



## **Article 18**

### **Protection des équipages des navires**

Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

## **Article 19**

### **Pratique recommandée**

Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait:

- a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé;
- b) Tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer; et
- c) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.

### **2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs**

50. On trouvera ci-dessous le texte des projets d'articles sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session.

### **PROTECTION DIPLOMATIQUE**

1) À l'origine, l'élaboration d'articles sur la protection diplomatique avait été considérée comme relevant de l'étude de la responsabilité des États. Et de fait, dans ses rapports présentés de 1956 à 1961, le premier Rapporteur sur la responsabilité des États, M. F. V. Garcia Amador, avait inséré un certain nombre d'articles qui y étaient consacrés<sup>16</sup>. Par la suite, la codification de la responsabilité des États ne devait guère faire de place à la protection diplomatique, et il est expressément dit dans le projet final sur ce sujet que les deux questions qui sont au cœur de la protection diplomatique – la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes – seront traitées de manière plus approfondie par la Commission dans le cadre d'une

---

<sup>16</sup> *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 175 à 231, *Annuaire ... 1957*, vol. II, p. 119 à 146, *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 49 à 76, *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 1 à 36, *Annuaire ... 1960*, vol. II, p. 38 à 63 et *Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 1 à 56.

autre étude<sup>17</sup>. Il n'en existe pas moins un lien étroit entre les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le présent projet d'articles. Beaucoup des principes énoncés dans les premiers valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>18</sup>.

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

«La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

- a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;
- b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.»

Le présent projet d'articles donne corps à cette disposition en développant les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes.

---

<sup>17</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77, commentaire de l'article 44, notes 722 et 726.

<sup>18</sup> Art. 28, 30, 31 et 34 à 37. Une bonne partie du commentaire de l'indemnisation (art. 36) est consacrée à l'examen des principes applicables aux réclamations concernant la protection diplomatique.

3) Il n'est pas question dans le présent projet de la protection d'un agent par une organisation internationale, généralement qualifiée de «protection fonctionnelle». Bien qu'il existe des similitudes entre cette protection fonctionnelle et la protection diplomatique, il y a aussi d'importantes différences. La protection diplomatique est traditionnellement un mécanisme destiné à obtenir réparation d'un préjudice causé au national d'un État fondé en grande partie sur le principe selon lequel ce préjudice est un préjudice causé à l'État lui-même. La protection fonctionnelle, en revanche, est une institution destinée à favoriser le bon fonctionnement d'une organisation internationale en assurant le respect de ses agents et celui de leur indépendance. Ce sont des différences de ce genre qui ont amené la Commission à conclure que la protection exercée par une organisation internationale au bénéfice de l'un de ses agents n'a pas sa place dans un ensemble d'articles relatifs à la protection diplomatique. À la question de savoir si un État peut exercer la protection diplomatique en faveur d'un national qui est aussi l'un des agents d'une organisation internationale, la Cour internationale de Justice, en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, a répondu en ces termes: «En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'État soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens...»<sup>19</sup>.

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

#### **Article premier**

#### **Définition et champ d'application**

Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.

---

<sup>19</sup> Réparation des dommages subis au Service des Nations Unies, *avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1949, p. 185 et 186.

## Commentaire

- 1) Le projet d'article premier ne vise pas à donner une définition complète et exhaustive de la protection diplomatique, mais à décrire les caractéristiques principales de la protection diplomatique au sens où cette expression est employée dans le présent projet d'articles.
- 2) En droit international, un État est responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite. La protection diplomatique est la procédure employée par l'État de nationalité de la personne lésée pour protéger cette personne et obtenir réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le présent projet d'articles ne concerne que les règles régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut être exercée et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elle puisse l'être. Il ne vise pas à définir ni à décrire les faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État pour préjudice causé à un étranger. Comme les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>20</sup>, il maintient la distinction entre règles primaires et règles secondaires et ne traite que de ces dernières.
- 3) La protection diplomatique a de longue date été perçue comme un droit exclusif de l'État au sens où celui-ci exerce pour son propre compte parce qu'un préjudice causé à un de ses nationaux est considéré comme un préjudice causé à l'État lui-même. Cette conception trouve son origine, premièrement, dans la proposition posée en 1758 par le juriste suisse Emmerich de Vattel selon laquelle «quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen»<sup>21</sup> et, deuxièmement, dans un dictum de la Cour permanente de Justice internationale, qui figure dans l'arrêt rendu en 1924 dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, à savoir que, «en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international»<sup>22</sup>. Il s'agit évidemment d'une fiction,

---

<sup>20</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77, commentaire général, par. 1 à 3.

<sup>21</sup> *E. de Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. III (1758), chap. VI, p. 136.

<sup>22</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, 1924, *C.P.I.J. série A n° 2*, p. 12. Ce dictum a été repris par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, 1939, *C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 16.

et d'une exagération<sup>23</sup>, que de dire qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même. Nombre des règles de la protection diplomatique contredisent cette affirmation, en particulier la règle de la continuité de la nationalité qui exige de l'État qu'il prouve que le national lésé est demeuré son national entre le moment où le préjudice a été causé et la date de présentation de la réclamation. «À vrai dire» – pour citer l'arrêt *Mavrommatis* –, l'État ne fait pas seulement valoir son propre droit. «À vrai dire», il fait aussi valoir le droit de son national lésé.

4) Lorsque le droit international a pris naissance, l'individu n'avait pas sa place dans l'ordre juridique international et il n'avait pas de droits. En conséquence, le seul moyen de protéger un national lésé à l'étranger était de recourir à une fiction, la fiction selon laquelle le préjudice qui lui était causé était causé à l'État lui-même. Cette fiction n'était toutefois qu'un moyen, la fin étant la protection des droits d'un national lésé. La situation est aujourd'hui radicalement différente. L'individu fait l'objet de nombreuses règles primaires du droit international, coutumier ou conventionnel, qui le protègent dans son pays, contre son propre gouvernement, et à l'étranger, contre les gouvernements étrangers. La Cour internationale de Justice l'a souligné dans les affaires *LaGrand*<sup>24</sup> et *Avena*<sup>25</sup>. Cette protection ne se limite pas aux droits personnels. Les traités bilatéraux relatifs aux investissements confèrent des droits et une protection aux personnes physiques et morales en ce qui concerne leurs droits patrimoniaux. L'individu a des droits en droit international, mais peu de recours lui sont ouverts. L'exercice par un État de sa protection diplomatique au niveau interétatique demeure un instrument important pour protéger les personnes dont les droits de l'homme ont été violés à l'étranger.

5) Le projet d'article premier est formulé de manière à laisser ouverte la question de savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son national, ou les deux. Il place la protection diplomatique dans la perspective de la responsabilité de l'État et souligne qu'il s'agit d'une procédure conçue pour engager la responsabilité de l'État en cas de préjudice causé à un national par un fait internationalement illicite.

---

<sup>23</sup> J. L. Brierly, *The Law of Nations: An introduction to the international Law of Peace*, 6<sup>e</sup> éd. (Oxford: Clarendon Press, 1963), Sir H. Waldock (dir. publ.), p. 276 et 277.

<sup>24</sup> *Affaire La Grand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, par. 76 et 77.

<sup>25</sup> *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2004, p. 12, par. 40.

6) Le projet d'article premier reprend volontairement les termes utilisés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>26</sup>. Il décrit la protection diplomatique comme le fait, pour un État dont un national a été lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État, d'invoquer, pour la mettre en œuvre, la responsabilité de ce dernier. Formulée dans le contexte de la responsabilité de l'État, il s'agit d'une réclamation interétatique, bien qu'elle puisse aboutir à l'affirmation de droits dont jouit le national lésé en vertu du droit international.

7) Le projet d'article premier étant par sa nature une définition, il n'envisage pas d'exceptions. C'est ainsi qu'il n'est pas fait mention des apatrides et des réfugiés visés dans le projet d'article 8. Le projet d'article 3 indique toutefois que la protection diplomatique peut être exercée au profit des apatrides et réfugiés.

8) La protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques. Plusieurs décisions judiciaires font une distinction entre «l'action diplomatique» et «l'action judiciaire» pour désigner ce que peut faire l'État qui a recours à la protection diplomatique<sup>27</sup>. Le projet d'article premier conserve cette distinction, mais va plus loin en englobant l'action judiciaire sous l'expression «d'autres moyens de règlement pacifique». L'«action diplomatique» s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression «autres moyens de règlement pacifique» englobe toutes les formes licites de règlement des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire. L'emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique. La protection diplomatique n'englobe pas les démarches ou autres actions diplomatiques qui ne conduisent pas à l'invocation de la responsabilité en droit d'un autre État, comme par exemple les demandes officieuses de mesures correctives.

---

<sup>26</sup> Voir chapitre premier de la Troisième partie, intitulé «Invocation de la responsabilité de l'État» (art. 42 à 48). La Troisième partie elle-même est intitulée «Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État».

<sup>27</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, op. cit.; affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, op. cit., p. 16; affaire *Nottebohm*, (*Liechtenstein c. Guatemala*), deuxième phase, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.

9) La protection diplomatique peut être exercée par l'action diplomatique ou par d'autres moyens pacifiques de règlement. Elle diffère de l'assistance consulaire en ce qu'elle est exercée par les représentants de l'État agissant dans l'intérêt de l'État en vertu d'une règle du droit international général, alors que l'assistance consulaire est, dans la plupart des cas, apportée par des agents consulaires, qui représentent les intérêts de l'individu et agissent en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. La protection diplomatique est dans son essence une mesure corrective et conçue pour remédier à un fait internationalement illicite qui a été commis. L'assistance consulaire, quant à elle, est en grande partie préventive et vise principalement à empêcher que le national ne soit victime d'un fait internationalement illicite.

10) Bien qu'en théorie il soit possible de distinguer entre protection diplomatique et assistance consulaire, en pratique cela est difficile. C'est ce qu'illustre l'exigence de l'épuisement des recours internes. À l'évidence, il n'est pas besoin d'épuiser les recours internes dans le contexte de l'assistance consulaire, cette assistance étant fournie avant la commission d'un fait internationalement illicite. Logiquement, comme la protection diplomatique n'est exercée qu'après la commission d'un fait internationalement illicite, les recours internes devraient toujours être épuisés, sous réserve des exceptions décrites dans le projet d'article 15.

11) Dans ces conditions, le projet d'article premier n'essaie pas de distinguer entre protection diplomatique et assistance consulaire. Le projet d'articles prescrit pour l'exercice de la protection diplomatique des conditions qui ne sont pas applicables à l'assistance consulaire. Ceci signifie que dans chaque cas ce sont les circonstances qui déterminent s'il s'agit de la protection diplomatique ou de l'assistance consulaire.

12) Le projet d'article premier précise bien, comme indiqué dans le commentaire général<sup>28</sup>, que le présent projet d'articles traite uniquement de l'exercice de la protection diplomatique par un État, et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs agents<sup>29</sup>.

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

---

<sup>28</sup> Voir commentaire général, par. 3.

<sup>29</sup> *Réparation des dommages*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques<sup>30</sup> et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires<sup>31</sup>. Toutefois, lorsque des diplomates ou des consuls subissent un préjudice dans le cadre d'activités qui ne relèvent pas de leurs fonctions, ils sont couverts par les règles relatives à la protection diplomatique, par exemple en cas d'expropriation sans indemnisation de biens qui leur appartiennent en propre dans le pays où ils sont accrédités.

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

## **Article 2**

### **Droit d'exercer la protection diplomatique**

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

### **Commentaire**

1) Le projet d'article 2 repose sur l'idée que la protection diplomatique implique qu'un État invoque – au niveau interétatique – la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé à un de ses nationaux par un fait internationalement illicite de cet autre État. Il constate que c'est l'État qui engage et exerce la protection diplomatique; et que l'État est l'entité à laquelle le droit de formuler une réclamation appartient. Ceci ne préjuge pas la question de savoir quels droits l'État cherche à faire valoir, son droit propre ou les droits du national lésé au bénéfice duquel il agit. Comme le projet d'article premier<sup>32</sup>, le projet d'article 2 est neutre sur ce sujet.

2) Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a ni devoir ni obligation de le faire. Si le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux, le droit international n'impose pas une

---

<sup>30</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

<sup>31</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

<sup>32</sup> Voir commentaire de l'article premier, par. 3 à 5.

telle obligation. Cela a été clairement énoncé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«[...] dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens [...]. L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce.»<sup>33</sup>.

3) De nos jours, certaines législations nationales<sup>34</sup> et décisions judiciaires<sup>35</sup> accréditent l'idée que l'État a une obligation, aussi limitée soit-elle, en droit interne ou en droit international, de protéger ses nationaux à l'étranger lorsque leurs droits fondamentaux ont été gravement violés. En conséquence, le projet d'article 19 dispose qu'un État habilité à exercer sa protection diplomatique «devrait prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé» (c'est nous qui soulignons). Le pouvoir discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique doit donc s'entendre à la lumière du projet d'article 19, où il est recommandé aux États d'exercer au besoin ce droit.

4) Le projet d'article 2 concerne le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique. Il ne tente pas de décrire l'obligation correspondante de l'État défendeur d'envisager de traiter cet exercice de la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles. Ceci est néanmoins implicite.

---

<sup>33</sup> Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgique c. Espagne), deuxième phase, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 44.

<sup>34</sup> Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, document A/CN.4/506, par. 80 à 87.

<sup>35</sup> Affaire *Rudolf Hess* I.L.R., vol. 90, p. 387; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2003] EWCA Civ. 1598; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* 2005(4) *South* (2003) *African Law Reports* 235 (CC), *I.L.M.*, vol. 44, (2005), p. 173.

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **NATIONALITÉ**

#### **CHAPITRE PREMIER**

#### **PRINCIPES GÉNÉRAUX**

##### **Article 3**

##### **Protection par l'État de la nationalité**

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

##### **Commentaire**

- 1) Si le projet d'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, le projet d'article 3 pose en principe que c'est l'État national de la personne lésée qui a le droit, mais n'est pas tenu, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne. Dans ce projet d'article, l'accent est mis sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu, lien qui habilite l'État à exercer sa protection diplomatique. Ce lien étant différent pour les personnes physiques et pour les personnes morales, des chapitres distincts sont consacrés à ces deux catégories.
- 2) Le paragraphe 2 renvoie à l'exception visée dans le projet d'article 8 qui prévoit l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice des apatrides et des réfugiés.

#### **CHAPITRE II**

#### **PERSONNES PHYSIQUES**

##### **Article 4**

##### **État de nationalité d'une personne physique**

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

## Commentaire

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

2) Le principe qui veut que ce soit à chaque État qu'il appartient de décider conformément à son droit interne qui sont ses nationaux est étayé à la fois par la jurisprudence et par la pratique conventionnelle. En 1923, la Cour permanente de Justice internationale déclarait, en l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc*:

«dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, ... comprises dans le domaine réservé»<sup>36</sup>.

Ce principe a été confirmé par l'article premier de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité:

«Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux.»<sup>37</sup>.

Plus récemment, il a été consacré dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité<sup>38</sup>.

3) La liste des facteurs de rattachement aux fins de l'octroi de la nationalité qui sont énumérés dans le projet d'article 4 a valeur d'illustration et n'est pas exhaustive. Elle contient néanmoins ceux qui sont le plus communément retenus par les États pour octroyer leur nationalité: la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*) et la naturalisation. Le mariage à un national ne figure pas dans cette liste, car, dans la plupart des cas, le mariage ne suffit pas en lui-même à conférer la nationalité: il faut en plus une courte période de résidence, à l'issue de laquelle la nationalité est conférée par naturalisation. Lorsque le mariage à un national emporte

---

<sup>36</sup> Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc (Zone française), *avis consultatif*, 1923, C.P.J.I. série B n° 4, p. 24.

<sup>37</sup> Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 179, p. 89.

<sup>38</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2135, p. 213.

automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international<sup>39</sup>. La nationalité peut aussi être acquise à la suite d'une succession d'États<sup>40</sup>.

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

5) À la différence de l'arrêt *Nottebohm*<sup>41</sup>, le projet d'article 4 n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme facteur additionnel de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. Malgré des divergences de vues sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient «extrêmement ténus»<sup>42</sup> par rapport à ceux qu'il avait avec le Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui avait amené la Cour à répéter que le Liechtenstein «n'[était] pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala»<sup>43</sup>. Cela donne

---

<sup>39</sup> Voir, par exemple, l'article 9 1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 13), et l'article premier de la Convention sur la nationalité de la femme mariée (ibid., vol. 309, p. 65) qui interdit l'acquisition de la nationalité dans de telles circonstances. Voir *infra*, par. 6).

<sup>40</sup> Voir le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (deuxième partie), par. 47.

<sup>41</sup> Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a déclaré: «Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national.» (op. cit., p. 23).

<sup>42</sup> Ibid., p. 25.

<sup>43</sup> Ibid., p. 26.

à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale<sup>44</sup> applicable à tous les États, mais uniquement une règle relative selon laquelle, vu la situation, le Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits. De plus, il faut tenir compte du fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif posée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'ont jamais acquis la nationalité ou à avoir acquis, par leur naissance ou leur ascendance, la nationalité d'États avec lesquels ils ont les liens les plus ténus.

6) Il est indiqué à la fin du projet d'article 4 que l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Bien que tout État ait le droit de décider qui sont ses nationaux, ce droit n'est pas absolu. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité l'avait confirmé, en introduisant à l'article premier, qui stipule qu'«il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux», un tempérament précisant: «cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité»<sup>45</sup>. Aujourd'hui, les conventions, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité<sup>46</sup>. C'est ainsi que l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose:

---

<sup>44</sup> C'est ainsi que la Commission de conciliation italo-américaine a interprété l'affaire *Nottebohm* dans l'affaire *Flegenheimer*, I.L.R., vol. 25, 1958, p. 148.

<sup>45</sup> Voir également l'article 3 2) de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité.

<sup>46</sup> C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica* (avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984, *série A n° 4*), jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État «avec un autre principe selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme», par. 35. Voir également I.L.R., vol. 79, p. 296.

«Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari.»<sup>47</sup>.

7) Le projet d'article 4 reconnaît donc qu'un État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé peut contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international. Le projet d'article 4 exige que la nationalité ait été acquise d'une manière «non contraire au droit international». Cette double négation met l'accent sur le fait que c'est à l'État qui conteste la nationalité de la personne lésée qu'il incombe de prouver que celle-ci a été acquise en violation du droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui conteste la nationalité parce que l'on admet qu'il faut laisser à l'État conférant sa nationalité une «marge d'appréciation»<sup>48</sup> et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par un État de sa nationalité<sup>49</sup>.

8) Lorsqu'une personne acquiert une nationalité involontairement et d'une manière incompatible avec le droit international, ou lorsqu'une femme acquiert automatiquement la nationalité de son mari par mariage, elle devrait en principe être autorisée à être diplomatiquement protégée par son État de nationalité antérieur<sup>50</sup>. Par contre, si l'intéressée perd sa nationalité antérieure lorsqu'elle acquiert sa nouvelle nationalité dans de telles circonstances, des considérations d'équité exigent que le nouvel État de nationalité soit habilité à exercer sa protection diplomatique. Ceci serait conforme à ce qu'a décidé la Cour internationale de Justice

---

<sup>47</sup> Voir également l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 123; l'article 5 d) iii) de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195; et l'article premier de la Convention sur la nationalité de la femme mariée.

<sup>48</sup> Voir l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, par. 62 et 63.

<sup>49</sup> *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), 9<sup>e</sup> éd., (Londres et New York, Longman, 1992), p. 856.

<sup>50</sup> Voir l'article 2 de la Convention sur la nationalité de la femme mariée.

dans l'avis qu'elle a rendu en 1971 dans l'affaire de la *Namibie*<sup>51</sup>, à savoir que les droits d'un individu ne devraient pas être affectés par un acte illicite de l'État auquel l'individu est associé.

## Article 5

### Continuité de la nationalité d'une personne physique

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.
2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité à la date du préjudice, à condition que la personne lésée ait eu la nationalité d'un État prédécesseur ou qu'elle ait perdu sa première nationalité et acquis, pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.
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 préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.
4. Un État n'est plus en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui, après la date de la présentation officielle de la réclamation, acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite.

### Commentaire

1) Bien que la règle de la continuité de la nationalité soit bien établie<sup>52</sup>, elle a été très critiquée<sup>53</sup>, au motif qu'elle peut donner naissance à des situations très douloureuses lorsqu'un individu change de nationalité pour des raisons sans rapport avec la formulation d'une réclamation diplomatique. Les propositions visant son abandon ont été rejetées de crainte que celui-ci ne donne lieu à des abus et n'incite certaines personnes à rechercher la nationalité la plus

---

<sup>51</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 125.*

<sup>52</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission américaine des réclamations internationales (1951-1954) dans l'affaire *Kren*, I.L.R., vol. 20, p. 234.

<sup>53</sup> Voir les observations de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, p. 101 et 102; voir aussi E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (Paris, P.U.F. 1990).

avantageuse aux fins de la protection diplomatique («*nationality shopping*»)<sup>54</sup>. C'est pourquoi le projet d'article 5 maintient la règle de la continuité de la nationalité, tout en prévoyant des exceptions pour les cas où le résultat de son application serait contraire à l'équité.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation a été officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce que le problème se pose rarement dans les faits<sup>55</sup>. C'est pour ces raisons que l'Institut de droit international a, en 1965, laissé ouverte la question de savoir si la nationalité doit être continue entre ces deux dates<sup>56</sup>. Il est toutefois incongru d'exiger que la nationalité soit la même à la date du préjudice et à celle de la présentation officielle de la réclamation sans exiger que la nationalité soit continue entre ces deux dates. Ainsi, dans le cadre du développement progressif du droit, la règle a été formulée de telle manière qu'il faut que la personne lésée soit continûment un national de la date du préjudice à la date de la présentation officielle de la réclamation. Vu qu'il est difficile de la prouver, la continuité de la nationalité est présumée si l'intéressé possédait la même nationalité à ces deux dates. La présomption est évidemment réfragable.

3) La première condition est que le national lésé ait été un national de l'État réclamant à la date du préjudice. La date du préjudice n'a pas à être une date précise. Il peut s'agir d'une période si le préjudice résulte de plusieurs faits ou d'un fait continu commis sur une certaine période.

4) La seconde condition temporelle prévue au paragraphe 1 est la date de présentation officielle de la réclamation. La jurisprudence n'est pas uniforme quant à la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation doit avoir été continue. Cette incertitude provient en grande partie

---

<sup>54</sup> Voir la déclaration du surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V (États-Unis c. Allemagne)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 141 (1925): «Toute autre règle laisserait la porte grand ouverte aux abus et risquerait de faire d'une nation puissante une entité agissant au nom de ceux qui, après avoir subi un préjudice, céderaient leurs réclamations aux nationaux de cet État ou profiteraient de son régime de naturalisation pour lui faire épouser leurs revendications».

<sup>55</sup> H. Briggs, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965-I), p. 72 et 73.

<sup>56</sup> Session de Varsovie, 1965, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965-II), p. 260 à 262.

du fait que les conventions qui ont créé des commissions mixtes des réclamations usent de termes différents pour définir la date de la réclamation<sup>57</sup>. L'expression «présentation de la réclamation» est celle qui est le plus souvent employée dans les traités, les décisions judiciaires et la doctrine pour indiquer la date limite, ou *dies ad quem*, à laquelle la protection diplomatique peut être exercée. Le mot «officielle» a été ajouté pour indiquer que la date de présentation de la réclamation est celle où la première demande officielle ou formelle est faite par l'État exerçant sa protection diplomatique, par opposition aux contacts diplomatiques officieux et demandes informelles de renseignements à ce sujet.

5) Le *dies ad quem* pour l'exercice de la protection diplomatique est la date de présentation officielle de la réclamation. Cependant, l'idée selon laquelle l'intéressé qui changerait de nationalité entre cette date et celle de la sentence arbitrale ou du jugement cesserait d'être un national aux fins de la protection diplomatique a reçu un certain appui<sup>58</sup>. En 2003, dans l'affaire *Loewen Group Inc. v. USA*<sup>59</sup>, un tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a jugé que «la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée comme *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem*». Dans cette affaire, une personne souhaitant être protégée avait changé sa nationalité pour celle de l'État défendeur après la présentation de la réclamation, circonstances dans lesquelles, comme l'indique clairement le paragraphe 4 du projet d'article 5, une réclamation relevant de la protection diplomatique ne peut évidemment pas être accueillie. Toutefois, la Commission n'était pas prête à suivre le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Loewen* et à adopter une règle générale selon laquelle la nationalité doit être conservée jusqu'à la date du règlement de la réclamation<sup>60</sup>. Une telle règle pourrait être contraire aux intérêts de l'individu car de nombreuses années peuvent s'écouler entre la présentation de la réclamation et son règlement final et il serait injuste de pénaliser l'individu pour avoir changé de nationalité par mariage ou naturalisation

---

<sup>57</sup> Voir la déclaration du surarbitre Parker, *Décision administrative n° V (États-Unis c. Allemagne)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 143.

<sup>58</sup> *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), op. cit, p. 512. Affaire *Eschauzier (Grande-Bretagne c. Mexique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 207.

<sup>59</sup> ICSID Reports, vol. 7 (2005), p. 442.

<sup>60</sup> Pour une critique de la décision *Loewen*, voir J. Paulsson, *Denial of Justice* dans *International Laws* (New York, Cambridge University Press, 2005), p. 183 et 184.

durant cette période. On a donc préféré retenir comme *dies ad quem* la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette date est significative puisque c'est la date à laquelle l'État de nationalité manifeste clairement son intention d'exercer sa protection diplomatique – un fait qui était jusqu'alors incertain. De surcroît, c'est la date à laquelle la recevabilité de la réclamation doit être appréciée. Une telle détermination ne peut s'effectuer à la date ultérieure du règlement de la réclamation ou du prononcé de la sentence.

6) Le mot «réclamation», aux paragraphes 1, 2 et 4, vise aussi bien une réclamation présentée par la voie diplomatique qu'une réclamation portée devant une instance judiciaire. Une telle réclamation peut préciser le comportement que doit adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que doit prendre la réparation. Cette question est traitée plus exhaustivement à l'article 43 des articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et dans le commentaire y relatif.

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

8) Le paragraphe 2 envisage les cas dans lesquels la personne lésée a perdu sa nationalité, volontairement ou involontairement. En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption ou de mariage emportant changement de nationalité, la nationalité sera perdue involontairement. Dans les autres cas de changement de nationalité, l'élément de volonté n'est pas aussi clair. Pour des raisons de ce genre, le paragraphe 2 n'exige pas que la perte de la nationalité soit involontaire.

9) En cas de succession d'États, ce paragraphe se limite à la question de la continuité de la nationalité aux fins de la protection diplomatique. Il ne vise pas à réglementer la nationalité en relation avec la succession, un sujet qui fait l'objet des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États élaborés par la Commission.

10) C'est, on l'a vu<sup>61</sup>, la crainte qu'une personne ne change délibérément de nationalité pour acquérir celle d'un État plus désireux ou plus à même de présenter une réclamation diplomatique pour son compte qui est à la base de la règle de la continuité de la nationalité. La deuxième condition prévue au paragraphe 2 tient compte de cette crainte en précisant que la personne au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée doit avoir acquis sa nouvelle nationalité pour une raison qui n'a pas de rapport avec la formulation de la réclamation. Cette condition vise à limiter les exceptions à la continuité de la nationalité aux cas d'acquisition obligatoire d'une nationalité, tel celui d'une personne qui a acquis une nouvelle nationalité automatiquement, par exemple par mariage ou adoption ou en raison d'une succession d'États. L'exception prévue au paragraphe 2 ne s'applique pas si l'intéressé a acquis une nouvelle nationalité pour des raisons commerciales liées à la réclamation.

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

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

13) Le paragraphe 4 dispose que si une personne au bénéfice de laquelle une réclamation est formulée devient un national de l'État défendeur après la présentation de cette réclamation, l'État demandeur perd son droit de poursuivre la réclamation car dans un tel cas l'État défendeur pourrait être tenu d'indemniser un de ses nationaux. Telle était la situation dans l'affaire *Loewen*

---

<sup>61</sup> Voir le paragraphe 1 du commentaire relatif au présent projet d'articles.

*Group Inc. v. USA* et dans un certain nombre d'autres affaires<sup>62</sup> dans lesquelles il a été jugé qu'un changement de nationalité intervenu après la présentation de la réclamation faisait obstacle à cette dernière. En pratique, dans la plupart des affaires de ce type, l'État demandeur retirera sa réclamation, même si, du point de vue de la fiction proclamée dans l'affaire *Mavrommatis*, la réclamation est celle de l'État et son objet est d'obtenir réparation du préjudice causé à l'État pris en la personne de son national<sup>63</sup>. L'État demandeur peut aussi décider de retirer sa réclamation si la personne lésée acquiert la nationalité d'un État tiers après la présentation de la réclamation. Si la personne lésée a conservé de mauvaise foi la nationalité de l'État demandeur jusqu'à la date de la présentation et a ultérieurement acquis la nationalité d'un État tiers, l'équité exigerait qu'il soit mis fin à la réclamation, mais la charge de la preuve incombera à l'État défendeur.

14) Le projet d'article 5 laisse ouverte la question de savoir si les héritiers d'un national lésé, dont le décès est une conséquence du préjudice ou intervient après celui-ci mais avant la présentation officielle de la réclamation, peuvent être protégés par l'État de nationalité de la personne lésée s'ils ont la nationalité d'un autre État. La jurisprudence sur le sujet, si elle n'est pas concluante parce que la plupart des décisions concernent l'interprétation de traités particuliers, tend à étayer la position selon laquelle l'État de nationalité du défunt ne peut formuler une réclamation si l'héritier a la nationalité d'un État tiers<sup>64</sup>. Lorsque l'héritier a la nationalité de l'État défendeur il est clair qu'une telle réclamation est impossible<sup>65</sup>. L'idée que lorsque le national lésé décède avant la présentation officielle de la réclamation celle-ci peut être maintenue parce qu'elle a acquis un caractère national recueille un certain appui<sup>66</sup>. Bien que des considérations d'équité puissent sembler soutenir une telle position, elle a parfois été rejetée<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> *Ebenezer Barston* dans G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), p. 805; *Executors of F. Lederer* dans *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. 3, p. 763; *Hawaiian Claims* dans F. K. Nielson, *America and British Claims Arbitration* (1926), p. 30; *Chopin, Commission franco-américaine des réclamations; 1880-1884*, vol. 60, *Recueil des réclamations*; et *Gribble*, rapport de Robert S. Hale Esq. [1873, Part II, vol. III], U.S. Foreign Relations 14 (1874).

<sup>63</sup> Voir commentaire de l'article premier, par. 3.

<sup>64</sup> Affaire *Eschauzier*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 207; affaire *Kren*, I.L.R., vol. 20, p. 233; affaire *Gleadell (Grande-Bretagne c. Mexique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 44; En sens contraire, affaire *Straub*, I.L.R., vol. 20, p. 228.

<sup>65</sup> Affaire *Stevenson (Grande-Bretagne c. Venezuela)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 494; affaire *Bogovic*, I.L.R., vol. 21, p. 156; affaire *Executeurs de F. Lederer c. Gouvernement allemand*.

<sup>66</sup> E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, (New York, The Banks Law Publishing Co., 1915), p. 628 et affaire *Straub*.

<sup>67</sup> Affaire *Eschauzier*, (*Grande-Bretagne c. Mexique*), p. 209.

Ni la doctrine ni la jurisprudence n'étant concluantes, il serait peu judicieux de proposer une règle sur le sujet.

## Article 6

### Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

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

### Commentaire

1) La dualité ou la pluralité de nationalités est une réalité de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par le jeu parallèle des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* ou parce qu'une nationalité lui est conférée par naturalisation ou de toute autre manière envisagée dans le projet d'article 4 sans l'obliger à renoncer à sa nationalité antérieure. Bien que la législation de certains États n'autorise pas les nationaux de ces États à être des nationaux d'autres États, le droit international n'interdit pas la dualité ou la pluralité de nationalités: de fait, ce phénomène a été avalisé par l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui dispose:

«... Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourrait être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant.»

Il est donc nécessaire de traiter la question de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité au bénéfice d'un national ayant une nationalité double ou multiple. Le projet d'article 6 vise l'exercice de la protection diplomatique par l'un des États ou tous les États dont la personne ayant subi un préjudice est le national à l'encontre seulement d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. L'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est envisagé dans le projet d'article 7.

2) Le paragraphe 1 autorise un État de nationalité à exercer sa protection diplomatique au profit de son national même lorsque l'intéressé a la nationalité d'un ou de plusieurs autres États.

Suivant en cela le projet d'article 4, il n'exige pas de lien effectif entre le national et l'État exerçant sa protection diplomatique.

3) Bien que certains veuillent faire de l'existence d'un lien effectif entre l'État de la nationalité et son national qui a une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'a pas la nationalité, ni les décisions arbitrales<sup>68</sup> ni les textes de codification<sup>69</sup> n'exigent dans l'ensemble une telle condition. Dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral avait conclu que l'Égypte ne pouvait pas opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité persane, en ces termes:

«la règle du droit international veut que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation de l'une des puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance»<sup>70</sup>.

Cette règle a été suivie dans d'autres affaires<sup>71</sup> et a été confirmée plus récemment par le Tribunal des différends irano-américains<sup>72</sup>. La décision de la Commission de ne pas exiger de lien effectif en pareilles circonstances est logique. À la différence de la situation dans laquelle un État de nationalité présente une réclamation à un autre État de nationalité pour un double national, il n'y a pas de conflit au sujet de la nationalité lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un double national contre un État tiers.

---

<sup>68</sup> Voir la décision du Tribunal arbitral mixte yougoslavo-hongrois dans l'affaire *de Born*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, affaire n° 205 du 12 juillet 1926.

<sup>69</sup> Voir l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité; la résolution sur «*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*», adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue à Varsovie en 1965, *Résolutions de l'Institut de droit international, 1957-1991* (1992), p. 56 (art. 4 b)); le projet de Convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, 1960 (art. 23 3), dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, «Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens», *A.J.I.L.*, vol. 55, 1961, p. 548; Garcia Amador, troisième rapport sur la responsabilité des États, dans *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 64, A/CN.4/111 (art. 21 3)).

<sup>70</sup> Sentence du 8 juin 1932, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1188.

<sup>71</sup> Voir les décisions de la Commission de conciliation Italie-États-Unis dans les affaires *Mergé* du 10 juin 1955, I.L.R., vol. 22, 1955, p. 456; *Vereano*, décision n° 172, du 17 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 464 et 465; et *Stankovic* du 26 juillet 1963, *ibid.*, vol. 40, 1963, p. 155.

<sup>72</sup> Voir *Dallal c. Iran*, *Iran-U.S.C.T.R.*, vol. 3, 1983, p. 23.

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

#### **Article 7**

##### **Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité**

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

#### **Commentaire**

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

2) Dans le passé, la règle de non-responsabilité, qui interdisait à un État de nationalité de présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre l'autre État de nationalité, bénéficiait d'un large appui. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité proclame à l'article 4:

«Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national.»<sup>73</sup>.

On retrouve dans des projets de codification ultérieurs une approche analogue<sup>74</sup>, et cette position a aussi été affirmée dans des sentences arbitrales<sup>75</sup>. Dans son avis consultatif rendu en 1949 dans l'affaire de la *Réparation des dommages*, la Cour internationale de Justice qualifiait de «courante» la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité<sup>76</sup>.

3) Toutefois, dès avant 1930, il y avait eu des sentences arbitrales défendant une autre position, à savoir que l'État de la nationalité dominante ou effective pouvait présenter une réclamation au profit d'un national à l'encontre d'un autre État de nationalité<sup>77</sup>. Cette jurisprudence

---

<sup>73</sup> Voir également l'article 16 a) du projet de Convention de Harvard de 1929 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, *A.J.I.L.*, vol. 23, Supplément spécial 1929, p. 133 à 135.

<sup>74</sup> Voir l'article 23 5) du projet de Convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, *ibid.*, vol. 55, 1961, p. 548; et l'article 4 a) de la résolution sur «*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*», adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie.

<sup>75</sup> Voir l'affaire *Alexander* (1898), Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2529 (Commission des réclamations américano-britannique); affaire *Oldenbourg*, décisions et avis des Commissaires, 5 octobre 1929 au 15 février 1930, p. 97, affaire *Honey*, Autres décisions et avis des Commissaires, postérieurement au 15 février 1930, p. 13 (Commission des réclamations anglo-mexicaine), citation dans Z. R. Rode, «Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality», *A.J.I.L.*, vol. 53 (1959), p. 140 et 141; affaire *Adams et Blackmore*, décision n° 64 du 3 juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 216 et 217 (Commission des réclamations anglo-mexicaine).

<sup>76</sup> *C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.

<sup>77</sup> Affaire *James Louis Drummond 2 Knapp*, P.C. Rep., p. 295, 12 Eng. Rep., p. 492; affaires *Brignone, Milani, Stevenson et Mathinson* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela), dans Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 710, 754 à 761, 438 à 455 et 429 à 438, respectivement; affaire *Carnevaro* (Cour permanente d'arbitrage, 1912), dans Scott, *The Hague Court Reports*, vol. 1, p. 284; affaire *Hein*, des 26 avril et 10 mai 1922 (Tribunal arbitral mixte anglo-allemand), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 1, 1919-1922, affaire n° 148, p. 216; affaire *Blumenthal* (Tribunal mixte franco-allemand), *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, vol. 3 (1924), p. 616; affaire *de Montfort*, du 10 juillet 1926 (Tribunal mixte franco-allemand), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, affaire n° 206, p. 279; affaire *Pinson* (Commission mixte des réclamations France-Mexique), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, 1927-1928, affaires n°s 194 et 195, du 19 octobre 1928, p. 297 à 301; affaire *Tellech* du 25 mai 1928

devait inspirer la Cour internationale de Justice, dans un autre contexte, en l'affaire *Nottebohm*<sup>78</sup>, et elle fut expressément approuvée en 1955 par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, en ces termes:

«Le principe, fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci est celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsque cette prépondérance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle.»<sup>79</sup>.

Dans son avis, la Commission de conciliation estimait que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. Par la suite, elle allait appliquer la règle ainsi adoptée dans plus de 50 affaires concernant des doubles nationaux<sup>80</sup>. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal des réclamations irano-américain a appliqué le principe de la nationalité dominante et effective dans plusieurs affaires<sup>81</sup>. Les projets de codification récents ont avalisé cette approche. Dans son troisième rapport à la Commission sur la responsabilité des États, Garcia Amador proposait la disposition suivante:

---

(Commission tripartite des réclamations États-Unis d'Amérique, Autriche et Hongrie), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 248.

<sup>78</sup> *C.I.J. Recueil 1955*, p. 22 et 23. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas la double nationalité mais la Cour a trouvé dans des affaires dans lesquelles l'intéressé avait la double nationalité un appui pour sa conclusion selon laquelle *Nottebohm* n'avait pas de lien effectif avec le Liechtenstein. Voir aussi les décisions judiciaires citées ci-dessus à la note 65.

<sup>79</sup> I.L.R., vol. 22, 1955, p. 455, par. V.5. Voir aussi l'affaire *de Leon* n<sup>os</sup> 218 et 227 des 15 mai 1962 et 8 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 247.

<sup>80</sup> Voir, par exemple, affaire *Spaulding*, décision n<sup>o</sup> 149, I.L.R., vol. 24, 1957, p. 452; affaire *Zangrilli* du 21 décembre 1956, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 454; affaire *Cestra*, décision n<sup>o</sup> 165 du 28 février 1957, *ibid.*, vol. 24, 1956, p. 454; affaire *Puccini*, décision n<sup>o</sup> 173 du 17 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 454; affaire de la *Succession Salvoni*, décision n<sup>o</sup> 169 du 9 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 455; affaire *Ruspoli*, décision n<sup>o</sup> 170 du 15 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 457; affaire *Ganapini*, décision n<sup>o</sup> 196 du 30 avril 1959, *ibid.*, vol. 30, 1959, p. 366; affaire *Turri*, décision n<sup>o</sup> 209 du 14 juin 1960, *ibid.*, vol. 30, 1960, p. 371; affaire *Graniero*, décision n<sup>o</sup> 186 du 20 janvier 1959, *ibid.*, vol. 30, 1959, p. 451; affaire *Di Cicio*, décision n<sup>o</sup> 226 du 9 novembre 1962, *ibid.*, vol. 40, 1962, p. 148.

<sup>81</sup> Voir, en particulier, *Esphahanian v. Bank Tejarat, Iran-U.S.C.T.R.*, vol. 2, 1983, p. 166; affaire n<sup>o</sup> A/18, *ibid.*, vol. 5, 1984, p. 251; *Ataollah Golpira v. Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibid.*, vol. 2, 1983, p. 174 et I.L.R., vol. 72, p. 493.

«En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques.»<sup>82</sup>.

Orrego Vicuña avançait un point de vue analogue dans son rapport présenté en 2000 à l'Association de droit international<sup>83</sup>.

4) Bien que les deux notions diffèrent, la doctrine utilise indifféremment le terme «effectif» ou «dominant» pour décrire le lien requis entre l'État qui présente la réclamation et son national dans les cas où cette réclamation vise un autre État de nationalité. Aucun de ces deux termes n'est employé dans le projet d'article 7 pour qualifier le lien requis, et on leur a préféré «prépondérant» (predominant en anglais), qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre. Le tribunal qui examine la question doit mettre en balance le poids des nationalités concurrentes, opération dont l'essence est plus exactement rendue par l'adjectif «prépondérante» que par «effective» ou «dominante». C'est en outre le terme employé par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ du développement de la règle coutumière actuelle<sup>84</sup>.

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

---

<sup>82</sup> Document A/CN.4/111, dans *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 64, projet d'article 21, par. 4.

<sup>83</sup> «Interim Report on the "The Changing Law of Nationality of Claims"» dans *Association de droit international, Rapport de la soixante-neuvième Conférence*, 2000, p. 646, par. 11; confirmé dans le rapport final adopté par la Conférence de l'ADI tenue en 2006 à Toronto.

<sup>84</sup> I.L.R., vol. 22, 1955, p. 455.

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

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

## **Article 8**

### **Apatrides et réfugiés**

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, à la date du préjudice 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, conformément aux critères internationalement acceptés, si cette personne, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

### **Commentaire**

1) La règle générale était qu'un État ne pouvait exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. En 1931, la Commission américano-mexicaine des réclamations avait

jugé, dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, que les apatrides ne pouvaient pas bénéficier de la protection diplomatique, en disant:

«Un État ... n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage.»<sup>85</sup>.

Cette conclusion ne correspond plus à la position actuelle du droit international, que ce soit pour les apatrides ou pour les réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie (1961)<sup>86</sup> et la Convention relative au statut des réfugiés (1951)<sup>87</sup>.

2) Le projet d'article 8, qui relève du développement progressif du droit<sup>88</sup>, s'écarte de la règle traditionnelle, laquelle réserve aux seuls nationaux le bénéfice de la protection diplomatique et permet aux États d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de non-nationaux s'il s'agit d'apatrides ou de réfugiés. Bien que le projet d'article 8 doive être examiné dans le cadre des règles applicables aux apatrides et aux réfugiés, on ne tente pas de s'y prononcer sur le statut de ces personnes. On ne s'intéresse dans cet article qu'à la question de l'exercice de la protection diplomatique à leur égard.

3) Le paragraphe 1 porte sur la protection diplomatique des apatrides, sans toutefois définir cette catégorie de personnes. On en trouve la définition dans la Convention de 1954 relative au statut des apatrides<sup>89</sup>, selon laquelle ce terme désigne «une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation»<sup>90</sup>. Cette définition peut sans nul doute

---

<sup>85</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 678.

<sup>86</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

<sup>87</sup> Nations Unies, *ibid.*, vol. 189, p. 151.

<sup>88</sup> Dans l'affaire *Al Rawi & Others, R (on the Application of) v. Secretary of State for Foreign Affairs and Another* [2006] EWHC (Admin), une juridiction anglaise a estimé que le projet d'article 8 devait être considéré comme *lex ferenda* et «ne faisant pas encore partie du droit international» (par. 63).

<sup>89</sup> Nations Unies, *ibid.*, vol. 360, p. 117.

<sup>90</sup> Art. premier.

être considérée comme ayant acquis une valeur coutumière. Un État peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une telle personne, quelles que soient les circonstances dans lesquelles celle-ci est devenue apatride, pourvu qu'elle réside légalement et habituellement sur le territoire de cet État, tant au moment où le préjudice s'est produit qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée. Dans ce contexte, la notion de résidence habituelle exprime celle de résidence continue.

- 4) L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle place la barre assez haut<sup>91</sup>. Quelques membres de la Commission considéraient que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la majorité a estimé que la conjonction du caractère légal et du caractère habituel de la résidence se justifiait dans le cas d'une mesure exceptionnelle introduite *de lege ferenda*.
- 5) Le critère temporel prévu à l'article 5 figure au paragraphe 1. L'apatride doit résider légalement et habituellement sur le territoire de l'État réclamant tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.
- 6) Le paragraphe 2 prévoit la protection diplomatique des réfugiés par l'État de résidence. La protection diplomatique par l'État de résidence est particulièrement importante dans le cas du réfugié, puisque celui-ci «ne peut ou ... ne veut se réclamer de la protection de [l'État dont il a la nationalité]»<sup>92</sup> et que, s'il le fait, il court le risque de perdre son statut de réfugié dans l'État de résidence. Le libellé du paragraphe 2 suit celui du paragraphe 1. Les différences importantes qui existent entre les apatrides et les réfugiés, comme il ressort du paragraphe 3, expliquent la décision de la Commission de consacrer un paragraphe distinct à chaque catégorie.
- 7) Le critère de la résidence légale et habituelle est une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des réfugiés, comme des apatrides<sup>93</sup>, bien que l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés mette la barre moins haut, en faisant obligation

---

<sup>91</sup> Elle repose sur l'article 6, par. 4 g), de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité, où les termes «résident légalement et habituellement» sont employés à propos de l'acquisition de la nationalité. Voir aussi le projet de Convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, qui retient au nombre des personnes bénéficiant de la protection en vertu de la Convention «les apatrides ayant leur résidence habituelle dans cet État» (art. 21 3) c)).

<sup>92</sup> Convention relative au statut des réfugiés, art. 1<sup>er</sup>, sect. A.2.

<sup>93</sup> Dans ce contexte, «résidence habituelle» signifie «résidence continue».

aux États contractants de délivrer des documents de voyage aux réfugiés qui résident régulièrement sur leur territoire<sup>94</sup>. Deux facteurs justifient cette position: premièrement, le fait qu'aux termes de la Convention la délivrance de documents de voyage ne donne en aucun cas au porteur un droit à la protection diplomatique<sup>95</sup>; deuxièmement, la nécessité de fixer la barre assez haut lorsqu'on s'écarte *de lege ferenda* de la règle traditionnelle<sup>96</sup>.

8) Le terme «réfugié», au paragraphe 2, ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967, mais désigne aussi des personnes qui ne répondent pas strictement à cette définition. La Commission a envisagé d'employer l'expression «réfugiés reconnus», qui figure dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité<sup>97</sup>, et qui aurait élargi la notion pour y englober les réfugiés auxquels cette qualité est reconnue par des instruments régionaux tels que la Convention de 1969 de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique<sup>98</sup>, laquelle est communément considérée comme un modèle en matière de protection internationale des réfugiés<sup>99</sup>, et la Déclaration de Cartagena de 1984 sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, adoptée en 1985 par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains<sup>100</sup>. Cependant, la Commission a préféré ne pas fixer de limites, afin qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de toute personne qu'il considère et traite comme un réfugié<sup>101</sup>. Cela étant, ce traitement doit être fondé sur

---

<sup>94</sup> Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention que le critère du séjour (stay) est moins strict que celui de la résidence habituelle.

<sup>95</sup> Voir le paragraphe 16 de l'annexe de la Convention.

<sup>96</sup> Voir le paragraphe 4 du commentaire relatif au présent projet d'article.

<sup>97</sup> Art. 6 4) g).

<sup>98</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, p. 45. Cette convention étend la définition du réfugié à «toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité».

<sup>99</sup> Note sur la protection internationale présentée par le Haut-Commissaire pour les réfugiés, document A/AC.96/830, p. 20, par. 35.

<sup>100</sup> OEA, Assemblée générale, quinzième session ordinaire (1985).

<sup>101</sup> Ainsi, par exemple, un État pourrait exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle l'asile politique aurait été octroyé aux termes de la Convention sur l'asile territorial de Caracas (1954), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, p. 129.

des «critères internationalement acceptés» régissant la reconnaissance des réfugiés. Cette expression souligne que ce sont les normes expliquées dans différentes conventions et autres instruments internationaux qui doivent s'appliquer ainsi que les règles juridiques qui figurent dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967.

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

10) Le paragraphe 3 stipule que l'État d'accueil ne peut pas exercer sa protection diplomatique en faveur d'un réfugié contre l'État de nationalité de ce dernier. Le lui permettre aurait été en contradiction avec le raisonnement qui sous-tend le présent projet d'articles, à savoir que la nationalité est le critère prépondérant pour l'exercice de la protection diplomatique. Ce paragraphe répond également à des considérations pratiques. La plupart des réfugiés ont à se plaindre du traitement que leur a réservé leur État national, qu'ils ont fui pour échapper à des persécutions. Autoriser l'exercice de la protection diplomatique en pareils cas reviendrait à ouvrir la porte à d'innombrables réclamations internationales. De plus, la crainte que les réfugiés ne les pressent d'intenter une action en leur nom risquerait de dissuader les États d'accepter des réfugiés sur leur territoire.

11) Tant le paragraphe 1 que le paragraphe 2 disposent que l'État d'accueil «*peut* exercer la protection diplomatique». L'emploi de cet auxiliaire souligne le caractère discrétionnaire de ce droit. Au regard du droit international, les États ont le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux<sup>102</sup>. A fortiori, ce pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'il s'agit d'exercer leur protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié.

12) Le projet d'article 8 porte uniquement sur la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés, et *non* sur l'octroi de la nationalité à ces catégories de personnes. L'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié ne peut ni ne devrait être considéré comme faisant naître une attente légitime d'octroi de la nationalité. Il ressort

---

<sup>102</sup> Voir les projets d'articles 2 et 19 et les commentaires y relatifs.

clairement de l'article 28 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, lu conjointement avec le paragraphe 15 de son annexe, que la délivrance d'un document de voyage à un réfugié est sans incidence sur la nationalité du porteur. A fortiori, l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride ne devrait aucunement être interprété comme ayant une incidence sur la nationalité de la personne protégée.

### **CHAPITRE III**

#### **PERSONNES MORALES**

##### **Article 9**

##### **État de nationalité d'une société**

Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité.

##### **Commentaire**

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

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

3) Comme pour les personnes physiques, l'octroi de la nationalité à une société est «compris dans le domaine réservé»<sup>103</sup> d'un État. Suivant le dictum de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«... le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles.»<sup>104</sup>.

Bien que le droit international n'ait pas de règles propres concernant la création, la gestion et la dissolution d'une société ou concernant les droits des actionnaires et leur relation avec la société, et doive donc se guider sur le droit interne en la matière, c'est au droit international qu'il appartient de déterminer les circonstances dans lesquelles un État peut exercer la protection diplomatique au nom d'une société ou de ses actionnaires. Cette question a été traitée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* lorsqu'elle a déclaré que le droit international «attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège»<sup>105</sup>. En l'espèce, la Cour a posé deux conditions à l'acquisition de la nationalité par une société aux fins de la protection diplomatique: constitution de la société et présence de son siège dans l'État où elle a été constituée. Comme les lois de la plupart des États exigent que les sociétés constituées sous sa loi aient un siège sur le territoire de l'État considéré – même si ce n'est qu'une fiction –, la constitution est le critère le plus important aux fins de la protection diplomatique. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, cependant, la Cour n'a pas jugé suffisant le seul critère de l'incorporation pour ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique. Bien qu'elle n'ait pas réaffirmé le critère du «lien de rattachement effectif» tel qu'appliqué dans l'affaire *Nottebohm*<sup>106</sup> et ait reconnu que, «sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun

---

<sup>103</sup> Affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc*.

<sup>104</sup> *Affaire de la Barcelona Traction*, p. 34 et 35, par. 38.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 42, par. 70.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 42, par. 70. Affaire *Nottebohm*.

critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale»<sup>107</sup>, elle a estimé qu'outre les critères de la constitution et du siège social statutaire il fallait qu'il y ait un «lien étroit et permanent» entre l'État exerçant la protection diplomatique et la société<sup>108</sup>. Dans cette affaire, la Cour a constaté l'existence d'un tel lien dans le fait que la société était restée constituée au Canada pendant plus de 50 ans, qu'elle avait conservé au Canada son siège statutaire, sa comptabilité et le registre de ses actionnaires, que des réunions de son conseil d'administration s'y étaient tenues pendant de nombreuses années, que la société figurait dans les dossiers du fisc canadien et que la nationalité canadienne de la société était généralement reconnue par d'autres États<sup>109</sup>. Tout ceci signifiait, a dit la Cour, que «les rapports entre la *Barcelona Traction* et le Canada étaient donc multiples»<sup>110</sup>. En l'espèce, la Cour n'avait pas affaire à une situation dans laquelle une société s'était constituée dans un État mais avait un «lien étroit et permanent» avec un autre État. On ne peut que spéculer sur ce que la Cour pourrait avoir décidé en pareil cas. Le projet d'article 9 prévoit cependant ce type de situation.

4) Le projet d'article 9 accepte le principe fondamental de l'arrêt *Barcelona Traction* selon lequel c'est la constitution qui confère la nationalité à une société aux fins de la protection diplomatique. Il prévoit cependant une exception dans le cas particulier où il n'existe pas d'autre lien ou élément de rattachement substantiel entre l'État où elle est constituée et la société elle-même, et où il existe certains éléments de rattachement substantiels avec un autre État, auquel cas c'est ce dernier qui doit être réputé être l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique. La sagesse et l'équité imposent une telle solution. Il serait erroné de conférer uniquement et exclusivement le droit d'exercer la protection diplomatique à un État avec lequel la société n'a qu'un lien de rattachement extrêmement ténu car, dans la pratique, un tel État sera rarement disposé à protéger une telle société.

5) Le projet d'article 9 stipule que c'est en premier lieu l'État dans lequel une société est constituée qui est l'État de nationalité habilité à exercer la protection diplomatique. Lorsque, toutefois, les circonstances indiquent que la société est plus étroitement rattachée à un autre État,

---

<sup>107</sup> *C.I.J. Recueil 1970*, p. 42, par. 70.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 42, par. 71.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 42 et 43, par. 71 à 76.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 42, par. 71.

un État dans lequel se trouve son siège social réel et où s'exerce son contrôle financier, cet État sera considéré comme l'État de nationalité ayant le droit d'exercer la protection diplomatique. Certaines conditions doivent cependant être remplies pour cela. Premièrement, la société doit être contrôlée par des nationaux d'un autre État. Deuxièmement, elle ne doit pas exercer d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée. Troisièmement, le siège réel et le contrôle financier de cette société doivent être tous deux situés dans un autre État. Ce n'est que lorsque ces conditions sont cumulativement remplies que l'État dans lequel la société a son siège et dans lequel elle est financièrement contrôlée peut être considéré comme l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique.

6) Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a mis en garde contre le fait que l'octroi du droit de protection diplomatique aux États de nationalité des actionnaires risquait d'entraîner de nombreuses actions en justice qui «pourraient créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales»<sup>111</sup>. Le fait d'octroyer le droit d'exercer la protection diplomatique à plusieurs États avec lesquels une société aurait un lien ou auxquels elle serait rattachée pourrait entraîner la même confusion. Le projet d'article 9 n'autorise pas ces actions multiples. L'État de nationalité ayant le droit d'exercer la protection diplomatique est soit l'État où la société est constituée, soit, si les conditions requises sont remplies, l'État où est situé le siège réel et le contrôle financier de la société. Si le siège réel et le lieu où s'exerce le contrôle financier sont situés dans des États différents, l'État où la société est constituée demeure l'État habilité à exercer la protection diplomatique.

## Article 10

### Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur, de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.

2. Un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation.

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 49, par. 96.

3. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité à la date du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle avait été constituée.

### Commentaire

1) Les principes généraux relatifs à la condition de continuité de la nationalité ont été analysés dans le commentaire du projet d'article 5. En pratique, la continuité de la nationalité soulève moins de problèmes dans le cas des sociétés que dans celui des personnes physiques. Alors que ces dernières changent aisément de nationalité par suite de naturalisation, de mariage ou d'adoption et de succession d'États, les sociétés ne changent généralement de nationalité qu'en étant formées ou constituées à nouveau dans un autre État, auquel cas elles acquièrent une nouvelle personnalité, rompant ainsi avec la continuité de leur nationalité<sup>112</sup>. Le cas le plus fréquent où une société peut changer de nationalité sans changer de personnalité morale, c'est celui de la succession d'États.

2) Le paragraphe 1 affirme le principe traditionnel qui veut qu'un État soit en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société ayant sa nationalité tant au moment du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Il prescrit aussi la continuité de la nationalité de la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Ces prescriptions, qui s'appliquent aux personnes physiques également, sont examinées dans le commentaire du projet d'article 5. La date de la présentation officielle de la réclamation est préférée à la date de la décision la concernant pour les raisons expliquées dans le commentaire du projet d'article 5. Une exception est cependant prévue au paragraphe 2 pour couvrir les cas dans lesquels la société acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation.

---

<sup>112</sup> Voir Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela créée en vertu du Protocole du 17 février 1903, affaire *Orinoco Steamship Company*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 180. Dans cette affaire, une société constituée au Royaume-Uni avait cédé sa réclamation contre le Gouvernement vénézuélien à une société constituée aux États-Unis qui lui avait succédé. Comme le traité créant la Commission autorisait les États-Unis à présenter une réclamation au nom de leurs nationaux en pareille circonstance, la réclamation fut admise. Toutefois, le surarbitre Barge dit clairement que, sans le traité, elle n'aurait pas été permise; *ibid.*, p. 192. Voir aussi *Loewen Group Inc v. USA*, par. 220.

- 3) La prescription de la continuité de la nationalité est remplie lorsqu'une société change de nationalité par suite d'une succession d'États<sup>113</sup>. En fait, il s'agit d'une exception à la règle de la continuité de la nationalité. Cet aspect de la question est traité par la référence à «un État prédécesseur» au paragraphe 1.
- 4) Le mot «réclamation», au paragraphe 1, recouvre à la fois la réclamation présentée par la voie diplomatique et celle qui est déposée auprès d'un organe juridictionnel. Cette réclamation peut préciser la conduite que l'État responsable devrait tenir en vue de mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que la réparation devrait prendre<sup>114</sup>.
- 5) Aux termes du paragraphe 2, un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation. Ce paragraphe est destiné à prendre en considération le type de situation qui s'est présentée dans l'affaire *Loewen*<sup>115</sup>, dans laquelle une société a cessé d'exister dans l'État où la réclamation avait été présentée (le Canada) et a été réorganisée dans l'État défendeur (les États-Unis). Cette question est également examinée dans le commentaire du projet d'article 5<sup>116</sup>.
- 6) Des difficultés surgissent quand il s'agit de l'exercice de la protection diplomatique d'une société qui a cessé d'exister au regard du droit de l'État où elle avait été constituée et dont elle avait la nationalité. Si l'on considère que l'État de nationalité de cette société n'a pas la faculté de présenter une réclamation du fait que celle-ci n'existe plus au moment de la présentation de cette réclamation, aucun État ne pourra exercer sa protection diplomatique pour un préjudice causé à ladite société. Un État ne pourrait invoquer la nationalité des actionnaires pour présenter une telle réclamation, puisqu'il serait dans l'incapacité de prouver qu'il avait l'intérêt nécessaire au moment où le préjudice a été causé à la société. Cette question avait troublé plusieurs juges

---

<sup>113</sup> Voir en outre sur ce sujet l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, p. 17. Voir aussi le quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États, document A/CN.4/489, qui met en relief les difficultés entourant la nationalité des personnes morales en relation avec la succession d'États.

<sup>114</sup> Voir aussi l'article 43 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif.

<sup>115</sup> Op. cit., par. 220.

<sup>116</sup> Par. 5 et 13.

dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>117</sup>, mais elle a aussi troublé certains tribunaux et organes d'arbitrage<sup>118</sup> et auteurs<sup>119</sup>. Le paragraphe 3 suit une démarche pragmatique en autorisant l'État de nationalité d'une société à exercer sa protection diplomatique pour un préjudice subi par la société lorsqu'elle avait sa nationalité, alors qu'elle a cessé d'exister – et partant d'avoir sa nationalité – par suite de ce préjudice. Pour pouvoir le faire, l'État réclamant doit prouver que c'est à cause du préjudice à propos duquel la réclamation est présentée que ladite société a cessé d'exister. Le paragraphe 3 doit être lu conjointement avec le projet d'article 11, alinéa *a*, qui précise bien que l'État de nationalité des actionnaires ne sera pas en droit d'exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsqu'un préjudice causé à une société a entraîné sa dissolution.

## Article 11

### Protection des actionnaires

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

- a) Si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou
- b) Si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.

### Commentaire

1) Le principe le plus fondamental de la protection diplomatique des sociétés est qu'une société doit être protégée par l'État de nationalité de cette société et non par l'État ou les États de nationalité des actionnaires de la société. Ce principe a été réaffirmé avec force par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. La Cour a souligné d'emblée qu'elle ne se préoccupait que de la question de la protection diplomatique des actionnaires d'une

---

<sup>117</sup> MM. Jessup (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 193), Gros (*ibid.*, p. 277) et Fitzmaurice (*ibid.*, p. 101 et 102), de même que le juge ad hoc, M. Riphagen (*ibid.*, p. 345).

<sup>118</sup> Voir affaire *Kinhardt and Co.* (opinions émises dans le cadre de la Commission mixte États-Unis-Venezuela de 1903), p. 171, et plus particulièrement l'opinion dissidente du commissaire vénézuélien, M. Paúl, p. 180; *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, décision n° 10 du 6 décembre 1929, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 63.

<sup>119</sup> L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1969, p. 206 et 207; W. E. Beckett, «Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, (1932), p. 191; E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, (Paris, P.U.F, 1990), p. 197 à 202.

«société anonyme, dont le capital est représenté par des actions»<sup>120</sup>. Ces sociétés se caractérisent par une nette distinction entre la société et les actionnaires<sup>121</sup>. Lorsque les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un préjudice causé à la société, c'est vers la société que l'actionnaire doit se tourner pour qu'elle forme les recours voulus, car, «bien que deux entités distinctes puissent souffrir du même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés»<sup>122</sup>. Ce n'est que lorsque les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires qu'un actionnaire a un droit de recours indépendant<sup>123</sup>. Ces principes régissant la distinction entre la société et les actionnaires découlent du droit interne et non du droit international<sup>124</sup>.

2) Pour parvenir à sa décision selon laquelle l'État où une société a été constituée et non l'État de nationalité des actionnaires de la société est l'État approprié pour exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à la société, la Cour s'est fondée sur plusieurs considérations de principes. Premièrement, lorsque des actionnaires investissent dans une société qui a des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment celui que l'État de nationalité de la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard<sup>125</sup>. Deuxièmement, si l'État de nationalité des actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique, cela risquerait d'ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États, les grandes sociétés ayant fréquemment des actionnaires de nombreuses nationalités<sup>126</sup>. La Cour a indiqué à cet égard que si l'État de nationalité de l'actionnaire était habilité à agir pour le compte de celui-ci, il n'y avait pas de raison pour que chaque actionnaire ne jouisse pas de ce droit<sup>127</sup>. Troisièmement, la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double

---

<sup>120</sup> *C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 40.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 34, par. 41.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 35, par. 44.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 36, par. 47.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 37, par. 50.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 35, par. 43; p. 46, par. 86 et 87; p. 50, par. 99.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 48 et 49, par. 94 à 96.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 48, par. 94 et 95.

nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique<sup>128</sup>.

3) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a admis que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans deux situations: premièrement, lorsque la société a cessé d'exister dans le pays où elle a été constituée<sup>129</sup> – ce qui n'était pas le cas de la *Barcelona Traction*; et deuxièmement, lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable d'avoir causé le préjudice à la société et que le seul moyen de défense dont disposent les actionnaires étrangers sur le plan international est de recourir à la protection de leur État de nationalité<sup>130</sup> – ce qui n'était pas le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ces deux exceptions, qui n'ont pas été examinées de façon approfondie par la Cour dans cette affaire parce qu'elles n'étaient pas pertinentes en la matière, sont reconnues aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 11. Les actionnaires d'une société pouvant avoir la nationalité de différents États, plusieurs États de nationalité peuvent exercer la protection diplomatique sur la base de ces exceptions. Dans la pratique, cependant, les États coordonneront leurs réclamations et s'assureront que les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital social se portent parties requérantes et c'est ce qu'ils devraient faire.

4) Le projet d'article 11 se borne à traiter des intérêts des actionnaires d'une société dans la mesure où les décisions de justice sur ce sujet, y compris l'arrêt *Barcelona Traction*, ont essentiellement porté sur la question des actionnaires. Aucune décision ne fait clairement autorité quant au droit qu'a l'État de nationalité de protéger des investisseurs autres que des actionnaires, par exemple des obligataires, mandataires ou dépositaires. Il ne semble toutefois y avoir aucune bonne raison pour que l'État de nationalité ne protège pas de telles personnes<sup>131</sup>.

5) Selon l'alinéa *a* du projet d'article 11, la société doit avoir «cessé d'exister» avant que l'État de nationalité des actionnaires soit habilité à intervenir en leur faveur. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, la balance semblait pencher en faveur d'un critère moins rigoureux, qui

---

<sup>128</sup> Ibid., p. 38, par. 53; p. 50, par. 98.

<sup>129</sup> Ibid., p. 40 et 41, par. 65 à 68.

<sup>130</sup> Ibid., p. 48, par. 92.

<sup>131</sup> Telle est l'approche adoptée par le Royaume-Uni. Voir Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord: «Règles relatives aux réclamations internationales», texte reproduit dans le document A/CN.4/561/Add.1, annexe.

permettrait d'intervenir pour le compte des actionnaires lorsque la société avait «pratiquement cessé d'exister»<sup>132</sup>. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a fixé un critère plus strict pour déterminer la disparition d'une société. Elle a jugé insuffisants les critères de «paralysie» ou de «situation financière précaire» d'une société<sup>133</sup>. Elle n'a pas non plus retenu comme critère le fait que la société puisse avoir pratiquement cessé d'exister, estimant qu'il manquait «de toute précision juridique»<sup>134</sup>. Considérant que «la situation juridique de la société est seule pertinente», la Cour a déclaré: «Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement»<sup>135</sup>. Ce critère a été ultérieurement adopté par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>136</sup>.

6) Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas dit expressément que la société devait avoir cessé d'exister *au lieu de sa constitution* avant que les actionnaires soient en droit d'intervenir. Il semble néanmoins ressortir clairement du contexte de l'affaire dont la Cour était saisie que, dans son esprit, la compagnie devait avoir cessé d'exister dans l'État où elle avait été constituée et non dans l'État où elle avait subi le préjudice. La Cour était disposée à reconnaître que la société avait cessé d'exister en Espagne<sup>137</sup> mais a souligné que cela ne l'empêchait pas de continuer d'exister au Canada, État où elle avait été constituée, déclarant que: «En l'espèce, la *Barcelona Traction* est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits se soient éteints, cette situation indique plutôt que ses droits subsistent tant qu'il n'y a pas de liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister»<sup>138</sup>. Une société «naît» dans l'État où elle est constituée lorsqu'elle est

---

<sup>132</sup> Affaire *Delagoa Bay Railway Co.*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, 1906, p. 648; affaire *El Triunfo*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, 1906, p. 649; affaire *Baasch & Romer* (Commission mixte Pays-Bas-Venezuela, 28 février 1903), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 723.

<sup>133</sup> *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40 et 41, par. 65 et 66.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 41, par. 66.

<sup>135</sup> *Ibid.* Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Nervo (*ibid.*, p. 256) et Ammoun (*ibid.*, p. 319 et 320).

<sup>136</sup> Affaire *Agrotexim*, *C.E.D.H., série A* (1995) n° 330-A, p. 25, par. 68.

<sup>137</sup> *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40, par. 65. Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Fitzmaurice, *ibid.*, p. 75, et Jessup, *ibid.*, p. 194.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 41, par. 67.

enregistrée conformément à la loi et que la personnalité morale lui est octroyée. Inversement, elle «s'éteint» lorsqu'elle est liquidée dans l'État où elle a été constituée, c'est-à-dire l'État qui lui a donné l'existence. Il semble donc logique que ce soit au droit de l'État dans lequel elle a été constituée qu'il appartienne de dire si une société a cessé d'exister et n'est plus capable de fonctionner en tant que personne morale.

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

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

9) On trouve dans la pratique des États, dans des sentences arbitrales<sup>139</sup> et dans la doctrine un certain appui à une telle exception. Il est significatif que ce soit dans les sentences relatives à trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été *obligée* de se constituer dans l'État auteur du préjudice: *Delagoa Bay Railway*<sup>140</sup>, *Mexican Eagle*<sup>141</sup> et *El Triunfo*<sup>142</sup>, que se trouvent les

---

<sup>139</sup> Affaires *Delagoa Bay Railway Company*; *Mexican Eagle (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272 à 1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841; *El Triunfo*, sentence du 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 467; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, sentence du 5 août 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 790. Pour un examen complet de la doctrine, voir L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales ...* op. cit.; M. Jones, «Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies», *BYBIL*, vol. 26, 1949, p. 225. Voir également E. Jimenez de Aréchaga, «International Responsibility», Max Sørensen (dir. publ.) in *Manual of International Law*, (New York, St. Martins Press, 1968), p. 580 et 581.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> Ibid.

arguments les plus forts en faveur de l'intervention de l'État de nationalité des actionnaires. Rien n'indique dans ces sentences que ledit État n'est en droit d'intervenir que dans cette circonstance, mais il ne fait aucun doute que c'est dans ce cas-là que l'intervention est le plus nécessaire. À l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État étranger ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu ce qui suit:

«Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger»<sup>143</sup>.

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

«Certes, on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un État devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'État des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'État national de la *Barcelona Traction*.»<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, (Washington D.C., USA Department of State, 1967), p. 1273 et 1274.

<sup>144</sup> *C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92.

Dans leurs opinions individuelles relatives à l'arrêt *Barcelona Traction*, les juges Fitzmaurice<sup>145</sup>, Tanaka<sup>146</sup> et Jessup<sup>147</sup> se sont prononcés sans réserve en faveur du droit de l'État national des actionnaires d'intervenir lorsqu'un préjudice est causé à la société par l'État où elle a été constituée<sup>148</sup>. Bien que Fitzmaurice<sup>149</sup> et Jessup<sup>150</sup> aient tous deux concédé que le besoin d'une telle règle soit particulièrement fort lorsque la condition préalable à l'exercice de l'activité d'une société dans un État était qu'elle ait été constituée en vertu de la loi de cet État, aucun d'eux n'était disposé à admettre que la règle soit limitée à de telles circonstances. Par contre, les juges Padilla Nervo<sup>151</sup>, Morelli<sup>152</sup> et Ammoun<sup>153</sup> se sont fermement élevés contre cette exception.

11) C'est surtout dans le contexte des traités que des changements sont apparus après l'arrêt *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'exception en question. Il n'en ressort pas moins une tendance en faveur de la thèse selon laquelle les actionnaires d'une société peuvent intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable d'un préjudice causé à la société<sup>154</sup>. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*<sup>155</sup>, une chambre de la Cour internationale de Justice a autorisé les États-Unis à formuler une demande en réparation contre l'Italie pour des préjudices subis par une société italienne dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines. La Cour ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de

---

<sup>145</sup> Ibid., p. 72 à 75.

<sup>146</sup> Ibid., p. 134.

<sup>147</sup> Ibid., p. 191 à 193.

<sup>148</sup> Le juge Wellington Koo a aussi appuyé cette position dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Hight and Power Company Limited, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1964, p. 58, par. 20.

<sup>149</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 73, par. 15 et 16.

<sup>150</sup> Ibid., p. 191 et 192.

<sup>151</sup> Ibid., p. 257 à 259.

<sup>152</sup> Ibid., p. 240 et 241.

<sup>153</sup> Ibid., p. 318.

<sup>154</sup> Voir *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, affaire n° 129 du 24 octobre 1985, I.L.R., vol. 84, p. 484 et 496 (interprétant l'article VII (2) de la Déclaration d'Alger sur le règlement des différends); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, *ICSID Reports*, vol. 2 (1994), p. 346 (interprétant l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159).

<sup>155</sup> C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

sa conclusion avec celle à laquelle elle était parvenue dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ni sur la question de l'exception laissée sans réponse dans le même arrêt, en dépit du fait que l'Italie eut objecté que la société dont les droits auraient été violés était constituée en Italie et que les États-Unis cherchaient à protéger les droits d'actionnaires de la société<sup>156</sup>. Ce silence pourrait s'expliquer par le fait que la Chambre n'avait pas à évaluer le droit international coutumier, mais à interpréter un traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation, qui prévoyait la protection des actionnaires américains à l'étranger. Par contre, la Chambre était manifestement saisie de la question de l'exception à l'étude<sup>157</sup>. Il est donc possible d'en déduire un appui à l'exception en faveur du droit de l'État des actionnaires d'une société d'intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société<sup>158</sup>.

12) Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, mais les opinions étaient partagées sur le point de savoir si la pratique des États et les sentences arbitrales la reconnaissait et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Les décisions arbitrales qui affirmaient le principe consacré par cette exception étaient souvent fondées sur des accords spéciaux entre États accordant aux actionnaires le droit de demander à être indemnisés et ne reflétaient donc pas nécessairement une règle générale de droit international coutumier<sup>159</sup>. L'*obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka ont incontestablement donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, ne serait-ce que dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance<sup>160</sup>. Dans ces circonstances, il serait possible d'appuyer une exception générale sur la base d'une décision judiciaire. Or, l'alinéa *b* du projet

---

<sup>156</sup> Ibid., p. 64 (par. 106), 79 (par. 132).

<sup>157</sup> Cela ressort clairement d'un échange d'arguments entre les juges Oda, ibid., p. 87 et 88 et Schwebel, ibid., p. 94 sur le sujet.

<sup>158</sup> Cette vue a été exprimée par Yoram Dinstein, «*Diplomatic Protection of Companies under International Law*», in K. Wellens (dir. publ.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, (La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 505.

<sup>159</sup> Voir le commentaire des États-Unis à cet effet, dans le document A/CN.4/561, p. 36.

<sup>160</sup> Conformément aux Règles relatives aux réclamations internationales adoptées par le Royaume-Uni en 1985, «lorsqu'un national du Royaume-Uni a un intérêt, en qualité d'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État et dont elle a donc la nationalité et que cet État cause un préjudice à la société, le Gouvernement de sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts de ce national du Royaume-Uni» (art. VI); reproduit in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 1988, p. 1007, et dans le document A/CN.4/561/Add.1, annexe.

d'article 11 ne va pas si loin. Il limite plutôt cette exception à ce que l'on a appelé une «société Calvo», c'est-à-dire une société dont la constitution, comme la clause Calvo, a pour objet de la mettre à l'abri des règles du droit international relatif à la protection diplomatique. Elle limite l'exception au cas où la société avait, à la date du préjudice (autre critère restrictif), la nationalité de l'État qui est réputé être responsable du préjudice et où sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État. Il n'est pas nécessaire que le droit de cet État rende la constitution de la société obligatoire. D'autres types de contrainte peuvent avoir pour conséquence qu'une société soit «obligée» de se constituer dans cet État.

## Article 12

### Atteinte directe aux droits des actionnaires

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

### Commentaire

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

«... des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires, même si leurs intérêts en souffrent.

... La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant.»<sup>161</sup>.

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

---

<sup>161</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 46 et 47.

2) La question de la protection des droits propres des actionnaires a été examinée par la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*<sup>162</sup>. Néanmoins, dans cette affaire, les droits en question, par exemple les droits des actionnaires d'organiser, de contrôler et de gérer la société, étaient énoncés dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'il était demandé à la Chambre d'interpréter, et celle-ci n'a pas exposé les règles du droit international coutumier sur ce sujet. Dans l'affaire *Agrotexim*<sup>163</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a reconnu le droit des actionnaires à être protégés contre la violation directe de leurs droits, mais a jugé qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation<sup>164</sup>.

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

4) Le projet d'article 12 ne précise pas quel est le système juridique applicable pour déterminer quels sont les droits propres des actionnaires par opposition à ceux de la société. Dans la plupart des cas, cette question doit être tranchée par le droit interne de l'État où celle-ci a été constituée. On pourrait néanmoins invoquer les principes généraux de droit lorsque la société

---

<sup>162</sup> *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

<sup>163</sup> *Série A n° 330-A*.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 23, par. 62.

a été constituée dans l'État auteur du fait illicite, pour faire en sorte que les actionnaires étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement discriminatoire<sup>165</sup>.

## Article 13

### Autres personnes morales

Les principes énoncés dans le présent chapitre s'appliquent, le cas échéant, à la protection diplomatique de personnes morales autres que des sociétés.

### Commentaire

- 1) Les dispositions du présent chapitre ont été axées jusqu'ici sur un type particulier de personne morale, la société. Il y a deux explications à cela. Premièrement, les sociétés, à la différence d'autres personnes morales, ont certains traits communs et uniformes: ce sont des entreprises à but lucratif dont le capital est généralement constitué d'actions dans lesquelles une distinction nette est établie entre l'entité qu'est la société et les actionnaires, la responsabilité de ces derniers étant limitée. Deuxièmement, le commerce et les investissements étrangers sont principalement le fait de la société, et non de l'entreprise publique, de l'université, de la municipalité, de la fondation et autres personnes morales de ce type. Non contentes d'animer la vie économique internationale, les sociétés sont aussi au cœur du règlement des différends internationaux. La protection diplomatique des personnes morales s'entend principalement de la protection des investissements étrangers. C'est pourquoi la société est la personne morale qui occupe la place centrale dans le domaine de la protection diplomatique; c'est la raison aussi pour laquelle le présent projet d'articles est consacré, et doit l'être, en grande partie à cette entité.
- 2) Dans l'acception ordinaire du mot, la «personne» s'entend d'un être humain. Au sens juridique, cependant, une «personne» s'entend de tout être, objet, association ou institution auquel la loi reconnaît la capacité d'acquérir des droits et de contracter des obligations. Il est loisible à un système juridique de conférer la personnalité juridique à tout objet ou association de son choix. L'octroi de la personnalité juridique varie selon les systèmes juridiques et n'obéit pas à des règles uniformes.

---

<sup>165</sup> Dans son opinion individuelle dans l'affaire *ELSI*, M. Oda a évoqué «les principes généraux de droit concernant les sociétés» s'agissant des droits des actionnaires: *C.I.J. Recueil 1989*, p. 87 et 88.

3) Il existe un débat jurisprudentiel au sujet de la nature juridique de la personnalité morale et, en particulier, quant à la genèse d'une personne morale. Selon la théorie de la fiction, une personne morale ne peut voir le jour que moyennant un acte formel de constitution par l'État. Autrement dit, une entité autre qu'une personne physique peut obtenir les attributs de la personnalité par un acte de l'État qui l'assimile en vertu d'une fiction juridique à une personne physique, sous réserve des limitations que la loi peut imposer. Selon la théorie réaliste en revanche, l'existence de la personne morale est un fait et n'est pas tributaire de la reconnaissance par l'État. Dès lors qu'une association ou une entité agit en fait comme une entité juridique distincte, elle devient une personne morale, avec tous les attributs de celle-ci, sans qu'il soit nécessaire que l'État lui octroie la personnalité juridique. Quoi qu'on puisse penser de la théorie dite réaliste, il est évident qu'une personne morale ne saurait exister sans une forme de reconnaissance par la loi, c'est-à-dire par un système juridique interne. C'est ce qu'ont souligné la Cour européenne de justice<sup>166</sup> et la Cour internationale de Justice<sup>167</sup>.

4) Étant créées par le droit interne, les personnes morales sont extrêmement diverses. Ce peuvent être des sociétés, des entreprises publiques, des universités, des écoles, des fondations, des églises, des collectivités locales, des associations à but non lucratif, des organisations non gouvernementales, voire des partenariats (dans certains pays). Le fait qu'il ne soit pas possible de prêter à toutes ces personnes morales des traits communs et uniformes explique pourquoi les auteurs de droit international public et de droit international privé limitent dans une large mesure leur examen des personnes morales dans le cadre du droit international à la société. Il convient néanmoins de s'intéresser aux personnes morales autres que les sociétés dans le contexte de la protection diplomatique. Il ressort de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale qu'une commune<sup>168</sup> ou une université<sup>169</sup> peut être considérée dans certaines circonstances comme une personne morale et un national d'un État.

---

<sup>166</sup> Cour européenne de justice, affaire n° 81/87, *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust* [1988] ECR 5483, par. 19.

<sup>167</sup> Affaire de la *Barcelona Traction*, Arrêt, p. 34 et 35, par. 38.

<sup>168</sup> Dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, (Fond)*, la Cour permanente a jugé que la commune de Ratibor faisait partie de la catégorie des «nationaux allemands» au sens de la Convention germano-polonaise relative à la Haute-Silésie de 1922, *C.P.J.I. série A n° 7*, p. 73 à 75.

<sup>169</sup> Dans *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. État tchécoslovaque)*, Arrêt, la Cour permanente a jugé que l'Université était un national hongrois au sens de l'article 250 du Traité de Trianon et qu'elle était donc habilitée à exiger la restitution des biens qui lui appartenaient, *C.P.J.I. série A/B n° 61*, p. 208 et 227 à 232.

On ne voit pas pourquoi une telle personne morale n'aurait pas droit à la protection diplomatique, lorsqu'elle subit un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité autonome ne faisant pas partie de l'appareil de l'État protecteur<sup>170</sup>. Les fondations à but non lucratif, dont les avoirs sont affectés par un donateur ou un testateur à des fins caritatives, sont des personnes morales qui n'ont pas de membres. De nombreuses fondations actuelles financent des projets à l'étranger afin d'encourager la santé, la protection sociale, les droits des femmes, les droits de l'homme et l'environnement dans des pays en développement. Au cas où de telles personnes morales seraient victimes d'un fait internationalement illicite de l'État hôte, il est probable qu'elles bénéficieraient de la protection diplomatique de l'État sous les lois duquel elles ont été constituées. Les organisations non gouvernementales qui luttent pour de nobles causes à l'étranger semblent devoir appartenir à la même catégorie que les fondations<sup>171</sup>.

5) Du fait de la diversité des buts et des structures des personnes morales autres que les sociétés, il est impossible d'établir des dispositions distinctes concernant la protection diplomatique des différents types de personne morale. La façon la plus sage, et réaliste, de procéder est de rédiger une disposition qui étende les principes de la protection diplomatique adoptés pour les sociétés à d'autres personnes morales, sous réserve des modifications à apporter pour tenir compte des différentes caractéristiques de chaque personne morale. C'est ce à quoi tend la disposition proposée. Elle prévoit que les principes concernant l'État de nationalité des sociétés et l'application du principe de la continuité de la nationalité d'une société, énoncés dans le présent chapitre, s'appliquent «le cas échéant» à la protection diplomatique de personnes morales autres que les sociétés. Il faudra que les autorités ou les juridictions compétentes examinent la nature et les fonctions de la personne morale en cause pour décider s'il serait approprié de lui appliquer l'une quelconque des dispositions du présent chapitre. La plupart des personnes morales autres que les sociétés n'ont pas d'actionnaires, si bien que seuls les projets

---

<sup>170</sup> La protection diplomatique étant une procédure réservée à la protection des personnes physiques ou morales qui ne font pas partie de l'appareil de l'État, il s'ensuit que, dans la plupart des cas, une commune, en tant que subdivision de l'administration locale, ou une université financée par l'État et contrôlée par celui-ci en dernier ressort, ne réunit pas les conditions requises pour jouir de la protection diplomatique, quoiqu'elle pourrait être protégée par d'autres règles traitant du problème des organes de l'État. Les universités privées pourraient avoir droit à la protection diplomatique; il en irait de même des écoles privées, dès lors que le droit interne leur octroierait la personnalité juridique.

<sup>171</sup> Voir aussi K. Doehring, «*Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations*», dans *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, M. Rama-Montaldo (dir. publ.) (Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 1994), p. 571 à 580.

d'articles 9 et 10 pourraient, le cas échéant, leur être appliqués. Si toutefois la personne morale a des actionnaires, les projets d'articles 11 et 12 pourront aussi lui être appliqués<sup>172</sup>.

## TROISIÈME PARTIE

### RECOURS INTERNES

#### Article 14

#### Épuisement des recours internes

1. Un État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve du projet d'article 15, épuisé tous les recours internes.
2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les autorités judiciaires ou administratives, ordinaires ou spéciales, de l'État prétendument responsable du préjudice.
3. Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite, principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8.

#### Commentaire

1) Le projet d'article 14 vise à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour internationale de Justice l'a reconnue comme «une règle bien établie du droit international coutumier»<sup>173</sup> et, dans l'affaire *Elettronica Sicula* (ELSI), une chambre de la Cour a salué en elle «un important principe du droit international coutumier»<sup>174</sup>. 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»<sup>175</sup>. La Commission du droit international a déjà examiné la question

---

<sup>172</sup> Tel serait le cas de la société à responsabilité limitée des pays de tradition romaine, hybride de *corporation* et de *partnership*.

<sup>173</sup> Affaire de l'*Interhandel* (*Suisse c. États-Unis d'Amérique*), Exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

<sup>174</sup> *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

<sup>175</sup> Affaire de l'*Interhandel*, p. 27.

de l'épuisement des recours internes dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États et en a conclu qu'il s'agit là d'un «principe du droit international général» étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine<sup>176</sup>.

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. Les personnes autres que les nationaux de l'État exerçant sa protection, qui ont droit à la protection diplomatique dans les circonstances exceptionnelles prévues dans le projet d'article 8, sont elles aussi tenues d'épuiser les recours internes.

3) L'expression «tous les recours internes» doit s'entendre sous réserve du projet d'article 15, qui expose les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés.

4) Les recours ouverts à un étranger qui doivent être épuisés avant que la protection diplomatique puisse être exercée 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<sup>177</sup>. Tout d'abord, il est évident que l'étranger est tenu d'épuiser tous les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. Même si ce recours ne lui est pas ouvert de droit mais que la juridiction supérieure peut, si elle le juge bon, accorder l'autorisation de former un recours, l'étranger doit néanmoins lui demander cette autorisation<sup>178</sup>. À ce propos, les juridictions comprennent à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux extraordinaires, car «la question

---

<sup>176</sup> Art. 22 adopté en première lecture, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* et rectificatif (A/51/10 et Corr.1), chap. III D 1; *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 30 à 50; commentaire de l'article 44 adopté en seconde lecture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 327 à 330.

<sup>177</sup> Dans l'affaire *Ambatielos* du 6 mars 1956, 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», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 120. Sur ce sujet, voir aussi C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2004), p. 182 à 192.

<sup>178</sup> On citera, à titre d'exemple, la procédure de *certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis.

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»<sup>179</sup>.

5) Les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui peuvent aboutir à une décision obligatoire. Il n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent ni les recours dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»<sup>180</sup> ni les recours gracieux<sup>181</sup>, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure. Le recours en grâce et le fait de s'adresser à un médiateur entrent généralement dans cette catégorie<sup>182</sup>.

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, les principaux arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice 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»<sup>183</sup>.

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

---

<sup>179</sup> *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57, Commission européenne des droits de l'homme, 1958-1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 2, p. 438 (référence à l'avis exprimé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1954 (*Annuaire*, 1956, vol. 46, p. 364)). Voir aussi l'affaire *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57, *ibid.*, p. 318 à 322.

<sup>180</sup> *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56, 1958-1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 2, p. 238.

<sup>181</sup> Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of Certain Finnish Vessels During the War (*Arbitrage relatif aux navires finlandais*), 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1479.

<sup>182</sup> Voir *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, par. 135 à 143.

<sup>183</sup> *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15, par. 59.

«[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»<sup>184</sup>.

7) L'État demandeur 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<sup>185</sup>. Il ne peut se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de la demande au niveau national<sup>186</sup>.

8) Le projet d'article 14 ne prend pas acte de la «clause Calvo»<sup>187</sup>, procédé utilisé principalement par les pays latino-américains à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> pour n'ouvrir aux étrangers que les voies de recours locales en les obligeant à renoncer aux recours internationaux en ce qui concerne les litiges portant sur des contrats passés avec l'État hôte. La validité d'une telle clause a été vigoureusement contestée par les États exportateurs de capitaux<sup>188</sup> au motif qu'un étranger n'a pas le droit, conformément à la règle *Mavrommatis* de renoncer à un droit appartenant à l'État et non à ses nationaux. Ce nonobstant, la «clause Calvo» a été considérée comme une coutume régionale d'Amérique latine, consubstantielle de l'identité nationale de nombreux États. Il est difficile de concilier la «clause Calvo» et le droit international si l'on doit l'interpréter comme un renoncement absolu au recours à la protection internationale relativement à une action de l'État hôte qui constituerait un fait internationalement illicite (par exemple un déni de justice), ou si le dommage subi par l'étranger intéressait directement l'État de nationalité de ce dernier<sup>189</sup>. Les objections à la validité de la «clause Calvo» au regard du droit international général sont certainement moins convaincantes

---

<sup>184</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1502.

<sup>185</sup> Affaire *Ambatielos*, p. 120.

<sup>186</sup> D. P. O'Connell, *International Law* (Londres, Stevens and Sons, 1970), vol. 2, p. 1059.

<sup>187</sup> Du nom de l'éminent juriste argentin Carlos Calvo (1824-1906).

<sup>188</sup> Voir, d'une manière générale, D. R. Shea *The Calvo Clause: A problem of Interamerican and International Law and Diplomacy* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955).

<sup>189</sup> *North American Dredging Company (États-Unis c. Mexique)* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 26.

dès lors que l'on admet que les droits protégés dans le cadre de la protection diplomatique sont ceux de la personne protégée et non ceux de l'État protecteur<sup>190</sup>.

9) Le paragraphe 3 stipule que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé «indirectement», c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité. 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<sup>191</sup>.

10) En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte» lorsqu'elle «mêle» des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux. De nombreux différends portés devant la Cour internationale de Justice correspondaient à ce cas de figure. Dans l'affaire dite des *Otages*<sup>192</sup>, 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*, 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 des *Otages*, 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. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il y avait eu une atteinte directe à la République démocratique du Congo et à son national (le Ministre des affaires étrangères) mais la Cour a estimé que la requête n'avait pas été introduite dans le cadre d'une action en protection d'un national, si bien qu'il n'était pas nécessaire que toutes les voies de recours internes eussent été épuisées<sup>193</sup>. Dans l'affaire *Avena*, le Mexique cherchait à protéger ses nationaux en attente d'exécution aux États-Unis par la voie de la Convention de Vienne sur

---

<sup>190</sup> Voir le paragraphe 5) du commentaire du projet d'article premier.

<sup>191</sup> Voir d'une manière générale sur ce sujet C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, op. cit., p. 145 à 168.

<sup>192</sup> Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

<sup>193</sup> Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 18, par. 40.

les relations consulaires, déclarant «avoir subi lui-même [un préjudice], directement et à travers ses ressortissants» du fait que les États-Unis n'avaient pas octroyé à ses nationaux l'accès aux autorités consulaires mexicaines conformément au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention. La Cour a accueilli cet argument en raison de l'«interdépendance des droits de l'État et des droits individuels»<sup>194</sup>.

11) 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 Cour internationale de Justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait en partie 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»<sup>195</sup>.

Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou «en l'absence de», pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère «en l'absence de». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. C'est pourquoi un seul critère est retenu au paragraphe 3 – celui de la prépondérance.

12) 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 une haute

---

<sup>194</sup> C.I.J. Recueil 2004, p.12, par. 40.

<sup>195</sup> C.I.J. Recueil 1989, p. 43, par. 52. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel*, ibid., 1959, p. 28.

personnalité du gouvernement<sup>196</sup>, un agent diplomatique<sup>197</sup> ou un bien de l'État<sup>198</sup>, la réclamation sera normalement directe et, lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national en tant que simple particulier, elle sera indirecte.

13) Le paragraphe 3 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<sup>199</sup>, 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<sup>200</sup>.

14) Le projet d'article 14 exige que la personne lésée ait elle-même épuisé tous les recours internes. Ceci n'exclut pas la possibilité que l'épuisement des recours internes résulte du fait qu'une autre personne a soumis le fond de la même réclamation devant une juridiction de l'État défendeur<sup>201</sup>.

## Article 15

### Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

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

- a) Il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation;

---

<sup>196</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, C.I.J. Recueil 2002, p. 18, par. 40.

<sup>197</sup> *Affaire des Otages*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

<sup>198</sup> *Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, (Fond), C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

<sup>199</sup> *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens*, du 27 mars 1946, entre les États-Unis d'Amérique et la France, décision du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 415; *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. 29, par. 41.

<sup>200</sup> Voir l'affaire de l'*Interhandel*, p. 28 et 29, et l'affaire *ELSI*, p. 43.

<sup>201</sup> Voir l'affaire *ELSI*, p. 46, par. 59.

- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable;
- c) Il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice;
- d) La personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes; ou
- e) L'État prétendument responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

### Commentaire

1) Le projet d'article 15 vise les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Les alinéas *a* et *b*, qui concernent les cas où les tribunaux internes n'offrent aucune possibilité de réparation, et les alinéas *c* et *d*, 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 *e* vise une situation différente – celle qui se présente lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle.

#### Alinéa *a*

2) L'alinéa *a* vise l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes parfois dite, sans autre précision, de «futilité» ou d'«inefficacité». Trois options doivent être prises en considération pour formuler une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés du fait de dysfonctionnements dans l'administration de la justice:

- i) Les recours internes sont à l'évidence futiles;
- ii) Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès;
- iii) Les recours internes n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace.

Ces options ont toutes trois des partisans.

3) Le critère de la «futilité manifeste», exposé par l'arbitre Bagge dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, fixe 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<sup>202</sup>, est trop généreux pour le demandeur. Reste la troisième option, qui, sans être aussi stricte que la formule «futilité manifeste», n'en impose pas moins une lourde charge au demandeur en l'obligeant à prouver que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'État défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace. Ce critère trouve son origine dans une opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*<sup>203</sup> et il a l'appui d'une partie de la doctrine<sup>204</sup>, mais il n'inclut pas la notion de recours internes «disponibles» que la Commission a consacrée dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>205</sup> et qui est parfois considérée comme un élément de la règle par les tribunaux<sup>206</sup> et par la doctrine<sup>207</sup>. Pour cette raison, le critère énoncé à l'alinéa *a* exige également qu'il n'y ait pas de «recours internes raisonnablement disponibles» pour accorder une réparation efficace, ou que les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation. Sous cette forme, ce critère 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<sup>208</sup>; que les tribunaux ne peuvent

---

<sup>202</sup> *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 712/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 400; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 8022/77, 8027/77, *Commission européenne des droits de l'homme, décisions et rapports*, vol. 18, p. 74. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture, *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), par. 48.

<sup>203</sup> Affaire relative à certains emprunts norvégiens (*France c. Norvège*), Arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 39.

<sup>204</sup> G. Fitzmaurice «Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge», *BYBIL* vol. 37 (1961), p. 60 et 61; M. Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen» dans G. Ress et T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker – und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966), p. 70.

<sup>205</sup> L'article 44 exige que les recours internes soient «disponibles et efficaces».

<sup>206</sup> Dans l'affaire *Loewen Group Inc v. USA*, le tribunal a déclaré que la règle de l'épuisement des recours internes obligeait la personne lésée à «épuiser les recours qui sont efficaces et adéquats et qui sont raisonnablement disponibles» (par. 168).

<sup>207</sup> C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, op. cit., p. 181 et 182 et p. 203 et 204.

<sup>208</sup> Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, p. 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, rapportée dans *A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, p. 789; *Claims of R. Gelbtrunk and the «Salvador Commercial Co.» et al.*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 476 et 477; *The Lottie May Incident*, Arbitrage entre le Honduras et le Royaume-Uni, du 18 avril 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 31; opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'affaire des *Emprunts norvégiens*, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 39 et 40; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1535.

pas connaître de la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger<sup>209</sup>; que les tribunaux internes manquent notablement d'indépendance<sup>210</sup>; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à l'étranger<sup>211</sup>; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant<sup>212</sup>; ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire<sup>213</sup>.

4) Pour satisfaire les conditions énoncées à l'alinéa *a*, il ne suffit pas que la personne lésée établisse que la probabilité d'obtenir gain de cause est faible ou qu'il serait difficile ou coûteux d'interjeter appel. Il ne s'agit pas de savoir si un résultat favorable est probable ou possible mais si l'ordre juridique interne de l'État défendeur est raisonnablement en mesure d'offrir une réparation efficace. Ce point doit être tranché à la lumière du droit interne et des circonstances. C'est une question qui relève de la juridiction internationale compétente chargée d'examiner l'épuisement des recours internes. La décision y relative doit être prise en partant de l'hypothèse que la demande est fondée<sup>214</sup>.

#### 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

---

<sup>209</sup> *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, p. 789. Voir aussi *Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond)*, 1933, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1405; affaire *Ambatielos*, *ibid.*, vol. XII, p. 119; affaire de l'*Interhandel*, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 28.

<sup>210</sup> *Affaire Robert E. Brown*, du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 120; affaire *Vélasquez Rodríguez*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 4, par. 56 à 78.

<sup>211</sup> *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, p. 18; *SS «Lisman»*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1773; *SS «Seguranca»*, *ibid.*, p. 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 1956, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1, p. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, *ibid.*, vol. 2, p. 344; *X. c. Autriche*, *ibid.*, vol. 3, p. 202.

<sup>212</sup> *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1496 et 1497; affaire *Vélasquez Rodríguez; Yağci and Sargin c. Turquie*, Arrêt du 8 juin 1995, *Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions*, n° 319, p. 17, par. 42; *Hornsby c. Grèce*, Arrêt du 19 mars 1997, 1997-II, *ibid.*, n° 33, p. 509, par. 37.

<sup>213</sup> *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 9 avril 1996, I.L.R., vol. 107, 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; résolution 1a/88, affaire 9755, *Ann. Rep Int. Am. Com HR 1987/88*.

<sup>214</sup> *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1504; affaire *Ambatielos*, p. 119 et 120.

par les essais de codification<sup>215</sup>, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique en la matière<sup>216</sup>, les décisions judiciaires<sup>217</sup> et la doctrine. Il est difficile de donner un contenu ou une signification objectifs à la formule «retard abusif» comme d'essayer de fixer le délai 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 anglo-mexicaine 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.»<sup>218</sup>.

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* du projet d'article 15 aux termes duquel il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles ou lorsqu'«[ils] n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une ... réparation [efficace]», ne couvre pas les situations dans lesquelles

---

<sup>215</sup> Voir l'analyse des premières tentatives de codification que *F. V. Garcia-Amador* faisait dans son premier rapport, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 223 à 226; voir aussi l'article 19 2) du projet de Convention de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, élaboré par l'équipe Harvard Research on International Law, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 55, 1961, p. 577.

<sup>216</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 (art. 1<sup>er</sup>, par. 1 c)); Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 46 2 c)); *Weinberger c. Uruguay*, communication 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Sélection de décisions*, vol. 1, p. 59; *Las Palmeras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, *Decisions and Judgments*, n° 67, par. 38 (4 février 2000); *Erdoğan c. Turquie*, requête n° 19807/92, n° 84 A, Commission européenne des droits de l'homme (1996), *décisions et rapports*, p. 15.

<sup>217</sup> *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, décision n° 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 198. Voir aussi affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless*, exceptions préliminaires, 1933, *C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 4.

<sup>218</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 198.

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 efficaces, 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 alors qu'il survolait le territoire d'un autre État. 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.

8) Certains auteurs font valoir que dans toutes les affaires où l'on a exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait un certain lien entre l'individu lésé et l'État défendeur (présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou relation contractuelle avec l'État défendeur, par exemple)<sup>219</sup>. 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 (par exemple, l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl, près de Kiev, en Ukraine, en 1986, 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* où la Bulgarie avait abattu un appareil d'El Al qui avait accidentellement pénétré dans son espace aérien). 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

---

<sup>219</sup> Voir Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 169; T. Meron, «The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies», *BYBIL*, vol. 35 (1959), p. 94.

volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il serait 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*<sup>220</sup> et *Salem*<sup>221</sup>, il est d'autres affaires<sup>222</sup> 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*<sup>223</sup> que dans celle de l'*Incident aérien (Israël c. Bulgarie)*<sup>224</sup>, des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la Cour internationale ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la *Fonderie de Trail*<sup>225</sup>, 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<sup>226</sup>, 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.

---

<sup>220</sup> La Cour internationale de Justice 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», *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27. Pas d'italiques dans l'original.

<sup>221</sup> Dans l'affaire *Salem*, 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», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1202.

<sup>222</sup> *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1504; *Ambatielos*, p. 99.

<sup>223</sup> Affaire relative à certains emprunts norvégiens (*France c. Norvège*), plaidoiries de la France, *C.I.J. Mémoires 1957*, vol. I, p. 408.

<sup>224</sup> *Affaire relative à l'Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)* (Exceptions préliminaires), Plaidoiries d'Israël, *C.I.J. Mémoires 1959*, p. 531 et 532.

<sup>225</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905.

<sup>226</sup> L'affaire *Virginus*, rapportée dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. 2, 1906, p. 903; l'affaire *Jessie*, rapportée dans *A.J.I.L.*, vol. 16, 1922, p. 114 à 116.

10) Le terme «lien volontaire» n'a pas été utilisé à l'alinéa *c* pour définir cette exception, 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. Il serait difficile en pratique de prouver l'existence d'un tel critère subjectif. C'est pourquoi l'alinéa *c* exige un «lien pertinent», et non un lien volontaire, 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» est celui qui permet 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. Il ne doit pas y avoir de «lieu pertinent» entre la personne lésée et l'État défendeur à la date du préjudice.

#### Alinéa *d*

11) L'alinéa *d* est conçu pour donner au tribunal le pouvoir de ne pas exiger que les recours internes aient été épuisés lorsque, étant donné les circonstances de l'espèce, il serait manifestement déraisonnable de s'attendre à ce que cette règle fût respectée. Cet alinéa, qui relève du développement progressif, doit être interprété de manière stricte, et il appartient à la personne lésée de prouver non seulement qu'il existe des obstacles et des difficultés sérieux s'agissant d'épuiser les recours internes mais qu'elle est «manifestement» empêchée d'exercer ces recours. On n'a pas tenté d'établir une liste exhaustive des facteurs susceptibles de constituer cette exception. Peuvent relever des circonstances dans lesquelles l'épuisement des recours internes est manifestement impossible le fait pour l'État défendeur d'empêcher la personne lésée d'entrer sur son territoire, soit en application de la loi soit par des menaces contre sa sécurité personnelle, l'empêchant ainsi de saisir les tribunaux internes, ou la situation dans laquelle des organisations criminelles dans l'État défendeur empêcheraient l'intéressé d'introduire une instance devant ces tribunaux. Bien que la personne lésée soit censée prendre à sa charge le coût des procès devant les tribunaux de l'État défendeur, ce coût peut, dans certaines circonstances,

être prohibitif et «empêcher manifestement» le respect de la règle de l'épuisement des recours internes<sup>227</sup>.

Alinéa e

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.»<sup>228</sup>.

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.

---

<sup>227</sup> Sur l'impact des coûts en matière d'épuisement des recours internes, voir *Loewen Group Inc v. United States of America*, par. 166.

<sup>228</sup> Affaire *Government of Costa Rica (Viviana Gallardo et al. du 13 novembre 1981)*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, I.L.R., vol. 67, p. 587, par. 26, ainsi que *I.L.M.*, vol. 20, 1981, p. 1057. Voir aussi l'affaire *ELSI*, p. 42, par. 50; et les affaires *De Wilde, Ooms et Versyp* («Affaires du vagabondage»), Cour européenne des droits de l'homme, I.L.R., vol. 56, 1971, p. 370, par. 55.

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, 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 la 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<sup>229</sup>.

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 Cour internationale de Justice 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»<sup>230</sup>.

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<sup>231</sup> que la doctrine<sup>232</sup> 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

---

<sup>229</sup> Affaire *Government of Costa Rica*, p. 587, par. 26; «Affaires du vagabondage», p. 370, par. 55.

<sup>230</sup> *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

<sup>231</sup> Voir, par exemple, *Steiner and Gross v. Polish State*, du 30 mars 1928, 1927-1928, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, p. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, sentence n° 93-2-3 *Iran-U.S.C.T.R.*, vol. IV (1983), p. 96.

<sup>232</sup> Voir, par exemple, S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge, Grotius Publishers, 1987), p. 117 à 121.

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»<sup>233</sup>. 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 Cour internationale de Justice qui a connu de l'affaire *ELSI*<sup>234</sup>. 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<sup>235</sup>, 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.

---

<sup>233</sup> F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *BYBIL*, vol. 42 (1967), p. 32.

<sup>234</sup> *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la Cour permanente de Justice internationale avait jugé que l'acceptation de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour ne valait pas renonciation implicite à la règle de l'épuisement des recours internes, 1939, *C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 19 (argument avancé par le juge van Eysinga dans une opinion dissidente, *ibid.*, p. 35 et 36).

<sup>235</sup> Voir l'affaire *ELSI*, p. 44, par. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, sentence du 30 novembre 1992 (tribunal arbitral), *I.L.R.*, vol. 102, p. 285, par. 6.33; *Foti and others*, Arrêt du 10 décembre 1982 (*Fond*), *I.L.R.*, vol. 71, p. 380, par. 46.

## QUATRIÈME PARTIE

### DISPOSITIONS DIVERSES

#### Article 16

#### **Actions ou procédures autres que la protection diplomatique**

Les droits des États, des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite ne sont pas affectés par le présent projet d'articles.

#### **Commentaire**

1) Les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique et les règles régissant la protection des droits de l'homme se complètent. Le présent projet d'articles ne vise donc pas à écarter ni à priver d'effet le droit des États, celui de l'État de nationalité d'une personne lésée et celui des autres États, de protéger cette personne en vertu soit du droit international coutumier, soit d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif aux droits de l'homme. Il n'est pas non plus censé entraver le droit des personnes physiques et morales ou d'autres entités impliquées dans la protection des droits de l'homme d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

2) Un État peut protéger une personne lésée qui n'est pas son national contre l'État de nationalité ou contre un État tiers dans le cadre des procédures gouvernementales prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>236</sup>, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>237</sup>, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>238</sup>, la Convention européenne des droits de l'homme<sup>239</sup>, la Convention américaine des droits de l'homme<sup>240</sup> et la Charte

---

<sup>236</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 41.

<sup>237</sup> Art. 11.

<sup>238</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85, art. 21.

<sup>239</sup> Art. 24.

<sup>240</sup> Art. 45.

africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>241</sup>. Les mêmes conventions permettent à un État de protéger ses nationaux dans le cadre de procédures gouvernementales. Le droit international coutumier permet en outre aux États de protéger les droits de non-nationaux au moyen de protestations, de négociations et, si un instrument juridictionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'opinion émise par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (1966)<sup>242</sup>, selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, doit être nuancée au regard des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>243</sup>. L'article 48 1) b) de ce texte autorise un État autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble<sup>244</sup>, sans avoir à satisfaire aux conditions régissant l'exercice de la protection diplomatique<sup>245</sup>.

3) L'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'exercice de ce droit prend le plus souvent la forme d'une requête adressée à un organe international de suivi des droits de l'homme<sup>246</sup>.

4) Des droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a estimé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du Protocole de signature facultative, peuvent être

---

<sup>241</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, p. 217, art. 47 à 54.

<sup>242</sup> *Deuxième phase*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6.

<sup>243</sup> Commentaire de l'article 48, note 766.

<sup>244</sup> Voir en outre l'opinion individuelle de M. Simma dans l'affaire des *Activités armées menées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *C.I.J. Recueil 2005*, par. 35 à 41.

<sup>245</sup> L'article 48 1) b) n'est pas subordonné à l'article 44 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui exige de l'État qui invoque la responsabilité d'un autre État qu'il se conforme aux règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. Il n'est pas non plus subordonné au présent projet d'articles (voir E. Milano «Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition». *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2005), p. 103 à 108).

<sup>246</sup> Voir, par exemple, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171; art. 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; art. 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *ibid.*, vol. 2131, p. 83.

invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité»<sup>247</sup> et dans l'affaire *Avena*, la Cour a observé en outre «que toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'État d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu»<sup>248</sup>. Une clause de sauvegarde a été insérée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution<sup>249</sup>.

5) Les actions ou procédures visées dans le projet d'article 16 comprennent celles qui sont prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme tant universels que régionaux ainsi que par tout autre traité pertinent. Le projet d'article 16 ne traite pas toutefois des recours internes.

6) Le droit d'exercer des recours autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite appartient normalement à un État, une personne physique ou morale, le terme «personne morale» désignant aussi bien les sociétés commerciales que les autres personnes morales du type envisagé dans le projet d'article 13. Toutefois, «d'autres entités juridiques» qui n'ont pas la personnalité juridique peuvent être investies du droit de formuler une réclamation pour un préjudice découlant d'un fait internationalement illicite. Les associations de victimes informellement constituées fournissent un exemple de telles «autres entités» auxquelles à l'occasion a été conférée la capacité d'agir devant les organes internationaux chargés de faire respecter les droits de l'homme. Des organes intergouvernementaux peuvent aussi, dans certaines circonstances, relever de cette catégorie; il en va de même des mouvements de libération nationale.

7) Le projet d'article 16 précise bien que le présent projet d'articles est sans préjudice du droit que peuvent avoir les États, les personnes physiques ou morales ou d'autres entités d'assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite par des procédures autres que la protection diplomatique. Néanmoins, lorsqu'un État a recours à de telles procédures, il n'abandonne pas nécessairement son droit d'exercer la protection diplomatique en

---

<sup>247</sup> *La Grand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, p. 494, par. 77.

<sup>248</sup> *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, p. 26, par. 40.

<sup>249</sup> Cet article se lit comme suit: «La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État».

faveur d'une personne si celle-ci a sa nationalité ou est une personne visée dans le projet d'article 8.

## Article 17

### Règles spéciales du droit international

Le présent projet d'articles ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements.

### Commentaire

1) Certains traités, en particulier ceux qui concernent la protection des investissements étrangers, renferment des règles spéciales sur le règlement des différends qui excluent l'application des règles relatives à la protection diplomatique ou s'écartent sensiblement de celles-ci. Ils abandonnent ou assouplissent les conditions auxquelles l'exercice de la protection diplomatique est soumis, singulièrement les règles qui ont trait à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. Les traités bilatéraux d'investissement et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États en sont des exemples types.

2) De nos jours, les investissements étrangers sont en grande partie réglementés et protégés par des traités bilatéraux d'investissement<sup>250</sup>. Le nombre de traités bilatéraux d'investissement a considérablement augmenté ces dernières années et on l'estime aujourd'hui à près de 2 000. L'une des caractéristiques importantes du traité bilatéral d'investissement est qu'il prévoit une procédure de règlement des différends relatifs aux investissements. Certains d'entre eux permettent aux investisseurs de régler directement leur différend avec l'État hôte ou devant un tribunal spécial ou un tribunal établi par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. D'autres prévoient le règlement des différends relatifs aux investissements par la voie d'un arbitrage entre l'État de nationalité de l'investisseur (société ou actionnaire) et l'État hôte au sujet de l'interprétation ou de l'application de la disposition pertinente du traité bilatéral d'investissement visé. Les procédures de règlement des différends offertes par les traités bilatéraux d'investissement et

---

<sup>250</sup> La Cour internationale de Justice l'a reconnu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, p. 47, par. 90.

le CIRDI sont plus intéressantes pour l'investisseur étranger que le système de la protection diplomatique régi par le droit international coutumier car elles donnent directement accès à l'arbitrage international, permettent d'éviter l'incertitude politique inhérente à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique et ignorent les conditions auxquelles est soumis l'exercice de la protection diplomatique<sup>251</sup>.

3) Le projet d'article 17 indique clairement que le présent projet d'articles ne s'applique pas au régime spécial, parallèle, de protection des investisseurs étrangers prévu dans des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. Il est formulé de telle manière que le projet d'articles ne s'applique pas «dans la mesure où» il est incompatible avec les dispositions d'un traité bilatéral d'investissement. Dans la mesure où il reste compatible avec le traité en question, il continue à s'appliquer.

4) Le projet d'article 17 renvoie aux «dispositions conventionnelles» et non aux «traités» car des traités autres que ceux spécialement conclus pour régler la protection des investissements, comme les traités d'amitié, de commerce et de navigation, peuvent régler cette protection.

## **Article 18**

### **Protection des équipages des navires**

Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

### **Commentaire**

1) Le projet d'article 18 a pour but d'affirmer le droit du ou des États de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique à leur profit, tout en reconnaissant que l'État de nationalité du navire a aussi le droit de demander réparation à leur bénéfice, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à cause d'un dommage causé au

---

<sup>251</sup> Selon l'article 27 1) de la Convention instituant le CIRDI: «Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.»

navire par suite d'un fait internationalement illicite. Il est devenu nécessaire d'affirmer ce droit de l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice des membres de l'équipage d'un navire en vue d'exclure totalement l'idée que ce droit aurait été remplacé par celui de l'État de nationalité du navire. En même temps, force est de reconnaître le droit de l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage du navire. Bien que ce type de protection ne puisse être qualifiée de diplomatique puisque le lien de nationalité entre l'État du pavillon d'un navire et les membres de son équipage fait défaut, elle n'en présente pas moins une grande ressemblance avec la protection diplomatique.

2) La pratique des États, la jurisprudence et la doctrine<sup>252</sup> confirment que l'État de nationalité d'un navire (l'État du pavillon) peut demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité. Il existe aussi des considérations de principe en faveur de cette démarche.

3) La pratique des États-Unis à ses débuts corrobore en particulier cette règle coutumière. En droit américain, les gens de mer étrangers avaient traditionnellement droit à la protection des États-Unis lorsqu'ils servaient à bord de navires américains. Dans l'optique américaine, dès qu'un marin prenait du service à bord d'un navire, la seule nationalité pertinente était celle de l'État du pavillon<sup>253</sup>. Les États-Unis ont traditionnellement réaffirmé ce statut unique des étrangers servant à bord de navires américains dans leurs communications diplomatiques et leurs règlements consulaires<sup>254</sup>. Des doutes ont néanmoins été exprimés, y compris par les États-Unis<sup>255</sup>, sur le point de savoir si cette pratique constituait la preuve de l'existence d'une règle coutumière<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> H. Myers, *The Nationality of Ships*, 1967, p. 90 à 108; R. Dolzer, «Diplomatic Protection of Foreign Nationals» in *Encyclopaedia of Public International Law*, 1992, vol. 1, p. 1068; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6<sup>e</sup> éd. (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 460.

<sup>253</sup> *Ross c. McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891).

<sup>254</sup> G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, 1942, vol. 3, p. 418, vol. 4, p. 883 et 884.

<sup>255</sup> Communication du 20 mai 2003 à la Commission du droit international (archives de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies).

<sup>256</sup> Voir Arthur Watts, «The Protection of Alien Seamen», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 691.

4) Pour leur part, les sentences arbitrales internationales ne sont pas concluantes quant au droit d'un État d'étendre le bénéfice de sa protection à des marins qui n'ont pas sa nationalité, mais elles penchent en général plutôt pour que contre ce droit. Dans l'affaire *McCready (US) c. Mexico*, le surarbitre, Sir Edward Thornton, avait conclu comme suit: «Les marins en service dans la marine de guerre ou la marine marchande sous un drapeau qui n'est pas le leur ont droit, pendant la durée de ce service, à la protection du drapeau sous lequel ils servent»<sup>257</sup>. Dans l'affaire du «*I'm Alone*»<sup>258</sup>, née d'un incident au cours duquel un navire canadien avait été coulé par un garde-côtes américain, le Gouvernement canadien avait réclamé avec succès une indemnité au nom de trois membres étrangers de l'équipage, affirmant que lorsqu'une réclamation était formulée pour un navire, les membres de l'équipage devaient être réputés, aux fins de la réclamation, avoir la même nationalité que le navire. Dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, deux des juges, dans leurs opinions dissidentes, ont reconnu le droit d'un État d'exercer sa protection au bénéfice des membres étrangers d'un équipage<sup>259</sup>.

5) En 1999, le Tribunal international du droit de la mer a rendu sa décision en l'affaire du navire «*Saiga*» (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*)<sup>260</sup>, qui retient le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres étrangers de l'équipage. Le différend dans cette affaire était né de l'arraisonnement et l'immobilisation du *Saiga* par la Guinée, alors qu'il avitailait en carburant des navires de pêche qui se trouvaient au large des côtes de Guinée. Le *Saiga* était immatriculé à Saint-Vincent-et-les Grenadines («Saint-Vincent»), et son capitaine ainsi que son équipage étaient de nationalité ukrainienne. Il y avait aussi trois travailleurs sénégalais à bord au moment de l'arraisonnement. Après avoir arraisonné le navire, la Guinée l'avait immobilisé et avait placé l'équipage en détention. Dans la procédure engagée devant le Tribunal international du droit de la mer, la Guinée a contesté la recevabilité de la demande, au motif, entre autres, que les membres de l'équipage lésés n'avaient pas la nationalité de Saint-Vincent. Le Tribunal a écarté ces exceptions d'irrecevabilité et jugé que la Guinée avait porté atteinte aux droits de Saint-Vincent en arraisonnant et en immobilisant

---

<sup>257</sup> J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2536.

<sup>258</sup> *A.J.I.L.*, vol. 29, 1935, p. 326.

<sup>259</sup> *C.I.J. Recueil 1949*, p. 202 et 203 (M. Hackworth) et p. 206 et 207 (M. Badawi Pacha).

<sup>260</sup> Arrêt, *T.I.D.M. Recueil 1999*, p. 10.

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

6) Bien que le Tribunal ait considéré que ce différend concernait essentiellement un préjudice directement causé à Saint-Vincent<sup>261</sup>, son raisonnement donne à penser qu'il y a également vu une affaire de protection de l'équipage s'apparentant à une protection diplomatique tout en différant de celle-ci. La Guinée a clairement contesté la recevabilité de la réclamation concernant l'équipage au motif qu'elle relevait de l'exercice de la protection diplomatique pour le compte de non-nationaux de Saint-Vincent<sup>262</sup>. Saint-Vincent, tout aussi clairement, a soutenu qu'il avait le droit de protéger l'équipage d'un navire battant son pavillon «quelle que [fût] leur nationalité»<sup>263</sup>. En écartant l'exception de la Guinée, le Tribunal a dit que la Convention sur le droit de la mer<sup>264</sup>, dans un certain nombre de dispositions pertinentes, dont l'article 292, ne faisait aucune distinction entre nationaux et non-nationaux de l'État du pavillon<sup>265</sup>. Il a souligné que «le navire, tout ce qui se trouv[ait] sur le navire et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité [étaient] considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes était sans intérêt»<sup>266</sup>.

7) Il y a de puissantes raisons de principe de permettre à l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice de l'équipage d'un navire. C'est ce que le Tribunal du droit de la mer a reconnu dans l'affaire du *Saiga* lorsqu'il a appelé l'attention sur «la composition changeante et multinationale des équipages de navires» et dit que les navires de fort tonnage pouvaient «avoir un équipage composé de membres représentant plusieurs nationalités. Si chacune des personnes ayant subi un préjudice devait se trouver dans l'obligation de rechercher une protection auprès de l'État dont elle a la nationalité, il s'ensuivrait des difficultés injustifiées»<sup>267</sup>. Il ne faut pas

---

<sup>261</sup> Ibid., par. 98.

<sup>262</sup> Ibid., par. 103.

<sup>263</sup> Ibid., par. 104.

<sup>264</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

<sup>265</sup> Arrêt, *T.I.D.M. Recueil 1999*, par. 105.

<sup>266</sup> Ibid., par. 106.

<sup>267</sup> Ibid., par. 107.

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

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

9) Le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice de l'équipage n'est pas limité à la réparation au préjudice subi lorsqu'un préjudice a été causé au navire ou à cette occasion mais s'étend au préjudice subi en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite, c'est-à-dire au préjudice découlant du préjudice causé au navire. Ainsi, ce droit naîtrait si les membres de l'équipage étaient illégalement arrêtés et détenus après l'arraisonnement illicite du navire lui-même.

## **Article 19**

### **Pratique recommandée**

Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait:

- a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé;
- b) Tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer; et
- c) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.

## Commentaire

1) Il existe certaines pratiques des États dans le domaine de la protection diplomatique qui n'ont pas encore acquis le statut de règles coutumières et qui ne peuvent être transformées en règles juridiques dans le cadre du développement progressif du droit. Ces pratiques sont néanmoins souhaitables, et elles constituent des attributs nécessaires de la protection diplomatique, renforçant celle-ci en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme et des investissements étrangers. Ces pratiques sont recommandées aux États dans l'exercice de la protection diplomatique dans le projet d'article 19, aux termes duquel l'État «devrait» suivre certaines pratiques. Les recommandations, par opposition aux prescriptions, ne sont pas étrangères au droit conventionnel, même si l'on ne peut dire qu'elles sont fréquentes dans les traités<sup>268</sup>.

2) L'alinéa *a* recommande aux États de prendre en considération la possibilité d'exercer leur protection diplomatique au bénéfice d'un national qui a subi un préjudice important. La protection des droits de l'homme au moyen du droit international est aujourd'hui l'un des objectifs principaux de l'ordre juridique international, comme l'a réaffirmé le Document final du Sommet mondial de 2005 adopté par l'Assemblée générale le 24 octobre 2005<sup>269</sup>. Cette protection peut être mise en œuvre par de nombreux moyens, y compris la protection consulaire, le recours aux mécanismes institués par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'action pénale, l'action du Conseil de sécurité et d'autres organes internationaux, et la protection diplomatique. La procédure ou le recours le plus susceptible d'atteindre le but recherché, c'est-à-dire assurer une protection efficace, est nécessairement fonction des circonstances de chaque affaire. Lorsque la protection de nationaux étrangers est en jeu, la protection diplomatique est un recours évident que les États devraient prendre dûment en considération. C'est après tout le recours qui a la plus longue histoire, et son efficacité est attestée. L'alinéa *a*

---

<sup>268</sup> Le paragraphe 3 de l'Article 36 de la Charte des Nations Unies, par exemple, dispose que lorsqu'il recommande des procédures appropriées pour le règlement des différends, «le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique *devraient* être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour» (pas d'italiques dans l'original). Les conventions sur le droit de la mer utilisent également le mot «devrait». L'article 3 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, p. 11, dispose que «pour jouir des libertés de la mer à l'égal des États riverains de la mer, les États dépourvus de littoral *devraient* accéder librement à la mer» (pas d'italiques dans l'original). Voir également les articles 27, 28, 43 et 123 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

<sup>269</sup> A/RES/60/1, par. 119 et 120 et 138 à 140.

du projet d'article 19 vient rappeler aux États qu'ils devraient envisager la possibilité de recourir à cette procédure.

3) L'État n'est pas tenu, en droit international, d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national qui a été lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Le caractère discrétionnaire du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique est confirmé par le projet d'article 2 du présent projet d'articles et a été reconnu par la Cour internationale de Justice<sup>270</sup> et les tribunaux nationaux<sup>271</sup>, comme exposé dans le commentaire du projet d'article 2. Malgré cela, l'idée que les États ont une obligation, aussi imparfaite soit-elle, soit en vertu du droit international soit en vertu du droit interne, de protéger leurs nationaux à l'étranger lorsque ceux-ci sont victimes d'importantes violations des droits de l'homme bénéficie d'un appui croissant. La constitution de nombreux États reconnaît le droit de l'individu de bénéficier de la protection diplomatique lorsqu'il subit un préjudice à l'étranger<sup>272</sup>, droit qui doit s'accompagner de l'obligation correspondante de l'État d'exercer sa protection. De plus, un certain nombre de décisions de tribunaux internes indiquent que si l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant d'exercer ou non sa protection diplomatique, une obligation dont les tribunaux judiciaires peuvent connaître s'impose à lui de faire quelque chose pour aider ses nationaux, obligation qui peut comprendre l'obligation de prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique<sup>273</sup>. Dans l'affaire *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, la Cour constitutionnelle sud-africaine a déclaré ce qui suit:

«L'État est peut-être tenu, par l'effet de ses obligations de droit international, d'agir pour protéger son national contre une violation flagrante des normes internationales en matière de droits de l'homme. Une demande d'aide adressée à l'État dans une situation où les éléments de preuve sont clairs serait difficile, voire dans les cas extrêmes impossible, à rejeter. Il est peu probable qu'une telle demande soit jamais rejetée par un gouvernement,

---

<sup>270</sup> Affaire de la *Barcelona Traction*, p. 44.

<sup>271</sup> Voir, par exemple, *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2002), EWCA Civ. 1598; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* (2005) (4) South African Law Reports 235 (CC), *I.L.M.*, vol. 44 (2005), p. 173.

<sup>272</sup> Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, document A/CN.4/506, p. 24.

<sup>273</sup> Affaire *Rudolf Hess*, I.L.R., vol. 90, p. 392 et 396; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2002) EWCA Civ. 1598 et I.L.R. vol. 125, p. 685, par. 69, 79, 80, 82 et 83 et 107 et 108. Voir, d'une manière générale, A. Vermeer-Künzli «Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection» dans *Nordic Journal of International Law*, vol. 75 (2006), p. 93.

mais si elle l'était, la justice pourrait être saisie de la décision de rejet et un tribunal ordonnerait au gouvernement de prendre les mesures voulues.»<sup>274</sup>.

Ceci étant, on peut penser raisonnablement que le droit international admet déjà, à la charge de l'État, l'existence d'une obligation d'envisager la possibilité d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux qui a subi un préjudice important à l'étranger. Si le droit international coutumier n'a pas encore atteint ce stade de développement, alors l'alinéa *a* du projet d'article 19 doit être considéré comme relevant du développement progressif.

4) L'alinéa *b* dispose que l'État «devrait», dans l'exercice de la protection diplomatique, «tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer». En pratique, les États qui exercent leur protection diplomatique tiennent effectivement compte des conséquences morales et matérielles du préjudice causé à l'intéressé lorsqu'ils évaluent les indemnités à réclamer<sup>275</sup>. Pour faire cela, il leur est à l'évidence nécessaire de consulter ce dernier. Il en est de même s'agissant de décider de la forme de la réparation qui sera demandée – satisfaction, restitution ou indemnisation. Ceci a amené certains auteurs à affirmer que la recommandation figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 19 était déjà une règle du droit international coutumier<sup>276</sup>. Si tel n'est pas le cas, l'alinéa *b* du projet d'article 19 doit lui aussi être considéré comme relevant du développement progressif.

5) L'alinéa *c* dispose que les États devraient transférer à la personne lésée toute indemnisation obtenue de l'État responsable pour le préjudice causé à cette personne. Cette recommandation vise à conforter l'opinion largement répandue selon laquelle les États jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu en la matière et ne sont pas tenus de transférer à leur national lésé les sommes obtenues dans l'exercice de la protection diplomatique. Cette opinion trouve son origine dans l'arrêt *Mavrommatis* et un certain nombre de décisions judiciaires. D'après la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, l'État qui exerce sa

---

<sup>274</sup> 2005 (4) *South African Law Reports* 235 (CC); *I.L.M.*, vol. 44 (2005), p. 173, par. 69.

<sup>275</sup> *Affaire relative à l'usine de Chorzow (Fond)*, C.P.J.I. série A n° 17, p. 28; opinion individuelle du juge Morelli dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J. Recueil 1970, p. 223.

<sup>276</sup> B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973), p. 98; L. Dubois, «La distinction entre le droit de l'État réclamat et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique», *Revue critique de droit international privé* (1978), p. 615 et 624.

protection diplomatique fait valoir son droit propre et devient le «seul plaideur»<sup>277</sup>. La logique veut donc qu'il ne soit assujéti à aucune restriction, dans l'intérêt de l'individu concerné, pour ce qui est du règlement de la réclamation ou du versement de l'indemnisation éventuellement reçue. L'arrêt *Barcelona Traction*<sup>278</sup> a confirmé que dans l'exercice de sa protection diplomatique, l'État jouissait d'une «liberté d'action totale». Bien que la logique de la règle *Mavrommatis* soit battue en brèche par la pratique consistant à calculer le montant de l'indemnité demandée d'après le préjudice subi par la personne lésée<sup>279</sup>, en vertu de ce qui serait une règle du droit international coutumier<sup>280</sup>, l'opinion persiste que l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu, s'agissant d'affecter l'indemnité reçue. C'est ce qu'illustre le dictum du surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V* de la Commission mixte des réclamations États-Unis-Allemagne:

«En exerçant ce contrôle, la nation est gouvernée non seulement par l'intérêt du particulier requérant mais aussi par les intérêts plus larges de l'ensemble de sa population et doit exercer un pouvoir discrétionnaire illimité lorsqu'elle détermine quant et comment la réclamation sera présentée et défendue, ou sera retirée ou fera l'objet d'un compromis, et le propriétaire privé sera lié par l'action engagée. *Même si une somme est versée à titre de dommages-intérêts à la nation qui a fait sienne la réclamation, la nation a la maîtrise totale des fonds ainsi payés et détenus par elle et peut, pour prévenir toute fraude, corriger une faute ou protéger l'honneur national, décider de rendre les fonds à la nation qui les a versés ou en disposer autrement.*»<sup>281</sup>.

On trouve des déclarations similaires dans un certain nombre de décisions judiciaires anglaises<sup>282</sup> et certains considèrent qu'elles décrivent exactement le droit international<sup>283</sup>.

---

<sup>277</sup> C.P.J.I. 1924, série A n° 2, p. 2.

<sup>278</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 44.

<sup>279</sup> *Affaire relative à l'usine de Chorzow (Fond)* 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 28.

<sup>280</sup> Voir les auteurs cités, note 276 ci-dessus.

<sup>281</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 152 (pas d'italiques dans l'original).

<sup>282</sup> *Civilian War Claimants Associations v. R* [1932] AC p. 14; *Lonrho Exports Ltd. v. Export Credits Guarantee Department* [1996] 4 All E.R., p. 687.

<sup>283</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law* (Third), Foreign Law for the United States (1987), par. 902, p. 348 et 349; *Distribution of the Aslop Award*, Opinion de J. Reuben Clark, Département d'État, cité dans

6) Il n'est pas du tout certain que la pratique des États soit conforme à ce point de vue. D'une part, les États acceptent des indemnités forfaitaires en règlement de multiples réclamations individuelles, ce qui fait qu'en pratique les individus concernés reçoivent considérablement moins que ce qui a été réclamé<sup>284</sup>. D'autre part, certains États ont pris des mesures législatives pour assurer une répartition équitable des indemnités reçues entre les divers réclamants. De plus, il est attesté qu'en pratique les États versent effectivement à leurs nationaux lésés les sommes reçues dans l'exercice de la protection diplomatique au profit de ces derniers. Dans la *Décision administrative n° V*, le surarbitre Parker a déclaré:

«Mais lorsqu'une demande est présentée pour le compte d'un ressortissant qualifié et qu'une décision est rendue et un paiement effectué conformément à la demande précise, les fonds ainsi versés ne sont pas des fonds nationaux au sens où le titre de paiement habilite la nation le recevant libre de toute obligation à en informer le particulier requérant, pour le compte duquel la réclamation a été présentée et payée et qui en est le réel propriétaire. On retrouve des déclarations générales et inexactes susceptibles d'être interprétées de cette manière dans des affaires où un paiement ou une somme forfaitaire a été versé à la nation requérante pour plusieurs réclamations qu'elle a présentées et lorsque le tribunal rendant la décision n'a pas décidé de se prononcer sur chacune des réclamations ou d'attribuer un montant déterminé pour chaque demande... On pense qu'il n'existe aucun cas dans lequel, à la suite d'une décision rendue par un tribunal international en faveur d'une nation ayant présenté une réclamation pour le compte d'un ressortissant qualifié, la nation recevant ce paiement a, en l'absence de fraude ou de faute, hésité à informer ledit ressortissant ou ses ayants droit du montant intégral des dommages-intérêts perçus. En ce qui concerne les États-Unis, il semble que le Congrès a traité les fonds versés à la nation à la suite de l'acceptation de réclamations précises comme étant retenus "en dépôt pour le compte de citoyens des États-Unis ou d'autres pays".»<sup>285</sup>.

---

Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, p. 766; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, p. 108.

<sup>284</sup> W. K. Geck «Diplomatic Protection» dans *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, p. 1058; D. Bederman «Interim Report on "Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection"» Association de droit international, rapport de la soixante-dixième Conférence, tenue à New Dehli (2002), p. 230; R. Lillich «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973» (1975) *A.J.I.L.*, vol. 69, p. 534; R. Lillich & B. Weston *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975).

<sup>285</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 152.

La doctrine confirme que telle est bien la pratique des États<sup>286</sup>. On peut trouver d'autres preuves de l'érosion du pouvoir discrétionnaire de l'État dans les sentences des tribunaux arbitraux, qui prescrivent comment les indemnités doivent être réparties<sup>287</sup>. De plus, en 1994, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé en l'affaire *Beaumartin c. France*<sup>288</sup> qu'un accord international prévoyant des indemnités pouvait créer un droit à indemnisation au profit des personnes lésées.

7) L'alinéa *c* reconnaît qu'il ne serait pas inconvenant qu'un État opère des déductions raisonnables de l'indemnisation transférée aux personnes lésées. La justification la plus évidente d'une telle mesure serait qu'elle permettrait à l'État de recouvrer les sommes déboursées au titre des démarches qu'il a effectuées pour obtenir une indemnisation pour le compte de ses nationaux, ou de recouvrer le coût des biens et services qu'il leur a fournis.

8) Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance à limiter le droit absolu de l'État de ne pas reverser aux personnes lésées les sommes perçues à titre d'indemnités, ceci ne constitue probablement pas une pratique établie. Les États qui limitent leur liberté de disposer comme ils l'entendent des indemnités reçues n'ont pas quant à eux le sentiment d'obéir à une obligation. En revanche, l'intérêt général, l'équité et le respect des droits de l'homme militent en faveur d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière. C'est dans ce contexte que l'alinéa *c* du projet d'article 19 a été adopté. Bien qu'il relève du développement progressif, il est étayé par la pratique des États et l'équité.

---

<sup>286</sup> W. K. Geck «Diplomatic Protection» dans *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, p. 1057; F. V. Garcia-Amador, Louis B. Sohn et R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens* (Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publishers, 1974), p. 151.

<sup>287</sup> Voir Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, p. 109.

<sup>288</sup> Affaire n° 15287/89 [1994] Cour européenne des droits de l'homme, 40.