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.

[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.

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

[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 n° 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 n° 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 n° 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 n°s 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, n° 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 n° 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 n° 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 n° 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 n° 319, par. 42, p. 17; et *Hornsby c. Grèce*, arrêt du 19 mars 1997, *idem*, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, n° 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 n° 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, n° 67, par. 38; et *Erdogan c. Turquie*, requête n° 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 n° 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 n° 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. »