A/CN.4/SER.A/2004/Add.1 (Part 2)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2004

Volume II
Deuxième partie

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-sixième session

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/2004/Add.1 (Part 2)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2004

Volume II
Deuxième partie

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-sixième session

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2012

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire…* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire… 2003*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes:

Volume I: comptes rendus analytiques des séances de la session;

Volume II (1re partie): rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;

Volume II (2e partie): rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

A/CN.4/SER.A/2004/Add.1 (Part 2)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente: F.10.V.9 (Part 2)
ISBN: 978-92-1-233494-3

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

Pages

***Document A/59/10*. – Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session (3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2004) 1**

Répertoire des documents de la cinquante-sixième session 135

DOCUMENT A/59/10*

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session (3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2004)

TABLE DES MATIÈRES

			Pages
Abréviations et sigles			5
Note concernant les citations			5
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume			6
Chapitres		*Paragraphes*	
I.	ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION	1-11	11
	A. Composition de la Commission	2	11
	B. Membres du bureau et bureau élargi	3-5	11
	C. Comité de rédaction	6-7	11
	D. Groupes de travail	8-9	12
	E. Secrétariat	10	12
	F. Ordre du jour	11	12
II.	RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-SIXIÈME SESSION	12-22	13
III.	POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION	23-37	15
	A. Protection diplomatique	23-24	15
	B. Responsabilité des organisations internationales	25	15
	C. Ressources naturelles partagées	26-28	15
	D. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)	29-30	16
	E. Actes unilatéraux des États	31-32	16
	F. Les réserves aux traités	33-37	16
IV.	PROTECTION DIPLOMATIQUE	38-60	17
	A. Introduction	38-52	17
	B. Examen du sujet à la présente session	53-58	18
	C. Texte des projets d'article sur la protection diplomatique adoptés par la Commission en première lecture	59-60	18
	1. Texte des projets d'article	59	18
	2. Texte des projets d'article et commentaires y relatifs	60	20
	PREMIÈRE PARTIE. DISPOSITIONS GÉNÉRALES		21
	Article 1er. Définition et champ d'application		21
	Commentaire		21
	Article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique		21
	Commentaire		21
	DEUXIÈME PARTIE. NATIONALITÉ		22
	CHAPITRE IER. PRINCIPES GÉNÉRAUX		22
	Article 3. Protection par l'État de la nationalité		22
	Commentaire		22
	CHAPITRE II. PERSONNES PHYSIQUES		22
	Article 4. État de nationalité d'une personne physique		22
	Commentaire		22
	Article 5. Continuité de la nationalité		24
	Commentaire		24
	Article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers		25
	Commentaire		25

* Paru initialement comme *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément nº 10.*

Chapitres *Pages*

Article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité 26
Commentaire 26
Article 8. Apatrides et réfugiés 28
Commentaire 28
CHAPITRE III. PERSONNES MORALES 30
Article 9. État de nationalité d'une société 30
Commentaire 30
Article 10. Continuité de la nationalité d'une société 31
Commentaire 31
Article 11. Protection des actionnaires 32
Commentaire 32
Article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires 35
Commentaire 35
Article 13. Autres personnes morales 35
Commentaire 36
TROISIÈME PARTIE. RECOURS INTERNES 37
Article 14. Épuisement des recours internes 37
Commentaire 37
Article 15. Catégorie de réclamations 38
Commentaire 38
Article 16. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes 39
Commentaire 39
QUATRIÈME PARTIE. DISPOSITIONS DIVERSES 43
Article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique 43
Commentaire 43
Article 18. Dispositions conventionnelles spéciales 44
Commentaire 44
Article 19. Équipages des navires 45
Commentaire 45

Paragraphes

V. RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES 61-72 47
A. Introduction 61-63 47
B. Examen du sujet à la présente session 64-70 47
C. Texte des projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission 71-72 48
1. Texte des projets d'article 71 48
2. Texte des projets d'article et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-sixième session 72 49
Article 4. Règle générale en matière d'attribution d'un comportement à une organisation internationale 50
Commentaire 50
Article 5. Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale 52
Commentaire 52
Article 6. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions 54
Commentaire 54
Article 7. Comportement reconnu et adopté comme sien par une organisation internationale 56
Commentaire 56

VI. RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES 73-157 57
A. Introduction 73-76 57
B. Examen du sujet à la présente session 77-157 57
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport 82-103 57
2. Résumé du débat 104-142 60
3. Conclusions du Rapporteur spécial 143-157 63

VII. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES) 158-176 65
A. Introduction 158-168 65
B. Examen du sujet à la présente session 169-174 66

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
C. Texte des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses adoptés par la Commission en première lecture	175-176	68
1. Texte des projets de principe	175	68
2. Texte des projets de principe et commentaires y relatifs	176	70
Commentaire général		70
Préambule		71
Commentaire		72
Principe 1. Champ d'application		72
Commentaire		72
Principe 2. Termes employés		75
Commentaire		75
Principe 3. Objectif		82
Commentaire		82
Principe 4. Indemnisation prompte et adéquate		85
Commentaire		86
Principe 5. Mesures d'intervention		91
Commentaire		91
Principe 6. Recours internes et internationaux		93
Commentaire		93
Principe 7. Élaboration de régimes internationaux spéciaux		94
Commentaire		94
Principe 8. Application		95
Commentaire		95
VIII. Actes unilatéraux des États	177-247	97
A. Introduction	177-191	97
B. Examen du sujet à la présente session	192-247	98
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son septième rapport	193-209	98
2. Résumé du débat	210-237	99
3. Conclusions du Rapporteur spécial	238-244	102
4. Conclusions du Groupe de travail	245-247	103
IX. Les réserves aux traités	248-295	104
A. Introduction	248-268	104
B. Examen du sujet à la présente session	269-293	105
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son neuvième rapport	275-279	106
2. Résumé du débat	280-291	106
3. Conclusions du Rapporteur spécial	292-293	107
C. Texte des projets de directive concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission	294-295	108
1. Texte des projets de directive	294	108
2. Texte des projets de directive et commentaires y relatifs	295	113
2.3.5 Aggravation de la portée d'une réserve		113
Commentaire		113
2.4.9 Modification d'une déclaration interprétative		115
Commentaire		115
2.4.10 Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle		116
Commentaire		116
2.5.12 Retrait d'une déclaration interprétative		116
Commentaire		116
2.5.13 Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle		117
Commentaire		117
X. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international	296-358	118
A. Introduction	296-297	118
B. Examen du sujet à la présente session	298-299	118
C. Rapport du Groupe d'étude	300-358	118
1. Observations générales et résultat escompté des travaux du Groupe d'étude	300-302	118
2. Examen de l'étude concernant la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des « régimes autonomes »	303-330	119
a) *Lex specialis*	304-313	119
b) Régimes autonomes (spéciaux)	314-330	121

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
3. Examen de l'exposé concernant l'étude relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)	331-337	123
4. Examen de l'exposé concernant l'étude sur la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)	338-344	124
5. Examen de l'exposé relatif à l'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3 *c*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale	345-351	125
6. La hiérarchie des normes en droit international: le *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et l'Article 103 de la Charte des Nations Unies en tant que règles de conflit	352-358	126
XI. Autres décisions et conclusions de la Commission	359-391	128
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	359-369	128
1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission	362-363	128
2. Nouveaux sujets à ajouter à l'actuel programme de travail de la Commission	364	128
3. Cadre stratégique	365	128
4. Documentation de la Commission	366-368	128
5. Honoraires	369	129
B. Date et lieu de la cinquante-septième session de la Commission	370	129
C. Coopération avec d'autres organismes	371-376	129
D. Représentation à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale	377-378	129
E. Séminaire de droit international	379-391	129
Annexe. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) en droit international		131

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
AIH	Association internationale des hydrogéologues
CDI	Commission du droit international
CE	Communauté européenne
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Commission économique pour l'Europe
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPJI	Cour permanente de justice internationale
DTS	Droits de tirage spéciaux
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FINUL	Force intérimaire des Nations Unies au Liban
FIPOL	Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures
FMI	Fonds monétaire international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
Mercosur	Marché commun du Sud
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OPS	Organisation panaméricaine de la santé
OUA	Organisation de l'unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

AJIL	*American Journal of International Law*
BYBIL	*British Year Book of International Law*
C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n°s 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n°s 40 à 80, à partir de 1931)
ILM	*International Legal Materials* (Washington)
ILR	*International Law Reports* (Cambridge)
RGDIP	*Revue générale de droit international public* (Paris)
TIDM Recueil	TIDM, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*

Dans le présent volume, par Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie il faut entendre le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991.

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Sauf indication contraire, les citations extraites d'ouvrages en langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérisque ne figurent pas en italique dans le texte original.

*
* *

Adresse Internet de la Commission du droit international: **www.un.org/law/ilc**

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	Sources
Relations diplomatiques et consulaires	
Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, nº 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1961]	Ibid., vol. 500, nº 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1963]	Ibid., vol. 596, nº 8638, p. 261.
Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, concernant le règlement obligatoire des différends (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, nº 8640, p. 487.
Droits de l'homme	
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Ibid., vol. 660, nº 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, nº 17955, p. 123.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, nº 20378, p. 13.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, nº 26363, p. 217.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85.
Stupéfiants et substances psychotropes	
Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (New York, 30 mars 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 520, nº 7515, p. 151.
Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988)	Ibid., vol. 1582, nº 27627, p. 95.
Nationalité et apatridie	
Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930) [ci-après dénommée Convention de La Haye de 1930]	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, nº 4137, p. 89.
Convention relative au statut des réfugiés (avec annexe) [Genève, 28 juillet 1951]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, nº 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, nº 8791, p. 267.
Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)	Ibid., vol. 360, nº 5158, p. 117.
Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961)	Ibid., vol. 989, nº 14458, p. 175.
Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969)	Ibid., vol. 1001, nº 14691, p. 45.
Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997)	Ibid., vol. 2135, nº 37248, p. 213.
Commerce international et développement	
Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, nº 8359, p. 159.

	Sources
Transports et communications	
Protocole sur les marques routières, additionnel à l'Accord européen complétant la Convention sur la signalisation routière ouverte à la signature à Vienne le 8 novembre 1968 (avec annexes et diagrammes) [Genève, 1er mars 1973]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1394, nº 23345, p. 263.
Questions pénales	
Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 359, nº 5146, p. 273.
Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959)	Ibid., vol. 472, nº 6841, p. 185.
Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (La Haye, 15 novembre 1965)	Ibid., vol. 658, nº 9432, p. 163.
Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 27 septembre 1968)	Ibid., vol. 1262, nº 20747, p. 153.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3.
Navigation	
Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (Genève, 6 mars 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 289, nº 4214, p. 3.
Droit de la mer	
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, nº 31363, p. 3.
Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) [Paris, 22 septembre 1992]	*Journal officiel de l'Union européenne*, nº L 104, 3 avril 1998, p. 2.
Droit applicable aux conflits armés	
Conventions concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre: Convention II (La Haye, 29 juillet 1899), Convention IV (La Haye, 18 octobre 1907) et Convention IX concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre (La Haye, 18 octobre 1907)	Dotation Carnegie pour la paix internationale, *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 100 et 157.
Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (annexé aux Conventions II de 1899 et IV de 1907)	Ibid., p. 107.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international: continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Hongrie (Traité de Trianon) [Trianon, 4 juin 1920]	Ibid., 1923, t. XII, p. 423.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, nos 17512 et 17513, p. 3 et 609.
Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)	Ibid., vol. 249, nº 3511, p. 215.
Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999)	Ibid., vol. 2253, nº 3511, p. 172.
Droit des traités	
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1969]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1978]	Ibid., vol. 1946, nº 33356, p. 3.

	Sources
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986]	*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5), p. 91.

Responsabilité

Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 956, nº 13706, p. 251.
Protocole additionnel à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 28 janvier 1964)	Ibid.
Protocole portant modification de la Convention susmentionnée, telle que modifiée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 (Paris, 16 novembre 1982)	Ibid., vol. 1519, annexe A, nº 13706, p. 337.
Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982 (Paris, 12 février 2004)	*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 97, 1er avril 2004, p. 55.
Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (Bruxelles, 25 mai 1962)	AIEA, Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, Collection juridique n° 4, éd. rev., Vienne, 1976, p. 93.
Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1063, nº 16197, p. 265.
Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 12 septembre 1997)	Ibid., vol. 2241, nº 16197, p. 270.
Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 29 novembre 1969)	Ibid., vol. 973, nº 14097, p. 3.
Protocole modifiant la Convention susmentionnée (Londres, 27 novembre 1992)	Ibid., vol. 1956, nº 14097, p. 255.
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Ibid., vol. 961, nº 13810, p. 187.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (Londres, 1er mai 1977)	PNUE, *Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 44.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) [Genève, 10 octobre 1989]	Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.II.E.39.
Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993)	Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 150.
Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD) [Londres, 3 mai 1996]	Convention SNPD, publication de l'OMI (numéro de vente: I480F).
Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (Bâle, 10 décembre 1999)	UNEP/CHW.5/29, annexe III.
Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (Londres, 23 mars 2001)	Nations Unies, *Annuaire juridique 2001* (numéro de vente: F.04.V.12), p. 392.

Terrorisme

Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1137, nº 17828, p. 93.
Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979)	Ibid., vol. 1316, nº 21931, p. 205.

Aviation civile

Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (Rome, 7 octobre 1952)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 310, nº 4493, p. 181.

	Sources
Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)	Ibid., vol. 860, nº 12325, p. 105.

Environnement et ressources naturelles

Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (destinée à compléter la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures) [Bruxelles, 18 décembre 1971]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1110, nº 17146, p. 57.
Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Londres, 27 novembre 1992)	Ibid., vol. 1953, nº 17146, p. 330.
Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Washington, 3 mars 1973)	Ibid., vol. 993, nº 14537, p. 243.
Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) [Londres, 2 novembre 1973]	Ibid., vol. 1341, nº 22484, p. 140.
Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Londres, 17 février 1978)	Ibid., p. 3.
Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures (Bonn, 3 décembre 1976)	Ibid., vol. 1404, nº 23469, p. 59.
Protocole additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures (Bruxelles, 25 septembre 1991)	Ibid., vol. 1840, nº A-23469, p. 372.
Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986)	Ibid., vol. 1439, nº 24404, p. 275.
Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (Wellington, 2 juin 1988)	*RGDIP*, Paris, Pedone, t. 93 (1989)/1, p. 182.
Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (Londres, 30 novembre 1990)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1891, nº 32194, p. 51.
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)	Ibid., vol. 1989, nº 34028, p. 309.
Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)	Ibid., vol. 2105, nº 36605, p. 457.
Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières (Kiev, 21 mai 2003)	ECE/MP.WAT/11.
Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1936, nº 33207, p. 269.
Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (Helsinki, 9 avril 1992)	Ibid., vol. 2099, nº 36495, p. 195.
Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution (Bucarest, 21 avril 1992)	Ibid., vol. 1764, nº 30674, p. 3.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., vol. 1760, nº 30619, p. 79.
Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (Montréal, 29 janvier 2000)	Ibid., vol. 2226, nº 30619, p. 208.
Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997) [ci-après dénommée Convention de 1997]	*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément nº 49*, vol. III, résolution 51/229, annexe.
Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (Vienne, 12 septembre 1997)	AIEA, INFCIRC/567, 24 juillet 1998.
Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Aarhus, 25 juin 1998)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, nº 37770, p. 447.

Droit international général

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (New York, 22 juillet 1946)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 14, nº 221, p. 185.
Traité sur l'Antarctique (Washington, 1er décembre 1959)	Ibid., vol. 402, nº 5778, p. 71.
Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991)	UICN, *Droit international de l'environnement: traités multilatéraux*, Erich Schmidt, Berlin, t. VII, p. 991.

	Sources
Accord portant création de la Banque asiatique de développement (Manille, 4 décembre 1965)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 571, nº 8303, p. 123.
Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 14 novembre 1970)	Ibid., vol. 823, nº 11806, p. 231.
Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)	Ibid., vol. 1037, nº 15511, p. 151.
Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (Paris, 17 octobre 2003)	UNESCO, doc. MISC/2003/CLT/CH/14.

Chapitre premier

ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION

1. La Commission du droit international a tenu sa cinquante-sixième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 3 mai au 4 juin 2004 pour la première moitié de la session et du 5 juillet au 6 août 2004 pour la seconde moitié de la session. La session a été ouverte par M. Enrique Candioti, Président de la Commission à sa cinquante-cinquième session.

A. Composition de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:

M. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)

M. Husain Al-Baharna (Bahreïn)

M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

M. João Clemente Baena Soares (Brésil)

M. Ian Brownlie (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)

M. Enrique Candioti (Argentine)

M. Choung Il Chee (République de Corée)

M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

M. Riad Daoudi (République arabe syrienne)

M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud)

M. Constantin Economides (Grèce)

Mme Paula Escarameia (Portugal)

M. Salifou Fomba (Mali)

M. Giorgio Gaja (Italie)

M. Zdzislaw Galicki (Pologne)

M. Peter Kabatsi (Ouganda)

M. Maurice Kamto (Cameroun)

M. James Lutabanzibwa Kateka (République-Unie de Tanzanie)

M. Fathi Kemicha (Tunisie)

M. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Fédération de Russie)

M. Martti Koskenniemi (Finlande)

M. William Mansfield (Nouvelle-Zélande)

M. Michael Matheson (États-Unis d'Amérique)

M. Teodor Viorel Melescanu (Roumanie)

M. Djamchid Momtaz (République islamique d'Iran)

M. Bernd Niehaus (Costa Rica)

M. Didier Opertti Badan (Uruguay)

M. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)

M. Alain Pellet (France)

M. Pemmeraju Sreenivasa Rao (Inde)

M. Víctor Rodríguez Cedeño (Venezuela)

M. Bernardo Sepúlveda (Mexique)

Mme Hanqin Xue (Chine)

M. Chusei Yamada (Japon)

B. Membres du bureau et bureau élargi

3. À ses 2791e et 2792e séances, tenues les 3 et 4 mai 2004, la Commission a élu le bureau suivant:

Président: M. Teodor Viorel Melescanu

Première Vice-Présidente: Mme Hanqin Xue

Deuxième Vice-Président: M. Constantin P. Economides

Président du Comité de rédaction: M. Víctor Rodríguez Cedeño

Rapporteur: M. Pedro Comissário Afonso

4. Le bureau élargi de la Commission se composait des membres du bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission[1] et des rapporteurs spéciaux[2].

5. Sur la recommandation du bureau élargi, la Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants: Mme Hanqin Xue (Présidente), M. Ian Brownlie, M. Enrique Candioti, M. Choung Il Chee, M. Christopher John Robert Dugard, M. Salifou Fomba, M. Giorgio Gaja, M. Zdzislaw Galicki, M. Peter Kabatsi, M. James Lutabanzibwa Kateka, M. Fathi Kemicha, M. Roman Anatolyevitch Kolodkin, M. Martti Koskenniemi, M. William Mansfield, M. Michael Matheson, M. Teodor Viorel Melescanu, M. Bernd Niehaus, M. Guillaume Pambou-Tchivounda, M. Alain Pellet, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. Víctor Rodríguez Cedeño, M. Bernardo Sepúlveda, M. Chusei Yamada et M. Pedro Comissário Afonso (membre de droit).

C. Comité de rédaction

6. À ses 2792e, 2803e, 2808e et 2815e séances, tenues respectivement les 4 et 25 mai, 2 juin et 9 juillet 2004, la Commission a constitué un Comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) Protection diplomatique: M. Víctor Rodríguez Cedeño (Président), M. Christopher John Robert Dugard

---

[1] MM. João Clemente Baena Soares, Enrique Candioti, Zdzislaw Galicki, Peter Kabatsi, Alain Pellet, Pemmaraju Sreenivasa Rao et Chusei Yamada.

[2] MM. Christopher John Robert Dugard, Giorgio Gaja, Alain Pellet, Pemmaraju Sreenivasa Rao, Víctor Rodríguez Cedeño et Chusei Yamada.

(Rapporteur spécial), M. Emmanuel Akwei Addo, M. Ian Brownlie, M. Enrique Candioti, M. Choung Il Chee, Mme Paula Escarameia, M. Giorgio Gaja, M. Peter Kabatsi, M. Roman Anatolyevitch Kolodkin, M. William Mansfield, M. Michael Matheson, M. Bernd Niehaus, M. Bernardo Sepúlveda, Mme Hanqin Xue et M. Pedro Comissário Afonso (membre de droit);

b) Responsabilité des organisations internationales: M. Víctor Rodríguez Cedeño (Président), M. Giorgio Gaja (Rapporteur spécial), M. Enrique Candioti, M. Choung Il Chee, M. Constantin Economides, Mme Paula Escarameia, M. Peter Kabatsi, M. Roman Anatolyevitch Kolodkin, M. Martti Koskenniemi, M. William Mansfield, M. Djamchid Momtaz, M. Bernd Niehaus, M. Chusei Yamada et M. Pedro Comissário Afonso (membre de droit);

c) Les réserves aux traités: M. Víctor Rodríguez Cedeño (Président), M. Alain Pellet (Rapporteur spécial), M. Husain Al-Baharna, M. Enrique Candioti, M. Constantin Economides, M. Salifou Fomba, M. Giorgio Gaja, M. Roman Anatolyevitch Kolodkin, M. Michael Matheson, M. Guillaume Pambou-Tchivounda et M. Pedro Comissário Afonso (membre de droit);

d) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses): M. Víctor Rodríguez Cedeño (Président), M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Rapporteur spécial), M. Ian Brownlie, M. Choung Il Chee, M. Riad Daoudi, M. Constantin Economides, M. Giorgio Gaja, M. Zdzislaw Galicki, M. James Lutabanzibwa Kateka, M. Roman Anatolyevitch Kolodkin, M. Martti Koskenniemi, M. William Mansfield, M. Michael Matheson, M. Djamchid Momtaz, Mme Hanqin Xue, M. Chusei Yamada et M. Pedro Comissário Afonso (membre de droit).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 17 séances sur les quatre sujets indiqués ci-dessus.

D. Groupes de travail

8. À ses 2796e, 2797e, 2809e et 2818e séances, tenues respectivement les 11 et 12 mai, 3 juin et 16 juillet 2004, la Commission a également constitué les groupes de travail et le groupe d'étude ci-après, qui étaient ouverts à la participation de tous ses membres:

a) Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international (Président: M. Martti Koskenniemi);

b) Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées (Président: M. Chusei Yamada);

c) Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) (Président: M. Pemmaraju Sreenivasa Rao);

d) Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États (Président: M. Alain Pellet).

9. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a été reconstitué et était composé comme suit: M. Alain Pellet (Président), M. João Clemente Baena Soares, M. Zdzislaw Galicki, M. Maurice Kamto, M. Martti Koskenniemi, Mme Hanqin Xue et M. Pedro Comissário Afonso (membre de droit).

E. Secrétariat

10. M. Ralph Zacklin, Sous-Secrétaire général aux affaires juridiques, Conseiller juridique par intérim, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique par intérim, représentait le Secrétaire général. Mme Mahnoush H. Arsanjani, Directrice adjointe de la Division de la codification, assumait les fonctions de secrétaire adjointe de la Commission. M. George Korontzis, juriste hors classe, assumait les fonctions de secrétaire assistant principal de la Commission et MM. Trevor Chimimba, Renan Villacis et Arnold Pronto, juristes, étaient secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

11. À sa 2791e séance, la Commission a adopté pour sa cinquante-sixième session l'ordre du jour suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Responsabilité des organisations internationales.
3. Protection diplomatique.
4. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses).
5. Actes unilatéraux des États.
6. Les réserves aux traités.
7. Ressources naturelles partagées.
8. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.
9. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
10. Coopération avec d'autres organismes.
11. Dates et lieu de la cinquante-septième session.
12. Questions diverses.

Chapitre II

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-SIXIÈME SESSION

12. S'agissant du sujet « Protection diplomatique », la Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/538), qui traitait de l'articulation entre la protection diplomatique et la protection fonctionnelle exercée par les organisations internationales, de la protection diplomatique et des droits de l'homme et de la protection diplomatique par rapport à la protection de l'équipage d'un navire par l'État du pavillon. La Commission a renvoyé le projet d'article 26 et une nouvelle version du projet d'article 21 au Comité de rédaction. La Commission a aussi prié le Comité de rédaction d'envisager d'élaborer une disposition sur le lien entre la protection des équipages des navires et la protection diplomatique. La Commission a adopté en première lecture un ensemble de 19 projets d'article et a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, d'en communiquer le texte aux gouvernements pour observations. La Commission a en outre prié le Rapporteur spécial d'examiner s'il existe un lien entre la doctrine des « mains propres » et la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial a établi un mémorandum sur le sujet et l'a présenté à la Commission, mais celle-ci a décidé, étant donné le manque de temps, de l'examiner à sa prochaine session (voir chap. IV).

13. En ce qui concerne le sujet « Responsabilité des organisations internationales », la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/541), qui traitait de l'imputation d'un comportement à une organisation internationale. Quatre projets d'article étaient proposés dans le rapport, que la Commission a examinés et renvoyés au Comité de rédaction. Sur la recommandation de ce dernier, la Commission a adopté les quatre projets d'article (projets d'articles 4 à 7), assortis de commentaires (voir chap. V).

14. Pour ce qui est du sujet « Ressources naturelles partagées », la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/539 et Add.1), qui contenait sept projets d'article. La Commission a également créé un groupe de travail à composition non limitée sur les eaux souterraines transfrontières, présidé par le Rapporteur spécial. Elle a en outre entendu des exposés informels d'experts des eaux souterraines de la CEE, de l'UNESCO, de la FAO et de l'AIH (voir chap. VI).

15. Concernant le sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) », la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses (A/CN.4/540), créé un groupe de travail qu'elle a chargé d'examiner les propositions du Rapporteur spécial, renvoyé au Comité de rédaction les huit projets de principe soumis par le Groupe de travail et adopté en première lecture un ensemble de projets de principe, assortis de commentaires, sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (voir chap. VII).

16. S'agissant du sujet « Actes unilatéraux des États », la Commission a examiné le septième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/542), qui faisait le point de la pratique des États en rapport avec les actes unilatéraux. Un groupe de travail sur les actes unilatéraux a été reconstitué, qui a axé ses travaux sur l'examen approfondi de certains exemples d'actes unilatéraux (voir chap. VIII).

17. Pour ce qui est du sujet « Les réserves aux traités », la Commission a adopté cinq projets de directive portant sur l'aggravation de la portée d'une réserve, ainsi que sur la modification et le retrait de déclarations interprétatives. La Commission a également examiné le neuvième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/544) et renvoyé au Comité de rédaction deux projets de directive portant sur la définition des objections aux réserves et des objections à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve (voir chap. IX).

18. Concernant le sujet « Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », le Groupe d'étude de la Commission a examiné un rapport préliminaire sur l'étude intitulée « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes », ainsi que des exposés sur l'étude relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne de 1969); sur l'étude relative à la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention) et sur l'étude relative à l'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3, al. *c*, de la Convention). Le Groupe de travail a également examiné l'étude sur la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit (voir chap. X).

19. La Commission a constitué un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (voir chap. XI, sect. A). Sur la recommandation du Groupe de planification, la Commission a inclus dans son programme de travail

actuel deux nouveaux sujets, à savoir « Expulsion des étrangers » et « Effets des conflits armés sur les traités ». À ce propos, elle a décidé de nommer M. Maurice Kamto Rapporteur spécial pour le sujet « Expulsion des étrangers » et M. Ian Brownlie Rapporteur spécial pour le sujet « Effets des conflits armés sur les traités ». Elle a également suivi la recommandation du Groupe de planification tendant à inscrire le sujet « Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » à son programme de travail à long terme. Elle envisage de l'inscrire à son programme de travail actuel à sa prochaine session.

20. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec la Cour internationale de Justice, le Comité juridique interaméricain, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, de même qu'avec le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public. Les membres de la Commission ont également tenu des réunions informelles avec d'autres organismes et associations sur des questions d'intérêt commun (voir chap. XI, sect. C).

21. Un séminaire de formation auquel ont participé 24 personnes de nationalités différentes a eu lieu lors de la session (voir chap. XI, sect. E).

22. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève, en deux temps, du 2 mai au 3 juin et du 4 juillet au 5 août 2005 (voir chap. XI, sect. B).

Chapitre III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

A. Protection diplomatique

23. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des commentaires et observations des gouvernements sur tous les aspects des projets d'article sur la protection diplomatique adoptés en première lecture (voir *infra* chap. IV, sect. C).

24. Elle accueille également avec intérêt des remarques et observations des gouvernements concernant les commentaires relatifs aux projets d'article (voir ibid.).

B. Responsabilité des organisations internationales

25. À sa cinquante-cinquième session, tenue en 2003, la Commission a adopté trois projets d'article concernant les principes généraux en matière de responsabilité des organisations internationales[3] et, en 2004, quatre projets d'article sur l'attribution du comportement (voir *infra* chap. V, sect. C). Ce faisant, elle a suivi le plan général du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[4]. S'en tenant globalement au même plan, le Rapporteur spécial a l'intention d'examiner dans son troisième rapport, prévu pour 2005, les points suivants: violation d'une obligation internationale; circonstances excluant l'illicéité; responsabilité d'une organisation internationale à raison de l'acte illicite d'un État ou d'une autre organisation. À cette fin, les avis exprimés sur les questions ci-après seraient particulièrement utiles:

a) Les relations entre une organisation internationale et ses États membres, ainsi qu'entre une organisation internationale et ses agents sont régies, pour l'essentiel, par les règles de l'organisation, définies au paragraphe 4 du projet d'article 4 comme étant «notamment [l]es actes constitutifs, [l]es décisions, résolutions et autres actes de l'organisation adoptés conformément aux actes constitutifs, ainsi que la pratique bien établie de l'organisation» (ibid.). La nature juridique des règles de l'organisation au regard du droit international est une question controversée. On peut en tout état de cause se demander dans quelle mesure la Commission devrait examiner, dans son étude sur la responsabilité des organisations internationales en vertu du droit international, la question de la violation des obligations qu'une organisation internationale peut avoir vis-à-vis de ses États membres ou de ses agents. Quelle devrait être la portée de l'étude de la Commission à cet égard?

b) Parmi les circonstances excluant l'illicéité, l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite est consacré à l'«état de nécessité» qu'un État peut invoquer sous certaines conditions, et en premier lieu si le «fait non conforme à l'une [des] obligations internationales [de cet État] (…) constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent»[5]. Une organisation internationale pourrait-elle invoquer l'état de nécessité dans des circonstances similaires?

c) Dans le cas où un certain comportement, qu'un État membre a adopté à la demande d'une organisation internationale, constitue une violation d'une obligation internationale à la fois de cet État et de cette organisation, celle-ci serait-elle également considérée responsable en vertu du droit international? La réponse serait-elle la même si le comportement illicite de l'État ne résultait pas d'une demande, mais avait été seulement autorisé par l'organisation?

C. Ressources naturelles partagées

26. Au titre de ce point, les travaux de la Commission portent, pour l'heure, sur la question des eaux souterraines transfrontières.

27. Lors de la prochaine session, le Rapporteur spécial envisage de présenter son troisième rapport, qui comportera plusieurs projets d'article sur le droit relatif aux formations aquifères transfrontières, inspirés du cadre général qu'il a proposé dans son deuxième rapport (A/CN.4/539 et Add.1), et dont il est question à la note de bas de page 321 (voir *infra* chap. VI, par. 86). La Commission prendrait connaissance avec intérêt des avis des gouvernements sur ce cadre général.

28. La Commission accueillerait également avec satisfaction des informations détaillées et précises des gouvernements sur les aspects de leur pratique qui présenteraient un intérêt pour les principes qui figureront dans le projet d'articles, en particulier:

a) la pratique, bilatérale ou régionale, relative à la répartition des eaux souterraines faisant partie de systèmes aquifères transfrontières; et

b) la pratique, bilatérale ou régionale, en matière de gestion des systèmes aquifères transfrontières non renouvelables.

---

[3] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.

[4] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, p. 26 et suiv.

[5] Ibid., par. 76, p. 28.

D. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

29. La Commission accueillerait avec intérêt des commentaires et observations des gouvernements sur tous les aspects du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses adopté en première lecture (voir *infra* chap. VII, sect. C). En particulier, la Commission accueillerait favorablement des commentaires et des observations sur la forme définitive du projet.

30. La Commission prendrait également connaissance avec intérêt des remarques et observations des gouvernements sur les commentaires relatifs aux projets de principe (voir ibid.). Elle observe que les commentaires se composent d'une explication du champ d'application et du contexte de chaque projet de principe, ainsi que d'une analyse des tendances pertinentes et des différentes options possibles pour aider les États à adopter au niveau national les mesures d'application appropriées et à élaborer des régimes internationaux spécifiques.

E. Actes unilatéraux des États

31. La Commission a estimé qu'en règle générale l'étude de la pratique entreprise cette année devait également porter sur l'évolution ou la vie des actes unilatéraux des États. En particulier, elle a considéré qu'il fallait en étudier certains aspects de manière plus approfondie, notamment les suivants: la date, l'auteur/l'organe et sa compétence, la forme, le contenu, le contexte et les circonstances, les objectifs poursuivis, les destinataires, la réaction du ou des destinataires et des tiers, le fondement, l'exécution, la modification, l'annulation/abrogation, la portée juridique et les décisions judiciaires ou arbitrales qui ont pu être adoptées en matière d'actes unilatéraux. L'étude pourrait permettre d'établir l'existence de règles ou de principes généraux éventuellement applicables au fonctionnement de ces actes.

32. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des commentaires des États sur leur pratique en la matière, à la lumière des points susmentionnés; ces commentaires seront dûment examinés dans le prochain rapport que le Rapporteur spécial consacrera à la question, de même que les cas pratiques que certains membres de la Commission lui ont communiqués, comme l'a décidé le Groupe de travail créé à cette session.

F. Les réserves aux traités

33. Le Rapporteur spécial se propose d'aborder dans son rapport de l'an prochain la question de la « validité » des réserves.

34. Les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 indiquent les cas dans lesquels un État ou une organisation internationale ne « peut » pas formuler une réserve (art. 19), mais ne qualifient pas d'un adjectif une réserve qui serait néanmoins faite dans l'un de ces cas. La terminologie utilisée par les États dans la pratique est loin d'être uniforme à cet égard.

35. La terminologie à retenir à ce sujet a fait l'objet de contestations et de débats récurrents tant à la CDI qu'au sein de la Sixième Commission. On a notamment fait valoir que le mot « licéité » (*lawfulness*) présentait l'inconvénient de renvoyer au droit de la responsabilité internationale alors que la Commission n'a pas encore examiné la question de savoir si une réserve interdite ou irrégulièrement formulée engage la responsabilité de son auteur. Par ailleurs, outre qu'il conviendrait de trancher entre les mots anglais *admissibility* ou *permissibility*, leur équivalent français (« recevabilité ») n'est pas satisfaisant. Quant au terme « validité » (*validity*), qui paraissait neutre et suffisamment compréhensible au Rapporteur spécial et présentait l'avantage d'avoir un équivalent dans toutes les langues de travail de la Commission, il a fait l'objet de critiques au prétexte qu'il créerait une confusion entre la nullité d'une réserve et son opposabilité[6].

36. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission « a décidé de laisser le problème pendant jusqu'à ce qu'elle ait adopté une position définitive sur l'effet » des réserves tombant sous le coup des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne[7].

37. Avant d'adopter une position définitive, la Commission prendrait connaissance avec intérêt des commentaires et observations des gouvernements sur cette question.

---

[6] Voir le rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, *Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/470, par. 97 à 114, p. 155 à 157.

[7] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 48 (commentaire du projet de directive 2.1.8 [2.1.7 *bis*], par. 7).

Chapitre IV

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. Introduction

38. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission avait retenu le sujet « Protection diplomatique » au nombre des trois qui lui paraissaient se prêter à la codification et au développement progressif[8]. La même année, l'Assemblée générale l'a invitée, au paragraphe 13 de sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations présentés au cours du débat de la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements souhaiteraient formuler par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a constitué, en application de cette résolution, un groupe de travail sur le sujet à sa 2477e séance[9]. À la même session, le Groupe de travail lui a présenté un rapport que la Commission a fait sien[10]. Le Groupe de travail s'y efforçait *a*) de préciser autant que possible la portée du sujet et *b*) d'identifier les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il proposait, pour l'examen du sujet, un plan que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre comme base de travail pour établir son rapport préliminaire[11].

39. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Mohamed Bennouna rapporteur spécial sur le sujet[12].

40. L'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Protection diplomatique ».

41. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial[13]. Elle a constitué à la même session un groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions susceptibles d'être tirées du débat quant à la façon d'aborder le sujet[14].

42. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John Robert Dugard rapporteur spécial sur le sujet[15] à la place de M. Bennouna, celui-ci ayant entre-temps été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

43. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial[16]. Faute de temps, elle a reporté l'examen du chapitre III à sa session suivante. À la même session, la Commission a décidé que les articles 1, 3 et 6 du projet feraient l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial[17]. La Commission a ensuite décidé de renvoyer au Comité de rédaction les articles 1, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses.

44. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission était saisie de la suite du premier rapport du Rapporteur spécial, ainsi que de son deuxième rapport[18]. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport consacrées aux articles 10 et 11 et a reporté l'examen du reste du rapport, concernant les articles 12 et 13, à la session suivante. À la même session, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 9 à 11.

45. Toujours à la même session, la Commission a décidé que l'article 9 ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

46. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission était saisie de la partie du deuxième rapport du Rapporteur spécial restant à examiner, qui concernait les articles 12 et 13 du projet, ainsi que de son troisième rapport[19], qui portait sur les articles 14 à 16. La Commission a décidé à cette session de renvoyer au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *d* (à examiner concurremment avec l'alinéa *a*) et *e* de l'article 14. Elle a en outre décidé par la suite de renvoyer au Comité de rédaction l'alinéa *c* du même article, qui serait examiné en même temps que l'alinéa *a*.

47. À la même session, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction sur les articles 1 à 7 [8]. Elle a adopté les articles 1 à 3 [5], 4 [9], 5 [7], 6 et 7 [8]. La Commission a également adopté les commentaires des articles susmentionnés[20].

---

[8] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), doc. A/51/10, par. 248, p. 105, et annexe II, additif 1, p. 150.

[9] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 169, p. 61.

[10] Ibid., par. 171.

[11] Ibid., par. 189 et 190, p. 63 et 64.

[12] Ibid., par. 190, p. 64.

[13] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/484, p. 317.

[14] Les conclusions du Groupe de travail figurent dans ibid., vol. II (2e partie), par. 108, p. 50.

[15] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), doc. A/54/10, par. 19, p. 18.

[16] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/506 et Add.1.

[17] Le rapport des consultations officieuses figure dans ibid., vol. II (2e partie), par. 495, p. 89 et 90.

[18] *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/514.

[19] *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/523 et Add.1.

[20] Les projets d'article et les commentaires y relatifs figurent dans ibid., vol. II (2e partie), chap. V, sect. C, par. 280 et 281, p. 70 à 80.

48. La Commission a en outre décidé que la question de la protection diplomatique des membres d'équipage des navires ainsi que des sociétés et des actionnaires ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

49. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial[21]. Elle en a examiné la première partie, concernant les articles 17 à 20 du projet, de sa 2757e à sa 2762e séance et à ses 2764e et 2768e séances, tenues respectivement du 14 au 23 mai, le 28 mai et le 5 juin 2003. Par la suite, elle a examiné la seconde partie de ce rapport, concernant les articles 21 et 22, de sa 2775e à sa 2777e séance, tenues les 15, 16 et 18 juillet 2003.

50. À sa 2762e séance, la Commission a décidé de constituer, sous la présidence du Rapporteur spécial, un groupe de travail ouvert à tous pour étudier le paragraphe 2 de l'article 17[22]. Elle a examiné le rapport du Groupe à sa 2764e séance.

51. À sa 2764e séance également, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction l'article 17, dans la version proposée par le Groupe de travail[23], ainsi que les articles 18 à 20. Elle a en outre décidé, à sa 2777e séance, de renvoyer au Comité de rédaction les articles 21 et 22.

52. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction sur les articles 8 [10], 9 [11] et 10 [14] à sa 2768e séance. Elle a adopté ces articles, à titre provisoire, à la même séance[24].

B. Examen du sujet à la présente session

53. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/538). La Commission a examiné ce rapport de sa 2791e à sa 2796e séance, tenues du 3 au 11 mai 2004.

54. Lors de l'examen du cinquième rapport, la Commission a prié le Rapporteur spécial d'examiner si la doctrine des « mains propres » a un rapport avec le sujet de la protection diplomatique et, dans l'affirmative, s'il faudrait y consacrer un article. Le Rapporteur spécial a établi un mémorandum sur la question, mais la Commission n'a pas eu le temps de l'examiner et a décidé de revenir sur ce point à la prochaine session.

55. À sa 2794e séance, le 6 mai 2004, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction l'article 26, en même temps que la variante proposée par le Rapporteur spécial pour l'article 21. La Commission a décidé en outre, à sa 2796e séance, de demander au Comité de rédaction de réfléchir à l'élaboration d'une disposition relative au lien entre la protection des équipages de navire et la protection diplomatique.

56. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.647) à sa 2806e séance, le 28 mai 2004, et a adopté en première lecture une série de 19 articles sur la protection diplomatique (voir *infra* sect. C).

57. À la même séance, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de transmettre ces articles (voir ibid.) aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, en leur demandant de communiquer leurs commentaires et observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 2006 au plus tard.

58. À sa 2827e séance, tenue le 3 août 2004, la Commission a exprimé sa profonde gratitude aux deux Rapporteurs spéciaux, MM. Mohamed Bennouna et John Dugard, pour l'excellente contribution qu'ils avaient apportée au traitement du sujet grâce à leurs travaux de recherche et à leur vaste expérience, ce qui lui avait permis de conclure la première lecture des projets d'article sur la protection diplomatique.

C. Texte des projets d'article sur la protection diplomatique adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets d'article

59. Le texte des projets d'article adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après:

PROTECTION DIPLOMATIQUE

Première partie

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définition et champ d'application

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.

Article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

Deuxième partie

NATIONALITÉ

Chapitre premier

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3. Protection par l'État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.

2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité conformément à l'article 8.

[21] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/530 et Add.1.

[22] Ibid., vol. II (2e partie), par. 90 à 92.

[23] Ibid., par. 92.

[24] Les projets d'article et les commentaires y relatifs figurent dans ibid., par. 153.

Chapitre II

PERSONNES PHYSIQUES

Article 4. État de la nationalité d'une personne physique

Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Article 5. Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'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.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le préjudice a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

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

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne.

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

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prédominante de celle-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

Article 8. Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

Chapitre III

PERSONNES MORALES

Article 9. État de nationalité d'une société

Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel la société a été constituée et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction, ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire.

Article 10. Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé ainsi qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.

Article 11. Protection des actionnaires

L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

***a*) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou**

***b*) si la société a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.**

Article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires

Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.

Article 13. Autres personnes morales

Les principes énoncés dans les projets d'articles 9 et 10 au sujet des sociétés s'appliquent *mutatis mutandis* à la protection diplomatique d'autres personnes morales.

Troisième partie

RECOURS INTERNES

Article 14. Épuisement des recours internes

1. L'État de la nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une des personnes ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans l'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes.

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

Article 15. Catégorie de réclamations

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à une des personnes ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans l'article 8.

Article 16. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

***a*) les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;**

***b*) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;**

***c*) il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par**

ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes;

***d*) l'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.**

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

Article 18. Dispositions conventionnelles spéciales

Les présents articles 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.

Article 19. Équipages des navires

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 derniers n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces 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.

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS

60. On trouvera ci-dessous le texte des projets d'article sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à sa cinquante-sixième session.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

1) À l'origine, l'élaboration d'articles sur la protection diplomatique avait été considérée comme relevant de l'étude de la responsabilité des États. De fait, dans ses rapports présentés de 1956 à 1961, le premier Rapporteur spécial sur la responsabilité des États, M. García Amador, avait inséré un certain nombre d'articles qui y étaient consacrés[25]. Par la suite, la codification de la responsabilité des États ne devait guère faire de place à la protection diplomatique, et il est expressément dit dans le projet final sur ce sujet que les deux questions qui sont au cœur de la protection diplomatique − la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes − seront traitées de manière plus approfondie par la Commission dans le cadre d'une autre étude[26]. Il n'en existe pas moins un lien étroit entre les deux projets. Beaucoup des principes énoncés dans les articles sur la responsabilité des États valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité des États[27]. Certains membres de la Commission estimaient qu'il aurait fallu traiter des conséquences juridiques de la protection diplomatique dans les présents projets d'article au lieu d'insister sur la recevabilité des réclamations.

2) La protection diplomatique relève du sujet du « Traitement des étrangers ». Il ne s'agit pas pour autant ici d'analyser les règles primaires relatives à ce sujet − c'est-à-dire celles qui régissent le traitement de la personne et des biens des étrangers, dont la violation engage la responsabilité envers l'État de nationalité de la personne lésée. Les présents articles ne portent que sur les règles secondaires − celles qui ont trait aux conditions à réunir pour pouvoir présenter une demande de protection diplomatique. Cela revient en gros aux règles régissant la recevabilité des réclamations. Aux termes de l'article 44 du projet sur la responsabilité des États:

> « La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:
>
> *a*) la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;
>
> *b*) toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. »[28]

Les présents articles donnent corps à cette disposition en développant les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes.

3) Il n'est pas question dans le présent projet de la protection d'un agent par une organisation internationale, généralement qualifiée de « protection fonctionnelle ». Bien qu'il existe des similitudes entre cette protection fonctionnelle et la protection diplomatique, il y a aussi d'importantes différences. La protection diplomatique est un mécanisme destiné à obtenir réparation d'un préjudice causé au national d'un État en partant du principe qu'un tel préjudice est un préjudice causé à l'État lui-même. La protection fonctionnelle, en revanche, est une institution destinée à favoriser le bon fonctionnement d'une organisation internationale en assurant le respect de ses agents et celui de leur indépendance. Ce sont des différences de ce genre qui ont amené la Commission à conclure que la protection exercée par une organisation internationale au bénéfice de l'un de ses agents n'a pas sa place dans un ensemble d'articles relatifs à la protection diplomatique. À la question de savoir si un État peut exercer la protection

[25] Premier rapport: *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 175; deuxième rapport: *Annuaire… 1957*, vol. II, doc. A/CN.4/106, p. 119; troisième rapport: *Annuaire… 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/111, p. 49; quatrième rapport: *Annuaire… 1959*, vol. II, doc. A/CN.4/119, p. 1; cinquième rapport: *Annuaire… 1960*, vol. II, doc. A/CN.4/125, p. 38; et sixième rapport: *Annuaire… 1961*, vol. II, doc. A/CN.4/134 et Add.1, p. 1.

[26] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 77, p. 31 (commentaire de l'article 44, notes de bas de page 683 et 687).

[27] Articles 28, 30, 31 et 34 à 37. Une bonne partie du commentaire de l'indemnisation (art. 36) est consacrée à l'examen des principes applicables aux réclamations concernant la protection diplomatique.

[28] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, p. 30.

diplomatique en faveur d'un national qui est aussi l'un des agents d'une organisation internationale, la CIJ, en l'affaire de la *Réparation*, a répondu en ces termes:

> En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'État soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens.[29]

Première partie

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définition et champ d'application

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 une personne ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

Commentaire

1) L'article premier définit la protection diplomatique en décrivant ses principaux éléments et indique en même temps le champ d'application de ce mécanisme qui permet de protéger les nationaux ayant subi un préjudice à l'étranger.

2) Selon le droit international, un État est responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite. La protection diplomatique est la procédure employée par l'État de nationalité de la personne lésée pour protéger cette personne et obtenir réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Les présents articles ne concernent que les règles régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut être exercée et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elle puisse l'être. Ils ne visent pas à définir ni à décrire les faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État pour préjudice causé à un étranger. Ces articles, comme les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, maintiennent la distinction entre règles primaires et règles secondaires et ne traitent que de ces dernières[30].

3) L'article premier indique clairement que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. En l'exerçant, l'État prend fait et cause, en son nom propre, pour son national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Cette formule reprend celle que la CIJ a employée dans l'affaire de l'*Interhandel* en disant que l'État demandeur « prend fait et cause pour son ressortissant » dont des droits ont été violés[31]. L'intérêt juridique de l'État pour exercer sa protection diplomatique découle du préjudice résultant pour un de ses nationaux du fait illicite d'un autre État.

4) Le plus souvent, c'est le lien de nationalité entre l'État et la personne lésée qui donne lieu à l'exercice de la protection diplomatique, question qui est traitée aux articles 4 et 9. Le mot « personne », à l'article premier, s'entend aussi bien d'une personne physique que d'une personne morale. Dans la suite des articles, une distinction sera opérée entre les règles régissant les personnes physiques et celles qui s'appliquent aux personnes morales et, lorsque c'est nécessaire, les deux notions seront traitées séparément.

5) La protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques. Plusieurs décisions judiciaires font une distinction entre « l'action diplomatique » et « l'action judiciaire » pour désigner ce que peut faire l'État qui a recours à la protection diplomatique[32]. L'article premier conserve cette distinction, mais va plus loin en englobant l'action judiciaire sous l'expression « autres moyens de règlement pacifique ». L'« action diplomatique » s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression « autres moyens de règlement pacifique » englobe toutes les formes licites de règlement des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire. L'emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique.

6) L'article premier précise bien, comme indiqué dans le commentaire général[33], que les présents articles traitent uniquement de l'exercice de la protection diplomatique par un État, et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs agents, qui a été reconnue par la CIJ dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation*[34].

7) La protection diplomatique s'entend surtout de la protection des nationaux qui ne se livrent pas à des activités internationales officielles pour le compte de l'État. Les diplomates et les consuls sont protégés par d'autres règles et instruments de droit international, notamment la Convention de Vienne de 1961 et la Convention de Vienne de 1963.

Article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles.

Commentaire

1) L'article 2 souligne que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. Il consacre l'idée vattélienne qu'un préjudice causé à un national est un

---

[29] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 185 et 186.

[30] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 77, p. 31 (commentaire général, par. 1 à 3).

[31] *Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27. Voir aussi *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt nº 2, 1924, C.P.J.I série A nº 2*.

[32] Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir note *supra*); affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B nº 76*, p. 16; et affaire *Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.

[33] Voir le paragraphe 3 du commentaire général *supra*.

[34] Voir *supra* note 29.

préjudice indirectement causé à l'État[35]. Cette opinion a été reprise par la CPJI en l'affaire *Mavrommatis*, dans une formulation plus prudente:

> En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.[36]

Cette position s'attire souvent le reproche d'être une fiction difficile à concilier avec les réalités de la protection diplomatique, qui exige que la nationalité ait été continue pour qu'une réclamation diplomatique puisse être présentée[37], que les recours internes aient été épuisés par le national lésé et que les dommages aient été évalués et correspondent à la perte subie par l'individu. Néanmoins, le «principe Mavrommatis» ou la «fiction vattélienne», puisque c'est ainsi que l'on désigne l'idée qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État, demeure la pierre angulaire de la protection diplomatique[38].

2) Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a ni devoir ni obligation de le faire. Si le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux[39], le droit international n'impose pas une telle obligation. Cela a été clairement énoncé par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

> [D]ans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens. […] L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce.[40]

Une proposition visant à mettre à la charge de l'État de la nationalité une obligation limitée de protection a été rejetée par la Commission, qui a estimé que même le développement progressif du droit ne l'autorisait pas à aller aussi loin[41].

3) 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.

---

[35] Dans *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington, Carnegie Institution, 1916, Emmerich de Vattel écrivait: «Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen» (vol. I, livre II, chap. VI, p. 309).

[36] *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 31), p. 12.

[37] Voir *supra* le texte des articles 5 et 10.

[38] Pour un examen de cette idée et les critiques la concernant, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (note 16 *supra*), par. 61 à 74.

[39] Pour un examen des droits internes sur le sujet, voir ibid., par. 80 à 87.

[40] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 44.

[41] Voir l'article 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (note 16 *supra*). Pour le débat à la Commission, voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 447 à 456, p. 95 et 96.

DEUXIÈME PARTIE

NATIONALITÉ

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3. Protection par l'État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.

2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité, conformément à l'article 8.

Commentaire

1) Si l'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, l'article 3 pose en principe que c'est l'État de nationalité de la personne lésée qui a le droit, mais n'est pas tenu, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne. Dans cet article, l'accent est mis sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu, lien qui habilite l'État à exercer sa protection diplomatique. Ce lien étant différent pour les personnes physiques et pour les personnes morales, des chapitres distincts sont consacrés à ces deux catégories différentes.

2) Le paragraphe 2 admet qu'il peut y avoir des circonstances où la protection diplomatique pourra être exercée au bénéfice de non-nationaux. L'article 8 prévoit cette protection dans le cas des apatrides et des réfugiés.

CHAPITRE II

PERSONNES PHYSIQUES

Article 4. État de nationalité d'une personne physique

Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, on entend par État de nationalité un État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation, ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Commentaire

1) L'article 4 définit l'État de la nationalité aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques. Cette définition repose sur deux principes: d'une part, qu'il appartient à l'État de la nationalité de déterminer, conformément à son droit interne, qui peut prétendre à sa nationalité, d'autre part, que le droit international impose des limites à l'octroi de la nationalité. L'article 4 contient aussi une liste non exhaustive des facteurs de rattachement constituant habituellement des motifs valides d'octroi de la nationalité.

2) Le principe qui veut que ce soit à chaque État qu'il appartient de décider qui sont ses nationaux est étayé à

la fois par la jurisprudence et par la pratique conventionnelle. En 1923, la CPJI déclarait, en l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*: « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, […] comprises dans ce domaine réservé »[42]. Ce principe a été confirmé par l'article premier de la Convention de La Haye de 1930: « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. » Plus récemment, il a été consacré dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité (art. 3).

3) La liste des facteurs de rattachement aux fins de l'octroi de la nationalité qui sont énumérés à l'article 4 a valeur d'illustration et n'est pas exhaustive. Elle contient néanmoins ceux qui sont le plus communément retenus par les États pour octroyer leur nationalité: la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*) et la naturalisation. Le mariage à un national ne figure pas dans cette liste, car, dans la plupart des cas, le mariage ne suffit pas en lui-même à conférer la nationalité: il faut en plus une courte période de résidence, à l'issue de laquelle la nationalité est conférée par naturalisation. Lorsque le mariage à un national emporte automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international[43]. La nationalité peut aussi être acquise à la suite d'une succession d'États[44].

4) Les facteurs de rattachement énumérés à l'article 4 sont ceux auxquels les États recourent le plus fréquemment pour établir la nationalité. Dans certains pays, où les naissances ne sont pas systématiquement enregistrées, il peut être difficile de prouver la nationalité. En pareils cas, la résidence pourrait être une preuve de la nationalité, encore qu'elle ne puisse pas constituer elle-même un critère de la nationalité. Un État peut toutefois conférer la nationalité aux personnes concernées par voie de naturalisation.

5) À la différence de l'arrêt *Nottebohm*[45], l'article 4 n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme facteur additionnel de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. Malgré des divergences de vues sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient « extrêmement ténus »[46] par rapport à ceux qu'il avait avec le Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui avait amené la Cour à répéter que le Liechtenstein « n'[était] pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala »[47]. Cela donne à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale applicable à tous les États[48], mais uniquement une règle relative selon laquelle, vu la situation, le Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits. De plus, la Commission a pris garde au fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif posée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'ont jamais acquis la nationalité ou à avoir acquis, par leur naissance ou leur ascendance, la nationalité d'États avec lesquels ils ont les liens les plus ténus[49].

6) Il est indiqué à la fin de l'article 4 que l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Bien que tout État ait le droit de décider qui sont ses nationaux, ce droit n'est pas absolu. La Convention de La Haye de 1930 l'avait confirmé, en introduisant à l'article premier, qui stipule qu'« il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux », un tempérament précisant: « cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité »[50]. Aujourd'hui, les conventions, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité[51]. C'est ainsi que l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur

[42] *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B nº 4*, p. 24.

[43] Voir, par exemple, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui interdit l'acquisition de la nationalité dans de telles circonstances. Voir également le paragraphe 6 du commentaire de ce projet d'article *infra*.

[44] Voir le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 47, p. 21.

[45] Dans cette affaire, la CIJ a déclaré: « Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national » (voir *supra* note 32).

[46] Ibid., p. 25.

[47] Ibid., p. 26.

[48] C'est ainsi que la Commission de conciliation italo-américaine a interprété l'affaire *Nottebohm* dans l'affaire *Flegenheimer*, décision nº 182 du 20 septembre 1958, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente: 65.V.4), p. 376; ou *ILR* (1958-I), vol. 25 (1963), p. 148.

[49] Pour une argumentation plus complète en faveur d'une limitation de la portée de l'affaire *Nottebohm*, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (*supra* note 16), par. 106 à 120.

[50] Voir également l'article 3, paragraphe 2, de la Convention européenne sur la nationalité.

[51] C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État « avec un autre principe selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme » (*ILR*, vol. 79, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica*, p. 296).

l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose:

> Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari.[52]

7) L'article 4 reconnaît donc qu'un État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé peut contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international. L'article 4 exige que la nationalité ait été acquise d'une manière «non contraire au droit international». Cette double négation met l'accent sur le fait que c'est à l'État qui conteste la nationalité de la personne lésée qu'il incombe de prouver que celle-ci a été acquise en violation du droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui conteste la nationalité parce que l'on admet qu'il faut laisser à l'État conférant sa nationalité une «marge d'appréciation»[53] et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par un État de sa nationalité[54].

Article 5. Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'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.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le préjudice a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

Commentaire

1) Bien que la règle de la continuité de la nationalité soit bien établie[55], elle a été très critiquée[56], au motif qu'elle peut donner naissance à des situations très douloureuses lorsqu'un individu change de nationalité pour des raisons sans rapport avec la formulation d'une réclamation diplomatique. Les propositions visant son abandon ont été rejetées de crainte que cela ne donne lieu à des abus et n'incite certaines personnes à rechercher la nationalité la plus avantageuse aux fins de la protection diplomatique (*nationality shopping*)[57]. La Commission estime que la règle de la continuité de la nationalité doit être conservée, mais qu'il faut prévoir des exceptions pour les cas où le résultat de son application serait contraire à l'équité.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le préjudice avait été causé qu'à la date à laquelle la réclamation a été officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce que le problème se pose rarement dans les faits[58]. Dans ces conditions, la Commission a décidé de laisser ouverte la question de savoir si la nationalité doit être conservée entre la survenance du préjudice et la présentation de la réclamation[59].

3) La première prescription est que le national lésé ait été un national de l'État réclamant au moment où le préjudice a été causé. Normalement, la date du préjudice engageant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite coïncidera avec la date à laquelle l'acte préjudiciable a été commis.

4) La seconde condition temporelle prévue au paragraphe 1 est la date de présentation officielle de la réclamation. La jurisprudence n'est pas uniforme quant à la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation doit avoir été continue. Cette incertitude provient en grande partie du fait que les conventions qui ont créé des commissions

---

[52] Voir également l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme (Pacte de San José), et l'article 5 *d* iii de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

[53] Voir l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica* (note 51 *supra*), par. 62.

[54] Voir *Oppenheim's International Law*, 9e éd., sous la direction de R. Y. Jennings et A. D. Watts, vol. I (*Peace*), Harlow, Longman, 1992, p. 856.

[55] Voir, par exemple, la décision de la Commission de réclamations États-Unis-Yougoslavie (1951-1954) dans l'affaire *Kren*, *ILR* (1953), vol. 20 (1957), p. 234.

[56] Voir les observations de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (opinion individuelle) [*supra* note 40], p. 101 et 102; voir aussi E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.

[57] Voir la déclaration du surarbitre Parker dans l'affaire *Décision administrative nº V*: «toute autre règle donnerait libre cours aux abus et pourrait avoir pour résultat de convertir une nation forte en agent de réclamations pour le compte de ceux qui, après avoir subi des dommages, céderaient leurs réclamations à ses nationaux ou profiteraient de ses lois de naturalisation pour l'amener à faire siennes leurs réclamations» (Commission mixte de réclamations États-Unis-Allemagne), décision du 31 octobre 1924, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (numéro de vente: 1956.V.5), p. 141; trad. française dans J. C. Witenberg, *Commission mixte de réclamations germano-américaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1927.

[58] Voir H. W. Briggs, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51, 1965, t. I, p. 72 et 73.

[59] L'Institut de droit international a adopté la même démarche à sa session de Varsovie en septembre 1965 (ibid., t. II, p. 260 à 262).

mixtes des réclamations usent de termes différents pour définir la date de la réclamation[60]. L'expression « présentation de la réclamation » est celle qui est le plus souvent employée dans les traités, les décisions judiciaires et la doctrine pour indiquer la date limite, ou *dies ad quem*, à laquelle la protection diplomatique peut être exercée. La Commission a ajouté le mot « officielle » pour indiquer 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 diplomatique, par opposition aux contacts diplomatiques officieux et demandes informelles de renseignements à ce sujet.

5) Le titre de l'État à exercer la protection diplomatique naît à la date de la présentation officielle de la réclamation. Cependant, l'idée selon laquelle l'intéressé qui changerait de nationalité entre cette date et celle de la sentence arbitrale ou du jugement cesserait d'être un national aux fins de la protection diplomatique a reçu quelque soutien. En ce sens, la règle de la continuité de la nationalité exige le lien de nationalité « du moment de la survenance du préjudice jusqu'à la décision finale »[61]. De tels cas étant rares dans la pratique, la Commission a préféré s'en tenir à la position adoptée au projet d'article 5.

6) Le mot « réclamation », au paragraphe 1, vise aussi bien une réclamation présentée par la voie diplomatique qu'une réclamation portée devant un organe juridictionnel. Une telle réclamation peut préciser le comportement que doit adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que doit prendre la réparation. Cette question est traitée plus exhaustivement à l'article 43 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et dans le commentaire y relatif[62].

7) La Commission a décidé qu'il fallait conserver la règle de la continuité de la nationalité, mais n'en a pas moins jugé nécessaire de prévoir des exceptions. Le paragraphe 2 dispose donc qu'un État peut exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne qui avait sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation, mais non à la date du préjudice, pourvu que trois conditions soient réunies: il faut, premièrement, que la personne sollicitant la protection diplomatique ait perdu sa première nationalité, deuxièmement, qu'elle ait acquis la nationalité d'un autre État pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation et, troisièmement, qu'elle ait acquis la nouvelle nationalité d'une manière non contraire au droit international.

8) La perte de la nationalité peut être volontaire ou involontaire. En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption et de mariage lorsque le changement de nationalité en découle automatiquement, la nationalité sera perdue involontairement. Dans les autres cas de changement de nationalité, l'élément de volonté n'est pas aussi clair. Pour des raisons de ce genre, le paragraphe 2 n'exige pas que la perte de la nationalité soit involontaire.

9) C'est, on l'a vu, la crainte qu'une personne ne change délibérément de nationalité pour acquérir celle d'un État plus désireux ou plus à même de présenter une réclamation diplomatique pour son compte qui est à la base de la règle de la continuité de la nationalité[63]. La deuxième condition prévue au paragraphe 2 tient compte de cette crainte en précisant que la personne au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée doit avoir acquis sa nouvelle nationalité pour une raison qui n'a pas de rapport avec la formulation de la réclamation. Cette condition vise à limiter les exceptions à la continuité de la nationalité aux cas d'acquisition obligatoire d'une nationalité, tel celui d'une personne qui a acquis une nouvelle nationalité automatiquement, par exemple par mariage ou adoption ou en raison d'une succession d'États.

10) La troisième condition qui doit être remplie pour que la règle de la continuité de la nationalité ne s'applique pas est que la nouvelle nationalité ait été acquise d'une manière non contraire au droit international. Cette condition doit être envisagée conjointement avec l'article 4.

11) Le paragraphe 3 ajoute une autre garantie contre les abus de la suspension de la règle de la continuité de la nationalité. La protection diplomatique ne peut être exercée par le nouvel État de nationalité contre un ancien État de nationalité de la personne lésée à raison d'un préjudice subi alors que cette personne avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouveau. La personne lésée ne pouvait pas être un non-ressortissant au moment où le préjudice a été causé.

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

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne.

Commentaire

1) La dualité ou la pluralité de nationalités est une réalité de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par le jeu parallèle des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* ou parce qu'une nationalité lui est conférée par naturalisation sans l'obliger à renoncer à sa nationalité antérieure. Le droit international n'interdit pas la dualité ou la pluralité de nationalités: de fait, ce phénomène a été avalisé par l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930, qui dispose que: « un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourrait être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant ». Il est donc nécessaire de traiter la question de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité au bénéfice d'un national ayant une nationalité double ou multiple. L'article 6 vise l'exercice de

[60] Voir la déclaration du surarbitre Parker dans l'affaire *Décision administrative n° V* (*supra* note 57), p. 143.

[61] *Oppenheim's International Law* (voir *supra* note 54), p. 512.

[62] *Annuaire…2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 128 et 129.

[63] Voir *supra* le paragraphe 1 du commentaire du présent projet d'article.

la protection diplomatique par l'un des États dont la personne ayant subi un préjudice est un national à l'encontre seulement d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. L'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est envisagé à l'article 7.

2) Le paragraphe 1 autorise un État de nationalité à exercer sa protection diplomatique au profit de son national même lorsque l'intéressé a la nationalité d'un ou de plusieurs autres États. Suivant en cela l'article 4, il n'exige pas de lien effectif entre le national et l'État exerçant sa protection diplomatique.

3) Bien que certains veuillent faire de l'existence d'un lien effectif entre l'État de la nationalité et son national qui a une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'a pas la nationalité, ni les décisions arbitrales[64] ni les textes de codification[65] n'exigent dans l'ensemble une telle condition. Dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral avait conclu que l'Égypte ne pouvait pas opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité persane, en ces termes:

> [L]a règle du droit international veut que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation de l'une des puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance.[66]

Cette règle a été suivie dans d'autres affaires[67] et a été confirmée plus récemment par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran[68]. La décision de la Commission de ne pas exiger de lien effectif en pareilles circonstances est logique. À la différence de la situation dans laquelle un État de nationalité présente une réclamation à un autre État de nationalité pour un double national, il n'y a pas de conflit au sujet de la nationalité lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un double national contre un État tiers.

4) En principe, il n'y a aucune raison pour que deux États de nationalité ne puissent pas exercer conjointement un droit que chacun d'eux possède. Le paragraphe 2 admet donc que deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique au profit d'une personne qui a une double nationalité ou une pluralité de nationalités à l'encontre d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. Alors que l'État responsable ne peut rien opposer à une telle réclamation présentée par deux États ou plus agissant simultanément et de concert, il peut en revanche formuler des objections lorsque les États en question présentent des réclamations distinctes devant le même organe ou des organes différents, ou lorsqu'un État de nationalité présente une réclamation après qu'un autre État de nationalité a déjà obtenu satisfaction pour cette réclamation. Des problèmes peuvent se poser lorsqu'un État de nationalité renonce à son droit d'exercer la protection diplomatique alors qu'un autre État de nationalité poursuit sa réclamation. Il est difficile de codifier des règles régissant des situations aussi variées. Celles-ci doivent être réglées conformément aux principes généraux du droit concernant la satisfaction des réclamations conjointes.

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

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question, tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

Commentaire

1) L'article 7 vise l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité. Tandis que l'article 6, qui concerne une réclamation au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités contre un État dont elle n'a pas la nationalité, n'exige pas de lien effectif entre l'État réclamant et le national, l'article 7 exige de l'État réclamant qu'il démontre que sa nationalité est prépondérante tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

2) Dans le passé, la règle de non-responsabilité, qui interdisait à un État de nationalité de présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre l'autre État de nationalité, bénéficiait d'un large appui. La Convention de La Haye de 1930 proclame à l'article 4: «Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national.»[69] On retrouve dans des

[64] Voir la décision du Tribunal arbitral mixte yougoslavo-hongrois dans l'affaire *de Born*, affaire n° 205, du 12 juillet 1926, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925-1926*, sous la direction d'A. McNair et H. Lauterpacht, Londres, Longman, 1929, p. 277 et 278.

[65] Voir l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930; l'article 4 *b* de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, adoptée par l'Institut de droit international lors de la session qu'il a tenue à Varsovie en 1965: *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 58, reproduit dans l'*Annuaire… 1969*, vol. II, p. 147; l'article 23, par. 3, du projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Harvard Law School, reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *AJIL*, vol. 55, n° 3 (juillet 1961), p. 548; et l'article 21, par. 4, de l'avant-projet sur la responsabilité internationale de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers, figurant dans le troisième rapport sur la responsabilité des États de García Amador, rapporteur spécial, *Annuaire… 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/111, p. 64.

[66] *Salem (Égypte, États-Unis), arrêt du 8 juin 1932*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 1188.

[67] Voir les décisions de la Commission de conciliation italo-américaine dans les affaires *Mergé*, du 10 juin 1955, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 248, et *ILR* (1955), vol. 22 (1958), p. 456; *Vereano*, du 17 mai 1957, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 322 et *ILR* (1957), vol. 24 (1961), p. 464 et 465; et *Stankovic*, du 29 juillet 1963, *ILR*, vol. 40 (1970), p. 155.

[68] Voir *Dallal c. la République islamique d'Iran*, 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3, p. 23.

[69] Voir également l'article 16 *a* du projet de convention relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, préparé par la Harvard Law School en 1929, *AJIL*, vol. 23, Supplément spécial

projets de codification ultérieurs une approche analogue[70], et cette position a aussi été affirmée dans des sentences arbitrales[71]. Dans son avis consultatif rendu en 1949 dans l'affaire de la *Réparation*, la CIJ qualifiait de « généralement suivie » la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité[72].

3) Toutefois, dès avant 1930, il y avait eu des sentences arbitrales défendant une autre position, à savoir que l'État de la nationalité dominante ou effective pouvait présenter une réclamation au profit d'un national à l'encontre d'un autre État de nationalité[73]. Cette jurisprudence devait inspirer la CIJ, dans un autre contexte, en l'affaire *Nottebohm*[74], et elle fut expressément approuvée en 1955 par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, en ces termes:

> Le principe fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci coïncide avec celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsqu'une telle prédominance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle.[75]

Dans son avis, la Commission de conciliation estimait que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. Par la suite, elle allait appliquer la règle ainsi adoptée dans plus de 50 affaires concernant des doubles nationaux[76]. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran a appliqué le principe de la nationalité dominante et effective dans plusieurs affaires[77]. Une autre institution qui étaye le principe de la nationalité dominante est 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[78]. La Commission n'examine les plaintes présentées par des doubles nationaux possédant la nationalité iraquienne que s'ils possèdent de bonne foi la nationalité d'un autre État[79]. Les projets de codification récents ont avalisé cette approche. Dans son troisième rapport à la Commission sur la responsabilité internationale, García Amador, le Rapporteur spécial, proposait la disposition suivante:

> 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 authentiques.[80]

Orrego Vicuña avançait un point de vue analogue dans son rapport présenté à l'Association de droit international à sa soixante-neuvième Conférence[81].

(vol. 2), avril 1929, p. 138, reproduit dans l'*Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 9, p. 230.

[70] Voir l'article 23, par. 5, du projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Harvard Law School en 1960 (*supra* note 65); et l'article 4 *a* de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie (ibid.).

[71] Voir l'affaire *Executors of R.S.C.A. Alexander* v. *United States* (Commission des réclamations États-Unis d'Amérique-Grande-Bretagne), 1898, J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, United States Government Printing Office, 1898, vol. III, p. 2529; l'affaire *Oldenbourg* (Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision n° 11 du 19 décembre 1929, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 74, ou *Decisions and Opinions of the Commissioners*, du 5 octobre 1929 au 15 février 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1931, p. 97; l'affaire *Honey* (Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision n° 23 du 26 mars 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 133, ou *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, après le 15 février 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1933, p. 13; et l'affaire *Adams et Blackmore* (Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision n° 69 du 3 juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 216 et 217.

[72] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 29), p. 186.

[73] Affaire *Drummond*, 2 Knapp, Privy Council I, p. 295, *The English Reports*, vol. 12, Édimbourg/Londres, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, p. 492; affaires *Mathison*, *Stevenson* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela), *Brignone* et *Miliani* (Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (numéro de vente: 59.V.5), p. 485 et 494, et vol. X (numéro de vente: 60.V.4), p. 542 et 584, respectivement, ou *Venezuelan Arbitrations of 1903*, sous la direction de J. H. Ralston, Washington, United States Government Printing Office, 1904, p. 429 à 438, 438 à 455, 710 à 720 et 754 à 762, respectivement; affaire *Canevaro* (Italie c. Pérou) [Cour permanente d'arbitrage], arrêt du 3 mai 1912, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente: 61.V.4), p. 397, ou *The Hague Court Reports*, sous la direction de J. B. Scott, New York, Oxford University Press, 1916, p. 284; affaire *Hein* (Tribunal arbitral mixte anglo-allemand), 1922, *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, sous la direction de J. F. Williams et H. Lauterpacht, Londres, Longman, 1932, affaire n° 148, p. 216; affaire *Blumenthal* (Tribunal arbitral mixte franco-allemand), 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. 3, Paris, Sirey, 1924, p. 616; affaire *de Montfort* (Tribunal arbitral mixte franco-allemand), 1926, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 to 1926* (*supra* note 64), affaire n° 206, p. 279; affaire *Pinson* (Commission mixte des réclamations France-Mexique), 1928, ibid. (1927-1928), affaires n°s 194 et 195, p. 297 à 301, ou Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 327; et affaire *Tellech* (Commission tripartite des réclamations États-Unis d'Amérique, Autriche et Hongrie), 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), p. 248 et 249.

[74] Voir *supra* note 32, p. 22 et 23. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas la double nationalité, mais la Cour a trouvé un appui pour sa conclusion selon laquelle M. Nottebohm n'avait pas de lien effectif avec le Liechtenstein. Voir aussi les décisions judiciaires visées *supra* à la note 73.

[75] *Mergé*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* note 67), p. 247. Voir aussi l'affaire *De Leon*, décisions n°s 218 et 227 des 15 mai 1962 et 8 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente: E/F.69.V.1), p. 247.

[76] Voir, par exemple, les affaires *Spaulding*, 1956; *Zangrilli*, 1956; *Cestra*, 1957; *Puccini*, 1957; *Salvoni*, 1957; *Ruspoli-Droutzkoy*, 1957; *Ganapini*, 1959; *Graniero*, 1959, *in* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 292, 294, 307, 323, 311, 314, 400 et 393, respectivement, ou *ILR* (1957), vol. 24, p. 452, 454, 455, 457, et vol. 30 (1966), p. 366 et 351; et les affaires *Turri*, 1960, ibid., p. 371, et *Di Cicio*, 1962, ibid., vol. 40 (1970), p. 148.

[77] Voir, en particulier, *Nasser Esphahanian* v. *Bank Tejarat*, 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, p. 166; et l'affaire n° A/18, 1984, ibid., 1985, vol. 5, p. 251.

[78] Résolution 692 (1991) du Conseil de sécurité en date du 20 mai 1991.

[79] Décision 7 du Conseil d'administration de la Commission de compensation des Nations Unies, en date du 16 mars 1992, « Critères applicables à d'autres catégories de réclamations » (S/AC.26/1991/7/Rev.1), par. 11.

[80] Art. 21, par. 4, de l'avant-projet sur la responsabilité internationale de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers (voir *supra* note 65).

[81] « The changing law of nationality of claims », rapport d'activité de l'Association, *Report of the Sixty-ninth Conference*, Londres, 2000, par. 11, p. 646.

4) La Commission estime que le principe qui permet à l'État de la nationalité dominante ou effective de présenter une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité reflète l'état actuel du droit international coutumier. L'article 7 donne corps à cette conclusion.

5) Les sources utilisent le terme « effectif » ou « dominant » pour décrire le lien requis entre l'État qui présente la réclamation et son national dans les cas où cette réclamation vise un autre État de nationalité. La Commission a décidé de n'utiliser aucun de ces deux termes, mais de leur préférer le terme « prépondérant », qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre. Le tribunal qui examine la question doit mettre en balance le poids des nationalités concurrentes, opération dont l'essence est plus exactement rendue par l'adjectif « prépondérante » que par « effective » ou « dominante ». C'est en outre le terme employé par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ du développement de la règle coutumière actuelle[82].

6) La Commission ne cherche pas ici à décrire les facteurs à prendre en considération pour décider quelle est la nationalité prépondérante. Selon la jurisprudence, ces facteurs comprennent: la résidence habituelle, le temps passé dans chaque pays de nationalité, la date de naturalisation (c'est-à-dire le temps pendant lequel l'intéressé a été un national de l'État qui exerce sa protection avant que la réclamation soit présentée); le lieu et la langue d'enseignement et l'enseignement suivi; l'emploi et les intérêts financiers; le lieu de la vie familiale; les liens familiaux dans chaque pays; la participation à la vie publique et sociale; l'utilisation de la langue; l'imposition, les comptes en banque, la sécurité sociale; les visites à l'autre État de nationalité; la possession et l'usage d'un passeport de l'autre État; le service militaire. Aucun de ces facteurs n'est décisif, et le poids attribué à chacun d'eux variera selon les circonstances de chaque espèce.

7) L'article 7 est rédigé sous la forme d'une phrase négative: « Un État de nationalité *ne peut* exercer la protection diplomatique […] *à moins que* » sa nationalité ne soit prépondérante. Il s'agit de montrer que les circonstances envisagées à l'article 7 doivent être considérées comme exceptionnelles. Cela indique aussi que la charge de la preuve incombe à l'État réclamant, qui doit prouver que sa nationalité est prépondérante.

8) La principale objection à une réclamation présentée par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est qu'elle risque de permettre à un État avec lequel l'individu a établi une nationalité prépondérante après qu'un préjudice lui a été causé par l'autre État de nationalité de présenter une réclamation à ce dernier État. Cette objection est écartée par la condition qui veut que la nationalité de l'État réclamant soit prépondérante tant au moment du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette condition rappelle le principe affirmé au paragraphe 1 de l'article 5 sur la continuité de la nationalité. Les expressions « au moment où le préjudice a été causé » et « à la date de la présentation officielle de la réclamation » sont expliquées dans le commentaire de cet article. L'exception à la règle de la continuité de la nationalité figurant au paragraphe 2 de l'article 5 ne s'applique pas ici, car la personne lésée envisagée à l'article 7 n'a pas perdu sa nationalité.

[82] Voir *supra* note 67.

Article 8. Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

Commentaire

1) La règle générale était qu'un État ne pouvait exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. En 1931, la Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique avait jugé, dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company*, que les apatrides ne pouvaient pas bénéficier de la protection diplomatique, en disant:

> Un État […] n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage.[83]

Cette conclusion ne correspond plus à la position actuelle du droit international, que ce soit pour les apatrides ou pour les réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie, de 1961, et la Convention relative au statut des réfugiés, de 1951.

2) L'article 8, qui relève du développement progressif du droit, s'écarte de la règle traditionnelle laquelle réserve aux seuls nationaux le bénéfice de la protection diplomatique et permet aux États d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de non-nationaux s'il s'agit d'apatrides ou de réfugiés. Bien qu'elle ait agi dans le cadre des règles applicables aux apatrides et aux réfugiés, la Commission n'a pas essayé de se prononcer sur le statut de ces personnes. Elle ne s'intéresse qu'à la question de l'exercice de la protection diplomatique à leur égard.

3) Le paragraphe 1 porte sur la protection diplomatique des apatrides, sans toutefois définir cette catégorie de personnes. On en trouve la définition dans la Convention

[83] *Dickson Car Wheel Company (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, arrêt de juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente: 1951.V.1), p. 678.

relative au statut des apatrides (art. 1er), selon laquelle ce terme désigne « une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». Cette définition peut sans nul doute être considérée comme ayant acquis une valeur coutumière. Un État peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une telle personne, quelles que soient les circonstances dans lesquelles celle-ci est devenue apatride, pourvu qu'elle réside légalement et habituellement sur le territoire de cet État, tant au moment où le préjudice s'est produit qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

4) L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle place la barre assez haut[84]. Quelques membres de la Commission considéraient que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la majorité a estimé que la conjonction du caractère légal et du caractère habituel de la résidence se justifiait dans le cas d'une mesure exceptionnelle introduite *de lege ferenda*.

5) Le critère temporel prévu à l'article 5 est répété au paragraphe 1. L'apatride doit résider légalement et habituellement sur le territoire de l'État réclamant tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. De la sorte, on a l'assurance que les non-nationaux sont soumis aux mêmes règles que les nationaux en ce qui concerne le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation.

6) Le paragraphe 2 prévoit la protection diplomatique des réfugiés par l'État de résidence. La protection diplomatique par l'État de résidence est particulièrement importante dans le cas du réfugié, puisque celui-ci « ne peut ou […] ne veut se réclamer de la protection de [l'État dont il a la nationalité] »[85] et que, s'il le fait, il court le risque de perdre son statut de réfugié dans l'État de résidence. Le libellé du paragraphe 2 suit celui du paragraphe 1. Les différences importantes qui existent entre les apatrides et les réfugiés, comme il ressort du paragraphe 3, expliquent la décision de la Commission de consacrer un paragraphe distinct à chaque catégorie.

7) La Commission a décidé d'insister sur le critère de la résidence légale et habituelle en tant que condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique, à l'égard des réfugiés comme des apatrides, bien que l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés mette la barre moins haut, en faisant obligation aux États contractants de délivrer des documents de voyage aux réfugiés qui résident régulièrement sur leur territoire[86]. La Commission a été influencée par deux facteurs: premièrement, le fait qu'aux termes de la Convention la délivrance de documents de voyage ne donne en aucun cas au porteur un droit à la protection diplomatique[87]; deuxièmement, la nécessité de fixer la barre assez haut lorsqu'on s'écarte *de lege ferenda* de la règle traditionnelle. Certains membres de la Commission ont fait valoir qu'en faisant de la résidence légale et habituelle une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique on fixait la barre trop haut aussi dans le cas des réfugiés[88].

8) Le terme « réfugié », au paragraphe 2, ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention relative au statut des réfugiés et son Protocole, mais désigne aussi des personnes qui ne répondent pas strictement à cette définition. La Commission a envisagé d'employer l'expression « réfugiés reconnus », qui figure dans la Convention européenne sur la nationalité (art. 6, par. 4 *g*), et qui aurait élargi la notion pour y englober les réfugiés auxquels cette qualité est reconnue par des instruments régionaux tels que la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique[89], laquelle est communément considérée comme un modèle en matière de protection internationale des réfugiés[90], et la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés[91]. Cependant, la Commission a préféré ne pas fixer de limites, afin qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de toute personne qu'il considère et traite comme un réfugié. Ce serait particulièrement important pour les réfugiés se trouvant dans des États qui ne sont pas parties aux instruments régionaux ou internationaux existants.

9) Le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation qui figure à l'article 5 est ici répété au paragraphe 2. Le réfugié doit résider légalement et habituellement dans l'État réclamant tant au moment où le préjudice est causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

10) Le paragraphe 3 stipule que l'État d'accueil ne peut pas exercer sa protection diplomatique en faveur d'un réfugié contre l'État de nationalité de ce dernier. Le lui permettre aurait été en contradiction avec le raisonnement qui sous-tend les présents articles, à savoir que la nationalité est le critère prépondérant pour l'exercice de la protection diplomatique. Ce paragraphe répond également à des considérations pratiques. La plupart des réfugiés ont à se plaindre du traitement que leur a réservé leur État national, qu'ils ont fui pour échapper à des persécutions.

---

[84] Les termes « résidence légale et habituelle » sont basés sur l'article 6, par. 4 *g*, de la Convention européenne sur la nationalité, où ils sont employés à propos de l'acquisition de la nationalité. Voir aussi le paragraphe 3, alinéa *c*, de l'article 21 du projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Harvard Law School (*supra* note 65), qui inclut au nombre des personnes bénéficiant de la protection en vertu de la Convention « tout apatride qui a sa résidence habituelle dans cet État ».

[85] Article 1.A.2 de la Convention relative au statut des réfugiés.

[86] Les travaux préparatoires de la Convention ont fait apparaître clairement que *stay* (séjour) s'entend d'une résidence plus passagère.

[87] Voir le paragraphe 16 de l'annexe à la Convention.

[88] Voir *supra* le paragraphe 4 du commentaire du présent projet d'article.

[89] Cette convention étend la définition du réfugié à « toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité » (art. Ier, par. 2).

[90] Voir la note sur la protection internationale présentée par le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, A/AC.96/830, par. 35, p. 17.

[91] Adoptée au Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et à Panama: problèmes juridiques et humanitaires, tenu à Carthagène (Colombie) du 19 au 22 novembre 1984; les conclusions de la déclaration figurent dans OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10, rev.1, Assemblée générale de l'OEA, quinzième session ordinaire (1985), résolution adoptée par la Commission générale à sa cinquième session, le 7 décembre 1985.

Autoriser l'exercice de la protection diplomatique en pareils cas reviendrait à ouvrir la porte à d'innombrables réclamations internationales. De plus, la crainte que les réfugiés ne les pressent d'intenter une action en leur nom risquerait de dissuader les États d'accepter des réfugiés sur leur territoire.

11) Tant le paragraphe 1 que le paragraphe 2 disposent que l'État d'accueil «*peut* exercer la protection diplomatique». L'emploi de cet auxiliaire souligne le caractère discrétionnaire de ce droit. Au regard du droit international, les États ont le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux[92]. *A fortiori*, ce pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'il s'agit d'exercer leur protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié.

12) La Commission souligne que l'article 8 porte uniquement sur la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés, et non sur l'octroi de la nationalité à ces catégories de personnes. L'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié ne peut ni ne devrait être considéré comme faisant naître une attente légitime d'octroi de la nationalité. Il ressort clairement de l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés, lu conjointement avec le paragraphe 15 de son annexe, que la délivrance d'un document de voyage à un réfugié est sans incidence sur la nationalité du porteur. *A fortiori*, l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride ne devrait aucunement être interprété comme ayant une incidence sur la nationalité de la personne protégée.

Chapitre III

PERSONNES MORALES

Article 9. État de nationalité d'une société

Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel la société 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.

Commentaire

1) L'article 9 admet que la protection diplomatique puisse être étendue aux sociétés. Le début du texte reprend celui de l'article 4, relatif à la protection diplomatique des personnes physiques. Il ressort clairement de l'ensemble de l'article que, pour avoir la qualité d'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique d'une société, il faut réunir certaines conditions, comme il en va dans le cas de la protection diplomatique des personnes physiques.

2) La pratique des États est axée surtout sur la protection diplomatique des sociétés, c'est-à-dire d'entreprises à but lucratif ayant la forme de sociétés anonymes, dont le capital est représenté par des actions, et non d'autres personnes morales. C'est ce qui explique pourquoi le présent article, de même que les suivants, portent sur la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires. Le projet d'article 13 est consacré à la situation des personnes morales autres que ces sociétés.

3) Si l'octroi de la nationalité est compris dans le «domaine réservé»[93] d'un État, le droit international, suivant le dictum de la CIJ en l'affaire de la *Barcelona Traction*, «attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège»[94]. Deux conditions sont posées à l'acquisition de la nationalité par une société aux fins de la protection diplomatique: constitution de la société et présence de son siège dans l'État où elle a été constituée. En pratique, la législation de la plupart des États exige que les sociétés constituées sous sa loi aient un siège sur le territoire de l'État considéré. La condition supplémentaire concernant le siège pourrait donc paraître superflue. La Cour n'en a pas moins clairement indiqué que les deux conditions devaient être réunies en disant: «Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux.»[95] Peut-être la Cour voulait-elle voir dans l'exigence d'un siège la nécessité d'un lien tangible, si ténu fût-il, entre l'État et la société. C'est ce que confirme son insistance sur le fait que le siège de la Barcelona Traction était situé au Canada et que, joint à d'autres, ce facteur créait un «lien étroit et permanent» entre le Canada et la Barcelona Traction[96].

4) L'article 9 emploie le terme «établie» au lieu de «constituée», car ce dernier est un terme technique qui n'existe pas dans tous les systèmes juridiques. Il est néanmoins évident que «établie» recouvre la notion de constitution, de même que celle d'enregistrement, en sus des autres moyens susceptibles d'être employés par un État pour créer une société. L'«établissement» (ou constitution) d'une société sous les lois d'un État particulier ne suffit pas aux fins de la protection diplomatique. Il faut qu'il existe en outre un lien tangible avec l'État où la société est formée − concrétisé par un siège ou siège social ou autre lien semblable. Il s'agit ici de donner effet à l'insistance avec laquelle la CIJ exige dans la *Barcelona Traction* qu'il y ait un facteur de rattachement entre l'État où la société est constituée et cette société. La formule «un lien étroit et permanent», qu'elle emploie pour qualifier le lien entre la société Barcelona Traction et le Canada, n'a pas été retenue ici, car elle placerait la barre trop haut pour le facteur de rattachement. On a préféré le «siège», facteur de rattachement requis par la Cour en sus de la constitution. Certains systèmes de droit n'exigeant pas de siège, mais un autre lien, on a retenu «la direction ou […] un lien similaire» comme autres solutions possibles. De manière générale, l'article 9 exige entre la société et l'État une relation qui aille au-delà de la simple formation ou constitution et se caractérise par un facteur de rattachement supplémentaire. Cette relation, régie par le droit interne de l'État qui prétend exercer sa protection diplomatique, peut être désignée par des termes différents selon les systèmes juridiques[97].

---

[92] Voir l'article 2 et le commentaire y relatif.

[93] Voir *supra* note 42.

[94] *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt (*voir *supra* note 40), par. 70, p. 42.

[95] Ibid.

[96] Ibid., par. 71.

[97] Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la CIJ indique clairement qu'il n'y a pas, en droit international, de règles régissant la constitution

5) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'État national des actionnaires majoritaires (la Belgique) avait fait valoir qu'il était habilité à exercer la protection diplomatique à l'égard de la société en raison du fait que son actionnariat lui conférait avec la société un lien effectif de la nature de celui qui avait été admis dans l'affaire *Nottebohm*[98]. La Cour a rejeté cet argument, mais en se refusant à écarter l'application aux sociétés du critère du lien effectif, jugeant qu'en l'espèce il existait un lien « étroit et permanent » entre la Barcelona Traction et le Canada, puisque la société y avait son siège et y avait tenu les réunions de son conseil d'administration pendant de nombreuses années[99]. L'article 9 n'exige pas qu'il existe entre la société et l'État protecteur un lien effectif du genre de celui que préconisait la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Au surplus, il rejette l'idée d'un lien effectif comme facteur de rattachement nécessaire dans le cadre de la protection diplomatique des sociétés, car celui-ci risquerait d'aboutir à l'apatridie des sociétés établies dans un État et ayant leurs actionnaires majoritaires dans un autre État. La Commission a estimé dans sa majorité que le siège, la direction « ou […] un lien similaire » ne doivent donc pas être considérés comme des formes de lien effectif, surtout dans la mesure où ce terme est censé impliquer les actionnaires majoritaires comme facteur de rattachement.

6) Le membre de phrase « ou […] un lien similaire » doit être replacé dans le contexte de « son siège ou sa direction », suivant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, qui exige qu'une proposition générale de ce genre soit interprétée restrictivement pour cadrer avec celle qui la précède. Cela veut dire qu'elle n'aura pas de vie propre. Elle doit nécessairement désigner un lien semblable à celui que constitue le « siège » ou la « direction ».

7) Par opposition à l'article 4, l'article 9 emploie l'article défini en parlant de « l' » État sous la loi duquel la société a été établie pour désigner l'État de nationalité. Cette formule est utilisée pour éviter de donner à penser qu'une société pourrait avoir une double nationalité. La pluralité de nationalités étant possible dans le cas des personnes physiques, l'article 4, pour sa part, parle d'« un » État de nationalité. Certains membres de la Commission ne souscrivaient pas à l'idée que les sociétés ne puissent avoir qu'une seule nationalité.

Article 10. Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé ainsi qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.

Commentaire

1) Les principes généraux relatifs à la condition de continuité de la nationalité ont été analysés dans le commentaire de l'article 5. En pratique, la continuité de la nationalité soulève moins de problèmes dans le cas des sociétés que dans celui des personnes physiques. Alors que ces dernières changent aisément de nationalité par suite de naturalisation, volontaire ou non (en cas de mariage ou d'adoption, par exemple), et de succession d'États, les sociétés ne peuvent changer de nationalité qu'en étant formées ou constituées à nouveau dans un autre État, auquel cas elles acquièrent une nouvelle personnalité, rompant ainsi avec la continuité de leur nationalité[100]. Il n'y a qu'un seul cas où une société puisse peut-être changer de nationalité sans changer de personnalité morale, c'est celui de la succession d'États.

2) Le paragraphe 1 affirme le principe traditionnel qui veut qu'un État soit en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société ayant sa nationalité tant au moment du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La première condition, que la société lésée ait la nationalité de l'État réclamant au moment où celui-ci présente la réclamation, ne pose pas de problème. Les difficultés commencent, en revanche, à propos du *dies ad quem*, la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation est exigée[101]. Il faut que la société ait clairement la nationalité de l'État réclamant lorsque la réclamation est officiellement présentée. Cette thèse trouve des appuis dans le droit conventionnel, la jurisprudence et la doctrine[102]. En ce sens, le titre de l'État à exercer la protection diplomatique naît à la date de la présentation officielle de la réclamation. Cependant, l'idée selon laquelle une société qui changerait de nationalité entre cette date et celle de la sentence arbitrale ou du jugement cesserait d'être nationale aux fins de la protection diplomatique a reçu quelque soutien. Dans cette perspective, la règle de la continuité de la nationalité exige l'existence du lien de nationalité « du moment de la survenance

de sociétés. Il faut donc se tourner vers le droit interne pour établir si les conditions requises ont été remplies. La Cour dit: « Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles » (ibid., par. 38, p. 33 et 34).

[98] Voir *supra* note 32.

[99] Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (*supra* note 40), par. 70 et 71, p. 42.

[100] Voir Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela créée en vertu du Protocole du 17 février 1903, affaire *Orinoco Steamship Company*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 180. Dans cette affaire, une société constituée au Royaume-Uni avait cédé sa réclamation contre le Gouvernement vénézuélien à une société constituée aux États-Unis qui lui avait succédé. Comme le traité créant la Commission autorisait les États-Unis à présenter une réclamation au nom de leurs nationaux en pareilles circonstances, la réclamation fut admise. Toutefois, le surarbitre Barge dit clairement que, sans le traité, elle n'aurait pas été permise (ibid., p. 192).

[101] Cette question n'avait pas été tranchée par la CPJI en l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (voir *supra* note 32), p. 17. Voir aussi le quatrième rapport de M. Václav Mikulka, Rapporteur spécial, sur la nationalité en relation avec la succession d'États, qui met en relief les difficultés entourant la nationalité des personnes morales en relation avec la succession d'États, *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/489, p. 309.

[102] Voir l'affaire *Kren* (*supra* note 55), p. 234.

du préjudice jusqu'à la décision finale»[103]. En pratique, il est probable que ces cas seront rares[104]. D'où la formulation de la règle, qui prévoit la nationalité jusqu'à la présentation de la réclamation.

3) Le mot «réclamation», au paragraphe 1, recouvre à la fois la réclamation présentée par la voie diplomatique et celle qui est déposée auprès d'un organe juridictionnel. Cette réclamation peut préciser la conduite que l'État responsable devrait tenir en vue de mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que la réparation devrait prendre[105].

4) Des difficultés surgissent quand il s'agit de l'exercice de la protection diplomatique d'une société qui a cessé d'exister au regard du droit de l'État où elle avait été formée et dont elle avait la nationalité. Si l'on considère que l'État de nationalité de cette société n'a pas la faculté de présenter une réclamation du fait que celle-ci n'existe plus au moment de la présentation de cette réclamation, aucun État ne pourra exercer sa protection diplomatique pour un préjudice causé à ladite société. Un État ne pourrait invoquer la nationalité des actionnaires pour présenter une telle réclamation, puisqu'il serait dans l'incapacité de prouver qu'il avait l'intérêt nécessaire au moment où le préjudice avait été causé à la société. Cette question avait troublé plusieurs juges dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[106], mais elle a aussi troublé certains tribunaux[107], organes d'arbitrage et auteurs[108]. Le paragraphe 2 suit une démarche pragmatique en autorisant l'État de nationalité d'une société à exercer sa protection diplomatique pour un préjudice subi par la société lorsqu'elle avait sa nationalité, alors qu'elle a cessé d'exister − et, partant, d'avoir sa nationalité − par suite de ce préjudice. Pour pouvoir le faire, l'État réclamant doit prouver que c'est à cause du préjudice à propos duquel la réclamation est présentée que ladite société a cessé d'exister. Le paragraphe 2 doit être lu conjointement avec l'article 11, alinéa *a*, qui précise bien que l'État de nationalité des actionnaires ne sera pas en droit d'exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsqu'un préjudice causé à une société a entraîné sa dissolution.

[103] *Oppenheim's International Law* (voir *supra* note 54), p. 512.

[104] Pour un exemple récent, voir *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen* v. *United States of America* (CIRDI), nº ARB (AF)/98/3, *ILM*, vol. 42, 2003, p. 811.

[105] Voir aussi l'article 43 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 128 et 129.

[106] MM. Jessup (voir *supra* note 40, p. 193), Gros (ibid., p. 277) et Fitzmaurice (ibid., p. 101 et 102), de même que le juge *ad hoc*, M. Riphagen (ibid., p. 345).

[107] Voir l'affaire *Kunhardt* (opinions émises dans le cadre de la Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela créée en vertu du protocole du 17 février 1903), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 171, et plus particulièrement l'opinion dissidente du commissaire vénézuélien, M. Paúl, p. 180; voir également l'affaire *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain)* v. *United Mexican States*, décision nº 10 du 6 décembre 1929, ibid., vol. V, p. 63.

[108] Voir L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1969, p. 206 et 207; W. E. Beckett, «Diplomatic claims in respect of injuries to companies», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, Londres, Sweet and Maxwell, 1932, p. 191; et E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 197 à 202.

Article 11. Protection des actionnaires

L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

***a*) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou**

***b*) si la société a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.**

Commentaire

1) Le principe le plus fondamental de la protection diplomatique des sociétés est qu'une société doit être protégée par l'État de nationalité de cette société et non par l'État ou les États de nationalité des actionnaires de la société. Ce principe a été réaffirmé avec force par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. La Cour a souligné d'emblée qu'elle ne se préoccupait que de la question de la protection diplomatique des actionnaires d'une «société anonyme, dont le capital est représenté par des actions»[109]. Ces sociétés se caractérisent par une nette distinction entre la société et les actionnaires[110]. Lorsque les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un préjudice causé à la société, c'est vers la société que l'actionnaire doit se tourner pour qu'elle forme les recours voulus, car, «bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés»[111]. Ce n'est que lorsque les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires qu'un actionnaire a un droit de recours indépendant[112]. Ces principes régissant la distinction entre la société et les actionnaires découlent du droit interne et non du droit international[113].

2) Pour parvenir à sa décision selon laquelle l'État où une société a été constituée et non l'État de nationalité des actionnaires de la société est l'État approprié pour exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à la société, la Cour s'est fondée sur plusieurs considérations de principe. Premièrement, lorsque des actionnaires investissent dans une société qui a des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment celui que l'État de nationalité de la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard[114]. Deuxièmement, si l'État de nationalité des actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique, cela risquerait d'ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États, les grandes sociétés

[109] *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (voir *supra* note 40), par. 40, p. 34.

[110] Ibid., par. 41.

[111] Ibid., par. 44, p. 35.

[112] Ibid., par. 47, p. 36.

[113] Ibid., par. 50, p. 37.

[114] Ibid., par. 43 (p. 35), par. 86 et 87 (p. 46) et par. 99 (p. 50).

ayant fréquemment des actionnaires de nombreuses nationalités[115]. La Cour a indiqué à cet égard que si l'État de nationalité de l'actionnaire était habilité à agir pour le compte de celui-ci, il n'y avait pas de raison pour que chaque actionnaire ne jouisse pas de ce droit[116]. Troisièmement, la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique[117].

3) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a admis que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans deux situations: premièrement, lorsque la société a cessé d'exister dans le pays où elle a été constituée[118] – ce qui n'était pas le cas de la *Barcelona Traction*; et, deuxièmement, lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable d'avoir causé le préjudice à la société et que le seul moyen de défense dont disposent les actionnaires étrangers sur le plan international est de recourir à la protection de leur État de nationalité[119] – ce qui n'était pas le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ces deux exceptions, qui n'ont pas été examinées de façon approfondie par la Cour dans cette affaire parce qu'elles n'étaient pas pertinentes en la matière, sont reconnues aux alinéas *a* et *b* de l'article 11. Il est important de souligner que, les actionnaires d'une société pouvant avoir la nationalité de différents États, plusieurs États de nationalité peuvent exercer la protection diplomatique sur la base de ces exceptions.

4) Selon l'alinéa *a* de l'article 11, la société doit avoir «cessé d'exister» avant que l'État de nationalité des actionnaires soit habilité à intervenir en leur faveur. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, la balance semblait pencher en faveur d'un critère moins rigoureux, qui permettrait d'intervenir pour le compte des actionnaires lorsque la société avait «pratiquement cessé d'exister»[120]. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a fixé un critère plus strict pour déterminer la disparition d'une société. Elle a jugé insuffisants les critères de «paralysie» ou de «situation financière précaire» d'une société[121]. Elle n'a pas non plus retenu comme critère le fait que la société puisse avoir pratiquement cessé d'exister, estimant qu'il manquait «de toute précision juridique»[122]. Considérant que «la situation juridique de la société est seule pertinente», la Cour a déclaré: «Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement.»[123] Ce critère a été ultérieurement adopté par la Cour européenne des droits de l'homme[124].

5) Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas dit expressément que la société devait avoir cessé d'exister *au lieu de sa constitution* avant que les actionnaires soient en droit d'intervenir. Il semble néanmoins ressortir clairement du contexte de l'affaire dont la Cour était saisie que, dans son esprit, la compagnie devait avoir cessé d'exister dans l'État où elle avait été constituée et non dans l'État où elle avait subi le préjudice. La Cour était disposée à reconnaître que la société avait cessé d'exister en Espagne[125], mais a souligné que cela ne l'empêchait pas de continuer d'exister au Canada, État où elle avait été constituée, déclarant que: «En l'espèce, la *Barcelona Traction* est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits se soient éteints, cette situation indique plutôt que ces droits subsistent tant qu'il n'y a pas de liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister.»[126] Une société «naît» dans l'État où elle est constituée lorsqu'elle est enregistrée conformément à la loi et que la personnalité morale lui est octroyée. Inversement, elle «s'éteint» lorsqu'elle est liquidée dans l'État où elle a été constituée, c'est-à-dire l'État qui lui a donné l'existence. Il semble donc logique que ce soit au droit de l'État dans lequel elle a été constituée qu'il appartienne de dire si une société a cessé d'exister et n'est plus capable de fonctionner en tant que personne morale.

6) La formule «pour un motif sans rapport avec le préjudice» de l'article 11, alinéa *a*, vise à faire en sorte que l'État de nationalité des actionnaires ne puisse pas engager de procédure concernant le préjudice causé à la société, qui est à l'origine de la disparition de celle-ci. C'est, selon l'article 10, le droit que conserve l'État de nationalité de la société. L'État de nationalité des actionnaires ne pourra donc exercer sa protection diplomatique qu'en faveur des actionnaires qui ont été lésés à la suite de dommages subis par la société sans rapport avec le préjudice qui a peut-être entraîné sa disparition. Il s'agit par là de limiter les circonstances dans lesquelles l'État de nationalité des actionnaires peut intervenir en faveur de ces actionnaires à la suite d'un préjudice causé à la société.

7) L'alinéa *b* donne effet à l'exception en vertu de laquelle l'État de nationalité des actionnaires d'une société peut exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable du préjudice qu'elle a subi. Cette exception est toutefois formulée d'une manière restrictive afin de la limiter aux cas où la constitution de la société était une condition exigée par l'État responsable du préjudice pour qu'elle puisse exercer ses activités dans cet État.

---

[115] Ibid., par. 94 à 96, p. 48 et 49.

[116] Ibid., par. 94 et 95, p. 48.

[117] Ibid., par. 53, p. 38, et par. 98, p. 50.

[118] Ibid., par. 65 à 68, p. 40 et 41.

[119] Ibid., par. 92, p. 48.

[120] Affaire *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, United States Government Printing Office, 1906, p. 648; affaire *El Triunfo Company*, ibid., p. 649; et affaire *Baasch and Römer*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 723.

[121] Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (*supra* note 40), par. 65 et 66, p. 40 et 41.

[122] Ibid., par. 66, p. 41.

[123] Voir ibid. Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Padilla Nervo (ibid., p. 256) et Ammoun (ibid., p. 319 et 320).

[124] Cour européenne des droits de l'homme, *Agrotexim et autres c. Grèce*, 24 octobre 1995, par. 68, série A nº 330-A, p. 25.

[125] Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (*supra* note 40), par. 65, p. 40. Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Fitzmaurice (ibid., p. 75) et Jessup (ibid., p. 194).

[126] Ibid., par. 67, p. 41.

8) On trouve dans la pratique des États, dans des sentences arbitrales[127] et dans la doctrine des éléments qui apportent, ne serait-ce que timidement, un certain appui à une exception générale non assortie de la condition restrictive énoncée à l'alinéa *b*. Il est significatif toutefois que ce soit dans les sentences relatives aux trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été *obligée* de se constituer dans l'État auteur du préjudice: *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, *Mexican Eagle* et *Salvador Commercial Company (« El Triunfo Company »)*, que se trouvent les arguments les plus forts en faveur de l'intervention de l'État de nationalité des actionnaires. Rien n'indique dans ces sentences que ledit État n'est en droit d'intervenir que dans cette circonstance, mais il ne fait aucun doute que c'est dans ce cas-là que l'intervention est le plus nécessaire. À l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État étranger ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu ce qui suit:

> Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger.[128]

9) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'Espagne, État défendeur, n'était pas l'État de nationalité de la compagnie qui avait subi le préjudice. La Cour n'avait donc pas été saisie de l'exception dont il est question ici. Elle en a néanmoins fait mention en passant dans les termes suivants:

> Certes, on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un État devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'État des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'État national de la Barcelona Traction.[129]

Dans leurs opinions individuelles relatives à l'arrêt *Barcelona Traction*, les juges Fitzmaurice[130], Tanaka[131] et Jessup[132] se sont prononcés sans réserve en faveur du droit de l'État national des actionnaires d'intervenir lorsqu'un préjudice est causé à la société par l'État où elle a été constituée[133]. Bien que Fitzmaurice[134] et Jessup[135] aient tous deux concédé que le besoin d'une telle règle soit particulièrement fort lorsque la condition préalable à l'exercice de l'activité d'une société dans un État était qu'elle ait été constituée en vertu de la loi de cet État, aucun d'eux n'était disposé à admettre que la règle soit limitée à de telles circonstances. Par contre, les juges Padilla Nervo[136], Morelli[137] et Ammoun[138] se sont fermement élevés contre cette exception.

10) C'est surtout dans le contexte des traités que des changements sont apparus après l'arrêt *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'exception en question. Il n'en ressort pas moins une tendance en faveur de la thèse selon laquelle les actionnaires d'une société peuvent intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable d'un préjudice causé à la société[139]. Dans l'affaire *ELSI*[140], une chambre de la CIJ a autorisé les États-Unis à formuler une demande en réparation contre l'Italie pour des préjudices subis par une société italienne dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines. La Cour ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de sa conclusion avec celle à laquelle elle était parvenue dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ni sur la question de l'exception laissée sans réponse dans le même arrêt, en dépit du fait que l'Italie eût objecté que la société dont les droits auraient été violés était constituée en Italie et que les États-Unis cherchaient à protéger les droits d'actionnaires de la société[141]. Ce silence pourrait s'expliquer par le fait que la Chambre n'avait pas à évaluer le droit international coutumier, mais à interpréter un Traité d'amitié, de commerce et de navigation, qui prévoyait la protection des actionnaires américains à l'étranger[142]. Par contre, la Chambre était manifestement saisie de la question de l'exception à l'étude[143]. Il est donc possible d'en déduire un appui à l'exception en faveur du droit de l'État des actionnaires d'une société d'intervenir contre l'État

---

[127] Voir les affaires *Chemin de fer de la baie de Delagoa* (*supra* note 120); *Mexican Eagle*, M. M. Whiteman, *A Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272 à 1274; *Romano-Americana*, G. H. Hackworth, *A Digest of International Law*, vol. V, p. 841; *Salvador Commercial Company (« El Triunfo Company »)*, sentence du 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 467; et *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, sentence du 5 août 1926, ibid., vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 790. Pour un examen complet des autorités, voir Caflisch, op. cit. (*supra* note 108); et J. M. Jones, « Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies », *BYBIL 1949*, vol. 26, p. 225. Voir également E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », sous la direction de Max Sørensen, *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, p. 580 et 581.

[128] Whiteman, op. cit. (note *supra*), p. 1273 et 1274.

[129] *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (voir *supra* note 40), par. 92, p. 48.

[130] Ibid., p. 72 à 75.

[131] Ibid., p. 134.

[132] Ibid., p. 191 à 193.

[133] Le juge Wellington Koo a aussi appuyé cette position dans son opinion individuelle relative à l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, par. 20, p. 58.

[134] *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (voir *supra* note 40), par. 15 et 16, p. 73 et 74.

[135] Ibid., p. 191 et 192.

[136] Ibid., p. 257 à 259.

[137] Ibid., p. 240 et 241.

[138] Ibid., p. 318.

[139] Voir les affaires *SEDCO Inc.* v. *National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, affaire n° 129 du 24 octobre 1985, *ILR*, vol. 84, 1991, p. 484 et 496 (interprétant l'article VII(2) de la Déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran); et *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO)* v. *The Government of the Republic of Liberia*, *ILM*, vol. 26, 1987, p. 647 et 652 à 654 (interprétant l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États).

[140] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

[141] Ibid., par. 106, p. 64, et par. 132, p. 79.

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

[143] Cela ressort clairement d'un échange d'arguments sur le sujet dans l'affaire *ELSI* (voir *supra* note 140) entre les juges Oda (p. 87 et 88) et Schwebel (p. 94).

où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société[144].

11) Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, bien que les opinions aient été partagées sur le point de savoir si la pratique des États et les sentences arbitrales la reconnaissaient et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. L'*obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka ont incontestablement donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, ne serait-ce que dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance[145]. Dans ces circonstances, il serait possible d'appuyer une exception générale sur la base d'une décision judiciaire. Or, l'alinéa *b* de l'article 11 ne va pas si loin. Il limite plutôt cette exception à ce que l'on a appelé une « société Calvo », c'est-à-dire une société dont la constitution, comme la clause Calvo[146], a pour objet de la mettre à l'abri des règles du droit international relatif à la protection diplomatique. Elle limite l'exception au cas où la société avait, au moment du préjudice (autre critère restrictif), la nationalité de l'État qui est réputé être responsable du préjudice et où sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État. Il ne fait pas de doute que des pressions politiques seront exercées parfois sur des investisseurs étrangers pour qu'ils enregistrent une société dans l'État où ils souhaitent exercer des activités. D'après l'exception énoncée à l'alinéa *b*, cela ne suffit pas: la constitution de la société doit être la condition exigée par la loi de cet État comme condition à l'exercice d'activités dans ledit État.

Article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires

Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.

Commentaire

1) La Cour a reconnu dans l'arrêt *Barcelona Traction* que les actionnaires pouvaient prétendre à la protection diplomatique pour eux-mêmes:

> […] des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires, même si leurs intérêts en souffrent. […] La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant.[147]

La Cour n'a cependant pas eu à examiner la question plus avant parce que la Belgique a indiqué clairement qu'elle ne fondait pas sa demande sur une atteinte directe aux droits des actionnaires.

2) La question de la protection des droits propres des actionnaires a été examinée par la Chambre de la CIJ dans l'affaire *ELSI*[148]. Néanmoins, dans cette affaire, les droits en question, par exemple les droits des actionnaires d'organiser, de contrôler et de gérer la société, étaient énoncés dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation[149] qu'il était demandé à la Chambre d'interpréter, et celle-ci n'a pas exposé les règles du droit international coutumier sur ce sujet. Dans l'affaire *Agrotexim*[150], la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a reconnu les droits des actionnaires à être protégés contre la violation directe de leurs droits, mais a jugé qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation[151].

3) L'article 12 ne cherche pas à dresser une liste exhaustive des droits des actionnaires en tant que droits distincts de ceux de la société elle-même. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour mentionne les droits les plus évidents des actionnaires: le droit à un dividende déclaré, le droit de participer aux assemblées générales et d'y voter et le droit à une part des avoirs résiduels de la société à la liquidation. Mais cette liste n'est pas exhaustive, comme la Cour elle-même l'a indiqué. Cela signifie que le soin est laissé aux tribunaux de déterminer, dans chaque cas d'espèce, les limites de tels droits. Il faut néanmoins veiller à bien séparer les droits des actionnaires de ceux de la société, en particulier en ce qui concerne le droit de participer à la gestion de sociétés. L'interprétation restrictive à donner à l'article 12 est mise en lumière par les formules « droits des actionnaires en tant que tels » et « droits qui sont distincts de ceux de la société ».

4) L'article 12 ne précise pas quel est le système juridique applicable pour déterminer quels sont les droits propres des actionnaires par opposition à ceux de la société. Dans la plupart des cas, cette question doit être tranchée par le droit interne de l'État où celle-ci a été constituée. On pourrait néanmoins invoquer les principes généraux de droit lorsque la société a été constituée dans l'État fautif, pour faire en sorte que les actionnaires étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement discriminatoire[152].

Article 13. Autres personnes morales

Les principes énoncés dans les articles 9 et 10 au sujet des sociétés s'appliquent selon le cas à la protection diplomatique d'autres personnes morales.

---

[144] Cette vue a été exprimée par Yoram Dinstein, « Diplomatic protection of companies under international law », *International Law: Theory and Practice*, sous la direction de K. Wellens, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 512.

[145] Conformément aux règles applicables aux réclamations internationales adoptées par le Royaume-Uni en 1985, lorsqu'un ressortissant britannique a des intérêts, en tant qu'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État et qui en a donc la nationalité et que ledit État cause un préjudice à la société, le Gouvernement de sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts du ressortissant britannique (Règle VI). Reproduite dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 1988, p. 1007.

[146] Voir *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 206 à 208.

[147] *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (voir *supra* note 40), par. 46 et 47, p. 36.

[148] Voir *supra* note 140.

[149] Voir *supra* note 142.

[150] *Agrotexim et autres c. Grèce* (voir *supra* note 124).

[151] Ibid., par. 62, p. 23.

[152] Dans son opinion individuelle dans l'affaire *ELSI*, M. Oda a évoqué « les principes généraux de droit concernant les sociétés » s'agissant des droits des actionnaires (voir *supra* note 140), p. 87 et 88.

Commentaire

1) Les dispositions du présent chapitre ont été axées jusqu'ici sur un type particulier de personne morale, la société. Il y a deux explications à cela. Premièrement, les sociétés, à la différence d'autres personnes morales, ont certains traits communs et uniformes: ce sont des entreprises à but lucratif dont le capital est généralement constitué d'actions dans lesquelles une distinction nette est établie entre l'entité qu'est la société et les actionnaires, la responsabilité de ces derniers étant limitée. Deuxièmement, le commerce et les investissements étrangers sont principalement le fait de la société, et non de l'entreprise publique, de l'université, de la municipalité, de la fondation et autres personnes morales de ce type. Non contentes d'animer la vie économique internationale, les sociétés sont aussi au cœur du règlement des différends internationaux. La protection diplomatique des personnes morales s'entend principalement de la protection des investissements étrangers. C'est pourquoi la société est la personne morale qui occupe la place centrale dans le domaine de la protection diplomatique; c'est la raison aussi pour laquelle le présent projet d'articles est consacré, et doit l'être, en grande partie à cette entité.

2) Dans l'acception ordinaire du mot, la « personne » s'entend d'un être humain. Au sens juridique, cependant, une « personne » s'entend de tout être, objet, association ou institution auquel la loi reconnaît la capacité d'acquérir des droits et de contracter des obligations. Il est loisible à un système juridique de conférer la personnalité juridique à tout objet ou association de son choix. L'octroi de la personnalité juridique varie selon les systèmes juridiques et n'obéit pas à des règles uniformes.

3) Il existe un débat doctrinal et jurisprudentiel au sujet de la nature juridique de la personnalité morale et, en particulier, quant à la genèse d'une personne morale. Selon la théorie de la fiction, une personne morale ne peut voir le jour que moyennant un acte formel d'incorporation émanant de l'État. Autrement dit, une entité autre qu'une personne physique peut obtenir les attributs de la personnalité par un acte de l'État qui l'assimile en vertu d'une fiction juridique à une personne physique, sous réserve des limitations que la loi peut imposer. Selon la théorie réaliste, l'existence de la personne morale est un fait et n'est pas tributaire de la reconnaissance par l'État. Dès lors qu'une association ou une entité agit en fait comme une entité juridique distincte, elle devient une personne morale, avec tous les attributs de celle-ci, sans qu'il soit nécessaire que l'État lui octroie la personnalité juridique. Quoi qu'on puisse penser de la théorie dite réaliste, il est évident qu'une personne morale ne saurait exister sans une forme de reconnaissance par la loi, c'est-à-dire par un système juridique interne. C'est ce qu'ont souligné la Cour européenne de justice[153] et la Cour internationale de Justice[154].

4) Étant créées par le droit interne, les personnes morales sont extrêmement diverses. Ce peuvent être des sociétés, des entreprises publiques, des universités, des écoles, des fondations, des églises, des collectivités locales, des associations à but non lucratif, des organisations non gouvernementales, voire des partenariats (dans certains pays). Le fait qu'il n'est pas possible de prêter à toutes ces personnes morales des traits communs et uniformes explique pourquoi les auteurs de droit international public et de droit international privé limitent dans une large mesure leur examen des personnes morales en droit international à la société. Il convient néanmoins de s'intéresser aux personnes morales autres que les sociétés dans le contexte de la protection diplomatique. Il ressort de la jurisprudence de la CPJI qu'une commune[155] ou une université[156] peut être considérée dans certaines circonstances comme une personne morale, un national d'un État. On ne voit pas pourquoi une telle personne morale n'aurait pas droit à la protection diplomatique, lorsqu'elle subit un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité autonome ne faisant pas partie de l'appareil de l'État intervenant[157]. Les fondations à but non lucratif, dont les avoirs sont affectés par un donateur ou un testateur à des fins caritatives, sont des personnes morales qui n'ont pas de membres. De nombreuses fondations actuelles financent des projets à l'étranger afin d'encourager la santé, la protection sociale, les droits des femmes, les droits de l'homme et l'environnement dans des pays en développement. Au cas où de telles personnes morales seraient victimes d'un acte internationalement illicite de l'État hôte, il est probable qu'elles bénéficieraient de la protection diplomatique de l'État sous les lois duquel elles ont été constituées. Les organisations non gouvernementales qui luttent pour de nobles causes à l'étranger semblent devoir appartenir à la même catégorie que les fondations[158].

5) Du fait de la diversité des buts et des structures des personnes morales autres que les sociétés, il est impossible d'établir des dispositions distinctes concernant la protection diplomatique des différents types de personne

[153] *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue,* ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, Cour de justice des Communautés européennes, affaire 81/87, arrêt du 27 septembre 1988, *Recueil de jurisprudence 1988,* par. 19, p. 5483.

[154] *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (voir *supra* note 40), par. 38, p. 33 et 34.

[155] Dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la CPJI a jugé que la commune de Ratibor faisait partie de la catégorie des « ressortissants allemands » au sens de la Convention germano-polonaise relative à la Haute-Silésie (*fond, arrêt nº 7, 1926, C.P.J.I. série A nº 7*, p. 73 à 75). La Convention a été signée à Genève le 15 mai 1922 (voir G. Kaeckenbeek, *The International Experiment of Upper Silesia*, Londres, 1942, Oxford University Press, p. 572).

[156] Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, la CPJI a jugé que l'Université était un national hongrois au sens de l'article 250 du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Hongrie (Traité de paix de Trianon) et qu'elle était donc habilitée à exiger la restitution des biens qui lui appartenaient (*1933, C.P.J.I. série A/B nº 61*, p. 227 à 232).

[157] La protection diplomatique étant un processus réservé à la protection des personnes physiques ou morales qui ne font pas partie de l'appareil de l'État, il s'ensuit que, dans la plupart des cas, une commune, en tant que subdivision de l'administration locale, ou une université, qui est financée par l'État et contrôlée par celui-ci en dernier ressort, ne réunit pas les conditions requises pour jouir de la protection diplomatique. Les universités privées pourraient avoir droit à la protection diplomatique; il en irait de même des écoles privées, dès lors que le droit interne leur octroierait la personnalité juridique.

[158] Voir aussi K. Doehring, « Diplomatic protection of non-governmental organizations », *Le droit international dans un monde en mutation*. Liber amicorum *en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, sous la direction de M. Rama-Montaldo, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 571 à 580.

morale. La façon la plus sage, et réaliste, de procéder est de rédiger une disposition qui étende les principes de la protection diplomatique adoptés pour les sociétés à d'autres personnes morales, sous réserve des modifications à apporter pour tenir compte des différentes caractéristiques de chaque personne morale. C'est ce à quoi tend la disposition proposée. Elle prévoit que les principes concernant l'État de nationalité des sociétés et l'application du principe de la continuité de la nationalité d'une société, énoncés aux articles 9 et 10 respectivement, s'appliquent « selon le cas » à la protection diplomatique d'autres personnes morales. À l'origine, c'est l'expression *mutatis mutandis* qui avait été employée, mais la Commission a décidé de ne pas utiliser une maxime latine dès lors que l'expression « selon le cas » traduisait bien l'idée qu'elle voulait transmettre. Il n'est pas fait mention des articles 11 et 12 étant donné qu'ils ne traitent que des droits des actionnaires.

Troisième partie

RECOURS INTERNES

Article 14. Épuisement des recours internes

1. 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 la personne lésée ait, sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes.

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

Commentaire

1) L'article 14 vise à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable de toute réclamation internationale. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la CIJ l'a reconnue comme « une règle bien établie du droit international coutumier »[159] et, dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a salué en elle « un principe important du droit international coutumier »[160]. La règle de l'épuisement des recours internes fait en sorte que « l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »[161]. La CDI a déjà examiné l'épuisement des recours internes dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États et en a conclu qu'il s'agit là d'un « principe du droit international général » étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine[162].

2) Les personnes morales comme les personnes physiques sont tenues d'épuiser les recours internes. Une société étrangère financée partiellement ou principalement par des capitaux publics doit également épuiser les recours internes quand elle accomplit des *acta jure gestionis*. Les personnes autres que les nationaux de l'État exerçant sa protection, qui ont droit à la protection diplomatique dans les circonstances exceptionnelles prévues à l'article 8, sont elles aussi tenues d'épuiser les recours internes.

3) Le paragraphe 1 parle de la formulation d'une réclamation plutôt que de sa présentation, car le mot « formuler » rend plus exactement compte de la procédure en jeu que le mot « présenter », qui suggère un acte formel auquel sont attachées des conséquences et qui s'emploie de préférence pour désigner le moment dans le temps où la réclamation est formellement faite.

4) L'expression « tous les recours internes » doit s'entendre sous réserve de l'article 16, qui expose les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés. La suggestion de préciser dans cette disposition qu'il ne faut épuiser que les recours internes « adéquats et efficaces » n'a pas été suivie, pour deux raisons. D'une part, parce qu'un tel tempérament de la prescription de l'épuisement des recours internes demande à être traité avec une attention particulière dans une disposition à part. D'autre part, le fait que c'est généralement à l'État défendeur qu'incombe la charge de prouver que des recours internes sont disponibles, et généralement à l'État demandeur celle de prouver qu'il n'y a pas de recours effectifs ouverts à la personne lésée[163], exige que ces deux aspects de la règle de l'épuisement des recours internes soient traités séparément.

5) Les recours ouverts à un étranger, qui doivent être épuisés avant qu'une réclamation internationale puisse être formulée, varient inévitablement d'un État à l'autre. Il n'est donc pas possible de codifier une règle absolue régissant toutes les situations. Le paragraphe 2 vise à définir, en termes généraux, la principale catégorie de recours qui doivent être épuisés[164]. Tout d'abord, il est évident que l'étranger est tenu d'épuiser tous les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. Même si ce recours ne lui est pas ouvert de droit mais la juridiction supérieure peut, si elle le juge bon, accorder

[159] *Interhandel* (voir *supra* note 31).

[160] Affaire *ELSI* (voir *supra* note 140), par. 50, p. 42.

[161] Voir *supra* note 31.

[162] Voir l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), chap. III, sect. D.1 (le projet avait été adopté par la Commission à sa vingt-neuvième session; voir texte et commentaires y relatifs dans *Annuaire… 1977*, vol. II (2e partie), chap. II, sect. B, p. 31 à 52); voir aussi l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission en seconde lecture à sa cinquante-troisième session (*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 30) et le commentaire y relatif, p. 129 et 130.

[163] La question de la charge de la preuve a été examinée par le Rapporteur spécial dans la section C de son troisième rapport sur la protection diplomatique (voir *supra* note 19). La Commission a décidé de ne pas retenir de projet d'article sur ce sujet; voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 240 à 252, p. 66 à 68. Voir aussi l'affaire *ELSI* (*supra* note 140), par. 59 à 63, p. 46 à 48.

[164] Dans l'affaire *Ambatielos*, le tribunal arbitral avait déclaré que « c'[était] l'ensemble du système de protection juridique prévu par le droit interne qui [devait] avoir été mis à l'épreuve » (arrêt du 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente: 63.V.3), p. 120). Sur ce sujet, voir aussi C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2e éd., Cambridge University Press, 2004.

l'autorisation de former un recours, l'étranger doit néanmoins lui demander cette autorisation[165]. À ce propos, les juridictions comprennent à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux extraordinaires, car « la question essentielle n'est pas de savoir s'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, mais s'il offre un remède efficace et suffisant »[166].

6) Les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui peuvent aboutir à une décision obligatoire. Il n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent pas les recours gracieux[167], ni ceux dont « le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit »[168]. Le recours en grâce et le fait de s'adresser à un ombudsman entrent généralement dans cette catégorie[169].

7) Pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les tribunaux nationaux, les principaux arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la CIJ a dit que:

> [P]our 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 succès.[170]

Ce critère est préférable à celui plus strict énoncé dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, selon lequel:

> [T]ous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur […] doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne.[171]

8) Le plaideur étranger doit donc produire les éléments de preuve dont il dispose à l'appui de la substance de sa demande dans le cadre de l'épuisement des recours internes[172]. Il ne peut se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de sa demande au niveau national[173].

Article 15. Catégorie de réclamations

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée à l'article 8.

Commentaire

1) La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé « indirectement », c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité[174]. Elle ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale.

2) En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est « directe » ou « indirecte » lorsqu'elle « mêle » des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux. De nombreux différends portés devant les juridictions internationales correspondaient à ce cas de figure. Dans l'affaire dite du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[175], il y avait un manquement direct de la part de la République islamique d'Iran à l'obligation dont elle était tenue envers les États-Unis d'Amérique de protéger leurs agents diplomatiques et consulaires, mais il y avait en même temps un dommage causé à la personne de leurs nationaux (agents diplomatiques et consulaires) détenus comme otages; et, dans l'affaire de l'*Interhandel*[176], la Suisse s'était plainte d'avoir été lésée à la fois directement, par la violation d'un traité, et indirectement, par un préjudice causé à une société de droit suisse. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour a considéré qu'il y avait eu violation directe du droit international, et, dans celle de l'*Interhandel*, elle avait jugé que la lésion alléguée était principalement indirecte et que l'*Interhandel* n'avait pas épuisé les recours internes.

3) Dans le cas d'une réclamation « mixte », il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour

---

[165] On citera, à titre d'exemple, la procédure de *certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis.

[166] Affaire *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, requête nº 343/57, décision du 2 septembre 1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 439 (référence à l'avis exprimé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1954 [voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46, 1956, p. 358]). Voir aussi l'affaire *Lawless c. Irlande*, requête nº 332/57, décision du 30 août 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 319 à 323.

[167] Voir l'affaire de la *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (*Arbitrage relatif aux navires finlandais*), sentence du 9 mai 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1479.

[168] Affaire *De Becker c. Belgique*, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, requête n° 214/56, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 238.

[169] Voir l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, par. 135 à 143, p. 63 à 66.

[170] *ELSI* (voir *supra* note 140), par. 59, p. 46.

[171] *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir *supra* note 167), p. 1502.

[172] Voir l'affaire *Ambatielos* (*supra* note 164).

[173] Voir D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. 2, p. 1059.

[174] Cela cadre avec le principe exposé par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel « [e]n prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » (voir *supra* note 31), p. 12.

[175] *Arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3. Voir aussi *Avena et autres ressortissants mexicains* (*supra* note 169), par. 40, dans lequel la Cour a estimé que le Mexique avait été directement lésé par le préjudice causé à ses ressortissants eu égard au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

[176] Voir *supra* note 31.

décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la CIJ a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, en disant:

> [L]a Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi.[177]

Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou « en l'absence de », pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand-chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère « en l'absence de ». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. C'est pourquoi la Commission a préféré n'adopter qu'un seul critère − celui de la prépondérance.

4) Les autres « critères » invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice causé au national. Les principaux facteurs à considérer pour ce faire sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, lorsque l'objet du litige est un agent diplomatique[178] ou un bien de l'État[179], la réclamation sera normalement directe, et, lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national, elle sera indirecte.

5) L'article 15 précise bien que les recours internes doivent être épuisés non seulement dans le cas d'une réclamation internationale, mais encore dans celui d'une demande de jugement déclaratif reposant principalement sur un préjudice causé à un national. Bien que l'on puisse considérer que si l'État ne demande pas d'indemnité pour un national lésé, mais une simple décision sur l'interprétation et l'application d'un traité, il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés[180], il est des cas où un État a été requis d'épuiser les recours internes quand il demandait un arrêt déclaratoire portant sur l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur aurait violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement réservé par lui à un national de l'État demandeur[181]. L'article 15 dit nettement qu'une demande de jugement déclaratif ne vaut pas en soi exemption de la règle d'épuisement des recours internes. Lorsque la demande de jugement déclaratif est accessoire d'une réclamation invoquant un préjudice causé à un national ou est liée à une telle réclamation − *qu'elle s'accompagne ou non d'une demande d'indemnisation du national lésé ou de restitution en sa faveur* −, il demeure possible à un tribunal de statuer que, au vu de toutes les circonstances de l'espèce, la demande de jugement déclaratif repose principalement sur le préjudice causé au national. Une telle décision serait juste et raisonnable s'il est établi que l'État demandeur a délibérément sollicité un jugement déclaratif pour éviter de se plier à la règle de l'épuisement des recours internes.

Article 16. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

***a*) les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;**

***b*) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;**

***c*) il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes;**

***d*) l'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.**

Commentaire

1) L'article 16 vise les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Les alinéas *a* à *c*, qui concernent les circonstances faisant qu'il serait injuste ou déraisonnable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes avant de formuler une réclamation, sont des exceptions claires à la règle de l'épuisement des recours internes. L'alinéa *d* vise une situation différente − celle qui se présente lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle.

Alinéa a

2) L'alinéa *a* vise l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes parfois dite, sans autre précision, de « futilité » ou d'« inefficacité ». La Commission a examiné trois options pour la formulation d'une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés:

i) les recours internes sont à l'évidence futiles;

ii) les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès;

iii) les recours internes n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace.

---

[177] *ELSI* (voir *supra* note 140), par. 52, p. 43. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel* (*supra* note 31), p. 28.

[178] Voir l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (*supra* note 175).

[179] Voir l'affaire du *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

[180] Voir l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente: E/F.80.V.7), p. 415; et l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988*, par. 41, p. 29.

[181] Voir les affaires *Interhandel* (*supra* note 31), p. 28 et 29, et *ELSI* (*supra* note 140), p. 43.

Ces options ont toutes trois des partisans.

3) La Commission a examiné le critère de la « futilité manifeste », exposé par l'arbitre Bagge dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*[182], mais elle a décidé qu'il fixait la barre trop haut. À l'inverse, le critère de « l'absence de perspective raisonnable de succès », accepté par la Commission européenne des droits de l'homme dans plusieurs décisions[183], lui a paru trop généreux pour le demandeur. Elle a donc préféré la troisième option, qui, sans être aussi stricte que la formule « futilité manifeste », n'en impose pas moins une lourde charge au demandeur en l'obligeant à prouver que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'État défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace. Ce critère trouve son origine dans une opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*[184], et il a l'appui d'une partie de la doctrine[185]. Et d'ailleurs, il cadre avec les cas où il a été jugé que les recours internes n'ont pas à être épuisés si le tribunal interne est incompétent à l'égard du différend considéré[186]; que les tribunaux ne peuvent pas connaître la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger[187]; que les tribunaux internes manquent notoirement d'indépendance[188]; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à l'étranger[189]; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant[190], ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire[191].

4) Le point de savoir si les recours internes offrent ou non une possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace doit être tranché à la lumière du droit interne et des circonstances existant au moment où ces recours doivent être utilisés. Cette question relève de la juridiction internationale compétente chargée d'examiner l'épuisement des recours internes. La décision sur ce point doit être prise en admettant l'hypothèse que la demande est fondée[192].

Alinéa b

5) La possibilité d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes lorsque l'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne est confirmée par les essais de codification[193], les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique en la matière[194], les décisions judiciaires[195] et la doctrine. La Commission n'ignore pas qu'il est difficile de donner

---

[182] *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir *supra* note 167), p. 1504.

[183] Voir l'affaire *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, requête nº 712/60, décision du 16 décembre 1961, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961*, p. 401; et l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, requêtes nºs 8022/77 et 8027/77, décision du 8 décembre 1979, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 18, p. 85. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission à sa vingt-neuvième session (*supra* note 162).

[184] *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 39.

[185] Voir le troisième rapport sur la protection diplomatique (*supra* note 19), par. 35.

[186] Voir l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*supra* note 32), p. 18; et l'arbitrage au titre de l'*Article 181 du Traité de Neuilly*, *AJIL*, vol. 28, 1934, p. 789 (en français, voir également O. Undén, *L'Article 181 du Traité de Neuilly*, Université d'Uppsala, Lundequistska Bokhandeln, 1932-1933); l'affaire des *Réclamations de Rosa Gelbtrunk et la « Salvador Commercial Company » et consorts (« El Triunfo Company »)*, décisions des 2 et 8 mai 1902 (*supra* note 127), p. 467 à 479; l'affaire *The Lottie May Incident*, arbitrage entre le Honduras et le Royaume-Uni, sentence arbitrale du 18 avril 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 31; l'opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'affaire des *Emprunts norvégiens* (*supra* note 184), p. 39 et 40; et l'affaire de l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 167), p. 1535.

[187] Voir l'affaire de l'arbitrage au titre de l'*Article 181 du Traité de Neuilly* (note *supra*). Voir aussi les affaires des *Forêts du Rhodope central* (*fond*), décision du 29 mars 1933, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1405; *Ambatielos* (*supra* note 164), p. 119; et l'affaire de l'*Interhandel* (*supra* note 31), p. 28.

[188] Voir les affaires *Robert E. Brown (États-Unis d'Amérique) c. Grande-Bretagne*, arrêt du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 120; et *Vélasquez Rodríguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, série C, nº 4 (pour cette dernière, voir aussi *ILM*, vol. 28, 1989, p. 304 à 309).

[189] Voir les affaires *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*supra* note 32); SS *Lisman*, arrêt du 5 octobre 1937, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1773; SS *Seguranca*, arrêt du 27 septembre 1939, ibid., p. 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 167), p. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête nº 27/55, décision du 31 mai 1956, Commission européenne des droits de l'homme, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, p. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, requête nº 352/58, décision du 4 septembre 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 344; et *X. c. Autriche*, requête nº 514/59, décision du 5 janvier 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, p. 203.

[190] Voir les affaires *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 167), p. 1496 et 1497; *Vélasquez Rodríguez* (*supra* note 188); *Yagci et Sargin c. Turquie*, arrêt du 8 juin 1995, Cour européenne des droits de l'homme, série A nº 319, par. 42, p. 17; et *Hornsby c. Grèce*, arrêt du 19 mars 1997, *idem*, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, nº 33, par. 37, p. 509.

[191] Voir l'affaire *Mushikiwabo et autres c. Barayagwiza*, arrêt du 9 avril 1996, *ILR*, vol. 107, 1997, p. 460. Sous la dictature militaire au Chili, la Commission interaméricaine des droits de l'homme avait décidé que les irrégularités inhérentes aux actions devant la justice militaire dispensaient d'épuiser les recours internes (voir l'affaire 9755 [Chili], résolution 01a/88, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1987/88*, OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10 rev.1, p. 132 à 139).

[192] Voir les affaires *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 167), p. 1504; et *Ambatielos* (*supra* note 164), p. 119 et 120.

[193] Voir l'analyse des premières tentatives de codification que le Rapporteur spécial, Francisco García Amador, faisait dans son premier rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 2, p. 223 à 226; voir aussi l'article 19, par. 2, du projet de convention de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, élaboré par la Faculté de droit de Harvard, reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, loc. cit. (*supra* note 65), p. 577.

[194] Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 41, par. 1, al. *c*); Convention américaine relative aux droits de l'homme: « Pacte de San José de Costa Rica » (art. 46, par. 2, al. *c*); *Weinberger c. Uruguay*, communication nº 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif (de la deuxième à la seizième session)* [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.84.XIV.2], vol. 1, p. 60; *Las Palmeras*, exceptions préliminaires, arrêt du 4 février 2000, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 67, par. 38; et *Erdogan c. Turquie*, requête nº 19807/92, décision du 16 janvier 1996, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, p. 15.

[195] Voir les affaires *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Grande-Bretagne) c. États-Unis du Mexique*, décision nº 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 198. Voir aussi l'affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B nº 52*, p. 16.

un contenu ou une signification objectifs à la formule «retard abusif» comme d'essayer de prescrire un délai fixe dans lequel les recours internes doivent être menés à bien. Chaque espèce doit être jugée d'après les faits de la cause. Comme la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique le déclarait dans l'affaire *El Oro Mining*:

> La Commission n'essayera pas de dire avec précision dans quel délai exactement un tribunal est censé rendre un jugement. Cela dépend nécessairement de plusieurs circonstances, au premier rang desquelles le volume de travail qu'implique un examen approfondi de l'affaire, en d'autres termes l'ampleur de cette dernière.[196]

6) L'alinéa *b* dit clairement que le retard intervenant dans l'administration du recours est attribuable à l'État présumé responsable d'un préjudice causé à un étranger. La formule «administration du recours» est ici préférée à «recours internes», car elle est destinée à recouvrir la totalité du processus par lequel les recours internes sont exercés et menés à terme et les canaux par lesquels ils passent.

Alinéa c

7) L'exception à la règle de l'épuisement des recours internes qui figure à l'alinéa *a* de l'article 16 aux termes duquel il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'«[ils] n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace» ne couvre pas les situations dans lesquelles les recours internes pourraient offrir une possibilité raisonnable de réparation efficace, mais où il serait déraisonnable ou particulièrement injuste pour l'étranger lésé de vouloir les épuiser. Même dans les cas où il existe des recours internes effectifs, il serait déraisonnable et injuste d'exiger d'une personne lésée qu'elle les épuise quand, par exemple, son bien a souffert d'un dommage causé à l'environnement par la pollution, de retombées radioactives ou de la chute d'un objet spatial émanant d'un État où ce bien n'est pas situé; ou dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu par un État dont l'espace aérien a été violé accidentellement; ou quand l'État défendeur ou quelque autre organe met de sérieux obstacles à son utilisation des recours internes. En pareils cas, on a pu dire que les recours internes n'ont pas à être épuisés en raison de l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial entre la personne physique lésée et l'État défendeur, ou en raison de l'existence d'une exception pour difficultés extraordinaires.

8) Certains auteurs font valoir que, dans toutes les affaires où l'on a exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait un certain lien entre l'individu lésé et l'État défendeur (présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou relation contractuelle avec l'État défendeur, par exemple)[197]. Pour les tenants de cette thèse, la nature de la protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours internes ont beaucoup évolué depuis quelque temps. Si, à ses débuts, la protection diplomatique jouait essentiellement dans les situations où l'étranger résidant dans un État étranger et y exerçant une activité économique était lésé par l'action de cet État et pouvait donc être censé épuiser les recours internes au nom de l'idée que le national qui se rend à l'étranger doit normalement être obligé d'accepter le droit du pays hôte en l'état où il le trouve, y compris les voies de droit ouvertes pour la réparation de préjudices, une personne physique peut de nos jours être lésée par le fait d'un État étranger en dehors de son territoire ou par quelque acte accompli dans son territoire, alors même que la personne en question n'a aucun lien de rattachement avec ce territoire. On en trouve des exemples dans le dommage transfrontière causé à l'environnement (l'explosion, par exemple, de la centrale nucléaire de Tchernobyl, près de Kiev, en Ukraine, dont les retombées radioactives ont été ressenties jusqu'au Japon et en Scandinavie) et le fait d'abattre un aéronef qui s'était égaré dans l'espace aérien d'un État (comme dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* où la Bulgarie avait abattu un appareil d'El Al qui avait par hasard pénétré dans son espace aérien[198]). Le fondement de cette règle d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial réside dans le risque que l'étranger assume dans un État étranger. Ce n'est que dans les cas où l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il peut être censé épuiser les recours internes.

9) Ni la jurisprudence ni la pratique des États ne fournissent d'indications bien nettes quant à l'existence d'une telle exception à la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on trouve des *dicta* penchant dans ce sens dans les affaires de l'*Interhandel*[199] et *Salem*[200], il est d'autres affaires[201] où la règle de l'épuisement des recours internes a été jugée applicable malgré l'absence de lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État défendeur. Tant dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*[202] que dans celle de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[203], des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la Cour internationale ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[204], affaire de pollution transfrontière dans laquelle il n'y avait ni lien volontaire, ni lien de rattachement territorial, le Canada n'avait pas insisté sur l'épuisement des recours internes. Cette affaire et d'autres[205], dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes avait été écartée en l'absence de lien volontaire, ont été interprétées comme venant au

---

[196] Voir la note *supra*.

[197] Voir C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (*supra* note 164), p. 138; et T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *BYBIL 1959*, vol. 35, p. 94.

[198] *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 127.

[199] La CIJ y disait ceci: «il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'*État où la lésion a été commise** puisse y remédier par ses propres moyens» (voir *supra* note 31), p. 27.

[200] Dans cette affaire, un tribunal arbitral avait déclaré: «En règle générale, un étranger doit reconnaître qu'il est lui-même justiciable des voies de droit instituées par le pays où il a bel et bien choisi de résider» (voir *supra* note 66), p. 1202.

[201] *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir *supra* note 167); et *Ambatielos* (voir *supra* note 164).

[202] *Certains emprunts norvégiens*, arrêt du 6 juillet 1957, plaidoiries de la France, *C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 408.

[203] *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), exceptions préliminaires*, plaidoiries d'Israël, *C.I.J. Mémoires*, p. 531 et 532.

[204] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905.

[205] L'affaire *Virginius*, 1873, rapportée dans J. B. Moore, *A Digest of International Law* (*supra* note 120), vol. II, p. 903; et l'affaire *Jessie*, 1921, rapportée dans *AJIL*, vol. 16, 1922, p. 114 à 116.

soutien du principe qui subordonne l'application de cette règle à la condition préalable d'une acceptation volontaire de juridiction. Or, le fait que l'on n'a pas entendu faire jouer la règle de l'épuisement des recours internes dans ces affaires peut s'expliquer autrement: il s'agissait d'un cas de préjudice direct où les recours internes n'ont pas à être épuisés, ou d'un cas où le compromis d'arbitrage ne l'exigeait pas.

10) Tout en considérant qu'il est nécessaire de prévoir expressément cette exception à la règle des recours internes, la Commission a préféré ne pas employer le terme «lien volontaire» pour la définir, car il souligne l'intention subjective de la personne lésée plutôt que l'absence de lien objectivement déterminable entre cette personne et l'État d'accueil. Au surplus, il serait difficile en pratique de prouver l'existence d'un tel critère subjectif. D'où la décision de la Commission d'exiger l'existence d'un «lien pertinent» entre l'étranger lésé et l'État d'accueil. Ce lien doit être «pertinent» en ce sens qu'il doit se rattacher d'une manière ou d'une autre au préjudice subi. Le tribunal sera tenu d'examiner non seulement la question de savoir si la personne lésée était présente, résidait ou exerçait une activité économique sur le territoire du pays d'accueil, mais encore si, en l'occurrence, elle avait, par son comportement, assumé le risque d'être soumise à la justice de l'État d'accueil dans le cas où elle subirait un préjudice. Il a été décidé que le mot «pertinent» était celui qui permettrait le mieux au tribunal d'examiner les éléments essentiels régissant la relation entre l'étranger lésé et l'État d'accueil dans le contexte du préjudice considéré en vue de déterminer si l'étranger lésé avait assumé ce risque.

11) La seconde partie de l'alinéa *c* est destinée à donner à un tribunal le pouvoir d'écarter la nécessité d'épuiser les recours internes lorsque, vu toutes les circonstances de l'espèce, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que cette règle soit respectée. Pour en décider, il faudra évidemment examiner chaque espèce dans ses particularités, et il serait malavisé d'essayer de donner une liste exhaustive des facteurs qui pourraient justifier cette exception. On indiquera cependant que celle-ci pourrait être invoquée lorsqu'un État empêche un étranger lésé d'avoir matériellement accès à ses tribunaux, par exemple en lui refusant l'entrée de son territoire ou en l'exposant à des dangers tels qu'il ne serait pas en sécurité s'il cherchait à y pénétrer; ou dans les cas où des actes d'associations de malfaiteurs dans l'État d'accueil y empêcheraient l'introduction d'instances devant les tribunaux internes; ou encore, si l'épuisement des recours internes est d'un coût prohibitif.

Alinéa d

12) Il peut arriver qu'un État soit prêt à renoncer à exiger l'épuisement des recours internes. Comme la règle a pour but de protéger les intérêts de l'État mis en cause par un étranger, cet État peut lui-même renoncer à cette protection. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi dit:

> Dans les affaires de ce type, conformément aux principes généralement reconnus du droit international et à la pratique internationale, la règle qui exige l'épuisement préalable des recours internes est établie au bénéfice de l'État, qu'elle dispense ainsi d'avoir à répondre devant un organe international des faits à lui imputés avant qu'il ait eu la possibilité d'y remédier par les voies internes. Cette exigence est donc considérée comme un moyen de défense pour l'État qui peut, par conséquent, y renoncer, ne serait-ce que tacitement.[206]

13) La renonciation à cette exigence de l'épuisement de recours internes peut revêtir bien des formes différentes. Elle peut figurer dans une convention bilatérale ou multilatérale conclue avant ou après la naissance du différend, ou dans un contrat entre l'étranger et l'État défendeur; elle peut être expresse ou implicite, ou encore être déduite du comportement de l'État défendeur dans des circonstances où l'on peut parler d'estoppel ou de déchéance du droit d'exiger l'épuisement des recours internes.

14) Une clause expresse de renonciation peut être insérée dans un compromis d'arbitrage spécialement conclu pour régler un différend déjà né ou dans un traité général prévoyant que les différends à naître dans l'avenir devront être réglés par voie d'arbitrage ou une autre forme de règlement international des différends. Elle pourra aussi figurer dans un contrat passé entre un État et un étranger. De l'avis général, une renonciation expresse est toujours valide. La renonciation est désormais courante dans la pratique des États, et de nombreuses conventions d'arbitrage contiennent des clauses de renonciation. Le meilleur exemple en est sans doute l'article 26 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, qui est ainsi conçu:

> Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

Il est généralement admis que les renonciations expresses, qu'elles figurent dans un accord entre des États ou dans un contrat entre un État et un étranger, sont irrévocables, même si le contrat est régi par le droit de l'État d'accueil[207].

15) Il faut se garder d'admettre d'emblée qu'il y a implicitement renonciation à l'épuisement des recours internes. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ a dit à ce propos qu'elle

> ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée.[208]

16) En revanche, lorsque l'intention des parties de renoncer à cette règle ne fait pas de doute, cette intention doit être respectée. Tant les décisions judiciaires[209] que la

---

[206] Affaire *Viviana Gallardo et consorts*, arrêt du 13 novembre 1981, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, nº G 101/81, par. 26, p. 22, et *ILR*, vol. 67, 1984, par. 26, p. 587. Voir aussi les affaires *ELSI* (*supra* note 140), par. 50, p. 42; et *De Wilde, Ooms et Versyp («Vagabondage»)*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 juin 1971 (au principal), série A nº 12 (voir aussi *ILR*, vol. 56, 1980, par. 55, p. 370).

[207] Voir les affaires *Viviana Gallardo et consorts* (note *supra*) et *De Wilde, Ooms et Versyp* (ibid.).

[208] *ELSI* (voir *supra* note 140), par. 50, p. 42.

[209] Voir, par exemple, les affaires *Steiner and Gross* v. *Polish State*, affaire nº 322, 1928, *Annual Digest of Public International Law Cases 1927-1928*, sous la direction de A. McNair et H. Lauterpacht, Londres,

doctrine confirment cette conclusion. Il n'est pas possible de poser de règle générale qui dise quand on peut admettre qu'il y a intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes. Il faut le déterminer en chaque cas à la lumière des termes de l'instrument considéré et des circonstances dans lesquelles il a été adopté. Lorsque l'État défendeur a accepté de soumettre à l'arbitrage ses différends éventuels avec l'État demandeur, on peut considérer qu'un tel accord « n'implique pas la renonciation au droit d'exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'une des parties contractantes endosse la réclamation de son national »[210]. L'existence en pareil cas d'une forte présomption à l'encontre de la renonciation implicite ou tacite a été confirmée par la Chambre de la CIJ qui a connu de l'affaire *ELSI*[211]. Il est sans doute plus facile d'admettre une renonciation implicite dans le cas d'un compromis d'arbitrage conclu après la naissance du différend en question. En pareil cas, on peut soutenir que la renonciation peut être considérée comme implicite si l'État défendeur a conclu avec l'État demandeur une convention d'arbitrage couvrant les différends relatifs au traitement des nationaux postérieurement au préjudice causé au national qui est l'objet du litige, dès lors que cette convention est muette sur le point de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est maintenue ou non.

17) Bien que l'idée que la conduite suivie par l'État défendeur dans une procédure internationale puisse faire que cet État se trouve empêché d'exiger l'épuisement des recours internes bénéficie d'un certain soutien[212], la Commission a préféré ne pas mentionner l'estoppel dans sa formulation de la règle régissant la renonciation, en raison de l'incertitude qui entoure la doctrine dite de l'estoppel en droit international. La Commission a jugé plus sage de laisser la possibilité de considérer comme une renonciation implicite le comportement dont on pourrait déduire une renonciation à l'exigence de l'épuisement des recours internes.

Quatrième partie

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

Commentaire

1) 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 complètent et, en dernière analyse, ont le même objet: la protection des droits de l'homme[213]. Les présents articles doivent donc indiquer clairement qu'ils ne visent pas à écarter ni à priver d'effet le droit des États, celui de l'État de nationalité d'une personne lésée et celui des autres États, de protéger cette personne en vertu soit du droit international coutumier, soit d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif aux droits de l'homme. Ils ne sont pas non plus censés entraver le droit des personnes physiques ou d'autres entités, telles que les organisations non gouvernementales, d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

2) Un État peut protéger une personne lésée qui n'est pas son national contre l'État de nationalité ou contre un État tiers dans le cadre des procédures gouvernementales prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 41), la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 11), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 21), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 24), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [art. 45] et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 47 à 54). Les mêmes conventions permettent à un État de protéger ses nationaux dans le cadre de procédures gouvernementales. Le droit international coutumier permet en outre aux États de protéger les droits de non-nationaux au moyen de protestations, de négociations et, si un instrument juridictionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. La décision de la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (1966)[214], selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, est aujourd'hui considérée comme non conforme au droit et a été expressément répudiée par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État[215]. De plus, l'article 48 de ce projet autorise un État autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble[216].

3) L'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'exercice de ce droit prend le plus souvent la

Longman, 1931, p. 472; et *American International Group Inc.* v. *Iran*, sentence n° 93-2-3 (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, p. 96.

[210] F. A. Mann, « State contracts and international arbitration », *BYBIL 1967*, vol. 42, p. 32.

[211] Voir *supra* note 140. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (voir *supra* note 32), la CPJI avait jugé que l'acceptation de la clause facultative du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour ne valait pas renonciation implicite à la règle de l'épuisement des recours internes (argument avancé par le juge van Eysinga dans une opinion dissidente, ibid., p. 35 et 36).

[212] Voir les affaires *ELSI* (*supra* note 140), par. 54, p. 44; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (tribunal arbitral), sentence du 30 novembre 1992, *ILR*, vol. 102, 1996, par. 6.33, p. 285; et *Foti and others* (fond), arrêt du 10 décembre 1982, ibid., vol. 71, 1986, par. 46, p. 380.

[213] Voir le premier rapport sur la protection diplomatique (*supra* note 16), en particulier par. 22 à 32.

[214] *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6.

[215] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 136 (commentaire de l'article 48, note 725).

[216] Ibid., par. 76.

forme d'une requête adressée à un organe international de suivi des droits de l'homme[217]. Des droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme. Dans l'affaire *LaGrand*, la CIJ a estimé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires « crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du Protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité »[218] et, dans l'affaire *Avena*, la Cour a observé en outre

> que toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'État d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu[219].

Une clause de sauvegarde a été insérée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution[220].

4) Les actions ou procédures visées à l'article 17 comprennent celles qui sont prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme tant universels que régionaux ainsi que par tout autre traité pertinent, par exemple plusieurs traités sur la protection des investissements. L'article 17 ne traite pas toutefois des recours internes.

5) Ce projet d'article vise principalement la protection des droits de l'homme par des moyens autres que la protection diplomatique. Il englobe toutefois les droits conférés aux États, aux personnes physiques et à d'autres entités par les traités et les règles de droit coutumier sur d'autres sujets comme la protection de l'investissement étranger. Les présents articles sont également sans préjudice des droits existant au titre de procédures autres que la protection diplomatique.

6) L'article 17 précise bien que les présents articles sont sans préjudice du droit que peuvent avoir des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite par des procédures autres que la protection diplomatique. Néanmoins, lorsqu'un État a recours à de telles procédures, il n'abandonne pas son droit d'exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne au cas où celle-ci aurait sa nationalité[221].

7) Un membre de la Commission était d'avis que les recours introduits en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme relèvent de la *lex specialis* et ont la priorité sur les recours au titre de la protection diplomatique. Certains membres de la Commission se sont dits favorables à la fusion des articles 17 et 18.

Article 18. Dispositions conventionnelles spéciales

Les présents articles 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.

Commentaire

1) Les investissements étrangers sont en grande partie réglementés et protégés par des traités bilatéraux d'investissement[222]. Le nombre de traités bilatéraux d'investissement a considérablement augmenté ces dernières années et on estime aujourd'hui leur nombre à près de 2 000. L'une des caractéristiques importantes du traité bilatéral d'investissement est qu'il prévoit une procédure de règlement des différends relatifs aux investissements. Certains d'entre eux permettent aux investisseurs de régler directement leur différend avec l'État hôte ou devant un tribunal spécial ou un tribunal établi par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. D'autres prévoient le règlement des différends relatifs aux investissements par la voie d'un arbitrage entre l'État de nationalité de l'investisseur (société ou actionnaire) et l'État hôte au sujet de l'interprétation ou de l'application de la disposition pertinente du traité bilatéral d'investissement visé. Les procédures de règlement des différends offertes par les traités bilatéraux d'investissement et le CIRDI sont plus intéressantes pour l'investisseur étranger que le système de la protection diplomatique régi par le droit international coutumier, car elles donnent directement accès à l'arbitrage international et permettent d'éviter l'incertitude politique inhérente à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique.

2) Le recours aux procédures de règlement des différends prévues dans un traité bilatéral d'investissement ou par le CIRDI exclut dans la plupart des cas la protection diplomatique[223].

3) L'article 18 indique clairement que les présents articles ne s'appliquent pas au régime spécial, parallèle, de protection des investisseurs étrangers prévu dans des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. Il reconnaît toutefois que certains traités n'excluent pas

---

[217] Voir, par exemple, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques; l'article 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; l'article 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

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

[219] *Avena et autres ressortissants mexicains* (voir *supra* note 169), par. 40, p. 36.

[220] Le paragraphe 2 de cet article se lit comme suit: « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État », *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, p. 28.

[221] Dans l'affaire *Selmouni c. France*, CEDH, no 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, 1999-V, p. 149, les Pays-Bas sont intervenus pour appuyer la plainte individuelle d'un de leurs nationaux contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cela ne les aurait pas empêchés de formuler une réclamation dans l'exercice de leur protection diplomatique en faveur de l'individu lésé − s'ils avaient choisi de le faire.

[222] La CIJ l'a reconnu dans l'affaire de la *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (voir *supra* note 40), par. 90, p. 47.

[223] Selon l'article 27, paragraphe 1, de la Convention instituant le CIRDI: « Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. »

totalement le recours à la protection diplomatique. C'est pourquoi il est dit que les articles ne s'appliquent pas « dans les cas et dans la mesure où » ils sont incompatibles avec les dispositions d'un traité bilatéral d'investissement. Dans la mesure où ils restent compatibles avec le traité en question, ils continuent à s'appliquer.

Article 19. Équipages des navires

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 derniers n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces 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.

Commentaire

1) L'article 19 a pour but d'affirmer le droit du ou des États de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique à leur profit, tout en reconnaissant que l'État de nationalité du navire a aussi le droit de demander réparation à leur bénéfice, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à cause d'un dommage causé au navire par suite d'un fait internationalement illicite. Il est devenu nécessaire d'affirmer ce droit de l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice des membres de l'équipage d'un navire en vue d'exclure totalement l'idée que ce droit aurait été remplacé par celui de l'État de nationalité du navire. En même temps, force est de reconnaître le droit de l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage du navire. Bien que ce type de protection ne puisse être qualifié de diplomatique puisque le lien de nationalité entre l'État du pavillon d'un navire et les membres de son équipage fait défaut, elle n'en présente pas moins une grande ressemblance avec la protection diplomatique.

2) La pratique des États, la jurisprudence et la doctrine confirment, dans une certaine mesure, que l'État de nationalité d'un navire (l'État du pavillon) peut demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité[224]. Il existe aussi des considérations de principe en faveur de cette démarche.

3) La pratique des États émane surtout des États-Unis. En droit américain, les gens de mer étrangers ont toujours eu droit à la protection des États-Unis lorsqu'ils servaient à bord de navires américains. Dans l'optique américaine, dès qu'un marin prenait du service à bord d'un navire, la seule nationalité pertinente était celle de l'État du pavillon[225]. Les États-Unis ont traditionnellement réaffirmé ce statut unique des étrangers servant à bord de navires américains dans leurs communications diplomatiques et leurs règlements consulaires[226]. Cela dit, les États-Unis eux-mêmes, dans une communication datée du 20 mai 2003[227] adressée à la Commission du droit international, ont dit douter que cette pratique constitue la preuve de l'existence d'une règle coutumière.

4) Pour leur part, les sentences arbitrales internationales ne sont pas concluantes quant au droit d'un État d'étendre le bénéfice de sa protection à des marins qui n'ont pas sa nationalité, mais elles penchent en général plutôt pour que contre ce droit. Dans l'affaire *McCready*, le surarbitre, Sir Edward Thornton, avait conclu comme suit:

> Les marins en service dans la marine de guerre ou la marine marchande sous un drapeau qui n'est pas le leur ont droit, pendant la durée de ce service, à la protection du drapeau sous lequel ils servent.[228]

Dans l'affaire du *« I'm Alone »*[229], née d'un incident au cours duquel un navire canadien avait été coulé par un garde-côtes américain, le Gouvernement canadien avait réclamé avec succès une indemnité au nom de trois membres étrangers de l'équipage, affirmant que lorsqu'une réclamation était formulée pour un navire, les membres de l'équipage devaient être réputés, aux fins de la réclamation, avoir la même nationalité que le navire. Dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation*, deux des juges, dans leurs opinions dissidentes, ont reconnu le droit d'un État d'exercer sa protection au bénéfice des membres étrangers d'un équipage[230].

5) En 1999, le TIDM a rendu sa décision en l'affaire du *« Saïga »*[231], qui retient, mais non sans ambiguïté, le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres étrangers de l'équipage. Le différend dans cette affaire était né de l'arraisonnement et l'immobilisation du *Saïga* par la Guinée, alors qu'il avitaillait en carburant des navires de pêche qui se trouvaient au large des côtes de Guinée. Le *Saïga* était immatriculé à Saint-Vincent-et-les Grenadines (« Saint-Vincent »), et son capitaine ainsi que son équipage étaient de nationalité ukrainienne. Il y avait aussi trois travailleurs sénégalais à bord au moment de l'arraisonnement. Après avoir arraisonné le navire, la Guinée l'avait immobilisé et avait placé l'équipage en détention. Dans la procédure engagée devant le TIDM, la Guinée a contesté la recevabilité de la demande, au motif, entre autres, que les membres de l'équipage lésés n'avaient pas la nationalité de Saint-Vincent. Le Tribunal a écarté ces exceptions d'irrecevabilité et jugé que la Guinée avait porté atteinte aux droits de Saint-Vincent en arraisonnant et en immobilisant le navire

---

[224] Voir H. Meyers, *The Nationality of Ships*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, p. 90 à 107; R. Dolzer, « Diplomatic protection of foreign nationals », *Encyclopedia of Public International Law*, sous la direction de R. Bernhardt, Amsterdam, Elsevier, 1992, vol. 1, p. 1067; et I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford University Press, 2003, p. 460.

[225] Voir l'affaire *Ross*, *United States Reports*, 1911, vol. 140, p. 453.

[226] Voir Hackworth, op. cit. (*supra* note 127), vol. III, p. 418, et vol. IV, p. 883 et 884.

[227] Cette communication se trouve dans les archives de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies. Les États-Unis s'y appuient beaucoup sur un article critique d'A. Watts, « The protection of alien seamen », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 691.

[228] *McCready (US)* v. *Mexico*, J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2536.

[229] S.S. *"I'm Alone"*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1609.

[230] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 29), p. 202 et 203 (juge Hackworth) et p. 206 et 207 (juge Badawi Pacha).

[231] *Affaire du navire « Saïga » (no 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999*, vol. 3, p. 10.

et en plaçant son équipage en détention. Il a ordonné à la Guinée de payer une indemnité à Saint-Vincent en réparation des dommages causés au *Saïga* et du préjudice subi par son équipage.

6) Bien que le Tribunal ait considéré que ce différend concernait essentiellement un préjudice directement causé à Saint-Vincent[232], son raisonnement donne à penser qu'il y a également vu une affaire de protection diplomatique. La Guinée a clairement contesté la recevabilité de la réclamation concernant l'équipage au motif qu'elle relevait de l'exercice de la protection diplomatique pour le compte de non-nationaux de Saint-Vincent[233]. Saint-Vincent, tout aussi clairement, a soutenu qu'il avait le droit de protéger l'équipage d'un navire battant son pavillon « quelle que [fût] leur nationalité »[234]. En écartant l'exception de la Guinée, le Tribunal a dit que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, dans un certain nombre de dispositions pertinentes, dont l'article 292, ne faisait aucune distinction entre nationaux et non-nationaux de l'État du pavillon[235]. Il a souligné que

> le navire, tout ce qui se trouv[ait] sur le navire, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité [étaient] considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt[ait] aucune pertinence[236].

7) Il y a de puissantes raisons de principe de permettre à l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice de l'équipage d'un navire. C'est ce que le TIDM a reconnu dans l'affaire du *« Saïga »* lorsqu'il a appelé l'attention sur « la composition changeante et multinationale des équipages des navires » et dit que les navires de fort tonnage pouvaient

> avoir un équipage comprenant des membres représentant plusieurs nationalités. Si chacune des personnes ayant subi un préjudice devait se trouver dans l'obligation de rechercher une protection auprès de l'État dont cette personne a la nationalité, il s'ensuivrait une épreuve injustifiée[237].

Il ne faut pas négliger les considérations pratiques relatives à la présentation de réclamations. Il est beaucoup plus facile et beaucoup plus rationnel qu'un seul État demande réparation pour le compte de tous les membres de l'équipage que d'exiger de tous leurs États de nationalité qu'ils présentent séparément des réclamations au nom de leurs nationaux.

8) Le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage du navire bénéficie d'un appui substantiel et justifié. Il ne saurait pour autant être rangé dans la même catégorie que la protection diplomatique, pas plus qu'il ne devrait être considéré comme l'ayant remplacée. Aux yeux de la Commission, la protection diplomatique exercée par l'État de nationalité et le droit de l'État du pavillon de demander réparation au nom de l'équipage devraient tous deux être reconnus sans que l'un ou l'autre ne se voie accorder la priorité. Les équipages de navires sont souvent exposés à des difficultés émanant de l'État du pavillon, sous forme de mauvaises conditions de travail, ou d'État tiers, en cas d'arraisonnement du navire. Dans ces cas-là, ils devraient bénéficier du maximum de protection que le droit international peut offrir.

---

[232] Ibid., par. 98, p. 45 et 46.

[233] Ibid., par. 103, p. 47.

[234] Ibid., par. 104, p. 47.

[235] Ibid., par. 105, p. 47 et 48.

[236] Ibid., par. 106, p. 48.

[237] Ibid., par. 107, p. 48.

Chapitre V

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. Introduction

61. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet « Responsabilité des organisations internationales »[238]. L'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000, a pris acte de la décision de la Commission concernant le programme de travail à long terme, ainsi que du plan d'étude du nouveau sujet annexé au rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session. Au paragraphe 8 de sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a prié la Commission de commencer l'étude du sujet « Responsabilité des organisations internationales ».

62. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et a désigné M. Giorgio Gaja comme rapporteur spécial sur le sujet[239]. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail sur le sujet[240]. Dans son rapport[241], le Groupe de travail a brièvement examiné le champ du sujet, le rapport entre le nouveau projet et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[242], les questions relatives à l'attribution, les questions relatives à la responsabilité des États membres à raison d'un comportement qui est attribué à une organisation internationale, ainsi que les questions relatives au contenu de la responsabilité internationale, à la mise en œuvre de la responsabilité et au règlement des différends. À la fin de sa cinquante-quatrième session, la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail[243].

63. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial[244] où celui-ci proposait trois articles, les articles 1 à 3, intitulés respectivement « Champ d'application du présent projet d'articles », « Définition » et « Principes généraux ». À la même session, la Commission a examiné ces articles et les a renvoyés au Comité de rédaction. À sa 2776e séance, tenue le 16 juillet 2003, la Commission a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 1 à 3.

[238] *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), par. 729, p. 138.

[239] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 461 et 463, p. 97.

[240] Ibid., par. 462.

[241] Ibid., par. 465 à 488, p. 97 à 101.

[242] Voir *supra* note 4.

[243] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 464, p. 97.

[244] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/532.

B. Examen du sujet à la présente session

64. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/541).

65. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial traitait de l'attribution d'un comportement à une organisation internationale, question sur laquelle il proposait quatre projets d'article: l'article 4 (Règle générale en matière d'imputation d'un comportement à une organisation internationale)[245], l'article 5 (Comportement des organes mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale)[246], l'article 6 (Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions)[247] et l'article 7 (Comportement reconnu et adopté par une organisation internationale comme étant sien)[248]. Ces articles correspondaient au chapitre II de la

[245] L'article 4 était ainsi conçu:

« *Article 4. Règle générale en matière d'imputation d'un comportement à une organisation internationale*

1. Le comportement d'un organe d'une organisation internationale, de l'un de ses fonctionnaires ou d'une autre personne chargée d'une partie des fonctions de l'organisation est considéré comme un fait de cette organisation au regard du droit international, quelle que soit la position que l'organe, le fonctionnaire ou la personne occupe dans la structure de l'organisation.

2. Les organes, fonctionnaires et personnes visés au paragraphe précédent sont ceux ainsi désignés par les règles de l'organisation.

3. Aux fins du présent article, l'expression "règles de l'organisation" s'entend en particulier des instruments constitutifs, [des décisions et résolutions] [des actes de l'organisation] adoptés conformément à ces instruments, et de la pratique [établie] [généralement acceptée] de l'organisation. »

[246] L'article 5 était ainsi conçu:

« *Article 5. Comportement des organes mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale*

Le comportement d'un organe d'un État ou d'une organisation internationale qui est mis à la disposition d'une autre organisation internationale pour exercer l'une des fonctions de celle-ci est, au regard du droit international, considéré comme un fait de cette dernière dans la mesure où elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement. »

[247] L'article 6 était ainsi conçu:

« *Article 6. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions*

Le comportement d'un organe, d'un fonctionnaire ou d'une autre personne à qui une partie des fonctions de l'organisation a été confiée est considéré comme un fait de l'organisation au regard du droit international, si cet organe, ce fonctionnaire ou cette personne agit en cette qualité, même s'il outrepasse la compétence ou contrevient aux instructions. »

[248] L'article 7 était ainsi conçu:

« *Article 7. Comportement reconnu et adopté par une organisation internationale comme étant sien*

Un comportement qui n'est pas imputable à une organisation internationale en vertu des articles qui précèdent est néanmoins considéré comme un fait de cette organisation internationale au regard du droit international si, et dans la mesure où cette organisation le reconnaît et l'adopte comme étant sien. »

première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[249]. Mais alors que ledit chapitre comprenait huit articles se rapportant à l'attribution, la question similaire se posant dans le cas des organisations internationales n'en nécessitait que quatre. Le Rapporteur spécial a noté que, si certains aspects de la question de l'attribution d'un comportement à un État trouvent une application équivalente ou similaire dans le cas de l'attribution d'un comportement à une organisation internationale, d'autres sont propres aux États ou ne peuvent s'appliquer à une organisation internationale que dans des cas exceptionnels.

66. Le Rapporteur spécial notait également que le secrétariat, donnant suite aux recommandations de la Commission[250], avait communiqué le chapitre pertinent figurant dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa session à des organisations internationales en leur demandant de faire connaître leurs observations et de fournir à la Commission tous éléments d'information pertinents dont elles disposeraient sur la question. Une demande analogue a été faite au paragraphe 5 de la résolution 58/77 adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2003. Cette résolution invitait également les États à donner des informations sur leur pratique en la matière. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'à quelques notables exceptions près, les réponses reçues n'ajoutaient pas grand-chose à ce qui avait déjà été publié. Il a exprimé l'espoir que la poursuite du débat à la Commission inciterait les organisations internationales et les États à lui adresser de nouvelles contributions, afin que l'étude de la Commission soit plus en phase avec la pratique et donc plus utile.

67. La Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial de sa 2800e à sa 2803e séance, tenues du 18 au 25 mai 2004.

68. À sa 2803e séance, la Commission a renvoyé les articles 4 à 7 au Comité de rédaction.

69. La Commission a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les articles 4 à 7 à sa 2810e séance, tenue le 4 juin 2004 (voir sect. C.1 *infra*).

70. À ses 2826e et 2827e séances, tenues le 3 août 2004, la Commission a adopté les commentaires des articles susmentionnés (voir sect. C.2 *infra*).

C. Texte des projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission

1. Texte des projets d'article

71. Le texte des projets d'article adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit ci-après.

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

***Article premier. Champ d'application du présent projet d'articles*[251]**

1. Le présent projet d'articles s'applique à la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international.

2. Le présent projet d'articles s'applique aussi à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale.

***Article 2. Définition*[252]**

Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «organisation internationale» toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États.

***Article 3. Principes généraux*[253]**

1. Tout fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale.

2. Il y a fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:

***a*) est attribuable à l'organisation internationale en vertu du droit international; et**

***b*) constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation internationale.**

***Article 4. Règle générale en matière d'attribution d'un comportement à une organisation internationale*[254]**

1. Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou de cet agent est considéré comme un fait de cette organisation d'après le droit international, quelle que soit la position de l'organe ou de l'agent dans l'organisation.

2. Aux fins du paragraphe 1, le terme «agent» s'entend des fonctionnaires et des autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit[255].

3. Les règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents.

4. Aux fins du présent article, l'expression «règles de l'organisation» s'entend notamment des actes constitutifs, des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation adoptés conformément aux actes constitutifs, ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation[256].

***Article 5. Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale*[257]**

Le comportement d'un organe d'un État ou d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale qui est mis à la disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement.

---

[249] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et 27.

[250] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 464 et 488, et *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), par. 52.

[251] Pour le commentaire de cet article, voir *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.2, par. 54.

[252] Ibid.

[253] Ibid.

[254] Pour le commentaire de cet article, voir sect. C.2 *infra*.

[255] La place du paragraphe 2 sera peut-être réexaminée à un stade ultérieur en vue de regrouper toutes les définitions dans l'article 2.

[256] La place du paragraphe 4 sera peut-être réexaminée à un stade ultérieur en vue de regrouper toutes les définitions dans l'article 2.

[257] Pour le commentaire de cet article, voir sect. C.2 *infra*.

Article 6. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions[258]

Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou cet agent agit en cette qualité, même si ce comportement outrepasse la compétence de cet organe ou de cet agent ou contrevient à ses instructions.

Article 7. Comportement reconnu et adopté comme sien par une organisation internationale[259]

Un comportement qui n'est pas attribuable à une organisation internationale selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cette organisation internationale d'après le droit international si, et dans la mesure où, cette organisation reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

2. Texte des projets d'article et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-sixième session

72. Le texte des projets d'article et commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-sixième session est reproduit ci-après.

Attribution d'un comportement à une organisation internationale[260]

1) Selon le paragraphe 2 de l'article 3 du présent projet d'articles, l'attribution d'un comportement à une organisation internationale au regard du droit international est l'une des deux conditions de la survenance d'un fait internationalement illicite de cette organisation internationale, l'autre étant que ce même comportement doit être constitutif d'un manquement à une obligation existant en vertu du droit international à la charge de ladite organisation internationale. Les articles 4 à 7 qui suivent portent sur la question de l'attribution d'un comportement à une organisation internationale. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 2 de l'article 3, le comportement s'entend aussi bien d'un acte que d'une omission.

2) Ainsi qu'il était noté au paragraphe 1 du commentaire de l'article 3, la responsabilité d'une organisation internationale peut dans certains cas être engagée aussi lorsque le comportement considéré ne peut pas lui être attribué[261]. En pareils cas, ledit comportement serait attribué à un État ou à une autre organisation internationale et, dans le second cas, les règles relatives à l'attribution d'un comportement à une organisation internationale sont également applicables.

3) À l'instar des articles 4 à 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[262], les articles 4 à 7 du présent projet traitent de l'attribution du comportement, et non pas de l'attribution de la responsabilité. La pratique se polarise souvent sur la seconde, par opposition à la première. Il en va de même de plusieurs instruments juridiques. L'Annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, par exemple, qui exige que les organisations internationales et leurs États membres déclarent leurs compétences respectives en ce qui concerne les questions couvertes par la Convention, envisage ensuite à l'article 6 de l'Annexe la question de l'attribution de la responsabilité en ces termes:

> Les Parties ayant compétence en vertu de l'article 5 de la présente annexe sont responsables de tous manquements aux obligations découlant de la Convention et de toutes autres violations de celle-ci.

Cela n'implique pas nécessairement l'attribution d'un comportement à la partie responsable.

4) Bien qu'elle ne soit sans doute pas fréquente dans la pratique, la double − voire la multiple − attribution d'un comportement ne saurait être exclue. Ainsi, l'attribution d'un certain comportement à une organisation internationale n'implique pas que le même comportement ne puisse pas être attribué à un État, pas plus, à l'inverse, que l'attribution d'un comportement à un État n'exclut l'attribution du même comportement à une organisation internationale. On pourrait aussi envisager que le comportement soit simultanément attribué à deux organisations internationales ou davantage, lorsque, par exemple, elles établissent un organe commun et agissent par l'intermédiaire de cet organe.

5) À l'instar des articles sur la responsabilité des États en seconde lecture, les présents articles ne prévoient que des critères positifs d'attribution. Ils n'indiquent donc pas de cas où un comportement ne puisse pas être attribué à l'organisation. C'est ainsi qu'ils ne disent pas, et ne font que sous-entendre, que le comportement des forces militaires d'États ou d'organisations internationales n'est pas attribuable à l'Organisation des Nations Unies lorsque le Conseil de sécurité autorise des États ou des organisations internationales à prendre les mesures nécessaires en dehors d'une chaîne de commandement reliant ces forces aux Nations Unies. Cette position, qui n'est guère controversée, a récemment été exprimée par le Directeur de la Division de l'administration et de la logistique des missions du Département des opérations de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies, dans une lettre adressée au Représentant permanent de la Belgique auprès de l'Organisation, au sujet d'une réclamation concernant un accident de voiture survenu en Somalie, en ces termes:

> Les troupes de la Force d'intervention unifiée n'étaient pas sous le commandement de l'Organisation des Nations Unies, et celle-ci a toujours refusé d'être tenue pour responsable lorsque des réclamations ont été présentées à propos d'incidents impliquant ses troupes.[263]

6) Les articles 4 à 7 du présent projet d'articles envisagent la plupart des questions qui sont traitées dans le cas des États aux articles 4 à 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En revanche, il n'y a pas dans le présent projet de texte portant sur les points visés aux articles 9 et 10 relatifs à la responsabilité de l'État, lesquels ont trait au comportement adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et au comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre, respectivement. Il est peu probable que des organisations internationales se trouvent dans des cas de ce genre, parce que ceux-ci présupposent que l'entité à laquelle le comportement est attribué exerce

[258] Ibid.

[259] Ibid.

[260] L'intitulé n'a pas encore été adopté par le Comité de rédaction ni par la Commission.

[261] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.2, par. 54.

[262] Voir *supra* note 249.

[263] Lettre non publiée datée du 25 juin 1998.

son contrôle sur un territoire. Bien que l'on puisse trouver quelques rares exemples d'organisation internationale administrant un territoire[264], la probabilité de voir l'une quelconque des questions qui précèdent se poser dans ce contexte apparaît trop lointaine pour justifier la présence d'une disposition spécifique. Il est toutefois entendu que, si une telle question devait se poser à propos d'une organisation internationale, il faudrait appliquer à cette organisation par analogie la règle normalement applicable aux États, c'est-à-dire soit l'article 9, soit l'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

7) Lorsqu'elle s'attache aux questions d'attribution d'un comportement à des organisations internationales, une partie de la pratique s'insère dans le contexte de la responsabilité civile plutôt que de la responsabilité pour fait internationalement illicite. Ladite pratique n'en est pas moins pertinente aux fins de l'attribution d'un comportement au regard du droit international lorsqu'elle énonce ou applique un critère qui n'est pas censé valoir seulement pour la question précise considérée.

Article 4. Règle générale en matière d'attribution d'un comportement à une organisation internationale

1. Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou de cet agent est considéré comme un fait de cette organisation d'après le droit international, quelle que soit la position de l'organe ou de l'agent dans l'organisation.

2. Aux fins du paragraphe 1, le terme «agent» s'entend des fonctionnaires et des autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit.

3. Les règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents.

4. Aux fins du présent article, l'expression «règles de l'organisation» s'entend notamment des actes constitutifs, des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation adoptés conformément aux actes constitutifs, ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation.

Commentaire

1) Selon l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[265], l'attribution d'un comportement à un État repose avant tout sur la qualité d'«organe de l'État» caractérisant la personne ou entité qui agit. Toutefois, comme le précise le commentaire[266], l'attribution peut difficilement dépendre de l'emploi d'une terminologie particulière dans le droit interne de l'État considéré. On pourrait tenir un raisonnement analogue en ce qui concerne le système de droit correspondant pour les organisations internationales.

2) Il est remarquable que, si certaines dispositions de la Charte des Nations Unies utilisent le terme «organes»[267], la CIJ, lorsqu'elle a examiné le statut de personnes agissant pour le compte de l'Organisation des Nations Unies, a considéré comme seul pertinent le fait qu'une personne s'était vu conférer des fonctions par un organe de l'Organisation. La Cour a utilisé le terme «agents» et n'a pas accordé d'importance au fait qu'une personne avait ou n'avait pas un statut officiel. Dans son avis consultatif relatif à l'affaire de la *Réparation*, la Cour a noté que la question que lui avait adressée l'Assemblée générale concernait la capacité de l'Organisation des Nations Unies de présenter une réclamation en cas de préjudice causé à un de ses agents et elle a déclaré:

> La Cour comprend le terme «agent» dans le sens le plus large, entendant par là quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'Organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit.[268]

Dans un avis consultatif postérieur, rendu dans l'affaire relative à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour notait:

> Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation.[269]

En ce qui concerne les privilèges et immunités, la Cour déclarait aussi dans le même avis:

> L'essentiel n'est pas dans leur situation administrative, mais dans la nature de leur mission.[270]

3) Plus récemment, dans son avis consultatif concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a signalé:

> [L]a question de l'immunité de juridiction est distincte de celle de la réparation de tout préjudice subi du fait d'actes accomplis par l'Organisation des Nations Unies ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles.[271]

Dans le même avis, la Cour s'est brièvement penchée sur la question de l'attribution d'un comportement, notant que dans le cas du

> préjudice subi du fait d'actes accomplis par l'Organisation des Nations Unies ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles […] [l]'Organisation peut certes être amenée à supporter les conséquences dommageables de tels actes.[272]

---

[264] En vertu, par exemple, du paragraphe 10 de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, en date du 10 juin 1999, qui autorisait «le Secrétaire général, agissant avec le concours des organisations internationales compétentes, à établir une présence internationale civile au Kosovo».

[265] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26.

[266] Ibid., p. 41 à 44.

[267] L'Article 7 de la Charte des Nations Unies vise les «organes principaux» et les «organes subsidiaires». Ce dernier terme figure aussi aux Articles 22 et 29.

[268] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 29), p. 177.

[269] *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989*, par. 48, p. 194.

[270] Ibid., par. 47.

[271] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999*, par. 66, p. 88.

[272] Ibid., par. 66, p. 88 et 89.

Ainsi, selon la Cour, le comportement de l'Organisation des Nations Unies englobe, outre celui de ses principaux organes et de ses organes subsidiaires, les actes et omissions de ses « agents ». Ce terme désigne non seulement les fonctionnaires mais aussi d'autres personnes exerçant pour le compte de l'Organisation des Nations Unies des fonctions que leur a assignées un organe de celle-ci.

4) Ce que la CIJ dit de l'Organisation des Nations Unies vaut plus généralement pour les organisations internationales, dont la plupart agissent par l'intermédiaire de leurs organes (que ceux-ci soient ou non ainsi désignés) et de divers agents auxquels elles ont confié des fonctions. Pour reprendre la formule du Conseil fédéral suisse dans une décision du 30 octobre 1996:

> En règle générale, sont imputables à une organisation internationale les actes ou omissions de ses organes de tout rang et de toute nature et de ses agents dans l'exercice de leurs compétences.[273]

5) La distinction entre organes et agents n'apparaît pas pertinente aux fins de l'attribution d'un comportement à une organisation internationale. Le comportement des uns comme des autres peut être attribué à l'organisation. Lorsque des personnes ou entités sont désignées comme des organes par les règles de l'organisation, il ne fait aucun doute que leur comportement doit être attribué, en principe, à l'organisation. La catégorie des agents est plus imprécise. Il est donc utile de donner une définition des agents aux fins de l'attribution. Celle qui figure au paragraphe 2 repose sur le passage cité plus haut de l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Réparation*[274]. Comme la Cour l'avait dit alors, ce qui compte pour qu'une personne soit considérée comme un agent, ce n'est pas sa qualité de fonctionnaire, mais le fait que c'est une « personne par qui l'organisation agit »[275].

6) La nature juridique d'une personne ou d'une entité n'est pas non plus décisive aux fins de l'attribution d'un comportement. Organes et agents ne sont pas nécessairement des personnes physiques. Ce pourrait être des personnes morales ou autres entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation opère. Aussi le paragraphe 2 du projet d'article précise-t-il que « le terme "agents" s'entend des fonctionnaires et des autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit ».

7) La mention au paragraphe 1 du fait que l'organe ou l'agent agit « dans l'exercice des fonctions » qui sont les siennes est destinée à bien préciser que le comportement est attribuable à l'organisation internationale lorsque l'organe ou l'agent exerce les fonctions qui lui ont été confiées et, en tout état de cause, ne lui est pas attribuable lorsque l'organe ou l'agent agit à titre personnel. La question de l'attribution d'un comportement *ultra vires* est traitée à l'article 6 *infra*.

8) Selon le paragraphe 1 de l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le comportement d'un organe n'est attribué à l'État que si « cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État »[276]. Cette dernière précision pourrait difficilement s'appliquer à une organisation internationale. Les autres éléments pourraient être conservés, mais il est préférable d'adopter une formulation plus simple, d'autant plus que, si les États peuvent être réputés exercer la totalité des fonctions susmentionnées, les organisations sont très différentes les unes des autres sur ce chapitre. C'est pourquoi le paragraphe 1 dit simplement « quelle que soit la position de l'organe ou de l'agent dans l'organisation ».

9) L'organisation internationale décide quelles fonctions sont confiées à chaque organe ou agent. Cela se fait généralement, comme l'indique le paragraphe 3, par le truchement des « règles de l'organisation ». En ne faisant pas de l'application des règles de l'organisation le seul critère, la rédaction du paragraphe 3 est destinée à réserver la possibilité, dans des circonstances exceptionnelles, de considérer des fonctions comme confiées à un organe ou à un agent même si l'on ne peut pas dire que ce soit sur le fondement des règles de l'organisation.

10) La définition des « règles de l'organisation », au paragraphe 4, est dans une large mesure tributaire de la définition qui est donnée du même terme dans la Convention de Vienne de 1986[277]. En dehors de quelques rares différences de style mineures, la définition du paragraphe 4 ne se distingue de celle qui figure dans la Convention de codification que parce qu'elle mentionne, à côté des « décisions » et « résolutions », les « autres actes de l'organisation ». Cet ajout est destiné à rendre compte de manière plus exhaustive de la multiplicité des actes qu'adoptent les organisations internationales. Aux fins de l'article 4, ces décisions, résolutions et autres actes sont pertinents, qu'ils soient considérés comme contraignants ou non, pour autant qu'ils confient des fonctions aux organes ou agents conformément aux instruments constitutifs de l'organisation − le pluriel retenu ici suit le libellé de la disposition type, même s'il est fort possible qu'une organisation ne possède qu'un seul instrument constitutif.

11) La définition de l'expression « règles de l'organisation » énoncée à l'article 4 est importante en ce qu'elle donne un poids considérable à la pratique. Il apparaît qu'elle réalise un équilibre entre les règles consacrées dans l'acte constitutif et formellement acceptées par les membres, d'une part, et les besoins de l'organisation de se développer en tant qu'institution, de l'autre. Comme l'a déclaré la CIJ dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Réparation*:

> Alors qu'un État possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des

[273] Document VPB 61.75, publié sur le site Web du Conseil fédéral suisse: www.vpb.admin.ch.

[274] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 29).

[275] Ibid., p. 177.

[276] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26. Voir également les paragraphes 6 et 7 du commentaire y relatif (ibid., p. 42 et 43).

[277] Aux termes de l'alinéa *j* du paragraphe 1 de l'article 2, « l'expression "règles de l'organisation" s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation, des décisions et résolutions adoptées conformément auxdits actes et de la pratique bien établie de l'organisation ».

fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique.[278]

12) L'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite concerne le « comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique »[279]. Cette terminologie ne convient généralement pas dans le cas des organisations internationales. Il faudrait exprimer différemment le lien qu'une entité peut avoir avec une organisation internationale. Il est cependant superflu d'insérer dans les présents articles une disposition additionnelle pour tenir compte des personnes ou entités qui se trouvent dans une situation correspondant à celle qui est envisagée à l'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le terme « agent » se voit conférer au paragraphe 2 une acception très large, qui couvre adéquatement ces personnes ou entités.

13) Une conclusion analogue peut être dégagée en ce qui concerne les personnes ou groupes de personnes visés à l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[280]. Cette disposition a trait aux personnes ou groupes de personnes qui agissent en fait sur les instructions ou les directives, ou sous le contrôle, d'un État. Si ces mêmes personnes ou groupes de personnes agissaient sur les instructions ou les directives, ou sous le contrôle, d'une organisation internationale, il faudrait les considérer comme des agents de l'organisation selon la définition donnée au paragraphe 2 du projet d'article 4. Comme on l'a vu au paragraphe 9 du présent commentaire, il est des cas exceptionnels où une personne ou entité serait considérée, aux fins de l'attribution d'un comportement, comme investie de fonctions de l'organisation, même si ce n'était pas suivant les règles de l'organisation.

14) Les paragraphes 2 et 4 renferment des définitions qui sont expressément données aux fins de l'article 4 mais qui ont une portée plus large. Le terme « agent », par exemple, figure aussi aux articles 5 et 6 et y conserve manifestement le même sens. Là encore, les « règles de l'organisation », qui ne sont pas mentionnées aux articles 6 et 7, n'en sont pas moins dans une certaine mesure pertinentes aussi pour ces dispositions (voir *infra* les paragraphes 2 et 5 du commentaire de l'article 6 et le paragraphe 5 du commentaire de l'article 7). D'autres articles encore peuvent mentionner tantôt les « agents », tantôt les « règles de l'organisation ». De ce fait, il sera peut-être préférable, à un stade ultérieur de la première lecture, de faire passer les actuels paragraphes 2 et 4 de l'article 4 à l'article 2 (« Définitions »)[281], en apportant les retouches nécessaires au texte.

Article 5. Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale

Le comportement d'un organe d'un État ou d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale qui est mis à la disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international si elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement.

Commentaire

1) Lorsqu'un organe d'un État est mis à la disposition d'une organisation internationale, cet organe peut être entièrement détaché auprès de cette organisation. Dans ce cas, le comportement de l'organe serait à l'évidence attribuable à l'organisation d'accueil seulement. Il en irait de même lorsqu'un organe ou un agent d'une organisation internationale est entièrement détaché auprès d'une autre organisation. En pareils cas, la règle générale énoncée à l'article 4 serait d'application. L'article 5 vise une situation différente, où l'organe ou l'agent prêté agit encore dans une certaine mesure en qualité d'organe de l'État d'envoi ou en qualité d'organe ou d'agent de l'organisation d'envoi. C'est ce qui se produit, par exemple, dans le cas des contingents militaires qu'un État a mis à la disposition de l'Organisation des Nations Unies pour une opération de maintien de la paix, puisque l'État conserve ses pouvoirs disciplinaires et sa compétence pénale à l'endroit des membres du contingent national[282]. Dans cette situation se pose la question de savoir si un comportement précis de l'organe ou de l'agent prêté doit être attribué à l'organisation d'accueil ou à l'organisation ou l'État d'envoi.

2) L'organisation ou l'État d'envoi peut conclure un accord avec l'organisation d'accueil sur la mise à la disposition de cette dernière d'un organe ou d'un agent qu'elle ou il lui prête. Cet accord pourra dire quel État ou quelle organisation serait responsable du comportement de cet organe ou agent. Selon l'accord type sur les contributions en ce qui concerne les contingents militaires mis à la disposition de l'Organisation des Nations Unies par l'un de ses États Membres, l'Organisation est considérée comme responsable envers les tiers, mais elle a un droit de recouvrement auprès de l'État fournissant la contribution dans les cas où « la perte, la détérioration, le décès ou la blessure est due à une négligence grave ou à une faute intentionnelle du personnel fourni par le Gouvernement »[283]. Ce texte ne traite apparemment que de la répartition des responsabilités, non de l'attribution du comportement. En tout état de cause, ce type d'accord n'est pas probant parce qu'il ne régit que les relations entre l'État ou l'organisation qui fournit des ressources et l'organisation d'accueil, et il ne saurait donc avoir pour effet de priver un tiers d'aucun droit que celui-ci pourrait détenir à l'égard de l'État ou de l'organisation qui est responsable d'après les règles générales.

3) Le critère d'attribution du comportement soit à l'État ou l'organisation qui fournit des ressources, soit à l'organisation d'accueil repose, selon l'article 5, sur le contrôle qui est exercé dans les faits sur le comportement particulier adopté par l'organe ou l'agent mis à la disposition

[278] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 29), p. 180.

[279] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26.

[280] Ibid.

[281] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.

[282] Cela est généralement spécifié dans l'accord que l'ONU conclut avec l'État qui fournit le contingent. Voir le rapport du Secrétaire général sur le commandement et la conduite des opérations de maintien de la paix des Nations Unies (A/49/681), par. 6.

[283] Article 9 de l'Accord type relatif aux contributions (A/50/995, annexe; A/51/967, annexe).

de l'organisation d'accueil. L'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopte une démarche analogue, quoique différente dans la forme. Selon ce dernier article, ce qui compte, c'est que « cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve »[284]. Toutefois, le commentaire dudit article explique que, pour qu'un comportement soit attribué à l'État d'accueil, il faut qu'il se produise « sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur instructions de l'État d'envoi »[285]. En tout état de cause, le libellé de l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne peut pas être repris ici, parce que la mention de « l'exercice de prérogatives de puissance publique » ne convient pas aux organisations internationales.

4) En ce qui concerne les États, l'existence d'un contrôle a été examinée essentiellement par rapport à la question de savoir si le comportement de personnes ou de groupes de personnes, et en particulier de forces armées irrégulières, peut être attribué à un État[286]. Lorsqu'un organe ou un agent est mis à la disposition d'une organisation internationale, le contrôle joue un rôle différent. Il ne s'agit pas de savoir si un certain comportement peut être attribué à un État ou à une organisation internationale, mais à quelle entité − l'organisation ou État fournisseur ou l'organisation d'accueil − il est attribuable.

5) L'ONU pose en principe qu'elle exerce un contrôle exclusif sur le déploiement des contingents nationaux d'une force de maintien de la paix. C'est à partir de là que le Conseiller juridique de l'Organisation a été amené à écrire:

> Une force de maintien de la paix ayant qualité d'organe subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies, ses actes sont en principe imputables à l'Organisation, et s'ils enfreignent une obligation internationale, ils engagent la responsabilité internationale de l'Organisation et mettent à sa charge une obligation d'indemniser.[287]

Cette citation résume la pratique de l'ONU en ce qui concerne l'Opération des Nations Unies au Congo (ONUC)[288], la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre (UNFICYP)[289] et les forces de maintien de la paix postérieures[290].

6) La pratique concernant les forces de maintien de la paix est particulièrement importante dans le présent contexte, en raison du contrôle que l'État fournisseur de contingents conserve en matière disciplinaire et pénale[291]. Cela peut avoir des conséquences pour l'attribution du comportement. À titre d'exemple, le Bureau des affaires juridiques de l'ONU a adopté, sur la question du respect des obligations découlant de la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, la position suivante:

> Comme la Convention s'en remet aux États parties pour la mise en œuvre de ses dispositions et comme les États fournissant des contingents restent compétents pour connaître des délits commis par des membres de leur personnel militaire, la mise en œuvre des dispositions de la Convention incombe aux États fournisseurs de contingents qui y sont Parties.[292]

L'attribution du comportement à l'État fournisseur de contingents est manifestement liée au fait que cet État conserve certains pouvoirs sur son contingent national et donc au contrôle que ledit État possède sur les questions correspondantes.

7) Comme l'ont soutenu plusieurs auteurs[293], lorsqu'un organe ou un agent est mis à la disposition d'une organisation internationale, il apparaît que la question décisive en ce qui concerne l'attribution d'un comportement déterminé est de savoir qui exerce effectivement un contrôle sur le comportement en question. Il serait difficile, par exemple, d'attribuer à l'ONU le comportement de forces dans des circonstances telles que celles qui sont décrites

---

[284] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26.

[285] Paragraphe 2 du commentaire de l'article 6 (ibid., p. 45 et 46).

[286] Voir l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif (ibid., p. 49 à 51).

[287] Lettre non publiée datée du 3 février 2004, adressée au Directeur de la Division de la codification par le Conseiller juridique de l'ONU.

[288] Voir les accords prévoyant une indemnisation qui ont été conclus par l'ONU avec la Belgique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 535, nº 7779, p. 191), la Grèce (ibid., vol. 565, nº 8230, p. 3), l'Italie (ibid., vol. 588, nº 8525, p. 197), le Luxembourg (ibid., vol. 585, nº 8487, p. 147) et la Suisse (ibid., vol. 564, nº 621, p. 193).

[289] Voir Nations Unies, *Annuaire juridique 1980* (numéro de vente: F.83.V.1), p. 203 à 205.

[290] Voir le rapport du Secrétaire général sur le financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies (A/51/389), par. 7 et 8.

[291] Voir *supra* le paragraphe 1 du commentaire du présent projet d'article et la note 282.

[292] Nations Unies, *Annuaire juridique 1994* (numéro de vente: F.00.V.8), p. 558.

[293] Voir J.-P. Ritter, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 8, 1962, p. 442; R. Simmonds, *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, p. 229; B. Amrallah, « The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peacekeeping forces », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32, 1976, p. 62 et 63 et 73 à 79; E. Butkiewicz, « The premises of international responsibility of inter-governmental organizations », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 11, 1981-1982, p. 123 à 125 et 134 et 135; M. Pérez González, « Les organisations internationales et le droit de la responsabilité », *RGDIP*, vol. 92, 1988, p. 83; M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 64 à 67; C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, p. 241 à 243; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998, p. 379 et 380; I. Scobbie, « Les organisations internationales et les relations internationales », *Manuel sur les organisations internationales*, 2e éd., sous la direction de R. J. Dupuy, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, p. 891; C. Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten*, Berlin, Duncker et Humblot, 2001, p. 52; et J.-M. Sorel, « La responsabilité des Nations Unies dans les opérations de maintien de la paix », *Forum du droit international*, vol. 3, nº 2, 2001, p. 129. Certains auteurs parlent de « contrôle effectif », d'autres de « contrôle opérationnel ». Cette dernière notion a aussi été utilisée par Bothe (voir M. Bothe, *Streitkräfte internationaler Organisationen*, Cologne/Berlin, Heymanns Verlag, 1968, p. 87). Les difficultés qu'il y a à distinguer entre contrôle opérationnel et contrôle organisationnel ont été soulignées par Condorelli (voir L. Condorelli, « Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire », *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 78, 1995, p. 887 et 888). Le projet proposé par le Comité sur la responsabilité des organisations internationales de l'Association de droit international renvoyait à un critère de « contrôle effectif (commandement et contrôle opérationnels) » (Association de droit international, *Report of the Seventieth Conference*, Londres, 2002, p. 797).

dans le rapport de la Commission d'enquête créée pour enquêter sur les agressions armées perpétrées contre le personnel de l'Opération des Nations Unies en Somalie (ONUSOM II):

> Le commandant de la Force d'ONUSOM II n'exerçait pas de contrôle effectif sur plusieurs contingents nationaux qui, à des degrés divers, persistaient à demander des ordres à leurs autorités nationales avant d'exécuter ceux du Commandement des forces.
>
> Beaucoup de grandes opérations entreprises sous le drapeau des Nations Unies et dans le contexte du mandat de l'ONUSOM ont totalement échappé au commandement et au contrôle de l'ONU, alors même que leurs répercussions avaient une importance capitale pour la mission de l'ONUSOM et la sécurité de son personnel.[294]

8) Le Secrétaire général de l'ONU a jugé que le critère du « degré de contrôle effectif » était décisif pour les opérations conjointes:

> La responsabilité internationale de l'Organisation des Nations Unies en cas d'activités menées par les forces des Nations Unies lors de combats est fondée sur l'hypothèse que l'opération considérée est placée sous le commandement et le contrôle exclusifs de l'Organisation. […] Dans le cas d'opérations conjointes, la responsabilité internationale de la conduite des troupes incombe à l'entité qui exerce le commandement et le contrôle opérationnels conformément aux arrangements établissant les modalités de coopération entre l'État ou les États fournissant les contingents et l'ONU. En l'absence d'arrangements formels entre l'ONU et l'État ou les États fournissant les contingents, la responsabilité serait déterminée dans chaque cas en fonction du degré de contrôle effectif exercé par chaque partie dans la conduite des opérations.[295]

Ce qui vaut pour les opérations conjointes, comme celles auxquelles ont participé ONUSOM II et la Force d'intervention rapide en Somalie, vaut également pour les opérations de maintien de la paix, dans la mesure où il est possible de distinguer en ce qui les concerne des domaines de contrôle effectif relevant respectivement de l'Organisation des Nations Unies et de l'État fournissant le contingent. S'il est compréhensible que pour l'efficacité des opérations militaires l'Organisation des Nations Unies revendique l'exclusivité du commandement et du contrôle des forces de maintien de la paix, l'attribution du comportement devrait aussi à cet égard être fondée sur un critère factuel.

9) Les principes applicables aux forces de maintien de la paix peuvent aussi être appliqués à d'autres organes étatiques mis à la disposition de l'Organisation, comme les équipes de secours en cas de catastrophe, au sujet desquelles le Secrétaire général de l'Organisation écrivait:

> L'équipe de secours constituerait un organe subsidiaire de l'Organisation lorsqu'elle aurait été directement créée par celle-ci. Dans ce cas, son statut juridique serait analogue, par exemple, à celui de la Force des Nations Unies à Chypre.[296]

10) Des conclusions analogues s'imposeraient dans le cas plus rare où une organisation internationale met l'un de ses organes à la disposition d'une autre organisation internationale. Un exemple est fourni par la Conférence sanitaire panaméricaine, qui, par suite d'un accord entre l'OMS et l'OPS, remplit les fonctions de « comité régional et de bureau régional de l'Organisation mondiale de la santé pour l'hémisphère occidental, aux termes des dispositions de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé »[297]. Le Conseiller juridique de l'OMS a fait observer: « Sur la base de cet accord, les actes de l'OPS et de son personnel pourraient engager la responsabilité de l'OMS. »[298]

Article 6. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou cet agent agit en cette qualité, même si ce comportement outrepasse la compétence de cet organe ou de cet agent ou contrevient à ses instructions.

Commentaire

1) L'article 6 vise le comportement *ultra vires* des organes ou agents d'une organisation internationale. Ce comportement peut outrepasser la compétence de l'organisation[299]. Il peut arriver aussi que le comportement considéré relève de la compétence de l'organisation, mais excède le pouvoir de l'organe ou de l'agent qui en est l'auteur. Le libellé ne vise que le second cas, mais le premier est également couvert, parce qu'un acte excédant les bornes de la compétence de l'organisation excède nécessairement le pouvoir de son organe ou de son agent.

2) Il faut lire l'article 6 en le replaçant dans le contexte des autres dispositions relatives à l'attribution, et surtout l'article 4. Il doit être entendu que, conformément à l'article 4, les organes et les agents sont des personnes et des entités exerçant des fonctions de l'organisation. Abstraction faite des cas exceptionnels (paragraphe 9 du commentaire de l'article 4), ce sont les règles de l'organisation, définies au paragraphe 4 de l'article 4, qui disent si un organe ou un agent a le pouvoir d'adopter un certain comportement. Cela signifie que les instructions ne sont pertinentes aux fins de l'attribution d'un comportement que si elles sont contraignantes pour l'organe ou l'agent. À cet égard également les règles de l'organisation seront généralement décisives.

3) Le texte de l'article 6 suit de près celui de l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La grande différence tient au fait que ce dernier tient compte du libellé des articles 4 et 5 sur le même sujet et envisage donc le comportement *ultra vires* « d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance

[294] S/1994/653, par. 243 et 244.

[295] A/51/389, par. 17 et 18.

[296] Nations Unies, *Annuaire juridique 1971* (numéro de vente: F.73.V.1), p. 195.

[297] Article 2 de l'Accord concernant l'intégration de l'Organisation sanitaire panaméricaine dans l'Organisation mondiale de la santé, signé à Washington le 24 mai 1949 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 32, nº 178, p. 389).

[298] Lettre non publiée datée du 19 décembre 2003, adressée au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies par le Conseiller juridique de l'OMS.

[299] Comme la CIJ l'a déclaré dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*: « les organisations internationales […] ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le "principe de spécialité", c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir » (*C.I.J. Recueil 1996*, par. 25, p. 78).

publique»[300], alors que le présent article demande seulement à être aligné sur l'article 4 et mentionne donc plus simplement «un organe ou un agent d'une organisation internationale».

4) L'élément décisif pour l'attribution, dans le présent article comme à l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, est la condition que l'organe ou l'agent agisse «en cette qualité». Cette formule est destinée à évoquer la nécessité d'un lien étroit entre le comportement *ultra vires* et les fonctions de l'organe ou de l'agent. Ainsi qu'il est dit dans le commentaire de l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, le texte «signifie que le comportement visé ne comprend que les actions ou les omissions d'organes agissant prétendument ou apparemment sous le couvert de leurs fonctions officielles et non pas les actions ou les omissions d'individus agissant à titre privé qui se trouvent être des organes ou des agents de l'État»[301].

5) L'article 6 ne concerne que l'attribution d'un comportement et ne préjuge pas la question de savoir si un acte *ultra vires* est valide ou non au regard des règles de l'organisation. Même considéré comme non valide, cet acte peut engager la responsabilité de l'organisation. La nécessité de protéger les tiers exige que l'attribution ne se limite pas aux actes qui sont considérés comme valides.

6) La possibilité d'attribuer à une organisation internationale des actes qu'un organe a accomplis *ultra vires* a été admise par la CIJ dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire *Certaines dépenses des Nations Unies*, où elle a dit:

> S'il est admis que l'action en question relève des fonctions de l'Organisation, mais qu'on allègue qu'elle a été entreprise ou menée d'une manière non conforme à la répartition des fonctions entre les divers organes, telle que la Charte l'a prescrite, on aborde le plan interne, l'économie interne de l'Organisation. Si l'action a été entreprise par un organe qui n'y était pas habilité, il s'agit d'une irrégularité concernant cette économie interne, mais il n'en ressort pas nécessairement que la dépense encourue n'était pas une dépense de l'Organisation. Le droit national comme le droit international envisagent des cas où une personne morale, ou un corps politique, peut être lié envers les tiers par l'acte *ultra vires* d'un agent.[302]

Le fait que la Cour a considéré que les Nations Unies pourraient avoir à supporter des charges découlant d'actes *ultra vires* d'un de ses organes correspond à des considérations de principe qui apparaissent plus puissantes encore lorsqu'il s'agit d'un comportement illicite, parce que refuser l'attribution du comportement peut priver les tierces parties de tout recours, sauf si le comportement peut être imputé à un État ou à une autre organisation.

7) Une distinction entre le comportement d'organes et de fonctionnaires, d'une part, et celui de personnes à qui une partie des fonctions de l'organisation a été confiée, de l'autre, ne serait guère justifiée étant donné l'importance limitée de cette distinction dans la pratique des organisations internationales[303]. La CIJ semble avoir retenu la responsabilité de l'organisation également pour les actes *ultra vires* de personnes autres que ses fonctionnaires. Dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, elle déclarait:

> [I]l est à peine besoin d'ajouter que tous les agents de l'Organisation des Nations Unies, quelle que soit la qualité officielle en laquelle ils agissent, doivent veiller à ne pas excéder les limites de leurs fonctions et doivent se comporter de manière à éviter que des demandes soient dirigées contre l'Organisation.[304]

La raison évidente pour laquelle un agent – en l'espèce un expert en mission – doit veiller à ne pas excéder les limites de ses fonctions afin d'éviter que des demandes ne soient dirigées contre l'organisation est que l'organisation pourrait très bien être tenue pour responsable du comportement de l'agent.

8) Au soutien de la règle énoncée à l'article 6, on peut encore citer la position du Conseiller juridique du FMI:

> Il peut y avoir imputation alors même que le fonctionnaire a outrepassé les pouvoirs qui lui ont été conférés, n'a pas suivi les règles ou a fait preuve de négligence. Toutefois, les actes d'un fonctionnaire qui ne sont pas accomplis en sa qualité officielle ne seraient pas imputables à l'organisation.[305]

9) La pratique des organisations internationales confirme que le comportement *ultra vires* d'un organe ou d'un agent est attribuable à l'organisation lorsqu'il est lié aux fonctions officielles de l'organe ou agent en question. C'est apparemment l'idée qui sous-tend la position prise par le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies dans un mémorandum concernant des réclamations relatives à des actes commis par des membres des forces de maintien de la paix en dehors de leur service:

> La politique de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne les actes accomplis hors service par les membres des forces de maintien de la paix est que l'Organisation n'encoure aucune responsabilité juridique ou financière à raison des décès, blessures ou dommages résultant de tels actes. […] Selon nous, le facteur principal à prendre en considération pour déterminer si un membre d'une mission de maintien de la paix est "hors service" est le fait qu'il agissait en qualité non officielle/non opérationnelle lorsque l'incident s'est produit, plutôt que la question de savoir s'il était en civil lors de l'incident ou si l'incident s'est produit à l'intérieur ou à l'extérieur de la zone d'opérations. […] [E]n ce qui concerne la responsabilité juridique et financière de l'Organisation des Nations Unies, un membre de la Force pendant un état d'alerte peut néanmoins être hors service s'il agit de manière indépendante et à titre individuel, d'une manière qui ne soit pas imputable à l'accomplissement de fonctions officielles, pendant l'état d'alerte ainsi proclamé. […] [N]ous tenons cependant à noter que les circonstances factuelles de

[300] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26.

[301] Paragraphe 8 du commentaire de l'article 7 (ibid., p. 48).

[302] *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 168.

[303] Le Comité sur la responsabilité des organisations internationales de l'Association de droit international a proposé la règle suivante: «Le comportement des organes d'une organisation internationale ou de fonctionnaires ou d'agents d'une organisation est considéré comme un acte de cette organisation au regard du droit international si les organes, fonctionnaires ou agents agissaient à titre officiel, même si ce comportement a outrepassé les pouvoirs accordés ou contrevenu aux instructions données (*ultra vires*)» (Association de droit international, *Report of the Seventieth Conference* (voir *supra* note 293), p. 797).

[304] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (voir *supra* note 271), par. 66, p. 89.

[305] Lettre non publiée datée du 7 février 2003, adressée au Secrétaire de la Commission du droit international par le Conseiller juridique du FMI.

chaque cas d'espèce varient et que la question de savoir si un membre d'une mission de maintien de la paix est en service ou hors service peut par conséquent dépendre en partie des éléments particuliers de l'affaire, compte tenu de l'opinion du commandant ou du chef d'état-major de la Force.[306]

Alors que le comportement « hors service » d'un membre d'un contingent national ne serait pas imputable à l'Organisation[307], un comportement « en service » peut lui être attribué. Il faudrait alors en pareil cas examiner si le comportement *ultra vires* est lié aux fonctions confiées à la personne considérée.

Article 7. Comportement reconnu et adopté comme sien par une organisation internationale

Un comportement qui n'est pas attribuable à une organisation internationale selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cette organisation internationale d'après le droit international si, et dans la mesure où, cette organisation reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

Commentaire

1) L'article 7 concerne le cas où une organisation internationale « reconnaît et adopte » comme sien un certain comportement qui ne lui serait pas attribuable en application des articles précédents. L'attribution repose alors sur l'attitude prise par l'organisation à l'égard d'un certain comportement. La mention de la « mesure » exprime la possibilité que la reconnaissance et l'adoption ne visent qu'une partie du comportement en question.

2) L'article 7 reprend la teneur de l'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[308], lequel est d'ailleurs rédigé en termes identiques, à ceci près qu'il mentionne un État au lieu d'une organisation internationale. Comme l'explique le commentaire de l'article 11, l'attribution peut se fonder sur la reconnaissance et l'adoption d'un comportement également lorsque ce comportement « pouvait ne pas être attribuable » au moment de la commission[309]. En d'autres termes, le critère d'attribution envisagé ici peut être appliqué même sans que l'on ait déterminé si l'attribution peut être faite suivant d'autres critères ou non.

3) Dans la pratique, tant des États que des organisations internationales, il est des cas où l'on ne voit pas très bien si ce qu'implique la reconnaissance est l'attribution d'un comportement ou celle de la responsabilité. La chose n'est pas du tout sûre, par exemple, en ce qui concerne la déclaration ci-après, faite oralement au nom de la Communauté européenne devant un groupe spécial de l'OMC en l'affaire *Communautés européennes − Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, selon laquelle la Communauté était « prête à assumer l'entière responsabilité internationale de toutes les mesures dans le domaine des concessions tarifaires, que la mesure contestée ait été prise au niveau de la Communauté européenne ou à celui des États membres »[310].

4) La question de l'attribution est très clairement traitée dans une décision rendue par la Chambre de première instance II du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Nikolic*[311], où elle était appelée à dire si l'arrestation de l'accusé était imputable à la Force de stabilisation (SFOR). Dans cette décision, la Chambre note tout d'abord que le projet d'articles adopté par la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État « n'a aucune force obligatoire pour les États »[312]. Elle mentionne ensuite l'article 57 et observe que ce projet « porte principalement sur la responsabilité de l'État et non sur celle des organisations ou entités internationales »[313]. Toutefois, la Chambre précise, « à titre d'indication juridique *générale* », qu'elle « se fondera sur les principes définis dans le projet d'articles dans la mesure où ils peuvent être utiles pour trancher la question qui se pose »[314]. La Chambre se trouve ainsi amenée à citer abondamment, outre l'article 11, le commentaire y relatif[315]. Et d'ajouter:

> La Chambre de première instance note que les deux parties emploient les mêmes critères de « reconnaissance », « adoption », « approbation » et « ratification » que la Commission du droit international. La question est donc de savoir si, sur la base des faits présumés, on peut considérer que la SFOR a « reconnu *et* adopté » le comportement des inconnus « comme étant sien ».[316]

La Chambre conclut que le comportement de la SFOR ne peut pas être assimilé « à une "adoption" ou à une "reconnaissance" du comportement illégal "comme étant le sien" »[317].

5) Il n'y a apparemment pas de raison de principe qui s'oppose à l'application aux organisations internationales du critère d'attribution fondé sur la reconnaissance et l'adoption. La question peut se poser de savoir quelle compétence aurait l'organisation internationale pour procéder à cette reconnaissance et à cette adoption, et quel serait l'organe ou l'agent compétent pour ce faire. Bien que l'existence d'une règle spécifique soit extrêmement peu probable, les règles de l'organisation régissent aussi cette question.

---

[306] Nations Unies, *Annuaire juridique 1986* (numéro de vente: F.94.V.2), p. 344 et 345.

[307] Un exemple clair d'acte accompli « hors service » par un membre de la FINUL, qui se livrait à des transports d'explosifs vers le territoire d'Israël, a été examiné par le tribunal de district de Haïfa dans un jugement du 10 mai 1979 (voir Nations Unies, *Annuaire juridique 1979* (numéro de vente: F.82.V.1), p. 223).

[308] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[309] Paragraphe 1 du commentaire de l'article 11 (ibid., p. 55).

[310] Document non publié.

[311] *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-2-PT, *décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense*, du 9 octobre 2002, *Supplément judiciaire n° 37*.

[312] Ibid., par. 60.

[313] Ibid.

[314] Ibid., par. 61.

[315] Ibid., par. 62 et 63.

[316] Ibid., par. 64.

[317] Ibid., par. 66. L'appel a été rejeté pour un motif différent. Sur le point dont il s'agit ici, la Chambre d'appel s'est bornée à noter: « la juridiction saisie ne devrait pas se déclarer incompétente en cas d'enlèvements réalisés par des particuliers dont les actes, sauf s'ils sont fomentés, acceptés ou tolérés par un État, une organisation internationale ou une autre entité, ne violent pas nécessairement en soi la souveraineté de l'État » (*Le Procureur c. Dragan Nikolic*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-2-AR73, décision relative à l'appel interlocutoire concernant la légalité de l'arrestation, 5 juin 2003, *Supplément judiciaire n° 42*, par. 26).

Chapitre VI

RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES

A. Introduction

73. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Ressources naturelles partagées » à son programme de travail[318].

74. À la même session, la Commission a en outre décidé de nommer M. Chusei Yamada Rapporteur spécial sur le sujet[319].

75. L'Assemblée générale, au paragraphe 2 de sa résolution 57/21 du 19 novembre 2002, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Ressources naturelles partagées ».

76. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[320].

B. Examen du sujet à la présente session

77. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/539 et Add.1).

78. La Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial à ses 2797e, 2798e et 2799e séances, tenues respectivement les 12, 13 et 14 mai 2004.

79. À la 2797e séance, la Commission a créé un groupe de travail sur les eaux souterraines transfrontières, à composition non limitée, présidé par le Rapporteur spécial. Le Groupe de travail a tenu trois séances.

80. La Commission a aussi entendu, les 24 et 25 mai 2004, des exposés informels d'experts des eaux souterraines de la CEE, de l'UNESCO, de la FAO et de l'AIH, dont la venue a été organisée par l'UNESCO.

81. À la demande du Rapporteur spécial, la Commission, à sa 2828e séance tenue le 4 août 2004, est convenue qu'un questionnaire, établi par le Rapporteur spécial, serait distribué aux gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour leur demander de communiquer leurs vues et des informations sur les eaux souterraines.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport

82. Le Rapporteur spécial a indiqué que le deuxième rapport comprenait certaines études de cas hydrogéologiques ainsi que d'autres informations techniques de base mais que, malheureusement, des difficultés techniques l'avaient empêché d'y présenter un examen des traités existants et une carte mondiale des eaux souterraines comme prévu au paragraphe 6 de son rapport. Il a précisé que ces documents et d'autres éléments d'information seraient communiqués à la Commission dans un cadre informel.

83. Compte tenu de la crainte exprimée au sein de la CDI comme à la Sixième Commission que l'expression « ressources partagées » ne risque d'évoquer le patrimoine commun de l'humanité ou la notion de propriété partagée, le Rapporteur spécial a proposé de centrer son étude sur le sous-sujet des « eaux souterraines transfrontières », sans employer le mot « partagées ».

84. Bien que le deuxième rapport proposât plusieurs articles, le Rapporteur spécial a précisé qu'il ne fallait pas y voir une indication de la forme finale que prendrait le travail de la Commission. À ce stade, le Rapporteur spécial n'entendait recommander le renvoi d'aucun de ces articles au Comité de rédaction; il ne les avait élaborés qu'en vue de susciter des observations, de recevoir d'autres propositions concrètes et de recenser les aspects supplémentaires qu'il conviendrait d'examiner.

85. Le Rapporteur spécial a déclaré qu'il acceptait certaines des critiques qui lui avaient été adressées lorsqu'il avait déclaré en 2003 que presque tous les principes posés dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation seraient également applicables aux eaux souterraines, reconnaissant ainsi la nécessité d'apporter certains ajustements à ces principes. Il demeurait néanmoins convaincu que la Convention de 1997 offrait la base sur laquelle asseoir l'élaboration d'un régime de gestion des eaux souterraines.

86. Au paragraphe 8 de son rapport, le Rapporteur spécial proposait un cadre général pour la rédaction des articles[321]. Ce cadre reprenait plus ou moins celui de la

[318] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 518, p. 105.

[319] Ibid., par. 519, p. 105.

[320] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/533 et Add.1.

[321] Le cadre général établi par le Rapporteur spécial est le suivant:

« Première partie. Introduction

Champ d'application de la Convention
Expressions employées (définition)

(Suite de la note page suivante.)

Convention de 1997 et tenait également compte du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session en 2001[322].

87. Les articles proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport étaient ceux de la première partie (Introduction) et de la deuxième (Principes généraux). Le Rapporteur spécial prévoyait de présenter ceux de toutes les autres parties en 2005 et a demandé à recevoir des observations sur le cadre général qu'il avait proposé ainsi que des suggestions concernant les dispositions à modifier, à ajouter ou à supprimer.

88. En ce qui concerne l'introduction, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il continuait à employer l'expression « eaux souterraines » dans le corps du rapport, mais qu'il avait opté, dans les articles proposés, pour le terme « aquifère », qui était un terme scientifique plus précis.

89. Le champ d'application de la convention envisagée était défini à l'article premier, figurant au paragraphe 10 du rapport[323]. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'en 2002 il était parti du principe que le travail entrepris par la Commission ne porterait que sur les eaux souterraines transfrontières non visées par la Convention de 1997, qu'elle désignait par l'expression « eaux souterraines captives transfrontières ». Le terme « captives » était destiné à indiquer qu'il s'agissait de nappes d'eau souterraines « non reliées » aux eaux de surface, ou « sans rapports » avec elles, mais l'emploi de ce terme posait de sérieux problèmes.

90. Tout d'abord, les spécialistes des eaux souterraines donnaient à ce terme un sens complètement différent. Pour eux, le terme « captives » désignait un état hydraulique dans lequel les eaux sont emmagasinées sous pression. Par conséquent, il était préférable de supprimer le mot « captives » pour éviter toute confusion entre juristes et spécialistes des eaux souterraines, ces derniers étant appelés à participer à la mise en œuvre de la convention envisagée.

91. Une autre raison importante d'abandonner la notion d'eaux « captives » à propos du champ d'application de la convention tenait à ce que le postulat selon lequel la Commission ne devrait s'occuper que des eaux souterraines non visées par la Convention de 1997 était erroné. Pour démontrer qu'une telle approche n'était pas judicieuse, le Rapporteur spécial a cité l'exemple de l'aquifère gréseux nubien, immense formation aquifère située sous les territoires de quatre États: l'Égypte, la Libye, le Soudan et le Tchad. Comme cette formation était reliée au Nil au voisinage de Khartoum, elle relevait de la Convention de 1997 dans sa totalité. Or, en réalité, la connexion avec le Nil était négligeable: la réalimentation de cet aquifère était pratiquement nulle et il présentait toutes les caractéristiques d'eaux souterraines et non celles des eaux de surface. Il en allait de même pour le système aquifère guarani (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay). Le cas de ces deux aquifères était étudié dans le rapport.

92. Le Rapporteur spécial estimait que le projet de la Commission devait couvrir ces deux importants aquifères et c'est pourquoi il avait décidé de supprimer, dans la définition du champ d'application de la convention, le critère restrictif exprimé par les mots « sans rapports avec les eaux de surface ».

93. Cette initiative pourrait conduire dans de nombreux cas à une situation de double applicabilité où la même formation aquifère relèverait à la fois de la convention envisagée et de la Convention de 1997. Selon le Rapporteur spécial, cette application parallèle ne devrait pas créer de problèmes et, de toute façon, la Commission pourrait, pour parer à toute difficulté éventuelle, prévoir un article indiquant laquelle des deux conventions primerait l'autre.

94. À propos de sa proposition de réglementer des activités autres que l'utilisation des formations aquifères transfrontières, le Rapporteur spécial a expliqué qu'une telle réglementation était nécessaire en vue de protéger les eaux souterraines contre la pollution engendrée par les activités de surface, notamment industrielles, agricoles et forestières.

95. S'agissant de l'article 2 sur les définitions[324], le Rapporteur spécial a indiqué qu'il donnait, notamment, des définitions techniques des termes « aquifère » et « formation

(Suite de la note 321.)

DEUXIÈME PARTIE. PRINCIPES GÉNÉRAUX

Principes régissant l'utilisation des eaux souterraines transfrontières
Obligation de ne pas causer de dommages
Obligation générale de coopérer
Échange régulier de données et d'informations
Rapport entre les utilisations

TROISIÈME PARTIE. ACTIVITÉS TOUCHANT D'AUTRES ÉTATS

Étude d'impact
Échange d'informations
Consultation et négociation

QUATRIÈME PARTIE. PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION

Suivi
Prévention (principe de précaution)

CINQUIÈME PARTIE. DISPOSITIONS DIVERSES

SIXIÈME PARTIE. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

SEPTIÈME PARTIE. CLAUSES FINALES. »

[322] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 97, p. 157.

[323] L'article premier proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport est libellé comme suit:

« *Article premier. Portée de la présente Convention*

La présente Convention s'applique aux utilisations des formations aquifères transfrontières et autres activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir des conséquences pour ces formations et aux mesures de protection, de préservation et de gestion de ces formations. »

[324] L'article 2 proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport est libellé comme suit:

« *Article 2. Expressions employées*

Aux fins de la présente Convention:

a) l'expression "aquifère" s'entend d'une formation rocheuse perméable contenant de l'eau en quantités exploitables;

b) l'expression "formation aquifère" s'entend d'un aquifère ou d'un ensemble d'aquifères, chacun associé à des formations rocheuses particulières, hydrauliquement reliées;

c) l'expression "formation aquifère transfrontière" s'entend d'une formation aquifère répartie sur plusieurs États;

aquifère». Dans le cas des eaux souterraines, le terme «aquifère» désignait à la fois la formation rocheuse où étaient emmagasinées les eaux et les eaux qu'elle contenait, de sorte qu'il suffisait de parler des utilisations des aquifères pour embrasser tous les types d'utilisations. À ce propos, le Rapporteur spécial a cité le cas du type d'aquifère n° 4 illustré à la fin du rapport, où un aquifère de l'État A et un aquifère de l'État B, bien qu'étant des aquifères nationaux, sont néanmoins hydrologiquement reliés et doivent donc, pour une bonne gestion de ces aquifères, être traités comme une formation unique. Une telle formation ayant un caractère transfrontalier, le Rapporteur spécial a jugé nécessaire de donner une définition de la formation aquifère et a proposé d'inclure dans tout le projet de convention des dispositions régissant ces formations.

96. Le Rapporteur spécial a aussi évoqué le type d'aquifère n° 3 illustré à la fin du rapport et fait observer qu'on pouvait également considérer un type 3 *bis*, dans lequel un aquifère national était relié hydrologiquement à un cours d'eau national de l'État B. Bien qu'ayant indiqué dans le rapport que, dans le cas du type n° 3, la Convention de 1997 et la convention envisagée seraient toutes deux applicables, il n'était plus si sûr, à la réflexion, que ce lien hydrologique soit bien le rapport avec les eaux de surface que les rédacteurs de la Convention de 1997 avaient en vue. Si c'était le cas, et que la Convention de 1997 soit applicable, l'article 7 de cette Convention, énonçant l'obligation de ne pas causer de dommages, permettrait de résoudre une partie des problèmes. La formulation proposée pour l'article 2, toutefois, ne faisait pas d'une telle formation un aquifère transfrontière, de sorte qu'il faudrait trouver une solution qui permette de régler ce cas de façon satisfaisante.

97. Quant au type n° 5 illustré à la fin du rapport, le Rapporteur spécial a fait remarquer que les définitions de l'aquifère et de la formation aquifère n'y faisaient pas entrer les zones d'alimentation et de déversement. Une bonne gestion des aquifères exigeant que ces zones soient également réglementées, le Rapporteur spécial comptait leur consacrer des articles, peut-être dans la quatrième partie du cadre général qu'il avait proposé.

98. Au sujet de la deuxième partie (Principes généraux), qui contiendrait un article sur les principes régissant les utilisations des formations aquifères transfrontières, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait besoin d'avis sur la rédaction à donner à cet article. Les deux principes fondamentaux énoncés à l'article 5 de la Convention de 1997, ceux de l'«utilisation équitable» et de l'«utilisation raisonnable», ne convenaient pas nécessairement dans le cas présent. Le principe de l'«utilisation équitable» valait lorsque la ressource était véritablement «partagée», mais, étant donné la résistance à laquelle l'idée de «ressource partagée» se heurtait dans le cas des eaux souterraines, il était douteux que ce principe de l'utilisation équitable se révèle politiquement acceptable. Quant à l'autre principe, celui de l'«utilisation raisonnable», qui, en termes scientifiques, voulait dire «utilisation durable», il valait si la ressource en question était renouvelable; or, certaines eaux souterraines n'étaient pas renouvelables, de sorte que la notion d'utilisation durable serait dépourvue de pertinence. Ce serait aux États concernés de décider s'ils voulaient épuiser la ressource en un laps de temps court ou long. Cela soulevait la question des critères objectifs qui pourraient être appliqués à de telles situations, question à laquelle le Rapporteur spécial n'avait pas encore de réponse.

99. S'agissant d'un autre principe fondamental, l'obligation de ne pas causer de dommage aux autres États de l'aquifère, le Rapporteur spécial s'est référé à son projet d'article 4[325], dont les paragraphes 1 et 2 prescrivent de prévenir les «dommages significatifs» aux autres États de la formation aquifère. L'avis avait été exprimé, tant au sein de la CDI qu'à la Sixième Commission, qu'il convenait d'établir un seuil de gravité inférieur au «dommage significatif», en raison de la fragilité des eaux souterraines. Le Rapporteur spécial a toutefois conservé le seuil du dommage significatif, retenu à l'article 7 de la Convention de 1997 et à l'article 3 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, car le terme «significatif» offrait suffisamment de latitude pour protéger la viabilité des aquifères.

100. Pour ce qui était de l'endroit où il convenait de placer le paragraphe 3 de l'article 4, visant le cas où une formation aquifère risquait d'être détruite à jamais, le Rapporteur spécial pensait que cette disposition pourrait être renvoyée dans la quatrième partie.

101. Le Rapporteur spécial a rappelé que le paragraphe 4 parlait d'indemnisation, mais ne traitait pas de la responsabilité (*liability*) en soi. S'agissant de la proposition faite par certains membres de la CDI et certaines délégations à la Sixième Commission d'inclure dans le projet un article sur la question, le Rapporteur spécial était d'avis qu'il valait mieux laisser à la Commission le soin de l'examiner dans le cadre du sujet de la «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international».

d) l'expression "État de la formation aquifère" s'entend d'un État partie à la présente Convention dans le territoire duquel se trouve une partie d'une formation aquifère transfrontière.»

[325] L'article 4 proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport est libellé comme suit:

«*Article 4. Obligation de ne pas causer de dommages*

1. Lorsqu'ils utilisent une formation aquifère transfrontière sur leur territoire, les États de la formation aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États de la formation aquifère.

2. Lorsqu'ils mènent sur leur territoire d'autres activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir des conséquences pour une formation aquifère transfrontière, les États de la formation aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour éviter de causer des dommages significatifs aux autres États de la formation aquifère, par le biais de cette formation.

3. Les États de la formation aquifère ne doivent pas perturber le fonctionnement naturel des formations aquifères transfrontières.

4. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État de la formation aquifère, l'État dont l'activité a causé ce dommage prend, en l'absence d'accord concernant cette activité, toutes les mesures appropriées, en consultation avec l'État touché, pour éliminer ou atténuer ce dommage et, le cas échéant, discuter de la question de l'indemnisation.»

102. Le Rapporteur spécial a déclaré que les articles 5[326], 6[327] et 7[328] étaient suffisamment explicites par eux-mêmes. Il a noté que l'échange régulier de données et d'informations constituait une condition préalable d'une coopération efficace entre les États de la formation aquifère et que la rédaction du paragraphe 2 de l'article 6 avait été motivée par l'insuffisance de travaux scientifiques sur les formations aquifères.

103. L'article 7 traitait du rapport entre différents types d'utilisation des formations aquifères, en suivant le précédent que constituait l'article 10 de la Convention de 1997. À propos de l'expression « satisfaction des besoins humains essentiels » figurant à la fin du paragraphe 2 de cet article, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait été entendu − ainsi que l'avait noté le Président du Groupe de travail plénier lors de l'élaboration de la Convention de 1997 − que, pour déterminer ces besoins, il fallait « s'intéresser en particulier à la fourniture d'eau en quantité suffisante pour la vie humaine, qu'il s'agisse de l'eau potable ou de l'eau à réserver aux productions vivrières destinées à empêcher la famine »[329].

2. Résumé du débat

104. Les membres de la Commission ont félicité le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport dans lequel, compte tenu du caractère spécialisé du sujet, il avait introduit des modifications terminologiques à la lumière des données scientifiques disponibles. Les membres se sont également félicités du concours qu'il recevait de la part d'experts techniques. Plusieurs membres ont déclaré que des recherches plus poussées étaient nécessaires, s'agissant notamment de l'interaction entre les eaux souterraines et les activités autres que leur utilisation. On s'est néanmoins interrogé sur l'étendue de l'information technique supplémentaire qui serait requise avant que la Commission puisse aborder l'élaboration d'un cadre juridique.

105. On a également fait observer que la Commission ne devait pas surestimer l'importance des eaux souterraines et que certaines des eaux souterraines devant entrer dans le champ de l'étude pouvaient se situer à des profondeurs telles que leur existence même risquait de ne pouvoir être établie clairement.

106. Une certaine préoccupation s'est exprimée au sujet du postulat mentionné au paragraphe 14 selon lequel la Convention de 1997 ne réglerait pas de façon satisfaisante certains problèmes concernant les eaux souterraines. Il n'était pas souhaitable que la Commission s'engage dans une interprétation restrictive de la Convention de 1997; les questions soulevées pourraient éventuellement être réglées au moyen d'un nouvel instrument, qui n'aurait pas nécessairement un caractère obligatoire, ou d'un protocole additionnel à la Convention de 1997.

107. Certains membres ont été d'accord avec le Rapporteur spécial pour estimer que les travaux ne peuvent être centrés uniquement sur les eaux souterraines non visées par la Convention de 1997, tandis que d'autres ont considéré nécessaire d'avoir des explications plus détaillées sur les eaux souterraines qui seraient exclues de l'étude entreprise.

108. S'agissant de la portée de ces travaux, un soutien s'est exprimé en faveur de la position du Rapporteur spécial qui tendait à exclure les aquifères n'ayant pas un caractère transfrontalier. On a aussi fait remarquer qu'il convenait de faire mention, quelque part dans les articles, des eaux souterraines qui étaient exclues du champ d'application du projet de convention. D'un autre côté, on a aussi fait remarquer qu'il serait intéressant de savoir pourquoi des experts techniques estimaient que toutes les sortes d'eaux souterraines, et non pas seulement les eaux transfrontières, devraient être soumises à réglementation. En outre, la question a été posée de savoir si la communauté internationale ne devrait pas se soucier de faire en sorte qu'un État agisse de façon responsable envers les générations futures de sa propre population, s'agissant d'un élément essentiel à la vie comme l'eau.

---

[326] L'article 5 proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport est libellé comme suit:

« *Article 5. Obligation générale de coopérer*

1. Les États de la formation aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation appropriée et à la protection adéquate de la formation aquifère transfrontière.

2. Pour arrêter les modalités de cette coopération, les États de la formation aquifère sont encouragés, s'ils le jugent nécessaire, à créer des mécanismes ou commissions mixtes en vue de faciliter la coopération touchant les mesures et procédures appropriées compte tenu de l'expérience acquise à la faveur de la coopération dans le cadre des mécanismes et commissions mixtes existant dans diverses régions. »

[327] L'article 6 proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport est libellé comme suit:

« *Article 6. Échange régulier de données et d'informations*

1. En application de l'article 5, les États de la formation aquifère échangent régulièrement les données et les informations aisément disponibles sur l'état de la formation aquifère transfrontière, en particulier celles d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et concernant l'hydrochimie de la formation aquifère, ainsi que les prévisions s'y rapportant.

2. En raison de l'incertitude relative à la nature et à l'étendue de certaines formations aquifères transfrontières, les États de la formation aquifère s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et générer, conformément aux pratiques et normes en vigueur, individuellement ou conjointement et, selon que de besoin, avec les organisations internationales ou par leur intermédiaire, de nouvelles données et informations afin de parfaire la définition des formations aquifères.

3. Si un État de la formation aquifère demande à un autre État de la formation aquifère de fournir des données ou des informations qui ne sont pas aisément disponibles, cet État s'emploie au mieux de ses moyens à accéder à cette demande, mais il peut subordonner son acquiescement au paiement, par l'État auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces données ou informations.

4. Les États de la formation aquifère s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et, le cas échéant, à élaborer les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation par les autres États de la formation aquifère auxquels elles sont communiquées. »

[328] L'article 7 proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport est libellé comme suit:

« *Article 7. Rapport entre les utilisations*

1. En l'absence d'accord ou de coutume en sens contraire, aucune utilisation d'une formation aquifère transfrontière n'a en soi priorité sur d'autres utilisations.

2. En cas de conflit entre des utilisations d'une formation aquifère transfrontière, le conflit est résolu en accordant une attention spéciale à la satisfaction des besoins humains essentiels. »

[329] A/51/869, par. 8.

109. L'avis a été émis que la Commission devait définir l'objet de son entreprise. L'exercice dans lequel la Commission s'était engagée ne semblait pas ressortir à la codification de la pratique des États ni au développement progressif du droit international, mais avait plutôt un caractère normatif. Il a été dit aussi que la tâche entreprise par la Commission avait pour but principal de fixer l'utilisation appropriée d'une ressource naturelle, et non d'élaborer un traité sur l'environnement ou de régler des comportements.

110. On a fait observer que le rapport ne faisait nulle part mention des États où les eaux souterraines se forment, alors que c'était précisément à ces États que le projet d'articles devait s'adresser.

111. Il a été souligné que chaque État était responsable au premier chef de l'utilisation qu'il décidait de faire de ses ressources en eaux souterraines, responsabilité qui avait le pas sur la responsabilité de l'État au niveau international. En conséquence, les règles de conduite à observer devaient être adoptées par les États individuellement, par voie d'accords entre États et avec l'assistance de la communauté internationale, les accords régionaux ayant un rôle particulier à jouer à cet égard. Il a été fait mention à ce propos de l'approche suivie par les pays du Mercosur − Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay − dans le cas de l'aquifère guarani.

112. On a rappelé à ce propos que l'article 2 de la Convention de 1997 reconnaissait l'importance de ce rôle régional, en faisant référence à une « organisation d'intégration économique régionale ». Une préférence s'est ainsi exprimée pour l'approche régionale, qui ne méconnaissait pas des principes fondamentaux tels que l'obligation de ne pas causer de dommages, de coopérer et d'exploiter la ressource de façon rationnelle, principes qui pourraient certainement être reflétés dans le projet d'articles.

113. Pour illustrer les travaux menés au niveau régional, il a été fait mention des deux projets du Mercosur concernant l'aquifère guarani: le premier était une étude technique portant sur des questions telles que l'accès et les utilisations potentielles, tandis que le second visait à établir des normes juridiques réglant les droits et les devoirs des États dans le sous-sol desquels se trouvait la ressource. Les pays du Mercosur, a-t-on fait observer, avaient posé certaines bases concernant l'aquifère guarani: les eaux souterraines appartenaient au domaine territorial des États dans le sous-sol desquels elles se trouvaient; les eaux souterraines étaient les eaux qui n'étaient pas en liaison avec des eaux de surface; l'aquifère guarani était un aquifère transfrontalier appartenant exclusivement aux quatre pays du Mercosur; ceux-ci considéraient la mise en valeur de l'aquifère comme un projet d'intégration régionale des infrastructures relevant des compétences du Mercosur en sa qualité d'organisation d'intégration économique régionale. Les pays du Mercosur étaient attachés avant tout à la préservation, au développement maîtrisé et à la gestion conjointe de l'aquifère guarani, en étroite coopération avec des organisations internationales, mais la propriété, la gestion et la surveillance demeureraient de la responsabilité exclusive des pays du Mercosur eux-mêmes. Ainsi, deux procédures se dérouleraient simultanément: d'une part, la Commission poursuivrait sa codification, tandis que, de l'autre, la mise en œuvre de l'accord régional concernant l'aquifère guarani progresserait à un rythme plus rapide. Un processus d'échange d'informations à double sens s'avérerait extrêmement utile.

114. L'avis a aussi été exprimé, toutefois, qu'un projet de convention ne serait pas incompatible avec une approche régionale ou nationale de la question. En outre, le fait que la Commission énonce les obligations générales des États en matière de gestion des eaux souterraines pourrait encourager ceux-ci à mettre en place des accords régionaux.

115. On a insisté sur l'idée que les eaux souterraines devraient être considérées comme appartenant à l'État sur le territoire duquel elles se trouvent, tout comme le pétrole et le gaz, reconnus comme étant des ressources relevant de la souveraineté; elles ne pouvaient être considérées comme une ressource universelle, et les travaux de la Commission ne devraient pas donner l'impression que les eaux souterraines étaient soumises à quelque traitement particulier, différent de celui qui s'appliquait au pétrole et au gaz. Il a également été suggéré d'indiquer clairement dans le texte, peut-être dans le préambule, que la souveraineté sur les eaux souterraines n'était en aucune manière mise en question.

116. La Commission a été invitée à faire preuve d'une certaine prudence en prenant la Convention de 1997 comme base de ses travaux sur les eaux souterraines, car cette convention n'était pas encore en vigueur et n'avait recueilli qu'un faible nombre de signatures et de ratifications. Il a été dit aussi qu'elle devait faire preuve de la même prudence en se guidant sur le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, celui-ci n'ayant pas encore été adopté par l'Assemblée générale[330].

117. On a appuyé la suggestion du Rapporteur spécial d'élaborer une disposition concernant la possibilité d'un chevauchement entre la Convention de 1997 et le projet de la Commission sur le sous-sujet.

118. On a noté que les demandes d'information formulées par la Commission au sujet de l'utilisation et de la gestion des eaux souterraines transfrontières n'avaient guère suscité de réaction de la part des États. La maigre pratique des États était une autre raison, a-t-on estimé, de procéder avec prudence dans la mise en place d'un cadre juridique en la matière. Cependant, on a aussi fait remarquer que la Commission, dont le mandat ne se limitait pas à la codification de la pratique existante, devait encourager le Rapporteur spécial à poursuivre l'étude du sous-sujet.

119. Plusieurs membres se sont déclarés favorables au terme « transfrontière » employé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, le mot « partagé » qu'il avait utilisé précédemment ayant été critiqué. Néanmoins, il a été dit aussi que l'emploi du mot « transfrontière » n'éliminait pas nécessairement toute connotation de propriété, puisque la ressource était indivisible et donc « partagée » avec un autre État, qui lui aussi avait des droits.

[330] Voir *supra* note 322.

L'utilisation du mot « aquifère » et la suppression du mot « captives », que proposait le Rapporteur spécial, ont également été approuvées.

120. Il a été suggéré de rédiger un article qui mettrait en lumière les trois volets du champ d'application du projet de convention; cette disposition affirmerait l'applicabilité du projet de convention aux formations aquifères transfrontières et: *a*) à leurs utilisations; *b*) aux activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir des conséquences pour ces formations; et *c*) aux mesures de protection, de préservation et de gestion desdites formations.

121. On s'est demandé si le terme « partagées » devait continuer à figurer dans l'intitulé du sujet.

122. Sur la forme que devrait prendre le produit final de la Commission, des vues divergentes se sont exprimées. Il a été dit que, sans une pratique suffisante des États sur laquelle s'appuyer, une convention ne serait pas acceptable pour les États et que par conséquent, selon ce point de vue, il serait préférable d'élaborer des directives contenant des recommandations qui pourraient faciliter la rédaction de conventions bilatérales ou régionales. Une autre suggestion a été d'élaborer une loi type ou une convention-cadre. On a également appuyé la démarche adoptée par le Rapporteur spécial, consistant à élaborer un projet d'articles destiné à aider la Commission dans ses travaux, en laissant la question de la forme finale pour plus tard.

123. S'agissant du cadre général proposé par le Rapporteur spécial aux paragraphes 8 et 9 de son deuxième rapport, il a été dit que, selon les résultats des recherches qui seraient effectuées, il pourrait ultérieurement s'avérer nécessaire de le réviser.

124. En ce qui concerne l'article premier proposé, l'idée de ne pas limiter l'application des dispositions aux « utilisations » mais de l'étendre aussi aux « autres activités » a rencontré un certain appui. On a estimé que ces deux termes appelaient des éclaircissements. Il a été suggéré de remplacer le mot « utilisations » par « exploitation », notion que l'on retrouvait à l'alinéa *a* de l'article 2.

125. L'avis a été émis que c'était les eaux souterraines et non les « aquifères » qui seraient l'objet des « utilisations ».

126. Des réserves ont été exprimées quant à la proposition faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 15 de son deuxième rapport de remplacer les mots « qui ont ou sont susceptibles d'avoir » par les mots « qui impliquent le risque de causer », car ce nouveau libellé ne s'appliquerait pas aux activités qui ont actuellement des conséquences pour une formation aquifère transfrontière. On a aussi exprimé une préférence pour la première formulation parce qu'elle permettait de prendre en compte les préoccupations environnementales.

127. En ce qui concerne les définitions énoncées à l'article 2, on a estimé qu'étant de nature technique elles offraient une base solide pour les délibérations de la Commission. Des éclaircissements ont été demandés sur deux points de l'alinéa *a*. Le premier était celui de savoir si la mention de l'exploitabilité devait s'interpréter uniquement à la lumière des possibilités techniques actuelles ou si elle impliquait que le nombre des aquifères entrant dans le champ de la convention augmenterait avec les progrès de la technologie. Le second point était de savoir si, par « exploitables », on entendait simplement des quantités d'eau pouvant être utilisées ou si le terme impliquait une idée de viabilité commerciale.

128. En outre, on s'est demandé si, selon les définitions de l'article 2, considérées conjointement avec les paragraphes 2 et 3 de l'article 4, les États de la formation aquifère avaient l'obligation de protéger les aquifères qui n'étaient pas actuellement exploités mais pourraient l'être un jour; on a estimé qu'il fallait établir pour ces aquifères une protection appropriée.

129. S'agissant de la définition de la « formation aquifère » donnée à l'alinéa *b* de l'article 2, il a été dit qu'on ne voyait pas clairement pourquoi les aquifères devaient être associés à des formations rocheuses particulières: le fait d'être hydrauliquement reliés suffirait.

130. On a dit aussi que la définition de l'« aquifère » risquait de se révéler insuffisante ou trop imprécise pour ce qui était des obligations touchant l'exploitation de l'aquifère, ce qui rendait nécessaire une définition des « eaux de l'aquifère ».

131. Quant à la définition de la « formation aquifère transfrontière », on s'est demandé si elle était suffisante pour couvrir le cas où un aquifère serait situé dans un territoire contesté, situation dans laquelle les États concernés auraient à prendre des mesures de protection provisoires.

132. En ce qui concerne les principes devant régir le projet de convention, on a mentionné la nécessité d'y énoncer plus de principes que dans la Convention de 1997, notamment dans le domaine de la protection de l'environnement et de l'utilisation durable des aquifères; la protection des besoins vitaux de l'être humain a été considérée comme l'un des grands principes à inscrire dans le projet. L'inclusion de certains principes appliqués au pétrole et au gaz devrait être envisagée, en raison de la nature épuisable de la ressource, encore qu'on ait fait observer que les eaux souterraines ne pouvaient être traitées de la même manière que le pétrole et le gaz, en raison de leurs caractéristiques particulières. On a dit également qu'il convenait d'intégrer au projet d'articles les principes de l'utilisation et de la participation équitables et raisonnables, énoncés dans la Convention de 1997. Mais on a fait observer aussi que l'inclusion de ces principes devait se faire avec beaucoup de prudence, compte tenu des différences existant entre les eaux souterraines et les cours d'eau. Certaines des questions soulevées par le Rapporteur spécial au paragraphe 23 de son rapport nécessitaient une recherche sur la pratique des États en la matière.

133. En ce qui concerne l'article 4 du projet, il a été suggéré d'intervertir l'ordre des paragraphes 1 et 2, car les activités visées au paragraphe 2 pouvaient commencer avant la mise en exploitation de l'aquifère; il a été dit en outre que les mesures préventives envisagées devaient également concerner les États qui, sans être eux-mêmes des États de la formation aquifère, menaient des activités susceptibles d'avoir des conséquences pour celle-ci,

observation qui valait également pour le paragraphe 1 de l'article 5 et le paragraphe 3 de l'article 6.

134. À propos de l'obligation de ne pas causer de dommages, énoncée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 4, il a été souligné que les considérations d'équité intergénérationnelle et de respect de l'intégrité de l'environnement justifiaient une obligation de prévenir les dommages à l'aquifère lui-même, et non à l'État de l'aquifère comme le suggéraient ces dispositions. On a été d'avis, à cet égard, que les articles 4 à 7 ne pourraient être examinés qu'une fois que le contexte aurait été défini de façon satisfaisante et que les principes pertinents auraient été mis au point.

135. S'agissant du terme « dommage », il a été noté que, quoique utile, ce terme recouvrait une notion vague, nécessitant la preuve qu'un certain degré de dommage avait été infligé. Par conséquent, la Commission devrait réfléchir plus avant aux types de dommages qu'elle avait à l'esprit.

136. De plus, une certaine crainte a été exprimée que la notion de « dommage significatif » figurant actuellement dans l'article 4 ne soit pas applicable aux problèmes posés par une utilisation non durable des eaux souterraines, même si on pouvait voir dans le paragraphe 3 de cet article une tentative de réglementation des débits d'extraction. On a noté aussi que le sens de l'expression « dommage significatif » variait selon divers facteurs comme le passage du temps, le niveau de développement économique, etc., et qu'il était préférable d'éviter de définir ce qui constituait un dommage significatif, point sur lequel les États pouvaient s'entendre au niveau régional. On a aussi fait observer qu'il fallait peut-être prévoir un seuil plus bas que le dommage significatif, car les eaux souterraines étaient beaucoup plus vulnérables que les eaux de surface face au risque de pollution.

137. On a dit que le texte du paragraphe 3 de l'article 4 n'était pas assez précis et que des éclaircissements supplémentaires devaient être donnés sur le sens du mot « perturber »; ce paragraphe paraissait viser une situation différente de celle dont il était question au paragraphe 27 du rapport. On a également dit qu'il convenait d'inclure l'expression « dommage significatif » dans cette disposition.

138. On a estimé d'autre part que le terme « mesures », qui pouvait se rapporter, notamment, à la formation, à la protection ou à la conservation des eaux souterraines, présentait une certaine ambiguïté.

139. À propos des questions de la responsabilité (*liability*) et des mécanismes de règlement des différends, évoquée au paragraphe 28 du deuxième rapport, on a déclaré que l'indemnisation ne constituerait sans doute jamais une réparation adéquate et que la prévention était donc essentielle. Par conséquent, la Commission pourrait élaborer des dispositions encourageant les États à coopérer entre eux, à reconnaître leur interdépendance à l'égard des ressources en eaux souterraines et à identifier les moyens d'obtenir une assistance pour le règlement de tous différends qui pourraient surgir. Il a été dit aussi qu'un État qui aurait perturbé le fonctionnement d'un aquifère transfrontière devrait avoir l'obligation de faire plus que simplement discuter de la question de l'indemnisation, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 4 de l'article 4. En outre, cette situation pourrait soulever la question de la responsabilité internationale de l'État pour fait illicite si la perturbation en question résultait d'un tel fait. Selon un autre point de vue, il était préférable de traiter de la question de la responsabilité, comme le suggérait le Rapporteur spécial, dans le cadre du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

140. À propos de l'article 5 du projet, il a été suggéré que l'énoncé de l'obligation de coopérer figurant au paragraphe 1 fasse expressément référence à la protection de l'environnement et à l'utilisation durable. Il a aussi été suggéré d'expliquer ce que recouvrait l'expression « intégrité territoriale », utilisée dans le même paragraphe, bien qu'on ait fait observer aussi par ailleurs que cette expression avait déjà été débattue et figurait dans l'article 8 de la Convention de 1997. On a suggéré par ailleurs de renforcer le paragraphe 2 de l'article 5.

141. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 6, on l'a jugé superflu, le contenu de ce paragraphe paraissant déjà être inclus implicitement dans le paragraphe 1 du même article; on ne trouvait dans la Convention de 1997 aucune disposition analogue au paragraphe 2. Il a aussi été suggéré d'inclure dans le projet une disposition concernant les données et informations vitales pour la défense et la sécurité nationales, qui pourrait s'inspirer de l'article 31 de la Convention de 1997.

142. Au sujet de l'article 7, il a été déclaré que l'on ne voyait pas clairement dans quelle mesure les besoins humains essentiels visés au paragraphe 2 primeraient sur l'accord ou la coutume, visés au paragraphe 1, qui pourraient exister. Selon un autre point de vue, on pourrait fusionner ces deux paragraphes, en donnant la priorité aux besoins humains essentiels. On a fait observer que, si un État se voyait obligé de mettre fin à l'exploitation d'eaux souterraines pour tenir compte de besoins humains essentiels, une indemnité lui serait due. Toutefois, on a aussi fait observer que les besoins humains essentiels ne relevaient pas du *jus cogens* et ne pouvaient donc l'emporter sur des obligations conventionnelles. Il a été suggéré par ailleurs de laisser aux États de la formation aquifère concernés le soin de régler la question de l'ordre de priorité des utilisations.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

143. En ce qui concerne les graves difficultés soulevées par la maigre pratique des États, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il ferait de son mieux pour dégager cette pratique des efforts de coopération internationale visant à une gestion appropriée des eaux souterraines, en particulier de ceux qui étaient déployés au niveau régional, et a reconnu que la plupart des traités existants ne portaient que marginalement sur les eaux souterraines.

144. Le Rapporteur spécial a souligné toute l'importance qu'il attachait aux arrangements régionaux sur les eaux souterraines, qui tenaient dûment compte des caractéristiques historiques, politiques, sociales et économiques de la région considérée. Il a indiqué que les règles de caractère universel que formulerait la Commission

seraient destinées à servir de directives aux fins d'arrangements régionaux.

145. En ce qui concerne la forme finale qui serait donnée aux travaux de la Commission, des vues divergentes s'étaient exprimées, mais le Rapporteur spécial espérait que la décision sur la question pourrait être différée jusqu'à ce que des progrès aient été réalisés sur les principaux aspects de fond. Il a répété que, même si les textes proposés dans son rapport l'étaient sous la forme d'articles et s'il y était souvent question d'un projet de convention, il n'excluait aucune autre forme possible.

146. Le Rapporteur spécial a dit qu'il avait accueilli avec intérêt les suggestions et questions formulées par les membres sur des points particuliers et a indiqué que des précisions pourraient être apportées sur certains de ces points, avec le concours de spécialistes.

147. Le Rapporteur spécial jugeait extrêmement utile la nouvelle rédaction proposée pour l'article premier. Il était également d'avis qu'un aquifère non encore exploité mais susceptible de l'être un jour était couvert par la définition.

148. En ce qui concerne la notion d'eaux souterraines, le Rapporteur spécial a expliqué que toutes les eaux qui se trouvaient dans le sol n'étaient pas des eaux souterraines. Les eaux séjournant dans la zone non saturée d'une formation rocheuse, qui finissent par atteindre des cours d'eau ou des lacs ou sont réabsorbées par la végétation, ne constituent pas des eaux souterraines, mais correspondent à l'écoulement hypodermique. Seules les eaux qui parviennent jusqu'à la zone saturée deviennent des eaux souterraines. Un aquifère est donc une formation géologique contenant une quantité de matériau perméable saturé suffisante pour fournir des quantités d'eau significatives. Selon le Rapporteur spécial, ce point pourrait faire l'objet d'une explication détaillée dans le commentaire.

149. La nécessité de définir le mot « transfrontière », à propos non seulement des aquifères transfrontières mais aussi des dommages transfrontières, méritait d'être dûment prise en considération.

150. Le Rapporteur spécial n'était pas certain qu'une définition distincte des « eaux » fût nécessaire, car il pourrait suffire de s'intéresser à l'utilisation des eaux emmagasinées dans les formations rocheuses.

151. Sur la question de savoir pourquoi les dommages aux autres États devaient être limités à ceux qui étaient causés par l'intermédiaire de la formation aquifère, le Rapporteur spécial a dit qu'à son avis les autres dommages, tels ceux qui étaient causés par voie atmosphérique, seraient couverts par l'instrument élaboré dans le cadre du sujet de la « responsabilité internationale (*liability*) ».

152. En ce qui concerne le rapport entre la perturbation du fonctionnement d'une formation aquifère, visée au paragraphe 3 de l'article 4, et la destruction définitive d'un aquifère, le Rapporteur spécial croyait savoir qu'au-delà d'un certain degré d'exploitation de l'aquifère la formation rocheuse perdait sa capacité de produire de l'eau; elle cessait donc d'être un aquifère au sens de l'article 2.

153. S'agissant de la clause d'interdiction de causer des dommages, plusieurs membres avaient évoqué sous différents angles la question du « dommage significatif ». Le Rapporteur spécial a retracé tout l'historique du débat auquel cette notion avait donné lieu au sein de la Commission, à l'issue duquel celle-ci s'était finalement mise d'accord sur l'expression « dommage significatif » lors de l'adoption en deuxième lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[331]. Ces membres s'étaient entendus pour considérer que le dommage était « significatif » s'il n'était pas minime ou négligeable, mais qu'il s'agissait d'un dommage moindre qu'un dommage « substantiel » ou « grave ». La Commission a pris la même position lors de l'adoption de l'article 3 du projet sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[332]. En outre, le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait recommandé à deux reprises le dommage significatif comme seuil à propos de projets analogues et qu'une modification de ce seuil devrait donc être justifiée par une raison impérieuse. Il accueillerait avec intérêt toute autre suggestion à cet égard.

154. En ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 2, le Rapporteur spécial a admis que les mots « chacun associé à des formations rocheuses particulières » n'étaient pas indispensables, dans la mesure où il s'agissait de la description scientifique d'une formation aquifère, qui n'avait pas d'effet juridique.

155. S'agissant de la question relative au champ d'application de la Convention de 1997, le Rapporteur spécial était d'avis que, la Commission étant l'auteur de cet instrument, c'est à elle qu'il revenait d'y répondre.

156. Plusieurs membres avaient abordé la question du rapport entre les différents types d'utilisation, qui faisait l'objet de l'article 7. Le Rapporteur spécial estimait que cet article dépendait de la formulation finale des principes régissant les utilisations des formations aquifères. Il ne voyait pas dans le paragraphe 2 une exception au paragraphe 1. Le paragraphe 2 signifiait que, en cas de conflit entre l'extraction d'eau aux fins de boisson et l'extraction d'eau aux fins d'équipements de loisirs, il faudrait donner la priorité à la première utilisation.

157. Le Rapporteur spécial a aussi déclaré qu'il ferait mention et, le cas échéant, tiendrait compte des règles de l'Association de droit international sur les eaux souterraines, dont la mise au point définitive devrait avoir lieu en août 2004.

---

[331] *Annuaire… 1994*, vol. II (2e partie), p. 94.

[332] Voir *supra* note 322.

Chapitre VII

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)

A. Introduction

158. À sa trentième session, en 1978, la Commission a inscrit à son programme de travail le sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », et nommé M. Robert Q. Quentin-Baxter rapporteur spécial[333].

159. Entre sa trente-deuxième session, en 1980, et sa trente-sixième session, en 1984, la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial[334], où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-quatrième session, en 1982. Les cinq articles ont été proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session. La Commission les a examinés, mais n'a pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction[335].

160. À sa trente-septième session, en 1985, la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session à sa quarante-huitième session, en 1996, elle a reçu 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial[336].

161. À sa quarante-quatrième session en 1992, la Commission a créé un groupe de travail qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard[337]. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir: commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet concernait des « activités » et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre[338].

162. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a décidé de reconstituer le Groupe de travail pour qu'il examine le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats que la Commission avait tenus au fil des années, et formule des recommandations à l'attention de celle-ci. Le Groupe de travail a soumis un rapport[339] qui brossait un tableau complet du sujet, traitant du principe de prévention et de l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation et en présentant des articles assortis de commentaires.

---

[333] À cette session, la Commission avait créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), p. 167 à 169.

[334] Les cinq rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: rapport préliminaire: *Annuaire… 1980*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2, p. 243; deuxième rapport: *Annuaire… 1981*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2, p. 107; troisième rapport: *Annuaire… 1982*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/360, p. 61; quatrième rapport: *Annuaire… 1983*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/373, p. 209; et cinquième rapport: *Annuaire… 1984*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/383 et Add.1, p. 161.

[335] À sa trente-sixième session, la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan, *Annuaire… 1984*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/378, p. 135. Elle était saisie en outre d'un document du Secrétariat intitulé « Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *Annuaire… 1985*, vol. II (1re partie), additif, doc. A/CN.4/384, p. 1. Voir aussi l'étude établie par le Secrétariat sur les régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/471, p. 67.

[336] Les 12 rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: rapport préliminaire: *Annuaire… 1985*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/394, p. 97; deuxième rapport: *Annuaire… 1986*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/402, p. 149; troisième rapport: *Annuaire… 1987*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/405, p. 49; quatrième rapport: *Annuaire… 1988*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/413, p. 253; cinquième rapport: *Annuaire… 1989*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/423, p. 145; sixième rapport: *Annuaire… 1990*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/428 et Add.1, p. 87; septième rapport: *Annuaire… 1991*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/437, p. 73; huitième rapport: *Annuaire… 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/443, p. 61; neuvième rapport: *Annuaire… 1993*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/450, p. 201; dixième rapport: *Annuaire… 1994*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/459, p. 137; onzième rapport: *Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/468, p. 55; et douzième rapport: *Annuaire… 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/475 et Add.1, p. 29.

[337] Voir *Annuaire… 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, par. 341 à 343, p. 53 et 54.

[338] Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir ibid., par. 344 à 349, p. 54.

[339] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), annexe I.

163. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a constitué un groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international en le chargeant d'examiner la manière dont elle devrait poursuivre ses travaux sur le sujet[340]. Le Groupe de travail a analysé les travaux réalisés par la Commission sur le sujet depuis 1978. Il a noté que la portée et la teneur du sujet demeuraient floues, en raison, par exemple, de difficultés d'ordre conceptuel et théorique, de l'intitulé et du rapport du sujet avec la « responsabilité des États ». Le Groupe de travail a noté également que les deux questions que la Commission avait abordées dans le cadre du sujet, à savoir la « prévention » et la « responsabilité internationale » (*international liability*), bien que liées entre elles, étaient distinctes l'une de l'autre. Le Groupe de travail est donc convenu que les questions de la prévention et de la responsabilité devraient être dorénavant traitées séparément.

164. La Commission a donc décidé de poursuivre ses travaux sur le sujet en examinant d'abord la question de la prévention sous le sous-titre « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses »[341]. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 7 de sa résolution 52/156. À la même session, la Commission a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour cette partie du sujet[342]. Entre sa cinquantième session, en 1998, et sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a reçu trois rapports du Rapporteur spécial[343].

165. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission a adopté en première lecture 17 projets d'article concernant la présentation des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[344]. À sa cinquante-troisième session en 2001, la Commission a adopté le texte final d'un projet constitué d'un préambule ainsi que de 19 articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[345], concluant ainsi son travail sur la première partie du sujet. La Commission a également recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base de ce projet d'articles[346].

166. Au paragraphe 3 de sa résolution 56/82, l'Assemblée générale a prié la Commission de reprendre l'examen du volet « responsabilité » du sujet, en tenant compte des liens entre les volets « prévention » et « responsabilité », de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements.

[340] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 162, p. 60.

[341] Ibid., par. 168 *a*, p. 60.

[342] Ibid.

[343] Les trois rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: premier rapport, *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/487 et Add.1; deuxième rapport, *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/501; troisième rapport, *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/510. La Commission était en outre saisie des commentaires et observations des gouvernements: *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/509; et *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/516 (paru en 2001).

[344] *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), par. 52, p. 20.

[345] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 97, p. 157.

[346] Ibid., par. 94, p. 156.

167. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a repris l'examen de la seconde partie du sujet et a constitué un groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international chargé d'établir l'ébauche conceptuelle du sujet[347]. Dans son rapport[348], le Groupe de travail a rappelé certains principes retenus à l'origine et exposé ses vues sur la portée du sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) » et les pistes à suivre. La Commission a adopté le rapport du Groupe de travail et désigné M. Pemmaraju Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour le sujet[349].

168. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses[350] et a constitué un groupe de travail à composition non limitée sous la présidence de M. Pemmaraju Sreenivasa Rao pour aider le Rapporteur spécial à déterminer les orientations futures des travaux sur le sujet à la lumière de son rapport et des débats à la Commission.

B. Examen du sujet à la présente session

169. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses (A/CN.4/540), qui contenait une analyse des observations des États sur les principales questions concernant la répartition des pertes. Le Rapporteur spécial y tirait des conclusions générales à la lumière de ces observations et des débats qui avaient eu lieu à la Commission, et présentait un ensemble de 12 projets de principe[351].

[347] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 441, p. 94.

[348] Ibid., par. 442 à 457, p. 94 à 96.

[349] Ibid., par. 441, p. 94.

[350] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/531.

[351] Cet ensemble de principes proposés par le Rapporteur spécial se lisait comme suit:

« *1. Champ d'application*

Les présents projets de principe s'appliquent aux dommages causés par les activités dangereuses entrant dans le champ d'application du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, à savoir les activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

2. Termes employés

Aux fins des présents projets de principe:

a) le terme "dommage" s'entend d'un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement, et recouvre:

i) la perte de vies humaines ou tout dommage corporel;

ii) la perte de tout bien ou les dommages causés à tout bien autre que les biens appartenant à la personne responsable du dommage conformément aux présents principes;

iii) la perte de revenus tirés d'un intérêt économique, résultant directement d'une altération de l'utilisation de biens ou de ressources naturelles ou de l'environnement, compte tenu des frais évités et des coûts;

La Commission a examiné ce rapport à ses 2804e, 2805e, 2807e, 2808e et 2809e séances, les 26 et 27 mai et les 1er, 2 et 3 juin 2004. La Commission était également saisie, à titre officieux, de l'Étude des régimes

iv) le coût des mesures de remise en état des biens, ou des ressources naturelles ou de l'environnement, lequel est limité au coût des mesures effectivement prises;

v) le coût des mesures d'intervention, y compris toute perte ou tout dommage causé par ces mesures, pour autant que le dommage découle ou résulte de l'activité dangereuse;

b) on entend par "dommage à l'environnement" toute perte ou tout dommage résultant d'une altération de l'environnement ou de ressources naturelles;

c) l'"environnement" comprend: les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs; les biens faisant partie du patrimoine culturel; et les aspects caractéristiques du paysage;

d) on entend par "activité dangereuse" toute activité qui comporte un risque de causer un dommage significatif ou catastrophique;

e) on entend par "exploitant" toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de l'événement ayant causé le dommage transfrontière, y compris une société mère ou une autre entité apparentée dotée ou non de la personnalité morale;

f) on entend par "dommage transfrontière" un dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux situés en dehors du territoire mais placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine ou dans d'autres lieux situés au-delà de la juridiction ou du contrôle de tout État, y compris l'État d'origine, que les États ou zones concernés aient ou non une frontière commune;

g) on entend par "mesures de remise en état" toutes mesures raisonnables visant à évaluer, remettre en état ou restaurer des éléments de l'environnement endommagés ou détruits ou, si cela n'est pas possible, à introduire, s'il y a lieu, l'équivalent de ces éléments dans l'environnement. Le droit interne peut indiquer qui sera habilité à prendre de telles mesures;

h) on entend par "mesures d'intervention" toutes mesures raisonnables prises par toute personne, y compris les pouvoirs publics, après la survenance du dommage transfrontière, pour prévenir, réduire au minimum ou atténuer les pertes ou dommages éventuels ou pour assainir l'environnement. Le droit interne peut indiquer qui sera habilité à prendre de telles mesures;

i) on entend par "État d'origine" l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées dans le principe premier;

j) on entend par "État du préjudice" l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel survient le dommage transfrontière;

k) on entend par "État susceptible d'être affecté" l'État ou les États sur le territoire desquels un dommage transfrontière significatif risque de se produire, ou l'État ou les États qui exercent leur juridiction ou leur contrôle sur tout autre lieu qui est exposé au risque d'un tel dommage;

l) on entend par "États concernés" l'État d'origine, l'État susceptible d'être affecté et l'État du préjudice.

3. Indemnisation des victimes et protection de l'environnement

1. Les présents principes ont pour principal objectif de faire en sorte que les victimes n'aient pas, dans les limites prescrites par le droit interne, à supporter toutes seules les pertes qu'elles pourraient subir du fait de dommages transfrontières.

2. Les présents principes ont aussi pour objectif de faire en sorte que tout dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses à l'environnement ou aux ressources naturelles même dans des zones ou des lieux situés au-delà de la juridiction ou du contrôle des États soit indemnisé dans les limites et dans les conditions qui y sont spécifiées.

4. Indemnisation prompte et adéquate

VARIANTE A

1. L'État d'origine prend les mesures nécessaires afin d'assurer l'indemnisation prompte et adéquate des personnes ayant subi dans un autre État des dommages transfrontières causés par une activité dangereuse sise sur son territoire ou en des lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle.

2. L'État d'origine prend aussi les mesures nécessaires afin d'assurer une telle indemnisation prompte et adéquate des dommages transfrontières à l'environnement ou aux ressources naturelles de tout État ou des zones situées au-delà de la juridiction et du contrôle de tout État découlant de l'activité dangereuse sise sur son territoire ou en des lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle.

3. Les mesures visées aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus peuvent être subordonnées aux conditions, restrictions ou exceptions applicables conformément à la législation de l'État d'origine qui a autorisé l'activité.

4. Lors de l'examen des éléments de nature à établir le lien de causalité entre l'activité dangereuse et les dommages transfrontières, il sera dûment tenu compte du risque de causer un dommage significatif, inhérent à l'activité dangereuse.

VARIANTE B

1. L'exploitant qui mène une activité dangereuse sise sur le territoire ou en des lieux placés sous la juridiction et le contrôle d'un État est responsable des dommages transfrontières causés par cette activité à des personnes ou à l'environnement ou aux ressources naturelles sur le territoire ou en des lieux placés sous la juridiction et le contrôle de tout autre État ou à l'environnement ou aux ressources naturelles de zones situées au-delà de la juridiction et du contrôle de tout État.

2. La responsabilité de l'exploitant est subordonnée aux conditions, restrictions ou exceptions applicables conformément à la législation de l'État d'origine qui a autorisé l'activité.

3. Lors de l'examen des éléments de nature à établir le lien de causalité entre l'activité dangereuse et les dommages transfrontières, il sera (dûment) tenu compte du risque de causer un dommage significatif, inhérent à l'activité dangereuse.

5. Indemnisation complémentaire

1. Les États concernés prennent les mesures nécessaires pour établir des mécanismes de financement complémentaire afin d'indemniser les victimes de dommages transfrontières qui, bien que leur demande d'indemnisation [soit légalement recevable] [ait été jugée recevable], ne sont pas en mesure d'obtenir de l'exploitant une indemnisation prompte et adéquate conformément aux présents principes.

2. Ces mécanismes de financement peuvent être alimentés par des contributions des principaux bénéficiaires de l'activité, des contributions des exploitants de la même catégorie, des fonds affectés à cet effet par les États ou une combinaison de ces éléments.

3. Les États concernés arrêtent des critères pour déterminer ce qui constitue une indemnisation insuffisante conformément au présent projet de principes.

6. Assurance et autres dispositifs financiers

Les États concernés prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'exploitant se couvre en souscrivant et conservant une assurance, des cautionnements ou d'autres garanties financières pour faire face aux demandes d'indemnisation.

7. Mesures d'intervention

1. Les États exigent de tous les exploitants qui participent à la conduite d'activités entrant dans le champ d'application des présents principes qu'ils prennent promptement des mesures efficaces pour faire face à tout événement lié à ces activités en vue de réduire au minimum tout dommage résultant de l'événement, y compris tout dommage transfrontière. Ces mesures comprennent la notification et la consultation sans délai de tous les États susceptibles d'être affectés et la coopération avec ces derniers.

2. Si l'exploitant ne prend pas promptement les mesures d'intervention efficaces requises, l'État d'origine, agissant s'il y a lieu en consultation avec les États susceptibles d'être affectés, fait prendre de telles mesures.

8. Ouverture de voies de recours

1. Les États concernés veillent à ce que des recours judiciaires et administratifs rapides, adéquats et effectifs soient ouverts à toutes les victimes de dommages transfrontières résultant de la conduite d'activités dangereuses.

(Suite de la note page suivante.)

de responsabilité ayant trait au sujet, actualisée par le Secrétariat[352].

170. À sa 2809e séance, tenue le 3 juin 2004, la Commission a constitué, sous la présidence de M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, un groupe de travail chargé d'examiner les propositions présentées par le Rapporteur spécial, compte tenu du débat qui avait eu lieu à la Commission, et de recommander des projets de principe prêts à être renvoyés au Comité de rédaction, tout en poursuivant l'examen d'autres questions, y compris la forme que devait prendre le résultat des travaux sur le sujet. Le Groupe de travail a tenu six séances, le 4 juin et les 6, 7 et 8 juillet 2004. Il a examiné et révisé les 12 projets de principe présentés par le Rapporteur spécial et a recommandé que les huit projets de principe figurant dans son rapport (A/CN.4/L.661 et Corr.1) soient renvoyés au Comité de rédaction.

171. À sa 2815e séance, tenue le 9 juillet 2004, la Commission a entendu le rapport oral du Président du Groupe de travail et a décidé de renvoyer les huit projets de principe au Comité de rédaction. Elle a aussi demandé à ce dernier d'établir le texte d'un préambule.

172. À sa 2822e séance, tenue le 23 juillet 2004, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et adopté en première lecture un ensemble de huit projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (voir sect. C *infra*).

173. À sa 2828e séance, tenue le 4 août 2004, la Commission a décidé, en application des articles 16 et 21 de son statut, de transmettre les projets de principe, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en leur demandant de faire parvenir lesdits commentaires et observations au Secrétaire général le 1er janvier 2006 au plus tard.

174. À sa 2829e séance, tenue le 5 août 2004, la Commission a vivement remercié le Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, de la remarquable contribution qu'il avait apportée au traitement du sujet grâce à ses recherches et à sa vaste expérience, permettant ainsi à la Commission de mener à bien sa première lecture des projets de principe sur le volet « responsabilité » du sujet.

C. Texte des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de principe

175. Le texte des projets de principe adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après:

Projet de principes relatif à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses*

L'Assemblée générale,

Rappelant **les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement,**

Rappelant également **le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,**

Consciente **que des événements peuvent survenir à l'occasion d'activités dangereuses malgré le respect, de la part de l'État intéressé, des dispositions du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,**

Notant **que, par suite de tels événements, d'autres États et/ou leurs nationaux peuvent subir des dommages et de graves pertes,**

Soucieuse **que des mesures appropriées et effectives soient en place pour garantir, autant que possible, que les personnes physiques et morales, y compris les États, qui subissent un dommage ou une perte par suite de tels événements seront en mesure d'obtenir une indemnisation prompte et adéquate,**

(Suite de la note 351.)

2. Les États veillent à ce que ces recours ne soient pas moins rapides, adéquats et effectifs que ceux ouverts à leurs ressortissants, et à ce qu'il soit donné l'accès à l'information nécessaire à l'exercice du droit d'accès à l'indemnisation.

3. Chaque État veille à ce que ses juridictions soient dotées de la compétence nécessaire pour connaître de telles demandes d'indemnisation.

9. Relation avec d'autres règles du droit international

Les présents principes sont sans préjudice des droits et obligations reconnus aux parties en vertu des principes du droit international général concernant la responsabilité internationale des États.

10. Règlement des différends

1. Tout différend concernant l'interprétation ou l'application des présents principes est résolu dans les meilleurs délais par des moyens pacifiques comprenant notamment les négociations, la médiation, la conciliation, l'arbitrage ou le règlement judiciaire.

2. Dans le cas d'un différend qui n'a pas été résolu conformément au paragraphe 1, les parties peuvent d'un commun accord accepter l'un ou l'autre des modes de règlement ci-après, ou les deux: *a*) la soumission du différend à la Cour internationale de Justice, ou *b*) l'arbitrage.

11. Élaboration de régimes internationaux plus détaillés et spécifiques

1. Les États coopèrent à l'élaboration, au niveau mondial ou régional, d'accords internationaux appropriés prescrivant des arrangements plus détaillés concernant les mesures de prévention et d'intervention à prendre pour des catégories particulières d'activités dangereuses ainsi que les dispositions à adopter en matière d'assurance et d'indemnisation.

2. Ces accords peuvent créer des fonds d'indemnisation financés par la branche d'activité et/ou par les États afin d'apporter un complément d'indemnisation lorsque les ressources financières de l'exploitant, y compris son assurance, sont insuffisantes pour couvrir les pertes résultant d'un événement. De tels fonds peuvent être conçus pour compléter ou remplacer les fonds nationaux alimentés par la branche d'activité.

12. Application

1. Les États adoptent toutes mesures législatives, réglementaires et administratives nécessaires à l'application des dispositions ci-dessus.

2. Les présentes dispositions et les mesures d'application sont appliquées par tous les États sans discrimination fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence.

3. Les États coopèrent pour appliquer les présentes dispositions conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international. »

[352] « Étude, établie par le Secrétariat, des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) », *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/543.

* La Commission se réserve le droit de réexaminer en seconde lecture la question de la forme définitive de l'instrument, à la lumière des commentaires et observations des gouvernements. Dans le cas où la Commission aurait à établir un projet de convention-cadre, quelques modifications devraient être apportées au texte des projets de principes 4 à 8 et un petit nombre d'éléments ajoutés, en particulier en ce qui concerne le règlement des différends et les rapports entre le projet de convention et d'autres instruments internationaux.

Observant que les États portent la responsabilité des manquements à leurs obligations de prévention en vertu du droit international,

Reconnaissant l'importance de la coopération internationale entre États,

Rappelant qu'il existe des accords internationaux visant différentes catégories d'activités dangereuses,

Désireuse de contribuer au progrès du droit international dans ce domaine,

[…]

Principe 1

Champ d'application

Les présents projets de principe s'appliquent aux dommages transfrontières causés par les activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

Principe 2

Termes employés

Aux fins des présents projets de principe:

a) le terme «dommage» s'entend d'un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement et comprend:

i) une perte de vie humaine ou un dommage corporel;

ii) la perte d'un bien, ou un dommage causé à un bien, y compris tout bien faisant partie du patrimoine culturel;

iii) une perte ou un dommage résultant d'une atteinte à l'environnement;

iv) le coût de mesures raisonnables de remise en état du bien, ou de l'environnement, y compris les ressources naturelles;

v) le coût de mesures d'intervention raisonnables;

b) l'«environnement» comprend: les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs; et les aspects caractéristiques du paysage;

c) on entend par «dommage transfrontière» un dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées dans le premier projet de principe;

d) on entend par «activité dangereuse» une activité qui comporte un risque de causer un dommage significatif de par ses conséquences physiques;

e) on entend par «exploitant» toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'événement ayant causé le dommage transfrontière.

Principe 3

Objectif

Les présents projets de principe visent à assurer une indemnisation prompte et adéquate aux personnes physiques ou morales, y compris les États, qui sont victimes de dommages transfrontières, dont les dommages causés à l'environnement.

Principe 4

Indemnisation prompte et adéquate

1. Chaque État devrait prendre les mesures nécessaires pour assurer la possibilité d'une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses sises sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle.

2. Ces mesures devraient notamment comporter la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. Cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Toutes conditions, restrictions ou exceptions à ladite responsabilité devraient être compatibles avec le projet de principe 3.

3. Ces mesures devraient aussi comporter l'obligation pour l'exploitant ou, le cas échéant, pour une autre personne ou entité, de se couvrir en souscrivant et conservant une assurance, par des cautionnements ou par d'autres garanties financières pour faire face aux demandes d'indemnisation.

4. S'il y a lieu, ces mesures devraient également prévoir l'obligation de créer un fonds alimenté par la branche d'activité au niveau national.

5. Au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour assurer une indemnisation adéquate, l'État devrait en outre veiller à ce que des ressources financières supplémentaires soient allouées.

Principe 5

Mesures d'intervention

En vue de réduire au minimum tout dommage transfrontière résultant d'un événement lié aux activités entrant dans le champ d'application des présents projets de principe, les États, si nécessaire avec l'aide de l'exploitant, ou, le cas échéant, l'exploitant, devraient prendre des mesures d'intervention promptes et efficaces. Ces mesures comprennent la notification et, s'il y a lieu, la consultation sans délai de tous les États susceptibles d'être affectés ainsi que la coopération avec eux.

Principe 6

Recours internes et internationaux

1. Les États devraient prévoir des procédures appropriées pour garantir que l'indemnisation sera accordée en application du projet de principe 4 aux victimes de dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

2. Ces procédures peuvent comprendre le recours à des procédures internationales de règlement des réclamations rapides et entraînant le minimum de frais.

3. Dans la mesure nécessaire aux fins d'indemnisation en application du projet de principe 4, chaque État devrait s'assurer que ses mécanismes administratifs et judiciaires internes possèdent la compétence nécessaire et qu'ils offrent des recours effectifs aux victimes. Ces mécanismes ne devraient pas être moins rapides, adéquats et effectifs que ceux dont disposent ses nationaux, et devraient inclure un accès approprié à l'information nécessaire à leur mise en œuvre.

Principe 7

Élaboration de régimes internationaux spéciaux

1. Les États devraient coopérer à l'élaboration, dans un cadre universel, régional ou bilatéral, d'accords internationaux appropriés établissant des arrangements concernant les mesures de prévention et d'intervention à appliquer pour des catégories particulières d'activités dangereuses ainsi que les dispositions à prendre en matière d'indemnisation et de sécurité financière.

2. Ces accords peuvent créer des fonds d'indemnisation financés par la branche d'activité et/ou par les États en vue d'apporter un complément d'indemnisation lorsque les ressources financières de l'exploitant, y compris les dispositions touchant sa sécurité financière, sont insuffisantes pour couvrir les pertes résultant d'un événement. De tels fonds peuvent être conçus pour compléter ou remplacer les fonds nationaux alimentés par la branche d'activité.

Principe 8

Application

1. Chaque État devrait adopter toutes mesures législatives, réglementaires et administratives nécessaires à l'application des présents projets de principe.

2. Les présents projets de principe et les mesures d'application devraient être mis en œuvre sans aucune discrimination fondée, par exemple, sur la nationalité, le domicile ou la résidence.

3. Les États devraient coopérer pour appliquer les présents projets de principe conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international.

2. Texte des projets de principe et commentaires y relatifs

176. Le texte des projets de principe relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à sa cinquante-sixième session est reproduit ci-dessous.

Projet de principes relatif à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses*

Commentaire général

1) Le contexte dans lequel s'inscrivent ces projets de principe ainsi que l'approche qui leur est sous-jacente sont exposés dans le préambule, lequel replace les projets de principe dans le cadre des dispositions pertinentes de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio)[353], puis rappelle expressément le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001[354].

2) Le préambule énonce brièvement le contexte général, à savoir que même si l'État concerné s'acquitte pleinement des obligations de prévention qui lui incombent en vertu du projet d'articles précité, des accidents ou d'autres incidents peuvent néanmoins se produire et avoir des conséquences transfrontières entraînant des dommages et de graves pertes pour d'autres États ou leurs ressortissants.

3) Il importe, comme cela est indiqué dans le préambule, que ceux qui ont subi des dommages ou des pertes par suite d'incidents survenant à l'occasion d'activités dangereuses ne soient pas seuls à assumer ces pertes et qu'ils puissent obtenir une indemnisation prompte et adéquate.

4) Les présents projets de principe établissent les moyens permettant d'atteindre cet objectif.

5) Comme indiqué dans le préambule, les arrangements nécessaires en matière d'indemnisation peuvent être prévus dans des accords internationaux s'appliquant à des catégories spécifiques d'activités dangereuses, et les projets de principe encouragent la conclusion de tels arrangements aux niveaux international, régional ou bilatéral, selon qu'il conviendra.

6) Les projets de principe visent donc à contribuer au développement du droit international dans ce domaine, à la fois en offrant une orientation appropriée aux États en ce qui concerne les activités dangereuses non couvertes par des arrangements spécifiques, et en indiquant les questions dont devraient traiter de tels accords.

7) Le préambule établit également que les États sont tenus, en vertu du droit international, de respecter leurs obligations en matière de prévention. Les projets de principe sont donc sans préjudice des règles relatives à la responsabilité de l'État et sans incidence sur toute réclamation pouvant être présentée à ce titre en cas de violation des obligations de prévention.

8) En élaborant les projets de principe, la Commission s'est fondée sur un certain nombre d'hypothèses de base. Tout d'abord, on s'accorde à penser que *a*) le régime juridique devrait avoir un caractère général et complémentaire; et que *b*) ce régime devrait s'appliquer sans préjudice des règles pertinentes sur la responsabilité de l'État adoptées par la Commission en 2001[355]. Deuxièmement, il est entendu que le champ d'application des aspects relatifs à la responsabilité devrait être le même que celui du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, que la Commission a également adopté en 2001[356]. En particulier, il est également convenu que, pour mettre en œuvre le régime relatif aux dommages transfrontières (*transboundary damage*), il conviendra d'utiliser le même seuil, « significatif », qui s'applique en cas de dommage transfrontière (*transboundary harm*). La Commission s'est également longuement interrogée sur l'opportunité d'examiner les questions ayant trait au patrimoine mondial. Après avoir observé que les problèmes soulevés par ce sujet sont différents et qu'ils ont leurs caractéristiques propres, la Commission est parvenue à la conclusion qu'ils doivent être traités de manière distincte[357]. Troisièmement, il a également été convenu de travailler sur la base des considérations de politique générale suivantes: *a*) si les activités envisagées dans le présent sujet sont essentielles au développement économique et utiles à la société, le régime devrait néanmoins prévoir une indemnisation prompte et adéquate en faveur des victimes innocentes, au cas où de telles activités causeraient des dommages transfrontières; et *b*) des plans d'urgence et des mesures d'intervention allant au-delà de ceux prévus dans le projet d'articles sur la prévention devraient exister.

9) Quatrièmement, les différents modèles de responsabilité et d'indemnisation existants ont confirmé que la responsabilité de l'État est une exception, acceptée essentiellement dans le cas des activités extra-atmosphériques. Il existe donc un consensus sur le fait que la responsabilité

* La Commission se réserve le droit de réexaminer en seconde lecture la question de la forme définitive de l'instrument, à la lumière des commentaires et observations des gouvernements. Dans le cas où la Commission aurait à établir un projet de convention-cadre, quelques modifications devraient être apportées au texte des projets de principes 4 à 8 et un petit nombre d'éléments ajoutés, en particulier en ce qui concerne le règlement des différends et les rapports entre le projet de convention et d'autres instruments internationaux.

[353] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I.

[354] Voir *supra* note 322.

[355] Voir *supra* note 4.

[356] Voir *supra* note 322.

[357] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 447, p. 95.

découlant d'activités qui relèvent du champ d'application du présent projet de principes devrait incomber au premier chef à l'exploitant, que cette responsabilité ne dépend pas de la preuve d'une faute, et qu'elle peut être limitée ou soumise à des exceptions, compte tenu de considérations sociales, économiques et d'autres considérations de politique générale. Toutefois, il a également été admis que cette responsabilité ne doit pas toujours incomber à l'exploitant d'une activité dangereuse ou à risque. Le point important est que la responsabilité de la personne qui exerce le contrôle maximum sur l'activité, ou d'autres personnes ou entités selon qu'il conviendra, peut également être engagée.

10) Cinquièmement, il convient d'observer qu'il existe un consensus en faveur de la mise en place d'un financement complémentaire quel que soit le mécanisme de prise en charge de la perte, et que ce financement serait particulièrement important si la notion de responsabilité limitée est adoptée. L'idée de base est d'adopter un mécanisme de prise en charge de la perte qui répartisse la perte sur de nombreux acteurs, y compris l'État. Compte tenu du caractère général et complémentaire du projet, il n'a pas été jugé nécessaire de déterminer à l'avance la part des différents acteurs et de cerner précisément le rôle qui doit être attribué à l'État. Toutefois, il est également admis que l'État a, en vertu du droit international, des obligations de prévention qui mettent en jeu certaines normes minimales de diligence raisonnable[358]. Conformément à ces obligations, les États sont tenus de n'autoriser les activités dangereuses comportant un risque significatif de dommage transfrontière qu'après une procédure d'agrément préalable, mettant en œuvre des évaluations d'impact environnemental et transfrontière, selon que de besoin, en vue d'évaluer les demandes d'agrément et de déterminer les arrangements appropriés pour les contrôler. En d'autres termes, le fait de faire peser sur l'exploitant la responsabilité principale n'exonère nullement l'État de ses propres obligations de prévention en vertu du droit international.

11) Sixièmement, les éléments fondamentaux que doit comporter le régime applicable au mécanisme de la prise en charge de la perte en cas de dommages découlant d'activités dangereuses font l'objet d'un large accord. Il est entendu que, dans la plupart des cas, le droit substantiel ou le droit applicable aux demandes d'indemnisation peut mettre en jeu la responsabilité civile ou la responsabilité pénale, voire les deux, et dépend d'un certain nombre de variables. Les principes du droit civil, ou de la *common law*, ou du droit international privé relatifs au choix du for et au droit applicable peuvent être privilégiés selon le contexte et la juridiction concernée. Le mécanisme proposé n'est donc pas seulement général et complémentaire, mais également flexible et sans préjudice des réclamations susceptibles d'être présentées et des lois et procédures applicables.

12) Enfin, en ce qui concerne la forme de l'instrument, différents avis ont été formulés à ce stade. D'une part, il a été proposé que l'instrument prenne la forme d'un projet d'articles, et qu'il soit donc le pendant, tant sur le plan de la forme que du fond, du projet d'articles sur la prévention.

13) D'autre part, certains membres ont souligné que, étant donné son caractère inévitablement général et complémentaire, il serait préférable que l'instrument revête la forme de projets de principe. Les différentes caractéristiques de certaines activités dangereuses peuvent nécessiter l'adoption d'approches différentes en ce qui concerne des arrangements particuliers. En outre, les choix ou les approches qui seront faits peuvent varier selon les systèmes juridiques. De plus, ils peuvent, de même que leur mise en œuvre, être également influencés par le niveau de développement économique du pays concerné.

14) En définitive, la Commission a conclu que les projets de principe recommandés auraient l'avantage de ne pas nécessiter l'harmonisation, vraisemblablement irréalisable, des législations et des systèmes juridiques nationaux. Elle estime également que les dispositions de fond sont plus susceptibles d'être largement acceptées si elles sont formulées sous forme de projets de principe recommandés. Toutefois, comme cela est indiqué dans la note de bas de page se rapportant au titre, la Commission s'est réservé le droit de réexaminer la question de la forme définitive de l'instrument en seconde lecture, à la lumière des commentaires et des observations des gouvernements.

Préambule

L'Assemblée générale,

***Rappelant* les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement,**

***Rappelant également* le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,**

***Consciente* que des événements peuvent survenir à l'occasion d'activités dangereuses malgré le respect, de la part de l'État intéressé, des dispositions du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,**

***Notant* que, par suite de tels événements, d'autres États et/ou leurs nationaux peuvent subir des dommages et de graves pertes,**

***Soucieuse* que des mesures appropriées et effectives soient en place pour garantir, autant que possible, que les personnes physiques et morales, y compris les États, qui subissent un dommage ou une perte par suite de tels événements seront en mesure d'obtenir une indemnisation prompte et adéquate,**

***Observant* que les États portent la responsabilité des manquements à leurs obligations de prévention en vertu du droit international,**

***Reconnaissant* l'importance de la coopération internationale entre États,**

[358] Birnie et Boyle ont observé, au sujet des projets d'article sur la prévention, que « les traités et la jurisprudence ainsi que la pratique des États confirment amplement que […] les dispositions du projet de convention [sur la prévention des dommages transfrontières] de la Commission sont considérées comme la codification du droit international existant. Elles représentent la norme minimale à laquelle sont tenus les États lorsqu'ils s'occupent de risques transfrontières et qu'ils donnent effet au principe 2 de la Déclaration de Rio » (P. W. Birnie et A. E. Boyle, *International Law and The Environment*, 2e éd., Oxford University Press, 2002, p. 113).

Rappelant **qu'il existe des accords internationaux visant différentes catégories d'activités dangereuses,**

Désireuse **de contribuer au progrès du droit international dans ce domaine,**

[…]

Commentaire

1) Par le passé, la Commission a généralement présenté à l'Assemblée générale des projets d'article sans projet de préambule, laissant aux États le soin de l'élaborer. Toutefois, il est également arrivé qu'elle propose un projet de préambule. Tel a été le cas du projet de convention sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir et du projet de convention sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir[359], du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[360], ainsi que du projet d'articles sur la prévention[361].

2) Comme indiqué dans l'introduction, le *premier* alinéa du préambule commence par rappeler les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio[362]. La nécessité d'élaborer une législation nationale concernant la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution est soulignée dans le principe 13 de la Déclaration, qui reprend le principe 22 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)[363]. Le principe 16 de la Déclaration de Rio met l'accent sur la promotion de l'internalisation des coûts de protection de l'environnement, compte tenu du principe du pollueur-payeur.

3) Le *deuxième* alinéa du préambule se passe d'explications. Il met en relation le présent projet de principes avec le projet d'articles sur la prévention. Les *troisième*, *quatrième* et *cinquième* alinéas du préambule énoncent les principales raisons d'être du présent projet de principes.

4) Le *sixième* alinéa du préambule insiste sur le fait que le projet de principes est sans incidence sur la responsabilité que peut encourir un État du fait de manquements à ses obligations de prévention en vertu du droit international.

5) Les derniers alinéas du préambule se passent d'explications. Le *septième* alinéa du préambule reconnaît l'importance de la coopération internationale en la matière. Le *huitième* alinéa du préambule constate qu'il existe des accords internationaux visant différentes catégories d'activités dangereuses. Le dernier alinéa du préambule souligne l'importance du présent exercice pour la poursuite du développement du droit international dans ce domaine.

[359] *Yearbook of the International Law Commission 1954,* vol. II, doc. A/2693, p. 143.

[360] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), doc. A/54/10, par. 47, p. 21.

[361] Voir *supra* note 322.

[362] Voir *supra* note 353.

[363] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14), 1re partie, chap. Ier.

Principe 1

Champ d'application

Le présent projet de principes s'applique aux dommages transfrontières causés par les activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

Commentaire

1) Le projet de principe relatif au champ d'application est rédigé de manière à refléter la volonté d'appliquer aux présents principes sur les dommages transfrontières le même champ d'application que celui du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, adopté en 2001[364]. Il est inutile d'insister sur le caractère interdépendant des concepts de « prévention » et de « responsabilité » dans le cadre des travaux de la Commission[365]. Le projet de principe 1 indique que les présents principes sont axés sur les dommages transfrontières. La notion de « dommage transfrontière » met l'accent sur un dommage causé sur le territoire placé sous la juridiction d'un État par des activités situées dans un autre État.

2) En premier lieu, les activités qui relèvent du champ d'application des présents projets de principe sont celles qui comportent « un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques ». Différents types d'activités peuvent être envisagés dans cette catégorie. Comme le titre du projet d'articles l'indique, toute activité dangereuse ou extrêmement dangereuse qui comporte, au minimum, un risque de dommage transfrontière significatif est concernée. On entend par activité extrêmement dangereuse une activité qui, en principe, lorsqu'elle est réalisée convenablement, ne présente pas de danger, mais qui peut, en de rares occasions, provoquer de graves (c'est-à-dire plus que significatifs, sérieux ou substantiels) dommages.

3) À différents stades de la genèse du sujet sur la responsabilité internationale, il a été proposé d'établir une liste d'activités, avec la possibilité d'ajouter ou de supprimer des activités. Toutefois, comme dans le cas du projet d'articles sur la prévention, la Commission a préféré ne pas retenir cette suggestion. En effet, l'établissement d'une telle liste n'est pas sans poser de problème et elle n'est pas fonctionnellement essentielle. Elle risque d'être incomplète et de devenir rapidement obsolète du fait du développement technologique constant. En outre, si l'on excepte certaines activités extrêmement dangereuses qui font généralement l'objet d'une réglementation particulière, par exemple dans le domaine du nucléaire ou de l'espace, le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application d'une technologie particulière, du contexte spécifique dans lequel elle est menée et de la manière dont elle s'exerce. Une liste générale ne saurait capter ces éléments. Toutefois, les activités entrant

[364] Voir *supra* note 322.

[365] Voir la recommandation du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international établi par la Commission à sa cinquante-quatrième session, en 2002, *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 447 et 448, p. 95.

dans le champ d'application des présents projets de principe sont déjà soumises à la procédure de l'autorisation préalable en vertu du projet d'articles sur la prévention.

4) On notera en outre qu'il est toujours loisible aux États d'indiquer dans des accords multilatéraux, régionaux ou bilatéraux, ou dans leur législation nationale que telle ou telle activité relève du champ d'application des présents projets de principe[366].

5) Le membre de phrase « activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques » a un sens particulier qui comprend quatre éléments, à savoir *a*) des activités qui ne sont pas interdites par le droit international; *b*) des activités qui comportent un risque de causer un dommage significatif; *c*) ce dommage doit être transfrontière; et *d*) le dommage transfrontière doit être causé par ces activités du fait de leurs conséquences physiques. Tous ces éléments − l'élément de causalité humaine, l'élément de risque, l'élément (extra)territorial, et l'élément physique −, qui ont été adaptés du projet d'articles sur la prévention et qui y sont expliqués, ont été conservés[367].

6) Le membre de phrase « les activités non interdites par le droit international » a été adopté essentiellement pour distinguer les présents projets de principe des règles régissant la responsabilité de l'État. La Commission a reconnu l'importance non seulement des questions de responsabilité pour des actes internationalement illicites, mais également des questions concernant l'obligation de compenser toute conséquence dommageable découlant de certaines activités, en particulier celles qui, de par leur nature, présentent certains risques. Toutefois, compte tenu du fondement entièrement différent de la responsabilité pour risque et des règles qui la régissent, ainsi que de sa teneur et des formes qu'elle peut prendre, la Commission a décidé de traiter les deux sujets séparément[368]. Ce qui signifie que, aux fins des projets de principe, l'accent est mis sur les conséquences des activités et non sur la licéité de l'activité elle-même.

7) Les présents projets de principe, tout comme le projet d'articles sur la prévention, s'intéressent aux règles primaires. Par conséquent, le non-respect de l'obligation de prévention prévu par le projet d'articles sur la prévention pourrait engager la responsabilité de l'État sans nécessairement impliquer que l'activité elle-même est interdite[369]. Dans ce cas, la responsabilité de l'État pourrait être invoquée non seulement pour que l'État lui-même s'acquitte de ses obligations, mais également pour faire jouer la responsabilité civile ou l'obligation de l'exploitant[370]. C'est en effet ce qui ressort clairement des travaux sur le projet d'articles sur la prévention[371].

8) Il est admis que des dommages peuvent se produire malgré le respect de l'obligation de prévention. Des dommages transfrontières peuvent se produire pour plusieurs autres raisons n'engageant pas la responsabilité de l'État. Par exemple, il peut y avoir des situations où les mesures de prévention sont respectées mais se révèlent insuffisantes compte tenu des circonstances, ou bien le risque spécifique à l'origine des dommages transfrontières

[366] Par exemple, divers régimes de responsabilité définissent le type d'activités relevant de leur champ d'application: la Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, 1992; la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels; l'annexe I au Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières; et l'annexe II à la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, où des activités, telles que celles d'installations ou de sites destinés à l'élimination totale ou partielle de déchets solides, liquides ou gazeux par incinération au sol ou en mer, d'installations ou de sites destinés à la dégradation thermique de déchets solides, gazeux ou liquides au moyen d'une alimentation réduite en oxygène, etc., ont été identifiées comme étant des activités dangereuses; l'annexe I de cette Convention contient aussi une liste de substances dangereuses. Voir également la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *Journal officiel de l'Union européenne*, nº L 143 (30 avril 2004), p. 56.

[367] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 160 à 163 (commentaire du projet d'article premier).

[368] Voir *Annuaire… 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, par. 38, p. 171.

[369] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 161 (par. 6 du commentaire de l'article premier). Voir également M. B. Akehurst, « International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, Martinus Nihoff, 1985, p. 3 à 16; A. E. Boyle, « State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, p. 1 à 26; K. Zemanek, « State responsibility and liability », *Environmental Protection and International Law*, textes réunis par W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek, Londres, Graham and Trotman/ Martinus Nijhoff, 1991, p. 197; le deuxième rapport du Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/501, par. 35 à 37, p. 133 et 134; J. Barboza, « La responsabilité "causale" à la Commission du droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 34, 1988, p. 513 à 522; P. Cahier, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Sijthoff, Leyde, 1977, p. 409 à 434; C.-G. Caubet, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *Annuaire français de droit international*, vol. 29, 1983, p. 99 à 120; D. Levy, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *RGDIP*, vol. 32, nº 1, 1961, p. 744 à 764; et P. Sturma, « La responsabilité en dehors de l'illicite en droit international économique », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 20, 1993, p. 91 à 112.

[370] Voir P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 50; A. Rosas, « State responsibility and liability under civil liability regimes », *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*, textes réunis par O. Bring et S. Mahmoudi, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 161; et F. Bitar, *Les mouvements transfrontières de déchets dangereux selon la Convention de Bâle: étude des régimes de responsabilité*, Paris, Pedone, 1997, p. 79 à 138. Toutefois, les normes concernant l'obligation de réparer, la charge de la preuve et les recours sont différentes selon qu'il s'agit de la responsabilité (*responsibility*) des États ou de la responsabilité *(liability)* internationale. Voir aussi P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? », *RGDIP*, t. 101, nº 4, 1997, p. 873 à 903; T. A. Berwick, « Responsibility and liability for environmental damage: a roadmap for international environmental regimes », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, nº 2, 1998, p. 257 à 267; et P.-M. Dupuy, « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement, *Les hommes et l'environnement: quels droits pour le vingt et unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, textes réunis par M. Prieur et C. Lambrechts, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 269 à 282.

[371] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 443, p. 94.

n'ayant pu être identifié au moment de l'autorisation initiale, des mesures de prévention appropriées n'ont pas été envisagées[372]. En d'autres termes, des dommages transfrontières peuvent se produire accidentellement ou dans des circonstances qui n'ont pas été initialement prévues. En outre, des dommages peuvent également être dus à un ensemble d'effets néfastes qui se sont graduellement accumulés au fil du temps. Il convient d'avoir cette distinction à l'esprit aux fins de l'indemnisation. En raison des difficultés que pose l'établissement d'un lien causal entre l'activité dangereuse et le dommage produit, les réclamations ne sont pas fréquentes dans ce dernier cas[373].

9) Les présents projets de principe sont axés sur le dommage causé, que les obligations de diligence raisonnable énoncées dans le projet d'articles sur la prévention aient été respectées ou non. Cependant, s'il y a manquement à ces obligations de diligence raisonnable de la part de l'État d'origine, des réclamations concernant la responsabilité de l'État pour fait illicite peuvent être présentées en sus des demandes d'indemnisation visées dans les présents projets de principe.

10) Le deuxième critère est que les activités auxquelles s'appliquent ces projets de principe sont celles qui comportaient initialement un «risque de causer un dommage transfrontière significatif». L'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif», telle qu'elle est définie dans le commentaire de l'article 2 *a* du projet d'articles sur la prévention, recouvre les risques «dont il est peu probable qu'ils causeront des dommages transfrontières catastrophiques», ou ceux «dont il est fort probable qu'ils causeront un dommage transfrontière significatif»[374]. Ainsi, le terme renvoie à l'effet conjugué de la probabilité de survenance d'un accident et de l'ampleur de ses effets néfastes. C'est donc l'effet conjugué du «risque» et du «dommage» qui est jugé significatif.

11) Il est entendu que le terme «significatif» se réfère à *quelque chose qui est plus que «détectable», mais sans nécessairement atteindre le niveau de «grave» ou «substantiel»*[375]. Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs. L'unité écologique de la planète ne connaît pas les frontières politiques. Lorsque des États conduisent des activités licites sur leurs propres territoires, celles-ci produisent des effets dans d'autres États. Tant que ces effets mutuels ne peuvent être qualifiés de «significatifs», ils sont considérés comme tolérables et ne relèvent pas du champ d'application des présents projets de principe.

12) Le troisième critère a trait au caractère transfrontière du dommage causé par les activités concernées. Le «dommage transfrontière» est défini au projet de principe 2. Cette définition établit un lien entre le dommage transfrontière et le territoire ou d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État dans lequel l'activité est exercée. Ce critère couvre donc trois concepts, à savoir «territoire», «juridiction» et «contrôle». Ces concepts sont définis dans le projet d'articles sur la prévention[376]. Les activités doivent être exercées sur le territoire ou en des lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État et avoir un impact sur le territoire ou d'autres lieux placés sous sa juridiction ou le contrôle d'un autre État.

13) Le quatrième critère permettant de délimiter le champ d'application du sujet est que le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les «conséquences physiques» des activités en question. Ainsi, le dommage transfrontière qui pourrait être causé par les politiques de l'État dans les domaines monétaire, socio-économique ou dans des domaines similaires est exclu du champ d'application du sujet[377].

14) Enfin, le projet de principes s'intéresse aux «dommages […] causés» (*damage caused*) par les activités dangereuses. Dans le contexte actuel, la référence au concept plus large de dommage transfrontière (*transboundary harm*) a été conservée lorsqu'il est question uniquement du risque de dommage, et non de la phase suivante, lorsque le dommage s'est effectivement produit. Le terme «dommage» (*damage*) est utilisé pour renvoyer à cette dernière phase. La notion de «dommage» (*damage*) est introduite pour traduire la spécificité du dommage (*harm*) transfrontière, qui s'est produit. Le terme présente également l'avantage d'être familier. C'est le terme qui est généralement utilisé dans les régimes de responsabilité[378].

---

[372] Ibid., par. 444, p. 94.

[373] Voir P. Wetterstein, «A proprietary or possessory interest: a *conditio sine qua non* for claiming damage for environmental impairment», sous la direction de P. Wetterstein, *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 30. Voir également X. Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 19 à 105 et 113 à 182.

[374] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 1 du commentaire de l'article 2, p. 163.

[375] Ibid., par. 4 du commentaire de l'article 2, p. 163.

[376] Ibid., par. 7 à 12 du commentaire de l'article premier, p. 161 et 162.

[377] Ibid., par. 16 et 17 du commentaire de l'article premier, p. 163.

[378] Le dommage est défini à l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux; à l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières; au paragraphe 7 de l'article 2 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement; au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD); et au paragraphe 10 de l'article premier de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD). Voir également le paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*supra* note 366); et l'alinéa *a* de l'article premier de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux.

Les dommages par la pollution sont définis au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention telle que modifiée par le Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (voir également P. W. Birnie et A. E. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 91 à 106); au paragraphe 9 de l'article premier de la Convention

L'expression « transfrontière » qualifie « dommage » pour souligner l'orientation transfrontière qui est donnée au champ d'application des présents projets de principe. Le membre de phrase « aux dommages transfrontières » vise à souligner le large éventail de questions soulevées par le dommage, dont traitent les présents projets de principe, lesquelles vont au-delà du principe d'indemnisation prompte et adéquate.

Principe 2

Termes employés

Aux fins des présents projets de principe:

***a*) le terme « dommage » s'entend d'un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement et comprend:**

i) une perte de vie humaine ou un dommage corporel;

ii) la perte d'un bien, ou un dommage causé à un bien, y compris tout bien faisant partie du patrimoine culturel;

iii) une perte ou un dommage résultant d'une atteinte à l'environnement;

iv) le coût de mesures raisonnables de remise en état du bien, ou de l'environnement, y compris les ressources naturelles;

v) le coût de mesures d'intervention raisonnables;

***b*) l'« environnement » comprend: les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs; et les aspects caractéristiques du paysage;**

***c*) on entend par « dommage transfrontière » un dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées dans le premier projet de principe;**

***d*) on entend par « activité dangereuse » une activité qui comporte un risque de causer un dommage significatif de par ses conséquences physiques;**

***e*) on entend par « exploitant » toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'événement ayant causé le dommage transfrontière.**

Commentaire

1) La définition de « dommage » est cruciale aux fins des présents projets de principe. Si les éléments du dommage sont identifiés, c'est en partie pour établir le fondement des réclamations y relatives. Avant d'identifier les éléments du dommage, il importe de noter que, pour ouvrir droit à indemnisation, les dommages devraient atteindre un certain seuil, à partir duquel les présents projets de principe entreraient en jeu. Par exemple, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) ne s'est intéressée qu'aux « conséquences graves » des opérations de la fonderie[379]. La sentence arbitrale dans l'affaire du *Lac Lanoux* s'est appuyée sur la notion de « gravement lésé » (*serious injury*)[380]. On a aussi utilisé les termes « important », « grave » ou « substantiel » pour exprimer le seuil ouvrant droit à réclamation dans un certain nombre de conventions[381]. L'adjectif anglais *significant* a également été employé dans d'autres instruments juridiques et dans des textes de loi nationaux[382].

internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; et au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin.

En ce qui concerne la définition des dommages nucléaires, voir l'article premier, par. 1, al. *k*, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article premier, par. 1, al. *k*, de la Convention telle que modifiée par l'article 2 du Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; à l'article premier de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires; à l'article I.B.vii du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982.

Voir également le paragraphe 15 de l'article premier de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, qui définit les dommages à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés; et la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation dont l'article 7 concerne l'obligation « de ne pas causer de dommages significatifs ».

[379] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) [voir *supra* note 204], p. 1965.

[380] *Lac Lanoux*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 281.

[381] Voir, par exemple, l'article 4, paragraphe 2, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique; les paragraphes 1 et 2 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière; et l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

[382] Voir, par exemple, l'article 5 du projet de convention sur les utilisations industrielles et agricoles des cours d'eau et des lacs internationaux, élaboré par le Comité juridique interaméricain en 1965 (OEA, *Ríos y Lagos Internacionales [utilización para fines agrícolas e industriales]*, 4e éd. révisée, OEA/Ser.1/VI, CIJ-75 Rev.2, Washington, 1971, p. 132); l'article X des Règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 496; l'article 21 du Règlement [révisé] de l'Association de droit international sur l'utilisation équitable et la mise en valeur durable des ressources en eau (dixième projet, février 2004), Association de droit international, *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, p. 334; les paragraphes 1 et 2 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1972, relative à la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement; le paragraphe 6 de l'annexe à la recommandation C(74)224 du Conseil de l'OCDE, en date du 14 novembre 1974, sur les principes relatifs à la pollution transfrontière (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, p. 163), reproduite dans *ILM*, vol. 14, nº 1 (janvier 1975), p. 246; le Mémorandum déclaratif d'intention entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Canada, concernant la pollution atmosphérique transfrontière, en date du 5 août 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1274, nº 21009, p. 235; et l'article 7 de l'Accord de coopération entre les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique relatif à la protection et à l'amélioration de l'environnement dans la zone frontalière, conclu le 14 août 1983, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1352, nº 22805, p. 67, reproduit dans *ILM*, vol. 22, nº 5 (septembre 1983), p. 1025. Les États-Unis ont aussi utilisé l'adjectif *significant* dans leur droit interne à propos de questions d'environnement. Voir *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1987, p. 111 et 112.

2) La détermination de ce qui constitue un «dommage significatif» fait appel à des critères concrets et objectifs, mais aussi à un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme «significative» parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sont telles que la perte est considérée comme «tolérable». Mais, ultérieurement, ce jugement peut changer et le même dommage peut alors être considéré comme «significatif». La sensibilité de la communauté internationale à l'égard de la pollution de l'air et de l'eau est en constante évolution.

3) L'*alinéa* a définit le «dommage» comme tout dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement. Les sous-alinéas i et ii portent sur les dommages corporels, les dégâts matériels et les pertes économiques pures, de même que sur la perte de biens faisant partie du patrimoine culturel, qui peut être la propriété de l'État. La notion de dommage ne se conçoit pas isolément ou dans le vide: le dommage survient pour quelqu'un ou quelque chose.

4) Ainsi, au *sous-alinéa i*, la notion de dommage causé à des personnes recouvre la perte de vie humaine et les dommages corporels. On trouve des exemples d'une telle disposition dans le droit interne[383] et dans la pratique des traités[384]. Même les régimes de responsabilité civile qui ne portent que sur les dommages environnementaux et ne s'intéressent pas directement aux dommages corporels reconnaissent que d'autres règles s'appliqueraient[385]. Les régimes qui gardent le silence sur la question ne semblent pas exclure entièrement la possibilité d'introduire une réclamation pour les dommages relevant de cette catégorie[386].

5) Le *sous-alinéa ii* concerne les dommages causés aux biens, y compris la perte. On trouvera des exemples d'une telle disposition dans le droit interne[387] et dans la pratique des traités[388]. Pour des raisons de principe, certains régimes de responsabilité civile excluent les dommages causés aux biens de la personne responsable. L'auteur d'un délit civil n'est pas autorisé à tirer bénéfice de son délit. Le sous-alinéa ii de l'alinéa *c* du point 2 de l'article 2 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux, l'alinéa *b* du point 7 de l'article 2 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement et le sous-alinéa ii de l'alinéa *d* du point 2 de l'article 2 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières contiennent des dispositions à cet effet.

6) Traditionnellement, les droits réels concernent davantage les droits privés des individus que les droits publics. Un particulier ne rencontrerait aucune difficulté pour faire valoir une réclamation relative à ses droits personnels ou réels. Il s'agit de réclamations liées à la possession ou à la propriété, en cas de décès, de dommages corporels ou encore de perte de biens ou de dommages causés à des biens. De plus, la législation sur les délits civils tend à couvrir les dommages pouvant être en rapport avec l'environnement. C'est le cas des dommages causés à des biens, des dommages corporels ou de certaines pertes purement économiques subies à la suite d'un dommage causé à l'environnement. À cet égard, on établit souvent une distinction entre les pertes indirectes et les pertes purement économiques[389].

---

[383] La loi allemande sur la responsabilité en matière d'environnement, par exemple, couvre la perte de vie humaine et les dommages corporels. La loi finlandaise sur l'indemnisation des dommages environnementaux, le Code suédois de l'environnement et la loi danoise sur l'indemnisation des dommages environnementaux comprennent tous des dispositions consacrées aux dommages corporels.

[384] Certains régimes de responsabilité civile renferment les dispositions suivantes: l'article premier, par. 1, al. *k*, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires englobe dans la définition de «dommage nucléaire» «i) Tout décès, tout dommage aux personnes, toute perte de biens ou tout dommage aux biens»; l'article premier, par. 1, al. *k*, de la Convention telle que modifiée par le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires englobe également dans la définition «i) tout décès ou dommage aux personnes; ii) toute perte de bien ou tout dommage aux biens»; l'article I.B.vii du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982, définit l'expression «dommage nucléaire» comme «1. tout décès ou dommage aux personnes; 2. toute perte de biens ou tout dommage aux biens»; la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) définit comme suit la notion de dommage au paragraphe 10 de l'article premier: «*a*) tout décès ou toutes lésions corporelles…; *b*) toute perte ou tout dommage subis par des biens»; le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux définit le terme «dommage» en son article 2, par. 2, al. *c*, comme «i) la perte de vies humaines ou tout dommage corporel; ii) la perte de tout bien ou les dommages causés à tout bien autre que les biens appartenant à la personne responsable du dommage conformément au présent Protocole»; le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières définit les dommages en son article 2, par. 2, al. *d*, comme «i) La perte de vies humaines ou tout préjudice corporel; ii) La perte de biens ou les dommages causés à des biens autres que les biens appartenant à la personne responsable conformément au Protocole»; la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement définit les dommages en son article 2, par. 7, comme: «*a*) le décès ou des lésions corporelles; *b*) toute perte de ou tout dommage causé à des biens autres que l'installation elle-même ou que les biens se trouvant sur le site de l'activité dangereuse et placés sous le contrôle de l'exploitant».

[385] La directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (voir *supra* note 366) ne s'applique pas aux dommages corporels, aux dommages à la propriété privée ni aux pertes économiques et n'affecte en rien les droits existants concernant les dommages de ce type.

[386] Le dommage par pollution est défini à l'article premier, par. 6, de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, de même qu'au paragraphe 3 de l'article 2 du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

[387] Par exemple, la loi finlandaise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre les dommages aux biens; le chapitre 32 du Code suédois de l'environnement prévoit aussi une indemnisation en cas de dommages aux biens; la loi danoise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre les dommages aux biens.

[388] Voir les exemples cités à la note 384 *supra*.

[389] Voir B. Sandvik et S. Suikkari, «Harm and reparation in international treaty regimes: an overview», sous la direction de P. Wetterstein (note 373 *supra*), p. 57. Voir, pour information générale, E. H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing,*

7) Les pertes économiques indirectes sont le résultat d'un décès ou d'un dommage corporel ou d'un dommage causé à des biens, y compris les pertes de revenu résultant d'un dommage corporel. Par exemple, en vertu de la section 2702, alinéa *b*, de la loi des États-Unis sur la pollution par les hydrocarbures (*Oil Pollution Act*), quiconque peut demander réparation pour tout préjudice ou toute perte économique résultant de la destruction de biens réels ou personnels, ces dommages étant recouvrables par le plaignant qui serait propriétaire ou locataire des biens en question. La loi dispose également que quiconque peut prétendre à « des dommages-intérêts équivalant *au manque à gagner ou à la perte résultant d'une atteinte à sa capacité de gain** causée par un dommage corporel, la destruction ou la perte de biens réels, de biens personnels »[390]. De même, la section 252 du Code civil allemand dispose que tout manque à gagner doit être indemnisé. Dans le présent projet de principes, ce type de dommage sera couvert par les sous-alinéas i et ii[391]. Il existe donc plusieurs façons d'aborder la réparation de la perte de revenu. Toutefois, en l'absence d'une disposition expresse portant sur les réclamations pour perte de revenu, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'en cas d'incident dû à des activités dangereuses qui est directement à l'origine d'une substantielle perte de revenu pour la victime l'État concerné devrait faire en sorte que la victime ne soit pas laissée sans soutien.

8) D'un autre côté, la perte purement économique n'est pas liée aux dommages corporels ou aux dommages aux biens. Une marée noire, par exemple, peut immédiatement se traduire par un manque à gagner pour les secteurs du tourisme et de la pêche des environs. De tels incidents ont suscité des réclamations à raison de pertes purement économiques, sans grand succès. Il reste que certains droits internes et certains régimes de responsabilité civile reconnaissent maintenant ce type de dommages comme ouvrant droit à réparation. Selon la sous-section 2702 *b* de la loi des États-Unis sur la pollution par les hydrocarbures, quiconque peut prétendre à des « dommages-intérêts équivalant *au manque à gagner ou à la perte de capacité de gain** causés par un dommage corporel, la destruction ou la perte de […] ressources naturelles »[392]. La loi finlandaise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre aussi les pertes purement économiques, excepté lorsqu'elles sont négligeables. Le chapitre 32 du Code suédois de l'environnement dispose que les pertes purement économiques qui ne sont pas dues à un comportement criminel ouvrent droit à réparation, dans la mesure où elles sont significatives. La loi danoise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre la perte économique et le coût de mesures raisonnables de prévention ou de remise en état de l'environnement. En revanche, la loi allemande sur la responsabilité environnementale ne traite pas des pertes purement économiques[393].

9) L'article 2 *d* iii du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières et le sous-alinéa iii de l'alinéa *d* du point 2 de l'article 2 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux couvrent tout manque à gagner directement en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, compte tenu des dépenses évitées et des coûts. Aux fins des présents projets de principe, ce type de dommage est traité au sous-alinéa iii[394].

Damage and Damage Assessment, La Haye, Kluwer Law International, 2001, p. 9 à 63. Voir aussi le onzième rapport du Rapporteur spécial sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, Julio Barboza (*supra* note 336).

[390] *United States Code 2000 Edition containing the general and permanent laws of the United States, in force on January 2, 2001*, vol. 18, Washington, United States Government Printing Office, 2001, p. 694.

[391] Voir, par exemple, l'article premier, par. 1, al *k*, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires telle que modifiée par le paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole d'amendement de la Convention, selon lequel « dommage nucléaire » signifie « pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, iii) tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage visé aux alinéas i ou ii, pour autant qu'il ne soit pas inclus dans ces alinéas, s'il est subi par une personne qui est fondée à demander réparation de cette perte ou ce dommage; […] vii) tout autre dommage immatériel, autre que celui causé par la dégradation de l'environnement, si le droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile le permet ». Voir aussi l'article premier, al. *f*, de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, selon lequel « dommage nucléaire » signifie « pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, iii) tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage visé aux alinéas i ou ii, pour autant qu'il ne soit pas inclus dans ces alinéas, s'il est subi par une personne qui est fondée à demander réparation de cette perte ou de ce dommage; […] vii) tout autre dommage immatériel, autre que celui causé par la dégradation de l'environnement, si le droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile le permet ». L'article I.B.vii du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982, définit l'expression « dommage nucléaire » comme signifiant aussi, « pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, 3) tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage visé aux sous-alinéas 1 ou 2 […], pour autant qu'il ne soit pas inclus dans ces alinéas, s'il est subi par une personne qui est fondée à demander réparation de cette perte ou de ce dommage ».

[392] Voir *supra* note 390.

[393] Voir, pour information générale, P. Wetterstein, « Environmental damage in the legal systems of the Nordic Countries and Germany », sous la direction de M. Bowman et A. Boyle, *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, p. 223 à 242.

[394] Voir aussi l'article premier, par. 1, al. *k*, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires telle que modifiée par le paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole d'amendement de la Convention, selon lequel « dommage nucléaire » signifie « pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, […] v) tout manque à gagner en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans l'alinéa ii ». Voir aussi l'article premier de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, selon lequel « dommage nucléaire » signifie « pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, […] v) tout manque à gagner en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans l'alinéa ii »; et l'article I.B.vii du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982, selon lequel « dommage nucléaire » signifie « pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, […] 5. tout manque à gagner directement en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans le sous-alinéa 2 ».

10) Le *sous-alinéa ii* couvre aussi les biens qui font partie du patrimoine culturel. Le patrimoine culturel national fait partie des biens de l'État. Il comprend des éléments très divers dont les monuments, les ensembles et les sites; le patrimoine naturel comprend quant à lui les sites et éléments naturels ainsi que les formations géologiques et physiologiques. Leur valeur réside dans leur importance historique, artistique, scientifique, esthétique, ethnologique ou anthropologique, dans leur état de conservation ou leur beauté naturelle. La Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel contient une définition complète de ce qui constitue le patrimoine culturel[395]. Tous les régimes de responsabilité civile ne couvrent pas les aspects du patrimoine culturel sous la même rubrique. Ainsi, la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement englobe dans sa définition d'« environnement » des biens qui font partie du patrimoine culturel[396].

11) Le respect et la sauvegarde des biens culturels sont essentiels en temps de paix comme en temps de guerre. Ce principe est affirmé dans la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. En outre, le droit international humanitaire interdit les hostilités dirigées contre les monuments historiques et les œuvres d'art qui constituent l'héritage culturel des peuples[397].

12) Le *sous-alinéa iii* porte sur des questions relatives aux dommages à l'environnement proprement dit. Il s'agit de dommages causés à l'environnement par l'activité dangereuse sans que cette activité soit en aucune manière liée à un dommage à des personnes ou à des biens. En cas de dommages à l'environnement proprement dit, il n'est pas facile d'établir les éléments nécessaires pour ester. L'environnement n'appartient à personne. Il est généralement considéré comme un bien commun (*res communis omnium*), qui n'est pas susceptible d'appropriation, contrairement à la *res nullius*, c'est-à-dire les biens qui n'appartiennent à personne mais qui sont appropriables. Les particuliers n'ont pas de droits personnels en ce qui concerne ce bien commun et n'auraient normalement pas un intérêt suffisant pour pouvoir présenter une réclamation concernant un dommage causé à un tel bien[398]. De plus, il n'est pas toujours facile de déterminer qui peut être lésé par la perte de valeurs écologiques ou esthétiques aux fins du dépôt d'une plainte. Ce sont les États qui ont la garde de ces biens et, généralement, ce sont les autorités publiques et, dernièrement, les groupes d'intérêt, qui sont habilités à ester concernant ce type de plaintes[399].

13) Les *sous-alinéas iii à v* portent sur des réclamations qui sont habituellement associées à des dommages environnementaux. Une définition de l'environnement figure à l'*alinéa* b. On peut considérer que ces dispositions procèdent de la même notion. Ensemble, ils constituent les éléments essentiels d'une définition des « dommages à l'environnement ». La notion de dommage à l'environnement est consacrée dans plusieurs régimes de responsabilité civile[400]. L'environnement peut être défini de différentes façons pour différentes finalités et il est bon de garder à l'esprit qu'il n'en existe pas de définition universellement acceptée. Il serait toutefois utile de proposer une définition de travail aux fins des présents projets de principe, ne serait-ce que pour se faire une idée de la

---

[395] Aux termes de l'article premier, « sont considérés comme "patrimoine culturel":

- les monuments: œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science,
- les ensembles: groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science,
- les sites: œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones, y compris les sites archéologiques, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique ».

Voir aussi la définition de l'expression « biens culturels » énoncée à l'article premier de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, laquelle englobe tous les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples. Voir aussi la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels. Voir également la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

[396] Voir aussi le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

[397] Voir l'article 53 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et l'article 16 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II). Voir aussi les Conventions concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, en particulier la Convention IV (art. 27 et 56 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé aux Conventions II de 1899 et IV de 1907) et la Convention IX concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre (art. 5), de même que le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

[398] Dans l'affaire *Burgess* v. *M/V Tamano*, le tribunal a noté qu'« il est également incontestable que le droit de cueillir des palourdes […] n'est pas un droit privé lié à un particulier, mais un droit public détenu par l'État "qui en a la garde pour le bien commun du peuple" » (avis du 27 juillet 1973, US District Court, Maine, *Federal Supplement*, vol. 370, 1973, p. 247).

[399] En vertu de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (loi générale des États-Unis d'Amérique sur l'intervention, l'indemnisation et la responsabilité en matière d'environnement) de 1980, *United States Code Annotated*, titre 42, chap. 103, sect. 9601 et suiv.; de la *Clean Water Act* (loi sur la salubrité de l'eau) de 1977, ibid., titre 33, chap. 26, sect. 1321; et de la *Oil Pollution Act* de 1990 (voir *supra* note 390), sect. 2701 et suiv., le Congrès « a autorisé certains organismes intergouvernementaux chargés de gérer les ressources naturelles à agir comme mandataires pour évaluer les dommages et recouvrer les fonds […]. Le fidéicommis public est défini largement et porte sur les "ressources naturelles" qui appartiennent à l'État fédéral, aux États, aux collectivités locales et aux tribus indiennes, qui sont gérées ou détenues par les uns ou les autres, en relèvent ou sont contrôlées par eux ».

[400] Voir par exemple, la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (art. 2, par. 7 *d*); la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (art. 1 *c*); la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 1 et 2); la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (art. 8, par. 2, al. *a*, *b* et *d*); la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) [art. 10, al. *c*]; le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (art. 2, par. 2, al. *c* iv et v); et le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières (art. 2 *d* iv et v).

portée des mesures correctives nécessaires en cas de dommages causés à l'environnement[401].

14) L'*alinéa* b donne une définition du terme « environnement ». Cette définition pourrait être restrictive, se limitant exclusivement aux ressources naturelles comme l'air, le sol, l'eau, la faune et la flore et leur interaction. Plus large, elle pourrait aussi s'étendre aux valeurs environnementales. La Commission a choisi d'inclure dans la définition ces valeurs, qui comprennent des valeurs autres que celle des services rendus, comme l'esthétique du paysage[402]. Cela inclut la jouissance de la nature pour sa beauté naturelle et pour ses propriétés et ses atouts en matière de loisirs. Cette vision plus large se justifie par le caractère général et supplétif des présents projets de principe[403].

15) De plus, la Commission, en adoptant cet angle d'approche général, pour reprendre les termes de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[404]

> ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.

16) De surcroît, une définition plus large permettrait de tempérer toute limite imposée par les régimes de responsabilité aux mesures correctives acceptables, ce que traduisent les sous-alinéas iv et v.

17) Ainsi, alors que la mention à l'*alinéa* b des « ressources naturelles […] et [des] interactions » de leurs facteurs évoque la conception familière de l'environnement dans un écosystème protégé[405], l'expression « les aspects caractéristiques du paysage » annonce une conception plus large de l'environnement[406]. La définition des ressources naturelles comprend les ressources biotiques et abiotiques, y compris leurs écosystèmes.

18) Le *sous-alinéa iii* renvoie à une des formes que le dommage causé à l'environnement revêtirait: « une atteinte à l'environnement ». L'atteinte s'entend d'un préjudice, d'une modification, d'une altération, d'une détérioration, d'une destruction ou d'une perte. Elle entraîne une diminution préjudiciable de la qualité, de la valeur ou de l'excellence. Comme noté au paragraphe 9 ci-dessus, les demandes en réparation pour manque à gagner en relation directe avec une utilisation quelconque de l'environnement qui résulte d'une atteinte à cet environnement peuvent entrer dans cette catégorie.

19) Il est à noter que la mention au *sous-alinéa iv* du « coût de mesures raisonnables de remise en état » et au *sous-alinéa v* du coût raisonnable des opérations de nettoyage, associé au « coût de mesures d'intervention raisonnables » renvoie à des notions modernes. Ces éléments du dommage sont reconnus depuis peu parce que, comme un commentateur l'a noté, « l'accent est mis surtout sur les dommages à l'environnement lui-même et non plus principalement sur les dommages aux personnes et aux biens »[407]. Il apparaît clairement au *sous-alinéa iv* que le

---

[401] Voir aussi la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social: Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement, COM (93) 47, 14 mai 1993, p. 10. Voir aussi l'article 2 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (note 366 *supra*).

[402] Pour une analyse de la philosophie qui sous-tend les régimes de réparation des dommages causés à la biodiversité, voir M. Bowman, « Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm », sous la direction de M. Bowman et A. Boyle, op. cit. (*supra* note 393), p. 41 à 61. Aux termes de l'article 2 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, « sont considérés comme "patrimoine naturel": les monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique; les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animale et végétale menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation; les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle ».

[403] Pour un examen succinct des conceptions, différentes, qui sous-tendent la définition des dommages causés à l'environnement, voir P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2e éd., Cambridge University Press, 2003, p. 876 à 878.

[404] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, par. 140, p. 78. La Cour a évoqué aussi à ce propos la nécessité de garder présents à l'esprit les intérêts intergénérationnels et intragénérationnels, ainsi que la demande impérieuse actuelle de développement durable.

[405] À l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique, le terme « écosystème » est défini comme désignant « le complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle ». Selon le paragraphe 15 de l'article premier de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique,

> « [l]'expression "dommage à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés" désigne toute incidence sur les composantes vivantes et non vivantes dudit environnement ou desdits écosystèmes, y compris toute atteinte à la vie atmosphérique, marine ou terrestre, dépassant un niveau négligeable ou dépassant ce qui a été évalué et considéré comme acceptable en vertu de la présente Convention ».

Voir aussi art. 3, par. 1, du Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement.

[406] L'article 2, paragraphe 10, de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement contient une liste non exhaustive des éléments qui constituent l'environnement, parmi lesquels figurent « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs; les biens qui composent l'héritage culturel; et les aspects caractéristiques du paysage »; l'article premier, al. *c*, de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels énumère les conséquences nocives des accidents industriels sur « i) les êtres humains, la flore et la faune; ii) les sols, l'eau, l'air et le paysage; iii) l'interaction entre les facteurs visés aux alinéas i et ii; iv) les biens matériels et le patrimoine culturel, y compris les monuments historiques »; au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, il est précisé que l'« effet sur l'environnement peut prendre plusieurs formes: atteinte à la santé et à la sécurité de l'homme, à la flore, à la faune, au sol, à l'air, à l'eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions, ou interaction de plusieurs de ces facteurs; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socio-économiques résultant de modifications de ces facteurs ». Voir aussi l'article 2 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*supra* note 366).

[407] L. de La Fayette, « The concept of environmental damage in international liability regimes », sous la direction de M. Bowman et A. Boyle, op. cit. (*supra* note 393), p. 167.

coût raisonnable de mesures de remise en état du bien est remboursable dans le cadre des demandes en réparation des dommages transfrontières. La pratique conventionnelle récente tend à reconnaître l'importance de ces mesures, mais laisse au droit interne le soin de déterminer qui peut être habilité à les prendre. Ces mesures ont été définies comme étant toutes mesures raisonnables visant à évaluer, remettre en état ou rétablir les éléments endommagés ou détruits de l'environnement ou, en cas d'impossibilité, d'introduire dans l'environnement, selon que de besoin, l'équivalent de ces éléments[408].

20) L'adjectif «raisonnable» a pour objet d'indiquer que le coût de ces mesures ne doit pas être par trop disproportionné par rapport à l'utilité de la mesure. Dans l'affaire du *«Zoe Colocotroni»*, la cour d'appel du Premier circuit des États-Unis a déclaré ce qui suit:

> Les coûts pouvant être recouvrés sont les coûts raisonnablement encourus […] pour remettre l'environnement de la zone sinistrée dans l'état où il se trouvait précédemment ou dans un état aussi proche que possible sans encourir des dépenses manifestement disproportionnées. Pour évaluer le caractère raisonnable de ces dépenses, il convient de se référer aux mesures qu'une entité souveraine ou un organisme public adopterait pour mitiger les effets de la pollution en tenant compte de facteurs comme la faisabilité technique, les effets indirects néfastes, la compatibilité avec la régénération naturelle et la mesure dans laquelle, au-delà d'un certain point, les efforts déployés seraient soit inutiles, soit excessivement onéreux.[409]

21) Le *sous-alinéa v* inclut le coût de mesures d'intervention raisonnables en tant qu'élément recevable des demandes en réparation des dommages transfrontières. La pratique conventionnelle récente tend à reconnaître l'importance de telles mesures, tout en laissant au droit interne le soin de préciser qui peut être habilité à les prendre[410]. Au nombre de ces mesures figure toute mesure raisonnable prise par toute personne, y compris une autorité publique, suite à la survenance d'un dommage transfrontière pour prévenir, réduire ou atténuer des pertes ou des dommages éventuels ou pour organiser les opérations d'assainissement de l'environnement. Les mesures d'intervention doivent être raisonnables.

22) L'*alinéa* c définit le «dommage transfrontière» comme étant un dommage survenu dans un État à la suite d'un accident ou d'un incident dû à une activité dangereuse conduite dans un autre État. Cette théorie repose sur les notions bien établies de territoire, juridiction et contrôle d'un État. Dans ce sens, elle se réfère aux dommages causés sur le territoire ou en d'autres lieux extérieurs au territoire, mais placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que celui sous le territoire duquel ou sur la juridiction ou le contrôle duquel les activités dangereuses sont exercées. Peu importe que les États aient ou non une frontière commune. La définition renvoie, par exemple, aux activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État sur ses navires ou ses plates-formes en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle.

23) La définition a pour objet de bien faire la distinction entre d'une part l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel une activité visée par les présents projets de principe est conduite, et d'autre part l'État qui en a subi l'effet préjudiciable. Aux fins des présents principes, différentes expressions pourraient être utilisées. Il pourrait s'agir notamment des expressions définies dans le projet d'articles sur la prévention[411], à savoir «État d'origine» (l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article

---

[408] Voir, par exemple, l'article premier, par. 1, al. *k*, sous-alinéa iv, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires telle que modifiée par le paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole d'amendement de la Convention: «le coût des mesures de restauration d'un environnement dégradé, sauf si la dégradation est insignifiante, si de telles mesures sont effectivement prises ou doivent l'être, et pour autant que ce coût ne soit pas inclus dans l'alinéa ii»; l'article premier, al. *f*, sous-alinéa v, de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires: «tout manque à gagner en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans l'alinéa ii»; et l'article I.B.vii du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982: «le coût des mesures de restauration d'un environnement dégradé, sauf si la dégradation est insignifiante, si de telles mesures sont effectivement prises ou doivent l'être, et pour autant que ce coût ne soit pas inclus dans le sous-alinéa 2». Il est précisé au paragraphe 6 de l'article premier du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront. Voir également le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (art. 2, par. 2, al. *c*, sous-alinéa iv, et *d*); la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (art. 2, par. 7, al. *c*, et 8); et le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières (art. 2, par. 2, al. *d*, sous-alinéa iv, et *g*).

[409] *Commonwealth of Puerto Rico,* et al. v. S.S. *Zoe Colocotroni,* et al., 628 F. 2D, p. 652, Cour d'appel des États-Unis, Premier Circuit, 1980, texte cité dans C. de La Rue, «Environmental damage assessment», sous la direction de R. P. Kroner, *Transnational Environmental Liability and Insurance*, Londres, Graham and Trotman, 1993, p. 72.

[410] Voir, par exemple, l'article premier, par. 1, al. *k*, sous-alinéa vi, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires telle que modifiée par le paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole d'amendement de la Convention: «le coût des mesures préventives et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures»; l'article premier, al. *f*, sous-alinéa vi, de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires: «le coût des mesures préventives et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures»; et l'article I.B.vii du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982: «le coût des mesures de sauvegarde et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures, s'agissant des sous-alinéas 1 à 5 ci-dessus, dans la mesure où la perte ou le dommage découle ou résulte des rayonnements ionisants émis par toute source de rayonnements se trouvant à l'intérieur d'une installation nucléaire, ou émis par des combustibles nucléaires ou des produits ou déchets radioactifs». Le paragraphe 6 de l'article premier du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures fait état du coût des mesures de sauvegarde et des autres préjudices ou dommages causés par ces mesures. Voir également le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (art. 2, par. 2, al. *c*, sous-alinéa v, et *d*); la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (art. 2, par. 7, al. *d*, et 9); et le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières (art. 2, par. 2, al. *d*, sous-alinéa v, et *h*).

[411] Voir *supra* note 322.

premier, et « État susceptible d'être affecté » (l'État sur le territoire duquel un dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur d'autres lieux où un tel dommage risque de se produire; plusieurs États pourraient être des États susceptibles d'être affectés par un dommage transfrontière donné). Les expressions « État du préjudice » (l'État sur le territoire duquel survient un dommage transfrontière ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur d'autres lieux où un tel dommage survient) et « États concernés » (l'État d'origine, l'État susceptible d'être affecté et l'État du préjudice) pourraient aussi être employées. Elles ne l'ont pas été dans les présents projets de principe, mais elles figurent çà et là dans le commentaire, selon que de besoin.

24) Comme cela est souvent le cas, les incidents qui relèvent du champ d'application des présents projets de principe peuvent faire des victimes à la fois dans l'État d'origine et dans les autres États du préjudice. S'agissant de l'indemnisation, en ce qui concerne en particulier les fonds à créer au bénéfice des victimes comme cela est envisagé au projet de principe 4 ci-dessous, il serait possible de prévoir une indemnisation pour les dommages subis dans l'État d'origine. L'article XI de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires l'envisage.

25) L'*alinéa* d définit l'expression « activité dangereuse » comme étant toute activité qui comporte un risque de causer un dommage transfrontière par ses conséquences physiques. Le sens et la portée des mots employés sont expliqués dans le commentaire relatif au projet de principe 1 ci-dessus.

26) L'*alinéa* e donne une définition fonctionnelle du terme « exploitant »: l'exploitant est toute personne qui dirige ou contrôle l'activité.

27) Il n'y a pas en droit international de définition générale du terme « exploitant ». Celui-ci est toutefois employé dans la législation interne[412]. Il l'est également dans la pratique conventionnelle, et là, les régimes de réparation des dommages nucléaires prévoient que la responsabilité incombe à l'exploitant[413]. La définition du terme « exploitant » varie cependant selon la nature de l'activité. Les régimes de responsabilité objective se caractérisent par l'imputation de la responsabilité à une entité unique, le propriétaire ou l'exploitant. C'est ainsi qu'une personne autre que l'exploitant peut être expressément tenue pour responsable, selon les intérêts en jeu dans le cadre d'une activité dangereuse donnée. Par exemple, lors de la Conférence de 1969 qui a abouti à l'adoption de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la possibilité a été explorée d'imputer la responsabilité au propriétaire du navire ou au propriétaire de la marchandise, ou aux deux[414]. Mais à l'issue d'un compromis, il a été convenu de retenir la responsabilité objective du propriétaire du navire. Le terme « diriger » renvoie à l'aptitude de l'exploitant à utiliser ou à contrôler les moyens dont il a la charge. Dans ce sens, il peut s'agir de la personne qui utilise un aéronef au moment de la survenance du dommage, ou du propriétaire d'un aéronef s'il a conservé les droits de navigation[415].

28) Le mot « contrôler » renvoie aux pouvoirs ou aux attributions en matière d'administration, direction, réglementation, gestion ou supervision[416]. Il pourrait s'agir de la personne qui a reçu par délégation un pouvoir décisif sur le fonctionnement technique d'une activité, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou

[412] Pour la législation interne, voir par exemple la *Oil Pollution Act* de 1990 (*supra* note 390): peuvent être tenus pour responsables: *a*) les parties intéressées, comme le propriétaire ou l'exploitant d'un navire, d'une installation à terre ou offshore, d'un port de mer ou d'un oléoduc; *b*) le garant, c'est-à-dire la personne, autre que la partie intéressée, qui couvre la responsabilité financière de cette dernière; et *c*) les tiers, c'est-à-dire les personnes autres que celles visées aux deux alinéas précédents, leurs préposés ou mandataires ou leurs sous-traitants, dont le comportement a été la cause exclusive du dommage. Voir également la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (*supra* note 399).

[413] Voir, par exemple, la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et le Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982, « l'exploitant » d'une installation nucléaire s'entendant de « la personne désignée ou reconnue par l'autorité publique compétente comme l'exploitant de cette installation nucléaire » (art. 1 commun, sous-alinéa vi). Voir également la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommage nucléaire (exploitant) [art. IV]; le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (« exploitant ») [art. 1, al. *c*]; et la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (exploitant d'un navire nucléaire) [art. II]. Voir aussi la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure, qui définit le « transporteur », s'agissant de transport par bateau de navigation intérieure, comme étant « la personne qui, au moment de l'événement, dispose de l'emploi du véhicule à bord duquel les marchandises dangereuses sont transportées » (art. 1, par. 8); la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, qui définit l'exploitant d'une installation sise sur le plateau continental comme étant, à défaut de désignation par les États parties, « la personne qui exerce le contrôle global des activités poursuivies sur l'installation » (art. 1, par. 3); et la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*supra* note 366), qui prévoit la responsabilité de l'*exploitant*, et où celui-ci est toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle.

[414] Voir *Documents officiels de la Conférence juridique internationale de 1969 sur les dommages dus à la pollution des eaux de la mer*, Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, 1973 (LEG/CONF/C.2/SR.2 à 13), cité dans D. W. Abecassis et R. L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships: International, United Kingdom and United States Law and Practice*, 2e éd., Londres, Stevens and Sons, 1985, p. 253. Certains régimes prévoient la responsabilité du propriétaire du navire, comme par exemple le Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (art. III, par. 1); la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (art. 3); et la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD) [art. 7, par. 1].

[415] Voir la Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (art. 12).

[416] Dans la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute, la définition du « propriétaire du navire » est large: elle englobe le propriétaire inscrit, l'affréteur coque nue, l'armateur gérant et l'exploitant du navire (art. 1, par. 3).

notifiant une telle activité[417]. Il pourrait s'agir également de la société mère ou d'une autre entité connexe, constituée ou non en société, si cette entité détient le contrôle effectif de l'exploitation[418]. L'exploitant peut être une entité publique ou privée. Il est envisagé qu'un État peut être l'exploitant aux fins de la présente définition.

29) L'expression «au moment de la survenance de l'événement» vise à établir un lien entre l'exploitant et le dommage transfrontière.

Principe 3

Objectif

Les présents projets de principe visent à assurer une indemnisation prompte et adéquate aux personnes physiques ou morales, y compris les États, qui sont victimes de dommages transfrontières, dont les dommages causés à l'environnement.

Commentaire

1) L'objectif principal des présents projets de principe est d'offrir une indemnisation d'une manière prévisible, équitable, rapide et économiquement rationnelle. Les présents projets de principe visent également d'autres objectifs, dont les suivants: *a*) créer des incitations à l'intention de l'exploitant et d'autres personnes ou entités concernées pour prévenir des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses; *b*) favoriser la coopération entre États pour régler à l'amiable les questions relatives à l'indemnisation; *c*) préserver et favoriser la viabilité d'activités économiques qui sont importantes pour le bien-être des États et des populations.

2) L'objectif principal, qui est d'assurer la protection des victimes de préjudices résultant de dommages transfrontières par l'indemnisation, constitue l'élément essentiel du sujet depuis le début de son examen par la Commission. Dans son ébauche de plan, Robert Q. Quentin-Baxter s'était également attaché à la nécessité de protéger les victimes, ce qui exigeait «des mesures de prévention qui évitent autant que possible un risque de perte ou de dommage et, en cas d'impossibilité, des mesures de réparation», en soulignant que: «les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge»[419]. La première considération a déjà été traitée dans le projet d'articles sur la prévention[420].

3) Une définition formelle du terme «victime» n'a pas été jugée nécessaire, mais, aux fins des présents projets de principe, ce terme comprend les personnes physiques et morales, y compris les États en tant que gardiens des biens publics. Cette signification est à rapprocher et peut être déduite de la définition du dommage dans le projet de principe 2, laquelle comprend un dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement[421]. Un groupe de personnes ou de communes pourrait aussi être victime. Dans l'affaire *In the matter of the people of Enewetak* dont a eu à connaître le Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal institué en vertu de la loi de 1987 dite *Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal Act*, le Tribunal a examiné les questions liées à l'indemnisation de la population d'Enewetak pour la perte de jouissance passée et future de l'atoll d'Enewetak, pour la remise en état sûr et productif de l'atoll, pour les épreuves subies par la population d'Enewetak par suite de sa réinstallation liée à la perte de jouissance causée par les essais nucléaires conduits sur l'atoll[422]. Dans le différend concernant l'*Amoco Cadiz*, à la suite du naufrage du superpétrolier *Amoco Cadiz* au large de la Bretagne, les départements français des Côtes-du-Nord et du Finistère et un grand nombre de communes, ainsi que plusieurs entreprises, associations et particuliers français, ont engagé une action contre le propriétaire de l'*Amoco Cadiz* et sa société mère aux États-Unis. Les demandes invoquaient des pertes résultant d'affaires non réalisées. Le Gouvernement français lui-même a présenté des demandes de dommages-intérêts au titre de la pollution et des frais de nettoyage[423].

4) La signification du terme «victime» est également liée à la question de la qualité pour agir. Certains régimes de responsabilité comme ceux institués par la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement et la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux prévoient que des organisations non gouvernementales ont qualité

---

[417] Voir la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*Journal officiel de l'Union européenne*, nº L 143 (30 avril 2004), p. 60), art. 2, par. 6.

[418] En vertu de l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, la responsabilité incombe au premier chef à l'*opérateur*, défini au paragraphe 11 de l'article premier comme étant une partie, un organisme ou une entreprise publique d'une partie, ou une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie, ou une entreprise conjointe consistant exclusivement en une combinaison quelconque des catégories susmentionnées. En vertu de l'article 16.1 des clauses types de contrat d'exploration jointes au Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone adopté par l'Autorité internationale des fonds marins le 13 juillet 2000, le *contractant* «est responsable du dommage effectif, s'agissant notamment de dommages causés au milieu marin, imputable à des actes ou omissions illicites, de sa part ou de celle de ses employés, sous-traitants, agents et de toutes autres personnes travaillant ou agissant pour le compte de ceux-ci dans la conduite des opérations» (ISBA/6/A/18, annexe 4, art. 16).

[419] *Annuaire… 1982*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/360, p. 76 (ébauche de plan, sect. 5, par. 2 et 3).

[420] Voir *supra* note 322.

[421] S'agissant de la définition de la victime en vertu du droit pénal international, voir par exemple la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, résolution 40/34 de l'Assemblée générale du 29 novembre 1985. Voir aussi le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (art. 79).

[422] Voir *ILM*, vol. 39, nº 5 (septembre 2000), p. 1214 et suiv. En décembre 1947, la population a été transférée de l'atoll d'Enewetak sur l'atoll d'Ujelang. À cette époque, la surface de l'atoll était de 1 919,49 acres. Lorsque les habitants sont revenus, le 1er octobre 1980, après que 43 essais d'engins nucléaires eurent été effectués, 815,33 acres étaient réutilisables, 949,8 acres étaient inutilisables, et une superficie de 154,36 acres avait été volatilisée (ibid., p. 1214).

[423] Voir *Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978, MDL Docket No 376 ND Ill. 1984, American Maritime Cases, 2123-2199*. Voir également M. C. Maffei, «The compensation for ecological damage in the "Patmos" case», sous la direction de F. Francioni et T. Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham and Trotman, 1991, p. 381. Voir aussi *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, 954 F.2d 1279.

pour agir[424]. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement donne elle aussi aux organisations non gouvernementales qualité pour agir en défense d'intérêts environnementaux publics. Peuvent aussi être victimes ceux qui, par délégation en vertu de la législation nationale, ont reçu pour mission de sauvegarder ces ressources et qui ont donc qualité pour agir. Le concept de fiducie publique (*public trust*) a permis, dans de nombreux pays, de donner à différentes personnes spécifiées qualité pour agir en vue d'obtenir remise en état et dépollution en cas de dommages transfrontières[425]. Aux États-Unis, par exemple, la loi *Oil Pollution Act* reconnaît cette qualité au gouvernement fédéral, à un État, à une tribu indienne ou à un gouvernement étranger. Une autre loi fédérale, intitulée *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (1980), telle que modifiée en 1986 par la loi dite *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, ne donne qualité pour agir qu'au gouvernement fédéral, aux représentants autorisés des États, en tant que *trustees* des ressources naturelles, ou aux *trustees* désignés de tribus indiennes. Dans certains autres pays, des autorités publiques se sont vu accorder le même droit de recours. La législation norvégienne, par exemple, donne à des sociétés et organisations privées qualité pour intenter des actions en recouvrement des coûts de remise en état. En France, certaines associations écologiques ont reçu le droit de se porter partie civile dans des affaires pénales concernant la violation de certaines lois sur l'environnement.

5) Le concept de responsabilité et d'indemnisation des victimes apparaît également dans le principe 22 de la Déclaration de Stockholm, où est exprimée la conviction commune que:

> Les États doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces États ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.[426]

6) Ce concept est plus amplement développé dans le principe 13 de la Déclaration de Rio:

> Les États doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle.[427]

7) La nécessité d'une indemnisation prompte et adéquate devrait aussi être perçue dans la perspective de parvenir à l'« internalisation des coûts » qui était au cœur, à l'origine, du principe « pollueur-payeur »[428]. Il s'agit d'un principe selon lequel il convient d'internaliser les véritables coûts économiques des mesures de lutte contre la pollution, de dépollution et de protection, à l'intérieur du coût de l'exercice de l'activité elle-même. L'objectif est de faire en sorte que les gouvernements ne faussent pas les coûts du commerce international et de l'investissement en subventionnant ces dépenses environnementales. La politique de l'OCDE et de l'Union européenne consacre ce principe. Néanmoins, dans son application, le principe ainsi consacré est susceptible de variations dans différents contextes. Le principe « pollueur-payeur » est visé dans un certain nombre d'instruments internationaux. Il est formulé en termes très généraux en tant que principe 16 de la Déclaration de Rio:

> Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement.[429]

8) Dans la pratique conventionnelle, le principe a servi de base pour l'élaboration de régimes de responsabilité objective. Ainsi est-il noté dans le préambule de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement « l'opportunité d'établir dans ce domaine un régime de responsabilité objective tenant compte du principe "pollueur-payeur" ». Le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières vise, dans son préambule, le « principe du pollueur-payeur » en tant que « principe général du droit international de l'environnement, accepté aussi par les Parties » à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels[430].

---

[424] Voir l'article 18 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement et l'article 12 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale (*supra* note 366).

[425] Voir P. Wetterstein, « A proprietary or possessory interest… », loc. cit. (*supra* note 373), p. 50 et 51.

[426] Voir *supra* note 363.

[427] Voir *supra* note 353.

[428] Voir H. Smets, « Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement? », *RGDIP*, 1993, t. 97, p. 339 à 364; et N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 157 et suiv.

[429] Dans son rapport relatif à la mise en œuvre d'Action 21, l'ONU relève ce qui suit:

> « Des progrès ont été réalisés dans l'incorporation des principes de la Déclaration de Rio […] − notamment […] le principe pollueur-payeur […] − dans les différents instruments juridiques internationaux et nationaux. Si l'on a enregistré certains progrès dans la mise en œuvre des engagements souscrits lors de la Conférence [des Nations Unies sur l'environnement et le développement] par le biais de divers instruments juridiques internationaux, il reste beaucoup à faire pour donner véritablement corps aux principes de Rio tant dans la législation que dans la pratique. »

Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-neuvième session extraordinaire, Supplément nº 2 (A/S-19/33), par. 14.

[430] Le principe est également visé, par exemple, dans la Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures; la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est de 1992 (Convention OSPAR); la Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique; la Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution; la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels; la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement; et la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*supra* note 366).

9) Certains organes judiciaires nationaux ont également reconnu ce principe. Par exemple, la Cour suprême indienne dans l'affaire *Vellore Citizens Welfare Forum* v. *Union of India and others*[431], après avoir considéré le principe comme faisant partie intégrante du droit international général, a enjoint au Gouvernement indien d'établir une autorité chargée de traiter la question de la dégradation de l'environnement causée par les activités des tanneries de cuir dans l'État de Tamil Nadu. Dans cette affaire, il a été estimé que près de 35 000 hectares de terres agricoles de la ceinture des tanneries étaient devenus partiellement ou totalement impropres à la culture et que les 170 types de produits chimiques employés dans le processus de tannage au chrome avaient gravement pollué l'eau potable de ce secteur. La Cour a infligé à chaque tannerie une amende de 10 000 roupies à verser dans un fonds de protection de l'environnement. Elle a également ordonné aux tanneries responsables de la pollution de verser une indemnisation, en chargeant les *Collectors/District Magistrates* de l'État de Tamil Nadu de collecter les indemnités à évaluer et à recouvrer par l'autorité devant être instituée en vertu de l'injonction de la Cour[432].

10) Dans l'arbitrage entre la France et les Pays-Bas concernant l'application de la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 et du Protocole additionnel du 25 septembre 1991 (France/Pays-Bas), le tribunal arbitral a toutefois adopté un point de vue différent lorsqu'il a été invité à examiner le principe du «pollueur-payeur» lors de son interprétation de la Convention, bien que ce principe n'y soit pas expressément visé. Le tribunal a conclu dans sa sentence en date du 12 mars 2004 que, malgré son importance en droit conventionnel, le principe du pollueur-payeur ne fait pas partie du droit international général. Dès lors, il ne l'a pas jugé pertinent pour son interprétation de la Convention[433].

11) Il a été en outre noté qu'«il n'est pas certain qu'il [le principe du "pollueur-payeur"] ait acquis la valeur de règle généralement applicable de droit international coutumier, sauf peut-être par rapport aux États de la CE, de la CEE, et de l'OCDE»[434].

12) Le principe a également ses limites. Il a ainsi été noté:

> La mesure dans laquelle la responsabilité civile oblige le pollueur à payer pour des dommages environnementaux dépend d'une multitude de facteurs. Si la responsabilité est fondée sur la négligence, non seulement celle-ci devra être prouvée, mais un dommage qui n'est ni raisonnablement prévisible ni raisonnablement évitable ne sera pas indemnisé et c'est la victime ou le contribuable, et non le pollueur, qui supportera la perte. La responsabilité objective se rapproche davantage du principe du "pollueur-payeur", sauf si elle est limitée dans son montant, comme c'est le cas dans les régimes internationalement convenus relatifs aux navires pétroliers ou aux installations nucléaires. En outre, une définition étroite du dommage peut exclure les dommages à l'environnement qui ne peuvent être aisément quantifiés en termes monétaires comme les dommages causés à la nature, ou qui affectent la qualité de l'environnement sans causer de dommage physique effectif[435].

13) Il a aussi été affirmé que le principe ne peut être traité comme une «règle rigide d'application universelle, pas plus que les moyens employés pour le mettre en œuvre ne seront les mêmes dans tous les cas»[436] et qu'en outre «il faudra nécessairement beaucoup de souplesse, pour tenir pleinement compte des différences de nature du risque et de la faisabilité économique d'une internalisation intégrale des coûts environnementaux dans des secteurs industriels ayant plus ou moins les moyens de les supporter»[437].

14) Le projet de principe 3 souligne également que les dommages causés à l'«environnement» en soi ouvrent droit à une indemnisation prompte et adéquate. Comme il a été noté dans le commentaire afférent au projet de principe 2 *supra*, cette indemnisation peut ne pas se limiter au versement d'une indemnité monétaire au requérant, mais autorise certainement le remboursement de mesures raisonnables de remise en état et d'intervention.

15) En général, on a constaté une réticence à accepter la responsabilité pour des dommages causés à

---

[431] Voir *All India Reporter 1996*, vol. 83, p. 2715.

[432] Pour un bref résumé de l'affaire *Vellore Citizens Welfare Forum* v. *Union of India and others* (note *supra*), voir *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment Related Cases (with special reference to countries in South Asia)* [Recueil de sommaires de jurisprudence dans des affaires relatives à l'environnement (concernant plus particulièrement des pays de l'Asie du Sud)], sous la direction de D. Kaniaru, L. Kurukulasuriya et P. D. Abeyegunawardene, Colombo, South Asia Co-operative Environment Program, 1997, p. 25. La Cour suprême indienne, dans une affaire ultérieure, *Andhra Pradesh Pollution Control Board II* v. *Prof. M. V. Nayudu (retired) and others*, a développé l'obligation de prévention en mettant l'accent sur le principe de précaution [à la place du principe de capacité d'assimilation figurant dans la Déclaration de Stockholm (voir *supra* note 363)], la charge de la preuve incombant au défendeur, et le principe de bonne gouvernance, notamment la nécessité de prendre les mesures législatives, administratives ou autres nécessaires (à cet égard, la Cour suprême s'est appuyée sur le premier rapport du Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (voir *supra* note 343), par. 103 et 104), *All India Reporter 1999*, vol. 86, p. 812. Voir aussi *Andhra Pradesh Pollution Control Board II* v. *Prof. M. V. Nayudu (retired) and others* pour une réaffirmation de ces principes, www.supremecourtofindia.nic.in.

[433] Le tribunal a affirmé dans le passage pertinent: «Le tribunal note que les Pays-Bas, à l'appui de leur demande, ont fait référence au principe du "pollueur-payeur". […] Le tribunal observe que ce principe figure dans certains instruments internationaux, tant bilatéraux que multilatéraux, et se situe à des niveaux d'effectivité variables. Sans nier son importance en droit conventionnel, le tribunal ne pense pas que ce principe fasse partie du droit international général» (*Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, décision du 12 mars 2004, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente: E/F.05.V.5), par. 102 et 103, p. 312). Le texte de la décision est également disponible à l'adresse suivante: www.pca-cpa.org.

[434] Voir Sands, op. cit. (*supra* note 403), p. 280, pour une illustration de la souplesse avec laquelle ce principe est appliqué dans le contexte de l'OCDE et de l'UE.

[435] Birnie et Boyle, *International Law…*, op. cit. (*supra* note 358), p. 93 et 94.

[436] Ibid., p. 94 et 95. Voir aussi l'étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) établie par le Secrétariat (*supra* note 352), chap. II.

[437] Birnie et Boyle, *International Law…*, op. cit. (*supra* note 358), p. 95. Les auteurs ont noté que la référence à l'«intérêt public» dans le principe 16 de la Déclaration de Rio «laisse une grande place aux exceptions» et que, tel qu'il a été adopté à Rio, le principe «n'est ni absolu ni obligatoire» (p. 93). Ils ont également noté que dans le cas des installations nucléaires en Europe orientale «les gouvernements de pays d'Europe occidentale, qui représentent un vaste groupe de victimes potentielles […], ont financé les ouvrages nécessaires pour améliorer les normes de sécurité» (p. 94).

l'environnement en soi, sauf lorsque des personnes ou des biens sont touchés par suite de tels dommages[438]. La situation évolue progressivement[439]. En cas de dommage causé aux ressources naturelles ou à l'environnement, il existe un droit à indemnisation ou au remboursement des frais supportés au titre de mesures raisonnables de prévention, de remise en état ou de réhabilitation. Dans le cas de certaines conventions, ce droit est restreint aux mesures *effectivement* entreprises, à l'exclusion du manque à gagner résultant de l'atteinte à l'environnement[440].

16) L'objectif est non pas de rétablir ni de remettre l'environnement dans son état initial mais de lui permettre de conserver ses fonctions permanentes. Ce faisant, il n'y a pas lieu en principe d'engager des dépenses disproportionnées aux résultats recherchés et ces dépenses doivent être économiquement rationnelles. Sous réserve de ces considérations, si la remise en état ou la réhabilitation de l'environnement n'est pas possible, il est raisonnable d'introduire des éléments équivalents dans l'environnement[441].

17) L'État ou toute autre institution publique qui entreprend des mesures de remise en état ou d'intervention peut en recouvrer ultérieurement le coût sur l'exploitant. Tel est, par exemple, le cas en vertu de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*. La loi institue un « superfonds », alimenté par l'argent du contribuable et reconstitué par les dépenses recouvrées sur les parties responsables, pour financer des mesures de dépollution le cas échéant. L'Agence fédérale de protection de l'environnement (Environmental Protection Agency) administre le « superfonds » et dispose des pouvoirs les plus étendus pour enquêter sur une contamination, choisir les mesures de traitement appropriées, et soit enjoindre aux parties responsables de procéder au nettoyage, soit effectuer elle-même les travaux et en recouvrer le coût[442].

Principe 4

Indemnisation prompte et adéquate

1. Chaque État devrait prendre les mesures nécessaires pour assurer la possibilité d'une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses sises sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle.

2. Ces mesures devraient notamment comporter la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. Cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Toutes conditions, restrictions ou exceptions à ladite responsabilité devraient être compatibles avec le projet de principe 3.

3. Ces mesures devraient aussi comporter l'obligation pour l'exploitant ou, le cas échéant, pour une autre personne ou entité, de se couvrir en souscrivant et conservant une assurance, par des cautionnements ou par d'autres garanties financières pour faire face aux demandes d'indemnisation.

---

[438] Pour des résultats contrastés, voir les affaires *Blue Circle Industries Plc* v. *Ministry of Defence, The All England Law Reports 1998*, vol. 3, p. 385; et *Merlin and another* v. *British Nuclear Fuels plc., The All England Law Reports 1990*, vol. 3, p. 711.

[439] Pour les difficultés afférentes à des demandes concernant des dommages écologiques et les perspectives, voir les affaires *Patmos* et *Haven*. Voir en général A. Bianchi, « Harm to the environment in Italian practice: the interaction of international law and domestic law », sous la direction de P. Wetterstein (*supra* note 373), p. 113 à 129. Voir aussi Maffei, loc. cit. (*supra* note 423), p. 383 à 390; et D. Ong, « The Relationship between environmental damage and pollution: marine oil pollution laws in Malaysia and Singapore », sous la direction de M. Bowman et A. Boyle, op. cit. (*supra* note 393), p. 201 à 204. Voir aussi Sands, op. cit. (*supra* note 403), p. 918 à 922. Voir aussi l'incident *Antonio Gramsci* de 1979 et l'incident *Antonio Gramsci* de 1987, FIPOL, *Rapport sur les activités du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures au cours de l'année civile 1980*; ibid., *Rapport annuel de 1989*, p. 30; et ibid., *Rapport annuel de 1990*, p. 29. Voir en général W. Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, Londres, Kluwer, 1996, p. 361 à 366. La résolution nº 3 du FIPOL du 10 octobre 1980 n'autorisait pas le tribunal à évaluer l'indemnisation à verser par le Fonds « sur la base d'une quantification abstraite des dommages calculés conformément à des modèles théoriques » (FUND/A/ES.1/13, annexe I). Dans l'affaire de l'*Amoco Cadiz* (voir *supra* note 423), le tribunal (*Northern District Court of Illinois*) a ordonné à la société Amoco Oil Corporation de verser 85,2 millions de dollars d'amendes − 45 millions de dollars pour le coût de la marée noire et 39 millions de dollars d'intérêts. Il a refusé l'indemnisation au titre d'un préjudice non économique. Il a ainsi rejeté les demandes concernant le déficit d'image et le préjudice écologique. Il a fait observer: « Il est exact que la commune n'a pu pendant un certain temps offrir des plages propres à ses habitants et qu'elle n'a pas pu assurer la situation normale de paix et de tranquillité qu'elle aurait connue s'il n'y avait eu le trafic intense lié aux mesures de nettoyage », mais il a conclu que « la demande relative à la privation de jouissance par les communes n'est pas recevable en droit français » (Maffei, loc. cit. (*supra* note 423), p. 393). En ce qui concerne le déficit d'image, le tribunal a observé que la demande des requérants est susceptible d'indemnisation par des dommages-intérêts mesurables, pour autant qu'il puisse être démontré que ce déficit d'image a entraîné un préjudice spécifique pour la commune en raison de l'absence des touristes et visiteurs qui auraient pu normalement y venir. Néanmoins, c'est là précisément l'objet des demandes individuelles d'indemnisation présentées par des hôtels, restaurants, terrains de camping et autres entreprises situés dans les communes. S'agissant du préjudice écologique, le tribunal a examiné le problème de l'évaluation des « espèces ayant péri dans la zone intertidale du fait de la marée noire » et a observé que « ce préjudice allégué est subordonné au principe de la *res nullius* et n'est pas indemnisable faute de qualité d'une quelconque personne ou entité pour présenter une telle demande » (ibid., p. 393 et 394). Voir aussi l'affaire *In the matter of the People of Enewetak* (*supra* note 422), devant le Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal, dans laquelle le tribunal avait une occasion d'examiner si la remise en état était un remède approprié pour la perte subie par la population de l'atoll d'Enewetak résultant des essais nucléaires menés par les États-Unis. Il a accordé des frais de nettoyage et de remise en état comme suit: 22 millions de dollars pour l'évacuation des sols; 15,5 millions de dollars pour le traitement au potassium; 31,5 millions de dollars pour l'élimination des sols (construction d'un viaduc); 10 millions de dollars pour le nettoyage du plutonium; 4 510 000 dollars pour les études; et 17,7 millions de dollars pour la remise en état des sols et la reconstitution de la végétation (p. 1222 et 1223).

[440] Voir en général le commentaire *supra* relatif au principe 2, par. 8, 9 et 18 à 21.

[441] Pour une analyse de la définition de l'environnement et des éléments indemnisables d'un dommage causé à l'environnement, voir le onzième rapport du Rapporteur spécial, M. Julio Barboza, sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (*supra* note 336), par. 28, p. 62. Pour un exposé intéressant du problème du dommage, de la définition du préjudice, du dommage, des effets néfastes et de l'évaluation du dommage, voir M. A. Fitzmaurice, « International protection of the environment », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 2001*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2002, t. 293, p. 225 à 233.

[442] Pour une analyse de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, voir W. D. Brighton et D. F. Askman, « The role of the government trustees in recovering compensation for injury to natural resources », sous la direction de P. Wetterstein (*supra* note 373), p. 183 et 184.

4. S'il y a lieu, ces mesures devraient également prévoir l'obligation de créer un fonds alimenté par la branche d'activité au niveau national.

5. Au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour assurer une indemnisation adéquate, l'État devrait en outre veiller à ce que des ressources financières supplémentaires soient allouées.

Commentaire

1) Ce projet de principe reflète le rôle important de l'État d'origine dans l'établissement d'un système viable pour satisfaire à l'obligation d'assurer une « indemnisation prompte et adéquate ». L'expression « chaque État » renvoie dans le présent contexte à l'État d'origine. Ce projet de principe comprend quatre éléments étroitement liés entre eux: premièrement, l'État devrait instaurer un régime de responsabilité; deuxièmement, tout régime ainsi établi ne devrait pas faire dépendre la responsabilité de la preuve d'une faute; troisièmement, les conditions ou restrictions éventuelles à cette responsabilité ne devraient pas amoindrir l'obligation d'assurer une indemnisation prompte et adéquate; et, quatrièmement, diverses formes de cautionnement, d'assurance et de financement par la branche d'activité devraient être mises en place pour offrir des garanties financières suffisantes d'indemnisation. Ces idées sont exprimées dans les cinq paragraphes du projet de principe 4.

2) Le *paragraphe 1* traite de la première obligation. Il dispose que l'État d'origine doit prendre les mesures nécessaires pour assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses exercées sur son territoire ou placées sous sa juridiction. La terminologie employée dans la dernière partie du paragraphe, soit « sises sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle », correspond à celle de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté par la Commission en 2001[443]. On part bien sûr du principe qu'une indemnisation analogue serait également accordée aux victimes d'un dommage résultant de telles activités à l'intérieur de l'État d'origine.

3) Le *paragraphe 2* traite des deuxième et troisième obligations. Il dispose que la responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute et que toutes conditions ou restrictions à cette responsabilité devraient être compatibles avec le projet de principe 3 qui met l'accent sur l'objectif d'une « indemnisation prompte et adéquate ». La première phrase met en évidence le principe pollueur-payeur et prévoit la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. Il est indiqué dans la deuxième phrase que cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Il ressort de la troisième phrase qu'il est d'usage pour les États et les conventions internationales de soumettre la responsabilité à certaines conditions ou restrictions. Toutefois, pour veiller à ce que ces conditions et exceptions ne modifient pas fondamentalement la nature de l'obligation d'assurer une indemnisation prompte et adéquate, l'accent a été mis sur le fait que ces conditions ou exceptions devraient être compatibles avec l'obligation d'indemnisation prompte et adéquate énoncée dans le projet de principe 3.

4) Le *paragraphe 3* dispose que les mesures adoptées par l'État d'origine devraient comporter l'obligation pour l'exploitant ou, le cas échéant, pour une autre personne ou entité de se couvrir en souscrivant et conservant une assurance, par des cautionnements ou par d'autres garanties financières pour faire face aux demandes d'indemnisation.

5) Le *paragraphe 4* porte sur le financement par la branche d'activité au niveau national. Les mots « ces mesures » expriment l'idée que l'action que l'État est tenu d'entreprendre se traduira par un ensemble de mesures diverses.

6) Le *paragraphe 5* dispose qu'au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour assurer une indemnisation adéquate l'État d'origine devrait en outre veiller à ce que des ressources financières supplémentaires soient allouées. Les trois derniers paragraphes laissent l'État d'origine libre pour ce qui est de déterminer les garanties financières à établir afin d'assurer une indemnisation prompte et adéquate. Cela requiert aussi une certaine vigilance de la part de l'État d'origine qui doit constamment revoir sa législation interne pour veiller à ce que sa réglementation suive l'évolution de la technologie et de la pratique de la branche d'activité concernée sur son territoire et ailleurs. Le paragraphe 5 n'exige pas directement de l'État d'origine qu'il mette en place un système de financement public pour garantir une indemnisation prompte et adéquate, mais il prévoit que l'État d'origine s'assure que ces ressources financières supplémentaires existent.

7) L'accent est mis dans le *paragraphe 1* sur toutes les « mesures nécessaires » et chaque État se voit accorder suffisamment de latitude pour atteindre l'objectif recherché, c'est-à-dire assurer une indemnisation prompte et adéquate. Cette obligation est mise en évidence sans préjudice des versements à titre gracieux ou des mesures de précaution et d'assistance que les États ou d'autres entités responsables pourraient par ailleurs envisager en faveur des victimes.

8) En outre, aux fins des présents projets de principe, comme indiqué plus haut, on part du principe que l'État d'origine s'est pleinement acquitté de toutes les obligations qui lui incombent en vertu du projet d'articles sur la prévention, en particulier du projet d'article 3[444]. Dans le contexte des présents projets de principe, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'est pas envisagée. Cela est toutefois sans préjudice de réclamations qui pourraient être faites en vertu du droit de la responsabilité des États et d'autres principes du droit international.

9) À ce propos, le *paragraphe 1* est axé sur l'obligation faite à l'État de garantir une indemnisation prompte et adéquate. L'État lui-même n'est pas tenu de verser des

[443] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 157.

[444] Ibid.

indemnités. Le projet de principe, sous sa forme actuelle, fait écho à une demande croissante et un consensus de plus en plus large au sein de la communauté internationale: on s'attend de manière générale, dans le cadre des arrangements en vertu desquels les États permettent que des activités dangereuses soient menées sous leur juridiction et leur contrôle, à ce qu'ils s'assurent qu'il existe aussi des mécanismes appropriés pour faire face aux demandes d'indemnisation en cas de dommage.

10) Comme il a été noté dans le commentaire du projet de principe 3, la nécessité d'établir des régimes de responsabilité dans un contexte international a été reconnue et trouve son expression, par exemple, dans le principe 22 de la Déclaration de Stockholm et le principe 13 de la Déclaration de Rio[445]. Ces principes ne visent pas à donner naissance à des obligations juridiquement contraignantes, mais ils traduisent cependant des aspirations et des préférences de la communauté internationale[446].

11) On peut aussi retrouver le point de départ du présent projet de principe dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[447]. Même si dans cette affaire, le Canada a assumé l'obligation de verser les indemnités requises au nom de la société privée, le principe fondamental établi en l'espèce a entraîné l'obligation pour l'État d'assurer une indemnisation prompte et adéquate en cas de dommage transfrontière.

12) Le *paragraphe 2* énonce la première mesure importante que chaque État devrait prendre, à savoir la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. Le sens du mot «exploitant» a déjà été explicité dans le commentaire du projet de principe 1. Il convient toutefois de souligner qu'en cas de dommage significatif c'est à l'exploitant de l'installation qu'est imputée la responsabilité[448]. Il existe néanmoins d'autres possibilités. Dans le cas des navires, c'est le propriétaire, et non pas l'exploitant, qui se voit imputer la responsabilité. Ainsi, les affréteurs − qui peuvent être les exploitants effectifs − ne sont pas responsables dans le régime, par exemple, du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Dans les autres cas, la responsabilité est imputée à plusieurs entités. Selon le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux, les générateurs, les exportateurs, les importateurs et les éliminateurs de déchets sont tous potentiellement responsables à différents stades des mouvements de déchets. Le principe de base sous-jacent en réalité n'est pas que c'est l'exploitant qui est toujours responsable, mais que la partie à laquelle incombe la responsabilité au premier chef est celle qui était la mieux placée pour maîtriser le risque au moment de l'accident ou la mieux à même d'indemniser les victimes.

13) L'imputation de la responsabilité à l'exploitant ou à une seule personne ou entité est considérée comme l'expression du principe «pollueur-payeur». Toutefois, comme on l'a expliqué plus haut dans le commentaire du projet de principe 3, ce système a ses limites et doit être utilisé avec souplesse. En dépit de son incidence sur la tendance actuelle des États à internaliser progressivement les coûts des industries polluantes, le principe n'est pas encore communément considéré comme faisant partie du droit international général.

14) Le *paragraphe 2* dispose également que la responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Les activités dangereuses et ultradangereuses, qui sont l'objet des présents principes, font intervenir des opérations complexes et comportent un risque inhérent de causer un dommage significatif. Il est largement reconnu en la matière que la preuve d'une faute ou d'une négligence n'a pas à être apportée et que la personne concernée devrait être tenue responsable même si toutes les mesures de précaution attendues d'une personne prudente ont été prises. La responsabilité objective est reconnue dans de nombreux pays s'agissant de l'attribution de la responsabilité pour les activités comportant un danger ou un risque inhérent[449]. En tout état de cause, on peut considérer qu'il s'agit là d'une marque de développement progressif du droit international. La responsabilité objective a été retenue dans plusieurs instruments, et notamment dans certains de ceux qui ont été récemment négociés, tels que le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières (art. 4), le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (art. 4) et la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (art. 8).

---

[445] Voir *supra* les notes 363 et 353 respectivement. Voir également la Déclaration ministérielle de Malmö de 2000, adoptée par le Conseil d'administration du PNUE à sa sixième session extraordinaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément nº 25* (A/55/25), annexe I, décision SS.VI/I du 31 mai 2000, annexe, et le Programme pour le développement et l'examen périodique du droit de l'environnement au cours de la première décennie du XXIe siècle (Programme de Montevideo III), adopté par le Conseil d'administration du PNUE à sa vingt et unième session, UNEP/GC.21, décision 21/23 du 9 février 2001, ainsi que le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable, A/CONF.199/20, résolution 2 du 4 septembre 2002, annexe.

[446] Birnie et Boyle notent que «ces principes reflètent tous des développements plus récents du droit international et de la pratique des États; leur statut actuel de principes de droit international général est plus contestable; mais l'appui consensuel dont ils bénéficient comme l'atteste la Déclaration de Rio donne une bonne indication de leur nouvelle importance juridique» (Birnie et Boyle, *International Law…*, op. cit. (*supra* note 358), p. 105).

[447] Voir *supra* note 204.

[448] Selon Goldie, c'est avec les conventions sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires qu'est apparue la nouvelle tendance consistant à imputer à nouveau la responsabilité à l'exploitant «quelle que soit la longueur de la chaîne causale ou la nouveauté des facteurs qui entrent en jeu (en dehors d'un nombre très limité de facteurs exonératoires)» (L. F. E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (voir *supra* note 369), p. 196). À ce sujet, voir aussi Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, p. 1215 à 1218.

[449] Voir «Étude, établie par le Secrétariat, des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)» [*supra* note 352], chap. I.

15) Ce choix s'explique par plusieurs raisons. Il supprime la charge de la preuve pour les demandeurs dans le cas des activités comportant un risque et faisant intervenir des procédés et installations techniques industriels relativement complexes. Il serait injuste et inopportun de faire supporter aux demandeurs la lourde charge de prouver qu'il y a eu faute ou négligence dans le cas d'activités technologiquement complexes dont les risques et le mode opératoire sont des secrets jalousement gardés par la branche d'activité concernée.

16) De plus, étant donné que les profits escomptés de l'activité à risque fournissent une motivation aux exploitants pour entreprendre une telle activité, les régimes de responsabilité objective sont généralement considérés comme incitant à une meilleure gestion des risques. Mais cette hypothèse ne se vérifie pas toujours. Les activités à risque n'ayant été acceptées qu'en raison de leur utilité pour la collectivité et parce qu'elles sont indispensables à la croissance économique, les États souhaiteront peut-être, le moment venu, se demander si elles sont toujours indispensables et si elles ne peuvent être remplacées par des solutions plus respectueuses de l'environnement et présentant aussi moins de risques.

17) Tout aussi courant est le concept de limitation de la responsabilité dans les cas où l'on a opté pour la responsabilité objective. La limitation de la responsabilité sert plusieurs grands objectifs. C'est un moyen commode d'encourager les exploitants à poursuivre l'activité à risques mais socialement et économiquement bénéfique. La responsabilité objective mais limitée vise également à assurer pour une couverture raisonnable les risques liés à l'activité. En outre, dans un régime de responsabilité objective, la limitation de la responsabilité peut être considérée comme une contrepartie raisonnable de la suppression de la charge de la preuve pour les demandeurs. Aucune de ces assertions ne tombe sous le sens, mais elles sont largement considérées comme pertinentes[450].

18) On pourrait objecter qu'un système de limitation de la responsabilité n'est pas satisfaisant, car il ne permet pas d'inciter suffisamment l'exploitant à prendre des mesures de prévention plus rigoureuses. Si les plafonds sont trop bas, cela pourrait même constituer un blanc-seing pour polluer ou causer un préjudice à des tiers et externaliser les coûts réels de l'exploitant. De plus, en cas de dommage, ce système n'est peut-être pas de nature à satisfaire toutes les demandes de réparation légitime des victimes innocentes. Il importe donc de fixer les plafonds de responsabilité financière à un niveau suffisamment élevé, en tenant compte de l'ampleur des risques que comporte l'activité et de la possibilité raisonnable d'une couverture d'une part significative de ces risques par l'assurance.

19) L'un des avantages d'un régime de responsabilité objective assorti d'une limitation de la responsabilité est, dans l'optique de la victime, que celle-ci n'aura pas à prouver qu'il y a eu négligence et saura précisément contre qui se retourner.

20) Dans les cas où le dommage est occasionné par plus d'une activité et qu'on n'a pas pu raisonnablement l'imputer à l'une d'entre elles ou qu'il ne peut être isolé avec un degré de certitude suffisant, les législations nationales ont tendance à prévoir une responsabilité conjointe et solidaire[451]. Les instruments internationaux existants prévoient également ce type de responsabilité[452].

21) La limitation de la responsabilité est courante dans les régimes gouvernant la pollution des mers et des océans par les hydrocarbures et les incidents nucléaires. Par exemple, en vertu du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la responsabilité du propriétaire d'un navire est limitée à un montant ne pouvant pas dépasser 59,7 millions de droits de tirage spéciaux (art. 6); au-delà, c'est le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures qui est tenu d'indemniser la victime du dommage pour un montant total de 135 millions de DTS au plus (y compris les montants reçus du propriétaire), ou dans le cas d'un dommage résultant de phénomènes naturels pour un montant de 200 millions de DTS[453]. Le Protocole d'amendement de la Convention

[450] Voir R. R. Churchill, « Facilitating (transnational) civil liability litigation for environmental damage by means of treaties: progress, problems, and prospects », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12, 2001, p. 35 à 37.

[451] À propos de la responsabilité conjointe et solidaire, voir L. Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, La Haye, Kluwer, 2001, p. 298 à 306.

[452] Pour des exemples de la pratique conventionnelle, voir, par exemple, l'article IV de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 4 du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 8 de la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD); l'article 5 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; l'article 4 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux; l'article 4 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières; l'article 11 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Voir aussi l'article VII de la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires; l'article 2 du Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article II de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article 3 de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; l'article 3 du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982.

[453] Voir le paragraphe 1 de l'article V de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures telle que modifiée par le Protocole de 1992, l'article 4 de la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et l'article 6 du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. À la suite du naufrage de l'*Erika* au large des côtes françaises en décembre 1999, le montant maximum a été porté à 89 770 000 DTS à compter du 1er novembre 2003. En vertu des amendements de 2000 au Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et devant entrer en vigueur en novembre 2003, ces montants ont été portés de 135 millions de DTS à 203 millions de DTS. Si trois États versant des contributions au Fonds reçoivent plus de 600 millions de tonnes de pétrole par an, le montant maximum est porté de 200 millions à

de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires prescrit également une limitation appropriée de la responsabilité de l'exploitant[454].

22) L'article 9 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières et l'article 12 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux prévoient un régime de responsabilité objective assortie d'une limitation de la responsabilité. Dans la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, en revanche, on a opté pour un régime de responsabilité objective (art. 6, par. 1, et art. 7, par. 1) sans limitation de la responsabilité. Lorsque la responsabilité financière de l'exploitant est limitée, les plafonds fixés ne s'appliquent généralement ni aux intérêts ni aux dépens accordés par la juridiction compétente. En outre, les plafonds de responsabilité sont périodiquement réexaminés.

23) La plupart des régimes de responsabilité excluent la limitation de la responsabilité en cas de faute. Est responsable des dommages l'exploitant dont la préméditation, l'imprudence, la négligence ou les omissions délictuelles sont à l'origine desdits dommages ou y ont contribué. L'article 5 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux et l'article 5 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières comportent des dispositions spécifiques à cet effet. Dans le cas d'opérations faisant intervenir des procédés ou des technologies chimiques ou industriels extrêmement complexes, le fardeau de la preuve qui pèserait sur les victimes dans un régime de responsabilité pour faute pourrait être considérable. On pourrait néanmoins préserver les droits de celles-ci de plusieurs manières. Il peut y avoir, par exemple, renversement de la charge de la preuve, l'exploitant étant alors tenu de prouver qu'aucune faute, négligence ou conduite délictueuse intentionnelle ne lui est imputable. On peut largement admettre des éléments de preuve indirects déduits du risque inhérent à l'activité. Ou encore l'exploitant pourrait être légalement tenu de donner aux victimes ou au public accès à l'information concernant les opérations.

24) La responsabilité objective peut alléger le fardeau qui pèserait autrement sur les victimes si elles devaient prouver qu'il y a eu faute de l'exploitant, mais elle n'élimine pas les difficultés associées à l'établissement du lien de causalité nécessaire entre le dommage et la source de l'activité. Le principe de causalité est lié aux questions de prévisibilité et de proximité ou de perte directe. Dans les cas où la responsabilité pour faute est à retenir, on notera qu'une réclamation fondée sur la négligence pourrait être présentée pour obtenir l'indemnisation d'un dommage si le demandeur établit que: *a*) le défendeur avait envers lui une obligation de se conformer à une norme de prudence précise; *b*) le défendeur a violé cette obligation; *c*) la violation par le défendeur de l'obligation a été la cause immédiate du dommage causé au demandeur; et *d*) le demandeur a subi un préjudice.

25) Les tribunaux de différents pays ont appliqué le principe et les notions de cause directe, causalité suffisante, prévisibilité et préjudice indirect. Il s'agit là d'une branche du droit extrêmement discrétionnaire et imprévisible. Plusieurs pays ont appliqué ces concepts avec des résultats différents. On peut indiquer que le critère de proximité paraît avoir été progressivement assoupli dans le droit moderne de la responsabilité quasi délictuelle. On est passé de la stricte théorie de la condition *sine qua non* en passant par le critère de prévisibilité (« pertinence ») à un critère de causalité moins rigoureux n'exigeant qu'une « imputation raisonnable du dommage ». En outre, le critère de prévisibilité pourrait perdre progressivement de son importance avec les progrès de la médecine, de la biologie, de la biochimie, des statistiques et d'autres domaines pertinents. Dès lors, on peut penser qu'il serait difficile d'inclure de tels critères dans un modèle analytique plus général de la répartition des pertes[455]. Il faut que chaque État examine toutes ces questions lors de l'élaboration de son régime de responsabilité.

26) Même si un lien de causalité est établi, il peut se poser des questions délicates quant aux demandes ouvrant droit à indemnisation, par exemple pour préjudice économique, *pretium doloris*, invalidité permanente, préjudice d'agrément ou perte d'un consortium, ainsi qu'à l'évaluation du préjudice. De même, un dommage causé à un bien susceptible d'être réparé ou remplacé pourrait être indemnisé sur la base de la valeur de réparation ou de remplacement. Il est toutefois difficile d'indemniser des dommages causés à des objets ayant une valeur historique ou culturelle, si ce n'est sur la base d'évaluations arbitraires faites au cas par cas. En outre, l'existence du droit à indemnisation est d'autant moins certaine que le lien avec le bien endommagé est plus lâche et plus ténu. La question s'est également posée de savoir si un préjudice purement économique mettant en cause la perte du droit de jouir d'un aménagement public, mais sans entraîner une perte ou une atteinte personnelle directe à un droit de propriété, ouvre droit à indemnisation[456]. Des pertes purement économiques, comme celles subies par un hôtel, sont, par exemple, indemnisables en Suède ou en Finlande, mais ne le sont pas dans d'autres pays[457].

300 740 000 DTS. Voir aussi Sands, op. cit. (*supra* note 403), p. 915 à 917.

[454] L'État où se trouve l'installation est tenu de veiller à ce l'exploitant ait, pour chaque accident, l'obligation d'indemniser les victimes pour un montant qui ne soit pas inférieur à 300 millions de DTS, ou bien pendant une période de transition de 10 ans il devra lui-même allouer un montant transitoire complémentaire de 150 millions de DTS. La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires prévoit un montant complémentaire qui peut dépasser 1 milliard de dollars (voir art. III et IV).

[455] Voir P. Wetterstein, « A proprietary or possessory interest… », loc. cit. (*supra* note 373), p. 40.

[456] Ibid., p. 32.

[457] Voir J. M. van Dunné, « Liability for pure economic loss: rule or exception? A comparatist's view of the civil law − common law split on compensation of non-physical damage in tort law », *Revue européenne de droit privé*, vol. 4, 1999, p. 397 à 428. Voir également *Weller and Company and another* v. *Foot and Mouth Disease Research Institute*, Chambre des lords du Royaume-Uni, *The Law Reports 1966*, vol. 1, p. 569.

27) Le *paragraphe 2* traite également de la question des conditions d'exonération. Il est habituel dans les régimes de responsabilité et le droit interne qui retiennent la responsabilité objective de prévoir parallèlement une série de causes d'exonération relativement uniformes de responsabilité de l'exploitant. Les articles 8 et 9 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, l'article 3 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux ou l'article 4 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières offrent des exemples typiques à cet égard[458]. L'exploitant n'est pas responsable si, bien qu'ayant pris toutes les mesures voulues, il survient des dommages résultant: *a*) d'un conflit armé, d'hostilités, d'une guerre civile ou d'une insurrection; ou *b*) d'un phénomène naturel de nature exceptionnelle, inévitable, imprévisible et irrésistible; ou *c*) entièrement du respect d'une mesure obligatoire de la puissance publique de l'État du préjudice; ou *d*) entièrement de la conduite illicite intentionnelle d'autrui.

28) Toutefois, si par sa faute la personne qui a subi les dommages les a causés ou a contribué à les causer, l'indemnité peut être refusée ou réduite compte tenu de toutes les circonstances.

29) Si l'exploitant bénéficie d'une exonération de responsabilité pour l'une quelconque des causes indiquées ci-dessus, la victime ne sera toutefois pas seule à supporter les pertes. Il est courant que les États fassent alors aux victimes des versements à titre gracieux qui viennent s'ajouter aux secours et à l'aide à la réhabilitation. De plus, il pourra être recouru à des mécanismes de financement complémentaire pour le versement d'indemnités. En cas d'exonération de responsabilité de l'exploitant sur le fondement de l'exception tirée du respect de mesures obligatoires édictées et de règlements pris par la puissance publique, il est également possible de présenter des demandes d'indemnisation à l'État concerné.

30) Le *paragraphe 3* fait état d'une autre mesure importante que l'État devrait prendre. Il devrait exiger de l'exploitant (ou le cas échéant d'une autre personne ou entité) qu'il ait suffisamment de fonds à sa disposition non seulement pour gérer l'activité dangereuse en toute sécurité et avec toutes les précautions attendues d'une personne prudente dans ces circonstances, mais aussi pour pouvoir faire face aux demandes d'indemnisation en cas d'accident ou d'incident. À cette fin, l'exploitant peut être tenu d'avoir les garanties financières nécessaires.

31) L'État concerné peut établir des seuils de garantie financière à de telles fins, en prenant en considération la disponibilité de capitaux auprès des banques ou d'autres organismes financiers. Même les assureurs peuvent exiger de l'exploitant un minimum de solvabilité pour accepter de l'assurer. Dans la plupart des régimes, l'exploitant est tenu de souscrire une assurance et d'autres garanties financières appropriées[459]. Cela peut être particulièrement nécessaire pour profiter du système de limitation de la responsabilité financière, lorsqu'un tel système est disponible. Néanmoins, vu la diversité des systèmes juridiques et les écarts entre les situations économiques, on peut laisser aux États une certaine latitude pour ce qui est des

[458] Selon les paragraphes 2 et 3 de l'article III de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures telle que modifiée par le Protocole de 1992, *un acte de guerre, des hostilités, une guerre civile, une insurrection ou un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible* sont des facteurs d'exonération de responsabilité pour le propriétaire, qu'il y ait eu négligence ou pas de la part du demandeur. Voir également l'article III de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 3 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; l'article 7 de la Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD); l'article 3 de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, qui emploie la même terminologie en ce qui concerne l'*exploitant d'une installation*; et l'article 3 de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD).

Des dérogations sont également mentionnées à l'article 6 du Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires: en vertu de cette Convention, l'exploitant est dégagé de toute responsabilité s'il prouve que le dommage nucléaire découle directement d'un fait de conflit armé, de guerre civile, d'insurrection. Voir aussi l'article IV, par. 3, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article 9 du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982; l'article 3, par. 5, de l'annexe à la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires; l'article 4, par. 1, de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*supra* note 366). Cette directive également ne s'applique pas aux activités menées principalement à des fins de défense nationale ou de sécurité internationale. Conformément à l'article 4, par. 6, elle ne s'applique pas non plus aux activités qui ont pour unique finalité la protection contre les catastrophes naturelles. Pour des exemples tirés des ordres juridiques internes, voir l'étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) établie par le Secrétariat (*supra* note 352), chap. III.

[459] Pour des exemples de la pratique conventionnelle, voir l'article III de la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires; l'article 7 du Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article VII de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article 10 de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; et l'article 10 du Protocole portant modification de la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982. Voir aussi l'article V de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 12 de la Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses; l'article 7 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; l'article 14 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux; l'article 11 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières; l'article 12 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

exigences et des dispositifs en matière de garantie financière[460]. Un système d'assurance efficace peut également nécessiter une large participation d'États potentiellement intéressés[461].

32) On ne saurait trop insister sur l'importance de ces mécanismes. Il a été noté que: «l'assurance financière de la responsabilité environnementale profite à toutes les parties prenantes: pour les pouvoirs publics et la population en général, elle constitue la manière la plus efficace, voire la seule, de garantir la réparation effective des dommages conformément au principe du pollueur-payeur; pour les exploitants industriels, elle permet de répartir les risques et de gérer les aléas; pour les assureurs, elle constitue un marché important»[462]. Il est aussi possible de souscrire une assurance en relation avec les coûts de dépollution.

33) L'expérience acquise sur les marchés de l'assurance qui sont développés aux États-Unis peut être rapidement transférée sur d'autres marchés, le secteur des assurances étant de plus en plus mondialisé. L'article 14 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux prévoit, par exemple, que les États membres devraient prendre des mesures visant à encourager le développement par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière, y compris des mécanismes financiers couvrant les cas d'insolvabilité afin de permettre aux exploitants d'utiliser des instruments de garantie financière pour couvrir les responsabilités qui leur incombent en vertu de la directive[463].

34) La souscription d'une assurance et de garanties financières a notamment pour conséquence que le droit interne peut autoriser qu'une action en indemnisation soit intentée directement contre toute personne fournissant une couverture financière. Toutefois, cette personne peut se voir reconnaître le droit d'exiger que l'exploitant soit associé à la procédure ainsi que celui d'invoquer les moyens de défense que l'exploitant aurait lui-même le droit d'invoquer en vertu de la loi. L'article 11, paragraphe 3, du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières et l'article 14, paragraphe 4, du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux prévoient cette possibilité. Néanmoins, les deux Protocoles permettent aux États de faire une déclaration indiquant qu'ils n'autorisent pas une telle action directe.

35) Les *paragraphes 4 et 5* portent sur les autres mesures tout aussi importantes auxquelles l'État devrait accorder une attention prioritaire. Il s'agit de la création d'un fonds complémentaire au niveau national. Cela n'exclut pas naturellement que ces responsabilités soient assumées à un niveau inférieur de gouvernement dans le cas d'un État fédéral. Tous les systèmes existants de répartition des pertes envisagent des mécanismes de financement complémentaire pour faire face aux demandes d'indemnisation lorsque les fonds dont dispose l'exploitant sont insuffisants pour indemniser les victimes. La plupart des régimes de responsabilité concernant des activités dangereuses prévoient des sources de financement complémentaire pour répondre aux demandes de dommages et intérêts et, en particulier, pour couvrir les frais des mesures d'intervention et de remise en état qui sont indispensables pour contenir le dommage et pour rétablir la valeur des ressources naturelles et des aménagements collectifs touchés.

36) Les moyens de financement complémentaire pourraient provenir de différentes sources. Il pourrait s'agir tout d'abord de fonds publics inscrits au budget national. En d'autres termes, l'État assumerait une partie de la charge de la perte créée par le dommage. L'autre partie serait imputée sur un fonds commun alimenté par des contributions, soit des exploitants du même type d'activité dangereuse, soit d'entités qui tirent un avantage direct de l'activité dangereuse ou à risques menée. Il n'est pas souvent indiqué expressément quel type de fonds − celui créé par les exploitants ou les bénéficiaires, ou celui créé par l'État − fournirait, à titre prioritaire, la réparation lorsque les limites de la responsabilité de l'exploitant auront été atteintes.

Principe 5

Mesures d'intervention

En vue de réduire au minimum tout dommage transfrontière résultant d'un événement lié aux activités entrant dans le champ d'application des présents projets de principe, les États, si nécessaire avec l'aide de l'exploitant, ou, le cas échéant, l'exploitant, devraient prendre des mesures d'intervention promptes et efficaces. Ces mesures comprennent la notification et, s'il y a lieu, la consultation sans délai de tous les États susceptibles d'être affectés ainsi que la coopération avec eux.

Commentaire

1) On ne dira jamais assez combien il importe d'intervenir une fois qu'un accident ou un incident s'est produit qui a causé un dommage significatif. En fait, ces mesures d'intervention sont nécessaires pour empêcher le dommage de se propager, et elles doivent être prises immédiatement. Dans la plupart des cas, elles le sont sans perdre le temps qu'il faudrait pour identifier le responsable, la cause ou la faute qui est à l'origine de l'événement. Le projet de principe 5 assigne à l'État en question la responsabilité de déterminer comment de telles mesures doivent être prises et par qui − l'État lui-même, l'exploitant ou une autre personne ou entité à même d'intervenir. Si l'expression «les États, si nécessaire avec l'aide de l'exploitant, ou, le cas échéant, l'exploitant» n'implique aucun ordre dans

[460] Voir, par exemple, l'intervention de la Chine dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Sixième Commission*, 19e séance (A/C.6/58/SR.19), et rectificatif, par. 43.

[461] Voir, par exemple, l'intervention de l'Italie, ibid., 17e séance (A/C.6/58/SR.17), et rectificatif, par. 28.

[462] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux, Bruxelles, 23 janvier 2002 (COM(2002) 17 final).

[463] Voir *supra* note 366.

l'intervention, il est raisonnable de supposer que dans la plupart des cas de dommage transfrontière c'est l'État qui aura le plus grand rôle. Ce rôle découle de l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités menées sous leur juridiction et leur contrôle ne causent pas de dommage transfrontière. De plus, l'État aura la possibilité d'assurer un remboursement des dépenses afférentes aux mesures d'intervention raisonnables qui ont été prises. Le libellé rend également compte des nuances diplomatiques qui, souvent, interviennent dans de tels cas. D'autre part, il ne vise pas à exclure la possibilité qu'un exploitant, notamment une société transnationale, intervienne en premier.

2) Il est aussi fréquent que les autorités de l'État réagissent immédiatement et évacuent les personnes affectées vers des lieux où elles seront en sûreté et fournissent immédiatement les secours d'urgence, médicaux et autres nécessaires. C'est pour cette raison que le principe reconnaît le rôle important que joue l'État s'agissant de prendre les mesures nécessaires en cas d'urgence, compte tenu du rôle qui est le sien de veiller en permanence au bien-être de la population et de protéger l'intérêt général.

3) Le rôle envisagé par l'État dans le présent projet de principe complète celui que lui assignent les projets d'articles 16 et 17 du projet d'articles sur la prévention, qui traitent des obligations relevant de la « préparation aux situations d'urgence » et de la « notification d'une situation d'urgence »[464].

4) Le présent projet de principe est toutefois distinct et va au-delà de ces dispositions. Il traite de la nécessité de prendre les mesures d'intervention nécessaires lorsqu'un incident ayant causé un dommage est survenu, mais si possible avant que ce dommage n'acquiert le caractère de dommage transfrontière. L'État d'origine du dommage est censé, dans son propre intérêt, et même tenu, pour des « considérations élémentaires d'humanité »[465], de consulter les États susceptibles d'être affectés pour déterminer quelles sont les mesures d'intervention les plus aptes à prévenir ou réduire au minimum le dommage transfrontière[466]. Divers niveaux d'interaction peuvent être envisagés dans la seconde phrase du présent projet de principe, à savoir la notification, la consultation et la coopération. On estime que le mot « prompte » est plus approprié pour la « notification », mais qu'il n'est peut-être pas totalement adapté à une situation d'urgence s'agissant de la « consultation » et de la « coopération », qui sont plus consensuelles, guidées par la bonne foi et habituellement mises en œuvre sur demande. On estime que l'expression « s'il y a lieu » répond adéquatement à ces nécessités et est suffisamment souple pour englober une large gamme de modes d'interaction en fonction des circonstances de chaque situation.

5) À l'inverse, les États risquant d'être affectés sont censés coopérer pleinement avec l'État d'origine. Il est entendu qu'il importe aussi que les États qui ont été ou peuvent être affectés par le dommage transfrontière prennent également des mesures d'intervention. Ces États devraient prendre les mesures qu'il est en leur pouvoir de prendre dans les zones relevant de leur juridiction pour contribuer à prévenir ou atténuer le dommage transfrontière. Il est essentiel qu'ils prennent de telles mesures non seulement dans l'intérêt général mais aussi pour permettre aux autorités et aux tribunaux compétents de considérer les demandes d'indemnisation et de remboursement des dépenses encourues à l'occasion des mesures d'intervention comme raisonnables[467].

6) Toute mesure que l'État prend face à la situation d'urgence créée par l'activité dangereuse ne confère cependant pas, et ne devrait pas conférer au rôle de l'exploitant un caractère secondaire ou supplétif. L'exploitant est également tenu d'être prêt à intervenir en cas d'urgence et de mettre de telles mesures en œuvre dès qu'un incident s'est produit. Il peut et doit apporter à l'État toute l'assistance dont celui-ci a besoin pour s'acquitter de ses responsabilités. En particulier, c'est l'exploitant qui est le mieux placé pour faire connaître les détails de l'incident, sa nature, le moment auquel il a eu lieu et l'endroit exact où il s'est produit ainsi que les mesures que les parties susceptibles d'être affectées peuvent prendre pour réduire au minimum les conséquences du dommage[468]. Si l'exploitant ne peut prendre les mesures d'intervention nécessaires, l'État d'origine doit prendre les dispositions voulues pour prendre de telles mesures[469]. Ce faisant, il peut solliciter l'assistance nécessaire et disponible auprès d'autres États ou des organisations internationales compétentes.

---

[464] Pour le texte et les commentaires des articles 16 et 17 du projet d'articles sur la prévention, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 181 et 182. Selon Birnie et Boyle, les obligations conventionnelles de disposer de plans d'urgence et d'intervenir en cas d'urgence due à la pollution doivent être considérées comme relevant de l'obligation de diligence de l'État s'agissant de contrôler les sources connues de dommages environnementaux (P. W. Birnie et A. E. Boyle, *International Law…*, op. cit. (*supra* note 358), p. 137). Les auteurs notent aussi qu'il « est légitime de considérer l'affaire du *Détroit de Corfou* comme établissant l'obligation de droit coutumier de notifier les risques connus de dommages environnementaux » (p. 136).

[465] Affaire du *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 179), p. 22. Sur cette notion particulière relevant des « obligations […] fondées […] sur certains principes généraux et bien reconnus » (ibid.), distincts des sources traditionnelles du droit international énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour international de Justice, voir B. Simma, « From bilateralism to community interest in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1994-VI*, t. 250, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 291 et 292.

[466] Sur l'obligation des États de s'avertir et de se consulter en vue de prendre les mesures appropriées pour atténuer le dommage, voir le principe 18 de la Déclaration de Rio (*supra* note 353); la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels; la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique ainsi que les traités dans le domaine des accidents nucléaires et la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire. Voir aussi Sands, op. cit. (*supra* note 403), p. 841 à 847.

[467] En général, pour ce qui est du caractère raisonnable comme critère applicable au calcul des dépenses pouvant être remboursées, voir P. Wetterstein, « A proprietary or possessory interest… », loc. cit. (*supra* note 373), p. 47 à 50.

[468] Les États sont tenus de fournir de tels détails en cas d'incident nucléaire. Voir l'article 2 de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire. Ils doivent aussi fournir aux États susceptibles d'être affectés, par l'intermédiaire de l'AIEA, tous les renseignements nécessaires pour réduire au minimum les conséquences radiologiques. Voir aussi Sands, op. cit. (*supra* note 403), p. 845 et 846.

[469] Aux termes des articles 5 et 6 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (voir *supra* note 366), l'autorité compétente, désignée en application de l'article 13, peut obliger l'exploitant à prendre les mesures préventives ou les mesures de réparation nécessaires ou prendre de telles mesures elle-même si l'exploitant ne les prend pas ou ne peut être trouvé.

Principe 6

Recours internes et internationaux

1. Les États devraient prévoir des procédures appropriées pour garantir que l'indemnisation sera accordée en application du projet de principe 4 aux victimes de dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

2. Ces procédures peuvent comprendre le recours à des procédures internationales de règlement des réclamations rapides et entraînant le minimum de frais.

3. Dans la mesure nécessaire aux fins d'indemnisation en application du projet de principe 4, chaque État devrait s'assurer que ses mécanismes administratifs et judiciaires internes possèdent la compétence nécessaire et qu'ils offrent des recours effectifs aux victimes. Ces mécanismes ne devraient pas être moins rapides, adéquats et effectifs que ceux dont disposent ses nationaux, et devraient inclure un accès approprié à l'information nécessaire à leur mise en œuvre.

Commentaire

1) Le projet de principe 6 indique les mesures nécessaires pour rendre opérationnel et réaliser l'objectif énoncé dans le projet de principe 4. Le *paragraphe 1,* qui dispose que des procédures appropriées doivent être prévues pour garantir l'indemnisation, s'applique à tous les États, à la différence du paragraphe 3, qui énonce des prescriptions adressées à l'État d'origine.

2) Le *paragraphe 2* vise à préciser la nature des procédures en question. Il vise des «procédures internationales de règlement des réclamations». Plusieurs procédures pourraient être envisagées. Par exemple, les États pourraient, en cas de dommage transfrontière, négocier et arrêter de concert le montant de l'indemnisation[470]. Elles peuvent comprendre des commissions mixtes des réclamations, des négociations en vue du versement d'un montant forfaitaire, etc. L'élément international n'exclut pas, par exemple, que l'État d'origine puisse verser une contribution à l'État affecté afin que celui-ci procède à l'indemnisation dans le cadre d'une procédure interne de réclamations qu'il aura mise en place. De telles négociations ne doivent pas, sauf si on le souhaite, faire obstacle à des négociations entre l'État d'origine et les parties privées lésées ou entre ces parties et la personne responsable de l'activité ayant causé le dommage significatif. Une indemnisation forfaitaire peut être arrêtée dans le cadre soit d'une action en justice ou soit d'un règlement amiable[471]. Une indemnisation raisonnable pourrait être versée immédiatement aux victimes, à titre provisoire, en attendant une décision sur la recevabilité de la demande et la détermination du montant effectif de l'indemnisation due. Les commissions nationales des réclamations ou les commissions mixtes des réclamations établies à cette fin pourraient examiner les demandes et fixer le montant définitif de l'indemnisation[472].

3) La Commission d'indemnisation des Nations Unies[473] peut constituer un modèle utile pour certaines des procédures envisagées au paragraphe 2. Dans ce cas, les victimes sont autorisées à avoir recours à la procédure internationale mise en place sans être tenues d'avoir épuisé les recours internes. Cela est de nature à permettre un règlement rapide des réclamations.

4) La Commission n'ignore pas combien il est coûteux de formuler des réclamations au plan international. Elle est également consciente que le règlement de certaines de ces réclamations prend beaucoup de temps. La référence à des procédures rapides et entraînant le minimum de frais vise à refléter le désir de ne pas mettre à la charge de la victime une procédure longue et comparable à une action en justice pouvant avoir un caractère dissuasif.

5) Le *paragraphe 3* concerne les procédures internes. L'obligation a été mise à la charge de l'État d'origine. Il s'agit d'une disposition consacrant l'égalité d'accès. Elle

[470] En réparation du dommage causé à des pêcheurs japonais par des essais nucléaires auxquels ils avaient procédé en 1954 près des Îles Marshall, les États-Unis ont versé au Japon 2 millions de dollars. Voir à ce sujet Whiteman, op. cit. (*supra* note 127), vol. 4, p. 565. Voir aussi E. Margolis, «The hydrogen bomb experiments and international law», *The Yale Law Journal*, vol. 64, nº 5, avril 1955, p. 638 et 639. L'URSS a versé une indemnité de 3 millions de dollars canadiens au Canada à la suite de l'accident de *Cosmos 954* en janvier 1978, voir Sands, op. cit. (*supra* note 403), p. 887. Voir aussi *ILM*, vol. 18, 1979, p. 907. L'auteur note également que, bien que plusieurs États européens aient versé une indemnisation à leurs nationaux au titre des dommages qu'ils avaient subis en raison de l'accident nucléaire de Tchernobyl, ces États n'ont pas essayé de présenter de demande d'indemnisation officielle, alors même qu'ils réservaient leur droit de le faire, ibid., p. 886 à 889. On peut aussi citer les projets d'articles 21 et 22 adoptés par le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international créé par la Commission en 1996. L'article 21 recommandait que l'État d'origine et les États affectés négocient à la demande de l'une des parties en ce qui concerne la nature et l'étendue de l'indemnisation et autres mesures de réparation. L'article 22 énonçait plusieurs facteurs que les États pouvaient souhaiter prendre en considération pour arriver à l'indemnisation la plus équitable (voir *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 142 à 145).

[471] En ce qui concerne la catastrophe de Bhopal, le Gouvernement indien a tenté de regrouper les demandes d'indemnisation des victimes. Il a essayé d'obtenir une indemnisation en s'adressant d'abord aux tribunaux des États-Unis mais, pour motif de *forum non conveniens*, l'affaire a été portée devant la Cour suprême de l'Union indienne. La loi sur la catastrophe de Bhopal (instruction des demandes d'indemnisation) de 1985 a servi de fondement au regroupement des demandes d'indemnisation. Dans l'affaire *Union Carbide Corporation* v. *Union of India and others*, la Cour suprême de l'Union indienne a rendu une ordonnance fixant le montant de l'indemnisation forfaitaire qui devait être versée. Union Carbide devait verser à l'Union indienne un montant forfaitaire de 470 millions de dollars des États-Unis en règlement intégral de toutes les réclamations, tous les droits et toutes les créances liés à la catastrophe de Bhopal ou découlant de celle-ci (voir *All India Reporter 1990*, vol. 77, p. 273 et suiv.). La demande d'indemnisation originaire du Gouvernement indien était supérieure à 1 milliard de dollars.

[472] Pour l'indemnité de 324 949 311 dollars versée en avril 2002 au peuple d'Enewetak en raison des dommages causés à ses terres par le programme nucléaire exécuté par les États-Unis entre 1946 et 1958, voir l'affaire *In the Matter of the people of Enewetak* (*supra* note 422).

[473] Créée en application de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité du 3 avril 1991. Voir aussi les résolutions 674 (1990), du 29 octobre 1990, et 692 (1991), du 20 mai 1991, du Conseil de sécurité et le rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 19 de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité (S/22559). Sur la procédure adoptée par la Commission d'indemnisation des Nations Unies, voir M. Kazazi, «Environmental damage in the practice of the UN Compensation Commission», sous la direction de M. Bowman et A. Boyle, op. cit. (*supra* note 393), p. 111 à 132.

présuppose que le droit d'accès ne peut être exercé que si un système approprié est en place pour l'exercice de ce droit. La première phrase du paragraphe 3 traite donc de la nécessité de conférer la compétence nécessaire aux mécanismes tant administratifs que judiciaires. Ces mécanismes devraient pouvoir connaître des demandes d'indemnisation concernant des activités entrant dans le champ d'application des présents projets de principe. La première phrase souligne qu'il importe de garantir l'effectivité des recours. Elle souligne qu'il importe d'éliminer les obstacles afin de garantir la participation aux procédures et aux audiences administratives. La deuxième phrase porte sur deux aspects du droit à l'égalité d'accès. Elle souligne qu'il importe que les demandes d'indemnisation concernant des activités dangereuses soient tranchées sur la base de normes procédurales non discriminatoires. Et, deuxièmement, elle traite de l'égalité d'accès à l'information. L'adjectif «approprié» vise à indiquer que dans certaines circonstances l'accès à l'information ou la divulgation d'informations peuvent être refusés. Il est toutefois important que même dans de telles circonstances l'information soit facile à obtenir en ce qui concerne les exceptions applicables, les motifs de rejet, les procédures d'appel et les droits à acquitter, le cas échéant. Si possible, cette information devrait pouvoir être obtenue sans frais ou pour une somme minime.

6) Les procédures internes disponibles en cas de dommage transfrontière devraient être similaires à celles mises par l'État à la disposition de ses propres nationaux dans le cadre de son droit interne. On se souviendra que l'article 16 du projet d'articles sur la prévention met une obligation comparable à la charge des États s'agissant des réclamations susceptibles d'être faites au cours de la phase de la prévention, phase durant laquelle les États sont tenus de gérer le risque que comportent les activités dangereuses avec la diligence voulue[474]. On trouve à l'article 32 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation une disposition comparable touchant les demandes d'indemnisation d'un dommage effectivement subi malgré tous les efforts déployés pour le prévenir.

7) Le droit de recours est un principe fondé sur la non-discrimination et l'égalité d'accès aux recours internes. Malgré ses inconvénients, ce principe va au-delà de l'obligation faite aux États de satisfaire à une norme minimale d'efficacité s'agissant des recours ouverts aux demandeurs transfrontières pour ce qui est de l'accès à l'information et s'agissant d'assurer la coopération voulue entre les tribunaux et autorités nationales compétents de part et d'autre des frontières nationales. Ce principe est également reflété dans le principe 10 de la Déclaration de Rio[475], et dans le principe 23 de la Charte mondiale de la nature[476]. Il est en outre de plus en plus consacré dans le droit constitutionnel interne de la protection de l'environnement[477].

[474] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 181.

[475] Voir *supra* note 353.

[476] Résolution 37/7 de l'Assemblée générale, en date du 28 octobre 1982, annexe.

[477] Voir K. W. Cuperus et A. E. Boyle, «Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», Association de droit international, *Report of the Sixty-Seventh Conference, Helsinki, 12-17 August 1996*, Londres, 1996, p. 407.

8) Le paragraphe 3 n'atténue pas ni ne résout les problèmes concernant la loi applicable, ce qui, étant donné la diversité et l'absence de consensus parmi les États, constitue un obstacle de taille s'agissant d'offrir des recours judiciaires rapides, adéquats et effectifs aux victimes[478], en particulier si elles sont pauvres et ne sont pas assistées par un avocat spécialiste de la question. Malgré ces inconvénients, cette disposition constitue un pas dans la bonne direction et peut même être considérée comme essentielle. Les États pourraient faire avancer les choses en encourageant l'harmonisation des législations et en élargissant par voie d'accord ces accès et recours.

9) Dans le cadre de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, des recours peuvent être ouverts devant les tribunaux d'une partie uniquement si: *a*) un dommage a été subi, *b*) l'exploitant a sa résidence habituelle sur le territoire de ladite partie ou *c*) l'exploitant y a son principal établissement commercial. L'article 19 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, l'article 17 du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux et l'article 13 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières prévoient un choix du for comparable.

Principe 7

Élaboration de régimes internationaux spéciaux

1. Les États devraient coopérer à l'élaboration, dans un cadre universel, régional ou bilatéral, d'accords internationaux appropriés établissant des arrangements concernant les mesures de prévention et d'intervention à appliquer pour des catégories particulières d'activités dangereuses ainsi que les dispositions à prendre en matière d'indemnisation et de sécurité financière.

2. Ces accords peuvent créer des fonds d'indemnisation financés par la branche d'activité et/ou par les États en vue d'apporter un complément d'indemnisation lorsque les ressources financières de l'exploitant, y compris les dispositions touchant sa sécurité financière, sont insuffisantes pour couvrir les pertes résultant d'un événement. De tels fonds peuvent être conçus pour compléter ou remplacer les fonds nationaux alimentés par la branche d'activité.

Commentaire

1) Le projet de principe 7 correspond aux dispositions figurant dans le projet de principe 4, si ce n'est qu'elles opèrent au niveau international. Le *paragraphe 1* engage les États à coopérer à l'élaboration, aux niveaux mondial,

[478] Ibid., p. 406.

régional ou bilatéral, d'accords internationaux visant à établir des arrangements: aux fins de la prévention, en ce qui concerne les mesures d'intervention en cas d'accident pour des catégories particulières d'activités dangereuses afin de réduire le dommage transfrontière au minimum et, enfin, aux fins de l'indemnisation et de la sécurité financière en vue de garantir une indemnisation prompte et adéquate.

2) Le *paragraphe 2* encourage les États à coopérer à la création, au niveau international, de divers systèmes de sécurité financière sous la forme de fonds financés soit par la branche d'activité soit par les États en vue de garantir que les victimes d'un dommage transfrontière bénéficieront d'une indemnisation suffisante, prompte et adéquate. Le *paragraphe 2* prend également acte du fait que, quoi que les Etats soient tenus de faire au niveau interne pour s'acquitter de leurs obligations en matière d'intervention et d'indemnisation, la certitude et la consistance de la pratique dans ce domaine requièrent aussi des arrangements internationaux. Ce principe souligne la nécessité pour les États de conclure des arrangements spécifiques en les adaptant aux circonstances particulières des diverses activités dangereuses. Il postule également qu'il y a, dans le régime de responsabilité pour les dommages transfrontières, plusieurs variables qu'il est préférable de laisser aux États ou à leur législation ou pratique nationales le soin de sélectionner ou de choisir, compte tenu de leurs besoins, situation politique et stade de développement économique particuliers. Des arrangements conclus sur une base régionale en ce qui concerne des catégories spécifiques d'activités dangereuses seront probablement plus productifs et durables s'agissant de protéger les intérêts de leurs nationaux, leur environnement et les ressources naturelles dont ils sont tributaires.

3) On se souviendra également que, dès le début de l'étude, la Commission est partie de l'hypothèse que le but essentiel devait être « de favoriser l'établissement de régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction, règlent l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux »[479]. Selon cette conception, le terme *liability* implique « ce qui est dû, une obligation (par opposition à un droit) »[480], et il ne désigne donc pas les conséquences du manquement à une obligation, mais l'obligation elle-même. Ainsi conçu, le sujet devait porter sur les responsabilités primaires des États, tout en tenant compte « des intérêts légitimes et de facteurs multiples »[481]. Il s'agissait en outre d'élaborer non seulement des principes de prévention dans le cadre d'une obligation de prudence raisonnable, mais aussi d'instituer un cadre adéquat et agréé d'indemnisation reflétant l'application des principes d'équité. Telle est la philosophie qui imprégnait l'ensemble du système, lequel est fort justement désigné comme un système d'« anticipations communes »[482] offrant aux États un « choix illimité [de] solutions juridiques »[483].

Principe 8

Application

1. Chaque État devrait adopter toutes mesures législatives, réglementaires et administratives nécessaires à l'application des présents projets de principe.

2. Les présents projets de principe et les mesures d'application devraient être mis en œuvre sans aucune discrimination fondée, par exemple, sur la nationalité, le domicile ou la résidence.

3. Les États devraient coopérer pour appliquer les présents projets de principe conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international.

Commentaire

1) Le projet de principe 8 énonce de nouveau ce qui était implicite dans les autres projets de principe, à savoir que chaque État devrait adopter des mesures législatives, réglementaires et administratives pour assurer l'application des projets de principe. Il vise à souligner l'importance de l'application au niveau national, par le biais de la législation interne, des normes ou obligations internationales acceptées par les États parties aux arrangements et accords internationaux. Le *paragraphe 2* souligne que ces projets de principe et toutes les dispositions adoptées pour leur application devraient être mis en œuvre sans aucune discrimination quelle qu'elle soit. Le mot « aucune » indique qu'aucune discrimination, quel qu'en soit le motif, n'est valide. Les références à la nationalité, au domicile et à la résidence ne sont que des exemples pertinents, encore qu'il s'agisse d'exemples fréquents et pertinents de motifs de discrimination dans le cadre du règlement des réclamations concernant les dommages transfrontières.

[479] Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Robert Q. Quentin-Baxter, rapporteur spécial, *Annuaire… 1980*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2, par. 9, p. 246.

[480] Ibid., par. 12, p. 246.

[481] Ibid., par. 38, p. 254.

[482] Les « anticipations communes » sont celles qui *a*) « ont été exprimées dans la correspondance ou dans d'autres échanges entre les États concernés, ou, si nulle prévision n'a été exprimée de la sorte, *b*) [celles qui] peuvent être déduites de normes communes, législatives ou autres, ou de modes de comportement communs normalement observés par les États concernés ou dans tout groupement régional ou autre auquel lesdits États appartiennent, ou parmi la communauté internationale » (troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Robert Q. Quentin-Baxter, rapporteur spécial, *Annuaire… 1982*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/360, ébauche de plan, sect. 4, par. 4, p. 76). Sur la nature des « anticipations communes », Barboza expliquait qu'elles « sont dans une certaine mesure sources de droits ». « On le voit par exemple à travers l'application du principe de la bonne foi, à travers l'*estoppel* ou à travers ce que l'on a coutume d'appeler dans certains systèmes juridiques la théorie du comportement raisonnable » (deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial, *Annuaire… 1986*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/402, par. 22, p. 154).

[483] Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (voir *supra* note 479), par. 48, p. 257.

2) Le *paragraphe 3* est une clause générale, aux termes de laquelle les États devraient coopérer pour appliquer les projets de principe conformément aux obligations que le droit international met à leur charge. Cette disposition est calquée sur l'article 8 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières. L'importance des mécanismes d'application ne peut être surestimée. Du point de vue du droit international général et conventionnel, elle opère sur le plan international pour l'essentiel entre les États et elle doit être mise en œuvre au niveau national au moyen de techniques internes spécifiques − constitutionnelles, législatives et autres. L'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 énonce le principe fondamental *pacta sunt servanda*. L'article 27 du même instrument rappelle le principe bien connu selon lequel les États ne peuvent invoquer les dispositions de leur droit interne ou les lacunes de ce droit comme justifiant la non-exécution de leurs obligations conventionnelles[484]. Il est important que les États adoptent une législation interne adaptée pour appliquer les principes, afin que les victimes de dommages transfrontières ne soient pas laissées sans recours adéquats.

---

[484] Voir A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 144. Sur l'exécution des décisions internationales au niveau national, la doctrine est abondante qui traite de l'expérience des différents pays (voir *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'États, d'organisations internationales et de praticiens du droit international* (publication des Nations Unies, numéro de vente: 99.V.13), chap. III, p. 165 à 219).

Chapitre VIII

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

A. Introduction

177. Dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a proposé à l'Assemblée d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international[485].

178. Au paragraphe 13 de sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission du droit international à examiner plus avant le sujet «Actes unilatéraux des États» et à en indiquer la portée et le contenu.

179. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a créé un groupe de travail sur ce sujet, qui a fait rapport à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité de son étude, la portée et le contenu possibles du sujet et le schéma de l'étude. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail[486].

180. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Víctor Rodríguez Cedeño rapporteur spécial pour le sujet[487].

181. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

182. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[488] et l'a examiné. À l'issue de son débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

183. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur les questions touchant la portée du sujet, l'optique dans laquelle l'aborder, la définition de l'acte unilatéral et les travaux futurs du Rapporteur spécial. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail[489].

184. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[490] et l'a examiné. À l'issue du débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

185. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur: *a*) les éléments fondamentaux d'une définition opératoire des actes unilatéraux comme point de départ de la poursuite des travaux sur le sujet ainsi que du recensement de la pratique des États en la matière; *b*) la formulation de principes directeurs généraux à suivre pour effectuer ce recensement; et *c*) la direction dans laquelle le Rapporteur spécial devrait poursuivre ses travaux. À propos du point *b* ci-dessus, le Groupe de travail a élaboré les principes directeurs de la mise au point d'un questionnaire que le Secrétariat adresserait aux États en consultation avec le Rapporteur spécial pour leur demander de fournir des matériaux et des renseignements sur leur pratique concernant les actes unilatéraux et de faire connaître leur position sur certains aspects de l'étude du sujet entreprise par la Commission.

186. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[491], ainsi que le texte des réponses reçues des États[492] au questionnaire sur le sujet qui leur avait été adressé le 30 septembre 1999. La Commission a décidé de renvoyer les projets d'articles révisés 1er à 4 au Comité de rédaction et le projet d'article révisé 5 au Groupe de travail sur le sujet.

187. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial[493] et créé un groupe de travail à composition non limitée. Sur la recommandation du Groupe de travail, la Commission a prié le Secrétariat d'adresser aux gouvernements un questionnaire les invitant à fournir des informations supplémentaires sur leur pratique en matière de formulation et d'interprétation des actes unilatéraux[494].

188. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial[495], ainsi que le texte des réponses des États[496]

---

[485] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), doc. A/51/10, par. 248, p. 105, et annexe II, p. 146.

[486] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 194 et 196 à 210, p. 65 et 66.

[487] Ibid., par. 212, p. 67, et 234, p. 72.

[488] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/486, p. 327.

[489] Ibid., vol. II (2e partie), par. 192 à 201, p. 61.

[490] *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/500 et Add.1, p. 217.

[491] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/505.

[492] Ibid., doc. A/CN.4/511.

[493] *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/519.

[494] Ibid., vol. II (2e partie), par. 29, p. 19, et par. 254, p. 221. On peut consulter le texte du questionnaire à l'adresse suivante: http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm.

[495] *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/525 et Add.1 et 2.

[496] Ibid., doc. A/CN.4/524.

au questionnaire sur le sujet distribué le 31 août 2001[497]. Elle a aussi constitué un groupe de travail à composition non limitée.

189. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a examiné le sixième rapport du Rapporteur spécial[498].

190. La Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée sur les actes unilatéraux des États, présidé par M. Alain Pellet. Le Groupe de travail a tenu six séances.

191. À la même session, la Commission a examiné et adopté les recommandations figurant dans les parties 1 et 2 du rapport du Groupe de travail concernant la portée du sujet et la méthode de travail[499].

B. Examen du sujet à la présente session

192. À la présente session, la Commission était saisie du septième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/542) qu'elle a examiné à ses 2811e à 2813e et 2815e et 2818e séances, du 5 au 7 et les 9, 13, 14 et 16 juillet 2004.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son septième rapport

193. Le Rapporteur spécial a indiqué que, conformément aux recommandations faites par la Commission en 2003 (notamment la recommandation no 4)[500], le septième rapport portait sur la pratique des États en matière d'actes unilatéraux tout en prenant en considération la nécessité d'identifier les règles pertinentes susceptibles de codification et de développement progressif. Il a tenu à remercier tout particulièrement la faculté de droit et les étudiants de l'Université de Malaga pour leur précieuse collaboration au rapport. Le rapport se basait tant sur le matériel provenant de diverses régions et systèmes juridiques que sur les déclarations des représentants des gouvernements, des organisations internationales ou des décisions des tribunaux internationaux. Les commentaires des gouvernements à la Sixième Commission étaient aussi pris en considération. En revanche, peu de gouvernements avaient répondu au questionnaire qui leur avait été adressé[501].

194. L'étude portait notamment sur les actes et déclarations produisant des effets juridiques et ne constituait qu'un examen initial qui pourrait être approfondi à l'avenir si la Commission l'estimait nécessaire.

195. Le Rapporteur spécial, afin d'établir les critères de classification des actes et déclarations, a eu recours aux trois catégories généralement établies: actes par lesquels un État assume des obligations (promesse et reconnaissance), actes par lesquels un État renonce à un droit (renonciation) et actes par lesquels un État confirme un droit ou une revendication (protestation). Quant à la notification, bien qu'elle constitue formellement un acte unilatéral, elle produit des effets qui varient en fonction de la situation dont elle relève (protestation, promesse, reconnaissance, etc.), y compris dans le cadre des régimes conventionnels.

196. Le comportement qui pourrait avoir des effets juridiques similaires aux actes unilatéraux a fait l'objet d'une section séparée et consistait en un bref examen du silence, du consentement et de l'estoppel et de leur relation aux actes unilatéraux ainsi que de la présentation de la pratique de certains tribunaux internationaux.

197. La promesse et la reconnaissance étaient parmi les actes par lesquels les États assumaient des obligations. Elles constituent des expressions unilatérales formulées par un État à titre individuel ou par un nombre d'États à titre collectif par les moyens desquels des obligations étaient assumées et des droits accordés à d'autres États, organisations internationales ou autres entités. Plusieurs exemples de telles déclarations étaient donnés (certaines controversées, telle la déclaration égyptienne du 26 juillet 1956 au sujet du canal de Suez) qui établissent que la promesse se présente comme une expression unilatérale de volonté formulée en public par un État ayant une intention et un objet spécifiques. Ces expressions pouvaient embrasser un vaste domaine de sujets allant de la défense ou des questions monétaires jusqu'à l'engagement de ne pas appliquer des règlements internes pouvant avoir des effets adverses aux États tiers. Des promesses (telle l'assistance au progrès des négociations en cours entre deux États) ne créant pas d'obligations juridiques ont été exclues de l'étude.

198. Quelques promesses provoquaient des réactions de la part des États qui, se considérant comme affectés, leur donnaient la forme de protestations ou de reconnaissance d'une situation particulière. D'autres étaient faites sous des conditions particulières, ce qui pouvait conduire à se demander si elles constituaient des actes unilatéraux *stricto sensu.*

199. Certaines déclarations pouvant avoir un intérêt pour la Commission ont été faites dans le contexte des négociations de désarmement. Quelques-unes de ces déclarations ont été faites par des personnes autorisées à représenter l'État sur le plan international (ministres des affaires étrangères, ambassadeurs, chefs de délégation, etc.) et posaient des questions difficiles quant à la portée de leurs effets. S'agissait-il de déclarations politiques ou de déclarations ayant l'intention de créer des obligations juridiques? Le contexte dans lequel ces déclarations ont été faites pourrait constituer un élément pouvant éclairer leur portée et leurs conséquences.

200. La reconnaissance était incluse, pour des raisons méthodologiques, parmi les actes par lesquels les États assument des obligations. Bien qu'une étude exhaustive ne fût pas faite, il s'avère que la reconnaissance était souvent basée sur un fait préexistant; elle ne créait pas ce fait. La plupart des auteurs considèrent cependant la reconnaissance comme une manifestation de volonté d'un sujet de droit international par laquelle celui-ci prend note d'une certaine situation et exprime son intention de la considérer comme licite. La reconnaissance qui pourrait être exprimée par une déclaration explicite ou implicite,

[497] Voir *supra* note 494.

[498] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/534.

[499] Ibid., vol. II (2e partie), par. 304 à 308.

[500] Ibid., par. 306 et 308.

[501] Voir *supra* notes 494 et 496.

orale ou écrite (ou même par des actes ne constituant pas des actes unilatéraux *stricto sensu*), affecte les droits, obligations et intérêts politiques de l'État « reconnaissant ». En outre, elle n'a pas d'effet rétroactif comme la jurisprudence l'a montré (l'affaire *Eugène L. Didier, adm. et cons. c. Chili*[502]).

201. Le rapport traitait de plusieurs cas de reconnaissance des États en raison de l'abondance de la pratique surtout en relation avec les « nouveaux » États de l'Europe de l'Est (États de l'ex-Yougoslavie, par exemple). La reconnaissance conditionnelle y était mentionnée ainsi que des cas de reconnaissance résultant de la participation en tant que membre d'une organisation internationale.

202. En revanche, des cas de reconnaissance des gouvernements étaient moins fréquents et moins précis. La continuation ou non des relations diplomatiques ou le retrait des ambassadeurs constituaient des indices dans la pratique de la reconnaissance.

203. Le rapport traitait également des déclarations formelles ou actes par lesquels les États expriment leur position par rapport à des territoires dont le statut était controversé (République turque de la Chypre du Nord, Timor oriental, etc.) ou par rapport à un état de guerre.

204. Une autre catégorie d'actes concernait ceux par lesquels l'État renonce à un droit ou à une prétention juridique, y compris la renonciation abdicative et la renonciation translative.

205. La jurisprudence des tribunaux internationaux s'oriente vers la conclusion qu'un État ne peut pas être présumé avoir renoncé à ses droits. Le silence ou l'acquiescement ne suffisent pas pour qu'une renonciation puisse effectivement produire des effets (CIJ, affaire des *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*[503]). En revanche, afin qu'une renonciation puisse être acceptable, il faudrait qu'elle résulte d'actes non équivoques (CPJI, affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*[504]).

206. Une troisième catégorie concernait les protestations, à savoir la déclaration unilatérale par laquelle l'État protestataire fait savoir qu'il ne reconnaît pas la légalité des actes qui font l'objet de la protestation ou qu'il n'accepte pas la situation que ces actes ont créée ou menacent de créer. Par conséquent, la protestation a un effet opposé à celui de la reconnaissance; elle peut consister en actes réitérés et elle doit être spécifiée, à l'exception des cas des violations graves des obligations internationales ou découlant des règles péremptoires du droit international. Le rapport cite plusieurs exemples de protestations, quelques-unes liées à l'existence d'un différend territorial ou autre entre les États.

207. La dernière catégorie évoquée dans le rapport concernait des comportements étatiques pouvant produire des effets juridiques similaires à ceux des actes unilatéraux. Ces comportements peuvent avoir comme résultat la reconnaissance ou la non-reconnaissance, la protestation contre les prétentions d'un autre État ou même la renonciation.

208. Le rapport considérait aussi le silence et l'estoppel, étroitement liés aux actes unilatéraux malgré le fait que les effets juridiques du silence étaient souvent contestés.

209. Les conclusions du rapport visaient à faciliter l'examen du sujet et à établir des principes applicables généralement. Bien que les exemples cités fussent basés sur les catégories généralement acceptées d'actes unilatéraux, le Rapporteur spécial proposait qu'une nouvelle définition des actes unilatéraux pût être préparée, avec comme point de départ la définition provisoirement adoptée à la cinquante-cinquième session et tenant aussi compte des formes du comportement des États produisant des effets juridiques similaires à ceux des actes unilatéraux.

2. Résumé du débat

210. Plusieurs membres ont exposé leur satisfaction au sujet du septième rapport et de la richesse de la pratique exposée. Quelques membres de la Commission ont estimé que, au vu de la densité du rapport, la Commission avait été bien inspirée lorsqu'elle a demandé au Rapporteur spécial de consacrer son septième rapport à la pratique des États. Cependant, la notion d'acte unilatéral n'avait pas encore été analysée avec rigueur. De surcroît, certains membres ainsi que certains États qui s'étaient exprimés à la Sixième Commission n'étaient pas convaincus que le sujet devrait faire l'objet de projets d'article. Selon un point de vue, la Commission devrait choisir certains aspects pour procéder à des études dans lesquelles elle exposerait la pratique des États et le droit applicable.

211. L'avis a été exprimé que certaines catégories d'actes unilatéraux, telle la promesse, continuent de poser des problèmes et il convient de ne pas tenir compte du terme utilisé par l'État auteur pour qualifier son comportement. Les catégories retenues ne sont pas en effet si nettement délimitées. Il a également été indiqué que la reconnaissance et la reconnaissance d'États ou de gouvernements devaient être exclues de l'étude parce qu'il ne fallait pas partir du principe que l'Assemblée générale estimait que cette question délicate relevait du sujet des actes unilatéraux. Dans ce contexte, on a souligné que la reconnaissance d'États ou de gouvernements constituait un point distinct dans la liste initiale des sujets de codification. En revanche, selon un autre point de vue, les effets juridiques de la reconnaissance et de la non-reconnaissance devaient être inclus dans l'étude.

212. Il a été relevé que la notion des obligations juridiques internationales assumées par l'État auteur de la déclaration vis-à-vis d'un ou plusieurs autres États devrait être retenue comme critère plutôt que celle des effets juridiques, cette dernière notion étant beaucoup plus large. Il

---

[502] Voir J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, United States Government Printing Office, 1898, vol. IV, p. 4329. Voir également V. Coussirat-Coustère et P. M. Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, vol. I, 1794-1918, Dordrecht, Martinus Nijhoff/Kluwer, 1989, p. 54.

[503] *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176.

[504] *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B nº 46*, p. 96.

faudrait ainsi étudier l'acte unilatéral en tant que source du droit international; de ce point de vue, la pratique n'était pas très riche et la décision rendue par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*[505] reste un cas isolé.

213. On a aussi dit que le Rapporteur spécial s'était acquitté du mandat que lui avait donné la Commission. Néanmoins, on pourrait ressentir un certain sentiment de confusion et se demander si la Commission ne se trouvait pas dans une impasse. En outre, il aurait fallu éviter l'erreur méthodologique qui consistait à aligner le traitement des actes unilatéraux sur celui des traités.

214. On a fait observer que la façon dont la classification était utilisée pouvait être remise en question, notamment la tendance du Rapporteur spécial à qualifier d'actes unilatéraux *stricto sensu* des formes de comportement ayant des conséquences juridiques similaires à celles des actes unilatéraux.

215. Selon certains membres, ce dont le rapport, foisonnant d'exemples et de situations de facto et *de jure* (dont certains n'étant pas forcément pertinents) tirés de la pratique, manquait c'était l'analyse des exemples cités. Le rapport ne répondait pas à la question posée dans la recommandation n° 6 du Groupe de travail qui consistait à se demander quels sont les motifs de l'acte unilatéral ou du comportement des États[506]. Les autres questions incluses dans la recommandation, à savoir quels sont les critères de validité de l'engagement exprès ou implicite de l'État et dans quelles circonstances et à quelles conditions un engagement unilatéral peut être modifié ou retiré, n'avaient pas été abordées. On avait besoin des données supplémentaires ainsi que d'une analyse approfondie afin de pouvoir répondre à ces questions, même si la pratique pertinente n'était pas abondante. Des exemples récents tirés de la jurisprudence de la CIJ (affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[507]) montraient que la question des compétences des organes étatiques pour engager l'État par des actes unilatéraux était complexe.

216. D'autres membres se sont aussi demandé si, dans la pléthore d'exemples fournis, quelques cas ne constituaient pas des actes politiques. À cet égard, il a été admis qu'il était très difficile de faire la distinction entre actes politiques et actes juridiques, faute de critères objectifs, et que l'une des tâches de la Commission serait d'établir cette distinction. L'élément principal de la définition retenue dans la recommandation n° 1, à savoir l'intention de l'État qui vise à créer des obligations ou d'autres effets juridiques en vertu du droit international, est de nature subjective. Comment déterminer objectivement cette intention? De ce point de vue, plusieurs exemples cités dans le rapport s'avéraient n'être que des actes ou déclarations de nature politique ne visant pas à avoir des effets juridiques. L'objet de l'acte serait un facteur important pour déterminer sa nature – ce qui était le cas de la reconnaissance d'États ou de gouvernements. S'il n'y avait pas moyen de déterminer le caractère de l'acte, le principe de non-limitation de la souveraineté ou d'interprétation restrictive devrait être pris en considération. Il était difficile, sinon impossible, d'identifier des actes unilatéraux *stricto sensu* (une partie de la doctrine considérait qu'ils ne constituaient pas une source du droit dans la mesure où il y avait toujours acceptation de la part de leur destinataire); toutefois, l'idée d'une étude thématique ou d'un exposé paraissait digne de considération. Quant aux critères de la validité des actes unilatéraux ou des conditions de leur modification ou de leur retrait, on pouvait se demander si l'analogie avec les traités n'était pas tout à fait pertinente ou satisfaisante étant donné, par exemple, que les notions de *jus dispositivum* ou de réciprocité n'y joueraient pas le même rôle. Mais justement la flexibilité des engagements unilatéraux serait une caractéristique qu'on pourrait approfondir.

217. Selon un autre point de vue, le terme « acte unilatéral » embrassait un large éventail de relations juridiques ou de procédés que les États utiliseraient dans leur comportement envers les autres États. Acte signifie comportement et le comportement inclut le silence et l'acquiescement. Par ailleurs, le comportement peut viser à créer des relations juridiques ou mettre en jeu le principe de bonne foi. Quant à la reconnaissance, elle pourrait inclure la reconnaissance juridique ou politique. La terminologie habituelle n'était pas très utile; une approche possible consisterait à chercher des critères pertinents. À cet égard, le silence et l'estoppel (ce dernier invoqué dans quelques affaires devant la CIJ, par exemple celle de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*[508]) devraient être pris en considération.

218. D'un autre côté, on a rappelé que la jurisprudence de la CIJ [tant dans l'affaire des *Essais nucléaires*[509] que dans celle du *Différend frontalier* (Burkina Faso/République du Mali)][510] mettait de manière consistante l'accent sur l'intention de l'État auteur de déclarations pouvant créer des obligations juridiques. Il était indéniable que les actes unilatéraux existaient et pouvaient créer tout un système bilatéral ou multilatéral de relations dont le mécanisme n'était pas toujours clair ni même évident. L'étude devrait continuer afin de dégager des règles juridiques du matériel examiné; le projet de définition des actes unilatéraux offrait une base utile, mais toutes les catégories évoquées par le Rapporteur spécial devaient être réexaminées à cette fin. Quant à la forme finale de l'étude, elle dépendrait de l'évaluation faite de la pratique des États et des leçons à en tirer; à défaut d'un projet de convention, des directives souples pourraient être envisagées.

219. Les conclusions préliminaires du Rapporteur spécial contenaient quelques indications utiles, mais une analyse plus développée était nécessaire afin de conclure qu'il y avait des règles généralement applicables ou un régime juridique comparable à celui établi par la Convention de Vienne de 1969.

---

[505] *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 457.

[506] Voir *supra* note 500.

[507] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 595.

[508] *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246.

[509] Voir *supra* note 505.

[510] *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554.

220. Il a été aussi relevé que quelques questions de substance étaient posées dans la présentation de la pratique telle la question de savoir si la conditionnalité était compatible avec un acte unilatéral *stricto sensu*. La conditionnalité pourrait aussi être un facteur déterminant pour les motifs de la formulation d'un acte unilatéral. L'objet de l'acte devrait aussi être pris en considération en tant qu'indication de la nature politique ou juridique de l'acte; la Commission devrait certainement se borner à examiner les actes unilatéraux juridiques; en outre, le but de l'acte pourrait déterminer son autonomie ce qui, à son tour, est décisif pour la qualification même d'un acte comme unilatéral. Tout régime futur devrait contenir une disposition équivalente à l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 afin d'avoir un équilibre entre la liberté d'action et la sécurité des relations interétatiques. D'autres aspects, comme le retrait de l'acte unilatéral sous condition, éventuellement, du consentement du bénéficiaire, pourraient aussi être examinés.

221. L'autonomie de l'acte unilatéral exclut donc tout acte entrepris dans le cadre des relations conventionnelles ou conjointes ou relevant du droit coutumier ou institutionnel. La nature spécifique de l'acte unilatéral en tant que source du droit international dépendait des critères tels que l'intention de l'État auteur et le statut du destinataire en tant que sujet de droit international, les modalités et le contexte dans lequel l'acte est formulé.

222. On a fait aussi observer que, si riche qu'elle fût, la pratique présentée constituant dorénavant une référence incontournable, on devrait encore examiner les réactions que de tels actes provoquaient, notamment les promesses et surtout dans le cas où elles n'étaient pas honorées. La responsabilité internationale de l'auteur de la promesse pourrait-elle être mise en jeu? Un examen de la pratique sous cet angle pourrait révéler si les actes unilatéraux pouvaient créer des obligations juridiques internationales pour l'État auteur de l'acte. La CIJ avait examiné la portée juridique de tels actes [affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[511] ou du *Différend frontalier* (Burkina Faso/République du Mali)][512]. La protestation contre des actes unilatéraux (telle celle des États-Unis contre les revendications maritimes figurant dans la législation iranienne de 1993) devrait également être examinée de manière plus approfondie[513]. Même si des protestations sont effectuées dans le cadre d'un traité (par exemple, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer), elles n'en constituent pas moins, dans certains cas, une source de droit international. Une étude complète de la « vie » ou de l'évolution d'un acte unilatéral permettrait ainsi de comprendre ses aspects particuliers et d'identifier, si possible, des règles juridiques qui leur sont applicables.

223. À cet égard, il faudrait traiter des actes unilatéraux *stricto sensu*, à savoir ceux destinés à produire des effets juridiques. Il n'y avait pas lieu de suivre scrupuleusement les catégories d'actes unilatéraux mentionnées par le Rapporteur spécial mais plutôt de déterminer la manière dont il convenait de poursuivre l'étude des actes unilatéraux.

224. On a aussi noté que c'était la notion d'obligation juridique internationale qui devrait constituer le critère de l'acte unilatéral et non pas celle de ses effets juridiques, notion plus large et plus vague qui s'étend à tous les actes unilatéraux de l'État, autonomes ou non, puisque tous ces actes produisent des effets juridiques qui varient considérablement les uns par rapport aux autres.

225. L'avis a été exprimé qu'il fallait peut-être faire une distinction entre actes créant des obligations et actes confirmant des droits. Il n'y a pas de concept unitaire en matière d'actes unilatéraux, ce qui rendait une classification problématique. Peut-être une typologie consistant en une liste *ad hoc* de sous-principes qui devraient être étudiés séparément serait plus utile.

226. Par ailleurs, la Commission devrait rassurer les États sur ses intentions tout en traitant scrupuleusement du sujet. À cet égard, il faudrait que l'intention de l'État de s'engager unilatéralement sur le plan international soit parfaitement limpide et non équivoque.

227. Selon un autre point de vue, il serait regrettable d'exclure a priori des actes unilatéraux adoptés dans le cadre du régime des traités (par exemple, des pratiques suivant leur ratification).

228. La question de la révocabilité de l'acte unilatéral devrait aussi être examinée en détail. L'acte unilatéral, de par sa nature même, serait librement révocable sauf s'il exclut de façon claire la révocation ou lorsque l'acte se transforme, avant sa révocation, en engagement conventionnel, à la suite de son acceptation par le bénéficiaire de l'acte initial.

229. Quant aux autres questions, comme celle concernant les organes compétents pour lier l'État par des actes unilatéraux ou celle relative aux conditions de validité de ces actes, elles pourraient être résolues si l'on s'inspirait de la Convention de Vienne de 1969.

230. L'avis a aussi été exprimé que plusieurs déclarations figurant en exemples dans le rapport ne constituaient que des déclarations politiques ne visant pas à produire des effets juridiques et faisant partie intégrante de la diplomatie et des relations interétatiques.

231. D'autre part, l'exposé même de la pratique des États dans le rapport montrait à quel point il serait difficile de tirer des conclusions générales, applicables à tous les différents types d'actes cités. Par exemple, les actes de reconnaissance ont des conséquences juridiques spécifiques qui les distinguent des autres catégories d'actes. La Commission devrait donc analyser chacun de ces actes séparément et en tirer des conclusions distinctes, compte tenu des spécificités de chacun.

232. En ce qui concerne les comportements unilatéraux, la mesure dans laquelle il serait possible d'en dégager des conséquences juridiques précises n'était pas claire. La

[511] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 392, et *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14.

[512] Voir *supra* note 510.

[513] Voir *Le droit de la mer: évolution récente de la pratique des États n° IV* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.10), p. 164 à 167.

Commission, compte tenu de la grande diversité de ces comportements, devrait être très prudente lorsqu'elle formulerait des recommandations à propos de ces comportements. Selon un autre point de vue, les actes unilatéraux ne constituaient pas une institution ou un régime juridique et, par conséquent, ne se prêtaient pas à la codification, cette dernière consistant à formuler des concepts pertinents. C'étaient justement ces concepts qui manquaient s'agissant d'actes unilatéraux, chacun se présentant comme un fait séparé et indépendant de l'autre.

233. Quelques membres ont exprimé l'avis que quelques références à la pratique de certaines entités comme exemples d'actes unilatéraux des États étaient erronées puisque ces entités n'étaient pas des États. Selon un point de vue, quelques cas cités dans le rapport se référant à Taiwan en tant que sujet du droit international n'étaient pas conformes à la résolution 2758 (XXVI) de l'Assemblée générale du 25 octobre 1971 et, par conséquent, ne devraient pas y être inclus.

234. On a aussi fait observer qu'il n'était pas tout à fait exact que des déclarations solennelles faites devant le Conseil de Sécurité à propos des armes nucléaires étaient dépourvues d'effets juridiques. Justement, cela prouvait la complexité et la difficulté du sujet. D'autre part, même si le rapport présentait des exemples de plusieurs types de déclarations qui éventuellement n'entraient pas toutes dans le champ de définition des actes unilatéraux *stricto sensu*, il n'était pas suffisant de citer simplement de telles déclarations: afin de déterminer l'intention de produire des effets juridiques il fallait tenir compte du contexte, à la fois *ex ante* et *ex post*, de ces déclarations comme l'affaire des *Essais nucléaires*[514] l'avait montré. Le rapport ne fournissait pas beaucoup d'informations à ce sujet. En outre, la classification utilisée correspondant à une typologie classique et a priori ne comportait aucun commentaire sur son mode d'emploi et, au lieu d'une méthode déductive demandée par le Groupe de travail, le Rapporteur spécial avait adopté une méthode inductive. En outre, un acte pourrait appartenir à plusieurs catégories à la fois (par exemple, la promesse de remise d'une dette pourrait être considérée comme une renonciation, une promesse ou la reconnaissance de droits). D'une façon plus générale, une classification «téléologique» n'aboutissait pas à des conclusions constructives. On devrait aussi distinguer entre les actes par lesquels les États sont engagés parce qu'ils le veulent et les comportements par lesquels les États sont engagés sans expression de leur volonté et, dans un premier temps, n'étudier que les premiers.

235. En outre, l'étude du contexte, essentielle pour la compréhension des actes unilatéraux, manquait souvent. C'est pourquoi il fallait se concentrer dorénavant sur l'étude de quelques exemples et essayer d'établir un tableau comparatif qui inclurait des informations sur l'auteur de l'acte, sa forme, son objet, ses buts et motifs, les réactions des tiers, les modifications éventuelles, son retrait (s'il a eu lieu) ainsi que sa mise en œuvre. Le but de ce tableau serait d'établir des règles communes aux actes examinés. Quant à la question de l'autonomie des actes unilatéraux, on a relevé qu'aucun acte unilatéral n'était complètement autonome. Les effets juridiques découlaient toujours de règles ou principes préexistants. Certains membres ont signalé que l'autonomie était un élément controversé qui devait être exclu de la définition tout en reconnaissant le caractère non dépendant de ces actes.

236. Plusieurs membres ont pensé qu'un groupe de travail pourrait être reconstitué afin de clarifier la méthodologie de l'étape suivante de l'étude et d'évaluer la pratique de manière critique.

237. Ce groupe de travail devrait poursuivre ses travaux sur la base des recommandations de l'année précédente et devrait se concentrer sur l'orientation à donner aux travaux futurs. En outre, on devrait continuer à recenser et à analyser la pratique des États, en ce concentrant notamment sur les critères de validité de l'engagement de l'État ainsi que sur les circonstances dans lesquelles il peut modifier ou retirer de tels engagements. Le groupe de travail devrait sélectionner des exemples significatifs d'actes unilatéraux destinés à produire des effets juridiques (correspondant à la définition adoptée au cours de la cinquante-cinquième session) et procéder à une analyse approfondie de ces exemples.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

238. Le Rapporteur spécial a noté à la fin du débat que le septième rapport ne constituait qu'une première esquisse de l'examen de la pratique des États en la matière qui devrait être complété par une étude de l'évolution suivie par certains actes envisagés dans le rapport et par d'autres qui pourraient encore être identifiés.

239. Leur évolution, leur vie et leur validité pourraient être un des objets du rapport suivant qui devrait s'efforcer de répondre aux questions formulées dans la recommandation n° 6 adoptée par le Groupe de travail au cours de la cinquante-cinquième session[515]. Le débat au sein de la Commission a une fois de plus mis en lumière la complexité du sujet et les difficultés que présentent la codification et le développement progressif des règles applicables à ces actes. Indépendamment de la forme finale, le sujet mériterait toutefois d'être examiné en profondeur au vu de son importance croissante dans les relations internationales.

240. Afin de répondre au problème de la détermination de la nature de la déclaration, de l'acte ou du comportement de l'État et à la question de savoir si ces actes produisent des effets juridiques, il convenait de rechercher la volonté de l'État de s'engager. Cela impliquerait une interprétation nécessairement formulée sur des critères restrictifs.

241. Les actes unilatéraux *stricto sensu*, qu'ils soient considérés comme des sources de droit international ou comme des sources d'obligations internationales, n'appartiennent pas moins à un mode de création du droit international. En outre, l'acte unilatéral s'inscrit dans une relation bilatérale ou multilatérale même si on ne doit pas pour autant la qualifier de conventionnelle.

[514] Voir *supra* note 505.

[515] Voir *supra* note 500.

242. La référence aux actes de reconnaissance peut faciliter l'étude des actes unilatéraux conditionnels et de leurs divers aspects (leur application, modification ou révocation).

243. En ce qui concerne l'orientation des travaux futurs, on pourrait réaliser une étude plus approfondie de la pratique s'intéressant à des questions spécifiques telles que celles évoquées par certains membres (auteur, forme, sujet, réaction, évolutions ultérieures, etc.) et aussi étudier quelques aspects particuliers pouvant être dégagés essentiellement de décisions judicieuses et arbitrales.

244. Le prochain rapport tiendrait compte des conclusions ou recommandations que pourrait formuler le groupe de travail s'il était créé.

4. Conclusions du Groupe de travail

245. À sa 2818e séance, le 16 juillet 2004, la Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée sur les actes unilatéraux des États, présidé par M. Alain Pellet. Le Groupe de travail a tenu quatre séances.

246. À sa 2829e séance, le 5 août 2004, la Commission a pris note du rapport oral du Groupe de travail.

247. Le Groupe de travail a décidé de sélectionner un échantillon d'actes unilatéraux suffisamment documentés pour permettre une analyse approfondie. Il a également établi une grille permettant d'utiliser un ensemble uniforme d'outils analytiques[516]. Les membres du Groupe de travail se sont réparti un certain nombre d'études à effectuer conformément à la grille établie, lesquelles devraient être transmises au Rapporteur spécial avant le 30 novembre 2004. Il a été décidé que le Rapporteur spécial serait chargé de faire la synthèse, exclusivement sur la base de ces études, à partir desquelles il tirerait les conclusions pertinentes qui seraient présentées dans son huitième rapport.

---

[516] La grille contient les éléments suivants:
- Date
- Auteur/organe
- Compétence de l'auteur/organe
- Forme
- Contenu
- Contexte et circonstances
- Objectifs poursuivis
- Destinataires
- Réaction des destinataires
- Réaction de tiers
- Fondement
- Mise en œuvre
- Modification
- Terminaison/révocation
- Portée juridique
- Décision d'un juge ou d'un arbitre
- Remarques
- Bibliographie

Chapitre IX

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. Introduction

248. Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités ».

249. À sa quarante-sixième session, en 1994, la Commission a nommé M. Alain Pellet rapporteur spécial pour ce sujet[517].

250. À sa quarante-septième session, en 1995, la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[518].

251. À l'issue de cet examen, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet; celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant « Les réserves aux traités », à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux de la Commission sur le sujet devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986[519]. De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de directives accompagnées de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types.

252. À sa quarante-septième session également, conformément à sa pratique antérieure[520], la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales[521]. Ce questionnaire a été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Dans sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission et invité celle-ci à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire[522].

253. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[523]. Le Rapporteur spécial avait annexé à son rapport un projet de résolution de la Commission sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier[524]. Toutefois, faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport ni le projet de résolution, encore que certains membres aient exprimé leurs vues sur le rapport. En conséquence, la Commission a décidé de reporter le débat sur ce sujet à la session suivante[525].

254. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission était à nouveau saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet.

255. À l'issue du débat, la Commission a adopté des conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme[526].

256. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs qui souhaiteraient le faire à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission leurs vues sur les conclusions préliminaires.

257. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[527], qui était consacré à la définition des réserves aux traités et des déclarations interprétatives de

---

[517] Voir *Annuaire… 1994*, vol. II (2e partie), par. 381, p. 188.

[518] Voir *Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/470, p. 133.

[519] Ibid., vol. II (2e partie), par. 487, p. 113.

[520] Voir *Annuaire… 1983*, vol. II (2e partie), par. 286, p. 88.

[521] Voir *Annuaire… 1995*, vol. II (2e partie), par. 489, p. 113. Les questionnaires adressés aux États Membres et aux organisations internationales sont reproduits dans l'*Annuaire… 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1, annexes II et III, p. 101 et 111.

[522] Au 31 juillet 2003, 33 États et 25 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

[523] *Annuaire… 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1, p. 39, et A/CN.4/478, p. 89.

[524] Ibid., vol. II (2e partie), par. 136 et note 238, p. 88.

[525] Pour un résumé du débat, voir ibid., chap. VI, sect. B, p. 84 et suiv., notamment par. 137, p. 89.

[526] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 157, p. 57.

[527] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/491 et Add.1 à 6, p. 223.

traités. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire six projets de directive[528].

258. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était à nouveau saisie de la partie du troisième rapport du Rapporteur spécial qu'elle n'avait pas eu le temps d'examiner à la cinquantième session, ainsi que de son quatrième rapport sur le sujet[529]. À ce rapport était en outre annexée la bibliographie révisée du sujet, dont le Rapporteur spécial avait soumis à la quarante-huitième session une première version, jointe à son deuxième rapport. Le quatrième rapport traitait aussi de la définition des réserves et déclarations interprétatives. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire 17 projets de directive[530].

259. À la lumière de l'examen des déclarations interprétatives, la Commission a aussi adopté une nouvelle version du projet de directive 1.1.1 [1.1.4] et un projet de directive sans titre ni numéro [devenu le projet de directive 1.6 (Portée des définitions)].

260. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[531] portant, d'une part, sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et, d'autre part, sur la procédure relative aux réserves et aux déclarations interprétatives, notamment leur formulation et la question des réserves et déclarations interprétatives tardives. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire cinq projets de directive[532]. La Commission a aussi reporté l'examen de la deuxième partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial à la session suivante.

261. À la cinquante-troisième session, en 2001, la Commission était saisie en premier lieu de la deuxième partie du cinquième rapport portant sur les questions de procédure relatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et, en deuxième lieu, du sixième rapport[533] portant sur les modalités de formulation des réserves et des déclarations interprétatives (notamment leur forme et leur notification) ainsi que sur la publicité des réserves et des déclarations interprétatives (leur communication, leurs destinataires et les obligations du dépositaire).

262. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire 12 projets de directive[534].

263. À la cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission était saisie du septième rapport du Rapporteur spécial[535] portant encore sur la formulation, la modification et le retrait des réserves aux traités et des déclarations interprétatives. À la même session, elle a adopté à titre provisoire 11 projets de directive[536].

264. À la même session, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 2.5.1 (Retrait des réserves), 2.5.2 (Forme du retrait), 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves), 2.5.5 (Compétence pour retirer une réserve au plan international), 2.5.5 *bis* (Compétence pour retirer une réserve au plan interne), 2.5.5 *ter* (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves), 2.5.6 (Communication du retrait d'une réserve), 2.5.6 *bis* (Procédure de communication du retrait des réserves), 2.5.6 *ter* (Fonctions du dépositaire), 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve), 2.5.8 (Effet du retrait d'une réserve en cas d'objection à la réserve accompagnée du refus d'entrée en vigueur du traité avec l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve), 2.5.9 (Date d'effet du retrait d'une réserve) [y inclus les clauses types y afférentes], 2.5.10 (Cas dans lesquels l'État réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve), 2.5.11 (Retrait partiel d'une réserve) et 2.5.12 (Effet du retrait partiel d'une réserve).

265. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission était saisie du huitième rapport du Rapporteur spécial portant sur le retrait et la modification des réserves et des déclarations interprétatives ainsi que de la formulation d'objections aux réserves et déclarations interprétatives[537].

266. À sa 2760e séance, le 21 mai 2003, la Commission a examiné et provisoirement adopté 11 projets de directive renvoyés au Comité de rédaction à sa cinquante-quatrième session[538].

267. La Commission a examiné le huitième rapport du Rapporteur spécial à ses 2780e à 2783e séances, du 25 au 31 juillet 2003.

268. À sa 2783e séance, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve)[539], 2.4.9 (Modification des déclarations interprétatives), 2.4.10 (Modification d'une déclaration interprétative conditionnelle), 2.5.12 (Retrait d'une déclaration interprétative) et 2.5.13 (Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle).

B. Examen du sujet à la présente session

269. À la présente session, la Commission était saisie du neuvième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/544) consacré à l'objet et à la définition des objections. En fait, ce rapport constituait un rectificatif à la partie du huitième rapport consacrée à la formulation d'objections aux réserves et aux déclarations interprétatives.

270. La Commission a examiné le neuvième rapport du Rapporteur spécial à ses 2820e, 2821e et 2822e séances, du 21 au 23 juillet 2004.

---

[528] Ibid., vol. II (2e partie), par. 540, p. 103.

[529] *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/499, p. 143, et A/CN.4/478/Rev.1, p. 157.

[530] Ibid., vol. II (2e partie), par. 470, p. 96.

[531] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/508 et Add.1 à 4, p. 149.

[532] Ibid., vol. II (2e partie), par. 663, p. 113.

[533] *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/518 et Add.1 à 3, p. 135.

[534] Ibid., vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 114, p. 185.

[535] *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/526 et Add.1 à 3, p. 3.

[536] Ibid., vol. II (2e partie), par. 50, p. 16.

[537] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/535 et Add.1, p. 33.

[538] Ibid., vol. II (2e partie), par. 329.

[539] Le projet de directive 2.3.5 a été renvoyé après un vote.

271. À sa 2822e séance, la Commission a décidé de renvoyer les projets de directives 2.6.1 (Définition des objections aux réserves) et 2.6.2 (Objection à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve) au Comité de rédaction.

272. À sa 2810e séance, tenue le 4 juin 2004, la Commission a examiné et provisoirement adopté les projets de directives 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve), 2.4.9 (Modification d'une déclaration interprétative), 2.4.10 (Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle), 2.5.12 (Retrait d'une déclaration interprétative) et 2.5.13 (Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle). Ces directives avaient déjà été renvoyées au Comité de rédaction à la cinquante-cinquième session.

273. À sa 2829e séance, le 5 août 2004, la Commission a adopté les commentaires des projets de directive susmentionnés.

274. Le texte de ces projets de directive et des commentaires y relatifs est reproduit à la section C.2 ci-après.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son neuvième rapport

275. Le Rapporteur spécial a présenté son neuvième rapport tout en expliquant qu'il constituait en fait un « rectificatif » à la seconde partie du huitième rapport qui traitait de la définition des objections (projets de directives 2.6.1, 2.6.1 *bis* et 2.6.1 *ter*).

276. Bien que certaines critiques suscitées par ces projets au sein de la Commission lui eussent paru très fondées, il était convaincu qu'il était indispensable de définir dans le Guide de la pratique ce qu'on entendait par « objection ». Ce terme n'étant pas défini dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, il s'agissait d'un développement progressif nécessaire du droit international. Initialement, le Rapporteur spécial avait pensé que la définition des objections devrait être alignée sur la définition des réserves; le projet de directive 2.6.1 était donc axé sur l'intention de l'État ou organisation internationale auteur de l'objection. Lors des débats qui avaient eu lieu à la Commission en 2003, un certain nombre de membres avaient fait valoir que ce point de départ était artificiel étant donné que les effets que le paragraphe 4 *b* de l'article 20 et le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 font produire aux objections sont souvent ambigus et que les États peuvent souhaiter faire produire à leurs objections des effets différents de ceux prévus par les textes. Ainsi, les objections par lesquelles les États prétendent être liés avec l'auteur de la réserve par l'ensemble du traité y compris les dispositions sur lesquelles porte la réserve (objections à « effet supermaximum ») semblaient au Rapporteur spécial discutables, car l'ensemble du droit des réserves est dominé par le principe conventionnel et par l'idée que les États ne peuvent pas être engagés contre leur gré; il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'objections. Parmi d'autres types d'objections, il y avait celles par lesquelles un État indique qu'il entend ne pas être lié avec l'auteur de la réserve non seulement par les dispositions qui font l'objet de cette dernière, mais aussi par un ensemble de dispositions qui ne sont pas expressément visées par la réserve (objections « à effet intermédiaire »).

277. Par ailleurs, la définition initiale proposée par le Rapporteur spécial pouvait donner l'impression qu'elle préjugeait de la validité des objections ainsi que de leurs effets. C'était donc pour tenir compte de cette critique que le Rapporteur spécial avait « suggéré » de ne pas renvoyer le projet de directive en question au Comité de rédaction. La Commission avait aussi posé une question sur ce point aux États et c'était sur la base des débats qui ont eu lieu en 2003, des observations faites à la Sixième Commission et de ses propres réflexions que le Rapporteur spécial proposait une nouvelle définition des objections[540].

278. Cette nouvelle définition était neutre, car elle ne préjugeait pas des effets que peut avoir une objection et laissait ouverte la question de savoir si les objections qui visent d'autres effets que ceux prévus par les Conventions de Vienne sont ou non licites. Toutefois, tout en étant, elle aussi, fondée sur l'intention de l'auteur de l'objection, elle ne portait pas atteinte aux dispositions des articles 20 à 23 des Conventions de Vienne. Cette définition, en revanche, n'indiquait pas quelle catégorie d'États ou d'organisations internationales peuvent formuler des objections ni à quelle date les objections doivent ou peuvent être formulées, questions délicates auxquelles il serait préférable de consacrer des directives distinctes.

279. Le huitième rapport contenait aussi deux autres projets de directive: 2.6.1 *bis* (« Objection à la formulation tardive d'une réserve ») et 2.6.1 *ter* (« Objet des objections »). Compte tenu de la nouvelle définition proposée, le projet de directive 2.6.1 n'avait plus d'utilité. Quant au projet de directive 2.6.1 *bis*, il était indispensable parce qu'il donne la définition d'un autre sens du terme « objection » qui, du fait de la terminologie retenue dans les projets de directives 2.3.1 à 2.3.3, vise aussi bien l'objection à une réserve que l'opposition à la formulation tardive ou à l'aggravation d'une réserve, alors qu'il s'agit d'une institution différente. Ce projet de directive portait maintenant le numéro 2.6.2[541]. Le Rapporteur spécial a proposé que les deux projets de directives 2.6.1 et 2.6.2 soient renvoyés au Comité de rédaction.

2. Résumé du débat

280. Plusieurs membres ont loué la flexibilité du Rapporteur spécial et sa disponibilité à réexaminer des projets de directive qui avaient donné lieu à des commentaires et critiques. La nouvelle définition des objections figurant dans le neuvième rapport tenait compte des critiques formulées à l'égard de la définition précédente ainsi que

---

[540] « 2.6.1 *Définition des objections aux réserves*

L'expression "objection" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à modifier les effets attendus de la réserve [par l'auteur de celle-ci]. »

[541] « 2.6.2 *Objection à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve*

L'expression "objection" peut également s'entendre de la déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale s'oppose à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve. »

de la pratique des États en matière d'objections visant à des effets autres que ceux prévus par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

281. On a toutefois fait observer que l'objection n'a pas généralement pour conséquence de « modifier les effets attendus de la réserve ». En règle générale, aucune modification de ces effets ne se produit. Par conséquent, il serait préférable de ne pas baser la définition sur l'intention de l'État auteur de l'objection, mais de dire que cet État vise à indiquer qu'il n'accepte pas la réserve ou qu'il la considère comme non valable. Une telle définition permettrait de distinguer entre les objections ou les simples « commentaires » relatifs à une réserve.

282. Par ailleurs, on a estimé qu'il serait préférable que la définition des objections précise quels sont les États qui peuvent formuler une objection et à quel moment ils peuvent le faire, en s'inspirant de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

283. Plusieurs membres ont estimé que la définition des objections devait aussi inclure l'objectif consistant à *empêcher* une réserve à produire ses effets. Ce terme devrait donc être ajouté au terme « modifier » figurant dans la définition.

284. On a aussi fait valoir que le mot « attendus » était par trop subjectif et qu'il fallait utiliser un terme plus précis comme « visés ». En outre, il fallait souligner que la seule relation à prendre en considération était celle entre l'État réservataire et l'État qui formule l'objection.

285. L'avis a aussi été exprimé que l'expression « quel que soit son libellé ou sa désignation » n'était pas pertinente dans la définition des objections. Selon un autre point de vue, l'expression « vise à modifier les effets attendus de la réserve » introduisait des éléments qui allaient au-delà des effets prévus par les Conventions de Vienne: l'État auteur de l'objection exclut d'autres dispositions du traité que celles visées par la réserve, dans un esprit de « représailles ». On s'écartait ainsi des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

286. On s'est aussi demandé s'il n'était pas prématuré de chercher à établir une définition des objections avant d'avoir examiné les effets des objections. On s'est même posé la question de savoir si une définition des objections était nécessaire.

287. En tout cas, la définition devrait exclure des réactions qui n'étaient pas de vraies objections mais plutôt des déclarations de caractère politique. Les deux versions remaniées de la proposition initiale constituaient des pas dans la bonne direction.

288. On a fait aussi observer que les dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 relatives aux objections étaient vagues et avaient besoin d'être clarifiées.

289. Le caractère conventionnel et volontaire du régime des objections devrait être préservé. L'intention de l'État auteur de l'objection de considérer le traité comme liant dans son intégralité l'auteur de la réserve était contraire à ce principe.

290. Quant aux États ayant qualité pour formuler des objections, il ne pouvait s'agir que d'États signataires du traité. Cette possibilité qui leur était accordée correspondait à leur obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur. Mais cette question pourrait être traitée dans une directive distincte. D'autres membres ont estimé que la définition des objections pourrait précéder l'examen de leurs effets juridiques même si elle devait ultérieurement être réexaminée à la lumière de ceux-ci. Cependant, dans le cadre des traités « normatifs » (comme ceux des droits de l'homme), certaines objections pourraient n'avoir aucun effet sauf si l'État auteur de l'objection refuse d'entrer dans une relation conventionnelle avec l'État réservataire.

291. Quant au projet de directive 2.6.2, plusieurs membres ont exprimé leur accord avec celui-ci en soulignant son utilité. Cependant, selon un point de vue, cette directive ne devait pas être perçue comme encourageant la formulation tardive ou l'aggravation d'une réserve.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

292. À la fin du débat, le Rapporteur spécial a relevé que le débat avait été fort intéressant. Même s'il ne concernait qu'un point de détail, il s'inscrivait dans sa démarche, dont il avait conscience qu'elle était lente mais qui permettait d'avoir une approche plus approfondie tout en laissant du temps à la réflexion. On pouvait espérer qu'ainsi les directives du Guide de la pratique s'enrichiraient et gagneraient en maturité et utilité.

293. Le Rapporteur spécial a souligné les points suivants:

a) Il n'avait aucun doute quant à l'utilité de la définition des objections à ce stade. Cette demande suivait exactement celle qui a été adoptée pour la définition des réserves avant même d'examiner les effets ou la licéité de celles-ci. À cet égard, les États qui s'étaient exprimés sur cette question au sein de la Sixième Commission avaient souligné la grande utilité et l'importance pratique d'une définition des objections;

b) Bien que les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 décrivent les effets « objectifs » des objections, aucune des versions successives proposées par lui ne le fait, car la constante qui s'était dégagée tant du débat de l'année dernière que de celui de cette année était que la définition des objections devait être centrée sur les effets *visés par leur auteur*;

c) Quant au moment et aux catégories d'États et organisations internationales qui peuvent formuler une objection, il s'agit de questions très complexes et délicates qu'il faudrait traiter dans des directives distinctes;

d) À la lumière du débat, le Rapporteur spécial envisageait des modifications rédactionnelles au projet de directive 2.6.1 dont la plus importante serait l'addition du terme « empêcher » avant le mot « modifier ». En revanche, il ne lui paraissait pas judicieux de s'en tenir à

« empêcher », car une pratique s'était développée consistant, pour des États objectant à une réserve, à exclure dans leurs relations avec l'État réservataire des dispositions du traité autres que celles sur lesquelles porte la réserve. Une telle attitude n'empêche pas la réserve de produire ses effets, mais ceux-ci vont au-delà de ce que l'auteur de la réserve avait souhaité. En d'autres termes, l'État objectant accepte la réserve, mais en tire des conséquences qui vont au-delà de ce que l'auteur de la réserve aurait voulu. C'est dans ce sens qu'il a parlé de « modification ». Sans se prononcer sur la validité ou non de telles objections, le Rapporteur spécial pensait qu'elles se placent *prima facie* dans les limites du cadre consensuel qui inspire le régime de Vienne, contrairement aux réserves à effet supermaximum qui s'en écartent;

e) Une autre version du projet de directive 2.6.1 qui tiendrait compte des diverses observations faites au cours du débat pourrait se lire comme suit:

« *Définition des objections aux réserves*

L'expression "objection" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, [en réaction] [qui s'oppose] à une réserve à un traité [faite] [formulée] par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation auteur de l'objection vise à exclure ou modifier les effets de la réserve dans les relations entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection »;

f) Enfin, le projet de directive 2.6.2 qui distinguait les deux sens du terme « objection » avait fait l'objet d'une approbation quasi unanime.

C. Texte des projets de directive concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directive

294. Le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après[542]:

[542] Pour le commentaire des projets de directives 1.1, 1.1.2, 1.1.3 [1.1.8], 1.1.4 [1.1.3] et 1.1.7 [1.1.1], voir *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), p. 103 à 112; pour celui des projets de directives 1.1.1 [1.1.4], 1.1.5 [1.1.6], 1.1.6, 1.2, 1.2.1 [1.2.4], 1.2.2 [1.2.1], 1.3, 1.3.1, 1.3.2 [1.2.2], 1.3.3 [1.2.3], 1.4, 1.4.1 [1.1.5], 1.4.2 [1.1.6], 1.4.3 [1.1.7], 1.4.4 [1.2.5], 1.4.5 [1.2.6], 1.5, 1.5.1 [1.1.9], 1.5.2 [1.2.7], 1.5.3 [1.2.8] et 1.6, voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 98 à 134; pour le commentaire des projets de directives 1.1.8, 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 1.4.7 [1.4.8], 1.7, 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] et 1.7.2 [1.7.5], voir *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), p. 122 à 129; pour le commentaire des projets de directives 2.2.1, 2.2.2 [2.2.3], 2.2.3 [2.2.4], 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.4.3, 2.4.4 [2.4.5], 2.4.5 [2.4.4], 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 193 à 209; pour celui des projets de directives 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4], 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8], 2.1.7, 2.1.8 [2.1.7 *bis*], 2.4, 2.4.1, 2.4.2 [2.4.1 *bis*] et 2.4.7 [2.4.2, 2.4.9], voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 28 à 50; et pour le commentaire des projets de directives 2.5, 2.5.1, 2.5.2, 2.5.3, 2.5.4 [2.5.5], 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*], 2.5.6, 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8], 2.5.8 [2.5.9], 2.5.9 [2.5.10], 2.5.10 [2.5.11] et 2.5.11 [2.5.12] ainsi que celui de la note explicative du Guide de la pratique et des clauses types A, B et C, voir *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 72 à 94. Les commentaires des projets de directives 2.3.5, 2.4.9, 2.4.10, 2.5.12 et 2.5.13 figurent *infra* dans la section 2.

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

Guide de la pratique

Note explicative

Certains projets de directive du Guide de la pratique sont assortis de clauses types. L'adoption de ces clauses types peut présenter des avantages dans certaines circonstances. Afin d'apprécier les circonstances dans lesquelles il serait approprié de recourir à ces clauses particulières, il convient de se reporter aux commentaires.

1. ***Définitions***

1.1 ***Définition des réserves***

L'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation.

1.1.1 [1.1.4][543] ***Objet des réserves***

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

1.1.2 ***Cas dans lesquels une réserve peut être formulée***

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

1.1.3 [1.1.8] ***Réserves à portée territoriale***

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

1.1.4 [1.1.3] ***Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale***

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] ***Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur***

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité, constitue une réserve.

1.1.6 ***Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence***

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

[543] Le numéro entre crochets indique le numéro de ce projet de directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro originel d'un projet de directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporé au projet de directive final.

1.1.7 [1.1.1] ***Réserves formulées conjointement***

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

1.1.8 ***Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion***

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

1.2 ***Définition des déclarations interprétatives***

L'expression « déclaration interprétative » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions.

1.2.1 [1.2.4] ***Déclarations interprétatives conditionnelles***

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions, constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

1.2.2 [1.2.1] ***Déclarations interprétatives formulées conjointement***

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 ***Distinction entre réserves et déclarations interprétatives***

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

1.3.1 ***Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives***

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

1.3.2 [1.2.2] ***Libellé et désignation***

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] ***Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite***

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur.

1.4 ***Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives***

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.1 [1.1.5] ***Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux***

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.2 [1.1.6] ***Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité***

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] ***Déclarations de non-reconnaissance***

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

1.4.4 [1.2.5] ***Déclarations de politique générale***

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci, sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.5 [1.2.6] ***Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne***

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et obligations vis-à-vis des autres parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] ***Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative***

1. Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

2. Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.4.7 [1.4.8] ***Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité***

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause figurant dans un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.5 ***Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux***

1.5.1 [1.1.9] ***« Réserves » aux traités bilatéraux***

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou par une organisation internationale après le paraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité, ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.5.2 [1.2.7] ***Déclarations interprétatives de traités bilatéraux***

Les projets de directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] ***Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie***

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

1.6 ***Portée des définitions***

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la licéité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

1.7 ***Alternatives aux réserves et déclarations interprétatives***

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] ***Alternatives aux réserves***

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que:

***a*) l'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;**

***b*) la conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.**

1.7.2 [1.7.5] ***Alternatives aux déclarations interprétatives***

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives, tels que:

***a*) l'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;**

***b*) la conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.**

2. ***Procédure***

2.1 ***Forme et notification des réserves***

2.1.1 ***Forme écrite***

Une réserve doit être formulée par écrit.

2.1.2 ***Forme de la confirmation formelle***

La confirmation formelle d'une réserve doit être faite par écrit.

2.1.3 ***Formulation d'une réserve au plan international***

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour formuler une réserve:

***a*) si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ou de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation à être lié par ce traité; ou**

***b*) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.**

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant un État pour formuler une réserve au plan international:

***a*) les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;**

***b*) les représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;**

***c*) les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;**

***d*) les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.**

2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4] ***Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves***

1. La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une réserve relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

2. Le fait qu'une réserve ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette réserve.

2.1.5 ***Communication des réserves***

1. Une réserve doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

2. Une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou à un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] ***Procédure de communication des réserves***

1. À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

***a*) s'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou,**

***b*) s'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.**

2. Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite par l'auteur de la réserve qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle est transmise ou, le cas échéant, par le dépositaire.

3. Le délai pour formuler une objection à une réserve court à partir de la date à laquelle un État ou une organisation internationale a reçu notification de la réserve.

4. Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, ou par télécopie, elle doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire. Dans ce cas la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie.

2.1.7 ***Fonctions du dépositaire***

1. Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme et, le cas échéant, porte la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause.

2. Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

***a*) des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;**

***b*) le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.**

2.1.8 [2.1.7 *bis*] *Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]*

1. Lorsqu'une réserve est manifestement [illicite] de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette [illicéité].

2. Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États et organisations internationales contractants et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

2.2.1 *Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité*

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.2.2 [2.2.3] *Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature du traité*

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime par cette signature son consentement à être lié par le traité.

2.2.3 [2.2.4] *Réserves à la signature expressément prévues par le traité*

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'un État ou une organisation internationale peut faire une telle réserve à ce stade, ne nécessite pas de confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité.

[…][544]

2.3.1 *Formulation tardive d'une réserve*

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité, sauf si aucune des autres parties contractantes n'y fait objection.

2.3.2 *Acceptation de la formulation tardive d'une réserve*

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une partie contractante si celle-ci n'a pas fait objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

2.3.3 *Objection à la formulation tardive d'une réserve*

Si une partie contractante à un traité fait objection à la formulation tardive d'une réserve, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

2.3.4 *Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves*

Une partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais:

***a*) de l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou**

***b*) d'une déclaration unilatérale ultérieure faite en vertu d'une clause facultative.**

[544] La section 2.3 proposée par le Rapporteur spécial traite de la formulation tardive des réserves.

2.3.5 *Aggravation de la portée d'une réserve*

La modification d'une réserve existante qui vise à aggraver la portée de celle-ci suit les règles applicables à la formulation tardive d'une réserve. Toutefois, en cas d'objection à une telle modification, la réserve initiale reste inchangée.

2.4 *Procédure relative aux déclarations interprétatives*

2.4.1 *Formulation des déclarations interprétatives*

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne qui est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité.

[2.4.2 [2.4.1 *bis*] *Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne*

1. La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une déclaration interprétative relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

2. Le fait qu'une déclaration interprétative ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des déclarations interprétatives ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette déclaration.]

2.4.3 *Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée*

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment.

2.4.4 [2.4.5] *Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature du traité*

Une déclaration interprétative faite lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure, lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité.

2.4.5 [2.4.4] *Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité*

Lorsqu'une déclaration interprétative conditionnelle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, elle doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la déclaration interprétative sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.4.6 [2.4.7] *Formulation tardive d'une déclaration interprétative*

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative relative à ce traité à un autre moment sauf si aucune des autres parties contractantes n'y fait objection.

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] *Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles*

1. Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

2. La confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit aussi être faite par écrit.

3. Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

4. Une déclaration interprétative conditionnelle portant sur un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou sur un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.]

2.4.8 ***Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle***[545]

Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité, sauf si aucune des autres parties contractantes n'y fait objection.

2.4.9 ***Modification d'une déclaration interprétative***

À moins que le traité ne dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite ou modifiée qu'à des moments spécifiés, une déclaration interprétative peut être modifiée à tout moment.

2.4.10 ***Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle***

L'atténuation et l'aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle suivent les règles applicables respectivement au retrait partiel ou à l'aggravation de la portée d'une réserve.

2.5 ***Retrait et modification des réserves et des déclarations interprétatives***

2.5.1 ***Retrait des réserves***

À moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve peut à tout moment être retirée sans que le consentement de l'État ou de l'organisation internationale qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait.

2.5.2 ***Forme du retrait***

Le retrait d'une réserve doit être formulé par écrit.

2.5.3 ***Réexamen périodique de l'utilité des réserves***

1. Les États ou les organisations internationales qui ont formulé une ou plusieurs réserves à un traité devraient procéder à un réexamen périodique de celles-ci et envisager le retrait des réserves qui ne répondent plus à leur objectif.

2. Dans cet examen, les États et les organisations internationales devraient accorder une attention particulière à l'objectif de l'intégrité des traités multilatéraux et s'interroger, le cas échéant, sur l'utilité du maintien des réserves, notamment au regard de leur droit interne et des évolutions qu'il a subies depuis la formulation de ces réserves.

2.5.4 [2.5.5] ***Formulation du retrait d'une réserve au plan international***

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne a compétence pour retirer une réserve formulée au nom d'un État ou d'une organisation internationale:

***a*) si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de ce retrait; ou**

***b*) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.**

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de *pleins* pouvoirs, ont compétence pour retirer une réserve au plan international au nom d'un État:

***a*) les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;**

***b*) les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour le retrait d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;**

***c*) les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour le retrait d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.**

2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*] ***Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves***

1. La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre pour retirer une réserve au plan interne relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

2. Le fait qu'une réserve ait été retirée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de retrait des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant ce retrait.

2.5.6 ***Communication du retrait d'une réserve***

La procédure de communication du retrait d'une réserve suit les règles applicables en matière de communication des réserves énoncées dans les directives 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] et 2.1.7.

2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] ***Effet du retrait d'une réserve***

1. Le retrait d'une réserve entraîne l'application dans leur intégralité des dispositions sur lesquelles portait la réserve dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et l'ensemble des autres parties, que celles-ci aient accepté la réserve ou y aient objecté.

2. Le retrait d'une réserve entraîne l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et un État ou une organisation internationale qui avait fait objection à la réserve et s'était opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve en raison de la réserve en question.

2.5.8 [2.5.9] ***Date d'effet du retrait d'une réserve***

À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement, le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'un État contractant ou d'une organisation contractante que lorsque cet État ou cette organisation en a reçu notification.

Clauses types

A. ***Report de la date d'effet du retrait d'une réserve***

Une partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à l'expiration d'un délai de X [mois] [jours] après la date de réception de la notification par [le dépositaire].

B. ***Raccourcissement du délai d'effet du retrait d'une réserve***

Une partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date de réception de la notification par [le dépositaire].

C. ***Liberté de fixer la date d'effet du retrait d'une réserve***

Une partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date fixée par cet État dans la notification adressée [au dépositaire].

2.5.9 [2.5.10] ***Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve***

Le retrait d'une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque:

***a*) cette date est postérieure à la date à laquelle les autres États ou organisations internationales contractants en ont reçu notification; ou**

***b*) le retrait n'accroît pas les droits de son auteur vis-à-vis des autres États ou organisations internationales contractants.**

2.5.10 [2.5.11] ***Retrait partiel d'une réserve***

1. Le retrait partiel d'une réserve atténue l'effet juridique de la réserve et assure plus complètement l'application des dispositions

[545] Ce projet de directive (anciennement 2.4.7 [2.4.8]) a été renuméroté à la suite de l'adoption de nouveaux projets de directive pendant la cinquante-quatrième session.

du traité ou du traité dans son ensemble, par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur.

2. Le retrait partiel d'une réserve est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

2.5.11 [2.5.12] ***Effet du retrait partiel d'une réserve***

1. Le retrait partiel d'une réserve modifie l'effet juridique de la réserve dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de la réserve. Une objection faite à cette réserve continue de produire ses effets aussi longtemps que son auteur ne l'a pas retirée, dans la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui a été retirée.

2. Aucune objection ne peut être faite à la réserve telle qu'elle résulte d'un retrait partiel à moins que ce retrait partiel n'ait un effet discriminatoire.

2.5.12 ***Retrait d'une déclaration interprétative***

Une déclaration interprétative peut être retirée à tout moment suivant la même procédure que celle applicable à sa formulation et par les autorités qui ont compétence à cette fin.

2.5.13 ***Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle***

Le retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle suit les règles applicables au retrait d'une réserve.

2. Texte des projets de directive et commentaires y relatifs

295. Le texte des projets de directive et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-sixième session est reproduit ci-dessous:

2.3.5 *Aggravation de la portée d'une réserve*

La modification d'une réserve existante qui vise à aggraver la portée de celle-ci suit les règles applicables à la formulation tardive d'une réserve. Toutefois, en cas d'objection à une telle modification, la réserve initiale reste inchangée.

Commentaire

1) La question de la modification des réserves doit être posée en relation avec celles du retrait des réserves d'une part, de leur formulation tardive d'autre part. Dans la mesure où la modification vise à amoindrir la portée d'une réserve, il s'agit d'un retrait partiel de la réserve telle qu'elle avait été initialement formulée, qui ne pose pas de problème de principe et qui est soumis aux règles générales relatives au retrait; les dispositions des projets de directives 2.5.10 [2.5.11] et 2.5.11 [2.5.12] s'appliquent[546]. En revanche, si la modification a pour effet d'aggraver une réserve existante, il paraît logique de partir de l'idée qu'il s'agit de la formulation tardive d'une réserve et de lui appliquer les règles applicables à cet égard, telles qu'elles sont énoncées dans les projets de directives 2.3.1 à 2.3.3[547].

2) Tel est le raisonnement sur lequel est fondé le projet de directive 2.3.5 qui, d'une part, renvoie aux règles relatives à la formulation tardive des réserves et, d'autre part, prend soin de préciser que, si un État fait «objection» à l'aggravation de la réserve, celle formulée initialement continue à s'appliquer.

3) Ces prémisses ont été contestées par une minorité de membres de la Commission, qui ont considéré que ces règles allaient à l'encontre de la Convention de Vienne de 1969 et qu'elles risquaient d'affaiblir indûment le droit conventionnel des États. Au surplus, la pratique du Conseil de l'Europe semble établie dans le sens de l'interdiction de toute modification «aggravante».

4) Dans le cadre de cette organisation:

There have been instances where States have approached the Secretariat requesting information as to whether and how existing reservations could be modified. In its replies the Secretariat has always stressed that modifications which would result in an extension of the scope of existing reservations are not acceptable. Here the same reasoning applies as in the case of belated reservations […]. Allowing such modifications would create a dangerous precedent which would jeopardise legal certainty and impair the uniform implementation of European treaties.[548]

(Dans certains cas, des États se sont mis en rapport avec le Secrétariat pour lui demander si et comment des réserves existantes pouvaient être modifiées. Dans ses réponses, le Secrétariat a toujours insisté sur le fait que des modifications qui aboutiraient à une extension de la portée de réserves existantes ne sont pas acceptables. Le même raisonnement que dans le cas des réserves tardives […] s'applique ici. Autoriser de telles modifications créerait un dangereux précédent qui menacerait la sécurité juridique et empêcherait la mise en œuvre uniforme des traités européens.)

5) Le même auteur s'interroge sur la possibilité pour un État de dénoncer un traité auquel il aurait fait des réserves pour le ratifier ensuite assorti de réserves aggravées. Il estime qu'une telle opération pourrait bien constituer un abus de droit, en se fondant, il est vrai, sur des motifs propres aux conventions du Conseil de l'Europe[549].

---

[546] Voir ces projets et leur commentaire dans *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie).

[547] Pour le texte et le commentaire de ces dispositions, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 198 à 205.

[548] J. Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999, p. 96. On peut rapprocher cette position de celle prise par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Métropolite Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papachrysostomou et Titina Loizidou c. Turquie*, Commission européenne des droits de l'homme, requêtes nos 15299/89, 15300/89 et 15318/89, décision du 4 mars 1991, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, no 5, juillet 1991, p. 193.

[549] Voir Polakiewicz, op. cit. (note *supra*). On peut interpréter en ce sens la décision du Tribunal fédéral suisse du 17 décembre 1992 dans l'affaire *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie*, *Journal des Tribunaux*, 1995, p. 523; voir également le septième rapport sur les réserves aux traités (*supra* note 535), par. 199 et 200. En ce sens, voir J.-F. Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, par. 1», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, nos 9 et 10, décembre 1993, p. 303. À ce sujet, on peut noter que, le 26 mai 1998, Trinité-et-Tobago a dénoncé le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour le ratifier à nouveau, le même jour, assorti d'une nouvelle réserve (voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 2003*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.2), note 3, p. 227). À la suite de plusieurs objections et d'une décision du Comité des droits de l'homme (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 40* (A/55/40), vol. II, annexe XI, communication no 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, p. 270, et cinquième rapport sur les réserves aux traités (*supra* note 531), par. 12), Trinité-et-Tobago a, une nouvelle fois, dénoncé le Protocole le 27 mars 2000 (voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I). Il s'agissait cependant non de la modification d'une réserve existante, mais de la formulation d'une réserve entièrement nouvelle.

6) La majorité des membres de la Commission a néanmoins considéré qu'il n'y avait pas lieu de transposer au plan universel une pratique régionale (qui n'est, au surplus, pas absolument constante[550]) et qu'il serait illogique d'appliquer en matière d'aggravation de réserves existantes des règles différentes de celles applicables à la formulation tardive des réserves.

7) Si, après avoir exprimé son consentement, assorti d'une réserve, un État ou une organisation internationale souhaite «aggraver» la portée de celle-ci, c'est-à-dire modifier à son avantage l'effet juridique des dispositions du traité sur lesquelles portait la réserve, les dispositions applicables à la formulation tardive doivent trouver pleinement à s'appliquer, et pour les mêmes raisons:

- il est essentiel de ne pas encourager la formulation tardive de restrictions à l'application du traité;

- d'un autre côté, des raisons légitimes peuvent conduire un État ou une organisation internationale à souhaiter modifier une réserve antérieure et, dans certains cas, l'auteur de la réserve aurait la possibilité de dénoncer le traité pour le ratifier à nouveau ensuite avec une «réserve aggravée»;

- il est toujours loisible aux parties à un traité de modifier celui-ci à tout moment par accord unanime[551]; elles peuvent donc aussi autoriser, à l'unanimité, une partie à modifier, à tout moment également, l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application en ce qui la concerne; et

- l'exigence du consentement *unanime* des autres parties à l'extension de la portée de la réserve semble constituer un garde-fou suffisant contre les abus.

8) Du reste, au plan universel en tout cas, la répugnance – justifiée – à ne pas encourager les parties à un traité à étendre la portée de leurs réserves après l'expression de leur consentement à être liées n'a pas empêché l'alignement de la pratique en matière d'aggravation des réserves sur celle relative à leur formulation tardive[552], ce qui apparaît en effet frappé du sceau du bon sens.

9) Les dépositaires traitent d'ailleurs les «modifications aggravantes» de la même manière que les réserves tardives: saisis d'une telle demande par l'une des parties, ils consultent l'ensemble des autres parties et n'acceptent la nouvelle rédaction de la réserve que si aucune d'entre elles ne s'y est opposée dans le délai qui leur a été imparti pour réagir.

10) Ainsi, la Finlande, qui avait, le 1er avril 1985, lors de son adhésion au Protocole sur les marques routières, additionnel à l'Accord européen complétant la Convention sur la signalisation routière ouverte à la signature à Vienne le 8 novembre 1968, formulé une réserve à une disposition technique de cet instrument[553]. Dix ans plus tard, le 5 septembre 1995, la Finlande déclara que sa réserve s'appliquait également à une autre hypothèse que celle indiquée initialement[554]:

> Conformément à la pratique suivie dans des cas analogues, le Secrétaire général s'est proposé de recevoir en dépôt la modification sauf objection de la part d'un État contractant soit au dépôt lui-même soit à la procédure envisagée. Aucun des États contractants n'ayant notifié au Secrétaire général leur objection, soit au dépôt lui-même soit à la procédure envisagée, dans un délai de 90 jours à compter de la date de sa circulation (le 20 décembre 1995), ladite déclaration a été reçue en dépôt à l'expiration du délai de 90 jours stipulé, soit le 19 mars 1996.[555]

Cette description de la procédure suivie par le Secrétaire général est identique à celle utilisée couramment s'agissant de la formulation tardive des réserves[556, 557].

11) De son côté, le Gouvernement de la République des Maldives a notifié au Secrétaire général des Nations Unies, le 29 janvier 1999, la modification des réserves formulées lors de son adhésion à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (en 1993)[558]. L'Allemagne, qui avait objecté aux réserves initiales, s'opposa également à leur modification en faisant valoir notamment

> qu'un État ne peut émettre de réserves à un traité qu'au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du traité ou au moment de l'adhésion au traité (article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Une fois qu'un État s'est lié par un traité en vertu du droit international, il ne peut plus soumettre de nouvelles réserves ni élargir des réserves antérieures ou en ajouter. Il a seulement la possibilité de retirer totalement ou partiellement les réserves initiales, ce que le Gouvernement de la République des Maldives n'a malheureusement pas fait à travers sa modification.[559]

---

[550] Voir le commentaire du projet de directive 2.3.1 dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 14, note 1064, p. 201.

[551] Voir l'article 39 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

[552] Gaja donne l'exemple de la «correction» par la France, le 11 août 1982, de la réserve figurant dans son instrument d'approbation du Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Convention MARPOL), déposé auprès du Secrétaire général de l'OMI le 25 septembre 1981 (voir G. Gaja, «Unruly treaty reservations», *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 311 et 312). Il s'agit d'un cas un peu particulier dès lors qu'à la date de la «correction», le Protocole n'était pas entré en vigueur à l'égard de la France; en l'espèce, il ne semble pas que le dépositaire ait subordonné l'acceptation du nouveau texte à l'accord unanime des autres parties − dont certaines ont du reste fait objection à la substance de la réserve ainsi modifiée (cf. *Status of multilateral conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions as at 31 December 2002*, p. 81).

[553] Par sa réserve initiale au paragraphe 6 de l'annexe, la Finlande se réservait «le droit d'utiliser la couleur jaune pour marquer la ligne continue délimitant les voies correspondant à des sens de circulation opposés» (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I (*supra* note 549), p. 855).

[554] «… la réserve faite par la Finlande s'applique également à la ligne de séparation» (ibid.).

[555] Ibid., note 4.

[556] Voir le commentaire du projet de directive 2.3.1, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 198 à 203.

[557] Il faut remarquer cependant qu'aujourd'hui le délai prévu serait de 12 mois et non de 90 jours (voir le projet de directive 2.3.2, ibid., p. 203, et notamment les paragraphes 5 à 10 du commentaire, p. 203 et 204).

[558] Voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I (*supra* note 549), note 40, p. 269.

[559] Ibid. Pour l'objection initiale de l'Allemagne, voir p. 247. La Finlande a également objecté à la réserve modifiée des Maldives (ibid., p. 269). Les objections allemande et finlandaise ont été faites plus de

12) Toutefois, pas davantage qu'elle n'avait objecté à la réserve initiale des Maldives en s'opposant à son entrée en vigueur entre les deux États, l'Allemagne ne s'opposa formellement à la modification en tant que telle. Cela confirme le bien-fondé des doutes de certains membres de la Commission quant à l'opportunité d'utiliser le vocable « objection » pour dénommer l'opposition des États à la modification tardive des réserves: un État peut parfaitement admettre *l'opération* de la modification tout en objectant au *contenu* de la réserve modifiée[560]. Toutefois, comme, conformément à l'avis d'une majorité de ses membres, la Commission a retenu le mot « objection » pour nommer l'opposition des États à la formulation tardive des réserves dans les projets de directives 2.3.2 et 2.3.3[561], elle a considéré qu'il était préférable de retenir ici la même terminologie.

13) Le projet de directive 2.3.5 renvoie implicitement aux projets de directives 2.3.1, 2.3.2 et 2.3.3 relatifs à la formulation tardive des réserves. Il n'a pas semblé utile de le préciser expressément dans le texte du fait qu'il s'agit des projets qui le précèdent immédiatement dans le Guide de la pratique.

14) Il convient cependant de noter que la transposition des règles applicables à la formulation tardive des réserves, figurant dans le projet de directive 2.3.3, à l'aggravation d'une réserve existante ne peut pas être pure et simple. Dans les deux hypothèses, en cas d'« objection » de la part de l'une quelconque des parties contractantes, la situation préexistante demeure; mais cette situation est différente: avant la formulation tardive d'une réserve nouvelle, le traité s'appliquait dans son intégralité entre les parties contractantes à moins que d'autres réserves n'aient été faites par ailleurs. S'agissant, en revanche, de l'aggravation tardive de la portée d'une réserve, celle-ci était déjà établie et produisait les effets que lui reconnaissent les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. C'est cette différence de situations que prend en compte la seconde phrase du projet de directive 2.3.5 en prévoyant que, dans cette seconde hypothèse, la réserve faite initialement reste inchangée en cas d'« objection » à l'extension de sa portée.

15) La Commission n'a pas jugé utile de définir dans un projet de directive ce que l'on entend par « aggravation de la portée d'une réserve » tant cela paraît évident. Eu égard à la définition des réserves, telle qu'elle est établie par les projets de directives 1.1 et 1.1.1, il est clair que cette expression recouvre toute modification qui vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui formule la réserve, de manière plus large que la réserve faite initialement.

2.4.9 *Modification d'une déclaration interprétative*

À moins que le traité ne dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite ou modifiée qu'à des moments spécifiés, une déclaration interprétative peut être modifiée à tout moment.

Commentaire

1) Conformément à la définition qu'en donne le projet de directive 1.2, les déclarations interprétatives « simples » constituent de simples clarifications du sens ou de la portée des dispositions du traité. De telles déclarations peuvent être faites à tout moment[562] (sauf dispositions conventionnelles contraires[563]) et ne sont pas soumises à l'obligation de confirmation[564]. Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient modifiées à tout moment en l'absence de disposition conventionnelle précisant que l'interprétation doit être donnée à un moment spécifié. C'est ce qu'indique le projet de directive 2.4.9, dont le texte combine ceux des projets de directives 2.4.3 (Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée) et 2.4.6 [2.4.7] (Formulation tardive d'une déclaration interprétative).

2) Il en résulte qu'une déclaration interprétative « simple » peut être modifiée à tout moment sous réserve de dispositions contraires pouvant figurer dans le traité lui-même, soit qu'il limite dans le temps la possibilité de faire de telles déclarations, soit dans l'hypothèse assez peu vraisemblable, mais que l'on ne peut exclure dans son principe, où le traité limiterait expressément la possibilité de modifier des déclarations interprétatives.

3) Il existe peu d'exemples clairs illustrant ce projet de directive. Toutefois, on peut signaler la modification par le Mexique de la déclaration relative à l'article 16 de la Convention internationale contre la prise d'otages, faite lors de l'adhésion, en 1987[565].

4) Bien que de telles déclarations n'entrent « pas dans le champ d'application du […] Guide de la pratique »[566], on peut songer aussi à la modification par un État de déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative[567] ou opérant un choix entre les dispositions d'un traité[568]. Par ailleurs, le 7 mars 2002, la Bulgarie a amendé une déclaration faite lors de la signature et confirmée lors du dépôt de son instrument de ratification, en 1994, de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale[569]; toutefois, on peut estimer qu'il s'agit plutôt

90 jours après la notification de la modification, délai alors fixé par le Secrétaire général.

[560] Voir le paragraphe 23 du commentaire du projet de directive 2.3.1, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 203.

[561] Voir le texte de ces projets, ibid., p. 203 et 204.

[562] Voir *supra* le projet de directive 2.4.3.

[563] Voir *supra* le projet de directive 2.4.6 [2.4.7].

[564] Voir *supra* le projet de directive 2.4.4 [2.4.5].

[565] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.2), p. 114.

[566] Projets de directives 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] et 1.4.7 [1.4.8].

[567] Voir, par exemple, la modification par l'Australie et la Nouvelle-Zélande des déclarations faites en vertu de l'article 24, par. 2 ii, de l'Accord portant création de la Banque asiatique de développement lors de la ratification de cet accord, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I (*supra* note 549), p. 523 à 525.

[568] Voir, par exemple, la note de l'ambassade du Mexique à La Haye du 24 janvier 2002 informant le dépositaire de la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale d'une modification de ses exigences au sujet de l'application de l'article 5 de cette Convention (www.hcch.net).

[569] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2182, p. 51. Voir également www.conventions.coe.int.

de l'interprétation d'une réserve que de la modification d'une déclaration interprétative à proprement parler[570].

5) Au demeurant, et malgré la rareté des exemples probants, le projet de directive 2.4.9 paraît découler logiquement de la définition même des déclarations interprétatives.

6) Il va de soi que, si un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, il s'ensuit *a fortiori* qu'une telle déclaration ne peut pas être modifiée à d'autres moments. Dans l'hypothèse où le traité limite dans le temps la possibilité de faire ou de modifier une déclaration interprétative, les règles applicables à la formulation tardive d'une telle déclaration, énoncées dans le projet de directive 2.4.6 [2.4.7], devraient trouver application *mutatis mutandis* si, nonobstant cette limitation, un État ou une organisation internationale entendait modifier une déclaration interprétative antérieure: une telle modification ne serait possible qu'en l'absence d'objection de l'une quelconque des autres parties contractantes.

2.4.10 *Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle*

L'atténuation et l'aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle suivent les règles applicables respectivement au retrait partiel ou à l'aggravation de la portée d'une réserve.

Commentaire

1) Contrairement à la modification des déclarations interprétatives «simples», celle des déclarations interprétatives conditionnelles ne peut être faite à bien plaire: elles ne peuvent, en principe, être formulées (ou confirmées) que lors de l'expression par l'État ou l'organisation internationale de son consentement à être lié[571] et toute formulation tardive est exclue «sauf si aucune des autres parties contractantes n'y fait objection»[572]. Toute modification s'apparente dès lors en une formulation tardive qui ne peut être «établie» que si elle ne se heurte pas à l'opposition de l'une quelconque des autres parties contractantes. C'est ce que précise le projet de directive 2.4.10.

2) Bien que, dans certains cas, il puisse être difficile de déterminer si une modification vise à atténuer ou à aggraver la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle, il a semblé à une majorité des membres de la Commission qu'il n'y avait pas de raison de s'écarter en la matière des règles relatives à la modification des réserves et qu'il convenait en conséquence de renvoyer aux règles applicables respectivement au retrait partiel[573] et à l'aggravation de la portée de celles-ci[574].

3) Dans cette seconde hypothèse, les règles applicables sont donc également les mêmes que celles figurant dans le projet de directive 2.4.8 (Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle) aux termes duquel:

> Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité sauf si aucune des autres parties contractantes n'y fait objection.[575]

4) La Commission est consciente du fait que l'on pourrait envisager également qu'une partie à un traité renonce à faire d'une déclaration interprétative une condition à sa participation au traité tout en la maintenant en tant qu'interprétation «simple». Toutefois, il s'agit d'une hypothèse d'école, dont il semble n'exister aucun exemple[576]. Il n'est dès lors sans doute pas utile de consacrer un projet de directive à cette hypothèse − d'autant moins que cela reviendrait, en réalité, à retirer la déclaration en cause en tant que déclaration interprétative *conditionnelle* et, à cet égard, il s'agirait donc d'un retrait pur et simple auquel s'appliqueraient les règles énoncées dans le projet de directive 2.5.13 dont il résulte qu'il peut intervenir à tout moment.

2.5.12 *Retrait d'une déclaration interprétative*

Une déclaration interprétative peut être retirée à tout moment suivant la même procédure que celle applicable à sa formulation et par les autorités qui ont compétence à cette fin.

Commentaire

1) Il résulte du projet de directive 2.4.3 que, sauf exceptions conventionnellement prévues[577], une déclaration interprétative «simple» «peut être formulée à tout moment». Il s'en déduit évidemment qu'une telle déclaration peut également être retirée à tout moment et sans formalité spéciale. Il serait du reste paradoxal que la faculté de retirer une déclaration interprétative fût plus

---

[570] Voir la modification, en 1988, de la «déclaration interprétative» suisse de 1974 relative à l'article 6, par. 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Belilos c. Suisse*, du 29 avril 1988 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1496, p. 234, vol. 1525, p. 213, et vol. 1561, p. 386). Pour l'arrêt rendu dans l'affaire *Belilos*, voir Cour européenne des droits de l'homme, série A n° 132. Toutefois, d'une part, la Cour avait assimilé cette «déclaration» à une réserve et, d'autre part, la Suisse a purement et simplement retiré sa déclaration rétroactivement (ibid., vol. 2123, p. 141) à la suite de la décision du Tribunal fédéral suisse du 17 décembre 1992 dans l'affaire *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie* (voir *supra* note 549).

[571] Voir *supra* les projets de directives 1.2.1 [1.2.4] et 2.4.5 [2.4.4].

[572] Projet de directive 2.4.8.

[573] Voir *supra* les projets de directives 2.5.10 [2.5.11] et 2.5.11 [2.5.12].

[574] Voir *supra* le projet de directive 2.3.5.

[575] Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 209.

[576] Il existe en revanche des exemples de déclarations précisant que des déclarations interprétatives antérieures ne constituent pas des réserves. Voir, par exemple, la «communication ultérieure» (dont la date n'est pas précisée) par laquelle le Gouvernement français a précisé que le premier paragraphe de la «déclaration» faite lors de la ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale «n'avait pas pour but de réduire la portée des obligations prévues par la Convention en ce qui le concernait, mais de consigner son interprétation de l'article 4 de ladite Convention» (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I (*supra* note 549), note 20, p. 156). Voir aussi, par exemple, les déclarations de l'Indonésie ou de la Malaisie au sujet des déclarations dont elles avaient assorti la ratification de la Convention relative à la création d'une Organisation maritime intergouvernementale, ibid., vol. II (*supra* note 565), notes 15 et 17, p. 10, ou l'attitude de l'Inde au sujet de la même Convention (ibid., note 14). Voir aussi O. Schachter, «The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly», *AJIL*, vol. 54, n° 2, avril 1960, p. 372 à 379.

[577] Voir *supra* le projet de directive 2.4.6 [2.4.7].

limitée que celle de procéder au retrait d'une réserve, qui peut intervenir « à tout moment »[578].

2) Bien que les États ne procèdent pas souvent au retrait de leurs déclarations interprétatives, cela se produit parfois. Ainsi, le 1er mars 1990, le Gouvernement italien a fait savoir au Secrétaire général des Nations Unies qu'« il retirait la déclaration d'après laquelle il ne reconnaissait les dispositions des articles 17 et 18 [de la Convention relative au statut des réfugiés] que comme des recommandations »[579]. De même, « [l]e 20 avril 2001, le Gouvernement finlandais a informé le Secrétaire général [des Nations Unies] qu'il avait décidé de retirer la déclaration faite à l'égard du paragraphe 2 de l'article 7 lors de la ratification » de la Convention de Vienne de 1969 (et ratifiée par ce pays en 1977)[580].

3) Cette pratique est compatible avec le caractère très peu formaliste des déclarations interprétatives.

4) Il n'en reste pas moins que le retrait d'une déclaration interprétative doit respecter les quelques formalités énoncées dans les projets de directives 2.4.1 et 2.4.2 [2.4.1 *bis*] en ce qui concerne les autorités compétentes pour formuler une telle déclaration (et qui sont les mêmes que celles pouvant représenter l'État ou l'organisation internationale pour adopter ou authentifier le texte d'un traité ou pour exprimer leur consentement à être liés). La formule retenue dans le projet de directive 2.5.12 renvoie implicitement à ces dispositions.

2.5.13 *Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle*

Le retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle suit les règles applicables au retrait d'une réserve.

Commentaire

1) À la différence des déclarations interprétatives simples, les déclarations interprétatives conditionnelles suivent, en ce qui concerne leur formulation, le régime juridique des réserves: elles doivent être formulées lors de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation internationale à être lié[581], sauf si aucune des autres parties contractantes ne fait objection à sa formulation à une date ultérieure.

2) Il s'ensuit inévitablement que les règles applicables au retrait des déclarations interprétatives conditionnelles sont nécessairement identiques à celles applicables aux réserves dans ces domaines − ce qui ne peut que renforcer la position selon laquelle il n'y a pas lieu de consacrer de projets de directive spécifiques à ces déclarations. La Commission n'en a pas moins considéré qu'il serait prématuré de prendre une décision définitive à cet égard, aussi longtemps que cette « intuition » n'aura pas été vérifiée en ce qui concerne les règles relatives à la validité des réserves d'une part et des déclarations interprétatives conditionnelles d'autre part.

3) Dans l'attente d'une position définitive sur ce problème de principe, les règles auxquelles le projet de directive 2.5.13 renvoie implicitement sont celles figurant dans les projets de directives 2.5.1 à 2.5.9 [2.5.10].

---

[578] Voir l'article 22, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et le projet de directive 2.5.1 *supra*.

[579] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I (voir *supra* note 549), note 23, p. 364. Il faut indiquer que des doutes subsistent en ce qui concerne la nature de cette déclaration. Il existe aussi des retraits de « déclarations de non-reconnaissance » (cf., par exemple, le retrait des déclarations égyptiennes au sujet d'Israël en ce qui concerne la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ou la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, à la suite de l'application en 1980 de l'Accord-cadre pour l'établissement de la paix au Moyen-Orient conclu à Camp David, signé à Washington le 17 septembre 1978 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1138, nº 17853, p. 39), *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. I, note 18, p. 156, et note 19, p. 417), mais ces déclarations n'entrent « pas dans le champ d'application du […] Guide de la pratique » (projet de directive 1.4.3 [1.1.7]).

[580] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général…*, vol. II (voir *supra* note 565), note 13, p. 350. La déclaration concernait les pouvoirs respectifs du Président de la République, du chef du Gouvernement et du Ministre des affaires étrangères pour la conclusion des traités. Voir aussi le retrait par la Nouvelle-Zélande d'une déclaration faite lors de la ratification de l'Accord portant création de la Banque asiatique de développement (ibid., vol. I (*supra* note 549), note 9, p. 525).

[581] Voir *supra* le projet de directive 1.2.1 [1.2.4].

Chapitre X

FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

296. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, après avoir examiné l'étude de faisabilité entreprise sur le sujet « Les risques que pose la fragmentation du droit international », la Commission a décidé d'inscrire la question à son programme de travail à long terme[582, 583]. Deux ans plus tard, à sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail et a créé un groupe d'étude du sujet. Elle a aussi décidé d'en modifier le titre, qui est devenu « Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »[584]. En outre, la Commission a formulé un certain nombre de recommandations, et a notamment préconisé qu'une série d'études soit entreprise, dont la première, confiée au Président du Groupe d'étude, serait intitulée « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes" ».

297. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a nommé M. Martti Koskenniemi président du Groupe d'étude. Elle a mis au point un calendrier provisoire des travaux à mener à bien d'ici la fin du présent quinquennat (2003-2006), a réparti entre les membres du Groupe d'étude des travaux sur les autres sujets arrêtés en 2002[585], et a déterminé la méthodologie à adopter pour ces travaux. La Commission a également procédé à un examen préliminaire d'un exposé succinct du Président du Groupe d'étude sur la question intitulée « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes" ».

B. Examen du sujet à la présente session

298. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude, qui a tenu huit séances les 12 et 17 mai, le 3 juin et les 15, 19, 21, 26 et 28 juillet 2004. Il était saisi de l'étude de M. Martti Koskenniemi, Président du Groupe d'étude, intitulée « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes », ainsi que d'exposés sur l'étude de M. Teodor Viorel Melescanu relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne de 1969), sur l'étude de M. William Mansfield relative à l'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3, al. *c*, de la Convention de Vienne de 1969), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale, sur l'étude de M. Riad Daoudi relative à la modification de traités multilatéraux entre certaines parties seulement (article 41 de la Convention de Vienne de 1969), ainsi que sur l'étude de M. Zdzislaw Galicki relative à la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit[586].

299. À sa 2828e séance, tenue le 4 août 2004, la Commission a pris note du rapport du Groupe d'étude (A/CN.4/L.663/Rev.1) figurant dans la section C *infra*.

C. Rapport du Groupe d'étude

1. Observations générales et résultat escompté des travaux du Groupe d'étude

300. Le Groupe d'étude a commencé par examiner le rapport du Groupe d'étude de 2003[587] ainsi que le résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-huitième session (A/CN.4/537, sect. G).

301. Le Groupe d'étude a confirmé que l'essentiel de son mandat était clairement énoncé dans son titre. Il s'agissait d'étudier les aspects à la fois positifs et négatifs de la fragmentation en tant qu'expression de la diversification et de l'expansion du droit international. Il avait décidé de mener à bien sa tâche sur la base du calendrier provisoire, du programme de travail et de la méthodologie arrêtés au cours de la session de 2003[588].

302. Le Groupe d'étude a pris note avec satisfaction des observations formulées à la Sixième Commission lors de la cinquante-huitième session de l'Assemblée générale en 2003. Il a constaté que les décisions concernant

---

[582] G. Hafner, « Les risques que pose la fragmentation du droit international », *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), annexe, p. 150.

[583] Voir *supra* note 238.

[584] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 492 à 494, p. 102.

[585] *a*) L'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3, al. *c*, de la Convention de Vienne de 1969), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; *b*) L'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne de 1969); *c*) La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne de 1969); *d*) La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit (*Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), par. 427).

[586] Les documents peuvent être obtenus auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques.

[587] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), par. 415 à 435.

[588] Ibid., par. 424 à 428.

l'orientation de ses travaux avaient bénéficié d'un large appui. En particulier, la décision de se concentrer sur les questions de fond et de laisser de côté les aspects institutionnels de la fragmentation, ainsi que la décision d'axer les travaux sur la Convention de Vienne de 1969, avaient apparemment reçu l'approbation des membres de la Sixième Commission. Le Groupe d'étude a également pris note du souhait exprimé par les délégations de voir ses travaux aboutir à des conclusions pratiques. À ce propos, le Groupe d'étude a également examiné la question du résultat final de ses discussions. Si certains membres du Groupe d'étude ont estimé que l'élaboration de lignes directrices accompagnées de commentaires était un objectif souhaitable, d'autres ont exprimé des doutes quant à la possibilité d'entreprendre un travail normatif. Ils se sont mis d'accord toutefois sur le fait que cet exercice analytique serait déjà très utile et que le Groupe d'étude devrait au moins formuler ses propres conclusions, sur la base des études, quant à la nature et aux conséquences du phénomène de la « fragmentation » du droit international. Le Groupe d'étude a confirmé son intention d'établir à l'issue de ses travaux un document de synthèse traitant des questions de fond. Ce document serait soumis à la Commission en 2006. Il contiendrait l'essentiel des rapports établis par les membres du Groupe d'étude, tels que modifiés et complétés durant les débats au sein du Groupe. Il comprendrait deux parties: *a*) une étude de fond sur le sujet; et *b*) un bref résumé des conclusions proposées, ainsi que, le cas échéant, des directives sur la façon de traiter la question de la fragmentation.

2. Examen de l'étude concernant la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des « régimes autonomes »

303. Le Groupe d'étude a entamé ses discussions de fond sur l'étude établie par le Président intitulée « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes" ». L'étude commençait par une typologie de la fragmentation fondée sur la décision prise par le Groupe d'étude en 2003. Une distinction y était établie entre trois formes de fragmentation: *a*) la fragmentation découlant d'interprétations antagoniques du droit général; *b*) la fragmentation résultant de l'émergence d'un droit spécial en tant qu'exception au droit général; et *c*) la fragmentation découlant du conflit entre différents types de droit spécial. Ces distinctions ayant déjà été approuvées en 2003, il n'était pas nécessaire d'en débattre. Le Groupe d'étude a décidé plutôt de passer directement au fond de l'étude. Celle-ci comportait deux parties. La première partie exposait la règle de la *lex specialis* et la deuxième était axée sur les « régimes autonomes ».

a) Lex specialis

304. Lors de la présentation de la partie de l'étude consacrée à la fonction et à la portée de la *lex specialis*, le Président a insisté sur plusieurs points. Premièrement, il a tout d'abord souligné que le recours à la règle de la *lex specialis* était un aspect du raisonnement juridique qui était étroitement lié à l'idée que le droit international constitue un système juridique. Le principe de la *lex specialis* visait à harmoniser des normes antagoniques par l'interprétation ou l'établissement de relations prioritaires déterminées entre elles. En fait, a-t-il dit, on avait souvent du mal à faire une distinction entre ces deux aspects du fonctionnement de la technique: l'interprétation d'un droit spécial à la lumière du droit général et la mise à l'écart du droit général en raison d'un conflit avec une règle spécifique. Il a mis en évidence le caractère relationnel de la distinction entre la généralité et la spécialité. Une règle n'était jamais « générale » ou « spéciale » dans l'abstrait, mais toujours en relation avec une autre règle. Le caractère « spécial » d'une règle pouvait découler, par exemple, du nombre d'États auxquels elle s'appliquait ou de l'ampleur de son objet. Une règle, par exemple un traité de bon voisinage, pourrait être spéciale du point de vue du nombre d'États auxquels elle s'applique, mais générale par son objet. Il était important d'adopter une conception systémique de la question, précisément pour éviter d'avoir une idée trop formelle ou rigide de la *lex specialis*. Son application était toujours conditionnée par le système juridique dans lequel elle s'inscrivait.

305. Deuxièmement, le Président a noté que le principe selon lequel le droit spécial constituait une dérogation au droit général était un principe traditionnel et largement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et de technique de résolution des conflits de normes. Il existait une jurisprudence abondante concernant le recours à la technique de la *lex specialis*. La Commission avait, elle aussi, approuvé ce principe dans l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[589]. Le Président a attribué l'acceptation de la règle de la *lex specialis* à l'importance de son rôle en tant que technique de raisonnement: elle était pragmatique, plus claire et plus précise, et donc jugée plus « dure » ou plus « contraignante » que la règle générale. De plus, elle réglementait la matière considérée plus efficacement et était plus utile en ce qu'elle reflétait mieux la volonté des parties.

306. Troisièmement, le Président a distingué entre quatre situations dans lesquelles la règle de la *lex specialis* a été appliquée dans la jurisprudence: elle peut jouer pour régler les rapports *a*) entre deux dispositions (l'une spéciale, l'autre générale) au sein d'un seul et même instrument comme dans l'*Arbitrage relatif au canal de Beagle*[590]; *b*) entre les dispositions de deux instruments différents comme dans l'affaire *Mavrommatis*[591] et, de façon plus typique encore, dans un environnement systémique tel que celui de l'OMC[592]; *c*) entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle comme

---

[589] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 150.

[590] *Affaire concernant un litige entre la République d'Argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente: E/F.95.V.2), p. 53. Voir aussi *ILR*, vol. 52, 1979, p. 97.

[591] *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 31), p. 31.

[592] Voir, par exemple, OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, rapport du Groupe spécial (WT/DS34/R), 31 mai 1999, par. 9.92; *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, rapport du Groupe spécial (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R), 2 juillet 1998, par. 14.28; et *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, rapport du Groupe spécial (WT/DS90/R), 6 avril 1999, par. 4.20. Voir aussi, par exemple, pour l'UE, *JT's Corporation Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-123/99, arrêt du 12 octobre 2000, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance 2000-9/10*, partie II, Tribunal de première instance, par. 50, p. 3292.

dans l'affaire *INA Corporation*[593]; et *d*) entre deux normes non conventionnelles comme dans l'affaire *Droit de passage sur territoire indien*[594] dans laquelle un raisonnement analogue a été appliqué même s'il n'est pas formulé en termes de *lex specialis*.

307. Quatrièmement, le Président a fait observer que, même s'il n'existait pas de hiérarchie formelle des sources du droit international, il existait entre elles une sorte de hiérarchie informelle qui constituait un aspect «légal» [comme l'on parle de médecine légale] ou «naturel» du raisonnement juridique, et qui privilégiait la norme spéciale par rapport à la norme plus générale. Cette hiérarchie pragmatique, a-t-il dit, était l'expression du fondement consensuel du droit international: la priorité était souvent accordée à une norme spéciale parce qu'elle prenait mieux en compte non seulement les impératifs du contexte mais aussi l'intention de ceux qui devaient être liés par elle.

308. Cinquièmement, le Président a indiqué qu'en droit le rapport entre une règle particulière et une règle générale pouvait se nouer de deux façons. Une règle spéciale pouvait être considérée comme constituant une *application*, un *développement* ou une *mise à jour* d'une règle générale. On pouvait aussi considérer qu'elle *modifiait*, *remplaçait* ou *écartait* la norme générale (c'est-à-dire que la *lex specialis* constituait une exception à la règle générale). Le Président a souligné qu'il était souvent impossible de dire si on devait considérer une règle comme une «application» ou une «mise à l'écart» d'une autre règle. Dans une certaine mesure, cette distinction − et, partant, la distinction entre la *lex specialis* en tant que règle d'interprétation et règle de règlement des conflits − était artificielle. Ces deux aspects devaient donc être envisagés dans l'étude de la *lex specialis*. Le Président a insisté sur le fait que, même lorsque cette règle est utilisée comme technique de règlement des conflits, le droit général qu'elle écarte au moment de son application ne disparaît pas totalement; il demeurera «à l'arrière-plan» et orientera l'interprétation de la règle spéciale.

309. Sixièmement, le Président a fait observer que l'essentiel du droit international général avait un caractère dispositif, c'est-à-dire qu'il pouvait y être dérogé par la *lex specialis*. Dans certains cas toutefois, le droit général interdisait expressément une dérogation, ou pareille interdiction se déduisait de la nature du droit général. Le cas le plus connu était celui du *jus cogens*. Mais il y avait d'autres types de situations dans lesquelles toute dérogation était interdite. Les éléments pertinents à prendre en considération étaient, par exemple, les bénéficiaires de l'obligation et la question de savoir si la dérogation pouvait être interdite − par exemple, dans les cas où elle pourrait rompre l'équilibre instauré par le traité général entre les droits et les obligations des parties.

310. Enfin, le Président a signalé que l'un des aspects de la question de la *lex specialis* n'avait pas été traité dans son rapport, à savoir la question des régimes régionaux et du régionalisme. Il établirait un rapport complémentaire sur cette question pour le Groupe d'étude en 2005. Le Groupe d'étude s'est félicité de cette proposition.

311. Le Groupe d'étude a approuvé l'optique «systémique» adoptée dans l'étude et la conclusion selon laquelle le droit international général sous-tend toujours des règles et régimes spéciaux. Même lorsqu'une loi spéciale constituait une dérogation au droit général, il ressortait d'affaires telles que l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* et l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[595] que le droit général n'était pas de ce fait mis à l'écart et continuait à jouer un rôle «à l'arrière-plan». Certains membres du Groupe d'étude se sont demandé toutefois s'il serait possible de préciser comment cela se traduisait dans la pratique. Il a été dit que l'examen de la jurisprudence apportait des éclaircissements sur le rôle et le fonctionnement du principe de la *lex specialis* en tant que technique de raisonnement juridique en droit international. Le Groupe d'étude est convenu toutefois qu'il n'y avait aucune raison − en fait, il n'était pas possible − d'établir des règles strictes ou formelles d'utilisation de ce principe. Celui-ci servait parfois de règle d'interprétation juridique et parfois de technique de règlement des conflits. La façon dont il était utilisé dépendait de la situation, notamment de l'environnement normatif. Il a été souligné qu'outre ce qui avait été dit dans l'étude il fallait distinguer entre l'utilisation de cette règle pour déroger au droit et son utilisation pour *développer* le droit et que les liens étroits entre ces deux aspects mettaient en évidence son caractère informel et son adaptation au contexte. Il en allait de même de la distinction connexe existant entre la licéité d'une dérogation et la détermination du contenu de la règle qui constitue une dérogation. Par exemple, même lorsqu'une dérogation est interdite, la *lex specialis* pourrait être encore applicable en tant que «développement» de la règle pertinente.

312. Le Groupe d'étude a approuvé dans une large mesure les conclusions de l'étude. L'accent a été mis toutefois sur certains aspects spéciaux. Il a été dit que la dimension temporelle − autrement dit, la relation entre la *lex specialis* et la *lex posterior* − n'avait pas été suffisamment examinée dans l'étude. Il a été reconnu toutefois que la manière de traiter cette question dépendait aussi du contexte, notamment de la volonté des parties.

313. Certains membres du Groupe d'étude ont émis des doutes au sujet de l'idée que la *lex specialis* dénotait l'existence d'une hiérarchie informelle des sources du droit international. À leur avis, il n'existait aucune hiérarchie, formelle ou informelle, entre ces sources. Si un traité l'emportait normalement sur une coutume, ce n'était pas en raison d'une hiérarchie, mais simplement parce qu'il fallait donner effet à la volonté des parties − il n'était pas inconcevable qu'une coutume spéciale puisse l'emporter sur un traité général pour la même raison. En tout état de cause, il était justifié de faire une distinction entre la hiérarchie des sources de droit et la hiérarchie des normes juridiques. On a également un peu critiqué la façon dont le Président avait traité la question de la dérogation au droit général. Mis à part le *jus cogens*, la

[593] Voir *INA Corporation* v. *The Government of the Islamic Republic of Iran*, affaire n° 161, 12 août 1985, Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8, p. 378.

[594] *Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 44.

[595] Voir *supra* note 404.

question de l'autorisation ou de l'interdiction d'une dérogation n'était toujours pas claire.

b) *Régimes autonomes (spéciaux)*

314. En présentant la partie de son étude relative aux régimes autonomes, le Président a fait observer que l'idée maîtresse de son étude était de souligner que le droit général conservait son importance. Cela était normal, car la raison d'être de la *lex specialis* et des régimes autonomes était la même. Les régimes autonomes étaient une sous-catégorie de la *lex specialis*.

315. Le Président a noté que l'expression «régimes autonomes» avait été utilisée dans trois sens quelque peu différents. Le point de départ de son analyse était l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la Commission en 2001[596], qui en donnait deux exemples: l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire du *Vapeur* Wimbledon[597] et l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[598]. Ces affaires concernaient néanmoins des situations quelque peu différentes. La première (sens large) visait une série de dispositions conventionnelles portant sur une question unique (à savoir les dispositions du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) relatives à la navigation sur le canal de Kiel). La seconde (sens étroit) dénotait un ensemble spécial de règles secondaires (les règles du droit diplomatique) prétendant à la primauté sur les règles générales de la responsabilité de l'État relatives aux conséquences d'un fait illicite. Le sens large dénotait un ensemble spécial de règles et de principes sur l'administration d'un problème déterminé, le sens étroit concernait un régime spécial − une *lex specialis* − de responsabilité de l'État. Le Président a noté que certains des termes employés étaient problématiques. En particulier, la distinction que la Commission faisait dans son commentaire entre les formes «faibles» et les formes «fortes» de la *lex specialis* et l'association des régimes autonomes à cette dernière étaient malheureuses: les régimes autonomes n'étaient ni plus forts ni plus faibles que d'autres formes de *lex specialis*.

316. Dans un troisième sens, qui était évoqué pour stimuler le débat sur la question, le terme «régimes autonomes (spéciaux)» était parfois utilisé dans les commentaires et la pratique académique pour décrire des champs entiers de spécialisation fonctionnelle ou d'orientation téléologique, au sens où l'on pensait que des règles et des techniques d'interprétation et d'administration spéciales s'appliquaient (par exemple, une branche spéciale du droit international ayant ses propres principes, institutions et téléologie, comme le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'OMC», le droit humanitaire, etc.). Par exemple, la CIJ a fait de telles distinctions dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*[599]. Il n'était pas toujours évident de distinguer entre les trois sens de l'expression «régimes autonomes».

317. La notion de «régimes autonomes» avait été constamment utilisée par les rapporteurs spéciaux de la Commission sur la responsabilité de l'État dans un sens étroit et dans un sens large, comme indiqué ci-dessus. Bien qu'ils aient jugé que les États aient été habilités à mettre en place des régimes autonomes de responsabilité de l'État, nul n'a jamais prétendu que de tels régimes étaient des «circuits juridiques fermés». La question de l'application supplétive des règles générales dans les situations qui ne sont pas expressément couvertes par le «régime autonome» n'a pas été traitée en détail par la Commission. Toutefois, la question d'un «retour» au droit général si le régime autonome ne fonctionnait pas comme il était supposé le faire a été examinée par deux rapporteurs spéciaux, Riphagen et Arangio-Ruiz, qui tous deux ont estimé évident que, dans de tels cas, le recours au droit général devait être autorisé. La principale conclusion à tirer des débats tenus par la Commission par le passé était que ni la Commission ni les rapporteurs spéciaux − ni aucune des affaires régulièrement évoquées dans ce contexte − ne postulaient que les règles spéciales seraient totalement isolées du droit international général.

318. Le Président a fait valoir qu'en fait l'expression «régime autonome» était malheureuse au sens où aucun ensemble de règles − que ce soit au sens étroit ou au sens large − n'était isolé du droit général. Il doutait qu'une telle isolation fût même possible: un régime pouvait recevoir (ou ne pas recevoir) force juridique obligatoire («validité») uniquement par référence à des règles ou principes (valides et obligatoires) *extérieurs à lui*.

319. Le Président a conclu que le droit général jouait un double rôle dans tout régime spécial. En premier lieu, il fournissait le cadre normatif et suppléait aux aspects du fonctionnement du régime spécial que celui-ci n'avait pas expressément prévu. Par exemple, qu'une entité soit ou non un «État» ou exerce ou non sa souveraineté sur un territoire étaient des questions qu'il faudrait toujours traiter dans le cadre du droit général. En second lieu, les règles du droit général s'appliquaient aussi si le régime spécial ne fonctionnait pas convenablement. Le Président a donc conclu, s'agissant des travaux futurs sur les régimes spéciaux, que les principales questions à étudier concernaient: *a*) les conditions de la création d'un régime spécial; *b*) le champ d'application du régime par rapport au droit international général dans des circonstances normales; et *c*) les conditions du «retour» aux règles générales en cas d'échec du régime spécial.

320. Pour ce qui est des conditions de la création des régimes spéciaux, les règles relatives à la dérogation applicable en matière de *lex specialis* devaient aussi s'appliquer aux régimes spéciaux. Ainsi, nonobstant les normes impératives et certains autres cas dans lesquels aucune dérogation n'était possible, une dérogation était généralement possible.

321. Pour ce qui est de la relation entre le régime spécial et le droit international général dans des circonstances normales, elle était normalement déterminée en interprétant les traités qui constituaient le

[596] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 150 et 151.

[597] *Vapeur* Wimbledon, *arrêts, 1923, C.P.J.I. série A nº 1*, p. 23 et 24.

[598] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dite «affaire des otages» (voir *supra* note 175), par. 86, p. 40.

[599] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, par. 24, 27, 34, 37 et 51, respectivement p. 239, 241, 243, 244 et 247.

régime. Prenant des exemples relevant des droits de l'homme[600] et du droit de l'OMC[601], le Président a fait observer qu'aucun des régimes conventionnels existants n'était autonome au sens où l'application du droit international général serait généralement exclue. Au contraire, les organes conventionnels invoquaient constamment le droit international général. La raison n'en était pas, a fait observer le Président, un quelconque acte d'« incorporation ». Comme l'avait déclaré la CIJ dans l'affaire *ELSI*[602], il était de la nature des principes importants de la coutume générale de s'appliquer en l'absence de clauses de dérogation expresse. Rien dans la pratique ne donnait à penser que le droit international général ne s'appliquerait aux régimes spéciaux que par le biais d'une incorporation. En fait, on voyait mal comment les auteurs des régimes auraient pu s'accorder pour *ne pas* incorporer (c'est-à-dire écarter expressément) les principes généraux du droit international. D'où viendrait le caractère contraignant d'un tel accord?

322. Pour ce qui est du retour aux règles générales en cas d'échec du régime spécial, on a fait observer que la notion d'« échec » était loin d'être claire. Il était impossible de fixer des critères généraux pour déterminer ce qu'était l'« échec » d'un régime *in abstracto*. Au moins certaines des voies ouvertes aux participants au régime spécial étaient définies dans la Convention de Vienne de 1969 elle-même, et les règles relatives à la responsabilité de l'État pouvaient en outre être pertinentes dans de telles situations.

323. Le Président a déclaré que la principale conclusion de son étude était que l'utilisation actuelle de la *lex specialis* et l'apparition de régimes conventionnels spéciaux n'avaient pas porté sérieusement atteinte à la sécurité et à la prévisibilité juridiques, ni à l'égalité des sujets de droit. Ces techniques étaient l'expression de préoccupations à la fois légitimes et fortement ressenties en ce qui concerne le développement économique, la protection des droits de l'homme et l'environnement, ainsi que le régionalisme. Le système n'était pas en crise.

324. Il a aussi noté que force était de reconnaître qu'il n'existait aucun système homogène et hiérarchisé permettant d'éliminer les problèmes découlant des conflits de règles ou de régimes juridiques. L'exigence de cohérence et celle d'un pluralisme raisonnable continueraient d'indiquer des directions différentes. Il pourrait falloir, pour cette raison, prêter de plus en plus d'attention à la manière dont la Convention de Vienne de 1969 pourrait être utilisée pour faire face aux conflits de normes et de régimes. Il pourrait également être utile, a fait valoir le Président, d'élucider la notion de « droit international général » et la manière dont elle opérait vis-à-vis de certaines règles et de certains régimes.

325. En ce qui concerne les travaux futurs sur ce dernier point, le Président a donc proposé de mettre l'accent sur le fonctionnement des régimes spéciaux pris dans chacun des trois sens donnés à l'expression. Une étude future sur cette question pourrait énoncer: *a*) les conditions de leur mise en place; *b*) leur mode de fonctionnement autonome; *c*) le rôle du droit international général dans ces régimes, y compris le règlement des conflits entre eux; et *d*) les conditions et les conséquences de l'échec d'un régime.

326. Lors du débat qui a suivi, le Groupe d'étude a pris note de l'incertitude terminologique sur laquelle le Président avait appelé l'attention. Il est convenu que la notion était constamment utilisée au sens étroit (c'est-à-dire pour désigner des règles secondaires spéciales de la responsabilité de l'État) et au sens large (c'est-à-dire pour désigner des règles primaires et secondaires spéciales sur un problème spécifique). Les membres ont observé que l'expression « régime spécial » était, dans sa troisième acception (c'est-à-dire au sens de champs entiers de spécialisation fonctionnelle), un phénomène intriguant qui devait être étudié plus avant pour pouvoir comprendre pleinement la relation qu'elle créait par rapport au droit général et par rapport aux deux autres formes de régime spécial examinées dans le rapport.

327. Le Groupe d'étude est convenu que la notion d'« autonomie » ne signifiait rien de plus que l'idée de « spécialité » du régime. Il a aussi noté que la distinction entre une « forme forte » et une « forme faible » du régime spécial devait être abandonnée. On s'est accordé pour reconnaître que le droit général continuait de s'appliquer de diverses manières même dans le cadre des régimes spéciaux. La relation entre le régime et le droit général ne pouvait toutefois être définie par des règles générales.

328. Certains membres du Groupe d'étude ont déclaré que l'interprétation de l'affaire *ELSI* comme consacrant une présomption à l'encontre de la dérogation correspondait peut-être davantage à la réalité que celle qui voulait y voir l'énoncé d'un principe général exigeant qu'une dérogation au droit général soit expresse.

329. Le Groupe d'étude a souligné que la question de savoir si un régime avait ou non échoué devait être déterminée par référence aux traités constituant le régime lui-même. Là encore, il était impossible d'énoncer des règles générales. Toutefois, il pouvait aussi être utile d'étudier plus avant les différentes situations dans lesquelles un tel échec pouvait se produire. On a également indiqué que c'était aux parties au régime spécial qu'il appartenait de

---

[600] Voir les affaires *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *arrêt du 29 juillet 1988,* série C, nº 4, par. 184; *McElhinney c. Irlande*, Cour européenne des droits de l'homme, nº 31253/96, arrêt du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, requête nº 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, ibid., par. 55, p. 138 et 139. Voir aussi *Loizidou c. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, requête nº 15318/89, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI*, par. 43; *Fogarty c. Royaume-Uni*, nº 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI; *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, nº 52207/99, décision du 12 décembre 2001, CEDH 2001-XII, par. 57 (pour ce paragraphe, voir également *ILR*, vol. 123, 2003, p. 108 et 109). Voir également L. Caflisch et A. A. Cançado Trindade, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, t. CVIII, 2004, p. 11 à 22.

[601] OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS2/AB/R), du 29 avril 1996; *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, rapport du Groupe spécial (WT/DS163/R), du 1er mai 2000, par. 7.96; et *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS58/AB/R), du 12 octobre 1998, par. 127 à 131.

[602] *ELSI* (voir *supra* note 140), *C.I.J. Recueil 1989*, par. 50, p. 42.

décider si le régime avait échoué, et quelles seraient les conséquences de cet échec.

330. Le Groupe d'étude a noté que les difficultés que présentait la relation entre le général et le spécial étaient relatives, des différences se faisant jour en fonction des circonstances de chaque affaire. Un certain scepticisme s'est manifesté quant à la possibilité d'élucider la notion de «droit international général». On a souligné qu'une telle entreprise devrait être axée sur le fonctionnement du droit général par rapport à des règles et régimes particuliers. À cet égard, on a fait valoir que la Convention de Vienne de 1969 constituait bien un cadre général, que ses règles avaient un caractère supplétif et qu'elles pouvaient souvent être remplacées par voie d'accord.

3. Examen de l'exposé concernant l'étude relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)

331. Pour examiner le sujet, le Groupe d'étude s'est fondé sur un exposé et une présentation orale de M. Teodor Melescanu. Dans son exposé, celui-ci s'est notamment intéressé aux travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'article 30 de la Convention de Vienne[603] et a analysé les principales dispositions de cet article[604], y compris les principes fondamentaux relatifs à son application, à savoir le principe de hiérarchie énoncé au paragraphe 1, le principe de la *lex prior* au paragraphe 2, et le principe de la *lex posterior* aux paragraphes 3 et 4 *a*. L'apparition de traités successifs sur la même matière était une conséquence du développement de la coopération internationale en réponse à de nouveaux besoins nés d'un environnement en évolution.

332. Pour l'essentiel, l'article 30 était fondé sur des préoccupations pertinentes et il ne posait pas de graves problèmes de fragmentation. Seul l'alinéa *b* du paragraphe 4 (régissant les relations entre un État partie à deux traités ou plus incompatibles et un État partie à un seul de ces traités) créait une situation méritant d'être examinée à l'avenir. Trois points ont été relevés. Tout d'abord la simple conclusion d'un traité postérieur incompatible ne donnerait pas lieu en soi à une violation du droit international, laquelle ne se produirait qu'à l'occasion de son *application*. Deuxièmement, l'article 30 ne traitait expressément que de la *primauté relative* des deux traités incompatibles, et non de leur *validité*.

333. Par ailleurs, la disposition ne traiterait pas de questions relatives à la suspension ou à la fin d'un traité, ni à l'effet juridique de la violation d'un traité par l'autre. Troisièmement, les dispositions de l'article 30 étaient de nature supplétive et, partant, dépourvues de caractère impératif. Enfin, toute latitude était laissée aux États pour établir un ordre de primauté entre des traités successifs conformément à leurs intérêts. À cet égard, il a été proposé qu'un des axes de l'étude consiste à rechercher dans quelle mesure il pouvait être fait obstacle à la volonté des États − en particulier la volonté de l'État partie à deux traités incompatibles de choisir lequel des traités il respecterait et lequel il déciderait de violer, en encourant de ce fait une responsabilité de l'État pour violation. Une autre étude à ce sujet devait être fondée sur la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, y compris l'examen de principes tels que *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement, article 34 de la Convention de Vienne de 1969) et *prior tempore potior jure* (premier dans le temps, premier dans le droit).

334. Lors de son examen, le Groupe d'étude s'est attaché à l'orientation future de l'étude. Il a reconnu que pour l'essentiel l'article 30 ne posait pas de problèmes considérables de fragmentation. La seule situation pouvant donner naissance à un conflit de normes non résolu était celle visée à l'alinéa *b* du paragraphe 4.

335. S'agissant de cet alinéa, le Groupe d'étude a été d'avis qu'il pourrait être utile d'examiner le traitement de la question et les choix opérés par les rapporteurs spéciaux successifs sur le droit des traités. Le Groupe d'étude a retenu l'idée de rechercher s'il était possible d'imposer des limites à la volonté de l'État de choisir, parmi les traités incompatibles auxquels il était partie, lequel il respecterait et lequel il devrait enfreindre. On s'est demandé si les critères résultant de la distinction fondée sur des obligations réciproques, interdépendantes et absolues telle qu'elle a été examinée à propos de la modification de traités *inter se* en vertu de l'article 41 pouvaient offrir certains principes directeurs pour l'application de l'article 30 également.

336. Outre l'alinéa *b* du paragraphe 4, deux autres cas pouvant présenter un intérêt ont été identifiés, à savoir

---

[603] Pour les travaux des Rapporteurs spéciaux Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice et Humphrey Waldock, voir *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, doc. A/CN.4/63, p. 156 à 159; *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, doc. A/CN.4/87, p. 123 et suiv.; *Annuaire… 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/115, p. 20 et suiv.; et *Annuaire… 1963*, vol. II, doc. A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 37 et suiv.

[604] L'article 30 de la Convention de Vienne est ainsi libellé:

«*Article 30. Application de traités successifs portant sur la même matière*

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:

a) Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60, ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité.»

a) le cas de traités bilatéraux successifs portant sur la même matière; et *b*) le cas d'un traité, multilatéral ou bilatéral, qui diffère du droit international coutumier. Sous l'angle de la fragmentation, le Groupe d'étude était d'avis que la première situation ne posait normalement pas de problème. S'agissant de la seconde situation, elle pouvait certes créer des problèmes, mais ceux-ci n'avaient qu'un caractère général; il n'était pas nécessaire de les examiner à cet égard.

337. Le Groupe d'étude est convenu que les dispositions de l'article 30 avaient un caractère supplétif. Certains membres se sont toutefois demandé s'il était exact de dire qu'elles n'avaient pas valeur impérative. Ces dispositions reflétaient des considérations largement admises et raisonnables. Le Groupe est également convenu que, de manière générale, des conflits ne surgiraient qu'au moment de l'application du traité postérieur, mais il a été dit également qu'au moins dans certains cas un conflit pourrait aussi déjà naître au moment de la conclusion du traité postérieur.

4. Examen de l'exposé concernant l'étude sur la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)

338. Le Groupe d'étude s'est fondé sur un exposé et une présentation orale de M. Riad Daoudi. Dans son exposé, celui-ci a notamment examiné le contexte dans lequel s'appliquait un accord *inter se* en vertu de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969[605], aboutissant à l'existence de deux ordres de relations juridiques: l'un « général » existant entre toutes les parties au traité multilatéral, l'autre « spécial » existant entre deux ou plusieurs parties à l'accord *inter se*. L'accord *inter se modifie* ainsi l'application du traité initial sans *amender* celui-ci. La relation entre l'ordre général et l'ordre spécial est analogue à celle existant entre la *lex generalis* et la *lex specialis*.

339. L'objectif principal de l'article 41 était de permettre des accords *inter se* en faisant toutefois en sorte qu'ils préservent la cohérence du traité initial. Les conditions de conclusion d'accords *inter se* sont notamment les suivantes: *a*) la préservation des droits et des intérêts des parties au traité multilatéral initial[606]; *b*) l'absence d'alourdissement des obligations ou des charges imposées aux parties au traité multilatéral; et *c*) la préservation de l'objet et du but du traité multilatéral. S'y ajoutaient des conditions concernant la notification de l'accord *inter se* aux autres parties et la réaction de celles-ci à cet accord.

340. En ce qui concerne l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité (art. 41, par. 1, al. *b* ii), la situation en matière d'accords *inter se* ne semblait pas différente du régime applicable en matière de réserves. Il a été dit qu'un critère objectif serait utile pour déterminer la licéité d'un accord *inter se*. Une modification ne posait pas de problème dans le cas de traités contenant des obligations de nature réciproque, c'est-à-dire consistant essentiellement en un réseau de relations bilatérales[607]. La faculté de modification était restreinte à l'égard de traités comportant des obligations interdépendantes[608] et absolues[609].

341. L'exposé abordait également la question des sanctions de la violation du traité multilatéral par les parties à l'accord *inter se*. Le texte de l'article 41 laissait deux questions sans réponse, à savoir, d'une part, l'effet juridique d'une violation des dispositions du paragraphe 1 et sa qualification de « violation substantielle du traité » et, d'autre part, l'effet juridique d'une opposition faite une fois que la notification a été effectuée conformément au paragraphe 2 de l'article 41. L'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les conditions de réaction à une violation substantielle par les parties sans définir ce qui constitue une telle « violation substantielle ». Le régime de la responsabilité de l'État couvrirait le cas d'une violation du traité initial par l'accord *inter se*.

342. Le Groupe d'étude a noté que l'article 41 traduisait la nécessité compréhensible pour les parties de permettre l'évolution de l'application d'un traité par un accord *inter se*. Les relations entre le traité initial et l'accord *inter se* pourraient parfois être conçues comme celles existant entre une norme minimum et un développement ultérieur de celle-ci. Dès lors, cela ne soulevait normalement pas de difficultés sous l'angle de la fragmentation. Les conditions de licéité d'accords *inter se* correspondaient aux principes généraux du droit conventionnel qui visaient à sauvegarder l'intégrité du traité. Il a toutefois été souligné que les conditions d'un accord *inter se* n'étaient pas toujours liées à la nature de l'accord initial, mais tenaient aussi à la nature d'une *disposition* de celui-ci (art. 41, par. 1, al. *b* ii). L'article 41 ne traitait pas expressément des conséquences de l'illicéité d'un accord *inter se*, et il convenait d'approfondir cette question.

343. L'attention a été appelée sur les différences sémantiques existant entre les mots *modification*, *amendement*

---

[605] L'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 est ainsi libellé:

« *Article 41. Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement*

1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement:

a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou

b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle:

i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et

ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

2. À moins que, dans le cas prévu à l'alinéa *a* du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité. »

[606] Voir par exemple l'article 311, par. 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

[607] Par exemple, la Convention de Vienne de 1961 et la Convention de Vienne de 1963.

[608] Un traité de désarmement est un traité de nature interdépendante dans la mesure où l'exécution par une partie de ses obligations est une condition nécessaire pour l'exécution par les autres parties des leurs. La violation par une seule partie de ses obligations s'analyse en une violation envers toutes les autres parties.

[609] Une convention relative aux droits de l'homme représente l'exemple d'un traité intégral. La nature des obligations qu'elle impose est autonome et absolue, et leur exécution par l'une des parties ne dépend pas de leur exécution par les autres parties.

et *révision* pour l'application de l'article 41. Bien que ces expressions soient différentes en droit, ces différences n'étaient pas toujours très claires. Une modification, par exemple, pourrait parfois être entendue comme une proposition d'amendement. Il a été suggéré de s'intéresser à cet aspect dans l'étude ultérieure. De même, il pourrait être utile de réexaminer les relations entre les différents principes de cohérence, notamment les relations entre l'article 30 (accords postérieurs), l'article 41 (modification *inter se*) et l'Article 103 de la Charte des Nations Unies (primauté des obligations découlant de la Charte).

344. Il a également été jugé utile d'examiner plus avant le rôle que la « notification » d'accords *inter se* peut jouer dans la pratique en réduisant le nombre de cas de fragmentation. Il faudrait si possible procéder à un examen de la pratique concernant la notification aux autres États et la réaction de ceux-ci à cette notification.

5. Examen de l'exposé relatif à l'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3 c, de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale

345. Le Groupe d'étude a procédé sur la base d'un exposé de M. William Mansfield, présenté oralement par celui-ci. Cet exposé portait notamment sur la fonction de l'article 31, paragraphe 3 *c*[610], en particulier son interprétation textuelle, notant qu'il renvoyait aux *règles* de droit international, ne se limitait pas au droit international coutumier, visait les règles à la fois *pertinentes* et *applicables*, et n'était pas temporellement limité. Le Groupe d'étude a aussi analysé l'article 31, paragraphe 3 *c*, à la lumière d'un document de base utilisé par la Commission pour l'examiner[611] et en tant qu'il avait été invoqué dans plusieurs affaires devant le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran[612], la Cour européenne des droits de l'homme[613] et la CIJ[614]. Il a en outre examiné trois exemples concrets de son application: l'*Affaire de l'usine MOX* devant le TIDM, une décision du Tribunal arbitral établi par la Convention OSPAR et une sentence du Tribunal arbitral constitué en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[615]; l'affaire *Pope and Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada* devant le Tribunal de l'Accord de libre-échange nord-américain[616]; et les affaires *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*[617] et *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*[618] dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC.

346. L'exposé aboutissait à des conclusions préliminaires sur des questions que le libellé de l'article 31, paragraphe 3 *c*, ne réglait pas, et contenait des propositions quant à la poursuite des travaux. Il soulignait les limites inhérentes à la technique d'interprétation des traités prévue à l'article 31, paragraphe 3 *c*, comme moyen de réduire les conséquences de la fragmentation. Il indiquait que ces limites découlaient *a*) du contexte différent dans lequel d'autres règles du droit international pouvaient avoir été élaborées et appliquées et *b*) de l'objet progressiste de nombreux traités dans le développement du droit international.

347. En règle générale, il n'y avait pas lieu de se reporter à d'autres règles du droit international à moins que le traité lui-même ne donne naissance à un problème d'interprétation; on avait recours à l'article 31, paragraphe 3 *c*, si *a*) la règle conventionnelle n'était pas claire et l'ambiguïté semblait pouvoir être résolue par référence à un corpus développé de droit international; *b*) si les termes utilisés dans le traité avaient, en droit international coutumier, un sens bien établi auquel les parties pouvaient être réputées avoir voulu se référer, ou si *c*) les termes du traité étaient par nature polysémiques et si la consultation d'autres sources de droit international contribuerait à donner un contenu à la règle[619].

---

[610] L'article 31, paragraphe 3 *c*, de la Convention de Vienne de 1969 se lit comme suit:

« *Article 31. Règle générale d'interprétation*

[…]

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

[…]

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

[…] »

[611] Troisième rapport sur le droit des traités par le Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock, *Annuaire… 1964*, vol. II, doc. A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 53 à 67. Voir également le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa seizième session, ibid., doc. A/5809, p. 181.

[612] Affaire *Nasser Esphahanian* v. *Bank Tejarat*, 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, p. 157, et affaire n° A/18, 1984, ibid., 1985, vol. 5, p. 260. La disposition a également été invoquée dans une opinion dissidente dans l'affaire *Grimm* v. *Iran*, 1983, ibid., 1984, vol. 2, p. 78, sur la question de savoir si le fait pour l'Iran de ne pas protéger un individu pouvait constituer une mesure « affectant les droits patrimoniaux » de l'épouse de celui-ci (p. 81).

[613] Affaire *Golder*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 février 1975, série A, vol. 18. Voir également les affaires *Fogarty c. Royaume-Uni* (*supra* note 600); *McElhinney c. Irlande* (ibid.); et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (ibid.).

[614] Affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 803 (décision reproduite dans *ILM*, vol. 42, n° 6, novembre 2003, p. 1334). Voir également l'opinion individuelle du juge Weeramentry dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*) [*supra* note 404], p. 114.

[615] Tribunal international du droit de la mer: *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001*, p. 95; Cour permanente d'arbitrage: *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR), Sentence définitive*, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente: E/F.04.V.15), p. 59 (à ce sujet, voir également *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1118); et *The Mox Plant case*, ordonnance n° 3, 24 juin 2003, *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1187.

[616] Sentence sur le fond, 10 avril 2001, *ICSID Reports*, vol. 7, 2005, p. 102; sentence relative aux dommages et intérêts, 31 mai 2002, ibid., p. 148; pour cette dernière, voir également *ILM*, vol. 41, 2002, p. 1347.

[617] Voir *supra* note 601.

[618] OMC, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R), du 16 janvier 1998.

[619] Telle est la position qui avait été prise pour interpréter l'article XX du GATT dans les différends *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* et *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* [voir *supra* notes 601 et 618].

348. Deuxièmement, on a examiné l'intertemporalité au sens où elle touchait la détermination du moment auquel d'autres règles de droit international devraient s'appliquer et la pertinence des normes en gestation. Troisièmement, l'exposé relevait certains problèmes posés par l'application de l'article 31, paragraphe 3 *c*, qui n'avaient pas été résolus par le renvoi y figurant aux autres traités applicables dans les relations entre les parties. On a en particulier demandé s'il était nécessaire que toutes les parties au traité à interpréter soient parties à l'autre traité auquel il était fait renvoi ou s'il suffisait que seulement certaines d'entre elles le soient.

349. Le Groupe d'étude a souligné que l'article 31, paragraphe 3 *c*, ne trouvait application que lorsqu'il y avait un problème d'interprétation. Dans un tel cas, il visait certaines règles dont il devait être « tenu compte » aux fins de l'interprétation. Toutefois, il n'indiquait pas de quelle manière particulière il convenait de procéder. En particulier, rien ne donnait à penser que ces autres règles devaient déterminer l'interprétation. Les diverses règles devaient être mises en balance compte tenu des circonstances. On a fait observer que le fait que l'article 31, paragraphe 3 *c*, était rarement cité expressément ne devait pas occulter son importance en tant que règle d'interprétation des traités. Il était tout à fait essentiel pour la promotion de l'harmonisation et la préservation de l'unité de l'ordre juridique international. Il méritait donc d'être examiné de manière approfondie.

350. Le Groupe d'étude a longuement examiné la question de savoir quelles règles étaient visées par l'article 31, paragraphe 3 *c*. Il était certes clair que cette disposition visait les autres règles *conventionnelles* pertinentes et applicables, mais il n'excluait pas l'utilisation d'autres sources de droit international, comme le droit coutumier et les principes généraux reconnus par les nations civilisées. Aux fins de l'étude, il pourrait être utile de se demander comment le droit coutumier et les autres règles pertinentes devaient être appliqués. Là encore, bien que la référence dût être entendue largement, il ne fallait pas oublier que l'interprétation devait être une mise en balance de toutes les règles pertinentes.

351. Le Groupe d'étude a également examiné la relation entre l'article 31, paragraphe 3 *c*, et d'autres règles d'interprétation des traités − par exemple, celles concernant la bonne foi et l'objet et le but du traité − et estimé qu'il pourrait être utile d'examiner sa relation avec l'article 32 en général. On a de même souligné que l'existence de notions « mobiles » et l'apparition de normes généralement acceptées par la communauté internationale devaient être prises en considération. On s'est demandé si la conception qu'on se faisait du droit intertemporel au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 demeurait valide compte tenu des nombreuses transformations intervenues depuis dans le système international.

6. La hiérarchie des normes en droit international: le *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et l'Article 103 de la Charte des Nations Unies en tant que règles de conflit

352. Pour l'examen de ce sujet, le Groupe d'étude était saisi d'un exposé de M. Zdzislaw Galicki, qui en a fait une présentation orale. Cet exposé définissait la nature du sujet par rapport à la fragmentation du droit international, en commençant par une brève description du *jus cogens*[620], des obligations *erga omnes*[621] et de la nature des obligations visées à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies ainsi que leurs acceptation et raison d'être, notant que le droit international contemporain conférait à ces normes et obligations un caractère prioritaire. On a dit qu'il convenait d'analyser ces catégories de normes et obligations lors de la poursuite des travaux. L'intention n'était donc pas d'établir une hiérarchie des sources de droit.

353. Deuxièmement, l'exposé donnait un bref aperçu de la notion de hiérarchie des normes en droit international. On a rappelé que le Groupe d'étude était convenu qu'en la matière il n'était peut-être pas toujours approprié de procéder par analogie avec le droit interne. Il n'y avait pas de hiérarchie des valeurs bien développée ou faisant autorité en droit international et donc aucune hiérarchie stable des techniques de règlement des conflits de normes[622]. C'est pourquoi la hiérarchie reflétait un processus de développement du droit. De telles hiérarchies contribuaient tantôt à la fragmentation du droit, tantôt à son unification. On a dit que les travaux futurs décriraient certains aspects de cette évolution en mettant l'accent sur l'apparition de hiérarchies des normes.

354. Troisièmement, l'exposé évoquait la nécessité de s'intéresser au *jus cogens*, aux obligations *erga omnes* et à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies *en tant que règles de conflit*. Il fallait pour cela axer les travaux sur *a*) leur priorité sur les autres normes de droit international en général; *b*) leurs relations hiérarchiques réciproques; et *c*) les relations hiérarchiques à l'intérieur de chaque catégorie (par exemple, normes de *jus cogens* en conflit).

355. Le Groupe d'étude a concentré son examen sur l'orientation future de l'étude. On a souligné que celle-ci devait être pragmatique et s'abstenir d'identifier des hiérarchies générales ou absolues. La hiérarchie des normes devait être traitée comme un aspect du raisonnement juridique dans le cadre duquel il était courant d'utiliser de telles techniques pour écarter des normes moins importantes que d'autres. C'est ce que signifiait envisager ces techniques en tant que *règles de conflit*. Il était souhaitable de ne pas trop élargir l'examen de la hiérarchie des normes et de le limiter à la fonction de cette hiérarchie aux fins du règlement des conflits de normes. D'autre part, il pouvait être utile d'illustrer comment la nature évolutive de ces notions hiérarchiques apparaissait en pratique.

---

[620] Voir l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Voir également les articles 41 et 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 122 et 135.

[621] Voir l'affaire *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (*supra* note 40), p. 32. Voir également les affaires *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23; *Timor oriental* (*Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 102; et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra* note 507), p. 616.

[622] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 506, p. 103.

356. Le Groupe d'étude a estimé qu'un examen excessivement théorique du sujet poserait des problèmes complexes et controversés. Il fallait s'attacher à donner des exemples de l'utilisation des relations hiérarchiques pour régler les conflits de normes dans la pratique et dans la doctrine. On pourrait peut-être alors définir les catégories de situations dans lesquelles des relations hiérarchiques ont été établies.

357. On a aussi estimé utile d'analyser les différences entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*. Des membres se sont demandé si ces dernières impliquaient des relations hiérarchiques de la même manière que le *jus cogens*. De même, on a estimé qu'il fallait se pencher sur les conséquences de l'utilisation d'une relation hiérarchique: qu'arriverait-il à la règle hiérarchiquement inférieure écartée par la règle hiérarchiquement supérieure? La responsabilité de l'État pouvait-elle intervenir?

358. Si la hiérarchie pouvait parfois être cause de fragmentation, le Groupe d'étude a estimé que dans la plupart des cas elle servait à préserver l'unité de l'ordre juridique international. Le Groupe a approuvé l'approche qui consisterait à axer l'étude sur les conflits possibles entre les trois techniques hiérarchiques ainsi que sur les conflits éventuels au sein de chaque catégorie. Un appui s'est également exprimé en faveur de l'examen de la relation entre la présente étude et les techniques d'interprétation examinées dans d'autres études.

Chapitre XI

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

359. À sa 2818e séance, le 16 juillet 2004, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours[623].

360. Le Groupe de planification a tenu trois séances. Il était saisi de la section du résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, à sa cinquante-huitième session, intitulée « Autres décisions et conclusions de la CDI » (A/CN.4/537, sect. H), ainsi que de la résolution 58/77 de l'Assemblée générale relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-cinquième session.

361. À sa 2823e séance, le 27 juillet 2004, la Commission a pris note du rapport du Groupe de planification.

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission

362. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a été reconstitué, la présidence en étant confiée à M. Alain Pellet[624]. Le Groupe de travail a tenu cinq séances, qui ont fait l'objet d'une communication orale de son président au Groupe de planification le 20 juillet 2004. Le Groupe de travail a l'intention de présenter un rapport plus complet, dans lequel il précisera les sujets qu'il propose d'inclure dans le programme à long terme à la fin de l'exercice quinquennal. Il a cependant recommandé que le sujet « Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » soit inclus dans le programme à long terme de la Commission. Le Groupe de travail a estimé que le sujet est conforme aux critères pertinents mentionnés dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, à savoir qu'il s'agit d'un sujet précis, qui présente un intérêt théorique et pratique sur le plan de la codification et du développement progressif du droit international[625].

363. Sur la recommandation du Groupe de planification, la Commission est convenue d'inclure ce sujet dans son programme à long terme. Les observations préliminaires présentant le sujet figurent en annexe au présent rapport. La Commission envisage d'inclure ce sujet dans son programme actuel à sa prochaine session.

[623] Pour la composition du Groupe de planification, voir *supra* par. 5.

[624] Pour la composition du Groupe de travail, voir *supra* par. 9.

[625] Voir *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), par. 728, p. 137 et 138.

2. Nouveaux sujets à ajouter à l'actuel programme de travail de la Commission

364. La Commission a débattu du choix des nouveaux sujets susceptibles d'être ajoutés au programme de travail actuel de la CDI et a décidé de retenir deux nouveaux sujets, à savoir « Expulsion des étrangers » et « Effets d'un conflit armé sur les traités ». À cet égard, elle a décidé de désigner comme rapporteur spécial pour chaque sujet, respectivement, M. Maurice Kamto et M. Ian Brownlie.

3. Cadre stratégique

365. Ayant examiné le volet du cadre stratégique (2006-2007) pour le programme 6: sous-programme 3 (développement progressif et codification du droit international), établi conformément à la résolution 58/269 de l'Assemblée générale du 23 décembre 2003, la Commission prend acte avec approbation de ce volet du cadre stratégique[626].

4. Documentation de la Commission

366. La Commission a noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 16 de sa résolution 58/77, a approuvé les conclusions qu'elle avait formulées au sujet de sa documentation.

367. En ce qui concerne le paragraphe 9 de la section II.B de la résolution 58/250 de l'Assemblée générale du 23 décembre 2003, intitulée « Plan des conférences », relatif aux organes qui ont droit à l'établissement de comptes rendus analytiques, la Commission, après avoir examiné plusieurs possibilités proposées par le Secrétariat, est parvenue à la conclusion qu'aucune d'entre elles ne satisfaisait ses besoins. Elle a rappelé qu'à plusieurs occasions elle avait considéré l'établissement de comptes rendus analytiques comme un élément incontournable de ses procédures et de ses méthodes de travail. Ces comptes rendus constituent l'équivalent de travaux préparatoires, et ils représentent un aspect indispensable du processus de développement progressif du droit international et de sa codification. Ils sont essentiels aux travaux de la Commission, qui a souligné l'importance des comptes rendus analytiques, en ce qu'ils constituent une partie essentielle de l'*Annuaire* de la CDI.

368. La Commission a pris note avec satisfaction de l'étude actualisée des régimes de responsabilité, établie par la Division de la codification, ainsi que des commentaires et observations reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le sujet de la responsabilité des organisations internationales, et recommande qu'ils soient publiés sous forme de documents officiels de la Commission.

[626] Voir A/59/6 (Prog. 6).

5. Honoraires

369. La Commission a de nouveau réaffirmé les vues qu'elle avait exprimées aux paragraphes 525 à 531 de son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-quatrième session[627] et au paragraphe 447 de son rapport sur les travaux de sa cinquante-cinquième session[628]. La Commission a réaffirmé que la résolution 56/272 de l'Assemblée générale, du 27 mars 2002, concernant la question des honoraires affecte particulièrement les rapporteurs spéciaux, en particulier ceux des pays en développement, en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche.

B. Date et lieu de la cinquante-septième session de la Commission

370. La Commission a décidé de tenir une session de 10 semaines scindée en deux parties, qui aura lieu à l'Office des Nations Unies à Genève du 2 mai au 3 juin et du 4 juillet au 5 août 2005.

C. Coopération avec d'autres organismes

371. À sa 2813e séance, le 7 juillet 2004, M. Jiuyong Shi, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont celle-ci est actuellement saisie. Sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance. Un échange de vues a suivi.

372. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité de conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe étaient représentés à la présente session de la Commission par M. Guy de Vel. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2799e séance, le 14 mai 2004[629]. Un échange de vues a suivi.

373. L'AALCO était représentée à la présente session de la Commission par son Secrétaire général, M. Wafik Z. Kamil. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2816e séance, le 13 juillet 2004[630]. Un échange de vues a suivi.

374. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la présente session de la Commission par M. Felipe Paolillo. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2819e séance, le 20 juillet 2004[631]. Un échange de vues a suivi.

375. Les membres de la Commission ont procédé à un échange de vues officieux sur des questions d'intérêt commun, et en particulier sur le sujet « Les réserves aux traités », avec les membres du Comité des droits de l'enfant le 19 mai 2004 et avec les membres du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale le 4 août 2004. À l'invitation de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, des membres de la Commission ont assisté à une réunion de la Sous-Commission, le 5 août 2004, au cours de laquelle la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme a été abordée, et un échange de vues a suivi.

376. Le 1er juin 2004, un échange de vues informel sur des questions d'intérêt commun a eu lieu entre les membres de la Commission et des membres des services juridiques du CICR. Le 28 juillet 2004, un échange de vues informel a eu lieu entre les membres de la Commission et des membres de l'Association de droit international sur des questions d'intérêt commun, en particulier le programme de travail, la responsabilité des organisations internationales et les ressources en eau.

D. Représentation à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale

377. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Teodor Viorel Melescanu.

378. En outre, à sa 2830e séance, le 6 août 2004, la Commission a demandé à M. C. John Dugard, Rapporteur spécial sur le sujet « Protection diplomatique », et à M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial sur le sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) », d'assister à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale, conformément aux dispositions du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de cette dernière, du 4 décembre 1989.

E. Séminaire de droit international

379. Conformément à la résolution 58/77 de l'Assemblée générale, la quarantième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 5 au 23 juillet 2004, pendant la session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à des étudiants de droit international de niveau avancé et à de jeunes professeurs et fonctionnaires nationaux se destinant à une carrière universitaire ou diplomatique ou à des postes de la fonction publique de leur pays.

380. Vingt-quatre personnes de nationalité différente, la plupart originaires de pays en développement, ont pu participer à la session[632]. Les participants au Séminaire ont

[627] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie).

[628] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie).

[629] Cette déclaration est consignée dans le compte rendu de ladite séance, *Annuaire… 2004*, vol. I.

[630] Ibid.

[631] Ibid.

[632] Ont participé à la quarantième session du Séminaire de droit international: M. Ghulam Shabbir Akbar (Pakistan); M. Abdul Rahman Al Baloushi (Émirats arabes unis); M. Steven James Barela (États-Unis d'Amérique); M. Martin Bartoň (République slovaque); M. Philip Bittner (Autriche); M. Srinivas Burra (Inde); M. Jean d'Aspremont Lynden (Belgique); Mme Sandra Deheza Rodriguez (Bolivie); Mme Rosa Delia Gómez-Durán (Argentine); Mme Mateja Grašek (Slovénie); Mme Hisaan Hussain (Maldives); M. Mbelwa Kairuki (République-Unie de Tanzanie); M. Sifana Ibsén Kone (Burkina Faso); Mme Annemarieke Künzli (Pays-Bas); Mme Eneida Lima (Cap-Vert); M. Maxim Musikhin (Fédération de Russie); Mme Jeannette Mwangi (Kenya); Mme Katya Pineda (El Salvador); M. Resfel Pino Álvarez (Cuba); M. Pablo Sandonato de León (Uruguay); M. Abdoulaye Tounkara (Mali); M. Ian Wadley (Australie); M. Yehenew Walilegne (Éthiopie); et M. Chen Wang (Chine). Un Comité de sélection, placé sous la présidence de M. Jean-Marie Dufour (Président du Réseau universitaire international de Genève), s'est réuni le 21 avril 2004 et, après avoir examiné 77 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 candidats.

observé les séances plénières de la Commission, assisté à des conférences organisées spécialement à leur intention et pris part aux travaux des groupes de travail chargés de questions spécifiques.

381. Le Séminaire a été ouvert par le Président de la Commission, M. Teodor Viorel Melescanu. M. Ulrich von Blumenthal, Conseiller juridique principal à l'Office des Nations Unies à Genève, était chargé de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire.

382. Les conférences suivantes ont été données par des membres de la Commission: M. João Clemente Baena Soares, « Les travaux de la Commission de haut niveau chargée de la réforme de l'ONU »; M. John Dugard, « La protection diplomatique »; M. Martti Koskenniemi, « La fragmentation du droit international »; M. Giorgio Gaja, « La responsabilité des organisations internationales »; M. Chusei Yamada, « Les ressources naturelles partagées »; MM. Michael Matheson et Djamchid Momtaz, « La décision de la CIJ dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (6 novembre 2003) »; et M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, « La responsabilité internationale ».

383. D'autres conférences ont été données. M. Ralph Zacklin, Sous-Secrétaire général, Conseiller juridique par intérim, a parlé des tribunaux internationaux créés par l'ONU (enseignements tirés de l'expérience); Mme María Isabel Torres Cazorla, professeur à l'Université de Malaga, des actes unilatéraux; Mme Pereyra-Frederichsen, Conseillère juridique à l'OMC, du système de règlement des différends de l'OMC; Mme Jelena Pejic, Conseillère juridique au CICR, des défis auxquels le droit international humanitaire doit faire face actuellement; M. George Korontzis, Conseiller juridique principal au Bureau des affaires juridiques de l'ONU, de l'histoire de la CDI (Méthodes de travail, programme de travail) et M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, du Comité des droits de l'homme et des procédures de plaintes individuelles.

384. Chacun des participants au Séminaire a été affecté à l'un des deux groupes de travail constitués sur les sujets « Actes unilatéraux » et « Aquifères ». Les rapporteurs spéciaux de la Commission chargés de ces sujets, à savoir M. Víctor Rodríguez Cedeño et M. Chusei Yamada (« Ressources naturelles partagées »), ont aidé par leurs conseils les groupes de travail. Chaque groupe a présenté ses conclusions au Séminaire. Chaque participant au Séminaire a été par ailleurs invité à soumettre un rapport écrit sommaire sur une des conférences données. Une compilation de ces rapports a été distribuée à tous les participants.

385. Les participants ont aussi eu l'occasion d'utiliser les installations de la Bibliothèque du Palais des Nations, qui a étendu ses horaires d'ouverture pendant le Séminaire.

386. La République et canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants, avec une visite guidée des salles de l'Alabama et du Grand Conseil, suivie d'une réception.

387. M. Teodor Viorel Melescanu, Président de la Commission, M. Sergei Ordzhonikidze, Directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève, M. Ulrich von Blumenthal, Directeur du Séminaire, et M. Srinivas Burra, au nom des participants, ont pris la parole devant la Commission et les participants à la fin du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la quarantième session du Séminaire.

388. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Allemagne, de la Finlande, de l'Autriche, de l'Irlande, de la Norvège et de la Suède avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses à des candidats méritants originaires de pays en développement pour garantir une répartition géographique appropriée des participants. Cette année, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été accordées à 17 candidats, et des bourses partielles (ne couvrant que les frais de subsistance) à deux candidats.

389. Sur les 903 participants, représentant 156 nationalités, qui ont pris part au Séminaire depuis 1965, date de sa création, 541 ont bénéficié d'une bourse.

390. La Commission souligne l'importance qu'elle attache aux sessions du Séminaire, qui donnent à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec les travaux de la Commission et les activités des nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2005 la plus large représentation possible.

391. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2004 un service d'interprétation intégral avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que le Séminaire bénéficiera du même service à sa prochaine session, dans le cadre des ressources existantes.

ANNEXE

L'OBLIGATION D'EXTRADER OU DE POURSUIVRE (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*) EN DROIT INTERNATIONAL

Observations préliminaires par Zdzislaw Galicki

I. Introduction générale du sujet

1. L'expression « extrader ou poursuivre » (en latin: *aut dedere aut judicare*) est communément utilisée pour désigner l'obligation alternative à l'égard de l'auteur présumé d'une violation, « qui est énoncée dans un certain nombre de traités multilatéraux visant à assurer la coopération internationale aux fins de la répression de certains types de comportement criminel »[1].

2. Comme il est souligné dans la doctrine, « l'expression *aut dedere aut judicare* est l'adaptation moderne d'une expression utilisée par Grotius: *aut dedere aut punire* (extrader ou punir) »[2]. Il semble toutefois qu'aux fins de son application actuelle une expression moins catégorique pour le second terme de l'alternative (poursuivre/*judicare* au lieu de punir/*punire*) soit souhaitable, d'autant que, selon Grotius, l'obligation générale d'extrader ou de punir existe pour toutes les infractions par lesquelles un autre État est particulièrement lésé.

3. L'expression moderne est moins catégorique, en ce sens qu'elle admet que l'auteur présumé d'une infraction peut ne pas être déclaré coupable. De plus, l'expression moderne ne tranche pas la question de savoir si l'obligation découle exclusivement des traités pertinents ou si elle constitue aussi une obligation générale du droit coutumier international, du moins pour ce qui est de certaines violations internationales.

4. Les auteurs soulignent que, pour déterminer l'efficacité du système fondé sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, trois problèmes doivent être réglés: « premièrement, le statut de ce principe en droit international et son champ d'application; deuxièmement, la hiérarchie à établir entre les deux options prévues par la règle, pour autant que l'État requis ait le choix; troisièmement, les difficultés pratiques qui se posent s'agissant du *judicare* »[3]. Il semble également nécessaire de déterminer s'il existe une hiérarchie entre les obligations susceptibles de découler de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (ci-après « *l'obligation* ») ou si cette question est laissée à la discrétion des États concernés.

5. Une tâche préliminaire en vue de la codification du sujet en question serait d'établir une liste comparative des traités pertinents et des formules utilisées pour exprimer cette *obligation*. Des tentatives dans ce sens ont déjà été faites par certains auteurs, qui citent nombre de traités et conventions qui la renferment[4]. Ces énumérations comprennent à la fois des traités de fond, qui définissent les violations devant être érigées en infractions pénales et prévoient que leurs auteurs doivent être poursuivis ou extradés, et des conventions de procédure, qui portent sur l'extradition et d'autres questions ayant trait à l'entraide judiciaire entre les États.

6. Depuis quelques années, l'obligation d'extrader ou de poursuivre est énoncée dans toutes les conventions dites sectorielles de répression du terrorisme, à commencer par la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, dont l'article 7 dispose que:

> L'État contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

7. Comme l'ont fait observer les auteurs, on peut trouver deux variantes de la formule utilisée dans la Convention, à savoir:

> *a*) l'obligation alternative d'engager l'action pénale est subordonnée, dans le cas d'un étranger, à la décision de l'État concerné d'autoriser ou non l'exercice d'une compétence extraterritoriale;
>
> *b*) l'obligation d'engager l'action pénale ne naît que lorsqu'une demande d'extradition a été refusée.[5]

8. À titre d'exemple, on citera les conventions suivantes:

- Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (par. 9 de l'article 6);

- Convention européenne pour la répression du terrorisme (art. 7).

---

[1] M. Cherif Bassiouni et E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 3.

[2] Ibid., p. 4. Voir aussi, H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, livre II, chap. XXI, par. III et IV (trad. française par J. Barbeyrac in *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, t. II, p. 639 à 643).

[3] M. Plachta, « *Aut dedere aut judicare*: An overview of modes of implementation and approaches », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, nº 4, 1999, p. 332.

[4] Cherif Bassiouni et Wise, op. cit. (*supra* note 1 de la présente annexe), p. 75 à 302; voir aussi *Oppenheim's International Law* (*supra* note 54), vol. I, p. 953 et 954.

[5] Plachta, op. cit. (*supra* note 3 de la présente annexe), p. 360.

9. Avec la formulation qui figure dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, *l'obligation* en question s'est trouvée considérablement renforcée du fait qu'elle est conjuguée avec le principe de l'universalité de la répression des actes de terrorisme. Le principe de l'universalité de la répression ne doit toutefois pas être assimilé au principe de l'universalité de la juridiction ou de la compétence d'organes judiciaires. Dans ce contexte, l'universalité de la répression signifie que, du fait de l'application de l'obligation d'extrader ou de poursuivre entre les États concernés, il n'y aurait aucun endroit au monde où l'auteur de tels actes pourrait se réfugier et échapper à sa responsabilité pénale.

10. Par ailleurs, la notion de compétence universelle a surtout été liée ces dernières années à la création de juridictions pénales internationales et à leurs activités. Dans la pratique, toutefois, l'étendue d'une telle « compétence universelle » dépend du nombre d'États acceptant la création de ces juridictions internationales et n'est pas directement liée à l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

11. Lorsqu'on analyse les divers aspects de l'applicabilité de *l'obligation*, il est indispensable de s'intéresser au principe d'universalité et à son évolution, depuis sa première expression, figurant à l'article 7 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, jusqu'aux dispositions pertinentes du Statut de la Cour pénale internationale.

12. S'agissant des domaines qui ont déjà fait l'objet d'une codification, *l'obligation* est énoncée à l'article 9 (Obligation d'extrader ou de poursuivre) du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que la Commission a adopté en 1996, à sa quarante-huitième session. Cette disposition se lit comme suit:

> Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20[6] est découvert extrade ou poursuit ce dernier.[7]

13. Bien que la Commission ait reconnu, dans la disposition susmentionnée, l'existence de *l'obligation*, elle l'a fait exclusivement pour un groupe d'infractions bien défini et strictement circonscrit, qui sont généralement assimilées aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (à l'exclusion du « crime d'agression »). Quoi qu'il en soit, on peut s'appuyer sur cette reconnaissance pour examiner plus avant dans quelle mesure cette *obligation* peut s'étendre à d'autres types d'infractions. De plus, il convient de noter que la Commission a introduit un troisième terme dans l'alternative, en envisageant la possibilité d'une compétence juridictionnelle parallèle, qui serait exercée non seulement par les États intéressés mais aussi par les instances pénales internationales.

14. On peut trouver un des premiers exemples d'une telle « alternative à trois termes » dans la Convention pour la création d'une cour pénale internationale, qui a été ouverte à la signature à Genève le 16 novembre 1937[8]. Cette cour devait connaître des infractions à la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme (1937) et en juger les auteurs[9]. En vertu des dispositions de l'article 2 de la première Convention, l'accusé pourrait être jugé par les juridictions nationales, extradé vers l'État qui demandait l'extradition ou déféré à la cour pénale internationale. Malheureusement, ladite Convention n'est jamais entrée en vigueur et la cour en question n'a jamais été créée.

15. La compétence supplétive de la Cour pénale internationale, créée en vertu du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, est bien connue. Le Statut de Rome donne aux États le choix d'exercer leur juridiction vis-à-vis de l'auteur d'une violation ou de remettre ce dernier à la Cour pénale internationale.

16. Il semble que la pratique en matière de traités, qui s'est considérablement enrichie au cours des dernières décennies, notamment avec l'adoption de plusieurs conventions contre le terrorisme et d'autres crimes menaçant la communauté internationale, offre déjà une base suffisante pour examiner la mesure dans laquelle l'obligation d'extrader ou de poursuivre, qui a tant d'importance pour la justice pénale internationale, en est venue à constituer une véritable obligation juridique.

17. Par ailleurs, il existe d'ores et déjà une pratique judiciaire concernant *l'obligation*, qui en confirme l'existence dans le droit international contemporain. L'affaire *Lockerbie* jugée par la CIJ a produit un riche matériau dans ce domaine, en particulier dans les opinions des cinq juges dissidents de la décision prise par la Cour le 14 avril 1992 de « ne pas exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires » que demandait la Libye[10]. Bien que la Cour elle-même ne se soit guère exprimée sur le principe en question, les juges dissidents ont confirmé dans leur opinion l'existence du « principe de droit international coutumier *aut dedere aut judicare* »[11], « droit qui est reconnu par le droit international et qui est même considéré par certains juristes comme relevant du *jus cogens* »[12]. Bien que la Cour ne les ait pas retenues, ces opinions doivent être prises en considération lorsqu'on analyse l'évolution de *l'obligation* dans la pratique contemporaine.

---

[6] Il s'agit des « crimes de génocide », des « crimes contre l'humanité », des « crimes dirigés contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé » et des « crimes de guerre ».

[7] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 32.

[8] SDN, doc. C.547(1).M.384(1).1937.V, reproduit dans Nations Unies, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, mémorandum du Secrétaire général (numéro de vente: 1949.V.8), p. 94, annexe 8. Voir également *International Legislation. A collection of the texts of multipartite international instruments of general interest*, sous la direction de M. O. Hudson, vol. VII (1935-1937), nos 402-505, Washington, Dotation Carnegie pour la paix internationale, 1941, p. 878.

[9] SDN, doc. C.546.M.383.1937.V. Voir également *International Legislation. A collection of the texts of multipartite international instruments of general interest* (note *supra*), p. 862.

[10] Deux décisions identiques ont été rendues concernant les affaires *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992*; et ibid. *(Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, p. 3 et 114, respectivement.

[11] Ibid., p. 51 et 161 (juge Weeramantry − dissident).

[12] Ibid., p. 82 et 187 (juge Ajibola − dissident).

18. Il paraît évident que la plupart des considérations entourant l'obligation d'extrader ou de poursuivre portent sur les normes et la pratique du droit international. Il faut toutefois se garder d'oublier que « les efforts pour optimiser le mécanisme régulateur issu du principe *aut dedere aut judicare* peuvent être menés tant au niveau international qu'au niveau national »[13]. Le droit pénal interne, et même certaines règles constitutionnelles, mériteraient la même attention que les normes et pratiques internationales.

19. Comme les auteurs l'ont fait observer à juste titre,

> le principe *aut dedere aut judicare* ne doit pas être considéré comme une panacée dont l'application universelle permettrait de remédier à toutes les faiblesses et défaillances dont l'extradition souffre depuis longtemps. […] Pour que le principe *aut dedere aut judicare* devienne la règle universelle en matière d'extradition, il faut d'abord faire accepter l'idée que, premièrement, cette règle est devenue un élément indispensable pour réprimer la criminalité et traduire les criminels en justice sur le plan international et, deuxièmement, qu'il n'est pas tenable de continuer à en limiter l'application aux crimes internationaux (et seulement à certains d'entre eux), tels que les définissent les conventions internationales.[14]

La Commission du droit international pourrait se laisser guider par ce constat dans les travaux de codification qu'elle entreprendra sur le sujet.

20. Étant donné ce qui précède, il semble que le sujet *L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) en droit international* a atteint un niveau de maturité suffisant pour être codifié, avec l'inclusion éventuelle de certains éléments de développement progressif. À ce stade, il serait toutefois prématuré de décider de la forme finale que prendront les travaux de la Commission, à savoir, projet d'articles, directives ou recommandations. Si elle devait accepter d'étudier ce sujet, la Commission devrait commencer par examiner les principaux éléments suivants.

II. Plan d'action préliminaire

21. Analyse comparative des dispositions appropriées se rapportant à *l'obligation*, qui figurent dans les conventions pertinentes et d'autres instruments internationaux − recensement systématique des similitudes et des différences.

22. Évolution et développement de *l'obligation*: de la « formule de Grotius » à l'« alternative à trois termes »:

a) extrader ou punir;

b) extrader ou poursuivre;

c) extrader ou poursuivre ou livrer à une juridiction internationale.

23. Place qu'occupe *l'obligation* en droit international contemporain:

a) en tant qu'obligation découlant des traités internationaux;

b) en tant qu'obligation ayant sa source dans des normes coutumières − conséquences du caractère coutumier;

c) possibilité que l'obligation ait un caractère mixte.

24. Champ d'application de *l'obligation*:

a) à « toutes les infractions par lesquelles un autre État est particulièrement lésé » (Grotius);

b) à une ou des catégories limitées d'infractions (par exemple, aux « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », ou aux « infractions internationales », etc.) − les critères possibles pour qualifier ces infractions.

25. Contenu de *l'obligation*:

a) obligations pour les États (*dedere* ou *judicare*):

i) extradition: conditions et exceptions;

ii) juridiction: fondements;

b) droits pour les États (en cas d'application ou de non-application de *l'obligation*).

26. Rapport entre *l'obligation* et d'autres règles relatives aux compétences juridictionnelles des États en matière pénale:

a) approche « axée sur l'infraction » (par exemple, l'article 9 du projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[15], l'article 7 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs);

b) approche « axée sur l'auteur de l'infraction » (par exemple, le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention européenne d'extradition de 1957);

c) principe de la compétence juridictionnelle universelle:

i) telle qu'exercée par les États;

ii) telle qu'exercée par des organes judiciaires internationaux.

27. Nature de certaines obligations découlant de l'application de *l'obligation* en vertu du droit international:

a) égalité des obligations alternatives (extrader ou poursuivre), ou primauté de l'une d'entre elles (hiérarchie des obligations);

b) limitations ou exclusions éventuelles dans l'exécution des obligations alternatives (par exemple, non-extradition de ses nationaux, exception concernant les infractions politiques, limitations découlant de la protection des droits de l'homme, etc.);

c) incidence éventuelle de ces limitations ou exclusions sur un autre type d'obligations (par exemple, inci-

[13] Plachta, loc. cit. (note 3 de la présente annexe), p. 332.

[14] Ibid., p. 364.

[15] Voir *supra* la note 7 de la même annexe.

dence des exceptions à l'extradition sur les poursuites exercées à titre alternatif);

d) *l'obligation*: règle de fond ou à caractère procédural, ou règle mixte;

e) rang de *l'obligation* dans la hiérarchie des normes du droit international:

i) règle secondaire;

ii) règle primaire;

iii) norme de *jus cogens* (?).

28. Relation entre *l'obligation* et d'autres principes du droit international (par exemple, souveraineté des États, protection des droits de l'homme, répression universelle de certains crimes, etc.).

III. Compatibilité avec les critères de sélection des nouveaux sujets

29. Le sujet *L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) en droit international*, proposé à l'examen de la Commission du droit international, répond aux critères énoncés par la Commission à ses quarante-neuvième[16] et cinquante-deuxième[17] sessions pour la sélection des sujets, à savoir:

a) le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international;

b) le sujet devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif;

c) le sujet devrait être concret et se prêter au développement progressif et à la codification;

d) la Commission ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais envisager aussi ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de la communauté internationale.

30. Le sujet *L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) en droit international* semble répondre à un réel besoin des États en matière de développement progressif et de codification du droit international. Le développement d'une pratique, en particulier ces dernières décennies, consistant pour les États à inclure *l'obligation* en question dans de nombreux traités internationaux et à l'appliquer dans leurs relations mutuelles, soulève la question de l'unification de différents aspects de la mise en œuvre de cette *obligation*. Parmi les problèmes les plus importants qui doivent être clarifiés sans attendre figure la possibilité de reconnaître que *l'obligation* précitée n'est pas uniquement fondée sur des traités, mais qu'elle peut également avoir pour base, du moins dans une certaine mesure, des normes coutumières.

31. Le sujet semble être suffisamment mûr pour se prêter à une codification et à un développement progressif, en particulier à la lumière de la pratique des États telle qu'elle se développe, ainsi que de sa place croissante dans les activités des tribunaux et dans la doctrine. Le développement et l'identification juridique précise des éléments de l'obligation d'extrader ou de poursuivre semblent être dans l'intérêt des États, en ce qu'elle constitue l'un des principaux facteurs susceptibles de rendre leur coopération en matière pénale plus efficace.

32. Le sujet est précisément formulé et cette *obligation* est bien établie dans les relations internationales des États depuis fort longtemps. Il n'est ni trop général ni trop étroit, et il semble manifestement se prêter au développement progressif et à la codification. La Commission a déjà inscrit *l'obligation*, en tant que telle, sur la liste des sujets se prêtant à un examen futur[18]. Depuis lors, il est devenu évident qu'il devrait être examiné dès que possible.

33. Bien que l'obligation d'extrader ou de poursuivre semble, à première vue, des plus classiques, il convient de ne pas se laisser abuser par sa formulation latine ancienne. *L'obligation* elle-même ne peut être traitée uniquement comme un sujet classique. Son évolution, de l'époque de Grotius aux périodes les plus récentes, et son développement en tant qu'instrument de lutte contre les menaces croissantes que font peser les infractions criminelles sur les États et les individus, conduisent aisément à conclure que cette obligation traduit des tendances nouvelles du droit international et des préoccupations urgentes de la communauté internationale.

[16] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 238, p. 72.

[17] Voir *supra* note 625.

[18] Voir *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), annexe II, par. 4 (sect. VII.2 *a* du Plan général), p. 148.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTE-SIXIÈME SESSION

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/536	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *supra* p. 12.
A/CN.4/537	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus sur le rapport de la Commission du droit international par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-huitième session	Reprographié.
A/CN.4/538	Cinquième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial	Reproduit dans l'*Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/539 et Add.1	Deuxième rapport sur les ressources naturelles partagées: les eaux souterraines transfrontières, par M. Chusei Yamada, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/540	Deuxième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/541	Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, par M. Giorgio Gaja, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/542 [et Corr.1 à 3]	Septième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/543	Étude, établie par le Secrétariat, des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)	*Idem.*
A/CN.4/544	Neuvième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/545	Responsabilité des organisations internationales: commentaires et observations reçus des organisations internationales	*Idem.*
[A/CN.4/546]	Sixième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial	[À paraître dans l'*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).]
[A/CN.4/547]	Responsabilité des organisations internationales: commentaires et observations reçus de gouvernements	*Idem.*
A/CN.4/L.647 et Add.1	Protection diplomatique: titres et texte des projets d'article adoptés par le Comité de rédaction en première lecture	Reprographié.
A/CN.4/L.648	Responsabilité des organisations internationales: titres et texte des projets d'articles 4, 5, 6 et 7 adoptés par le Comité de rédaction	*Idem.*
A/CN.4/L.649	Les réserves aux traités: titres et texte des projets de directive adoptés par le Comité de rédaction	*Idem.*
A/CN.4/L.650	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session: chapitre premier (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/59/10). Le texte définitif apparaît dans le présent volume, p. 11.
A/CN.4/L.651	*Idem*: chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-sixième session)	*Idem*, p. 13.
A/CN.4/L.652	*Idem*: chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	*Idem*, p. 15.
A/CN.4/L.653 [et Corr.1] et Add.1	*Idem*: chapitre IV (Protection diplomatique)	*Idem*, p. 17.
A/CN.4/L.654 [et Corr.1] et Add.1	*Idem*: chapitre V (Responsabilité des organisations internationales)	*Idem*, p. 47.
A/CN.4/L.655 [et Corr.1]	*Idem*: chapitre VI (Ressources naturelles partagées)	*Idem*, p. 57.

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.656 et Add.1 à 3	*Idem*: chapitre VII (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international [responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses])	*Idem*, p. 65.
A/CN.4/L.657 et Add.1	*Idem*: chapitre VIII (Actes unilatéraux des États)	*Idem*, p. 97.
A/CN.4/L.658 [et Corr.1] et Add.1 et 2 [et Corr.1]	*Idem*: chapitre IX (Les réserves aux traités)	*Idem*, p. 104.
A/CN.4/L.659	*Idem*: chapitre X (Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international)	*Idem*, p. 118.
A/CN.4/L.660	*Idem*: chapitre XI (Autres décisions et conclusions de la Commission)	*Idem*, p. 128.
A/CN.4/L.661 et Corr.1	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses): rapport du Groupe de travail	Reprographié.
A/CN.4/L.662	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses): préambule, titres et texte des projets de principes 1 à 8 relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses adoptés par le Comité de rédaction	*Idem*.
A/CN.4/L.663/Rev.1	Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'étude	*Idem*. Reproduit dans le présent volume, p. 118.
A/CN.4/L.664/Rev.1	Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission: rapport du Groupe de planification	Reprographié.
A/CN.4/SR.2791 à A/CN.4/SR.2830	Comptes rendus analytiques provisoires des 2791e à 2830e séances	*Idem*. Le texte définitif figure dans l'*Annuaire… 2004*, vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم ٠ استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك ٠

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, section des ventes, New York.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICATIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, sección de Ventas, Nueva York.

United Nations publication
Sales No. F.10.V.9 (Part 2)
ISSN 0497-9877

USD 70
ISBN 978-92-1-233494-3

Printed at United Nations, Geneva – GE.10-62892 – February 2012 – 381