Nations Unies A/62/118/Add.1

Assemblée générale

Distr. générale
2 août 2007

Original : français

Soixante-deuxième session
Point 85 de l'ordre du jour provisoire*
Protection diplomatique

Protection diplomatique

Rapport du Secrétaire général

Additif

Observations et commentaires reçus des gouvernements

France

[Original : français]
[24 juillet 2007]

La France souhaite rendre hommage à la Commission du droit international pour le travail utile qu'elle a fourni sur le sujet de la protection diplomatique et félicite plus particulièrement les deux rapporteurs spéciaux, MM. Bennouna et Dugard, pour leurs réflexions toujours approfondies.

L'examen par la Commission de la question de la protection diplomatique était très opportun tant les règles coutumières, parfois très anciennes, qui encadrent son exercice se prêtent à une codification. Un tel exercice n'en demeurait pas moins extrêmement délicat au regard de certaines difficultés soulevées par la protection diplomatique en droit international. La France est ainsi heureuse de pouvoir faire connaître au Secrétaire général, comme ce dernier l'y invite, les commentaires qu'appelle le projet d'articles présenté, à l'issue de sa seconde lecture, par la Commission du droit international.

Au risque de répéter ici certaines des observations faites oralement lors de l'examen annuel des travaux de la Commission au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, il a paru nécessaire à la France de présenter l'appréciation générale qu'elle porte sur le projet d'articles tel qu'adopté par la Commission en

* A/62/150.

07-44816 (F) 150807 230807

2006[1] avant de formuler quelques remarques plus spécifiques concernant certains des articles proposés.

Observations générales sur le projet d'articles sur la protection diplomatique, adopté en seconde lecture en 2006[2]

Pour mesurer l'importance du texte dont la Commission vient d'achever la préparation, il convient de se souvenir que le thème de la protection diplomatique s'inscrit dans le cadre plus général du droit de la responsabilité internationale de l'État. La Commission avait délibérément laissé de côté la question de la protection diplomatique lorsqu'elle avait présenté, en 2001, le texte final de ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le projet d'articles sur la protection diplomatique vient ainsi compléter le projet adopté en 2001 et doit donc être examiné à la lumière du droit de la responsabilité de l'État tant en ce qui concerne la définition même de la protection diplomatique et la logique générale sous-jacente au projet (voir al. a) ci-dessous) qu'à l'égard de son champ d'application et des suites à lui donner (voir al. b) ci-dessous).

a) La définition de la protection diplomatique et la logique générale du projet d'articles

La rédaction de l'article premier souligne utilement le lien étroit qu'entretient la protection diplomatique avec le droit de la responsabilité de l'État, en définissant la protection diplomatique comme une modalité particulière d'invocation par un État de la responsabilité d'un autre État[3]. L'exercice de la protection diplomatique n'a en effet de sens que lorsqu'elle donne lieu à une réclamation interétatique (commentaire de l'article premier, par. 5). Plus généralement, la Commission a procédé à une codification bienvenue des traits les plus saillants du mécanisme, dont l'exercice est, comme elle le rappelle à l'article 2 et au paragraphe 1 de l'article 3, un droit de l'État de nationalité de la personne qui a subi le préjudice, conformément à l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Le rappel, dans le commentaire de l'article 2, du principe solidement établi en droit international selon lequel l'État possède un « pouvoir discrétionnaire » s'agissant de « décider s'il accordera sa protection [diplomatique], dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin »[4] était ainsi particulièrement nécessaire (voir commentaire de l'article 2, par. 2).

À côté d'apports par ailleurs indéniables, le projet d'articles soulève également des difficultés, qui tiennent essentiellement aux orientations finalement retenues. À certains égards, la Commission semble perdre de vue la spécificité de son sujet, qu'elle tend à élargir par le traitement de questions relevant d'autres branches du

---

[1] La France n'a pas pu produire en temps utile d'observations écrites sur le projet d'articles adopté en première lecture par la Commission en 2004.

[2] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 49.

[3] La Cour internationale de Justice a récemment considéré que l'article premier du projet d'article adopté en 2006 par la Commission reflète le droit coutumier : affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée* c. *République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires*, arrêt du 24 mai 2007, par. 39).

[4] Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique* c. *Espagne)*, 2e phase, *CIJ, Recueil 1970*, arrêt du 5 février 1970, p. 44.

droit. La France relève que plusieurs dispositions du projet (projet d'article 8, notamment, ou encore la « pratique recommandée » au projet d'article 19) sont empreintes d'une logique plus proche de celle qui caractérise la protection juridique des droits de la personne humaine que de celle qui doit régir la protection diplomatique.

b) Le champ d'application du projet et la question des suites à lui donner

Paradoxalement, la Commission, qui a choisi d'aborder d'autres terrains que ceux où se déploie habituellement la protection diplomatique, ne traite pas de celle-ci sous tous ses aspects. Comme elle l'indique d'ailleurs dans le commentaire du projet, elle a préféré s'en tenir aux « règles régissant la recevabilité des réclamations », sans aborder dans le détail la question des conséquences juridiques de l'exercice de la protection diplomatique ou encore les rapports que celle-ci entretiendrait avec le mécanisme de la protection fonctionnelle. Par ailleurs, la question des recours dont peuvent disposer les individus devant des juridictions qui n'ont pas un caractère national aurait probablement mérité d'être examinée lors de l'étude de la règle de l'épuisement des recours internes. De l'avis de la France, ces omissions réduisent quelque peu l'envergure du projet d'articles, qui ne répond pas pleinement aux problèmes que l'exercice de la protection diplomatique peut soulever dans la pratique contemporaine.

À cet égard, le projet d'articles adopté par la Commission ne devrait pas mettre un terme à l'examen de ce sujet. Le point de vue que la France a exposé à propos du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite trouve ici une parfaite illustration. L'importance de l'institution de la protection diplomatique autant que les choix opérés par la Commission justifient amplement que les États soient appelés à en discuter au sein d'une conférence internationale, dans la perspective de l'adoption d'une convention internationale qui permettrait d'harmoniser les pratiques en la matière.

Compte tenu des différentes considérations exposées précédemment, la France s'interroge néanmoins sur le champ qu'il conviendrait d'assigner à une telle entreprise, en particulier en ce qui concerne la dissociation ou non des projets d'articles adoptés en 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et de ceux adoptés en 2006 relatifs à la protection diplomatique.

Remarques spécifiques à certains projets d'articles

Outre les observations générales formulées ci-dessus et correspondant aux dispositions générales adoptées par la Commission dans la première partie de son projet d'articles, la France souhaite commenter les autres projets d'articles en suivant pour cela l'ordre des parties retenu par la Commission.

a) Nationalité (deuxième partie du projet d'articles)

Article 3, paragraphe 2, et article 8

Les dispositions par lesquelles la Commission prévoit des exceptions au principe selon lequel seul l'État de nationalité d'un individu peut exercer sa protection diplomatique en sa faveur relèvent clairement du développement progressif du droit et ne sont nullement étayées par la pratique des États. La France s'interroge en particulier sur la compatibilité de la possibilité ainsi reconnue aux

États d'exercer leur protection diplomatique en faveur d'une personne à qui ils reconnaissent la qualité de réfugié avec certaines dispositions de l'annexe à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés qui indique clairement que la délivrance de documents de voyage ne confère à leur titulaire aucun droit à la protection des autorités diplomatiques ou consulaires de l'État de délivrance.

Article 4

Consacrer un article à définir l'État de nationalité soulevait, de l'avis de la France, le risque de traiter incidemment de la question de l'acquisition de la nationalité, ce qui relève du droit interne et non des conditions d'exercice de la protection diplomatique.

Les « facteurs de rattachement » énoncés par la Commission dans cet article sont non exhaustifs et ne sauraient remettre en cause la compétence exclusive de l'État aux fins d'attribuer sa nationalité, sous réserve des engagements particuliers qu'il peut souscrire. En revanche, il est regrettable que la Commission reconnaisse, par une référence générale au droit international dans le projet d'article 4, la possibilité pour l'État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé de « contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international » (commentaire de l'article 4, par. 7), sans en préciser les conditions. Il convient également de remarquer qu'un État ne peut contester que l'opposabilité d'une telle nationalité et non son attribution en tant que telle. À cet égard, la Commission semble refuser, à juste titre, de consacrer la jurisprudence *Nottebohm* sur l'exigence d'un « lien effectif » comme condition générale d'opposabilité de la nationalité à un autre État dans le contexte de la protection diplomatique, mais ne fournit que peu d'indications concernant les conditions dans lesquelles un État pourra refuser une telle opposabilité.

Article 5

Le projet d'article 5 relatif à la continuité de la nationalité n'est guère acceptable, sauf en ce qu'il rappelle, au paragraphe 1, la règle dite de la continuité de la nationalité. En effet, la Commission propose de retenir une nouvelle approche, selon laquelle un État pourrait présenter une réclamation au nom d'une personne qui a acquis la nationalité de cet État « d'une manière non contraire au droit international » après la date du dommage (voir projet d'article 5, par. 2), à la condition que le dommage ne soit pas imputable à l'État de nationalité précédent (ibid., par. 3). En exerçant la protection diplomatique, l'État fait valoir ses droits, ce qui suppose qu'au moment de la violation, la personne doit avoir la nationalité de l'État présentant la réclamation et que cette nationalité est opposable aux tiers. La Commission s'est donc attelée à la tâche délicate, et dont l'opportunité n'est pas établie, de contester une règle bien établie du droit international.

Article 6

Pas de commentaire.

Article 7

Le principe général exprimé dans cet article est très certainement acceptable : 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. Cette règle, clairement consacrée dans la Convention de La Haye de 1930 relative aux conflits de loi en matière de nationalité, ne manque pas de soutien dans la pratique. Le projet d'article

de la Commission l'assortit toutefois d'une exception, lorsque la nationalité « prépondérante » correspond à celle du premier État. Outre les difficultés susceptibles d'entourer l'établissement du caractère prépondérant de la nationalité – et d'ailleurs la Commission ne propose pas de critère d'une telle prédominance, seulement des « facteurs à prendre en considération » –, cette proposition bouleverse la portée du principe général énoncé.

Dans la pratique, le concept de la nationalité dominante ou prépondérante a été retenu à l'issue de crises très graves, lorsqu'il s'agissait de compenser les dommages infligés à des « économies nationales » en fragmentant le contentieux en une série de différends individuels. Les réactions qu'il a suscitées et le peu de soutien dont il bénéficie dans la pratique des États d'émigration permettent de douter de sa valeur de règle générale, et de son applicabilité en dehors des affaires où des dommages individuels ne sont pris en considération que comme fragments d'un préjudice général. En outre, dans de tels cas, il est douteux que les procédures mises en œuvre puissent être toujours qualifiées de protection diplomatique.

Article 8

Voir ci-dessus, article 3, paragraphe 2.

Article 9

Le texte du projet d'article 9, tel qu'adopté en première lecture, paraissait beaucoup plus judicieux[5] en ce qu'il associait, sur un pied d'égalité, le critère du lieu de constitution et du siège social aux fins de déterminer l'État en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une société, conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*. À cet égard, dans la version finale du projet d'article 9, la Commission privilégie le critère de la constitution, bien qu'elle envisage, mais seulement comme une exception, d'autres critères lorsqu'il n'existe pas de lien de rattachement entre l'État où est constituée la société et la société elle-même. Dans une telle situation, la Commission requiert, au titre des critères à prendre en considération, à la fois celui du siège social et celui du contrôle financier de la société. Dans le cas, cependant, où ces critères conduisent à deux États différents, la Commission considère que l'État de constitution de la société demeure le seul habilité à exercer la protection diplomatique (voir commentaire de l'article 9, par. 6). La formule finalement adoptée par la Commission paraît donc éviter l'inconvénient majeur d'encourager des phénomènes de double protection et de concurrence entre des États pouvant se prévaloir de critères de rattachement différents.

De l'avis de la France, cependant, l'adoption d'une formule associant le critère de la constitution et du siège social garantirait un résultat similaire et ne restreindrait pas notablement l'exercice de la protection diplomatique, dès lors qu'en pratique les sociétés établissent habituellement leur siège dans l'État où elles sont constituées. La conjonction des deux critères pourrait surtout avoir pour effet de limiter les facilités de protection que les sociétés recherchent lorsqu'elles sont constituées dans des paradis fiscaux. Un tel objectif ne paraît pas assuré par le seul critère du lieu de constitution privilégié par la Commission, même assorti des exceptions prévues dans la seconde phrase de l'article 9, dès lors que les critères

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

secondaires alors pris en considération peuvent désigner des États différents et aboutir *in fine* à faire de l'État du lieu de constitution le seul à même d'exercer la protection diplomatique.

L'adoption de critères cumulatifs présente certes également l'inconvénient de laisser sans possibilité de protection une société qui aurait établi son siège dans un autre État que celui de sa constitution. Pour combler cette lacune, la France aurait alors été d'avis d'indiquer qu'il doit être tenu compte, à titre subsidiaire, des liens effectifs rattachant la société à l'État où elle est constituée et à celui où elle a son siège. L'État de nationalité serait, dans un tel cas de figure, celui avec lequel la société entretient le lien le plus étroit.

Article 10

Pas de commentaire.

Article 11

Si le droit coutumier relatif à la protection diplomatique des actionnaires par leur État de nationalité lorsqu'un acte illicite porte atteinte à leurs droits est adéquatement reflété à l'article 12 du projet d'article de la Commission, les dispositions du projet d'article 11 touchent à l'essence même de la protection diplomatique en envisageant la protection des actionnaires pour un préjudice causé en réalité à la société. Par la tournure négative qu'elle a donnée à ce projet d'article, la Commission a entendu souligner que l'État de nationalité des actionnaires ne pourrait exercer la protection diplomatique qu'à titre exceptionnel, dans deux hypothèses dont le commentaire dit qu'elles ont été « admises » par la Cour internationale de Justice en 1970 (voir commentaire de l'article 11, par. 3). La France ne partage pas cette lecture affirmative de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* : la Cour internationale de Justice évoque effectivement ces deux hypothèses mais se borne à indiquer clairement qu'il ne lui paraît pas nécessaire de se prononcer sur leur bien-fondé. Du reste, la Cour a récemment considéré que la pratique des États et les décisions des cours et tribunaux internationaux « ne révèlent pas – du moins à l'heure actuelle – l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution » des actionnaires par leur État de nationalité pour le préjudice causé à une société[6].

Y compris sous l'angle du développement progressif du droit, les dispositions du projet d'article 11 n'emportent pas l'adhésion de la France. Dans la première hypothèse en effet, définie dans l'alinéa a) du projet d'article 11, l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique « 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 ». Sous couvert d'exception à l'impossibilité de la protection, cette formulation paraît ouvrir un champ très vaste, en réalité, au droit de protection par l'État de nationalité des actionnaires.

Il en va de même de l'alinéa b) du projet d'article 11, qui ne paraît pas plus acceptable. Ses dispositions reprennent ce qui n'était, selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*, qu'une « thèse [...] selon laquelle l'État de nationalité 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 »,

[6] Affaire *Ahnadou Sadio Diallo (République de Guinée* c. *République démocratique du Congo), Exceptions préliminaire, CIJ*, arrêt du 24 mai 2007, par. 89.

évoquée au nombre des considérations d'équité et sur la validité de laquelle la Cour ne s'était pas prononcée[7].

Une telle possibilité, si elle était ouverte dans la pratique, conduirait à rompre l'équilibre entre les avantages dont l'actionnaire peut profiter en participant au capital d'une société constituée dans un État étranger et le risque assumé qu'il prend en acceptant que cette société ait la nationalité de cet État. L'existence de mécanismes spécifiques, dans les traités bilatéraux d'investissement par exemple, permettrait sans doute d'atténuer ce risque; ce n'est, en revanche, ni l'objet ni la fonction du système de la protection diplomatique.

Du point de vue du droit international général, en effet, l'adoption d'une telle solution mettrait en cause l'un des fondements les mieux établis de la protection diplomatique, qui impose de distinguer entre les droits de la société, susceptibles d'être protégés, et les intérêts des actionnaires, qui ne le sont pas. En d'autres termes, l'exception proposée affecterait l'essence même du régime de la protection diplomatique des sociétés. L'exception n'est d'ailleurs pas plus admissible au nom de l'équité. Pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction*, la possibilité ainsi offerte à l'État national des actionnaires créerait certainement « un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales ». Elle serait aussi de nature à rompre l'équilibre entre les avantages dont l'actionnaire peut profiter à l'étranger et le risque assumé qu'il prend en participant au capital d'une société qui n'a pas sa nationalité.

Article 12

Pas de commentaire.

Article 13

Ce projet d'article soulève le problème intéressant de savoir si les personnes morales autres que les sociétés peuvent être admises au bénéfice de la protection diplomatique. La France n'aperçoit aucune raison de principe qui imposerait de répondre par la négative à cette question. Toutefois, la pratique des États reste trop parcellaire pour qu'il soit possible d'élaborer des règles précises sur ce point. Rien ne permet d'affirmer, de surcroît, que le régime de protection diplomatique de toutes les personnes morales devrait suivre celui des sociétés. De l'avis de la France, l'article 13 aurait avantageusement été remplacé par une clause figurant dans la partie générale du projet indiquant que les dispositions de celui-ci sont sans préjudice de l'exercice de la protection diplomatique lorsqu'un dommage est causé à une personne morale autre qu'une société.

b) Recours internes (troisième partie du projet d'articles)

Article 14

La France considère que le projet d'article 14 énonce convenablement la règle coutumière de l'épuisement des voies de recours internes. Ainsi que la Commission le précise dans son commentaire (voir commentaire de l'article 14, par. 5), seuls sont concernés ici les recours judiciaires ou administratifs fondés sur le droit, à

[7] Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée* c. *République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires*, la Cour n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si l'exception formulée à l'article 11, al. b), du projet d'articles de la Commission reflète ou non le droit international coutumier, arrêt du 24 mai 2007, par. 93.

l'exclusion, notamment, des recours purement gracieux ou de ceux dont le but est d'obtenir une faveur et non le respect d'un droit.

Article 15

La France n'aurait que peu d'observations à formuler au sujet des exceptions à la règle de l'épuisement des voies de recours internes telles qu'elles sont clairement mentionnées dans le projet d'article 15 de la Commission. Tout au plus se bornera-t-elle à remarquer que l'hypothèse envisagée à l'alinéa b), à savoir lorsque l'État défendeur est responsable d'un « retard abusif » dans l'administration du recours, paraît formulée en termes trop larges et ambigus. Une telle exception ne devrait jouer, en réalité, que si le retard est assimilable à un déni de justice. La France s'interroge ainsi pour savoir si l'alinéa b) du projet d'article 15 ne devrait pas en réalité former une seule et même catégorie avec les hypothèses envisagées à l'alinéa a) du même article.

c) Dispositions diverses (quatrième partie du projet d'articles)

Article 16

Pas de commentaire.

Article 17

La France souscrit à l'idée contenue dans ce projet d'article. Il n'existe, en effet, aucune raison d'exclure, s'agissant de la protection diplomatique, la clause de codification classique préservant la *lex specialis*. L'application d'un régime spécifique de protection des droits de l'homme peut également conduire, quoique cela ne soit pas systématiquement le cas, à écarter les règles générales concernant la protection diplomatique des personnes physiques.

Dans sa formulation actuelle, le projet d'article 17 donne l'impression que l'existence de règles spéciales du droit international suffirait à écarter le régime général de la protection diplomatique. La rédaction de cette disposition devrait s'inspirer de celle qui figure à l'article 55 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Elle prévoirait alors que les articles du projet ne s'appliquent pas « dans les cas et dans la mesure où la protection des sociétés et des actionnaires (...) est régie par des règles spéciales du droit international ».

Article 18

Pas de commentaire.

Article 19

Le projet d'article 19, sans relever de la coutume ni même du développement progressif du droit, vise à recommander aux États des pratiques que la Commission juge « souhaitables ». La France note ainsi que la Commission n'a pas entendu se placer dans la sphère du droit positif ni rendre compte d'une réelle pratique des États. Quoi qu'il en soit, les recommandations de la Commission paraissent entretenir une confusion entre la nature de la protection diplomatique, mécanisme exercé discrétionnairement par l'État dans la conduite de ses relations internationales, et d'autres mécanismes plus spécifiques relatifs à la protection internationale des droits de l'homme ou des investissements étrangers.