Document:-
A/CN.4/SR.2729

Compte rendu analytique de la 2729e séance

sujet:
Protection diplomatique

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2002, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

10 membres de la Commission en faveur de l'inclusion de ce projet et 9 contre. Il est assez intéressant de noter que la division ne suit pas des critères régionaux : on peut trouver d'un côté comme de l'autre des représentants de tous les groupes régionaux. On pourrait résumer le fond du débat comme suit. M. Brownlie et d'autres membres de la Commission sont d'avis que le projet d'article 16 vise des arrangements contractuels et n'a pas sa place dans le projet. D'autres membres ont fait valoir que la disposition situe la clause Calvo dans le contexte nécessaire et doit figurer dans le projet.

55. La Commission a le choix entre plusieurs options. Comme apparemment le paragraphe 2 du projet d'article 16 est très peu appuyé, si ce n'est que sa teneur devrait être reprise dans le commentaire relatif à l'alinéa *b* du projet d'article 14, la question qui se pose est celle de savoir s'il convient de renvoyer le paragraphe 1 au Comité de rédaction, accompagné des amendements non négligeables suggérés au cours de la discussion ou s'il vaut mieux supprimer cette disposition du projet. Si la Commission la laisse de côté, la question devra être traitée de façon approfondie dans le commentaire, plus précisément dans celui se rapportant au projet d'article 10 et à l'alinéa *b* du projet d'article 14. La suggestion de M. Gaja de tenter de rédiger une clause de renonciation passe-partout ne peut être reprise pour les motifs invoqués à juste titre par M. Tomka.

56. Le Rapporteur spécial ne sait honnêtement pas comment procéder, mais en fin de compte recommande à la Commission de renvoyer le paragraphe 1 du projet d'article 16 au Comité de rédaction, sous réserve des suggestions faites au cours du débat. Une petite majorité est favorable à cette façon de procéder, encore qu'il reconnaisse volontiers qu'il ne s'agit bien que d'une courte majorité.

57. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que, lorsque la moitié des membres de la Commission s'opposent au renvoi d'une proposition devant le Comité de rédaction, ce n'est pas une solution de compromis que d'aller simplement de l'avant et de la lui renvoyer. Il est possible, à son avis, de respecter le souci des avocats de la clause Calvo en traitant de la question dans le commentaire.

58. M. TOMKA dit que, si le paragraphe 1 du projet d'article 16 doit être renvoyé au Comité de rédaction, il faudrait donner quelques consignes quant aux objectifs de l'exercice de rédaction, à la forme que cet article devrait finalement revêtir, etc. Certains membres ont dit qu'il était de portée trop étroite. Devrait-il alors viser des techniques autres que la stipulation contractuelle ? Peut-être faudrait-il donner au Rapporteur spécial du temps pour réfléchir à la question et, une fois qu'il aura présenté son document de travail sur le lien volontaire à la prochaine séance, pourra-t-il définir sa conception d'une disposition qui reflète la clause Calvo.

59. M. KAMTO fait sienne cette proposition et ajoute que des consultations devraient peut-être s'engager avec les membres de la Commission opposés au renvoi du projet d'article au Comité de rédaction afin de parvenir à un consensus.

60. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la sagesse conjuguée des deux orateurs qui l'ont précédé l'incite à engager des consultations et à rechercher une solution avant la prochaine séance de la Commission. C'est ainsi qu'il procédera s'il n'entend pas d'objections.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2729e SÉANCE

Mardi 4 juin 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant le résultat de ses réflexions sur le lien volontaire, exposé à la section A.3 de son troisième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/523 et Add.1), rappelle que la Commission a examiné cette question dans le cadre de son débat sur le projet de l'article 14 consacré aux exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Elle s'est interrogée sur la nécessité d'inclure dans le projet la disposition selon laquelle l'existence d'un lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État hôte serait une condition préalable à l'application de la règle et, le cas échéant, sur l'emplacement d'une telle disposition dans le projet d'articles. En ferait-elle une clause distincte ? L'inclurait-elle dans l'article 10, ou encore dans l'article 14 ? Plusieurs positions se sont dégagées lors du débat à

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

la Commission à propos du lien volontaire. Pour certains, comme M. Brownlie, l'existence d'un tel lien est la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes. Pour d'autres, son absence constitue une exception à la règle, et telle était l'optique que M. Dugard lui-même avait adoptée dans le projet d'article 14 *c*. Pour d'autres encore, le lien volontaire est un élément nécessaire à l'exercice de la compétence ou une condition préalable à l'application de la règle. Ces divergences d'opinion soulignent combien il est difficile de codifier l'exigence d'un lien volontaire. M. Dugard a été finalement convaincu par M. Brownlie que l'existence d'un tel lien est essentiellement la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et que cette question ne se prête donc pas à la codification. Cela est confirmé par l'évolution de la notion de responsabilité des États. Dans le village planétaire actuel, il est de plus en plus fréquent que les ressortissants d'un État A soient lésés par le comportement d'un État B ou de ses nationaux sans qu'ils n'aient aucun lien avec cet État B. Cette évolution a des implications importantes pour les normes du droit international tant public que privé qui régissent la compétence, et elle suscite des interrogations à propos de la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes.

2. De l'avis de M. Dugard, si la Commission tient à codifier la question du lien volontaire, elle peut le faire de plusieurs façons, par exemple, en modifiant l'article 10 pour qu'il se lise comme suit : « Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux, personne physique ou morale, qui a un lien volontaire avec l'État responsable du préjudice avant que le national lésé ait épuisé tous les recours juridiques internes ». Une autre possibilité serait de conserver la notion de lien volontaire en tant qu'exception, selon ce qui est proposé dans le projet d'article 14 *c*. Si certains membres préfèrent ne pas utiliser l'expression « lien volontaire », l'alinéa *c* pourrait être remplacé par le texte suivant : « Toute tentative pour épuiser les recours internes causerait de graves difficultés à l'étranger lésé [serait manifestement déraisonnable] ». L'autre suggestion qui a été émise lors des débats, à savoir consacrer au lien volontaire une clause distincte, est à écarter, notamment en raison de l'évolution du droit relatif aux dommages transfrontières. Une telle clause relève davantage du sujet de la responsabilité objective (*liability*).

3. M. Dugard lui-même préférerait que la question du lien volontaire ne soit expressément mentionnée dans aucune disposition mais soit plutôt intégrée dans le commentaire de l'article 10 en tant que raison d'être traditionnelle de la règle de l'épuisement des recours internes, dans le commentaire de l'article 11, dans le cadre de l'examen d'un préjudice direct n'exigeant pas l'épuisement des recours internes et dans le commentaire de l'article 14 *a*, lorsqu'il s'agit de déterminer si les recours internes offrent une perspective raisonnable de succès. En bref, il partage l'avis de Roberto Ago, selon lequel le sujet ne se prête pas encore à la codification. Bien que cet avis ait été exprimé à la fin des années 70, il a été confirmé depuis lors par l'évolution du droit de l'environnement.

4. Revenant ensuite sur les situations difficiles, évoquées au paragraphe 83 de son troisième rapport, dans lesquelles il est déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes, le Rapporteur spécial fait observer que, dans le premier cas cité, à savoir les dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, les retombées radioactives ou des objets spatiaux artificiels, différents scénarios sont possibles. Si le préjudice résulte d'un acte qui ne constitue pas un fait internationalement illicite, on n'est plus dans le contexte de la protection diplomatique mais dans celui de la responsabilité objective (*liability*). Si le préjudice résulte d'un fait internationalement illicite et est direct, cette possibilité est déjà couverte par le projet d'article 11. D'autre part, un accord international peut stipuler que les recours internes n'ont pas à être épuisés; on en trouve un exemple à l'article XI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, dont le texte est reproduit au paragraphe 80 du troisième rapport. Il se peut également que les tribunaux de l'État responsable ne soient pas compétents pour connaître des affaires de dommages transfrontières à l'environnement causés à partir de leur territoire, et ce cas est déjà prévu par le projet d'article 14 *a*. Dans d'autres cas, un ressortissant d'un État A, sur le territoire duquel le dommage a été causé, peut intenter une action en justice contre le gouvernement de l'État B, sur le territoire duquel le dommage a été provoqué, devant un tribunal de l'État A. Le plus souvent, le gouvernement de l'État B se tirera d'affaire en invoquant le principe de l'immunité de l'État souverain. Cette situation relève également du projet d'article 14 *a*. Enfin, les tribunaux de l'État responsable peuvent, dans le cadre d'un accord passé avec l'État lésé, offrir des recours internes aux ressortissants de ce dernier. Ce dernier cas n'entre plus dans le champ de la protection diplomatique et relève davantage du projet d'articles sur la responsabilité objective (*liability*). En conclusion, M. Dugard est d'avis que, s'agissant des dommages transfrontières causés à l'environnement, il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition distincte faisant de l'existence d'un lien volontaire une condition de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes.

5. Dans le deuxième type de situation évoqué, soit le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident, il y a véritablement préjudice direct, et la pratique des États montre que le plus souvent l'État défendeur n'insistera pas pour que les recours internes soient épuisés. Il s'agit donc d'un cas couvert par le projet d'article 11 et aucune disposition distincte n'est nécessaire. Le troisième type de situation est le fait pour un soldat de l'État B stationné dans le territoire de l'État A de tuer un ressortissant de cet État A. Il existe le plus souvent un accord international qui prévoit la possibilité de présenter une réclamation contre l'État B. Mais, dans le cas contraire, on ne voit pas pourquoi le gouvernement de l'État A ne serait pas tenu de demander réparation devant les tribunaux de l'État B, si ceux-ci offrent une perspective raisonnable de succès. Cette situation est déjà couverte par le projet d'article 14 *a* et il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition distincte. Enfin, pour ce qui est de l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur, deux options sont possibles : soit il s'agit clairement d'une violation de la souveraineté territoriale de l'État de nationalité de l'étranger, qui peut donner lieu à une réclamation directe de celui-ci contre l'État responsable, et ce type de situation est déjà cou-

vert par le projet d'article 11, soit la partie lésée aura la possibilité d'intenter une action en réparation devant les tribunaux de l'État responsable, et l'on ne voit pas pourquoi elle n'en ferait pas usage. Si elle ne l'a pas, on se retrouve dans la situation couverte par le projet d'article 14 *a* qui exige une possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Dans les deux cas, rien ne justifie donc une disposition distincte.

6. M. Dugard estime que la Commission ne devrait pas entraver le développement du droit international sur ce sujet, d'autant que la pratique des États continue d'évoluer, surtout en matière de dommages à l'environnement, et il suggère de ne rien dire du lien volontaire dans le projet d'articles même mais de l'évoquer simplement dans le commentaire à diverses occasions, et de traiter cette question dans le cadre du sujet de la responsabilité des États pour les dommages causés par des activités non interdites par le droit international.

7. M. BROWNLIE dit qu'il se trouve dans une position plutôt étrange car ce qui a été dit précédemment donne l'impression qu'il est un fervent partisan de l'exigence du lien volontaire. Tel n'est pas le cas. Il ne voit simplement pas pourquoi le Rapporteur spécial juge que la question du lien volontaire n'est pas pertinente. Lui-même n'est pas d'avis que le lien volontaire soit la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et, dans l'ouvrage qu'il a écrit sur la question plusieurs années auparavant, il a simplement dit que la position que l'on pouvait adopter au sujet de savoir s'il fallait retenir ou non la notion de lien volontaire était fonction de la conception que l'on avait du fondement politique de la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on considérait que celle-ci avait pour principal objectif de prévoir des modalités de règlement judiciaire relativement plus commodes que les voies internationales, il était clair que la question du lien volontaire ne se posait même pas. Si l'on pensait que la règle visait à définir des conditions appropriées pour l'exercice de la compétence nationale, alors l'exigence d'un lien volontaire telle que la résidence était tout à fait pertinente. D'autre part, M. Brownlie ne comprend pas pourquoi la question de la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes n'a rien à voir avec la codification. Il pensait, au contraire, qu'elle était parfaitement en rapport avec la codification et, plus encore, avec le développement progressif du droit. Enfin, citant plusieurs auteurs et publications, il souligne que des personnalités éminentes se sont prononcées en faveur de l'exigence d'un lien volontaire. Il suggère donc au Rapporteur spécial de prendre cette question au sérieux. Même s'il a lui-même des doutes quant au bien-fondé de la notion de lien volontaire, il estime qu'elle mérite d'être dûment prise en compte.

8. M. DUGARD (Rapporteur spécial) demande à M. Brownlie comment il propose de le faire concrètement. Lui-même a émis plusieurs suggestions. Il peut y en avoir d'autres mais il serait très reconnaissant à M. Brownlie de dire à la Commission comment elle pourrait, à son avis, sortir de ce dilemme.

9. M. BROWNLIE dit qu'il accepte l'idée que la question est couverte en partie par le projet d'article 11. Il estime néanmoins que le lien volontaire devrait au moins être mentionné avec les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Il ne pense pas que la clause relative aux difficultés que pourrait entraîner pour la partie lésée l'exigence d'épuiser les recours internes soit suffisante. Il faudrait indiquer dans le commentaire que la question a été laissée de côté.

10. Le PRÉSIDENT demande si la Commission doit laisser la question de côté ou accepter la proposition du Rapporteur spécial d'en faire mention dans le commentaire des articles 10, 11 et 14, ce qui lui paraît approprié. D'autre part, il souhaiterait avoir des éclaircissements sur certains points relatifs aux dommages à l'environnement. Il aimerait savoir notamment si, en l'occurrence, c'est le lien volontaire avec l'État à l'origine de la pollution, ou, comme il le croit pour sa part, le lien avec les personnes lésées au-delà de cet État qui pose un problème.

11. M. BROWNLIE dit que, si les membres pensent que la question du lien volontaire est éminemment politique, il vaudrait mieux qu'elle soit traitée dans le cadre des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. En tout état de cause, lorsqu'un aéronef étranger est abattu et que les victimes sont de plusieurs nationalités différentes, il importe de formuler certaines directives quant à l'application de cette règle.

12. M. DUGARD (Rapporteur spécial) se demande si l'on ne pourrait pas suivre la suggestion qui a été émise lors de discussions antérieures par M. Gaja, à savoir que l'État de nationalité de l'aéronef serait autorisé à demander réparation. Il pense en effet qu'il est très difficile, en pareil cas, d'insister pour que la règle soit strictement respectée.

13. M. BROWNLIE dit que son souci est précisément de veiller à ce que la formulation retenue soit claire quant au fait que les recours internes n'ont pas à être épuisés dans ce type de situation. Il constate simplement que le Rapporteur spécial refuse de prendre position sur le statut juridique de la notion de lien volontaire.

14. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des exemples concrets de situations qui ne seraient pas réglées si l'on relègue au commentaire la notion de lien volontaire.

15. M. BROWNLIE n'est pas convaincu que la clause de difficulté, qui figure à juste titre dans le projet d'articles, règle entièrement la question du lien volontaire. Il serait paradoxal que, par exemple, des victimes se voient imposer l'obligation d'épuiser les recours internes parce qu'elles se seraient efficacement regroupées en association de requérants et se verraient de ce fait dénier l'application de la clause de difficulté. La Commission se doit d'examiner, au-delà de l'état constaté de la pratique des États, les politiques sous-jacentes afin de trouver une solution à ce problème, étant entendu qu'il est effectivement difficile de définir ce qu'est un lien volontaire suffisant.

16. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se dit favorable aux conclusions du Rapporteur spécial.

17. M. Sreenivasa RAO fait remarquer que de nombreux éléments interviennent dans la distinction entre les situations de difficulté, où la règle de l'épuisement des recours internes peut ne pas s'appliquer, et d'autres situations, où la conduite de l'État « requérant » est guidée par d'autres considérations et où le critère de l'épuisement des recours internes n'a pas à jouer du tout. Même la distinction établie par le Président entre causalité et nationalité reste in-

suffisante, parce que, comme le montrent les situations de dommages transfrontières, nombreux sont les éléments qui interviennent dans la détermination des parts respectives de causalité, sinon de responsabilité, et soulèvent des problèmes qui n'ont pas encore été examinés. Il ne semble pas que ces problèmes puissent être relégués au commentaire d'un article sur l'épuisement des recours internes. M. Brownlie a raison de dire que la question du lien volontaire doit être traitée de manière plus approfondie et que, même en tant qu'exception à la règle de l'épuisement des recours internes, il ne s'agit pas d'une simple question de difficulté à engager les recours internes. Il conviendrait donc de laisser au Comité de rédaction le soin de trouver la solution la plus judicieuse.

18. M. TOMKA n'a pas d'objection quant aux conclusions du Rapporteur spécial mais, considérant les observations de M. Brownlie, il se demande s'il ne serait pas plus judicieux d'inclure dans le chapitre III du rapport de la Commission à l'Assemblée générale un questionnaire à adresser aux gouvernements sur ce sujet. Comme le Comité de rédaction ne se penchera probablement pas sur cette question avant la session suivante, la Commission pourra ainsi disposer des vues que les gouvernements auront formulées aussi bien à la Sixième Commission que dans leur réponse au questionnaire.

19. M. MANSFIELD dit qu'il se serait satisfait des conclusions du Rapporteur spécial, si le débat ne l'avait pas ramené à la préoccupation qu'il a déjà exprimée à propos des notions de justice et d'équité. À son avis, il n'est pas évident que le projet d'articles contienne une clause de difficulté. Étant donné l'écart considérable qui peut exister entre les coûts des procédures contentieuses dans différents pays, la notion de lien volontaire couvre un champ à la fois trop et pas assez vaste, en ce sens que la possibilité raisonnable de réparation efficace visée à l'article 14 *a* ne couvre pas réellement les situations où il est injuste et déraisonnable, pour des raisons de coût, d'exiger l'épuisement des recours internes.

20. M. KABATSI fait remarquer que la notion de lien volontaire fait son apparition, sous une forme ou une autre, dans les projets d'articles 10, 11 et 14. Il lui semble donc préférable d'en traiter dans le commentaire de chacun de ces articles. Lui consacrer une disposition en tant qu'exception à la règle de l'épuisement des recours internes risque de laisser certains problèmes non résolus.

21. M. GAJA distingue deux types de situation, celle où le lien est insuffisant, par exemple dans le cas de l'aéronef abattu accidentellement au-dessus d'un pays étranger, et celle de l'activité extraterritoriale ou du dommage transfrontière. Dans certains cas, les recours existent, et la solution du problème de savoir s'il faut ou non les épuiser ne devrait pas aller à l'encontre des dernières évolutions en matière de recours s'agissant des dommages transfrontières. Il vaudrait mieux établir un texte général qui ne pose pas le principe du lien volontaire, ni n'établit une exception claire et nette, mais soit formulé de manière à tenir compte, dans l'optique de l'exception ou de la condition préalable à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes, des situations où il serait déraisonnable d'exiger d'une entité privée qu'elle engage un recours avant que l'État puisse exercer la protection diplomatique.

22. Mme ESCARAMEIA rappelle que, de son point de vue, le lien volontaire est une condition préalable de la règle de l'épuisement des recours internes, règle dont la fonction découle précisément du fait que l'intéressé tirait d'une manière ou d'une autre profit de l'activité considérée. Il n'y a aucune raison d'exiger d'une personne qui n'a aucun lien avec un État du fait duquel elle a subi un dommage de se lancer dans l'immense l'entreprise qui consiste à épuiser les voies de recours internes de cet État. Il aurait été préférable, comme l'avait suggéré le Rapporteur spécial, de reformuler l'article 10 mais, comme cette solution n'a pas été retenue par la Commission, il conviendrait de reformuler l'article 14 *a*, compte tenu de l'observation importante de M. Mansfield relative aux situations où les recours internes sont possibles mais où il serait injuste d'exiger qu'ils soient épuisés, et de conserver l'exception de l'article 14 *c*, assortie d'une définition du lien volontaire dans le commentaire correspondant.

23. M. KEMICHA se dit en accord avec les conclusions du Rapporteur spécial selon lesquelles certains aspects de la question du lien volontaire renvoient à d'autres dispositions du projet et d'autres ont leur place dans le commentaire.

24. M. SIMMA appuie la proposition de Mme Escarameia.

25. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que le problème posé par M. Mansfield peut être considéré comme étant couvert par l'alinéa *a* de l'article 14. Rien n'empêche toutefois le Comité de rédaction d'expliciter cela davantage. La Commission était auparavant très opposée à l'alinéa *c* de l'article 14 mais semble avoir changé d'avis moyennant une formulation qui ne reprendrait pas nécessairement les termes « lien volontaire ». La proposition de M. Tomka tendant à demander leurs vues aux gouvernements est également acceptable.

26. Le PRÉSIDENT propose de demander au Comité de rédaction d'introduire plus de souplesse dans la formulation de l'article 14 *a* compte tenu des observations formulées au cours du débat. Il propose également de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 14 *c*, qui pourrait également être réaménagé. Les éléments du débat seraient également développés dans le commentaire et feraient l'objet d'un questionnaire adressé aux États, afin qu'à la session suivante de la Commission le Comité de rédaction dispose aussi des observations formulées par les gouvernements tant à la Sixième Commission que dans leur réponse au questionnaire.

27. M. CHEE appuie cette proposition, de même que M. DUGARD (Rapporteur spécial), qui ajoute que cette solution lui permettra de traiter dans le commentaire de la question du dommage transfrontière.

28. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considère que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

29. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission ne s'est pas encore prononcée sur le projet d'article 16.

30. M. BROWNLIE dit qu'après mûre réflexion il ne peut que confirmer les vues qu'il a exprimées la semaine précédente.

31. M. KAMTO dit que le projet d'article 16 n'ajoute rien par rapport aux dispositions relatives à l'épuisement des recours internes. La clause Calvo visait à l'origine à éviter qu'un investisseur fasse appel à son État pour que celui-ci intervienne de façon irrégulière. Le danger réside aujourd'hui plutôt, pour les États qui accueillent des investissements étrangers, dans la multiplication des clauses d'arbitrage international, qui, pour les investisseurs, sont un moyen plus sûr de protéger leurs intérêts que le recours à la protection diplomatique, tributaire des intérêts politiques de l'État de nationalité. Le recours direct à un mécanisme d'arbitrage est parfois prévu dans des contrats d'investissement ou dans des traités multilatéraux d'investissement, par exemple, au chapitre 11 de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA). Ces dernières dispositions ont donné lieu à une jurisprudence arbitrale importante, qui montre que la juridiction arbitrale tire prétexte du moindre indice de consentement de l'État, même dans sa loi nationale, pour s'imposer. Dans ce contexte, les missions historiques de la clause Calvo sont dépassées.

32. M. KEMICHA dit qu'il ne voit pas l'utilité du projet d'article 16 dans le contexte actuel, compte tenu notamment des pratiques existantes d'arbitrage international.

33. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO estime que la solution proposée par le Rapporteur spécial permet de faire état d'une pratique bien établie ayant donné lieu à une jurisprudence abondante et jouant un rôle important dans le droit latino-américain. Il se ralliera à la position pour laquelle la Commission optera, mais serait favorable à celle que défend le Rapporteur spécial dans la conclusion de son rapport.

34. Le PRÉSIDENT fait observer que le débat ne porte pas sur la pratique en question, mais sur la nécessité d'insérer ou non une disposition à ce propos dans le projet d'articles.

35. Mme XUE juge utile d'insérer le projet d'article 16, car, tout en étant consciente des évolutions historiques, elle considère qu'il s'agit d'une nécessité technique. La Commission n'a pas à s'occuper de la teneur des contrats d'investissement souscrits par les États, mais lorsque, dans la réalité, une renonciation à la protection diplomatique figure dans un contrat, chacune des parties doit savoir quel est son effet en droit international et dans quelle mesure l'étranger doit épuiser les recours internes, étant entendu qu'en cas de fait internationalement illicite l'État de nationalité pourrait intervenir. Cette clarification sera également utile aux arbitres devant statuer dans des cas précis.

36. M. BROWNLIE estime que la clause Calvo n'est pas un principe de droit international, mais simplement une technique contractuelle, sur laquelle la Commission n'a pas à se prononcer. Il fait observer que les partisans de cette clause ne devraient pas être favorables au projet d'article 16, qui n'appuie que faiblement cette pratique.

37. M. NIEHAUS estime que la codification de la clause Calvo est particulièrement importante pour les pays d'Amérique latine, puisqu'elle fait partie intégrante de la tradition juridique de la majorité des nations du continent américain. Il considère que le texte proposé permet de limiter la validité de la clause Calvo aux différends nés de contrats contenant la clause et de reconnaître que cette clause crée une présomption simple en faveur de l'épuisement des recours internes. D'autre part, le texte proposé établit une distinction claire entre le droit de l'étranger de renoncer à la protection diplomatique et le droit de l'État de nationalité d'exercer cette protection diplomatique au bénéfice d'une personne lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité. M. Niehaus est donc favorable à l'insertion du projet d'article 16.

38. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, fait observer que jusqu'à présent les défenseurs du texte ont expliqué que celui-ci ne présentait pas d'inconvénient, mais n'ont pas indiqué en quoi il apportait un élément utile au projet.

39. M. DAOUDI, revenant tout d'abord sur le projet d'article 16, dit que celui-ci ne reflète pas tout à fait la clause Calvo, qui interdit à l'étranger de solliciter la protection diplomatique en toute circonstance, et qu'il n'est en fait qu'une variante de la règle de l'épuisement des recours internes. S'agissant des clauses de recours direct à l'arbitrage international, elles ne sont pas généralisées et ne concernent que certaines régions du monde et certains traités, et c'est pourquoi les dispositions de l'article 16 restent importantes. M. Daoudi dit qu'il ne connaît pas de loi nationale sur l'investissement dans laquelle figure une acceptation automatique de l'arbitrage. Tous les États considèrent en effet que leur droit demeure applicable et leurs juridictions restent compétentes pour connaître des différends nés d'un contrat d'investissement. L'insertion dans un contrat d'une clause contraire à ce principe reflétera alors le poids de l'investisseur dans les négociations. Mais, même en cas de recours à l'arbitrage, le problème de l'épuisement des recours internes subsiste en raison de l'exequatur qui devra être demandé au pays hôte.

40. M. SIMMA fait observer que, dans le texte proposé, seul le paragraphe 2 a un caractère normatif, alors que le paragraphe 1 fait simplement état d'une pratique existant dans une certaine région du monde. Il s'interroge sur les effets dans la pratique de ce paragraphe. En effet, si le gouvernement de l'État de nationalité de l'étranger lésé intervient sans tenir compte de la renonciation acceptée par celui-ci, quelles en seront les conséquences ? L'argument de la « mauvaise foi » ou des « mains sales » peut-il alors être invoqué ? La rédaction du paragraphe 1 de l'article 16 n'est pas, de ce point de vue, satisfaisante.

41. M. DUGARD (Rapporteur spécial) explique qu'il a conçu le paragraphe 2 comme une disposition normative découlant logiquement du paragraphe 1. Il est apparu que certains membres étaient favorables au paragraphe 1 et hostiles au paragraphe 2, alors que d'autres étaient favorables aux deux paragraphes. M. Dugard appelle les nouveaux membres à s'exprimer pour faire connaître leur position.

42. M. GALICKI estime qu'il faut comparer le texte de l'article 16 proposé avec la lettre et l'esprit des articles sur lesquels un accord provisoire s'est déjà dégagé. Il est opposé à l'emploi de l'expression « droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique », dans la mesure où la Commission a déjà décidé que le droit d'exercer la protection diplomatique s'attachait exclusivement à l'État. Cette

expression traduit le recours à un nouveau concept, qu'il conviendrait alors d'expliciter. À son avis, la question de la clause Calvo ne relève pas du domaine de la protection diplomatique, qui, d'après les travaux de la Commission, ne peut s'exercer qu'en cas de fait internationalement illicite. Étant une technique contractuelle et non une règle de droit, la clause Calvo n'a pas sa place dans le projet d'articles. Toutefois, dans un esprit de compromis, M. Galicki accepterait que soient retenus certains éléments du projet d'article 16, avec de légères modifications. On pourrait ainsi reprendre la deuxième phrase du paragraphe 1. Le projet se lirait alors comme suit : « Les stipulations d'un contrat conclu entre un étranger et l'État dans lequel il exerce ses activités n'affectent en rien le droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant », et on pourrait y ajouter le dernier membre de phrase, « ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité », quoique la notion qu'exprime le terme « directement » dans ce contexte soit peu claire. Une telle formulation confirmerait les vues exprimées par la Commission sur la protection diplomatique tout en établissant un lien avec des dispositions contractuelles qui peuvent exister dans certaines régions. Si une telle solution de compromis n'est pas jugée utile ou souhaitable, M. Galicki se prononcera contre l'adoption du projet d'article 16 en l'état.

43. M. KAMTO pense que la clause Calvo, aussi intéressante soit-elle, n'offre pas matière à codification dans le cadre des travaux de la Commission. De plus, à supposer que la Commission entreprenne de traiter de stipulations contractuelles impliquant des personnes privées, pourquoi s'arrêterait-elle à la clause Calvo ? Or, elle n'a pas vocation à se prononcer sur l'engagement qu'une clause contractuelle fait naître pour un État.

44. Mme ESCARAMEIA fait observer que l'article 16 ne porte pas réellement sur la clause Calvo et qu'il n'est qu'un exemple de l'application, dans le cadre d'un contrat, de la règle de l'épuisement des recours internes. Il se trouve que l'article 10 pose déjà cette règle. Il serait peut-être plus judicieux, dans ces conditions, d'incorporer dans ce dernier l'idée contenue au paragraphe 1 de l'article 16, et aussi le paragraphe 2, en précisant le type de stipulations contractuelles visées. Quant à l'idée-force de la clause Calvo, elle pourrait être exposée dans le commentaire de l'article 10.

45. M. SIMMA relève que la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 16 manque de logique. En effet, si, dans la première partie de cette phrase, la protection diplomatique est définie comme étant le droit de l'État de nationalité de l'étranger lésé par un fait internationalement illicite d'exercer la protection diplomatique en sa faveur, comment parler ensuite, dans la seconde partie, de droit à l'exercice par ce même État de la protection diplomatique dans le cas où le préjudice subi par son national le concerne directement – cas où ce droit existe de toute manière ? C'est là une raison de plus pour abandonner l'article 16.

46. M. MOMTAZ, maintenant la position qu'il a exposée à la séance précédente, se demande s'il faut vraiment préciser qu'il existe une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes, alors qu'il s'agit là d'une règle de droit international coutumier bien établie, à laquelle d'ailleurs se réfère l'article 10.

47. Le PRÉSIDENT, constatant qu'une majorité se dégage clairement contre le maintien de l'article 16, se demande s'il ne serait pas possible, à titre de compromis, d'admettre qu'un article distinct sur la clause Calvo, sans être totalement rejeté, ne recueille pas un large appui. L'idée contenue au paragraphe 1 de l'article 16 serait reprise dans le commentaire, soit de l'article 10, soit de l'article 14.

48. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer respectueusement que cette suggestion n'est pas acceptable pour des raisons de procédure. Il apparaît à l'évidence que les positions au sein de la Commission n'ont pas varié, mais la Commission n'en demeure pas moins tenue de se prononcer. Un vote indicatif serait donc le bienvenu.

49. M. KABATSI pense, comme le Rapporteur spécial, que le clivage au sein de la Commission subsiste, mais il ne croit pas qu'un vote indicatif apporterait quelque indication que ce soit.

50. M. DAOUDI croit lui aussi qu'un vote n'éclairera en rien la situation. S'agira-t-il de se prononcer sur l'article 16 avec les propositions de modifications présentées, ou sur l'article 16 tel que soumis par le Rapporteur spécial ? Dans ce dernier cas, un vote indicatif ne donnera aucune indication, car les positions demeurent tranchées. M. Daoudi propose en conséquence que le Rapporteur spécial présente à la Commission, pour examen avant décision finale, une nouvelle version de l'article.

51. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission est appelée dans l'immédiat à prendre une décision non pas sur la formulation même de l'article 16, mais sur son renvoi ou non au Comité de rédaction.

52. M. TOMKA se demande si le paragraphe 1 de l'article 16, qui prévoit que nulle disposition contractuelle figurant dans un contrat de droit privé conclu entre une personne et un État n'a d'effet sur le droit indépendant que le droit international public reconnaît à l'État d'exercer sa protection diplomatique, se justifie dans le présent contexte. Cette question relève peut-être de la renonciation au droit à l'exercice de la protection diplomatique. Quant au paragraphe 2 de l'article 16, il est inutile dans la mesure où il ne fait que réaffirmer une règle de droit coutumier clairement établie.

53. M. MANSFIELD ne voit pas en quoi un vote indicatif apporterait quelque lumière que ce soit. Il propose que la question soit examinée plus avant.

54. Le PRÉSIDENT constate, à l'issue d'un vote indicatif, que la Commission n'est pas favorable au renvoi de l'article 16 au Comité de rédaction, étant entendu que, par souci de compromis, sa teneur sera incorporée dans le commentaire.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 55.