Chapitre V

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. – Introduction

55. 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[57]. La même année, l'Assemblée générale, au paragraphe 13 de sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, avait invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements souhaiteraient formuler par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué, à sa 2477e séance, un groupe de travail sur le sujet[58]. Au cours de ladite session, le Groupe de travail a présenté un rapport que la Commission a fait sien[59]. Le Groupe de travail s'y efforçait: *a*) de préciser autant que possible la portée du sujet et *b*) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet et il proposait un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre comme base de travail pour établir son rapport préliminaire[60].

56. À sa quarante-neuvième session également, la Commission a nommé M. Mohamed Bennouna rapporteur spécial sur le sujet[61].

57. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale approuvait la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Protection diplomatique».

58. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial[62]. À la même session, elle a constitué 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[63].

59. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John Robert Dugard rapporteur spécial sur le sujet[64], M. Bennouna ayant entre-temps été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

60. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial[65]. N'ayant pu, faute de temps, procéder à l'examen du chapitre III, elle l'a reporté à sa session suivante. À la même session, la Commission a décidé que les projets d'articles 1, 3 et 6 feraient l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial[66]. La Commission a ensuite décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses.

61. 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[67]. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport consacrées aux projets d'articles 10 et 11 et a reporté l'examen du reste du rapport, concernant les projets d'articles 12 et 13, à sa session suivante. La Commission a également décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 9 à 11.

62. À la même session, la Commission a décidé que le projet d'article 9 ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

63. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission était saisie de la partie du deuxième rapport du Rapporteur spécial[68] restant à examiner, qui concernait les articles 12 et 13 du projet, ainsi que de son troisième rapport[69], qui portait sur les articles 14 à 16. À la même session, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *d* (appelé à être examiné concurremment avec l'alinéa *a*) et *e* de l'article 14. Elle a en outre décidé de renvoyer au Comité de rédaction l'alinéa *c* du même article, qui serait examiné en même temps que l'alinéa *a*.

64. À la même session également, 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],

[57] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), par. 248, p. 105, et annexe II, additif 1, p. 150.

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

[59] Ibid., par. 171.

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

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

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

[63] Pour les conclusions du Groupe de travail, voir ibid., vol. II (2e partie), par. 108, p. 50.

[64] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 19, p. 18.

[65] Voir *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/506 et Add.1, p. 219.

[66] Le rapport sur les consultations officieuses figure dans ibid., vol. II (2e partie), par. 495, p. 89.

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

[68] Ibid.

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

5 [7], 6 et 7 [8]. Elle a également adopté les commentaires des projets d'article susmentionnés[70].

65. 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.

B. – Examen du sujet à la présente session

66. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/530 et Add.1). Elle en a examiné la première partie, concernant les articles 17 à 20 du projet, de sa 2757e à sa 2762e séance et à sa 2764e séance, tenues du 14 au 23 mai et le 28 mai, respectivement. Par la suite, elle a examiné la seconde partie de ce rapport, concernant les projets d'articles 21 et 22, de sa 2774e à sa 2777e séance, les 11, 15, 16 et 18 juillet 2003.

67. À sa 2762e séance, la Commission a décidé de constituer, sous la présidence du Rapporteur spécial, un groupe de travail à composition non limitée pour étudier le paragraphe 2 de l'article 17. Elle en a examiné le rapport à sa 2764e séance.

68. 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, ainsi que les articles 18 à 20. À sa 2777e séance, elle a décidé de renvoyer les articles 21 et 22 au Comité de rédaction.

69. La Commission a examiné le projet de rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 8 [10], 9 [11] et 10 [14] (A/CN.4/L.631) à sa 2768e séance. À la même séance, elle a adopté, à titre provisoire, le texte des mêmes projets d'article (voir *infra* sect. C).

1. Article 17[71]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

70. Présentant l'article 17, le Rapporteur spécial a fait observer que les débats sur le sujet de la protection diplomatique des personnes morales étaient dominés par l'arrêt rendu en 1970 par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[72]. Dans cette affaire, la Cour avait énoncé la règle selon laquelle le droit d'exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à une société appartenait à l'État sous les lois duquel la société était constituée et sur le territoire duquel elle avait son siège, et non à l'État de nationalité des actionnaires. La Cour avait en outre reconnu l'existence d'une certaine pratique montrant que les accords bilatéraux ou multilatéraux d'investissement tendaient à conférer une protection directe aux actionnaires, mais que cela ne prouvait pas qu'il existait une règle de droit international coutumier en faveur du droit de l'État de nationalité des actionnaires d'exercer la protection diplomatique à leur égard. Elle avait écarté cette pratique, la considérant comme *lex specialis*.

71. Pour prendre sa décision, la Cour s'était fondée sur trois considérations de principe: *a*) lorsque des actionnaires investissaient dans une société qui avait des activités commerciales à l'étranger, ils prenaient des risques, notamment le risque que l'État national de la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard; *b*) 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, car il se pouvait que les actionnaires soient de différentes nationalités, et ces actionnaires pouvaient être eux-mêmes des sociétés; et *c*) la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie aux sociétés et aux actionnaires les règles relatives à la double nationalité des personnes physiques, dès lors que le faire autoriserait les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique.

72. Le Rapporteur spécial a rappelé que de nombreux juges avaient été en désaccord avec le raisonnement suivi par la Cour, comme en témoignait le fait que huit des 16 juges avaient exprimé des opinions individuelles, dont cinq étaient en faveur du droit de l'État de nationalité des actionnaires d'exercer la protection diplomatique. La décision de la Cour avait par ailleurs fait l'objet de diverses critiques, touchant notamment au fait qu'elle ne tenait pas suffisamment compte de la pratique des États et que la Cour avait posé une norme inapplicable car, dans la pratique, les États n'exerceraient pas leur protection à l'égard des sociétés avec lesquelles ils n'avaient pas de lien effectif. D'ailleurs, pour certains auteurs, le droit traditionnel de la protection diplomatique avait été dans une large mesure remplacé par des procédures de règlement des différends prévues dans des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement.

73. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était loisible à la Commission de suivre ou non l'arrêt de la Cour, vu que les décisions de celle-ci ne la liaient pas nécessairement et compte tenu des responsabilités différentes des deux organes. Il a noté à cet égard que dans l'affaire *ELSI*[73], bien que la chambre de la Cour ait eu alors à traiter de l'interprétation d'un traité et non du droit international coutumier, elle n'avait pas tenu compte de l'arrêt *Barcelona Traction* en autorisant les États-Unis d'Amérique à exercer leur protection diplomatique au profit de deux sociétés américaines qui détenaient la totalité des actions d'une société italienne. Cela étant, il a reconnu que l'arrêt *Barcelona Traction* était toujours réputé être l'expression fidèle du droit international coutumier en la matière et que la pratique des États dans le domaine de la protection diplomatique des sociétés s'en inspirait.

---

[70] Pour le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs, voir ibid., vol. II (2e partie), chap. V, sect. C, par. 280 et 281, p. 70 et 71.

[71] L'article 17 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport est ainsi libellé:

«*Article 17*

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

2. Aux fins de la protection diplomatique, l'État national d'une société est l'État où cette société est constituée [et sur le territoire duquel elle a son siège].»

[72] *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

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

74. Le Rapporteur spécial a présenté sept options sur la question de l'État habilité à exercer la protection diplomatique: *a*) l'État sur le territoire duquel la société avait été constituée, comme le voulait la règle de la *Barcelona Traction*; *b*) l'État où la société avait été constituée, et avec lequel elle avait un lien effectif; *c*) l'État du siège social ou du domicile; *d*) l'État du contrôle économique; *e*) l'État où la société avait été constituée et l'État du contrôle économique; *f*) l'État où la société avait été constituée puis, à défaut, l'État du contrôle économique; et *g*) les États nationaux de tous les actionnaires.

75. Après avoir analysé toutes ces options, le Rapporteur spécial a invité la Commission à envisager de codifier la règle consacrée par l'arrêt *Barcelona Traction*, sous réserve de l'exception énoncée dans l'arrêt lui-même. Ainsi, au paragraphe 1 de l'article 17, il était affirmé que puisque l'État était habilité à exercer sa protection diplomatique, c'était à lui qu'il appartiendrait de décider de l'exercer ou non. Certes, ce droit étant discrétionnaire, les sociétés qui n'avaient pas de lien effectif avec l'État où elles étaient constituées pouvaient être privées de protection. C'était là un inconvénient que la Cour elle-même avait reconnu, et c'était pourquoi des investisseurs préféraient la sécurité des traités bilatéraux d'investissement. Au paragraphe 2, le Rapporteur spécial avait cherché à définir l'État national aux fins du projet d'articles. Il y était proposé que l'État national d'une société soit l'État dans lequel la société était constituée. Il serait possible d'y ajouter le critère du siège de la société, sous la formulation «et sur le territoire duquel elle a son siège», dont mention était faite aussi dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Les deux conditions n'étaient cependant pas strictement nécessaires.

b) *Résumé du débat*

76. Les membres ont rendu hommage au Rapporteur spécial pour la qualité de son rapport, en lui disant leur reconnaissance pour l'objectivité avec laquelle il avait présenté les options ouvertes à la Commission.

77. L'avis a été émis que, quel que soit leur niveau de développement, tous les États étaient tributaires des investissements étrangers. Le droit international devait en conséquence offrir aux investisseurs les garanties nécessaires, et la Commission devait chercher à faire coïncider le droit avec les faits tout en maintenant l'équilibre entre les intérêts des États et les intérêts des investisseurs. C'était dans cet esprit que la Commission était appelée à reconnaître le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité.

78. L'ensemble des intervenants ont exprimé leur appui au paragraphe 1 de l'article 17, qui se fondait sur l'arrêt *Barcelona Traction*, lequel, a-t-on estimé, n'avait pas été contredit dans l'affaire *ELSI*. Il a été noté que le choix du critère de l'État national était compatible avec l'article 3, adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, en 2002[74], qui faisait de l'État de la nationalité l'État qui était en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des personnes physiques. Cette harmonisation des démarches permettrait d'appliquer à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales d'autres règles que la Commission élaborerait en matière de protection diplomatique. De fait, il a été proposé de suivre de plus près le texte du paragraphe 1 de l'article 3 adopté en 2002 en première lecture et de libeller le paragraphe 1 de l'article 17 comme suit: «L'État en droit d'exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société est l'État de nationalité de cette société».

79. S'agissant du paragraphe 2, la plupart des membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial tendant à axer le débat sur la règle énoncée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. On a fait observer que, malgré ses lacunes, l'arrêt en l'espèce rendait bien compte de l'état actuel du droit relatif à la protection diplomatique des sociétés et reflétait fidèlement le droit international coutumier en la matière.

80. Certains membres ont appuyé le libellé du paragraphe 2, tout en se déclarant favorables à la suppression du second critère, placé entre crochets. Il a été noté que la Cour avait fait état des deux critères parce que les pays de droit romain tendaient à privilégier le lieu où la société avait son siège, tandis que les pays de *common law* préféraient le lieu où elle était constituée. La Commission pouvait cependant accepter ce dernier critère, qui occupait une place de plus en plus grande dans d'autres domaines du droit. Il a été aussi proposé d'expliquer dans le commentaire que l'autre critère était superflu parce que le siège social d'une société se trouvait presque toujours dans l'État où elle était constituée.

81. D'autres membres se sont déclarés favorables au maintien de l'un et l'autre critère. Il a été souligné que la détermination de la nationalité des sociétés relevait de la compétence essentiellement nationale des États, même s'il fallait faire appel au droit international pour régler tout litige. De même que la nationalité des individus était déterminée en fonction de deux critères principaux alternatifs, le *jus soli* et le *jus sanguinis*, de même la nationalité des sociétés dépendait de deux systèmes principaux, eux aussi alternatifs, à savoir le lieu où la société était constituée et le lieu où elle avait son siège social, encore que de nombreux États empruntent à l'un ou l'autre de ces deux critères et dans des proportions plus ou moins importantes. Il fallait cependant procéder avec prudence, car certains États n'appliquaient ni l'un ni l'autre de ces critères, ni ne reconnaissaient la notion de nationalité des sociétés.

82. Il a été suggéré en outre qu'au cas où le critère supplémentaire placé entre crochets serait retenu la conjonction «et» soit remplacée par la conjonction «ou». D'autres membres ont déclaré préférer que les deux conditions soient cumulatives. D'autres encore ont dit craindre que, si le membre de phrase entre crochets était maintenu avec la conjonction «et», les sociétés dont le siège se trouvait dans un État autre que l'État où elles étaient constituées ne perdent le droit à la protection diplomatique au motif qu'elles ne remplissaient pas les deux conditions. À l'inverse, remplacer la conjonction «et» par «ou», c'était risquer d'ouvrir la voie aux problèmes liés à la double nationalité et à la concurrence entre plusieurs États voulant tous exercer la protection diplomatique − ce qui reviendrait à s'écarter de la position prise par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

[74] Voir *supra* note 70.

83. D'autres membres ont proposé d'examiner plus avant le critère du domicile ou du siège social, qui correspondait à la pratique en droit international privé.

84. En revanche, l'idée d'inclure un critère renvoyant à l'existence d'un lien effectif ou réel entre la société et l'État national a recueilli un certain soutien. Il a même été souligné que le fait de ne pas faire intervenir le critère du lien effectif pouvait avoir pour résultat d'encourager les phénomènes des paradis fiscaux, ne fût-ce qu'indirectement.

85. On a relevé que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour n'avait pas eu à trancher la question de la nationalité, qui n'était pas remise en cause par les parties. La Cour s'était référée aux principes du lieu où la société était constituée et du lieu où elle avait son siège, mais aussi aux autres liens qu'elle entretenait avec l'État de nationalité. Il était donc nécessaire de disposer d'un critère en droit international suffisamment large pour couvrir les différents cas de figure possibles. On a émis l'avis qu'il conviendrait plutôt, à l'article 17, de se référer à l'État où la société était constituée et/ou sur le territoire duquel elle avait son siège social et/ou avec lequel elle entretenait des liens suffisants. D'autres propositions ont été faites, notamment: indiquer que la protection diplomatique était exercée par l'État national, qui lui était déterminé par le droit interne dans chaque cas d'espèce, à condition ou pourvu qu'il y ait un lien effectif ou un rattachement réel entre l'État national et la société concernée; remanier comme suit l'article 17: «L'État sous les lois duquel une société a été constituée et dans lequel elle a son siège est habilité à exercer sa protection diplomatique en tant qu'État de nationalité lorsqu'un préjudice est causé à cette société». Il a été aussi proposé de reformuler le paragraphe 2 comme suit: «Aux fins de la protection diplomatique, l'État national d'une société est l'État où cette société est constituée ou sur le territoire duquel elle a son siège social ou son domicile, ou dans lequel elle a son activité économique de base ou tout autre élément reconnu par le droit international comme reflétant l'existence d'un lien effectif entre la société et l'État en question»; et de remanier le libellé de la dernière partie du paragraphe 2 comme suit: «ou qui, d'une autre manière, reconnaît l'acquisition de sa nationalité par cette société».

86. Dans le même temps, on a fait valoir que la question de l'inclusion du critère du «lien effectif» − critère qui n'avait pas été accepté dans l'affaire de la *Barcelona Traction* − devait être appréhendée avec prudence, car faire ce choix reviendrait à prendre en considération un critère qui serait en fait basé sur le contrôle économique tel que mesuré par la participation majoritaire. Il a été souligné qu'inclure le critère du «lien effectif» obligerait à lever le «voile social», ce qui poserait des problèmes non seulement pour les tribunaux mais aussi pour les États où des investissements étaient réalisés et qui auraient alors à prendre une décision sur la question de l'admission de représentations diplomatiques ou de réclamations émanant d'États qui considéraient qu'une société avec laquelle ils avaient un lien effectif avait été lésée. En outre, on a fait valoir qu'il était difficile de déterminer l'existence d'un lien «approprié» dans le cas de sociétés multinationales présentes dans de nombreux États.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

87. Le Rapporteur spécial a constaté que la plupart des membres avaient approuvé le paragraphe 1.

88. À propos du paragraphe 2, il a fait observer qu'à l'origine la Commission s'était prononcée en général en faveur de la démarche qu'il avait adoptée, avec toutefois quelques divergences de vues quant à l'application d'un critère seulement, et non de deux, à la détermination de la nationalité d'une société aux fins de la protection diplomatique. Or, le débat avait pris un tour nouveau, de nombreux membres, tout en appuyant l'idée sous-jacente au projet d'article 17, ayant exprimé leur préférence pour des formulations mettant l'accent sur l'existence de liens formels entre la société et l'État exerçant la protection diplomatique. Certaines des propositions formulées étaient prudentes, évitant toute mention de l'État national des actionnaires, alors que d'autres étaient plus radicales, impliquant qu'on lève le voile social pour identifier l'État avec lequel la société était le plus étroitement liée et donc qu'on détermine le lieu où se situait le contrôle économique de la société. Le Rapporteur spécial a indiqué que cette approche serait difficilement conciliable avec l'arrêt *Barcelona Traction*, mais qu'elle rejoindrait l'arrêt *Nottebohm*[75], qui insistait sur le principe du lien avec l'État. Or, comme la Commission n'avait pas retenu la règle énoncée dans l'arrêt *Nottebohm* dans le projet d'article 3 relatif aux personnes physiques, il serait illogique qu'elle le fasse dans le cas des personnes morales.

89. L'autre problème soulevé au cours du débat avait été celui de la double protection, c'est-à-dire le cas où une même société bénéficiait de la protection diplomatique à la fois de l'État dans lequel elle était constituée et de l'État où se trouvait son «siège social», possibilité qui avait été admise par plusieurs juges dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Néanmoins, il ressortait de l'arrêt *Barcelona Traction* que la Cour était franchement hostile à l'idée de double protection, ou d'un droit subsidiaire à la protection en faveur de la société et de ses actionnaires.

d) *Création d'un groupe de travail*

90. La Commission a ensuite décidé de constituer un groupe de travail à composition non limitée, placé sous la présidence du Rapporteur spécial, pour examiner l'article 17 avant de prendre une décision quant à son renvoi au Comité de rédaction.

91. Le Rapporteur spécial a ensuite rendu compte des résultats issus de l'examen par le Groupe de travail de cette disposition. Il a indiqué que le Groupe de travail était parvenu à un consensus, premièrement sur la nécessité de prendre en considération les cas dans lesquels le droit interne ne connaissait pas la pratique de la constitution d'une société et où on appliquait un autre système pour créer une société et, deuxièmement, sur la nécessité d'établir l'existence d'un lien entre la société et l'État, en s'inspirant des liens que la CIJ avait énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Mais parallèlement, le Groupe de travail s'était gardé d'adopter une formule qui donne à penser que le tribunal saisi devrait prendre en compte la nationalité des actionnaires qui contrôlaient la société.

[75] *Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

92. Le Groupe de travail était convenu pour l'article 17 du texte ci-après que le Rapporteur spécial proposait à la Commission de renvoyer au Comité de rédaction:

«Aux fins de la protection diplomatique [, lorsqu'un préjudice est causé à une société], l'État national est [celui sous l'empire de la législation duquel la société a été constituée]/[déterminé en vertu du droit interne dans chaque cas d'espèce] et avec lequel elle entretient un lien [suffisant]/[étroit et permanent]/[administratif]/[formel].»

2. Article 18[76]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

93. Le Rapporteur spécial a expliqué que le projet d'article 18 traitait des exceptions à la règle générale énoncée à l'article 17. La première exception, visée à l'alinéa *a*, concernait le cas où la société avait cessé d'exister au lieu de sa constitution. Il a noté que l'expression «cesser d'exister», empruntée à l'arrêt *Barcelona Traction*, ne satisfaisait pas tous les auteurs, nombre d'entre eux penchant en faveur d'un critère moins rigoureux de l'intervention pour le compte des actionnaires lorsque la société avait «pratiquement cessé d'exister» (*practically defunct*). Il estimait quant à lui que la première solution était probablement préférable.

94. La seconde exception, énoncée à l'alinéa *b*, visait à autoriser l'État national des actionnaires à intervenir si la société avait la nationalité de l'État responsable du préjudice causé. Il n'était pas rare qu'un État exige des étrangers établis sur son territoire qu'ils y exercent leurs activités commerciales par l'intermédiaire d'une société constituée conformément à son droit. Si cet État par la suite confisquait les actifs de la société ou lui causait tout autre préjudice, le seul moyen dont celle-ci disposait pour obtenir réparation sur le plan international était l'intervention de l'État national de ses actionnaires. Mais, comme noté dans le rapport, la règle était controversée.

95. Le Rapporteur spécial a ajouté qu'avant l'arrêt *Barcelona Traction* l'existence de cette exception était attestée par la pratique des États, les sentences arbitrales et la doctrine. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour avait considéré qu'une telle exception était possible, puis estimé qu'il était inutile qu'elle se prononce à ce sujet puisqu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle l'État où la société avait été constituée (Canada) avait lésé cette société. Après l'arrêt *Barcelona Traction*, ce principe avait trouvé quelque écho, essentiellement dans le contexte de l'interprétation des traités d'investissement. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ avait autorisé les États-Unis à protéger les actionnaires américains d'une société italienne constituée et enregistrée en Italie qui avait été lésée par le Gouvernement italien. En l'espèce, la chambre n'avait pas traité de cette question, qui était cependant clairement présente à l'esprit de certains des juges. Mais les auteurs restaient divisés sur ce point. Le Rapporteur spécial a proposé à la Commission d'accepter cette exception.

b) *Résumé du débat*

96. Les intervenants ont exprimé en général leur appui à l'alinéa *a*, mais il a été suggéré de fixer un délai, courant peut-être à partir de la date à laquelle la société avait déposé le bilan. Il a été suggéré par ailleurs, notamment, de supprimer l'expression «au lieu de sa constitution» ou encore de remplacer les mots «au lieu de sa constitution» par les mots «dans l'État où elle est constituée».

97. Selon certains membres de la Commission, la condition selon laquelle la société devait avoir «cessé d'exister» était peut-être par trop rigoureuse et pouvait être remplacée par la condition selon laquelle la société devait avoir «pratiquement cessé d'exister» ou selon laquelle les actionnaires «sont privés de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société». De cette manière, la société n'aurait pas cessé effectivement d'exister, mais elle aurait tout simplement cessé ses activités, ce qui exclurait toute possibilité de recours. De même, il a été suggéré d'insérer entre les mots «exister» et «au lieu de sa constitution» les mots «*de jure* ou de facto». Il a été également suggéré de préciser dans le commentaire que l'expression «a cessé d'exister» devrait être interprétée comme renvoyant aussi au cas où une société continuait d'exister même si elle était en règlement judiciaire. Une autre proposition a été émise, consistant à indiquer que la protection diplomatique pouvait être exercée au bénéfice des actionnaires lorsque «la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société» était exclue, ou encore lorsque la société n'était plus de fait en mesure d'agir pour faire valoir ses droits et intérêts.

98. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'inclusion de l'exception visée à l'alinéa *b*. Pour certains, l'exception étant vivement controversée et potentiellement déstabilisatrice, elle ne devrait pas figurer dans le projet. On a fait valoir qu'elle ne reposait pas sur un fondement solide. Elle ignorait la règle traditionnelle selon laquelle un État qui avait lésé un de ses ressortissants ne s'était pas rendu coupable d'une violation du droit international. De même, on a déclaré craindre que le fait d'octroyer à l'État national des actionnaires le droit de former un recours ne donne lieu à une procédure longue et complexe et ne mette à mal la règle de la continuité de la nationalité dès lors que les actions changeaient rapidement de main. De plus, dans la plupart des cas, l'État sur le territoire duquel la société était constituée offrait un cadre juridique et, partant, un recours interne en cas d'abus. C'était uniquement dans le cas extrême où ces recours avaient été épuisés et que justice n'avait pas été obtenue que l'alinéa *b* s'appliquerait. En fait, il était toujours loisible à un investisseur de ne pas investir dans un pays donné. En outre, l'avis a été émis que cette exception pourrait remettre en cause le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires nationaux et actionnaires ayant la nationalité d'un autre État, ce qui serait contraire aux règles internationales relatives au traitement des

[76] L'article 18 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport est ainsi libellé:

«*Article 18*

L'État national 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 au lieu de sa constitution; ou

b) Si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé.»

étrangers. De même, il a été souligné que les accords récents en matière de protection des investissements prévoyaient des recours juridiques utiles en faveur des investisseurs en cas de déni de justice ou de fait illicite de l'État où la société avait été constituée, ayant entraîné un dommage pour celle-ci.

99. D'autres membres de la Commission se sont interrogés sur l'argument avancé par le Rapporteur spécial pour proposer l'inclusion de l'exception, à savoir le fait qu'il n'était pas rare qu'un État importateur de capitaux exige qu'un consortium étranger désireux d'exercer des activités commerciales sur son territoire le fasse par l'intermédiaire d'une société constituée conformément à son droit. Il a été relevé que, dans l'affaire *Mexican Eagle*[77], le Gouvernement du Royaume-Uni avait exprimé la crainte que le fait d'exiger que la société soit constituée conformément au droit interne ne conduise à des abus lorsque l'État national se prévalait de cette condition pour justifier le rejet de toute tentative faite par un autre État pour exercer la protection diplomatique. Imposer pareille condition reviendrait à limiter le droit des États étrangers «qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger»[78]. L'exception visée à l'alinéa *b* était conçue pour accorder à ces sociétés une certaine protection. Il a été rappelé que le principe de base en question sous-tendait plusieurs conventions d'investissement conclues par de nombreux États membres de la communauté internationale, quel que soit leur niveau de développement ou leur orientation idéologique. L'avis a été exprimé par ailleurs que, même si elle n'était pas encore tout à fait mûre pour faire l'objet d'une codification, l'exception devrait être étudiée dans un sens positif dans le contexte du développement progressif du droit international.

100. Il a été proposé que, au cas où l'exception serait acceptée, mention soit faite du contrôle économique de la société tel qu'illustré par la participation majoritaire. D'autres membres ont trouvé cette condition complexe et peut-être discriminatoire. Une autre suggestion a été faite, visant à limiter le champ d'application de l'exception au cas où la législation du pays hôte exigeait qu'une société soit constituée.

101. Il a été aussi proposé d'indiquer que la protection diplomatique devait s'exercer dans «un délai raisonnable». D'autres membres de la Commission se sont demandé si cette condition était bien nécessaire.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

102. Le Rapporteur spécial a constaté que la première exception, visée à l'alinéa *a*, n'avait pas posé de grandes difficultés, la majorité des membres de la Commission y étant favorable. Diverses propositions avaient cependant été avancées pour améliorer la disposition, dont une consistant à fixer un délai pour la présentation des réclamations. L'alinéa *a* de l'article 18 n'ayant fait l'objet d'aucune objection, le Rapporteur spécial a recommandé de le renvoyer au Comité de rédaction.

103. L'alinéa *b* avait donné lieu à un débat beaucoup plus vif et divisé les membres de la Commission. Dans l'ensemble, une majorité d'entre eux s'était déclarée favorable à l'inclusion de l'alinéa. Le Rapporteur spécial s'est dit convaincu que l'exception visée faisait partie de l'ensemble de règles et de principes qui fondaient la décision rendue par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Il considérait pour cette raison qu'elle devrait être admise. Sur la question de savoir si l'exception faisait partie du droit international coutumier ou non, les avis des membres de la Commission avaient été tout aussi partagés. Selon le Rapporteur spécial, une règle coutumière était en train de prendre forme, et il fallait encourager la Commission à s'engager sur la voie du développement progressif du droit dans ce domaine, si nécessaire. Toutefois, elle devait procéder avec une grande prudence.

104. Le Rapporteur spécial a noté aussi que plusieurs membres de la Commission avaient fait valoir que l'alinéa *b* de l'article 18 était inutile parce que les actionnaires disposaient d'autres voies de recours, telles que les tribunaux internes, le CIRDI, ou encore les juridictions internationales prévues dans certains accords bilatéraux ou multilatéraux. Or, cela n'était pas toujours le cas, soit parce qu'il n'existait pas de recours internes, soit parce que l'État national ou l'État hôte n'étaient pas parties aux mécanismes du CIRDI ou à un traité bilatéral d'investissement. Plusieurs membres avaient par ailleurs insisté pour que l'exception visée à l'alinéa *b* de l'article 18 ne soit utilisée qu'en dernier ressort. Pour le Rapporteur spécial, cela allait de soi: il ne s'agissait pas d'un recours qui pouvait être utilisé à la légère, mais d'un recours à utiliser uniquement lorsqu'il n'y avait pas d'autre solution possible. Le Rapporteur spécial a donc recommandé que l'alinéa *b* de l'article 18 soit renvoyé au Comité de rédaction.

3. Article 19[79]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

105. Le Rapporteur spécial a expliqué que l'article 19 était une clause de sauvegarde visant à protéger les actionnaires dont les droits propres, par opposition à ceux de la société, avaient été lésés. Comme la Cour l'avait reconnu dans l'arrêt *Barcelona Traction*, les actionnaires avaient en pareil cas un droit de recours indépendant et pouvaient prétendre à la protection diplomatique pour eux-mêmes. La Chambre de la CIJ avait également examiné cette question dans l'affaire *ELSI*, mais elle n'avait pas exposé les règles du droit international coutumier sur ce sujet. L'article proposé laissait deux questions sans réponse: premièrement, le contenu des droits, à savoir quand une telle atteinte directe intervenait, et, deuxièmement, l'ordre juridique appelé à se prononcer sur ce point.

[77] Voir M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, 1967, p. 1272.

[78] Ibid., p. 1274.

[79] L'article 19 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport est ainsi libellé :

«*Article 19*

Les articles 17 et 18 sont sans préjudice du droit de l'État national des actionnaires d'une société de protéger ces derniers lorsqu'ils ont été directement lésés par le fait internationalement illicite d'un autre État.»

106. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour avait mentionné les droits les plus évidents des actionnaires, mais la liste n'était pas exhaustive. Cela signifiait que le soin était laissé aux tribunaux d'en déterminer dans chaque cas d'espèce les limites. Il fallait néanmoins veiller à bien séparer les droits des actionnaires de ceux de la société. Le Rapporteur spécial estimait qu'il n'était pas possible d'élaborer une règle sur cette question, car c'était aux tribunaux qu'il appartenait de statuer au cas par cas.

107. Quant à la seconde question, il ne faisait aucun doute que le système juridique appelé à se prononcer sur le droit à appliquer pour déterminer si les droits directs d'un actionnaire avaient été violés était celui de l'État où la société était constituée, même si les principes généraux du droit international pouvaient également être invoqués à titre complémentaire. Le Rapporteur spécial a indiqué n'avoir pas voulu élaborer une règle, mais simplement formuler celle que la Cour avait reconnue dans l'arrêt *Barcelona Traction*, à savoir que, dans certaines situations où les droits des actionnaires avaient été directement lésés, l'État national des actionnaires pouvait exercer la protection diplomatique en leur nom.

b) *Résumé du débat*

108. L'article 19 a recueilli l'approbation générale de la Commission. L'avis a été exprimé qu'il ne posait aucun problème puisqu'il codifiait la situation la plus courante, celle de l'individu actionnaire dont le droit subjectif avait été lésé, correspondant ainsi aux règles générales énoncées dans la partie du projet d'articles consacrée à la protection diplomatique des personnes physiques.

109. Il a été proposé de distinguer dans le commentaire les droits propres des actionnaires des droits de la société. Il pourrait s'agir, par exemple, dans le premier cas, du droit de contrôler et de gérer la société. Il a même été proposé de définir la portée de la disposition, donc de bien distinguer l'atteinte aux droits des actionnaires résultant du préjudice subi par la société et l'atteinte directe aux droits conférés aux actionnaires par les règles statutaires et le droit des sociétés, droits dont l'arrêt *Barcelona Traction* donnait des exemples.

110. La question a été posée de savoir si, dans le cas où une société avait cessé d'exister parce qu'elle avait été nationalisée et où, en conséquence, elle ne pouvait engager aucune action au nom de ses actionnaires devant les juridictions internes, les droits des actionnaires seraient considérés comme étant des droits directs. On s'est alors demandé si, dans pareil cas, la situation relèverait de l'alinéa *b* de l'article 18 ou de l'article 19.

111. L'avis a été émis que l'article 19 pouvait être considéré comme une exception de plus − celle du préjudice direct subi par les actionnaires – à la règle énoncée à l'article 17. Il a même été proposé d'incorporer cette disposition dans l'article 18. D'autres intervenants ont considéré que la question de la protection diplomatique de la société ne se posant pas, l'article 19 ne saurait être tenu pour une exception à l'article 17.

112. Quant à l'ordre juridique appelé à déterminer les droits des actionnaires, on a estimé qu'il fallait se référer pour en préciser le contenu aux lois de l'État dans lequel la société avait été constituée. On s'est déclaré d'accord avec la proposition tendant à réfléchir sur la possibilité de faire appel dans certains cas aux principes généraux du droit, parce qu'il se pouvait que certains systèmes juridiques nationaux ne définissent pas clairement ce qui constituait une violation de ces droits propres.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

113. Le Rapporteur spécial a constaté que l'article 19 n'avait pas soulevé de difficultés majeures. Certains membres de la Commission avaient estimé que l'article traitait d'une exception qui serait mieux à sa place dans l'article 18, mais lui-même restait persuadé que, dans un souci de conformité avec l'arrêt *Barcelona Traction*, il valait mieux maintenir deux articles distincts.

4. Article 20[80]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

114. Présentant l'article 20, relatif à la continuité de la nationalité des sociétés, le Rapporteur spécial a fait observer que la pratique des États en la matière concernait essentiellement le cas des personnes physiques. Il a rappelé à cet égard que la Commission avait adopté à sa cinquante-quatrième session, en 2002, le projet d'article 4 [9] sur ce sujet[81]. Le principe considéré était important dans le cas des personnes physiques dans la mesure où celles-ci changeaient de nationalité plus fréquemment et plus facilement que les sociétés. En effet, ces dernières ne pouvaient changer leur nationalité qu'en se reconstituant dans un autre État, auquel cas elles acquerraient une nouvelle nationalité, rompant ainsi la continuité de leur nationalité. Il semblait donc raisonnable d'exiger qu'un État ne puisse exercer sa protection diplomatique au profit d'une société que si celle-ci avait été constituée sous l'empire de sa législation tant au moment où le dommage avait été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

115. Cependant, si la société cessait d'exister au lieu de sa constitution à raison d'un dommage causé par un fait internationalement illicite d'un autre État, la question qui se posait était celle de savoir si la réclamation devait être présentée par l'État national des actionnaires, conformément à l'alinéa *a* de l'article 18, ou par l'État national de la société défunte, ou par les deux. Le Rapporteur spécial partageait l'opinion, exprimée par certains des juges dans l'arrêt *Barcelona Traction*, selon laquelle les deux États devraient être autorisés à exercer la protection diplomatique, car il était difficile de déterminer à quel moment précis une société cessait d'exister, et il y aurait donc une «période grise», c'est-à-dire une période durant laquelle

[80] L'article 20 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport est ainsi libellé:

«*Article 20*

Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui était constituée sous l'empire de sa législation au moment où le dommage a été causé et à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée [; étant entendu que lorsque la société cesse d'exister du fait du préjudice, l'État où la société défunte a été constituée peut continuer à présenter une réclamation en ce qui la concerne].»

[81] Voir *supra* note 70.

une société était presque défunte, sans avoir formellement cessé d'exister. Dans ce cas, tant l'État où la société avait été constituée que l'État national des actionnaires pourraient intervenir. Le Rapporteur spécial n'ignorait pas que dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour n'était pas favorable à la double protection, mais il semblerait que dans ce cas particulier cette solution pourrait être appropriée.

116. Enfin, le Rapporteur spécial a dit qu'il ne jugeait pas nécessaire d'élaborer une règle distincte sur la continuité de la nationalité en ce qui concernait les actionnaires. En effet, ceux-ci étant des personnes physiques, les dispositions prévues à l'article 4 [9] leur seraient applicables.

b) *Résumé du débat*

117. Le projet d'article 20 a été appuyé. L'avis a été émis que le projet d'articles ne devait pas, en principe, favoriser les personnes morales par rapport aux personnes physiques du point de vue de la continuité de la nationalité.

118. Selon un autre point de vue, les difficultés soulevées par la règle de la continuité de la nationalité dans le cas des personnes physiques existaient aussi dans le cas des personnes morales: en vertu du principe même de la fiction juridique sur laquelle la protection diplomatique était fondée, seule la nationalité de la personne protégée au moment de la commission du fait internationalement illicite importait. Néanmoins, comme la Commission avait adopté une position différente à l'article 4 [9], il serait illogique qu'elle suive un autre raisonnement dans le cas des personnes morales.

119. Il a été proposé d'étendre aux personnes morales l'exception visée au paragraphe 2 de l'article 4 et concernant le cas des personnes physiques.

120. On a appuyé le maintien du membre de phrase placé entre crochets dans l'article 20, cette solution étant compatible avec l'alinéa *a* de l'article 18. Il a été toutefois observé que ni l'alinéa *a* de l'article 18 ni l'article 20 ne donnaient à penser que ce qui importait, c'était que la société ait cessé d'exister en droit. Ce qui importait plutôt, c'était que la société soit réellement et concrètement dans l'incapacité de faire valoir ses droits et intérêts. D'autres ont estimé que le membre de phrase placé entre crochets semblait être en contradiction avec l'alinéa *a* de l'article 18, qui disposait que l'État de nationalité de la société n'était plus habilité à exercer sa protection diplomatique si la société en question avait cessé d'exister. Or, selon la condition énoncée à l'article 20, l'État national demeurait habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice de la société défunte. En conséquence, il a été proposé de supprimer cette condition. Selon un autre point de vue, l'article 20 pourrait être scindé en deux paragraphes, dont le second serait constitué par la partie entre crochets du texte proposé, dont on supprimerait l'expression «étant entendu que», tandis que le membre de phrase «compte tenu de l'exception visée au paragraphe 2 de l'article 20» serait ajouté à la fin de l'alinéa *a* du projet d'article 18, après le mot «constitution».

121. De même, on a appuyé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il n'était pas nécessaire d'élaborer une règle distincte sur la continuité de la nationalité dans le cas des actionnaires. Il n'était cependant pas certain que la règle de la continuité dans le cas des personnes physiques s'applique toujours aux actionnaires. Cela était vrai dans certains cas, mais dans d'autres, beaucoup plus nombreux, les actionnaires d'une société étaient des personnes morales.

122. Il a été proposé de remplacer le membre de phrase «qui était constituée sous l'empire de sa législation» par les mots «qui avait sa nationalité», et les mots «l'État où la société défunte a été constituée» par les mots «l'État national de la société défunte».

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

123. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'article 20 n'avait pas suscité d'objections majeures. Les avis étaient cependant partagés au sujet de la condition qui y était posée. Il avait été d'autre part proposé d'aligner le texte de l'article sur celui de l'article 4 [9]. Le Rapporteur spécial a recommandé en conséquence le renvoi de l'article au Comité de rédaction.

5. Article 21[82]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

124. En présentant l'article 21, le Rapporteur spécial a rappelé que le quatrième rapport sur la protection diplomatique mettait en évidence le fait que les investissements étrangers étaient de plus en plus protégés par quelque 2 000 traités d'investissement bilatéraux. Les accords de ce type offrent deux voies pour le règlement des différends qui peuvent remplacer les voies de recours internes ouvertes dans l'État hôte: *a*) règlement direct d'un différend en matière d'investissement entre l'investisseur et l'État hôte; et *b*) règlement d'un différend en matière d'investissement par la voie d'un arbitrage entre l'État de nationalité de l'investisseur, qu'il s'agisse d'une société ou d'un particulier, et l'État hôte au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité d'investissement bilatéral. Cette dernière procédure était habituellement ouverte dans tous les cas, renforçant ainsi les mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État. Certains États étaient également parties à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, qui prévoyait la création de tribunaux arbitraux sous les auspices du CIRDI.

125. Le Rapporteur spécial a expliqué que le recours aux procédures de règlement des différends prévues dans un traité d'investissement bilatéral ou par le CIRDI excluait l'application des règles de droit coutumier relatives à la protection diplomatique. Incontestablement, les procédures de règlement des différends offertes par ces deux voies étaient plus intéressantes pour l'investisseur

[82] L'article 21 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport est ainsi libellé:

«*Article 21*. – Lex specialis

Ces articles ne s'appliquent pas lorsque la protection des sociétés ou de leurs actionnaires, y compris le règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États, est régie par les règles spéciales du droit international.»

étranger que celles existant dans le cadre du droit international coutumier où, par exemple, prévalait toujours l'incertitude politique inhérente à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique. Dans le cas des traités d'investissement bilatéraux et du CIRDI, l'investisseur étranger avait directement accès à l'arbitrage international. L'existence d'accords spéciaux de ce type a été reconnue par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* qui les a considérés comme une *lex specialis*.

126. L'article 21 vise à préciser que le projet d'articles ne s'applique pas au régime spécial prévu dans des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, et il est conçu sur le modèle de l'article 55 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[83]. Il a été observé que le commentaire de l'article 55 précisait que pour que le principe s'applique, «il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre»[84].

127. De l'avis du Rapporteur spécial, il y avait une véritable contradiction entre, d'une part, les règles du droit international coutumier concernant la protection diplomatique des investissements des sociétés, qui laissaient la protection à la seule discrétion de l'État national et ne l'envisageaient qu'à l'égard de la société elle-même, et, d'autre part, le régime spécial des investissements étrangers mis en place par des traités spéciaux, qui conférait directement à l'investisseur étranger, soit comme société soit comme actionnaire, des droits susceptibles d'être déterminés par un tribunal international. Il était donc nécessaire d'inclure une telle disposition dans le projet d'articles.

b) *Résumé du débat*

128. Différents points de vue ont été exprimés au sein de la Commission quant à la nécessité d'inclure une disposition relative à la *lex specialis* dans le projet d'articles. Trois possibilités ont été examinées: *a*) restreindre le projet d'article aux traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la protection des investissements; *b*) le reformuler sous la forme d'une disposition plus générale applicable à l'ensemble du projet d'articles; ou *c*) le supprimer.

129. Selon une première série d'avis, il était justifié de prévoir une telle disposition car celle-ci permettrait de préciser comment le principe s'articulait avec le projet d'articles et de reconnaître l'existence du régime important de la *lex specialis* applicable dans le domaine de la protection des investissements. Il existe de nombreuses règles spéciales dans le domaine de la protection diplomatique, dont certaines excluent ou reportent cette protection en prévoyant un mode de règlement des différends dans lequel l'investisseur joue un rôle direct. D'autres dispositions modifient la condition de nationalité des réclamations ou dérogent à la règle d'épuisement des recours internes. Dans le même sens, il a été estimé que, bien que l'inclusion d'une disposition relative à la *lex specialis* ne soit pas rigoureusement nécessaire car, s'agissant d'un principe général du droit, il s'appliquerait indépendamment de son inclusion dans le projet d'articles, une telle inclusion, effectuée *ex abundanti cautela*, ne pourrait faire de tort.

130. Il a toutefois été dit que si la plupart des régimes spéciaux de ce type peuvent affecter la protection diplomatique des sociétés ou de leurs actionnaires, une disposition relative à la *lex specialis* ne devrait pas être limitée à la protection des sociétés ou de leurs actionnaires. Au contraire, elle devrait avoir une plus grande portée et être insérée parmi les clauses finales du projet d'articles. D'ailleurs, l'idée a été émise qu'il n'y avait aucune raison de ne pas accorder la priorité, par exemple, aux traités relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la protection des personnes physiques.

131. D'autres membres ont exprimé leur préoccupation quant à l'idée d'élargir l'application de la disposition au projet d'articles dans son ensemble. À vrai dire, cela pourrait interdire le recours à la protection diplomatique de personnes physiques lorsqu'il existe des régimes «spéciaux» de protection des droits de l'homme qui sont normalement fondés sur des conventions multilatérales et, en général, n'excluent pas expressément l'exercice de la protection diplomatique. En élargissant l'application de la disposition relative à la *lex specialis* aux personnes physiques, on risquerait de donner l'impression que la possibilité d'exercer la protection diplomatique est nécessairement exclue par l'existence d'un régime de protection des droits de l'homme, alors que les deux régimes sont au contraire complémentaires. Il a donc été proposé de prévoir dans la disposition que la *lex specialis* ne s'appliquerait intégralement et exclusivement qu'en cas de clause expresse à cet effet; sinon, les règles générales du droit international s'appliqueraient également.

132. Selon une autre proposition, on pouvait intégrer dans le texte du projet d'article 21 lui-même l'exigence qu'il y ait une véritable contradiction entre deux dispositions traitant du même sujet ainsi qu'une intention discernable, dans l'une des dispositions, d'exclure l'autre. Une différence a été relevée entre l'article 21 et l'article 55 des articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés en 2001, en ce que la règle générale devrait être inapplicable non seulement «lorsque», mais aussi «dans la mesure où», la question de la protection diplomatique est régie par les règles spéciales du droit international. D'autres membres ont souligné que la disposition différait de l'article 55 qui traitait de cas où la règle générale et la règle spéciale étaient en contradiction. Au contraire, l'article 21 instituait un principe de préférence: pour les sociétés, la priorité serait accordée à la procédure spéciale qui prévaudrait sur les règles générales. Il a ainsi été proposé de reformuler la disposition sous la forme d'une règle de priorité de manière à ce que la protection diplomatique ne soit pas totalement exclue. Selon une autre opinion, le régime de priorité ne pouvait être présumé et un «régime spécial» ne pouvait pas toujours être considéré comme un

[83] L'article 55 est ainsi libellé: «[l]es présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international». Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), par. 76, p. 31.

[84] Ibid., par. 4 du commentaire de l'article 55, p. 151.

recours qu'il fallait épuiser avant que la protection diplomatique puisse s'exercer.

133. Il a été dit par ailleurs qu'il s'agissait fondamentalement de reconnaître, soit dans le projet d'articles soit dans le commentaire, qu'il existe d'importants régimes spéciaux de protection des investissements, y compris mais pas exclusivement les traités d'investissement bilatéraux, et que le projet d'articles n'avait pas pour objet de remplacer ou modifier ces régimes. Une telle approche laisserait intacte la possibilité, dans de tels cas, de recourir aux règles du droit international coutumier, dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec ces régimes.

134. S'agissant d'autres reformulations possibles de la disposition, il a été notamment proposé d'en faire une exclusion conditionnelle, de préciser son contenu et son champ d'application, d'aligner plus étroitement son libellé sur la terminologie employée dans les traités d'investissement et de supprimer du titre la formule «*lex specialis*».

135. À l'inverse, d'autres membres ont exprimé leurs doutes quant à la nécessité même d'inclure une disposition relative à la *lex specialis*. Il a été souligné que la disposition n'était peut-être pas nécessaire si la *lex specialis* n'était fondée que sur des dispositions conventionnelles. Il a aussi été estimé qu'une telle disposition tendait à donner l'impression inexacte d'un univers du «tout ou rien», dans lequel les règles de la protection diplomatique, soit s'appliqueraient intégralement, soit ne s'appliqueraient pas du tout. Par exemple, s'il existait un régime pertinent, comme un régime de protection des droits de l'homme, l'intégralité de la protection diplomatique serait immédiatement exclue (ce qui serait inexact). En outre, en insérant une telle disposition dans des textes élaborés par la Commission, on risquait de donner à tort l'impression *a contrario* que lorsqu'une convention ne mentionne pas la règle de la *lex specialis*, c'est que ses rédacteurs ont entendu lui conférer un statut spécial d'instrument auquel il ne peut être dérogé. Peut-être était-il donc préférable de supprimer entièrement l'article et de traiter la question dans le commentaire.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

136. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait proposé l'article 21 pour deux raisons: *a*) pour suivre l'exemple du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; et *b*) pour tenir compte du fait que les traités d'investissement bilatéraux visent expressément à éviter le régime de la protection diplomatique en raison de son caractère discrétionnaire, et aussi à conférer des droits à l'État de nationalité des actionnaires. Le débat avait cependant ébranlé ses certitudes sur ces deux points. Il reconnaissait qu'il n'était pas indispensable de suivre aveuglément le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et il était convaincu par l'argument selon lequel les traités d'investissement bilatéraux ne visaient pas à exclure totalement l'application du droit international coutumier. À vrai dire, l'intention des parties était souvent de recourir au droit international coutumier pour combler les lacunes du régime, et pour guider les tribunaux lorsqu'il s'agissait d'interpréter ces traités. Dans la mesure où l'article 21 laissait penser que le régime des traités d'investissement bilatéraux excluait les règles du droit international coutumier, il était erroné, voire peut-être dangereux. Si l'on décidait de le conserver, il faudrait le modifier en renonçant à l'intitulé «*lex specialis*» et en le reformulant conformément aux idées avancées au cours du débat.

137. Le Rapporteur spécial a en outre rappelé que l'autre critique formulée à l'encontre de l'article 21 était qu'il n'y avait pas de raison de le restreindre aux traités d'investissement bilatéraux. Il existait d'autres régimes spéciaux, par exemple, dans des traités qui excluaient la règle de l'épuisement des recours internes, des régimes qui couvraient les normes relatives aux droits de l'homme et qui pouvaient compléter ou remplacer la protection diplomatique. Il a pris note à cet égard de l'idée de remanier l'article en tant que disposition générale à insérer à la fin du projet d'articles. Il a toutefois mis en garde contre une telle approche qui pouvait conforter l'idée que la protection diplomatique pourrait être exclue par un traité relatif aux droits de l'homme alors que, de fait, la protection diplomatique pouvait offrir un recours plus efficace. À son avis, pour qu'une personne bénéficie de la protection maximale de ses droits, elle devait pouvoir invoquer tous les régimes.

138. À la réflexion, et compte tenu des préoccupations exprimées au cours du débat, le Rapporteur spécial a proposé que la Commission envisage l'éventualité de supprimer l'article 21, en traitant la question dans le commentaire.

139. La Commission a toutefois décidé de renvoyer la disposition au Comité de rédaction en vue de sa reformulation et de son insertion à la fin du projet d'articles, par exemple sous forme de clause de sauvegarde.

6. Article 22[85]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

140. Le Rapporteur spécial a expliqué que le but de l'article 22 était d'appliquer les règles énoncées au sujet des sociétés aux autres personnes morales, en permettant d'apporter à ces règles les modifications requises en fonction de la nature, des structures et des objectifs différents de ces autres personnes morales. Le Rapporteur spécial a fait observer que ces autres personnes morales peuvent aussi avoir besoin de la protection diplomatique. Plusieurs décisions de la CPJI avaient souligné que d'autres institutions pouvaient avoir une personnalité juridique susceptible d'entraîner le bénéfice de la protection diplomatique. On ne voyait pas pourquoi un État ne devrait pas protéger, par exemple, une université lorsqu'elle subissait un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité entièrement privée puisque dans le cas d'une université publique, c'est l'État lui-même qui serait directement lésé. Le Rapporteur spécial a ensuite mentionné le cas des fondations et des organisations non gouvernementales

[85] L'article 22 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport est ainsi libellé:

«*Article 22. – Personnes morales*

Les principes énoncés aux articles 17 à 21 au sujet des sociétés s'appliquent *mutatis mutandis* aux autres personnes morales.»

qui accomplissaient de plus en plus souvent une œuvre philanthropique à l'étranger dans les domaines de la santé, du bien-être, des droits de l'homme, des droits des femmes, etc. À son avis, il convenait de protéger à l'étranger ces fondations et organisations non gouvernementales (en dépit de l'avis contraire de certains auteurs).

141. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était impossible de rédiger des projets d'article s'appliquant à la protection diplomatique des différents types de personne morale, à l'exception de la société. La difficulté tenait au fait que l'octroi de la personnalité juridique varie selon les systèmes juridiques et n'obéit pas à des règles uniformes, d'où la très grande diversité des personnes morales présentant des caractéristiques différentes: sociétés, entreprises publiques, universités, écoles, fondations, églises, collectivités locales, associations à but non lucratif, organisations non gouvernementales, voire, dans certains pays, partenariats. L'impossibilité de prêter à toutes ces personnes morales des traits communs et uniformes expliquait pourquoi les auteurs de droit international public comme de droit international privé tendaient à s'intéresser surtout aux sociétés. Une autre raison tenait au fait que ce sont les sociétés qui s'occupent de commerce extérieur et d'investissement, et que ce sont elles plutôt que les autres personnes morales que l'on retrouve le plus souvent dans les litiges portant sur des investissements. Le partenariat illustrait particulièrement bien cette complexité. Dans la plupart des systèmes juridiques, notamment ceux de *common law*, le partenariat n'était pas une personne morale. Dans certains, cependant, il jouissait de la personnalité juridique. Le partenariat pouvait donc être considéré comme une personne morale dans un système mais pas dans un autre.

142. Dans ces conditions, la seule ligne de conduite à suivre était de concentrer son attention sur la société, puis de rédiger une clause générale, à l'instar de l'article 22, étendant *mutatis mutandis* à d'autres personnes morales les principes applicables aux sociétés. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que la plupart des cas relatifs à la protection diplomatique des personnes morales autres que les sociétés seraient couverts par les projets d'articles 17 et 20, et que les articles 18 et 19 qui traitent de la protection des actionnaires ne s'appliqueraient pas aux personnes morales autres que les sociétés.

b) *Résumé du débat*

143. L'idée qu'il serait impossible de rédiger d'autres projets d'article traitant de la protection diplomatique de chaque type de personne morale a été appuyée. La principale difficulté d'une telle approche était l'infinie variété de formes que pouvaient prendre les personnes morales, chacune dépendant de la législation interne des États. L'avis a également été exprimé qu'il y aurait un intérêt pratique à conserver cette disposition, pour indiquer que de tels cas, bien que rares, existent effectivement, comme l'a montré l'affaire de l'*Université Peter Pázmány*[86].

144. Si l'inclusion de l'expression *mutatis mutandis*, selon un usage juridique désormais accepté, a été appuyée, il a été également estimé que cela ne règlerait pas entièrement le problème. Il a été souligné que la difficulté tenait à ce que cette formule ne précisait guère les circonstances qui entraîneraient l'application d'une règle différente, ni quel serait le contenu de cette règle, c'est-à-dire le facteur déclenchant le changement et la teneur de ce changement. Une préférence a ainsi été exprimée pour une règle positive traitant des personnes morales autres que les sociétés, qui serait fondée sur l'analyse de la pratique des États. La formulation suivante a été proposée: «L'État habilité à exercer la protection diplomatique d'une personne morale autre qu'une société est l'État où la personnalité morale a été octroyée conformément à sa législation, à condition que la direction soit située ou que l'enregistrement ait lieu sur le territoire du même État».

145. Selon une autre proposition, il fallait inclure dans le texte une condition de reconnaissance mutuelle de la personnalité juridique d'une entité déterminée par les États concernés. Selon d'autres membres, seule la reconnaissance par l'État présentant la demande de protection diplomatique devait être exigée car, si la reconnaissance mutuelle était nécessaire, un État qui ne reconnaîtrait pas certaines entités, comme les organisations non gouvernementales, serait alors libre de les traiter à son gré. D'ailleurs, il a été rappelé qu'une telle exigence de reconnaissance mutuelle n'était pas prévue dans le contexte des sociétés. Selon un autre point de vue, le trait commun de toute personne morale est qu'elle est détentrice de droits et d'obligations. Si, en droit interne, une entité a été désignée comme une personne morale, cela serait suffisant pour l'ordre juridique international qui devrait en tenir compte aux fins de la protection diplomatique. Selon d'autres membres, on pourrait s'en remettre à l'État pour déterminer s'il souhaite ou non exercer la protection diplomatique à l'égard de la personne morale.

146. Certains membres ont exprimé leur préoccupation à propos du recours à la protection diplomatique par des États dans l'intérêt de personnes morales autres que des sociétés, comme des organisations non gouvernementales dont la création et le fonctionnement étaient généralement régis par le droit interne de ces États. Il a été rappelé que l'exercice de la protection diplomatique relevait essentiellement d'une décision politique, et on a évoqué la possibilité qu'un État soit tenté d'appuyer une personne morale établie sur son territoire contre un autre État avec lequel il n'entretient pas de relations cordiales. Il était donc préférable de préciser le libellé de l'article 22 afin d'indiquer si des organisations non gouvernementales pourraient ou non bénéficier d'une telle protection. À vrai dire, l'idée que, dans la plupart des cas, les organisations non gouvernementales ont un lien trop lâche avec l'État où elles sont immatriculées pour permettre à cet État d'exercer la protection diplomatique a été appuyée. D'autres membres ont émis l'avis que toutes les autres personnes morales, y compris les organisations non gouvernementales pouvaient bénéficier de la protection diplomatique, et qu'en tout état de cause les États avaient le droit discrétionnaire de protéger leurs propres nationaux.

147. D'autres membres ont exprimé des doutes quant à l'inclusion même de la disposition, dès lors qu'il existait trop peu d'éléments juridiques, y compris de preuves de

[86] *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány), arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B, n° 61*, p. 208.

la pratique des États, pour élaborer des projets de règle sur la protection diplomatique des personnes morales autres que les sociétés. On a aussi exprimé la crainte que l'article 22 ne mette en cause des questions bien plus complexes qu'elles n'apparaissaient de prime abord et que l'assimilation de ces autres personnes morales aux sociétés et aux actionnaires ne soit très difficile. Il a été proposé que la question fasse plutôt l'objet d'une étude distincte.

148. S'agissant d'autres propositions, il a été noté que la référence aux articles 17 à 21 était inexacte dès lors que les articles 18 et 19 ne s'appliquaient pas, et qu'il fallait la remplacer par la formule «aux articles 17 et 20». En outre, l'article pourrait être intitulé «autres personnes morales». D'autres membres ont mis en doute la nécessité de viser les «principes».

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

149. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il existait peu de pratique étatique quant aux circonstances dans lesquelles un État était amené à protéger des personnes morales autres qu'une société. Les sociétés sont les personnes morales qui exercent le plus souvent une activité commerciale internationale et, pour cette raison, ce sont elles que l'on retrouve le plus souvent dans les litiges internationaux. La question était de savoir comment traiter une situation pour laquelle il existe peu, voire pas, de pratique étatique, tout en répondant à la nécessité réelle d'envisager les personnes morales autres que les sociétés dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial a rappelé que, lors du débat sur la protection des sociétés, certains membres de la Commission avaient soulevé la question de la protection des autres personnes morales. Des questions analogues seraient posées au sein de la Sixième Commission et de la communauté juridique internationale si le projet d'articles ne comportait aucune disposition à cet égard. À son avis, il ne fallait pas éviter le sujet au seul motif qu'il n'existait pas suffisamment de pratique étatique. Il convenait d'inclure une disposition sur le sujet, soit parce qu'il s'agissait d'un principe général du même type que celui posé lors de l'affaire de la *Barcelona Traction*[87], soit parce que l'on pourrait y recourir par voie d'analogie, ou de développement progressif.

150. Notant que plusieurs membres avaient fait part de difficultés à propos des organisations non gouvernementales, le Rapporteur spécial a précisé qu'il entendait, non pas traiter du statut de ces entités dans le projet d'articles, mais simplement reconnaître que, si le problème se posait, il conviendrait de se reporter aux principes de la protection diplomatique des sociétés et les appliquer *mutatis mutandis*. Il a noté que, sous réserve de plusieurs propositions d'ordre rédactionnel, la majorité de la Commission paraissait appuyer cette approche, ainsi que l'inclusion de l'expression *mutatis mutandis*.

151. Il a donc été proposé que la Commission renvoie le projet d'article au Comité de rédaction en vue de la formulation d'une disposition souple qui se prêterait à des développements dans la pratique sur l'application de la protection diplomatique aux autres personnes morales.

[87] Voir *supra* note 72.

C. – Projets d'article sur la protection diplomatique provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets d'article

152. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après :

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. – Définition et champ d'application

1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

2. La protection diplomatique peut être exercée à l'égard d'un non-national conformément à l'article 7 [8][88].

Article 2 [3][89]. – Droit d'exercer la protection diplomatique

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

DEUXIÈME PARTIE

PERSONNES PHYSIQUES

Article 3 [5][90]. – État de la nationalité

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

2. 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'État, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Article 4 [9][91]. – 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 dommage a été causé et a cette nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

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 à laquelle la réclamation est officiellement présentée mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le dommage 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 le dépôt de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

[88] Ce paragraphe sera revu si d'autres exceptions sont prévues dans le projet d'articles. Pour le commentaire, voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 281, p. 71.

[89] Les numéros entre crochets correspondent à la numérotation des articles proposée par le Rapporteur spécial. Pour le commentaire, voir ibid., p. 72.

[90] L'article 3 [5] sera revu lorsque la Commission examinera la question de la protection diplomatique des personnes morales. Pour le commentaire, voir ibid., p. 73.

[91] Pour le commentaire, voir ibid., p. 74.

3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un dommage subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

Article 5 [7][92]. – 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 de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Article 6[93]. – 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 est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

Article 7 [8][94]. – 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 dommage 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 dommage 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 dommage dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de la nationalité du réfugié.

Article 8 [10][95]. – Épuisement des recours internes

1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un de ses nationaux ou à une autre personne visée à l'article 7 [8][96] avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 10 [14], épuisé tous les recours internes.

2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts de droit à la 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 9 [11][97]. – 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 un national ou à une autre personne visée à l'article 7 [8][98].

Article 10 [14][99]. – 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 présumé responsable;

c) Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État présumé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable de vouloir épuiser les recours internes;

d) L'État présumé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés[100].

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

153. Le texte des projets d'articles 8 [10], 9 [11] et 10 [14] et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-cinquième session est reproduit ci-après:

Article 8 [10][101]. – Épuisement des recours internes

1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un de ses nationaux ou à une autre personne visée à l'article 7 [8][102] avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 10 [14], épuisé tous les recours internes.

2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts de droit à la 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 8 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»[103] et, dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a salué en elle «un principe important du droit international coutumier»[104]. 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»[105]. La Commission a déjà examiné l'épuisement des recours

[92] Pour le commentaire, voir ibid., p. 76.

[93] Pour le commentaire, voir ibid., p. 77.

[94] Pour le commentaire, voir ibid., p. 79.

[95] Les articles 8 [10], 9 [11] et 10 [14] figureront dans une future quatrième partie, intitulée «Recours internes», et seront renumérotés. Pour le commentaire, voir *infra* par. 153.

[96] Le renvoi à l'article 7 [8] sera examiné plus avant si d'autres exceptions à la règle de la nationalité sont introduites dans le projet d'articles. Pour le commentaire, voir *infra* par. 153.

[97] Voir *supra* note 95.

[98] Voir *supra* note 96.

[99] Voir *supra* note 95.

[100] L'alinéa *d* pourra être réexaminé dans l'avenir en vue d'être placé dans une disposition distincte intitulée «Renonciation». Pour le commentaire, voir *infra* par. 153.

[101] Voir *supra* note 95.

[102] Voir *supra* note 96.

[103] *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27

[104] Affaire *ELSI* (voir *supra* note 73), par. 50, p. 42.

[105] Affaire de l'*Interhandel* (voir *supra* note 103).

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[106].

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 7 [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 10 [14], 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[107] 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[108]. 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. 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»[109]. Les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui lui sont ouverts de droit et peuvent aboutir à une décision obligatoire, suivant l'adage *ubi jus ibi remedium*. 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[110], ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»[111].

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

> pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès».[112]

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.[113]

7) 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[114]. 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[115].

---

[106] 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); et 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 (voir *supra* note 6), p. 129.

[107] La question de la charge de la preuve a été examinée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport sur la protection diplomatique (voir *supra* note 69), par. 102 à 118. 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 et 67. Voir aussi l'affaire *ELSI* (*supra* note 73), par. 59 à 63, p. 46 à 48.

[108] 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*, Cambridge, Grotius, 1990.

[109] Affaire *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête nº 343/57, décision du 2 septembre 1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 438 [référence à l'avis exprimé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1956 (voir *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Grenade, avril 1956*, vol. 46, p. 358)]. Voir aussi l'affaire *Lawless c. Irlande*, requête nº 332/57, décision du 30 août 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 319 à 323.

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

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

[112] *ELSI* (voir *supra* note 73), par. 59, p. 46.

[113] *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir *supra* note 110), p. 1502.

[114] Voir l'affaire *Ambatielos* (*supra* note 108).

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

Article 9 [11][116]*. – 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 un national ou à une autre personne visée à l'article 7 [8][117].

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 en la personne de son national[118]. 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 «mélange» 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 du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[119], 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*[120], 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 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:

> La 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.[121]

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. Dans ces conditions, 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[122] ou un bien de l'État[123], 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 9 [11] 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[124], 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[125]. L'article 9 [11] 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

---

[116] Voir *supra* note 95.

[117] Voir *supra* note 96.

[118] 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» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 12).

[119] *Arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

[120] Voir *supra* note 103.

[121] *ELSI* (voir *supra* note 73), par. 52, p. 43. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel* (*supra* note 103), p. 28.

[122] Voir l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (*supra* note 119).

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

[124] 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*, p. 12, notamment par. 41, p. 29.

[125] Voir les affaires *Interhandel* (*supra* note 94), p. 28 et 29, et *ELSI* (*supra* note 73), p. 43.

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 10 [14][126]*. – 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 présumé responsable;**

***c*) Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État présumé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable de vouloir épuiser les recours internes;**

***d*) L'État présumé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés**[127].

Commentaire

1) L'article 10 [14] 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. Comme cette exception n'est pas de même nature que celle qui figure aux alinéas *a* à *c*, il sera peut-être nécessaire, à un stade ultérieur, de prévoir cette situation dans une disposition distincte[128].

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 variantes pour la formulation d'une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés :

a) Les recours internes sont à l'évidence futiles;

b) Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès;

c) Les recours internes n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace.

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'affaire de l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*[129], 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[130], lui a paru trop généreux pour le demandeur. Elle a donc préféré la troisième variante, 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*[131], et il a l'appui d'une partie de la doctrine[132]. 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[133]; que les tribunaux ne peuvent pas connaître la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger[134], que les tribunaux internes manquent notoirement d'indépendance[135]; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à

[126] Voir *supra* note 95.

[127] Voir *supra* note 100.

[128] Ibid.

[129] *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir *supra* note 110), p. 1504.

[130] Voir l'affaire *Retimag S.A c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 712/60, décision du 16 décembre 1961, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961,* p. 385 et suiv., notamment p. 400; 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. 66 et suiv., en particulier p. 74. 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 106).

[131] *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 9 et suiv., en particulier p. 39.

[132] Voir le troisième rapport sur la protection diplomatique (*supra* note 69), par. 35.

[133] Voir l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 4 et suiv., en particulier p. 18; et l'arbitrage au titre de l'*Article 181 du Traité de Neuilly, AJIL*, vol. 28, 1934, p. 760 et suiv., en particulier p. 789 et 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, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 455 et suiv., en particulier 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*, ibid., p. 19 et suiv., en particulier p. 31; l'opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'affaire des *Emprunts norvégiens* (*supra* note 131), p. 39 et 40; et l'affaire de l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 110), p. 1535.

[134] Voir l'affaire de l'arbitrage au titre de l'*Article 181 du Traité de Neuilly* (*supra* note 133). Voir aussi les affaires des *Forêts du Rhodope central* (fond), décision du 29 mars 1933, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente:1949.V.2), p. 1405; *Ambatielos* (*supra* note 108), p. 119; et l'affaire de l'*Interhandel* (*supra* note 103), p. 28.

[135] 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 (numéro de vente: 1955.V.3), 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. 291 et suiv., en particulier p. 304 à 309).

l'étranger[136]; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant[137], ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire[138].

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[139].

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[140], les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique en la matière[141], les décisions judiciaires[142] et la doctrine. La Commission n'ignore pas qu'il est difficile de donner 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 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.[143]

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 10 [14], 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,

---

[136] Voir les affaires: *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*supra* note 133); *SS Lisman*, arrêt du 5 octobre 1937, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1767 et suiv., en particulier p. 1773; *SS Seguranca*, arrêt du 27 septembre 1939, ibid., p. 1861 et suiv., en particulier p. 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 110), p. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête nº 27/55, décision du 31 mai 1956, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, p. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête nº 352/58, décision du 4 septembre 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 342 et suiv., en particulier p. 344; et *X. c. Autriche*, requête nº 514/59, décision du 5 janvier 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, p. 197 et suiv., en particulier p. 203.

[137] Voir les affaires *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 110), p. 1496 et 1497; *Vélasquez Rodríguez* (supra note 135); *Yagci et Sargin c. Turquie*, arrêt du 8 juin 1995, *Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions*, Série A, nº 319, p. 3 et suiv., en particulier p. 17 (par. 42); et *Hornsby c. Grèce*, arrêt du 19 mars 1997, ibid., *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, nº 33, p. 495 et suiv., en particulier par. 37, p. 509.

[138] Voir les affaires *Mushikiwabo et autres c. Barayagwiza*, arrêt du 9 avril 1996, *ILR*, vol. 107 1997, p. 457 et suiv., en particulier 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).

[139] Voir les affaires *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (*supra* note 110), p. 1504; et *Ambatielos* (*supra* note 108), p. 119 et 120.

[140] 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 *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, p. 545, notamment p. 577.

[141] Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 41, par. 1, al. *c*); Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 46, par. 2, al. *c*); *Weinberger c. Uruguay*, communication nº 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif (deuxième à 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 l'homme, Série C, nº 67, par. 38; et *Erdogan et autres c. Turquie*, requête nº 19807/92, décision du 16 janvier 1996, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, p. 5 et suiv., en particulier p. 15.

[142] Voir les affaires *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Grande-Bretagne) c. États-Unis du Mexique*, décision nº 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 191 et suiv., en particulier p. 198. Voir aussi l'affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B nº 52*, p. 11 et suiv., en particulier p. 16.

[143] Voir *supra* note 142.

par exemple)[144]. 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[145]). 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*[146] et *Salem*[147], il est d'autres affaires[148] 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*[149] que dans celle de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[150], des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la CIJ ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[151], 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[152], 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 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 Le mot «pertinent», a-t-il été décidé, 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.

[144] Voir Amerasinghe, op. cit. (*supra* note 108), p. 138; et T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *British Year Book of International Law 1959*, vol. 35, p. 83 et suiv., en particulier p. 94.

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

[146] 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* note103).

[147] 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» (affaire *Salem (Égypte, États-Unis)*, arrêt du 8 juin 1932, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 1202).

[148] *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir *supra* note 110); et *Ambatielos* (voir *supra* note 108).

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

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

[151] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905.

[152] L'affaire *Virginius*, 1873, rapportée dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1906, vol. II, p. 895, en particulier p. 903; et l'affaire *Jessie*, 1921, rapportée dans *American Journal of International Law*, vol. 16, 1922, p. 114 à 116.

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.[153]

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[154].

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»[155].

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[156] que la 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»[157]. 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*[158]. 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[159], 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.

---

[153] Affaire *Viviana Gallardo et consorts*, arrêt du 13 novembre 1981, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série A, n° G 101/81, p. 88 et *ILR*, vol. 67, 1984, par. 26, p. 587. Voir aussi les affaires *ELSI* (voir *supra* note 73), 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 n° 12, Recueil des arrêts et décisions* (voir aussi *ILR*, vol. 56, 1980, par. 55, p. 370).

[154] Voir les affaires *Viviana Gallardo et consorts* (*supra* note 153) et *De Wilde, Ooms et Versyp* (ibid.).

[155] *ELSI* (voir *supra* note 73), par. 50, p. 42.

[156] Voir, par exemple, les affaires *Steiner and Gross* v. *Polish State,* affaire n° 322, 1928, *Annual Digest of Public International Law Cases 1927 et 1928*, sous la direction de A. McNair et H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 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.

[157] F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *British Year Book of International Law 1967*, vol. 42, p. 32.

[158] Voir *supra* note 73. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*supra* note 133), 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.

[159] Voir les affaires *ELSI* (*supra* note 73), par. 54, p. 44; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (tribunal arbitral), sentence du 10 novembre 1982, *ILR*, vol. 102, 1996, p. 216, en particulier par. 6.33, p. 285; et *Foti and others*, 1982, ibid., vol. 71, 1986, p. 366, en particulier par. 46, p. 380.

Chapitre VI

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)

A. – Introduction

154. À sa trentième session en 1978, la Commission a inscrit à son programme de travail le sujet intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» et nommé Robert Quentin-Baxter rapporteur spécial[160].

155. Entre sa trente-deuxième session, en 1980, et sa trente-sixième session, en 1984, la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial[161], où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-quatrième session en 1982. Les cinq articles ont été proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session. La Commission les a examinés, mais n'a pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

156. À sa trente-sixième session, la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan[162]. Elle était saisie en outre d'un document du Secrétariat intitulé «Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»[163].

157. À sa trente-septième session, en 1985, la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session à sa quarante-huitième session, en 1996, elle a reçu 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial[164].

158. À sa quarante-quatrième session, tenue en 1992, la Commission a créé un groupe de travail qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard[165]. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir : commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet concernait des «activités» et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre[166].

159. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a décidé de reconstituer le Groupe de travail pour qu'il examine le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats que la Commission avait tenus au fil des années, et formule des recommandations à l'attention de celle-ci. Le Groupe de travail a soumis un rapport[167] qui brossait un tableau

---

[160] À cette session, la Commission avait créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire: la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), p. 167 à 169.

[161] Les cinq rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: rapport préliminaire: *Annuaire… 1980*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2, p. 243; deuxième rapport: *Annuaire… 1981*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2, p. 107; troisième rapport: *Annuaire… 1982*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/360, p. 61; quatrième rapport: *Annuaire… 1983*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/373, p. 209; cinquième rapport: *Annuaire… 1984*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/383 et Add.1, p. 161.

[162] *Annuaire… 1984*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/378, p. 135.

[163] *Annuaire… 1985*, vol. II (1re partie), additif, doc. A/CN.4/384. Voir aussi «Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet "responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international"», *Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/471, p. 67.

[164] Les 12 rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: rapport préliminaire: *Annuaire… 1985*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/394, p. 97; deuxième rapport: *Annuaire… 1986*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/402, p. 149; troisième rapport: *Annuaire… 1987*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/405, p. 49; quatrième rapport: *Annuaire… 1988*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/413, p. 253; cinquième rapport: *Annuaire… 1989*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/423, p. 145; sixième rapport: *Annuaire… 1990*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/428 et Add.1, p. 87; septième rapport: *Annuaire… 1991*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/437, p. 73; huitième rapport: *Annuaire… 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/443, p. 61; neuvième rapport: *Annuaire… 1993*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/450, p. 201; dixième rapport: *Annuaire… 1994*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/459, p. 137; onzième rapport: *Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/468, p. 55; douzième rapport: *Annuaire… 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/475 et Add.1, p. 29

[165] Voir *Annuaire… 1992*, vol. II (2e partie), par. 341 à 343, p. 53 et 54.

[166] Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir ibid., par. 344 à 349.

[167] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 108.