selon le Qatar, aux règles traditionnelles régissant la protection diplomatique, qui, en principe, est exercée par l'État de nationalité à l'encontre d'un État étranger ayant enfreint le droit international. Il est inopportun de retenir ici le critère de la nationalité prépondérante car il y a en fait égalité juridique entre les États (deux ou plus) dont la personne porte la nationalité.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'article 7 énonce une règle générale du droit international, à savoir qu'un État ne prend pas fait et cause pour un double national contre l'autre État de nationalité. Le Royaume-Uni ne prend pas normalement fait et cause pour un national si l'État défendeur est l'État de la seconde nationalité. Toutefois, à titre exceptionnel, il peut le faire lorsque l'État défendeur a, dans la situation ayant

²³ Voir la décision de la Cour internationale de Justice du 6 avril 1955 concernant l'affaire *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 25 et 26; la décision de la Commission de conciliation Italie-États-Unis concernant l'affaire *Mergé* (10 juin 1955), dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente: 65.V.4), p. 246 et 247, et dans *International Law Reports* (1955), p. 455; et les sentences du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, du 29 mars 1983, rendues dans l'affaire n° 157, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (Cambridge, Grotius, 1984), p. 166 et suiv., et dans l'affaire n° 211, *Ataollah Golpira v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, ibid., p. 174 et 175.

²⁴ Voir supra la note 21.

abouti au préjudice, traité la personne en cause comme un ressortissant du Royaume-Uni. Le critère énoncé à l'article 7 en ce qui concerne la «nationalité prépondérante» doit toutefois être clarifié.

Ouzbékistan

Le projet d'article 7 utilise le membre de phrase «que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État». On ne voit pas bien dans quels cas une nationalité peut être prépondérante. De toute évidence, il faut prendre en compte le fait que la prépondérance d'une nationalité sur une autre dépend de la nature des liens de la personne avec l'un ou l'autre État (lieu de résidence, travail, etc.).

Projet d'article 8. Apatrides et réfugiés

Autriche

1. Du fait de l'accroissement du nombre des réfugiés, le projet d'article 8 revêt une importance particulière. Pour ce qui est des apatrides, la condition de la résidence légale et habituelle met la barre haut mais elle s'impose certainement, pour éviter les abus en la matière.

2. À propos du paragraphe 2, on peut se demander si les conditions de l'exercice de la protection diplomatique ne sont pas trop restrictives, car non seulement il y est demandé que le réfugié ait sa résidence légale et habituelle sur le territoire de l'État exerçant le droit de la protection diplomatique, mais aussi que l'État en question lui reconnaisse la qualité de réfugié. On peut imaginer qu'une telle personne réside légalement dans un autre État que celui qui lui a accordé le statut de réfugié; cette situation pourrait par exemple se produire dans l'Union européenne. Dans un tel cas, le réfugié ne jouirait d'aucune protection diplomatique. On pourrait donc se demander si l'État aurait le droit d'exercer la protection diplomatique là où la personne réside habituellement et légalement après avoir acquis le statut de réfugié.

3. À l'inverse du commentaire relatif au projet d'article 8, l'Autriche part du principe que le terme «réfugié» utilisé dans ce projet d'article est celui de la Convention relative au statut des réfugiés. Il est inimaginable qu'un État accorde deux sens différents à ce terme, et, par ailleurs, il convient de se rappeler que le droit, pour un État, d'exercer la protection diplomatique a pour effet juridique d'obliger l'autre État à accepter une réclamation faite à ce titre. Une acception ouverte du terme «réfugié», telle que celle qui est suggérée dans le commentaire, poserait certainement des problèmes car l'État auquel la réclamation serait présentée serait tributaire de la définition du terme «réfugié» retenue par l'État réclameur. Il est donc souhaitable de modifier le commentaire en conséquence.

Belgique

1. La Belgique est d'avis que la notion de réfugié doit s'entendre au sens du droit international.

2. En ce qui concerne le paragraphe 3, et parallèlement à sa remarque formulée au sujet de l'article premier, la Belgique estime que, dans l'hypothèse où la conception de la protection diplomatique est retenue, ce paragraphe

devrait être supprimé afin de permettre certains recours informels à l'encontre de l'État de nationalité du réfugié. À défaut, la Belgique estime que le paragraphe 3 instaure une discrimination injustifiée entre les réfugiés dans l'État de résidence et les nationaux de cet État. Par ailleurs, l'État dont la protection est sollicitée reste toujours libre de l'accorder ou non.

El Salvador

La portée du terme «réfugiés» tel qu'il est utilisé ici dépasse de loin les dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés et de son Protocole, qui en donnent la définition universellement acceptée. El Salvador ne s'oppose pas à l'usage qui en est fait ici mais il s'agit de l'examiner avec attention, car il constituerait une nouvelle définition qui devrait être introduite et rendue compatible avec la Convention.

Guatemala

S'agissant des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 8, le Guatemala estime qu'il faudrait faire une exception à la règle de la continuité de la nationalité établie au paragraphe 1 du projet d'article 5, à l'égard des apatrides ou des réfugiés protégés en vertu des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 8 si, entre le moment du préjudice et la date où la réclamation est officiellement présentée, la personne lésée, sans être couverte par le paragraphe 2 du projet d'article 5, acquiert la nationalité de l'État qui épouse sa cause.

Maroc

Cette disposition, même si elle n'est prévue ni par le droit international coutumier ni par le droit international codifié, mais relève plutôt du développement progressif du droit, ne pose pas un réel problème car, sur le plan pratique, la situation de cette catégorie de personnes s'inscrit dans un temps limité.

Pays-Bas

Pour les Pays-Bas, le projet d'article 8 est l'un des rares éléments progressifs du texte et donc un pas dans la bonne direction; les Pays-Bas apprécient les arguments présentés par la Commission au paragraphe 7 de son commentaire.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

1. Les pays nordiques sont particulièrement satisfaits de constater que la Commission a rédigé une disposition sur la protection diplomatique à l'égard des apatrides ou des réfugiés dans certains cas. Le projet d'article 8 s'écarte des avis précédents selon lesquels un État ne doit accorder la protection diplomatique qu'à ses seuls nationaux. Il est très important de pouvoir accorder la protection diplomatique à ces catégories de personnes vulnérables.

2. Les pays nordiques soutiennent l'élément de souplesse qui se dégage du commentaire relatif au projet d'article 8, d'où il ressort que le terme «réfugié» ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention relative au statut des réfugiés et son Protocole. Le commentaire permet qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de toute

personne qu'il considère et traite comme un réfugié²⁵». Les pays nordiques estiment qu'un État peut exercer une protection diplomatique en faveur des personnes qui satisfont au critère du rattachement territorial à cet État et qui, de l'avis de l'État, ont clairement besoin de protection, sans remplir nécessairement toutes les conditions voulues pour bénéficier du statut de réfugié.

3. En ce qui concerne la suggestion d'une condition temporelle à l'exercice de la protection diplomatique, à savoir qu'un apatride ou un réfugié doit avoir sa résidence légale et habituelle dans l'État exerçant la protection diplomatique au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, les pays nordiques estiment qu'une telle condition placerait la barre trop haut. En effet, dans de nombreux cas où une protection diplomatique effective est nécessaire, le préjudice a été causé avant l'entrée de la personne concernée sur le territoire de l'État exerçant la protection diplomatique.

4. Les pays nordiques suggèrent donc que l'on envisage une adaptation du critère et que l'expression «résidence légale et habituelle» utilisée dans le projet d'article 8 soit remplacée par l'expression «résidant régulièrement», employée à l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui porte sur la délivrance de titres de voyage aux réfugiés.

Panama

Le Panama estime que, dans le cadre traditionnel de la protection diplomatique, le projet d'article 8 sur la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés, en particulier, non seulement est pertinent et justifié mais encore constitue bel et bien un élément de développement progressif du droit international. En effet, l'adoption d'une règle de protection des apatrides et des réfugiés disposant que le lien de rattachement de ces personnes à un État donné est leur résidence légale et habituelle dans cet État, et que doivent toujours s'y ajouter d'autres liens indiquant la nature véritable dudit rattachement (liens familiaux, centres d'intérêt, activités professionnelles, etc.), constitue la solution adéquate pour ces deux catégories de personnes.

Qatar

Le paragraphe 2 limite l'octroi du statut juridique de réfugié par l'État exerçant la protection sans qu'il soit tenu compte de la notion de réfugié telle que définie en droit international. Ces dernières années, des causes diverses et variées ont donné lieu à des flux massifs de réfugiés et le Qatar estime qu'il convient d'examiner ce paragraphe de manière plus approfondie, afin d'arrêter des conditions objectives pour la protection des réfugiés, dans le respect des règles internationales.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

En ce qui concerne l'article 8, le Royaume-Uni ne considère pas que la protection des apatrides et des réfugiés relève de la protection diplomatique au sens où cette

institution est entendue en droit international positif. Le Royaume-Uni considère que les dispositions de l'article 8 sont *lex ferenda*. Le Royaume-Uni pourrait, à titre exceptionnel, par exemple pour des motifs humanitaires, faire des représentations ou d'autres démarches au bénéfice d'apatrides ou de réfugiés en fonction des circonstances de l'espèce; une telle décision relèverait de son pouvoir discrétionnaire, mais il ne s'agirait pas de l'exercice de la protection diplomatique au sens strict. Quoi qu'il en soit, de telles représentations ne prouveraient pas ni n'indiqueraient que l'individu concerné est un réfugié ou un national du Royaume-Uni, ni qu'un tel statut pourrait lui être octroyé.

(Voir supra les commentaires relatifs aux projets d'articles 2 et 3 et infra les commentaires relatifs au projet d'article 15.)

États-Unis d'Amérique

(Voir infra «Autres commentaires et suggestions».)

Ouzbékistan

1. Aux paragraphes 1 et 2, il faudrait remplacer l'expression «a sa résidence légale et habituelle sur son territoire» par l'expression «a sa résidence légale et permanente sur son territoire». En effet, dans ces paragraphes, l'expression «résidence habituelle» peut être interprétée de deux manières: soit comme «résidence coutumière», soit comme «résidence permanente». L'Ouzbékistan propose que soit retenue l'expression «résidence permanente».

2. Au paragraphe 2, il conviendrait d'ajouter l'expression «et a accordé l'asile» après l'expression «la qualité de réfugié».

CHAPITRE III. PERSONNES MORALES

Projet d'article 9. État de nationalité d'une société

Autriche

1. Le projet d'article 9 pose de sérieux problèmes en énonçant simultanément les deux critères suivants: le siège, d'une part, et la direction, ou un lien similaire, d'autre part. La conjonction obligatoire de ces deux critères priverait certainement des sociétés de la protection diplomatique. Néanmoins, comme l'indique le commentaire, ces deux critères sont ceux auxquels la Cour internationale de Justice s'est référée dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*²⁶. Mais il convient de noter que la Commission a évoqué, dans le cas des personnes morales, un lien effectif quelconque, suivant en cela l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire susmentionnée, alors qu'elle n'a pas retenu un tel lien dans le cas de personnes physiques, contrairement à ce qu'a fait la Cour en l'affaire *Nottebohm*²⁷.

2. Il faut cependant souligner que dans certaines situations auxquelles la Cour internationale de Justice s'est

²⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 29, par. 8 du commentaire relatif à l'article 8.

²⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

²⁷ Voir supra la note 10.

aussi référée, d'autres critères, tels que le contrôle de la société, pourraient s'appliquer; d'après le projet d'article 18, de telles exceptions doivent nécessairement reposer sur des dispositions conventionnelles spéciales constituant une *lex specialis*. On peut se demander si la *lex specialis* doit nécessairement être exprimée dans des dispositions conventionnelles ou si elle ne pourrait pas également découler du droit international coutumier; en effet, on peut imaginer qu'un État se considère en droit d'invoquer le critère du contrôle dans ses réclamations contre un autre État si les deux États ont habituellement recours à ce critère pour déterminer la nationalité des sociétés. L'Autriche suggère donc que cette règle, telle qu'elle est formulée dans le projet d'article 9, soit adoucie.

El Salvador

El Salvador souhaite savoir ce qui se passerait si une société établissait son siège ou sa direction dans un État autre que celui où elle a été constituée. N'y aurait-il aucune possibilité de protection diplomatique pour cette société?

Guatemala

1. Le projet d'article 9 semble trop elliptique, défaut qui peut être corrigé si on le scinde en deux paragraphes, dont le premier serait le paragraphe 1 du projet d'article 17, qui apparaît en note de bas de page 71 du rapport de la Commission à sa cinquante-cinquième session²⁸, et le second une version légèrement modifiée de l'actuel projet d'article 9.

2. Si cette proposition est retenue, le projet d'article 9 se lira comme suit:

«1. L'État est habilité à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité.

«2. Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, une société a la nationalité de l'État sous la loi duquel elle a été établie et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction, ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire.»

3. Mais il reste un problème, concernant le paragraphe 2, qui surgit lorsque, comme il est fréquent, une société a son siège ou sa direction ou un lien similaire dans un État, mais qu'elle a été établie sous la loi d'un autre État. Dans ce cas, il semblerait qu'aucun État ne puisse exercer une protection diplomatique à l'égard de la société. Cette difficulté pourrait être résolue en remplaçant «et» figurant au paragraphe 2 par «ou». Mais alors, dans l'hypothèse envisagée, deux États seraient habilités à exercer leur protection diplomatique. Pour résoudre ce nouveau problème, un troisième paragraphe devrait être ajouté, qui dirait:

«3. Lorsque, en application du paragraphe 2, deux États sont habilités à exercer la protection diplomatique, l'État avec lequel la société a globalement le lien le plus étroit exerce cette protection.»

4. Les autres éléments qui préoccupent le Guatemala au sujet des sociétés peuvent sembler à première vue d'ordre plutôt linguistique mais, en réalité, ils vont plus loin.

5. Quiconque possédant une connaissance, même rudimentaire, du droit anglo-américain sait que le terme «corporation» n'y recouvre pas seulement le concept de *sociedad anónima*, en espagnol, ou de «société anonyme», en français, lequel est utilisé dans la version originale française de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*²⁹ et correspond, dans la version anglaise de l'arrêt, au membre de phrase *limited company whose capital is represented by shares*.

6. Le Guatemala est cependant enclin à penser que le terme «corporation» de la version anglaise du projet d'article ne pose pas de problème. Il est clair que, dans cette version, ce terme a le sens le plus courant qui lui est donné dans les pays de langue anglaise, à savoir celui de *limited company* ou société par actions à responsabilité limitée. Mais il serait utile d'inclure dans la version anglaise du texte final une note de bas de page indiquant que, dans le contexte, le mot «corporation» s'entend d'une «société à responsabilité limitée dont le capital est représenté par des actions».

7. Quant aux versions française et espagnole des projets d'articles 9 à 12, le Guatemala estime qu'il faut remplacer les expressions «société anonyme» et *sociedad anónima* par les termes «société» et *sociedad* pour que ces articles correspondent au texte anglais.

Italie

1. L'Italie doute que la détermination de la nationalité d'une société aux fins de la protection diplomatique doive être subordonnée à la fois au lieu de constitution et au lieu du siège social statutaire ou du siège social réel ou à un élément de rattachement analogue. Il est vrai que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*³⁰ – décision qui est le seul précédent auquel se réfère la Commission – tient compte simultanément des deux éléments de rattachement. Toutefois, dans cette affaire, en fait les deux critères de rattachement coïncidaient. En outre, la Cour a estimé que «sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'[avait] été accepté de manière générale³¹». Abstraction faite de l'affaire de la *Barcelona Traction*, un cas de figure inquiète l'Italie: celui dans lequel une société serait constituée dans un État puis transférerait son siège statutaire ou réel dans un autre État. Ce n'est pas là un cas d'école. Par exemple, l'article 8 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil de l'Union européenne du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne³² traite justement d'un tel cas. Il est difficile d'imaginer ce que la Cour aurait décidé en 1970 si elle avait eu affaire à une société qui aurait mis à profit les possibilités offertes à l'article 8 du règlement de la Communauté européenne!

²⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3 et suiv., en particulier p. 37, par. 50.

³⁰ Ibid., p. 42, par. 70.

³¹ Ibid.

³² *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 294 (10 novembre 2001), p. 4.

²⁸ *Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), p. 25, par. 70.

2. Il ne fait pas de doute que si la constitution en société a lieu dans un État différent de celui auquel la société est rattachée sur la base des autres éléments de rattachement envisagés dans le projet d'article 9, l'application simultanée du critère de l'État de constitution et des autres critères débouche sur l'absence de toute protection diplomatique. Il ne ressort pas clairement du commentaire du projet d'article 9 dans quelle mesure la Commission a envisagé cette possibilité. En tout état de cause, l'Italie suggère, afin de combler cette lacune, que le projet d'article 9 ne prenne pas en compte le lieu de constitution en société aux fins de la protection diplomatique; à la place, l'un des autres éléments de rattachement envisagés dans le projet d'article 9 devrait être considéré. Même si cela risque d'aboutir à une situation dans laquelle plus d'un État peut être considéré aux fins de la protection diplomatique, cela serait préférable à une situation dans laquelle aucun État ne peut être considéré comme l'État de nationalité. Manifestement, la coordination entre différents États de nationalité pourrait être réalisée en appliquant les critères envisagés pour les personnes physiques dans le projet d'article 6.

Mexique

Le Mexique constate, à la lecture du texte, que les commentaires qu'il a faits ces dernières années au sujet de la détermination de la nationalité des sociétés aux fins de l'exercice de la protection diplomatique ont été pris en compte par la Commission.

Maroc

Tel qu'il est formulé, le projet d'article utilise les critères spécifiés pour déterminer l'État de nationalité de la société. Il faut cependant souligner que le projet d'article ne précise pas quel est l'État qui est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une société constituée dans un État et dont le siège a été transféré dans un autre État.

Pays-Bas

1. Les Pays-Bas considèrent que la Commission doit examiner ce projet d'article plus attentivement et qu'il serait utile de se pencher sur le droit comparé des sociétés et sur les tendances économiques actuelles. Tel qu'il est rédigé, le projet d'article exclut la possibilité pour les sociétés d'avoir une double nationalité. À cet égard, l'attention de la Commission est appelée sur des exemples de sociétés à double nationalité établies aux Pays-Bas, telles que Fortis et Unilever.

2. Les Pays-Bas suggèrent de supprimer les mots «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire», qui sont imprécis. Les critères appliqués dans l'affaire de la *Barcelona Traction*³³ ont déjà été assez adaptés dans ce projet d'article pour convenir à différents systèmes de droit interne. L'ajout de ce critère ne fait que créer la confusion.

Qatar

1. Le Qatar considère que pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société,

celle-ci, en principe, doit avoir été créée conformément à la législation de cet État, ce qui suppose qu'elle ait été enregistrée dans l'État en question et qu'elle ait son siège ou sa direction sur son territoire. Ce projet d'article est donc à la fois logique et pratique et permet, dans la mesure du possible, de ne pas s'attarder sur la question des sociétés ayant de multiples nationalités.

2. Le membre de phrase «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire», qui figure à la fin de l'article, est composé de termes peu précis et risque de donner lieu à l'avenir à de multiples interprétations. Il serait donc préférable d'envisager de supprimer ce membre de phrase ou de le remplacer par des termes plus précis.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'article 9 semble assujettir l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice d'une société à une nouvelle condition: l'existence d'un autre facteur de rattachement que le lieu où la société a été constituée. Or le droit international coutumier ne connaît pas cette exigence. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a estimé que le droit international coutumier n'exigeait pas qu'un «lien effectif³⁴» existe entre l'État et la société pour que l'État puisse exercer sa protection diplomatique au bénéfice de celle-ci. De plus, le Royaume-Uni pense lui aussi que la notion de «lien effectif» utilisée par la Cour dans l'affaire *Nottebohm*³⁵ au sujet des personnes physiques ne saurait s'appliquer à la protection diplomatique des sociétés. Pour déterminer s'il doit ou non exercer sa protection diplomatique, le Royaume-Uni peut certes se demander si la société en cause a en fait une relation réelle et substantielle avec lui, mais il s'agit d'une question d'opportunité politique et non d'un quelconque impératif juridique.

Ouzbékistan

L'expression «État de nationalité d'une société» devrait être remplacée par «État d'origine d'une société» et une définition de ce concept devrait être insérée dans le projet d'article intitulé «Termes employés» (voir «Autres commentaires et suggestions» *infra*). Le projet d'article 10 et le projet d'article 11, alinéa *b*, doivent être adaptés dans le même sens.

Projet d'article 10.

Continuité de la nationalité d'une société

Autriche

Le commentaire relatif au projet d'article 10 présente le cas de la succession d'États comme un cas qui ne doit pas être traité en raison de sa nature exceptionnelle. Néanmoins, de récents événements ont démontré la nécessité, à cet égard, d'une réglementation similaire à celle qui concerne les personnes physiques. L'Autriche ne voit pas pourquoi, dans le cas de sociétés, la règle serait superflue alors qu'elle ne l'est pas pour les personnes physiques. S'agissant de l'application de la règle de la continuité aux

³³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3 et suiv., en particulier p. 42, par. 70.

³⁴ Ibid.

³⁵ *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 4 et suiv., en particulier p. 23.

sociétés, lorsqu'il y a succession d'États, les problèmes suivants peuvent se poser: dans la plupart des cas, l'ordre juridique interne de l'État précédent continue d'exister en tant que loi du nouvel État. Les sociétés constituées conformément au droit de l'État prédécesseur continuent simplement d'exister sous la législation du nouvel État mais elles acquièrent une nouvelle nationalité. Dans de telles circonstances, selon la formulation actuelle du projet d'article 10, ces sociétés pourraient perdre le bénéfice de la protection diplomatique.

Pays-Bas

Les commentaires relatifs au projet d'article 5 *supra* s'appliquent également au projet d'article 10.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Conformément à l'opinion qu'ils ont exprimée au sujet du projet d'article 5 (voir *supra*), les pays nordiques appuient l'approche adoptée par la Commission, qui applique la même solution, dans le projet d'article 10, à l'égard des sociétés. L'exception prévue au paragraphe 2 du projet d'article 10, par laquelle un État peut continuer d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait la nationalité dudit État au moment du préjudice et a cessé d'exister du fait de ce préjudice, semble raisonnable.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Lorsqu'une société a cessé d'exister, situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 10 et à l'alinéa *a* de l'article 11, il n'y a guère de raison de distinguer, pour déterminer l'État habilité à exercer sa protection diplomatique, selon que la société a cessé d'exister en raison du préjudice ou pour une autre raison. D'une manière générale, lorsqu'une société a cessé d'exister, quelle qu'en soit la raison, l'État où elle a été constituée ne sera guère enclin à protéger le capital des actionnaires qui ne sont pas ses nationaux, à la différence de l'État de nationalité des actionnaires, qui sera généralement plus soucieux de le faire.

États-Unis d'Amérique

(Pour le paragraphe 1, voir *supra* les commentaires relatifs au projet d'article 5.)

1. Dans le commentaire qui accompagne le projet d'article, il est admis que la règle établie au paragraphe 2 ne suit pas le droit international coutumier mais vise plutôt à résoudre les difficultés qui peuvent surgir lorsque la règle de la continuité de la nationalité est appliquée à des sociétés qui ont cessé d'exister. Cependant, le commentaire ne permet pas d'évaluer la probabilité de telles difficultés, et, partant, ne justifie pas suffisamment ce projet d'article 10.

2. Les États-Unis ne partagent pas l'opinion de la Commission selon laquelle la protection diplomatique des sociétés qui ont cessé d'exister exige qu'il soit fait exception à la règle de la continuité de la nationalité. En premier lieu, un État peut continuer d'exercer sa protection en épousant les réclamations d'une société tant que celle-ci conserve la personnalité morale, laquelle peut se

limiter au droit d'ester en justice en droit interne³⁶. Nombreux sont les systèmes juridiques internes qui permettent aux sociétés de continuer à présenter et à combattre des réclamations qui ont pris naissance du vivant d'une société, durant une période limitée après sa dissolution, ce qui signifie que la personnalité morale subsiste jusqu'à la fin de cette période³⁷. Par conséquent, la prise en charge des réclamations d'une société qui a cessé d'exister est un problème qui risque rarement de se poser car, pour la plupart, les réclamations peuvent être examinées alors que la société a encore la personnalité morale.

3. En revanche, lorsque la société a cessé d'exister, il y a une forte raison de principe qui s'oppose à l'exception proposée. En effet, l'exception ne tient pas compte des raisons pour lesquelles le droit interne permet qu'il soit mis fin à l'existence juridique des sociétés. Les lois relatives à la survie et à la dissolution des sociétés prévoient une période de fin d'activité d'une durée précise, de façon que tous ceux qui ont affaire à une société sachent avec certitude qu'à l'issue de cette période, plus aucune réclamation pour le compte de la société ou contre celle-ci ne sera admise³⁸. Le paragraphe 2 du projet d'article 10, en permettant indéfiniment la survivance de réclamations concernant la société, même après que celle-ci a cessé d'exister, risque de compromettre cette certitude, qui est indispensable pour que des décisions définitives concernant la répartition des ressources puissent être prises.

³⁶ Dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a expliqué que la société n'avait pas «disparu» comme personne morale puisqu'elle était libre de se prévaloir de ses capacités devant les tribunaux espagnols malgré ses problèmes financiers. Pour reprendre les termes de la Cour, «une situation financière précaire ne peut être assimilée à la disparition de l'entité sociale [...] : la situation juridique de la société est seule pertinente» [*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3 et suiv., en particulier p. 41, par. 66].

³⁷ Aux États-Unis, par exemple, dans la plupart des États, les sociétés peuvent ester en justice jusqu'à trois ans après leur dissolution [*Model Business Corporation Act*, chap. 14.07 (2002)]; voir aussi le Code de l'État du Delaware, titre 8: «Corporations», chap. 278 (2005) [période de trois ans pour faire valoir ses droits après la dissolution d'une société]. La loi sur les codes des sociétés par actions (*Model Business Corporation Act*) et le Code de l'État du Delaware sont considérés comme des codes de référence du droit des sociétés des États-Unis. D'autres États admettent les réclamations qui ont pris naissance du vivant de la société, durant des périodes allant de deux ans après la dissolution à une durée illimitée, de façon prescriptible pour la réclamation. Voir le Code de l'État de l'Illinois (2005) 805 ILCS 5/ *Business Corporation Act* de 1983, sect. 12.80 (toute réclamation pour le compte d'une société ou contre celle-ci ayant pris naissance avant sa dissolution reste valable jusqu'à cinq ans après que la société a cessé d'exister); la *New York Business Corporation Law*, par. 1006 a 4 (toute réclamation pour le compte d'une société ou contre celle-ci ayant pris naissance avant sa dissolution, opposable sans limite temporelle); les *Pennsylvania Consolidated Statutes*, partie 15, par. 1979 (limite de deux ans après la dissolution pour présenter des réclamations pour le compte de la société ou contre elle). D'autres États ont des lois similaires concernant la personnalité juridique d'une société après sa dissolution. Au Royaume-Uni, les sociétés peuvent ester en justice jusqu'à deux ans après avoir été dissoutes, avec l'autorisation des tribunaux (*Companies Act*, 1985, c. 6, sect. 651). Au Canada aussi, l'autorisation des tribunaux est requise pour qu'une société dissoute puisse ester en justice mais aucune limite temporelle n'est fixée (loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, chap. C-44, par. 209). Le Code du commerce français, quant à lui, permet de présenter des réclamations pour le compte de la société ou contre celle-ci pendant trois ans après la dissolution (art. L.231-1 à L.237-31).

³⁸ C'est pour cette raison qu'aux États-Unis, à tout le moins, les réclamations qui ne sont pas réglées au cours de la période de fin d'activité s'éteignent généralement lorsque cette période prend fin (Fletcher, *Fletcher Cyclopedic of the Law of Private Corporations*, par. 8144.40).

Ouzbékistan

(Voir supra les commentaires relatifs aux projets d'articles 5 et 9.)

Projet d'article 11. Protection des actionnaires

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

1. S'agissant de l'exercice de la protection diplomatique des actionnaires, les pays nordiques se félicitent de constater que la Commission a veillé à faire concorder globalement ce projet d'article avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice consacrée par l'arrêt *Barcelona Traction*³⁹.

2. Dans son arrêt de 1970, la Cour internationale de Justice établit un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des actionnaires et promeut la clarté juridique. Les pays nordiques pensent avec la Commission qu'il ne faut pas remettre en cause le principe fondamental qui veut que la protection diplomatique d'une société soit, au premier chef, du ressort de son État de nationalité. En outre, l'impossibilité de réclamer la protection diplomatique à leur propre gouvernement est peut-être l'un des risques commerciaux que prennent les personnes qui acquièrent des actions dans des sociétés étrangères.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le Royaume-Uni appuie d'une manière générale les projets d'articles 11 et 12 régissant la protection des actionnaires d'une société. Comme l'indique l'opinion majoritaire dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴⁰, le droit international reconnaît deux exceptions à la règle générale qui veut que l'État de nationalité d'un actionnaire n'ait pas un droit distinct d'exercer sa protection diplomatique: premièrement, lorsque la société a cessé d'exister et, deuxièmement, lorsque c'est l'État où la société a été constituée qui cause le préjudice.

2. Le projet d'article 11 envisage la possibilité que des réclamations multiples puissent être formulées parce que plusieurs nationalités sont représentées parmi les actionnaires, ce qui habilite plusieurs États à exercer leur protection diplomatique. Dans les cas où il peut être habilité à formuler une telle réclamation, le Royaume-Uni, plus pour des raisons de pratique que de droit, s'efforce normalement de le faire de concert avec les autres États. Il peut aussi s'abstenir de faire des représentations s'il n'est pas appuyé dans cette démarche par les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital. Plus généralement, le Royaume-Uni engage vivement la Commission à tenir davantage compte des situations dans lesquelles il y a de multiples réclamations, y compris de la nécessité de coordonner celles-ci.

3. Le projet d'article 11 est limité aux intérêts des actionnaires d'une société, sur la base de l'intention clairement exprimée de la Cour internationale de Justice, à savoir

que sa décision dans l'affaire de la *Barcelona Traction* ne s'applique qu'aux sociétés à responsabilité limitée dont le capital est représenté par des actions. Il faudrait tenir compte des intérêts des personnes autres que les actionnaires qui ont investi dans une société, par exemple les créanciers, les commanditaires et les *trustees*. Les règles du Royaume-Uni relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) l'autorisent à intervenir lorsqu'un de ses nationaux a un intérêt dans une société, que ce soit en qualité d'actionnaire ou autrement.

Alinéa a

Autriche

Pour ce qui est du projet d'article 11, alinéa a, on peut se demander pourquoi il n'y est question que de «l'État où [la société] s'est constituée» et non de l'État de nationalité, contrairement aux autres projets d'article pertinents où il est tenu compte du double critère de nationalité. Ce texte a une incidence très large, car il traite des situations où une société ayant la nationalité d'un État A y a été dissoute «d'après la loi de l'État où elle s'est constituée», mais subit un préjudice de la part d'un État B. Si les actionnaires ont la nationalité des États C et D, ce qui ouvrirait la voie à des réclamations multiples, la restriction relative au «motif sans rapport avec le préjudice» est pratiquement inopérante puisque l'État ayant dissout la société est différent de celui présumé responsable du préjudice. Elle ne sera utile que si elle s'applique également aux sociétés qui, au moment du préjudice, avaient la nationalité de l'État présumé en être responsable et qui, du fait du préjudice, ont cessé d'exister au regard de la loi de cet État. Par souci de clarté, l'Autriche propose que les deux cas de figure soient formulés dans deux paragraphes distincts.

El Salvador

En ce qui concerne le projet d'article 11, alinéa a, qui traite de la protection diplomatique des actionnaires dans des cas où la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État de constitution pour un motif sans rapport avec le préjudice, sans rien dire du cas des actionnaires d'une société qui a cessé d'exister du fait du préjudice, il semblerait que plus les droits des actionnaires sont lésés, moins leurs États nationaux peuvent exercer la protection diplomatique en leur faveur.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Les pays nordiques approuvent les exceptions proposées aux alinéas a et b du projet d'article 11.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Comme indiqué, le Royaume-Uni estime lui aussi que l'État de nationalité d'un actionnaire peut intervenir au bénéfice de celui-ci lorsque la société a cessé d'exister. Il considère toutefois qu'exiger que la réclamation soit sans relation avec la raison pour laquelle la société a cessé d'exister réduit indûment la portée de l'exception admise dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Le droit de l'État

³⁹ Voir supra la note 26.

⁴⁰ Idem.

de nationalité des actionnaires ne devrait pas dépendre de la raison pour laquelle la société a cessé d'exister⁴¹.

(Voir *supra* les commentaires relatifs au projet d'article 10.)

États-Unis d'Amérique

Les États-Unis d'Amérique exhortent vivement la Commission à supprimer l'alinéa *a* du projet d'article 11, puisqu'il crée une situation anormale en conférant le droit de faire siennes les réclamations d'une société à l'État de nationalité des actionnaires davantage qu'à l'État où s'est constituée la société. Les actionnaires, du moins aux États-Unis, n'ont pas qualité pour exercer les droits d'une société dissoute⁴², car la défense de ses droits incombe avant tout à la société elle-même. C'est la raison pour laquelle, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴³, la Cour internationale de Justice a jugé que c'est l'État où s'est constituée une société qui a qualité pour exercer la protection diplomatique à raison des préjudices subis par elle. Rien dans le commentaire ne justifie la création d'une catégorie de réclamations où c'est l'État de nationalité des actionnaires d'une société, et non celui dans lequel la société est constituée, qui peut épouser les causes de celle-ci. Il faudrait supprimer cette règle contraire aux principes fondamentaux du droit des sociétés. Ce faisant, on ne porterait en aucun cas préjudice au droit pour l'État de nationalité des actionnaires de prendre fait et cause pour ceux-ci à raison de préjudices directs qu'ils auraient subis, ce que permettent du reste les projets d'articles 2 et 3.

Alinéa *b*

Autriche

Le projet d'article 11, alinéa *b*, pose le problème du préjudice, car on ne voit pas clairement de quel type de préjudice il s'agit dans ce contexte. En particulier, on ne sait guère s'il faut l'entendre au sens du projet d'article 1, qui parle, pour un État, de «préjudice subi par [une personne ayant sa nationalité] découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État». Lu à la lumière de la phrase introductive, il apparaît clairement que, dans le projet d'article 11, alinéa *b*, il s'agit de préjudice subi par une société. Toutefois, le préjudice peut rarement être de ceux «découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État» si la société a la nationalité de l'État qui en est l'auteur. Le commentaire ne répond pas à cette question. Des éclaircissements seraient donc souhaitables dans le commentaire pour dissiper tous les doutes pouvant subsister à cet égard.

Belgique

La Belgique est d'avis que la condition restrictive introduite à l'action en protection diplomatique des actionnaires,

⁴¹ *Idem*.

⁴² Fletcher, *op. cit.*, par. 8144.40 (sur l'interdiction, en droit américain, pour les actionnaires d'intenter une action en justice au nom d'une compagnie dissoute). Les États-Unis sont sans doute l'un des pays qui permettent le plus aux actionnaires d'agir en justice au nom de leur société, ce qui laisse entendre que d'autres États peuvent refuser aux actionnaires de réclamer le respect des droits de sociétés dissoutes. Grossfeld, dans «Management and control of marketable share companies» (p. 107), souligne que les États-Unis sont, généralement, plus favorables que les autres États au droit pour les actionnaires d'intenter des poursuites au nom de la société.

⁴³ Voir *supra* la note 26.

selon laquelle la constitution de la société conformément aux lois de l'État responsable doit être une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse y exercer ses activités, ne reflète pas une règle de droit international coutumier. Cette condition devrait être supprimée.

Pays-Bas

1. Le projet d'article semble avoir suscité une controverse au sein de la Sixième Commission. La CDI s'est efforcée de codifier les deux exceptions formulées dans l'arrêt *Barcelona Traction*⁴⁴. Les Pays-Bas conviennent avec la CDI que, dans le cas des sociétés Calvo, l'État de nationalité de l'actionnaire aurait titre à exercer la protection diplomatique.

2. À l'alinéa *b*, on parle d'État «qui est réputé [...] être responsable» (du préjudice). Dans le projet d'article 14, paragraphe 2, par contre, il est question d'État «dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice». Il faudra harmoniser la formulation des projets d'article.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

(Voir *supra* les commentaires relatifs à l'alinéa *a*.)

1. Un État ne doit pas être admis à exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoquer le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité du groupement d'intérêts.

2. Selon le commentaire relatif au projet d'article 11, alinéa *b*, cette exception s'applique dans les cas où la constitution en vertu du droit interne, comme condition préalable d'exercice d'une activité, est formellement exigée par la législation du pays. Toutefois, et suivant le développement progressif du droit international, il y a de bonnes raisons d'étendre cette exception aux cas où la condition de constitution conformément au droit interne n'est pas formelle mais procède d'une pression informelle ou politique sur les intérêts étrangers. Les pays nordiques proposent que les conditions informelles de ce genre soient également comprises dans le libellé de l'alinéa *b* du projet d'article 11, qui se lit comme suit: «[...] condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État». Il faudrait alors mentionner cet élargissement dans le commentaire relatif au projet d'article 11, alinéa *b*.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni estime que le droit de l'État de nationalité des actionnaires d'exercer sa protection ne doit pas dépendre des raisons pour lesquelles la société a été constituée dans l'État dans lequel elle a été constituée. Par exemple, les règles relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) disposent que lorsqu'un ressortissant du Royaume-Uni est actionnaire d'une société constituée dans un autre État et que cet État

⁴⁴ *Idem*.

où la société a été constituée cause un préjudice à la société, le Royaume-Uni peut intervenir pour protéger les intérêts de l'actionnaire britannique. Ainsi, pour le Royaume-Uni, l'alinéa *b* du projet d'article 11 est indûment restrictif.

États-Unis d'Amérique

1. Les États-Unis s'inquiètent vivement du projet d'article 11, alinéa *b*. Comme ils l'ont souligné précédemment à la Commission, l'exception proposée manque de fondement en droit international coutumier. Dans tous les cas cités par la Commission à l'appui de cette exception, on trouve en fait soit un accord spécial entre deux États donnant aux actionnaires le droit d'agir en réparation, soit un accord offrant des réparations aux actionnaires entre l'État responsable du préjudice et la société ayant sa nationalité⁴⁵. Il en résulte que les cas susmentionnés ne prouvent guère l'existence d'une norme de droit international coutumier autorisant les États à prendre à leur compte les réclamations des actionnaires contre l'État où la société est constituée, lorsque la constitution dans cet État conditionne l'exercice des activités sur son territoire. De même, la Cour internationale de Justice n'avait pas eu, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴⁶, à examiner la validité de cette exception, l'État responsable du préjudice n'étant pas, en l'espèce, celui où la société s'était constituée.

2. Faute d'une assise en droit international coutumier, les États-Unis doutent qu'un principe solide de bien public soutienne cette exception. Comme ils l'ont déjà souligné, cette exception créerait un régime dans lequel les actionnaires des sociétés constituées dans un État auraient plus de droit pour réclamer la protection diplomatique de leurs intérêts que les actionnaires des sociétés de capitaux étrangers, qui ne pourraient compter que sur l'État de nationalité de la société pour faire valoir leur cause. Il n'est pas évident que cette solution soit juste.

Ouzbékistan

(Voir supra les commentaires relatifs au projet d'article 9.)

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

(Voir supra les commentaires relatifs au projet d'article 11.)

⁴⁵ *Delagoa Bay Railway Co.* (Moore, *A Digest of International Law*, p. 647), problème résolu grâce à un accord entre les États-Unis, le Portugal et le Royaume-Uni pour déférer à l'arbitrage international la question des compensations dues aux actionnaires américains et britanniques pour l'expropriation par le Portugal d'une compagnie ayant sa nationalité; *Mexican Eagle (El Aguila)* [Whiteman, *Digest of International Law*, p. 1274], litige entre le Mexique et le Royaume-Uni né de la nationalisation par le Mexique de champs pétrolifères appartenant à des sociétés mexicaines contrôlées par des intérêts britanniques, réglé par un accord entre le Mexique et la société concernée; *Romano-Americana* (Hackworth, op. cit., p. 844), différend réglé grâce à l'offre roumaine de payer des compensations à la compagnie pétrolière roumaine pour ses avoirs saisis; *El Triunfo Company* (1902), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 467, accord entre El Salvador et les États-Unis pour déférer à l'arbitrage international la question des compensations dues aux actionnaires américains pour l'expropriation par El Salvador de biens appartenant à une société salvadorienne.

⁴⁶ Voir supra la note 26.

Projet d'article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires

États-Unis d'Amérique

Pour les États-Unis, en disposant que l'État de nationalité des actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit en cas d'atteinte directe à leur droit, le projet d'article 12 codifierait une règle de droit international coutumier. Cette disposition est superflue. Les projets d'articles 2 et 3 précisent déjà qu'un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des réclamations de ses nationaux lorsque les autres conditions du projet d'articles sont remplies. Les actionnaires étant des nationaux comme les autres, il n'y a pas de raison d'adopter un article à part pour signifier que leurs réclamations sont recevables. En revanche, si la Commission l'estime nécessaire, elle peut insérer dans les commentaires sur les projets d'articles 2 et 3 une phrase indiquant que les actionnaires sont également des nationaux qui peuvent bénéficier de la protection diplomatique s'ils subissent un préjudice.

Projet d'article 13. Autres personnes morales

Autriche

L'Autriche souligne l'importance du projet d'article 13 eu égard à la diversité des personnes morales en droit interne autrichien.

El Salvador

El Salvador recommande que le projet d'article fasse en outre référence aux projets d'articles 11 et 12, le cas échéant, les autres personnes morales pouvant également être des personnes physiques comparables aux actionnaires.

Guatemala

1. Dans les systèmes issus du droit romain, il existe une catégorie hybride de sociétés commerciales à mi-chemin entre la société anonyme, dont le capital est réparti en actions, lesquelles marquent les limites de la responsabilité des actionnaires et sont librement cessibles, et le partenariat, dans lequel les actionnaires répondent pleinement des dettes de la société et ne peuvent pas facilement céder leur part des actifs. Cette catégorie intermédiaire est celle des sociétés à responsabilité limitée ou *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, en allemand. Les actionnaires des sociétés de ce type, qui existeraient aussi dans un certain nombre de pays de *common law* sous l'appellation de *limited liability companies*, sont assimilables à ceux des sociétés à responsabilité limitée, en ce qu'ils répondent des dettes de la société jusqu'à la limite – mais pas au-delà – de leur participation au capital. Cependant, le capital d'une société à responsabilité limitée n'est pas représenté par des actions.

2. Il ne fait aucun doute que la société à responsabilité limitée relève du projet d'article 13 et que par conséquent les dispositions des projets d'articles 9 et 10 lui sont, selon le cas, applicables. En revanche, à strictement parler, les projets d'articles 11 et 12 ne lui sont pas applicables,

puisqu'ils ne sont pas mentionnés dans le projet d'article 13. Néanmoins, le Guatemala est d'avis que les projets d'articles 11 et 12 devraient s'appliquer aux sociétés à responsabilité limitée et à leurs actionnaires.

3. Il faudrait donc, dans le projet d'article 13, remplacer «9 et 10» par «9 à 12», et le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 13 devrait mentionner explicitement la société à responsabilité limitée. Il sera alors clair qu'aux fins des projets d'articles 11 et 12 les actionnaires d'une société à responsabilité limitée seraient comparables à ceux d'une société anonyme.

Pays-Bas

Les termes «qui luttent pour de nobles causes» du paragraphe 4 du commentaire sont inutiles et doivent être supprimés. Les Pays-Bas estiment que le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État pour exercer la protection diplomatique offre un champ d'action suffisant.

Qatar

Le Qatar voudrait appeler l'attention de la Commission sur le fait que l'indépendance est une des principales

caractéristiques des organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme, lesquelles seraient couvertes par le projet d'article 13. Or, le Qatar craint que l'exercice du droit de protection diplomatique par l'État dont relève l'organisation puisse compromettre l'indépendance de celle-ci et nuire à ses relations avec ses différents interlocuteurs sur le plan international.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni considère qu'il s'agit là d'une proposition de développement du droit de la protection diplomatique, puisque les principes acceptés du droit international coutumier se limitent actuellement à la nationalité des sociétés. De nombreuses formes d'entités ne sont pas actuellement considérées comme ayant une personnalité juridique distincte dans le système juridique du Royaume-Uni. La pratique antérieure du Royaume-Uni, au moins en ce qui concerne les entreprises, partenariats et associations, a consisté à considérer que l'entité avait la nationalité des individus ou partenaires qui l'avaient créée. Le Royaume-Uni est favorable à une clarification du droit dans ce domaine, mais il estime que davantage d'explications, peut-être dans le commentaire, seraient utiles.

TROISIÈME PARTIE

RECOURS INTERNES

Projet d'article 14. Épuisement des recours internes

Mexique

Le Mexique s'intéresse particulièrement à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Pour en assurer l'application correcte, il est essentiel de codifier les exceptions à cette règle. Comme il l'a déjà souligné dans ses commentaires sur les rapports de la Commission depuis 2003, le Mexique approuve dans l'ensemble le libellé de la règle et des exceptions qui lui sont apportées dans le projet d'articles actuellement à l'étude.

Pays-Bas

1. Les Pays-Bas proposent d'ajouter le passage suivant dans le commentaire relatif à l'article 14:

«Il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés pour que s'exerce la protection diplomatique, tant qu'il ne s'agit pas d'une réclamation internationale. Voir *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)*, paragraphe 703, commentaire d: «Le fait qu'un individu n'ait pas épuisé les recours internes n'empêche pas un État d'intervenir de manière informelle en son nom.»»

2. Les Pays-Bas estiment par ailleurs qu'il doit être indiqué dans le commentaire s'il existe une quelconque différence entre «règle» et «principe».

3. Enfin, les Pays-Bas constatent que le commentaire manque de cohérence en ce qui concerne les réclamations. Le paragraphe 3 est quelque peu ambigu. En lisant

ce paragraphe à la lumière du paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 1 et du paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 5, on ne voit pas clairement si le terme «réclamation» doit être compris uniquement dans le sens d'une réclamation formelle.

Paragraphe 1

Autriche

(Voir «*Observations générales*» supra.)

États-Unis d'Amérique

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 dispose qu'il ne peut être formulé de réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un national que si «la personne lésée [a], sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes». Dans le commentaire accompagnant le projet d'article 14, la Commission explique que cet article vise à mettre en évidence la règle de l'épuisement des recours internes telle qu'elle ressort de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*, où la Cour a décidé que «pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès⁴⁷».

2. Les États-Unis reconnaissent que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* illustre bien le

⁴⁷ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15 et suiv., en particulier p. 46, par. 59.

droit international coutumier en matière d'épuisement des recours internes. Ils estiment toutefois que le paragraphe 1 du projet d'article 14 devrait être reformulé comme suit :

«L'État de la nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8 avant que tous les recours internes aient été épuisés, sous réserve de l'article 16.»

3. Cette formulation rend mieux compte que l'actuel projet d'article du droit international coutumier, car elle permet, conformément à la jurisprudence *ELSI*, à une entité autre que la «personne lésée» de satisfaire la condition de l'épuisement des recours internes, à condition que la substance de la demande ait été épuisée devant une juridiction interne. Dans l'affaire *ELSI*, les États-Unis d'Amérique avaient introduit un recours contre l'Italie, alléguant que celle-ci, en réquisitionnant l'usine et d'autres avoirs de la société *ELSI*, avait violé le Traité d'amitié, de commerce et de navigation⁴⁸ entre les deux pays. Il n'était pas contesté que la société italienne *ELSI*, filiale dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines, Raytheon et Machlett, avait attaqué devant les juridictions italiennes, sans succès, la légalité de la saisie par l'Italie de son usine et de ses autres avoirs. L'Italie avait soulevé une exception préliminaire au motif que les États-Unis ne pouvaient pas formuler de réclamation au nom de Raytheon et Machlett, parce que les deux sociétés américaines n'avaient pas, indépendamment d'*ELSI*, attaqué la réquisition devant les juridictions italiennes et allégué que celle-ci violait le Traité.

4. La Cour internationale de Justice avait rejeté l'allégation de l'Italie selon laquelle la requête d'*ELSI* ne satisfaisait pas à la règle de l'épuisement des recours internes. Pour la Cour, le recours intenté par *ELSI* en contestation de la légalité de la réquisition, étant donné le lien de cause à effet entre cette réquisition et la faillite de la société, était en substance le même que celui introduit par les États-Unis auprès de la juridiction internationale. Dans ces conditions, la Cour avait dit que «la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties⁴⁹». En d'autres termes, la Cour reconnaissait qu'un recours pouvait être épuisé au regard du droit international lorsque la substance de la requête avait été examinée par les juridictions internes, indépendamment de la question de savoir si la même personne ou entité bénéficiait ou non d'une protection diplomatique⁵⁰. La formulation proposée reflète mieux l'arrêt *ELSI*, en supprimant l'obligation pour la «personne lésée», dont on suppose qu'elle est l'objet de la protection diplomatique, d'être la partie qui doit épuiser les recours internes.

⁴⁸ Signé à Rome le 2 février 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 79, n° 1040, p. 171).

⁴⁹ Voir *supra* la note 47.

⁵⁰ Les recours avaient effectivement été épuisés dans l'affaire *ELSI*. La Cour a examiné la question de savoir si le droit italien ouvrait aux sociétés américaines un recours particulier, non offert à *ELSI*, qu'elles devaient épuiser. Elle a conclu que l'Italie n'avait pas prouvé l'existence d'un tel recours et a considéré par conséquent que les recours avaient été épuisés, ce qui a permis à la Cour de passer à l'examen du fond (*ibid.*, p. 46 à 48, par. 60 à 63).

Ouzbékistan

1. Selon le projet d'article 14, pour qu'une personne physique ou morale puisse jouir du droit d'être protégée par un État, elle doit avoir épuisé les recours internes et, dès lors, attendre un certain temps avant de recevoir la protection, compte tenu des diverses procédures imposées par les juridictions internes. L'efficacité de la protection diplomatique risque d'en être réduite.

2. Il faudrait donc, au-delà de l'épuisement des recours internes, indiquer les moyens d'offrir la protection et modifier en conséquence le projet d'article 16.

Paragraphe 2

Autriche

L'Autriche comprend le projet d'article 14 dans un sens qui soustrait à la règle de l'épuisement des recours internes le recours aux juridictions internationales aux fins de la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il n'est donc pas exclu que l'exercice par un État de son droit à la protection diplomatique coexiste avec le recours d'un individu contre cet État devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette situation peut s'expliquer si l'on reconnaît qu'il s'agit de deux causes différentes pouvant être plaidées devant deux instances différentes.

Mexique

1. Le Mexique ne peut passer sous silence la définition de la notion de «recours internes» que la Commission a introduite au paragraphe 2 du projet d'article 14. Cette notion couvre les recours judiciaires et administratifs ouverts à une personne lésée devant les tribunaux, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

2. Le Mexique se réjouit de constater à cet égard que la Commission n'a pas perdu de vue l'arrêt *Avena*⁵¹ de la Cour internationale de Justice au paragraphe 6 de son commentaire sur le projet d'article 14 concernant l'épuisement des recours internes. Comme l'a souligné la Commission, si les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés, cela n'est vrai que des recours qui peuvent aboutir à une mesure de réparation. La personne lésée n'est pas tenue de s'adresser à l'exécutif de l'État où elle a épuisé les recours internes pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent pas les recours gracieux, tels que les recours en grâce.

Ouzbékistan

1. Il serait nécessaire d'inclure le paragraphe 2 du projet d'article 14 dans un projet d'article intitulé «Termes employés» (voir «Autres commentaires et suggestions» *infra*) en vue de définir la notion de «recours internes».

2. Ce paragraphe devra aussi être revu. On pourrait rendre le texte plus intelligible en le formulant comme suit :

⁵¹ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12.

«Par “recours internes” on entend les recours ouverts à une personne lésée. Ils peuvent comprendre les recours devant les tribunaux judiciaires ou administratifs ou les organes ordinaires ou spéciaux de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.»

Projet d'article 15. Catégorie de réclamations

Autriche

1. L'Autriche se demande si l'intitulé de cette disposition correspond bien à la substance du projet d'article, ce dernier se rapportant essentiellement aux réclamations dites mixtes et à la question de savoir si le préjudice subi par l'État est direct, auquel cas l'épuisement des recours internes n'est pas exigé, ou indirect, auquel cas il l'est. La décision récente de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena*⁵² a clairement mis en lumière le problème que pose cette distinction et la nécessité de la règle contenue dans le projet d'article.

2. Dans ses observations devant la Sixième Commission, l'Autriche s'est interrogée sur l'opportunité de garder dans ce projet d'article la mention de «demande de jugement déclaratif», puisque l'unique critère décisif dans ce cas était de savoir si le préjudice présumé subi par un État était direct ou non. Introduire un critère supplémentaire ne ferait que créer de la confusion. Le texte du projet d'article donnait à penser qu'il fallait distinguer la «demande de jugement déclaratif» de toute autre «réclamation internationale». Toutefois, vu les explications détaillées que contient le commentaire, l'Autriche ne tient plus à soulever cette question.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni appuie l'adoption du critère de prépondérance tout comme il convient que l'accent doit être mis sur la nature du préjudice subi. Toutefois, dans la mesure où l'article 15 concerne des réclamations formulées au nom de non-nationaux comme prévu à l'article 8, le Royaume-Uni réitère ses observations précédentes concernant cet article, à savoir que le droit de formuler une réclamation au nom d'un non-national n'est pas reconnu par le droit international coutumier.

Projet d'article 16. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

El Salvador

Bien qu'El Salvador soit d'accord avec le projet d'article quant au fond, il estime que son libellé est tantôt compliqué tantôt flou et pourrait prêter à confusion entre ses dispositions. Un libellé plus clair et plus précis permettrait de mieux présenter les exceptions à la règle.

Mexique

(Voir supra les commentaires relatifs au projet d'article 14.)

1. En ce qui concerne les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, le Mexique fait valoir qu'il y a une exception qui n'est couverte par aucun des alinéas du projet d'article 16, à savoir le cas où les recours internes n'ont pas à être épuisés en raison de la répétition prévisible du préjudice⁵³. Il est en effet futile d'épuiser les recours internes s'il y a une possibilité réelle que l'acte se trouvant à l'origine du préjudice soit répété.

2. Le Mexique estime qu'il importe de disposer, dans le projet d'articles, qu'il incombe à l'État défendeur de prouver que les recours internes n'ont pas été épuisés en indiquant les recours dont le demandeur peut encore se prévaloir. Lorsqu'il peut être démontré qu'il existe encore de tels recours, la charge de la preuve de l'existence d'une exception à la règle de l'épuisement des recours internes incombe au demandeur⁵⁴.

Ouzbékistan

(Voir supra le commentaire relatif au paragraphe 1 du projet d'article 14.)

Alinéa a

Autriche

Pour l'Autriche, l'alinéa *a* du projet d'article 16 traite également de la disponibilité des recours internes, vocabulaire analogue à celui adopté par la Commission à l'alinéa *b* de l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁵⁵, lorsqu'elle parle de «voies de recours internes disponibles et efficaces». Il semble raisonnable, pour harmoniser la terminologie, d'utiliser le libellé de cet article.

Italie

1. L'Italie estime que la première exception à la règle de l'épuisement des recours internes, qui est aussi la plus importante, est formulée de façon trop sommaire et restrictive.

2. En premier lieu, il convient de prendre en compte le fait que la pratique et la jurisprudence internationales ont, au fil du temps, dégagé une série d'exception, à savoir la «non-existence», l'«inaccessibilité», la «non-effectivité» et l'«inadéquation» des recours internes. Il s'agit là de quatre concepts spécifiques, précis et autonomes, et il est très difficile de les faire tous entrer dans le critère dit de la «futilité» ou dans un critère analogue, tel que l'absence de «possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», utilisé à l'alinéa *a* du projet d'article 16. En fait, le texte de l'alinéa *a* n'inclut pas toutes les exceptions susmentionnées mais traite d'un problème légèrement différent: trouver le meilleur critère d'ordre pratique ou d'interprétation pour évaluer concrètement, dans chaque cas, la futilité des recours internes, en particulier du point de vue de leur ineffectivité. Le libellé de l'alinéa *a* est donc trop vague, incertain et générique, et il risque de ne pas couvrir toutes les exceptions susmentionnées, au détriment de la victime. L'Italie suggère de modifier l'alinéa *a* comme suit:

⁵³ Voir Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 206.

⁵⁴ Voir Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 526.

⁵⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 30, par. 76.

⁵² Ibid.

«Les recours internes sont inexistants, inaccessibles, non effectifs ou inadéquats.»

3. Deuxièmement, si la Commission n'accepte pas la suggestion susmentionnée et préfère maintenir une seule expression générique, l'Italie estime que le libellé actuel de l'alinéa *a* est trop restrictif, compte tenu des développements les plus récents de la règle de l'épuisement des recours internes non seulement dans le domaine de la protection diplomatique au sens strict, mais aussi dans celui des droits de l'homme. En fait, la pratique s'oriente vers un critère d'interprétation plus souple, qui serait mieux exprimé par la formule ci-après: «Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès.» Ce libellé a été envisagé, puis malheureusement rejeté, par le Rapporteur spécial, M. John Dugard. L'Italie estime cependant que le libellé actuel de l'alinéa *a* va à l'encontre de la tendance observée dans la pratique internationale et risque de rendre plus rigide, et moins favorable aux individus, l'application future de la règle de l'épuisement des recours internes.

Qatar

1. Les exceptions définies aux alinéas *a*, *b* et *c* du projet d'article 16 sont si générales et si floues qu'elles risquent de rendre le projet d'article 14 inopérant. Elles risquent également de favoriser l'inobservation de la règle de l'épuisement des recours internes, dont l'application est une condition nécessaire à l'exercice du droit à la protection diplomatique. Elles pourraient en outre donner lieu à des sentences divergentes et conflictuelles, puisque les tribunaux devraient examiner les affaires au cas par cas pour déterminer si les recours internes ont été ou non épuisés, sans pouvoir recourir à un critère explicite pour déterminer si les exceptions énoncées dans le projet d'article 16 sont applicables.

2. Ces exceptions peuvent être acceptables dans les affaires concernant directement les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'alinéa *a* du projet d'article 16 explicite la notion de recours «efficace», la Commission tentant de trouver une formulation appropriée pour les cas où un recours est inefficace. En choisissant comme critère «aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», la Commission a développé les principes existants. Le Royaume-Uni interprète ces dispositions comme n'obligeant pas un réclamant à saisir la juridiction supérieure lorsqu'il peut être établi qu'un tel appel n'aurait aucun effet. De même, un réclamant ne devrait pas être tenu d'épuiser les recours à la justice dans un État où il n'y a pas de justice. Le Royaume-Uni considère également que l'existence d'entraves ou d'un parti pris à l'encontre d'un réclamant qui s'efforce d'épuiser les recours internes peut constituer un déni de justice au préjudice du réclamant et le Royaume-Uni se réserve le droit d'intervenir au nom d'un réclamant qui est un ressortissant britannique pour obtenir réparation d'une telle injustice. Sous réserve de ces observations, le Royaume-Uni appuie d'une manière générale le développement du droit par la Commission dans ce domaine de la protection diplomatique.

États-Unis d'Amérique

1. Dans le commentaire qui accompagne le projet d'article, la Commission explique qu'elle a examiné trois options avant d'adopter le critère de la «possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace». Elle a rejeté le critère de la «futilité manifeste» au motif qu'il «fixait la barre trop haut» pour ce qui était de prouver la futilité des recours internes. De même, elle a rejeté le critère de l'«absence de perspective raisonnable de succès»⁵⁶ adopté par la Commission européenne des droits de l'homme au motif qu'il aurait permis à trop de demandeurs de contourner la règle de l'épuisement des recours internes. Elle estime que le critère qu'elle a retenu fait la part des choses et est conforme à la pratique internationale.

2. Contrairement à la Commission, les États-Unis ne considèrent pas que le critère de «futilité manifeste» fixe la barre trop haut pour ce qui est de prouver la futilité des recours internes. Ils estiment, tout bien considéré, que ce critère a le double mérite de respecter la souveraineté des États et d'être conforme au droit international coutumier. Pour eux, le projet d'article devrait être libellé comme suit:

«Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'ils sont à l'évidence futiles ou inefficaces. L'épuisement des recours internes n'est pas à l'évidence futile ou inefficace si l'on peut raisonnablement escompter avoir accès à une instance susceptible de fournir une réparation efficace.»

3. Conformément aux principes du droit international coutumier applicables, un demandeur peut très rarement établir qu'il n'est pas tenu d'épuiser les recours internes. Il ne doit pas seulement démontrer que la perspective de succès est faible ou que de nouveaux pourvois en appel sont difficiles ou coûteux. Le critère à remplir pour que l'État soit tenu responsable sans que le demandeur ait à épuiser les recours internes est la futilité ou l'inefficacité manifeste de ces recours, et non l'absence de perspective raisonnable de succès ou l'improbabilité du succès, deux critères qui sont moins stricts⁵⁷. Aux termes de l'alinéa *a* du projet d'article 16, l'examen de la futilité porterait essentiellement sur la question de savoir si la réparation est possible, ce qui aurait pour effet de mettre l'accent sur les chances de succès des recours, démarche non valable en droit international selon Amerasinghe. De plus, l'appréciation des chances de succès d'un recours est une entreprise extrêmement difficile. En revanche, la deuxième phase de l'alinéa proposé plus haut met l'accent sur l'existence d'une instance qui puisse raisonnablement fournir une réparation. On reconnaît ainsi que le véritable

⁵⁶ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 40, par. 3 du commentaire relatif à l'article 16.

⁵⁷ Amerasinghe, op. cit., p. 206. Voir aussi, par exemple, l'affaire *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre (Arbitrage relatif aux navires finlandais)*, 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1504 (la règle excusant le non-épuisement des recours internes est «interprétée très strictement et, s'il existait un droit d'appel substantiel, faute de faire appel, on perdrait la possibilité d'invoquer l'épuisement des recours internes»); et Borcard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 824 («Un demandeur n'est toutefois pas dispensé d'épuiser les recours internes à raison de l'incapacité où il se trouve, du fait de sa pauvreté, de s'acquitter des dépenses que cela entraîne; de son ignorance de son droit d'appel; du fait qu'il a agi sur les avis d'un conseil; ou d'une prétendue impossibilité ou inutilité d'une action en justice auprès des tribunaux locaux»).

critère à appliquer en matière de futilité est de savoir si un système de droit interne est ou non raisonnablement capable de porter secours à un demandeur. Il faudrait donc mettre l'accent sur la disponibilité d'une instance efficace plutôt que sur la probabilité du succès de l'action entreprise auprès d'elle.

4. De plus, sur un plan général, la formulation susmentionnée est préférable à celle du projet d'article. Le but de la règle de l'épuisement des recours internes est de s'assurer qu'un État peut remédier, dans le cadre de son droit interne, aux violations du droit international⁵⁸. La plupart des États, sinon tous, sont dotés d'un système juridique qui leur permet de remédier à leurs propres violations. Dans ces circonstances, le respect de la souveraineté de l'État exige que le demandeur tire parti du système juridique de l'État défendeur pour pouvoir invoquer la responsabilité de celui-ci dans une infraction au droit international. La formulation préconisée par les États-Unis, outre qu'elle est conforme au droit international, permettrait de faire en sorte que dans toutes les circonstances, sauf les plus extrêmes, un État ait la possibilité de remédier aux violations du droit international dans le cadre de son propre système juridique. Le projet d'article, au contraire, autoriserait le demandeur à saisir des instances internationales d'allégations d'infractions au droit international avant que le processus de rectification ait été mené à bien, ce qui compromettrait la souveraineté de l'État et le développement de l'état de droit dans les juridictions internes.

Ouzbékistan

Il faudrait indiquer quel organe national ou international établirait quand il est «raisonnable» ou non d'épuiser les recours internes.

Alinéa b

Italie

L'Italie estime qu'il faudrait inclure à l'alinéa *b* non seulement le retard abusif dans la procédure de recours mais aussi le déni de justice. En fait, la pratique internationale montre qu'il est fait exception à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque (à n'importe quel stade de la procédure de recours) les juridictions internes refusent de rendre la justice⁵⁹ ou n'ont pas l'indépendance nécessaire⁶⁰, ou rendent un jugement manifestement injuste ou entaché de mauvaise foi, ou encore violent les droits de procédure fondamentaux de l'individu⁶¹. Or, l'exception du déni de justice ne se déduit pas

⁵⁸ Voir l'*Affaire de l'Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6 et suiv., en particulier p. 27.

⁵⁹ *Affaire Cotesworth et Powell*, dans La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, p. 695.

⁶⁰ Affaires suivantes: *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), p. 124 et suiv.; *Don Pacifico*, Moore, *A Digest of International Law*, p. 853; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *C.P.J.I. série C*, n° 86, p. 195; et *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie; États-Unis d'Amérique c. Bulgarie; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Bulgarie)*, p. 327.

⁶¹ *Salem* (1932), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 1202; et *B. E. Chattin (United States) v. United Mexican States* (1927), *ibid.*, vol. IV (numéro de vente: 1951.V.1), p. 288 et suiv.

aisément de l'alinéa *a* de l'article 16. L'alinéa *b* devrait donc être modifié comme suit:

«Il y a eu un déni de justice ou la procédure de recours connaît un retard abusif imputable à l'État dont la responsabilité est mise en cause.»

Qatar

(Voir supra les commentaires relatifs à l'alinéa *a*.)

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni appuie l'alinéa *b* de l'article 16, qui codifie le droit existant en matière de retard abusif.

Alinéa c

Autriche

Bien que l'Autriche soit favorable à la limitation de la protection diplomatique prévue à l'alinéa *c*, elle aimerait que la circonstance particulière que constitue l'absence d'un lien pertinent soit définie de manière plus élaborée. On ne saisit pas non plus clairement, à la lecture de l'alinéa, à quel stade il doit y avoir absence d'un lien pertinent. Dans le cas où la personne lésée a quitté le territoire de l'État où elle a subi le préjudice, par exemple, l'État dont elle a la nationalité peut-il bénéficier de l'exception définie à l'alinéa *c* ou l'existence d'un lien pertinent était-elle nécessaire pour que s'applique la règle de l'épuisement des recours internes? Le libellé de l'alinéa ne permet pas de répondre clairement à cette question. À moins d'indiquer sans ambiguïté que c'est au moment où le préjudice est causé qu'il ne doit pas y avoir de lien pertinent, on pourrait lier l'absence de ce lien avec le caractère «raisonnable» de l'utilisation des recours internes: ainsi, le seul cas où les recours internes n'auraient pas à être épuisés serait celui où il n'y aurait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable et où il serait déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes. Dans cette perspective, on pourrait aussi envisager de supprimer le premier membre de phrase de l'alinéa *c*, lequel ne traiterai plus que du cas où «les circonstances de l'espèce font [...] qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes». Le commentaire pourrait illustrer ce cas en se référant à l'absence d'un lien pertinent. Cette solution aurait cependant l'inconvénient de ne pas prévoir l'abus éventuel de cette disposition par une personne lésée qui quitterait tout bonnement le territoire de l'État réputé responsable pour ne pas avoir à épuiser les recours internes, privant ainsi cet État de la possibilité de réparer le préjudice par ses propres moyens. Compte tenu de l'objectif fondamental de la règle de l'épuisement des recours internes, qui est de donner à l'État réputé responsable la possibilité de remédier au préjudice, il ne fait pas de doute qu'il faut empêcher de tels abus.

Italie

1. L'Italie pense que la disposition énoncée à l'alinéa *c* devrait être scindée en deux parties à insérer dans des alinéas différents, puisqu'elle traite de deux exceptions

différentes à la règle de l'épuisement des recours internes: a) «il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable»; et b) «les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes». Il n'y a pas vraiment de lien entre ces deux exceptions. De plus, tel que l'alinéa c est actuellement rédigé, il n'apparaît pas clairement si l'absence d'élément de rattachement valable suffit à elle seule pour constituer une exception, ou s'il faut en outre qu'elle rende déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes (comme on pourrait peut-être le déduire du paragraphe 7 du commentaire sur le projet d'article 16).

2. Cela dit, l'Italie estime que la deuxième des exceptions susmentionnées (qui a trait aux circonstances de l'espèce) devrait être formulée de façon plus large et, à la fois, plus précise, en reprenant l'expression consacrée «circonstances particulières⁶²» et en énumérant expressément dans le projet d'article 16 (ou tout au moins dans le commentaire) les «circonstances particulières» les plus importantes qui peuvent être déduites de la pratique internationale.

3. Les «circonstances particulières» sont prises en compte dans la pratique existante dans le domaine de la protection diplomatique au sens strict et, plus souvent encore, dans le domaine des droits de l'homme. En outre, la pratique dans les deux domaines permet de distinguer les principales circonstances particulières à caractère objectif et subjectif qui rendent extrêmement difficile l'épuisement des recours internes par l'individu lésé. Ces circonstances particulières sont: a) des difficultés sérieuses et objectives d'ordre pratique, notamment à raison de l'éloignement⁶³; b) les situations de danger, les risques de représailles ou de sérieux dommages et les frais de justice exorbitants⁶⁴; c) des conditions générales de dysfonctionnement du système d'administration de la justice ou d'instabilité de l'ensemble du mécanisme gouvernemental⁶⁵; d) des mesures législatives ou des pratiques administratives illicites⁶⁶; et e) les situations de violations graves et systématiques des droits de l'homme⁶⁷. Les trois

dernières circonstances sont les plus importantes et les plus pertinentes dans la pratique récente.

4. Toutefois, l'Italie note que l'alinéa c du projet d'article 16, tel qu'il est actuellement formulé, n'accorde qu'une importance marginale et résiduelle à cette exception. Cela est aussi confirmé par le commentaire qui est très laconique et qui, en ne citant à titre d'exemple que quelques circonstances, passe sous silence les plus importantes.

5. L'Italie, pour sa part, attache une grande importance à cette exception et estime que l'insertion dans le projet d'une exception explicite et autonome concernant les «circonstances particulières», suivie d'une liste illustrative qui prenne en compte la pratique récente dans le domaine des droits de l'homme, apporterait une remarquable contribution au développement progressif du droit international en ce qui concerne les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes.

Pays-Bas

Les Pays-Bas estiment qu'il faudrait adopter le commentaire énoncé au paragraphe 11 de manière à ce que le projet d'article couvre à la fois le «dénier juridique» et le «dénier factuel».

Qatar

(Voir supra les commentaires relatifs à l'alinéa a.)

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni considère que l'alinéa c du projet d'article 16 est une proposition de développement progressif du droit international coutumier qui, actuellement, n'exige pas de lien volontaire ou de rattachement territorial, et ne contient pas de dispositions quant aux circonstances. Le Royaume-Uni souhaiterait davantage d'explications, en particulier en ce qui concerne le «lien pertinent» exigé.

États-Unis d'Amérique

1. Selon l'alinéa c du projet d'article 16, un demandeur n'aurait pas à épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de «lien pertinent» entre la personne lésée et l'État responsable ou que l'épuisement des recours internes est «déraisonnable». Le commentaire accompagnant le projet d'article explique que la première de ces deux exceptions vise à prendre en compte le cas où un demandeur, bien que n'ayant pas eu l'intention d'établir un lien avec l'État défendeur, subit un préjudice par le fait d'un acte de cet État. Il fournit des exemples classiques de ce type de situation, à savoir ceux de la pollution transfrontière et de l'avion s'égarant dans l'espace aérien d'un autre État. La seconde exception vise, selon le commentaire, à autoriser des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes au cas par cas, lorsque l'application de cette règle apparaît «déraisonnable».

⁶² *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/523 et Add.1, p. 70, art. 15, par. 2.

⁶³ John W. Carmalt, dans La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, p. 126; M. S. Perry, *ibid.*, p. 127; et C.I.J. *Mémoires*, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, vol. I, p. 416.

⁶⁴ *Neptune*, dans Schwarzenberger, *International Law*, p. 244, et dans La Pradelle et Politis, *op. cit.*, p. 139 et suiv.; *Nottebohm* (voir supra la note 63), p. 408.

⁶⁵ *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions 1996-IV*, p. 1211, par. 69; *Aksoy c. Turquie*, *ibid.*, p. 2276 et 2277, par. 52 à 57; et *Godínez Cruz c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 5 (1989), par. 58; etc.

⁶⁶ *Donnelly et autres c. Royaume-Uni*, Conseil de l'Europe, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* (1976), p. 147; *Akdivar* (voir supra la note 65), p. 1210, par. 67; *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 4 (1988), par. 68; etc.

⁶⁷ *Dermit Barbato c. Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 40 (A/38/40)*, annexe IX, p. 132; *Free Legal Assistance Group v. Zaïre*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *International Human Rights Reports* (1997), p. 92; *Amnesty International v. Sudan*, *ibid.* (2001), p. 261; etc.

2. Les États-Unis conviennent qu'une exception à la règle de l'épuisement des recours internes est justifiée lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État responsable mais proposent d'éliminer le second membre de phrase de l'alinéa, concernant le caractère «déraisonnable», afin d'éviter les libellés imprécis et de portée trop large. Ils souhaiteraient donc que l'alinéa *c* du projet d'article 16 soit reformulé comme suit:

«Il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable.»

3. Les États-Unis proposent d'éliminer le membre de phrase prévoyant une exception à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque les circonstances de l'espèce font qu'il est déraisonnable d'exiger l'application de cette règle parce que cette exception n'est pas étayée par le droit international coutumier ni justifiée par des préoccupations d'intérêt général. Ils estiment que la formulation de l'alinéa *c* est floue et entoure l'application de la règle de l'épuisement des recours internes de trop d'incertitude. Les exceptions définies dans le reste du projet d'article définissent avec précision les situations où cette règle n'a pas à être appliquée, y compris celles énumérées au paragraphe 11 du commentaire. L'inaccessibilité matérielle des tribunaux, l'obstruction faite par des éléments criminels à la procédure judiciaire et un coût prohibitif sont autant d'éléments qui pourraient rendre un recours interne «à l'évidence futile» et, conformément à l'alinéa *a* du projet d'article, retireraient tout caractère de nécessité à la règle de l'épuisement des recours internes. Aucune autre exception n'est donc à prévoir.

4. Les États-Unis estiment également qu'il faudrait rendre le commentaire plus précis en indiquant que le survol du territoire d'un État ne constitue pas à lui seul un «lien pertinent» exigeant que l'on épuise les recours internes. Il est dit clairement dans le commentaire qu'un avion qui s'égaré dans l'espace aérien d'un État n'établit pas un tel lien avec cet État mais les États-Unis estiment que, lorsqu'un avion survole un État en suivant son plan de vol, il n'en établit pas non plus. La règle de l'épuisement des recours internes est trop contraignante dans ces circonstances, eu égard au caractère ténu du lien entre la personne lésée et l'État responsable. En revanche, un commerçant expédiant des marchandises par camion dans un État via le territoire d'un autre État a un lien plus tangible avec ce dernier, y compris la possibilité d'en saisir les tribunaux pour protéger ses biens. Dans ces circonstances, un «lien pertinent» – en l'espèce commercial et territorial – est effectivement établi, qui rend obligatoire l'épuisement des recours internes.

Alinéa d

Guatemala

1. Le principe selon lequel la renonciation d'un État à l'un de ses droits doit être explicite est bien établi par le droit international coutumier. Les paragraphes 12, 15, 16 et 17 du commentaire relatif au projet d'article 16 n'en soulèvent cependant pas moins un certain nombre de

questions concernant l'applicabilité de ce principe au droit qu'a un État d'exiger l'épuisement des recours internes.

2. Il faut toutefois souligner que souvent, sinon le plus souvent, l'applicabilité du principe susmentionné ne crée aucun problème. Lorsqu'un accord d'arbitrage est conclu pour régler un différend déjà né dans une affaire où, en temps normal, la règle de l'épuisement des recours internes serait applicable à l'un des deux États parties, on ne peut pas dire que l'autre État renonce, expressément ou tacitement, à son droit d'exiger l'épuisement des recours internes. Il s'agit en fait de tout autre chose: une règle du droit international coutumier, à savoir celle exigeant l'épuisement des recours internes, est, en vertu du principe qui veut que les circonstances exceptionnelles l'emportent sur les circonstances normales, rendue inopérante par les dispositions contradictoires d'un traité. Le simple fait que la renonciation soit essentiellement unilatérale montre bien qu'il est incorrect de parler de renonciation dans ce cas. Lorsque des traités prévoient le règlement par arbitrage de différends futurs dans des affaires qui exigeraient en temps normal que s'applique la règle de l'épuisement des recours internes, on les interprète pour déterminer s'ils prescrivent ou non l'inapplicabilité de cette règle. S'il est établi que l'un d'eux la prescrit, on ne peut, de ce fait, conclure qu'il a été dérogé à la règle de l'épuisement des recours internes.

Maroc

Le Maroc propose de supprimer l'alinéa *d* du projet d'article 16 parce que la disposition qu'il énonce s'écarterait d'un important principe du droit international et n'a en outre aucune importance concrète.

Qatar

L'exception énoncée à l'alinéa *d* est acceptable étant conforme aux principes généraux du droit.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'alinéa *d* du projet d'article 16, qui prévoit la renonciation à l'épuisement des recours internes, doit être examiné plus avant. Toute renonciation à une exigence aussi fondamentale du droit international coutumier doit être expresse; permettre une renonciation implicite en l'absence d'intention expresse est contraire au droit international positif. Toute règle en matière de renonciation qui sera adoptée doit être d'interprétation stricte, car une telle règle protège aussi d'autres intérêts que ceux de l'État auteur de la renonciation. La Commission pourra également souhaiter se demander si une renonciation est possible s'il existe une disposition conventionnelle expresse exigeant l'épuisement des recours internes.

Ouzbékistan

Il faudrait ajouter le membre de phrase suivant après le mot «épuisés»: «ou son action ou son inaction valent renonciation».

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Ouzbékistan

La quatrième partie devrait s'intituler «Autres dispositions» et non «Dispositions diverses».

Projet d'article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Autriche

Le projet d'article 17 n'excluant pas les moyens juridiques de garantir les droits des personnes autres que la protection diplomatique, il pourrait ouvrir la voie à l'exercice des mêmes procédures devant différents fors et, peut-être, à des contrariétés de décisions. Ce risque doit cependant être toléré dans l'intérêt de la protection des droits des personnes.

El Salvador

On n'oubliera pas que la protection diplomatique permet à l'État de faire sienne la cause de l'un de ses nationaux, et ne confère pas à un national le droit d'obtenir de son État qu'il exerce une protection diplomatique en son nom par suite d'un préjudice causé par un autre État. La protection diplomatique n'étant pas, de ce fait, l'équivalent des mesures de protection prévues par le droit international des droits de l'homme, le texte du projet d'article 17 devrait le préciser.

Italie

1. Cet article comprend une clause de sauvegarde permettant à l'État, ou à la personne devant être protégée, d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique conformément au droit international. Le commentaire (par. 4) cite, parmi de telles procédures, celles prévues dans les diverses conventions internationales relatives aux droits de l'homme, ou celles visant à créer des mécanismes de protection des investissements. Dans le commentaire également (par. 6, dernière phrase), la Commission indique que même dans le cas où l'État a recours à une telle procédure, il n'abandonne pas son droit d'exercer la protection diplomatique en faveur de son national.

2. L'Italie souligne l'importance de la dernière partie du paragraphe 6 du commentaire. À son avis, toutefois, elle pourrait être améliorée et l'idée qui y est exprimée devrait figurer dans le texte même du projet d'article 17. En fait, lorsqu'une procédure autre que la protection diplomatique – que ce soit l'État ou l'individu devant être protégé qui y ait recours – débouche sur une décision contraignante adoptée par un juge totalement impartial et indépendant, le droit d'exercer la protection diplomatique ne devrait plus exister. Il ne devrait plus y avoir de raison d'exercer l'action diplomatique dans un tel cas, puisque la procédure engagée offre une élimination plus sûre des conséquences du fait illicite qui pourrait avoir été commis. Cette remarque ne vaut pas lorsque la procédure autre que la protection diplomatique est engagée

devant un organe (par exemple le Comité des droits de l'homme créé par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) qui n'a pas compétence pour prendre des décisions contraignantes. Dans ce cas, l'État ne peut être forcé d'abandonner son droit d'exercer la protection diplomatique, puisque l'État auteur du préjudice qui a été constaté par cet organe n'est pas contraint de se plier à la décision de ce dernier ni d'en subir les conséquences.

3. L'Italie suggère donc d'adopter dans le projet d'article 17 une approche qui permette de coordonner la protection diplomatique et les procédures autres que cette protection sur la base du critère susmentionné. Elle a conscience que la Commission a rejeté une proposition d'un de ses membres visant à considérer les recours concernant des questions ayant trait aux droits de l'homme comme la *lex specialis* dans le contexte des règles sur la protection diplomatique (voir commentaire, par. 7) et admet que, dans le cas d'une procédure autre que la protection diplomatique, une telle proposition serait certainement excessive. L'Italie estime, toutefois, que cette proposition serait plus que raisonnable si elle visait uniquement la catégorie plus étroite susmentionnée des recours juridictionnels.

Pays-Bas

1. Il faudrait supprimer les termes «en vertu du droit international». Les Pays-Bas sont d'avis que le droit de présenter un mémoire d'*amicus curiae* à l'occasion d'un procès interne, comme l'Union européenne l'a fait à l'occasion d'affaires judiciaires aux États-Unis, ne doit pas être remis en cause.

2. Les Pays-Bas estiment également qu'à l'exemple du projet d'article 19 le présent projet d'article devrait être modifié comme suit:

«Le droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite n'est pas affecté par les présents projets d'article.»

Qatar

1. Il n'est pas nécessaire de réaffirmer le droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite car il s'agit là d'un droit inaliénable des États et des personnes reconnu par le droit international.

2. Il est également sans intérêt d'y réaffirmer le droit des États et des personnes de se prévaloir des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. En tout état de cause, le Qatar estime que ces instruments offrent aux États et aux personnes plus de garanties que la

protection diplomatique car ils reposent sur des règles de droit appropriées et souples qui permettent à l'individu de recouvrer ses droits en cas de violation de ses libertés et droits essentiels.

3. Compte tenu de ce qui précède, le Qatar se rallie à l'opinion selon laquelle il faudrait fusionner les articles 17 et 18 et propose le libellé suivant:

«Les présents projets d'article ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales, y compris celles qui ont trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États.»

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni appuie le projet d'article 17 dans la mesure où il protège des droits découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme et d'autres instruments et principes du droit international coutumier. Il propose que l'on examine plus avant la possibilité que plusieurs réclamations soient formulées simultanément dans différentes instances.

(Voir *infra* les commentaires relatifs au projet d'article 18.)

Ouzbékistan

Il faudrait insérer les dispositions du projet d'article 17 dans le projet d'article intitulé «Termes employés» (voir Autres commentaires et suggestions *infra*) afin de définir l'expression «autres moyens de règlement pacifique» (utilisée dans le projet d'article 1).

Projet d'article 18. Dispositions conventionnelles spéciales

Autriche

Renvoyant à ses observations sur le projet d'article 4 concernant la nationalité, l'Autriche fait valoir que certaines des dispositions du projet d'article pourraient être remplacées par certaines règles du droit coutumier bilatéral ou régional telles que celles intéressant la question de la nationalité. Elle propose donc de viser uniquement la *lex specialis* ou les seules «règles spéciales de droit international» invoquées dans l'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite intitulé *Lex specialis* (art. 55⁶⁸).

El Salvador

Le projet d'article énonçant une idée semblable à celle exprimée dans le projet d'article 17, il serait souhaitable de fusionner les deux articles.

Maroc

1. Le texte du projet d'article présente des ambiguïtés à un double titre. Premièrement, [dans la version française] on ne sait pas à quoi renvoie le membre de phrase «il est

incompatible». S'il renvoie aux mots «présents articles», il devrait porter la marque du pluriel.

2. Deuxièmement, le projet d'article parle de conventions spéciales, ce qui laisse entendre qu'il y a des traités ordinaires et des traités spéciaux, alors qu'en droit international, en particulier dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, on ne trouve nulle part l'expression «conventions spéciales». Il est donc proposé, soit de faire référence à des règles spéciales, comme cela a été fait pour la responsabilité internationale des États et des organisations internationales, soit de modifier la première partie de la phrase comme suit: «incompatible avec les régimes spéciaux prévus par les traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements».

Qatar

(Voir *supra* les commentaires relatifs au projet d'article 17.)

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni approuve le transfert de cette disposition à la fin du projet d'articles et considère qu'il a été amélioré par rapport aux versions antérieures. Il serait toutefois utile de clarifier, dans le commentaire, la relation entre le projet d'article 18 et le projet d'article 17, qui pourrait aussi s'appliquer aux traités relatifs aux investissements.

Projet d'article 19. Équipages des navires

Autriche

Bien que l'idée sous-jacente au projet d'article 19 soit certainement confirmée par la pratique, il faudrait réexaminer l'économie du projet d'article, son libellé actuel pouvant avoir des effets imprévus. On peut se demander si le droit qu'a l'État de la nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers est affecté si la condition posée dans la dernière partie de la phrase n'est pas satisfaite. Un tel résultat n'étant certainement pas voulu, il est proposé, premièrement, de souligner le droit qu'ont les deux États concernés – l'État de la nationalité et l'État du pavillon – d'exercer leur protection diplomatique et, deuxièmement, de stipuler que le droit de l'un n'affecte pas celui de l'autre.

Belgique

La Belgique est d'avis que, dans le cadre d'un processus de développement progressif, et vu l'accroissement des transports aériens et le caractère de plus en plus plurinational des personnels de bord, une extension de cette disposition aux équipages des aéronefs se justifie.

Mexique

1. Pour ce qui est du projet d'article 19 relatif aux équipages des navires, le Mexique reconnaît que la codification établie par la Commission reflète bien le droit international et la pratique en la matière. Il note par

⁶⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 31.

ailleurs avec satisfaction que les observations formulées ces dernières années par la délégation mexicaine sur ce sujet précis ont été prises en compte par la Commission dans ses travaux.

2. Le fait que l'État de la nationalité puisse exercer une protection diplomatique et que l'État du pavillon ait le droit de demander réparation au profit de l'équipage d'un navire marque incontestablement un progrès fondamental dans le sens du plein respect des droits de l'homme de ces personnes. On notera cependant que le paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 19 ne résout pas le problème qui se pose dans le cas où les deux États entreprennent tous deux d'obtenir réparation.

3. Le Mexique demande donc à la Commission d'étudier ce cas de figure afin qu'elle puisse aborder la question de la double réparation dans le projet d'articles ou dans le commentaire relatif au projet d'article 19.

Pays-Bas

(Voir *supra* les commentaires relatifs au projet d'article 17.)

Il conviendrait d'incorporer le projet d'article dans le projet d'article 8, ce qui serait plus conforme à l'économie du projet d'articles.

Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Les pays nordiques souscrivent pleinement à la solution retenue par le projet d'article 19, selon laquelle le droit qu'a l'État du pavillon d'exercer une protection diplomatique n'exclut pas que l'État de la nationalité des membres de l'équipage d'un navire puisse exercer le même droit, et vice versa. C'est là un principe très important, qui confirme les importantes mesures de protection prévues par le droit de la mer.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Les modifications apportées à l'article 19 reflètent l'arrêt rendu dans l'affaire *Saiga*⁶⁹. Comme la Commission, le Royaume-Uni estime que des considérations pratiques justifient que l'État du pavillon puisse formuler des réclamations dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Dans la mesure où cet article est controversé en ce qu'il peut constituer un développement du droit international coutumier, le Royaume-Uni estime qu'il pourrait être omis du projet d'articles sur la protection diplomatique, car il ne concerne pas l'exercice de la protection diplomatique au sens où cette notion est actuellement entendue en droit international.

États-Unis d'Amérique

1. Le projet d'article 19 affirme le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces

nationaux, sans préjudice du droit qu'a l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite. Le commentaire accompagnant ce projet d'article indique que le droit international n'est pas concluant quant au droit d'un État d'étendre le bénéfice de sa protection à des marins qui n'ont pas sa nationalité, mais conclut que la jurisprudence penche plutôt pour la reconnaissance de ce droit. La Commission, tout en prenant soin de souligner que le droit de demander réparation n'est pas de la protection diplomatique, explique cependant qu'il en est très proche.

2. Les États-Unis accueillent avec satisfaction le fait qu'il soit précisé dans le commentaire que le projet d'article 19 n'a pas pour but de conférer à l'État de nationalité d'un navire le droit d'exercer la protection diplomatique au profit de membres d'équipage qui ne sont pas de sa nationalité. Comme les États-Unis l'ont expliqué dans leurs commentaires de mai 2003⁷⁰, une grande incertitude prévaut sur la question de savoir si le droit international coutumier permet à l'État de nationalité d'un navire de protéger les membres d'équipage contre un État tiers.

3. Toutefois, ne concernant pas la protection diplomatique, ainsi que le reconnaît clairement la Commission dans son commentaire, cette disposition échappe dès lors, de l'avis des États-Unis, au domaine de ce projet d'article et doit être omise. Dans sa résolution 51/160 datée du 16 décembre 1996 l'invitant à l'examen de ce projet, l'Assemblée générale demandait à la Commission de traiter la seule question de la «protection diplomatique». Un groupe de travail de la Commission l'a informée à sa quarante-neuvième session que, conformément à ce mandat, le projet d'articles serait consacré à la protection diplomatique *stricto sensu*⁷¹. Aussi, ce projet étant destiné à codifier les règles de la protection diplomatique uniquement, étendre le projet d'articles au droit d'un État de demander réparation au nom des membres d'un équipage risquerait-il de créer la confusion quant au domaine d'application du projet d'articles dans son ensemble et serait, de ce fait, inopportun. Il conviendrait mieux de renvoyer cette question à d'autres instruments de droit international tels que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

4. Il est dit dans le commentaire sur le projet d'article 19 que ce texte a pour objet, entre autres, d'affirmer que l'État de nationalité des membres d'un équipage peut épouser les réclamations de ces derniers. Tout en admettant que ce principe est reconnu par le droit international coutumier, les États-Unis trouvent superflu de l'énoncer ici. Les projets d'articles 2 et 3 précisent qu'un État a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des réclamations de ses nationaux lorsque les autres conditions prévues dans le projet d'articles sont remplies. Les membres d'un équipage étant des nationaux comme les autres, il n'y a pas lieu d'adopter un projet d'article séparé stipulant que leurs réclamations sont recevables. En revanche, si la Commission l'estime nécessaire, il

⁶⁹ *Affaire du navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil* 1999, p. 10.

⁷⁰ Disponible dans les archives de la Division de la Codification, Nations Unies, New York.

⁷¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 61, par. 176.

peut être mentionné dans le commentaire sur les projets d'articles 2 et 3 que les membres d'un équipage sont eux aussi des nationaux pouvant bénéficier de la protection diplomatique s'ils subissent des préjudices.

Autres commentaires et suggestions

Pays-Bas

1. Au chapitre IV du cinquième rapport du Rapporteur spécial, il est proposé de remplacer les projets d'articles 17 et 18 par deux «clauses de sauvegarde». La première clause, proposée à la place du projet d'article 17, se lit comme suit:

Article 26

Les présents articles sont sans préjudice du droit qu'un État autre qu'un État habilité à exercer sa protection diplomatique ou un individu peut posséder en raison d'un fait internationalement illicite⁷².

Les Pays-Bas appuient ce projet d'article.

2. La seconde clause, qui est une variante du projet d'article 21, fusionne les deux projets d'articles 17 et 18 en un seul, ainsi libellé:

Les présents articles sont sans préjudice des droits des États ou des personnes d'invoquer des procédures autres que la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice que leur a causé un fait internationalement illicite [qui peut aussi habiliter l'État national de la personne lésée à exercer sa protection diplomatique]⁷³.

Les Pays-Bas jugent cette «clause de sauvegarde générale⁷⁴» également acceptable.

3. Le sixième rapport sur la protection diplomatique⁷⁵ traite de la doctrine des «mains propres». Les Pays-Bas se rallient aux conclusions du Rapporteur spécial.

⁷² *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/538, chap. IV.A, p. 57.

⁷³ *Ibid.*, chap. IV.B, p. 57.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 42.

⁷⁵ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/546, p. 1.

États-Unis d'Amérique

1. Les États-Unis n'ont pas pu examiner toutes les assertions, notes de bas de page et citations figurant dans les commentaires. Cependant, ils ont constaté à la lecture de ces derniers que des affaires ou des traités y sont souvent invoqués à l'appui de propositions qu'ils n'étaient apparemment pas. Les États-Unis invitent donc la Commission à vérifier avec soin l'exactitude des commentaires et de la présentation qui y est faite des sources citées.

2. Les États-Unis demandent à la Commission de préciser dans les commentaires quels sont les projets d'article qui, à ses yeux, relèvent du développement progressif du droit international, par opposition à la codification du droit international coutumier. Par exemple, tout en ne trouvant rien à redire au projet d'article 8, les États-Unis estiment que celui-ci relève clairement du développement progressif du droit et devrait être présenté comme tel.

Ouzbékistan

L'Ouzbékistan estime nécessaire de préciser, dans un article intitulé «Termes employés», la définition des termes suivants utilisés dans le projet d'articles: «nationalité d'une personne juridique» [version russe], «nationalité d'une société», «constitution d'une société», «État de constitution», «dommages corporels», «dommages causés à des biens», «dommages causés à des droits personnels non réels», etc.

Commentaires sur la forme définitive

**Norvège, au nom des pays nordiques
(Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)**

Pour les pays nordiques, il est souhaitable de passer assez rapidement à l'adoption du projet d'articles en seconde lecture. De plus, ils estiment que, pour renforcer la clarté et la prévisibilité dans ce domaine important du droit, il faudrait adopter, sous forme de convention, dans un délai relativement court, les dispositions portant sur la protection diplomatique.

Annexe

**ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD:
RÈGLES RELATIVES AUX RÉCLAMATIONS INTERNATIONALES**

1. FONDEMENT DES RÈGLES

Les règles du Royaume-Uni et leurs commentaires ont paru dans diverses publications, par exemple dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), p. 1006 à 1008. Ces règles reposent sur les principes généraux du droit international coutumier.

Il peut parfois être possible et opportun de faire des représentations informelles même lorsque la stricte application des règles ci-après interdit la formulation d'une réclamation officielle.

Les règles ne traitent pas de la question plus complexe de savoir quelle conduite de l'État constitue une violation du droit international engageant sa responsabilité. Cette question est envisagée de manière plus exhaustive au chapitre 4.

2. RÈGLES CONCERNANT LA NATIONALITÉ DU RÉCLAMANT

Article I

Le Gouvernement de Sa Majesté n'endosse la réclamation que si le réclamant est un national du Royaume-Uni et qu'il l'était à la date du préjudice.

Commentaire

Le droit international exige que, pour qu'une réclamation puisse être formulée, le réclamant soit un national de l'État qui la formule, tant au moment où le préjudice a été causé que, sans interruption, jusqu'à la date de la formulation officielle de la réclamation. Toutefois, en pratique, il a jusqu'ici suffi de prouver que cette condition de nationalité était remplie à la date du préjudice et à celle de la présentation de la réclamation (voir «Nationality of claims: British practice» par I. M. Sinclair, *The British Year Book of International Law*, 1950, vol. 27, p. 125 à 144).

L'expression «national du Royaume-Uni» désigne:

a) Tous les nationaux du Royaume-Uni qui entrent dans l'une des catégories prévues par le *British Nationality Act 1981* (ou une des catégories correspondantes établies par des textes antérieurs):

- i) citoyens britanniques;
- ii) citoyens de territoires britanniques dépendants;
- iii) ressortissants britanniques (outre-mer);
- iv) citoyens britanniques d'outre-mer;
- v) sujets britanniques relevant de la partie IV de la loi;
- vi) personnes protégées britanniques.

b) Les sociétés constituées sous l'empire de la loi du Royaume-Uni ou de tout territoire pour lequel le Royaume-Uni est internationalement responsable.

Article II

Lorsque le réclamant est devenu un national du Royaume-Uni ou a cessé de l'être après la date du préjudice, le Gouvernement de Sa Majesté peut, le cas échéant, prendre fait et cause pour lui de concert avec le gouvernement de sa nationalité antérieure ou subséquente.

Article III

Lorsque le réclamant est un double national, le Gouvernement de Sa Majesté peut endosser sa réclamation (bien que, dans certaines circonstances, il puisse être opportun qu'il le fasse conjointement avec l'autre gouvernement habilité à le faire). Le Gouvernement de Sa Majesté n'endosse normalement pas la réclamation d'un national du Royaume-Uni si l'État défendeur est l'État de la seconde nationalité, mais il peut le faire si l'État défendeur a, dans la situation qui a donné lieu au préjudice, traité le réclamant comme un national du Royaume-Uni.

Article IV

Le Gouvernement de Sa Majesté peut endosser la réclamation d'une société ou d'une autre personne morale qui est créée et régie par le droit du Royaume-Uni ou de tout territoire pour lequel le Gouvernement de Sa Majesté est internationalement responsable.

Commentaire

Cette règle repose sur le principe qui veut qu'une personne morale (comme une entreprise, une société commerciale ou une autre forme d'association ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses membres) a la nationalité du pays dont la législation l'a officiellement créée, qui régit sa constitution et sous l'empire de laquelle elle peut être dissoute. Ce principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)* en 1970. Certains États déterminent la nationalité d'une société à l'aide de différents critères: le lieu de son principal établissement (siège social) ou le lieu du contrôle effectif (déterminé compte tenu, par exemple, du lieu de résidence de la majorité des actionnaires ainsi que des membres du conseil d'administration). La Cour a néanmoins déclaré qu'aucun de ces critères de «lien effectif» n'est universellement accepté au plan international.

Pour déterminer s'il doit ou non exercer sa protection, le Gouvernement de Sa Majesté peut se demander si la société a en fait un lien réel et substantiel avec le Royaume-Uni. (Cette question et d'autres qui découlent des articles IV à VI sont examinées de manière plus approfondie dans l'article de Mervyn Jones «Claims on behalf of nationals

who are shareholders in foreign companies», *The British Year Book of International Law*, 1949, vol. 26, p. 225.)

Article V

Lorsqu'un national du Royaume-Uni a un intérêt, en qualité d'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État, et que cette société est lésée par les actes d'un État tiers, le Gouvernement de Sa Majesté ne peut normalement endosser la réclamation de l'intéressé que de concert avec le gouvernement de l'État dans lequel la société a été constituée. À titre exceptionnel, comme lorsque la société a cessé d'exister, il peut intervenir individuellement.

Article VI

Lorsqu'un national du Royaume-Uni a un intérêt, en qualité d'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État et dont elle est donc un national, et que cet État cause un préjudice à la société, le Gouvernement de Sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts de ce national du Royaume-Uni.

Commentaire

Dans certains cas, l'État de constitution d'une société n'est pas celui qui a le plus d'intérêts dans celle-ci. Une société peut être créée, pour des raisons de convenance juridique ou économique, sous l'empire des lois d'un État alors même que la quasi-totalité du capital est entre les mains de nationaux d'un autre État. Dans une telle situation, l'État dans lequel la société a été constituée peut n'avoir guère d'intérêt à la protéger, tandis que l'État dont les actionnaires propriétaires du capital ont la nationalité a un intérêt considérable à le faire. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a nié l'existence, en droit international coutumier, d'un droit naturel de l'État national des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique. Toutefois, la majorité des membres de la Cour a accepté l'existence d'un droit de protéger les actionnaires dans les deux cas envisagés dans les articles V et VI (lorsque la société a cessé d'exister, et lorsque l'État dans lequel la société a été constituée, bien que théoriquement protecteur juridique de la société, cause lui-même un préjudice à celle-ci).

Lorsque le capital d'une société étrangère est, en proportions diverses, entre les mains de nationaux de plusieurs États, dont le Royaume-Uni, il est rare que le Gouvernement de Sa Majesté fasse des représentations si les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital ne le font pas.

Article VII

Normalement, le Gouvernement de Sa Majesté ne prend pas officiellement fait et cause pour un national du Royaume-Uni contre un autre État tant que tous les

recours juridiques, s'il en existe, qui sont à la disposition de l'intéressé dans l'État concerné n'ont pas été épuisés.

Commentaire

Le fait de n'avoir pas épuisé les recours internes ne fait pas obstacle à une réclamation s'il est nettement établi que, dans les circonstances de l'espèce, un recours devant une juridiction interne supérieure n'aurait aucun effet. Un réclamant n'est pas non plus tenu d'épuiser les recours en justice dans un État où il n'y a pas de justice.

Article VIII

Si, dans le cadre de l'épuisement des recours internes, le réclamant s'est heurté à une discrimination ou à des obstructions, lesquelles constituent un déni de justice, le Gouvernement de Sa Majesté peut intervenir au nom de l'intéressé pour obtenir que l'injustice soit réparée.

Article IX

Le Gouvernement de Sa Majesté n'endosse pas une réclamation si celle-ci lui a été présentée tardivement, sauf si le retard résulte de causes échappant à la volonté du réclamant, mais aucun délai n'est fixé, et c'est d'avantage l'équité que le droit qui s'applique en la matière.

3. ARTICLE RELATIF AUX RECOURS PRÉVUS PAR UN TRAITÉ

Article X

Lorsqu'une disposition expresse d'un traité est incompatible avec un ou plusieurs des articles I à IX, les termes du traité priment dans la mesure de l'incompatibilité. En cas d'ambiguïté, les termes du traité ou de l'accord international sont interprétés conformément aux présentes règles et aux autres règles du droit international.

4. ARTICLE RELATIF À LA DÉVOLUTION DES RÉCLAMATIONS

Article XI

Lorsque le réclamant est décédé depuis la date du préjudice causé à lui-même ou à ses biens, ses ayants droit peuvent chercher à obtenir une réparation ou une indemnisation pour le préjudice au nom de la succession. Une telle réclamation ne doit pas être confondue avec une demande en dommages et intérêts formulée en réparation du décès du défunt par une personne qui était à la charge de celui-ci.

Commentaire

Lorsque les ayants droit n'ont pas la même nationalité que le réclamant initial, les règles ci-dessus seront probablement appliquées comme si on était en présence d'un réclamant unique qui a changé son statut national.