



Assemblée générale

Distr. générale
1^{er} février 2007
Français
Original : anglais

Soixante-deuxième session

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Abréviations.		4
I. Introduction.	1–6	5
II. Extraits de décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.	7–134	6
Première partie		
Le fait internationalement illicite de l'État.	7–100	6
Chapitre premier. Principes généraux.		
Article premier. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.	8–9	8
Article 2. Éléments du fait internationalement illicite de l'État.	10–12	9
Article 3. Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite.	13–18	11
Chapitre II. Attribution d'un comportement à l'État.		
Article 4. Comportement des organes de l'État.	20–42	16
Article 5. Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique.	43–52	27
Article 7. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions.	53–61	31
Article 8. Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État.	62–67	36
Article 9. Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles.	68	42



Article 10. Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre	69–70	42
Article 11. Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien	71	44
Chapitre III. Violation d'une obligation internationale	72–84	46
Article 12. Existence de la violation d'une obligation internationale.	72	46
Article 13. Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État.	73–74	46
Article 14. Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale.	75–82	47
Article 15. Violation constituée par un fait composite.	83–84	51
Chapitre IV. Responsabilité de l'État à raison de la responsabilité d'un autre État	85	51
Article 16. Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite.	85	51
Chapitre V. Circonstances excluant l'illicéité.	86–100	52
Article 23. Force majeure.	87–89	52
Article 24. Détresse.	90	55
Article 25. État de nécessité.	91–96	57
Article 26. Respect de normes impératives.	97	66
Article 27. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité.	98–100	66
Deuxième partie		
Contenu de la responsabilité internationale d'un État	101–117	69
Chapitre premier. Principes généraux	101–105	69
Article 30. Cessation et non-répétition	101–102	69
Article 31. Réparation.	103–105	71
Chapitre II. Réparation du préjudice	106–117	72
Article 34. Formes de la réparation	106–107	72
Article 35. Restitution.	108–110	73
Article 36. Indemnisation.	111–115	74
Article 38. Intérêts	116–117	76
Troisième partie		
Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État.	118–133	77
Chapitre premier. Invocation de la responsabilité internationale de l'État.	118–125	77
Article 42. Invocation de la responsabilité par l'État lésé.	118	77
Article 44. Recevabilité de la demande.	119–122	77
Article 45. Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité.	123	80
Article 48. Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé.	124–125	81

Chapitre II. Contre-mesures	126–133	83
Article 49. Objet et limites des contre-mesures	128	85
Article 50. Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures	129–130	85
Article 51. Proportionnalité	131–133	87
Quatrième partie		
Dispositions générales.	134	89
Article 57. Responsabilité d'une organisation internationale	134	89
Annexes		
I. Tableau des décisions		90
II. Texte des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite		103

Abréviations

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
Convention OSPAR	Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IFOR	Force de mise en œuvre
MERCOSUR	Marché commun du Sud
OMC	Organisation mondiale du commerce
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
SFOR	Force de stabilisation

I. Introduction

1. La Commission du droit international a adopté les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (articles sur la responsabilité de l'État) à sa cinquante-troisième session, en 2001. Dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a pris note des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission, dont le texte figurait en annexe à cette résolution, et les a recommandés à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée. Dans sa résolution 59/35 du 2 décembre 2004, l'Assemblée a recommandé une fois de plus les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite à l'attention des gouvernements, sans préjuger la question de leur future adoption ou autre décision appropriée. Dans cette dernière résolution, l'Assemblée a en outre prié le Secrétaire général d'inviter les gouvernements à soumettre leurs observations écrites concernant la décision à prendre au sujet des articles. Elle a prié également le Secrétaire général d'établir une première compilation des décisions des juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles, d'inviter les gouvernements à communiquer des informations sur leur pratique à cet égard et de lui présenter cette documentation bien avant sa soixante-deuxième session.

2. Par une note verbale en date du 29 décembre 2004, le Secrétaire général a invité les gouvernements à soumettre, le 1^{er} février 2007 au plus tard, leurs observations écrites concernant la décision à prendre au sujet des articles. Il a aussi invité les gouvernements à communiquer, au plus tard pour cette même date, des informations concernant les décisions de juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles. Par une note verbale en date du 13 janvier 2006, le Secrétaire général a réitéré cette invitation*.

3. Pour élaborer la présente compilation, le Secrétariat a étudié les décisions des juridictions internationales et autres organes internationaux ci-après : la Cour internationale de Justice; le Tribunal international du droit de la mer; l'Organe d'appel de l'OMC; les tribunaux arbitraux internationaux¹; les groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT et de l'OMC; le Tribunal des différends irano-américains; la Commission d'indemnisation des Nations Unies; le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; le Tribunal pénal international pour le Rwanda; le Tribunal spécial pour la Sierra Leone; le Tribunal administratif des Nations Unies; le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail; le Tribunal administratif de la Banque mondiale; le Tribunal administratif du Fonds monétaire international; la Cour européenne de Justice; la Cour européenne des droits de l'homme; la Cour interaméricaine des droits de l'homme; les organes universels compétents dans le domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire, établis par la Charte des Nations Unies ou par voie de traité; la Commission européenne des droits de l'homme; la Commission interaméricaine des droits de l'homme; et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

* Les observations et informations reçues des gouvernements sont reproduites sous la cote A/62/63.

¹ Le Secrétariat a étudié en particulier les décisions rendues par les tribunaux arbitraux internationaux constitués dans le cadre de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, de la Convention CIRDI, du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, de l'ALENA, du MERCOSUR et par d'autres tribunaux arbitraux internationaux.

Le Secrétariat a étudié les recueils officiels des décisions établis par les différents organes, les informations disponibles sur leur site Web et des sources secondaires.

4. La compilation reproduit les extraits de décisions rendues au regard de chacun des articles visés par les juridictions internationales ou d'autres organes internationaux, en suivant la structure et l'ordre numérique des articles sur la responsabilité de l'État définitivement adoptés en 2001. Au titre de chaque article, on a fait figurer les décisions par ordre chronologique afin de montrer l'évolution historique et faciliter la compréhension des décisions faisant référence à une jurisprudence antérieure.

5. Il a été dénombré 129 affaires dans lesquelles des juridictions internationales et autres organes internationaux ont visé dans leurs décisions les articles sur la responsabilité de l'État et leurs commentaires, y compris les projets d'articles adoptés à titre provisoire de 1973 à 1996, les projets d'articles adoptés en première lecture en 1996 et les articles définitivement adoptés en 2001². Compte tenu du nombre et de la longueur de ces décisions, on n'a reproduit dans la compilation que les extraits pertinents des décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État³. Chaque extrait est accompagné d'un bref exposé du contexte dans lequel la juridiction internationale ou tout autre organe international a eu à se prononcer.

6. La compilation comprend aussi deux annexes. L'annexe I présente un tableau des décisions faisant référence aux différents articles sur la responsabilité de l'État. L'annexe II reproduit le texte complet des articles sur la responsabilité de l'État finalement adoptés par la Commission du droit international, tel qu'il figure en annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale.

II. Extraits de décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

Tribunal des différends irano-américains

7. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 dans l'affaire Rankin contre La République islamique d'Iran, le Tribunal, pour se prononcer sur sa compétence en l'espèce, a considéré que la première partie des articles adoptés à titre provisoire par

² Les références aux projets d'articles adoptés avant l'adoption définitive des articles en 2001 ne sont mentionnées dans la compilation que lorsque le projet d'article considéré a été inclus dans le texte définitif des articles. Dans ce cas, le texte du projet d'article est reproduit dans une note de bas de page accompagnant l'extrait.

³ La compilation ne comprend que les extraits de décisions dans lesquelles la juridiction internationale ou tout autre organe international a invoqué les articles sur la responsabilité de l'État comme base de sa décision ou a autrement indiqué qu'elle considérerait la disposition pertinente comme constituant, en l'état, le droit régissant la question à l'examen. Les extraits de décisions qui ne font que résumer les conclusions des parties invoquant les articles sur la responsabilité de l'État ne sont pas reproduits. Ne sont pas non plus reproduites les opinions de juges jointes à une décision (par exemple, opinion individuelle, concordante ou dissidente).

la CDI en 1980 constituait l'exposé le plus récent faisant autorité de l'état actuel du droit international sur l'origine de la responsabilité des États pour faits internationalement illicites⁴ :

... Le Tribunal remarque que seuls les dommages résultant de mouvements populaires qui ne sont pas le fait du Gouvernement iranien sont exclus de la compétence du Tribunal par cette disposition (c'est-à-dire le paragraphe 11 de la déclaration du Gouvernement algérien du 19 janvier 1981⁵), ladite exclusion n'étant que la réaffirmation de la règle de droit international coutumier selon laquelle la responsabilité de l'État n'est engagée que par un comportement illicite attribuable à cet État. C'est ce type de comportement qu'a examiné, au cours des années récentes, la Commission du droit international de l'ONU; cet examen a conduit à l'élaboration d'un ensemble de projets d'articles sur l'origine de la responsabilité des États pour faits internationalement illicites. Le Tribunal a adopté les critères énoncés par la CDI comme constituant l'exposé le plus récent faisant autorité de l'état actuel du droit international dans ce domaine. *Voir* projets d'articles sur la responsabilité des États (deuxième partie du projet) adoptés à titre provisoire par la Commission du droit international, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II (Part II), p. 29 à 33, document A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (deuxième partie); dans le même sens, *Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, sentence n° 312-11135-3 (14 juillet 1987)⁶.

En application de cette conclusion, le Tribunal a ensuite visé les projets d'articles 5 à 10 adoptés à titre provisoire par la CDI comme base juridique pour examiner les circonstances de chaque départ de la République islamique d'Iran de ressortissants des États-Unis et identifier les faits généraux et spécifiques invoqués et attestés pour déterminer en quoi ils avaient affecté ou motivé à l'époque la personne qui prétendait ensuite avoir été expulsée et si de tels faits étaient attribuables à l'Iran⁷.

⁴ La première partie des articles adoptés à titre provisoire par la Commission du droit international (intitulée « Origine de la responsabilité internationale ») est devenue, après modification, la première partie des articles adoptés en 2001.

⁵ En vertu du paragraphe 11 de la déclaration du Gouvernement algérien du 19 janvier 1981, les États-Unis d'Amérique acceptaient d'exclure toute poursuite contre l'Iran à raison de toute réclamation actuelle ou future ... découlant des événements survenus avant la date de la présente déclaration et se rapportant à ... d) tout dommage causé à des ressortissants américains ou à leurs biens par suite de mouvements populaires au cours de la Révolution islamique en Iran qui n'étaient pas le fait du Gouvernement iranien.

⁶ Tribunal des différends irano-américains, *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 326-10913-2, 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), p. 141, par. 18. L'extrait pertinent de l'affaire précédente visé dans ce passage (*Short v. Islamic Republic of Iran*) est relaté au paragraphe 69 ci-après.

⁷ *Ibid.*, p. 147 et 148, par. 30.

Chapitre premier Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

*Chambre de première instance du Tribunal pénal international
pour l'ex-Yougoslavie*

8. Dans sa décision de 1997 relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire (*subpoena duces tecum*) dans l'affaire Blaškić, qui a ensuite été réexaminée par la Chambre d'appel⁸, la Chambre de première instance II du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, en examinant si des personnes physiques pouvaient être visées par une ordonnance (plus précisément une injonction de produire) du Tribunal, a cité le texte du projet d'article premier adopté en première lecture⁹, qu'elle a qualifié de « règle bien connue en droit international » :

95. Si le particulier se conforme à l'injonction au mépris de son gouvernement, il pourrait perdre son emploi et, éventuellement, faire l'objet de sanctions beaucoup plus graves encore qu'il n'est utile de mentionner ici. Le Tribunal international ne dispose pas de force de police et il lui serait donc très difficile d'offrir une protection adéquate à un responsable officiel ayant défié son État de cette manière. En se fondant sur le principe *ultra posse nemo tenetur*, qui stipule que nul ne devrait être contraint d'adopter une conduite pratiquement impossible, obliger un particulier à observer, en sa qualité de responsable officiel, une ordonnance de ce type dans de telles circonstances, pourrait ne pas être indiqué. Cependant, ces préoccupations doivent être mises en regard de la nécessité qu'a le Tribunal international d'obtenir les informations dont il a besoin pour juger de façon juste et équitable les accusations de crimes dont il connaît. En raison de ces préoccupations et en prenant acte de la règle bien connue en droit international qui veut que « [t]out fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité

⁸ Dans cette décision, la Chambre de première instance II a considéré qu'« il incombe à une personne physique agissant en sa qualité de responsable officiel de se conformer aux ordonnances émises par le Tribunal international », Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić (« La vallée de la Lasva »)*, décision relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire (*subpoena duces tecum*), affaire n° IT-95-14, 18 juillet 1997, par. 96, et a donc confirmé l'injonction de produire décernée le 15 janvier 1997 par le juge McDonald à la République de Croatie et au Ministre croate de la défense, M. Gojko Susak (ibid., dispositif). La Chambre d'appel, au contraire, a conclu ultérieurement que « le Tribunal international ne peut pas décerner d'ordonnances contraignantes en application de l'article 29 du Statut aux responsables officiels des États agissant en ces qualités » et a donc cassé et annulé l'injonction de produire (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić (« La vallée de la Lasva »)*, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, affaire n° IT-95-14, 29 octobre 1997, dispositif. Sur l'arrêt de la Chambre d'appel, voir par. 19 ci-après.

⁹ Cette disposition a été reproduite sans changement dans l'article premier adopté par la CDI en 2001.

internationale », l'obligation de respect dans un tel scénario doit incomber à l'État, avec des sanctions et des peines appropriées en cas de non-respect...¹⁰

Tribunal arbitral international

9. Dans la sentence partielle qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Eureko BV contre La République de Pologne a cité, à l'appui de sa conclusion selon laquelle un État peut être responsable en raison d'omissions de ses organes, le commentaire de l'article premier adopté par la CDI en 2001¹¹.

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Tribunal arbitral international CIRDI

10. Dans la sentence qu'il a rendue en 1990 sur le fond, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Amco Indonesia Corporation et consorts contre l'Indonésie a considéré le projet d'article 3 adopté à titre provisoire par la CDI¹² (ainsi que les articles 5 et 10 adoptés à titre provisoire) dont il a cité le texte *in extenso*, comme constituant l'expression des principes reconnus du droit international :

C'est une règle généralement admise du droit international, clairement énoncée dans les sentences et les jugements internationaux et généralement reconnue par la doctrine, qu'un État est tenu de protéger les étrangers et leurs investissements contre des actes illicites commis par certains de ses ressortissants... Si de tels actes sont commis avec l'assistance active des organes de l'État, il s'ensuit une violation du droit international. À cet égard, le Tribunal tient à appeler l'attention sur les projets d'articles sur la responsabilité des États formulés en 1979 par la Commission du droit

¹⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić (« La vallée de la Lasva »)*, décision sur l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire, affaire n° IT-95-14, 18 juillet 1997, par. 95 (notes omises).

¹¹ *In the matter of an Ad hoc Arbitration under the Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on Encouragement and Reciprocal Protection of Investment between Eureko BV and Republic of Poland*, sentence partielle, 19 août 2005, par. 188. Le tribunal arbitral a visé en particulier les paragraphes 1 et 8 du commentaire relatif à l'article premier (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

¹² Cette disposition a été modifiée et incorporée à l'article 2 adopté par la CDI en 2001. Le texte du projet d'article 3 adopté à titre provisoire était ainsi libellé :

Article 3

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque

a) Un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'État; et

b) Ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34).

international et présentés à l'Assemblée générale des Nations Unies comme l'expression de principes reconnus du droit international¹³.

Comité ad hoc CIRDI

11. Dans la décision qu'il a rendue en 2002 sur l'annulation dans l'affaire CAA et Vivendi Universal contre l'Argentine, le comité ad hoc a fait observer que pour examiner les conclusions du tribunal arbitral sur le fond, dans la sentence relative à la procédure d'annulation, il convenait de faire le départ entre ce que le tribunal avait qualifié, d'une part, de demandes fondées directement sur des actions ou omissions alléguées de la République d'Argentine et, d'autre part, de demandes relatives au comportement des autorités de la province argentine de Tucuman qui étaient néanmoins portées contre l'Argentine et s'appuyaient sur le principe de l'attribution¹⁴. Dans une note, le comité ad hoc a critiqué les termes employés par le tribunal arbitral en se fondant sur le texte des articles 2, 4 et 12 définitivement adoptés par la CDI et des commentaires s'y rapportant :

... Les formules employées par le tribunal à cet égard ne sont pas très heureuses. Toutes les demandes internationales dirigées contre un État sont fondées sur l'attribution, que le comportement en cause soit celui des autorités centrales ou provinciales ou d'une autre subdivision. *Voir* les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite annexés à la résolution 54/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001... articles 2 a), 4 et les commentaires de la Commission relatifs à l'article 4, par. 8 à 10. On peut faire une remarque analogue concernant la référence ultérieure du tribunal à « une responsabilité stricte d'attribution » ... L'attribution n'a rien à voir avec la norme de responsabilité. La question de savoir si la responsabilité de l'État est « stricte » ou est fondée sur une obligation de diligence ou toute autre norme est une distincte de celle de l'attribution (cf. art. 2 et 12 du texte de la CDI). Néanmoins, aucune de ces questions de terminologie n'ayant apparemment affecté le raisonnement du tribunal, il n'y a pas lieu de s'y attarder¹⁵.

Tribunal arbitral international

12. Dans la sentence partielle qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Eureko BV contre la République de Pologne a cité, à l'appui de sa conclusion selon laquelle un État peut être responsable en raison d'omissions de ses organes, le commentaire de l'article 2 adopté par la CDI en 2001¹⁶.

¹³ CIRDI, *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, sentence sur le fond, 31 mai 1990, par. 172, reproduite dans *International Law Reports*, vol. 89, p. 457.

¹⁴ CIRDI, comité ad hoc, *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal (formerly Compagnie générale des eaux) v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/97/3, décision d'annulation, 3 juillet 2002, par. 16 (note omise), reproduite dans *ICSCID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n° 1, 2004, p. 100.

¹⁵ Ibid. p. 100, par. 16, note 17.

¹⁶ *In the matter of an Ad hoc Arbitration under the Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on Encouragement and Reciprocal Protection of Investment between Eureko BV and Republic of Poland*, sentence partielle, 19 août 2005, par. 188. Le tribunal arbitral a visé en particulier le paragraphe 4 du commentaire de l'article 2 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

Tribunal arbitral international CIRDI

13. Dans la décision qu'il a rendue en 2000 sur le déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Maffezini contre l'Espagne a, pour déterminer si les faits commis par la société privée Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (avec laquelle le demandeur avait établi plusieurs relations contractuelles) étaient imputables à l'Espagne, visé dans une note le projet d'article 4 adopté en première lecture par la CDI pour appuyer son affirmation selon laquelle la question de savoir si une entité doit être considérée comme un organe de l'État et si celui-ci pourrait en définitive voir sa responsabilité engagée est une question de fait et de droit qui doit être déterminée conformément aux principes applicables du droit international¹⁷ ».

Comité ad hoc CIRDI

14. Dans la décision qu'il a rendue en 2002 sur l'annulation dans l'affaire CAA et Vivendi Universal contre l'Argentine, le comité ad hoc, en examinant la relation entre la violation d'un contrat et la violation d'un traité en l'espèce, a visé l'article 3 adopté par la Commission du droit international en 2001, qui constituait selon lui incontestablement l'expression du droit international général. Le comité ad hoc a en outre cité des passages du commentaire de la Commission relatif à cette disposition :

95. Quant à la relation entre la violation d'un contrat et la violation d'un traité en l'espèce, il convient de souligner que les articles 3 et 5 du traité bilatéral d'investissement [accord entre le Gouvernement de la République Argentine et le Gouvernement de la République française sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements en date du 3 juillet 1991] ne se rapportent pas directement à la violation d'un contrat de droit interne mais posent plutôt une norme indépendante. Un État peut violer un traité sans violer un contrat, et vice versa, et cela vaut certainement pour ces dispositions du traité bilatéral d'investissement. Cela ressort clairement de l'article 3 des articles adoptés par la Commission du droit international intitulé « Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite » : ...

96. Conformément à ce principe général (qui est incontestablement l'expression du droit international général), ce sont deux questions différentes de savoir d'une part, s'il y a eu violation du traité bilatéral d'investissement et, d'autre part, s'il y a eu une violation du contrat. Chacune de ces demandes sera déterminée par référence au droit qui lui est propre ou qui lui est applicable – dans le cas du traité bilatéral d'investissement, par le droit international; dans le cas du contrat de concession, par le droit propre du contrat, en d'autres termes, le droit de Tucumán. Par exemple, dans le cas d'une demande fondée sur un traité, les règles d'attribution du droit international s'appliquent, avec pour conséquence que l'État d'Argentine est internationalement responsable des actes de ses autorités provinciales. Par contre, l'État d'Argentine n'est pas

¹⁷ CIRDI, *Maffezini v. Kingdom of Spain*, affaire n° ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, par. 82, note 64, reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, n° 1, 2001, p. 31.

responsable de l'exécution des contrats conclus par la province de Tucumán, qui a une personnalité juridique distincte en vertu de son propre droit et est responsable de l'exécution de ses propres contrats.

97. La distinction entre le rôle du droit international et celui du droit interne en matière de responsabilité internationale est soulignée dans le commentaire relatif à l'article 3 des articles adoptés par la Commission du droit international, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« 4) La Cour internationale de Justice a souvent invoqué et appliqué ce principe. Par exemple dans l'avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, elle a indiqué : "La réclamation étant fondée sur un manquement à une obligation internationale, manquement dont l'Organisation impute la responsabilité à l'un de ses Membres, ce Membre ne peut prétendre que cette obligation est régie par son droit national." Dans l'affaire ELSI, une chambre de la Cour a mis l'accent sur ce principe, en indiquant que :

"La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne, et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle. Même si le préfet avait jugé que la réquisition était tout à fait justifiée au regard du droit italien, cela n'exclurait pas la possibilité qu'elle ait constitué une violation du traité de 1948."

Inversement, comme la Chambre l'a expliqué :

"...il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégitimité équivaudrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire (...) Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doit être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile."

...

7) Le principe selon lequel la qualification du fait d'un État comme illicite en droit international n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite en droit interne ne comporte pas d'exception pour les cas où le droit international prescrit à un État de se conformer aux dispositions de son droit interne, par exemple en réservant aux étrangers le même traitement juridique qu'à ses ressortissants. Il est vrai que dans ce cas, la conformité avec le droit interne est pertinente sous l'angle de la responsabilité internationale. Mais il en est ainsi parce que la règle de droit international la rend pertinente, par exemple en intégrant

la norme de conformité avec le droit interne dans la norme internationale applicable ou un aspect de celle-ci. En particulier en ce qui concerne les préjudices causés aux étrangers et à leurs biens et les droits de l'homme, les dispositions et l'application du droit interne seront souvent pertinentes dans l'optique de la responsabilité internationale. Dans chaque cas, l'analyse dira si les dispositions du droit interne sont pertinentes en tant que faits dans la mise en œuvre de la norme internationale applicable, ou si elles sont en réalité intégrées, sous une forme ou sous une autre, de manière conditionnelle ou inconditionnelle, dans cette norme¹⁸. »

Tribunal arbitral international constitué dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI

15. Dans la sentence qu'il a rendue en 2003, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. contre le Mexique, après avoir affirmé que le fait que les actions du défendeur sont légitimes ou licites ou légales au regard du droit interne du défendeur ne signifie pas qu'elles sont conformes à l'accord en cause en l'espèce ou au droit international, a cité le passage ci-après du commentaire de l'article 3 finalement adopté par la CDI :

« Le fait d'un État doit être qualifié d'internationalement illicite dès lors qu'il constitue une violation d'une obligation internationale, même au cas où ledit fait ne contreviendrait pas au droit interne de cet État – et même au cas où, d'après ce droit, l'État se trouverait en réalité tenu à ce comportement¹⁹. »

Tribunal arbitral international CIRDI

16. Dans la décision qu'il a rendue en 2003 sur le déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire SGS contre le Pakistan a, dans le cadre de son interprétation de l'article 11 de l'accord bilatéral d'investissement entre la Suisse et le Pakistan²⁰, cité *in extenso* le passage de la décision sur l'annulation dans l'affaire Vivendi, reproduit au paragraphe 14 ci-dessus, pour illustrer l'affirmation selon laquelle en vertu d'un principe général, la même série de faits peut donner lieu à différentes demandes fondées sur des ordres juridiques différents : l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international²¹. Le tribunal a dès lors considéré que les demandes fondées sur le traité bilatéral d'investissement

¹⁸ CIRDI, comité ad hoc, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie générale des eaux) v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/97/3, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002 (notes omises), reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n° 1, 2004, p. 127 à 129.

¹⁹ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, affaire n° ARB (AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, par. 120 (original espagnol). Le passage cité est extrait du paragraphe 1 du commentaire de la CDI relatif à l'article 3 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

²⁰ Cette disposition était ainsi libellée : « Chacune des Parties contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elles à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante ».

²¹ CIRDI, *SGS Société générale de surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, affaire n° ARB/01/13, décision sur la compétence, 6 août 2003, par. 147, reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 352 à 355.

en cause et les demandes contractuelles étaient raisonnablement distinctes en principe.

Tribunal arbitral international CIRDI

17. Dans la décision qu'il a rendue en 2004 sur le déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire SGS contre les Philippines a, dans le cadre de son interprétation de l'article X 2) du traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et les Philippines²², reconnu le principe bien établi selon lequel la violation d'un contrat conclu par un État avec un investisseur d'un autre État ne constitue pas, en elle-même, une violation du droit international, comme il avait été affirmé dans l'affaire *Vivendi* et invoqué par le tribunal dans l'affaire SGS contre le Pakistan (voir passages cités aux paragraphes 14 et 16 *supra*). Il a néanmoins fait observer que, contrairement au comité ad hoc dans l'affaire *Vivendi*, le tribunal dans l'affaire SGS contre le Pakistan, tout comme le tribunal en l'espèce, devait examiner si la clause d'un traité imposant à un État de respecter des engagements spécifiques au plan interne produisait effet en droit international. À cet égard, il a considéré qu'il pouvait le faire, comme l'avait fait remarquer la CDI dans son commentaire de l'article 3 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en ajoutant que c'est là essentiellement une question d'interprétation, qui ne paraît relever d'aucune présomption²³.

Tribunal arbitral international CIRDI

18. Dans la sentence qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Noble Ventures, Inc. contre la Roumanie a, dans le cadre de son interprétation de l'article II 2) c) du traité bilatéral d'investissement en cause, relevé que la distinction entre droit interne et droit international comme définissant deux systèmes juridiques séparés étaient reflétée, entre autres, dans l'article 3 adopté par la CDI en 2001 :

... Le tribunal rappelle la règle bien établie du droit international général selon laquelle, dans des circonstances normales, la violation d'un contrat par l'État n'entraîne pas, en elle-même, une responsabilité internationale directe de la part de l'État. Cela résulte de la distinction nette entre droit interne d'une part et droit international de l'autre, deux systèmes (ou ordres) juridiques distincts, dont le second traite les règles contenues dans le premier comme des faits, ainsi que cela est reflété, entre autres, à l'article 3 des articles sur la responsabilité de l'État adoptés par la CDI en 2001²⁴.

²² Cette disposition, analogue à l'article 11 susvisé du traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et le Pakistan, stipulait : « Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante ».

²³ CIRDI, *SGS Société générale de surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, affaire n° ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004, par. 122 et note 54. Le tribunal visait plus particulièrement le paragraphe 7 du commentaire de l'article 3, évoquant l'hypothèse où les dispositions du droit interne « sont en réalité intégrées, sous une forme ou sous une autre, de manière conditionnelle ou inconditionnelle, dans cette norme [internationale] ».

²⁴ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, affaire n° ARB/01/11, sentence, 12 octobre 2005, par. 53.

Chapitre II

Attribution d'un comportement à l'État

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

19. Dans son arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision rendue le 18 juillet 1997 par la Chambre de première instance II dans l'affaire Blaškić, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a examiné la situation dans laquelle, le Tribunal ayant décerné une ordonnance contraignante à un État pour que celui-ci produise des documents nécessaires au procès, « un responsable officiel de cet État, qui détient ces éléments de preuve à titre officiel et à qui ses autorités ont demandé qu'il les remette au Tribunal international ... [refuse] de le faire et ... les autorités centrales [n'ont] pas les moyens juridiques ou matériels de faire exécuter la demande du Tribunal international²⁵ ». La Chambre d'appel a fait observer ce qui suit :

« [D]ans ce scénario, le responsable officiel d'un État, en dépit des instructions reçues de son gouvernement, entrave délibérément la procédure pénale internationale, compromettant ainsi la fonction essentielle du Tribunal international : rendre la justice. Il incombera par ailleurs à la Chambre de première instance de décider si l'État doit également rendre compte de ses actes. La Chambre de première instance devra décider s'il convient d'effectuer une détermination formelle constatant que l'État ne s'est pas conformé à l'article 29 du Statut (en se fondant sur l'article 11 du Projet de codification de la responsabilité des États préparé par la Commission du droit international) et [de] demander au Président du Tribunal international de la transmettre au Conseil de sécurité²⁶. »

²⁵ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* (« La Vallée de la Lasva »), *Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997*, affaire n° IT-95-14, 29 octobre 1997, par. 51.

²⁶ Ibid. Le projet d'article 11, adopté par la Commission du droit international en première lecture, a été supprimé en deuxième lecture car « sa "formulation négative" était "superflue" » (*Annuaire...* 1998, vol. II (deuxième partie), p. 89, par. 419). Cependant, les principes qu'énonçait le projet d'article sont mentionnés aux paragraphes 3 et 4 du commentaire introductif du chapitre II des articles adoptés en 2001 (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), par. 22), c'est pourquoi il est reproduit ici. Le projet d'article 11 adopté en première lecture se lisait comme suit :

Article 11

Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État

1. N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'État en vertu des articles 5 à 10.

Article 4 Comportement des organes de l'État

Tribunal des différends irano-américains

20. Dans la décision qu'il a rendue en 1985 au sujet de l'affaire opposant International Technical Products Corp. à la République islamique d'Iran, se demandant si la Banque Tejarat, banque d'État dotée d'une personnalité juridique distincte, avait agi en tant qu'organe de l'État lorsqu'elle avait pris possession d'un immeuble appartenant aux demandeurs, le Tribunal a mentionné dans une note le texte du projet d'article 5 adopté à titre provisoire par la CDI²⁷ et le commentaire s'y rapportant²⁸. Le Tribunal a jugé, en ce qui concerne la prise de possession des biens, que la Banque Tejarat n'avait pas agi sur instruction du Gouvernement de la République islamique d'Iran, et n'avait pas exercé d'autres fonctions propres à l'État.

Tribunal des différends irano-américains

21. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 au sujet de l'affaire opposant Yeager à la République islamique d'Iran, se demandant si le paragraphe 11 de la Déclaration du Gouvernement algérien en date du 19 janvier 1981 (« la Déclaration générale²⁹ ») excluait qu'il exerce sa compétence en l'espèce, le Tribunal s'est référé dans les termes suivants aux articles 5 et suivants du projet adopté à titre provisoire par la CDI :

...

L'exclusion [visée à l'alinéa d) du paragraphe 11 de la Déclaration générale] ne s'appliquerait qu'aux actes qui ne sont pas des actes du Gouvernement iranien. Le demandeur se fonde sur des actes dont il affirme qu'ils sont attribuables au Gouvernement iranien. Les actes attribuables à un État sont considérés comme des actes de l'État. *Voir* le projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la Commission du droit international en première lecture [Projet d'articles, art. 5 et suiv., 1980, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, (deuxième partie), document de l'ONU A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 2)]. Le paragraphe 11 de la

²⁷ La disposition en question a été modifiée et incorporée dans l'article 4 que la Commission du droit international a adopté en 2001. Le projet d'article 5 adopté à titre provisoire par la Commission se lisait comme suit :

Article 5

Attribution à l'État du comportement de ses organes

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de l'État ayant ce statut d'après le droit interne de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34).

²⁸ Tribunal des différends irano-américains, *International Technical Products Corporation and ITP Export Corporation, its wholly-owned subsidiary v. Islamic Republic of Iran and its agencies, The Islamic Republic Iranian Air Force, and the Ministry of National Defense, acting for the Civil Aviation Organization*, sentence n° 196-302-3, 24 octobre 1985, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 9 (1985-II), p. 238, note 35.

²⁹ Le texte de la disposition pertinente est reproduit dans la note 5 ci-dessus.

Déclaration générale ne limite donc pas la compétence du Tribunal en l'espèce³⁰.

Tribunal arbitral international CIRDI

22. Dans la sentence sur le fond qu'il a rendue en 1990, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Amco Indonesia Corporation et consort contre l'Indonésie a cité *in extenso* le projet d'article 5 adopté à titre provisoire par la CDI (de même que les projets d'articles 3 et 10) et dit qu'il constituait l'expression de principes reconnus du droit international. Le passage pertinent de la sentence est reproduit plus haut au paragraphe 10.

Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

23. Dans sa décision de 1997 relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire (*subpoena duces tecum*) dans l'affaire Blaškić, la Chambre de première instance II, se demandant si des personnes physiques pouvaient être visées par une ordonnance (plus précisément une injonction de produire) du Tribunal, a cité dans une note, sans commentaire mais en même temps que le projet d'article premier³¹, le projet d'article 5 adopté par la CDI en première lecture³².

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

24. À la demande de la République de Croatie, la décision visée au paragraphe 23 ci-dessus a ultérieurement été soumise à la Chambre d'appel³³. Dans l'arrêt sur la question qu'elle a rendu en 1997, la Chambre d'appel a fait observer que dans son mémoire, la Croatie avait affirmé que le Tribunal ne pouvait pas adresser d'ordonnances contraignantes à des organes de l'État agissant *ès qualités*. Elle a noté qu'à l'appui de cette affirmation, la Croatie avait notamment allégué ce qui suit :

« [U]n tel pouvoir, s'il existait, contredirait les principes bien établis du droit international, en particulier le principe affirmé à l'article 5 du Projet de codification de la responsabilité des États, adopté par la Commission du droit international, selon lequel la conduite de tout organe de l'État doit être assimilée à un acte de l'État en question, ce qui implique que tout acte internationalement illicite de responsables officiels d'un État engage la

³⁰ Tribunal des différends irano-américains, *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 324-10199-1, 2 novembre 1987, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 17 (1987-IV), p. 100 et 101, par. 33.

³¹ Voir plus haut le paragraphe 8.

³² Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* (« La Vallée de la Lasva »), décision relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire, affaire n° IT-95-14, 18 juillet 1997, par. 95, note 156. Le texte du projet d'article 5 que la Commission du droit international a adopté en première lecture (voir *Annuaire...* 1996, vol II (deuxième partie), par. 65) était identique à celui du projet d'article 5 qu'elle a adopté à titre provisoire (voir plus haut la note 27).

³³ Voir *supra*, note 8.

responsabilité internationale de l'État en tant que tel et non pas celle du responsable officiel³⁴ ».

En l'occurrence, la Chambre d'appel ne s'est pas explicitement référée au projet d'articles adopté par la CDI, mais elle a cependant fait observer ce qui suit :

« Il est bien établi que le droit international coutumier protège l'organisation interne de chaque État souverain. Il laisse à chacun d'eux le soin de déterminer sa structure interne et, en particulier, de désigner les individus qui agiront en tant qu'organes ou agents de l'État. Chaque État souverain a le droit d'adresser des instructions à ses organes, aussi bien ceux opérant au plan national que ceux opérant dans le champ des relations internationales, de même qu'il peut prévoir des sanctions ou autres remèdes en cas de non-respect de ces instructions. Le corollaire de ce pouvoir exclusif des États est que chacun d'eux est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant ès qualités soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations³⁵. »

La Chambre d'appel a déterminé que le Statut du Tribunal international ne contenait pas de dispositions ou de principes qui autoriseraient une dérogation à cette règle bien établie du droit international et conclu que d'après le droit international général aussi bien que d'après le Statut lui-même, ni les juges, ni les chambres de première instance ne pouvaient décerner d'ordonnances contraignantes aux responsables officiels des États³⁶.

Cour internationale de Justice

25. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1999 au sujet du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a dit que le principe énoncé dans le projet d'article 6 adopté par la CDI en première lecture³⁷ « revêt[ait] un caractère coutumier » et constituait « une règle bien établie du droit international » :

« Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle,

³⁴ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* (« La Vallée de la Lasva »), arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, affaire n° IT-95-14, 29 octobre 1997, par. 39. La Croatie faisait référence au projet d'article 5 adopté par la Commission du droit international en première lecture.

³⁵ Ibid., par. 41.

³⁶ Ibid., par. 42 et 43.

³⁷ Cette disposition a été modifiée et incorporée dans l'article 4 que la Commission du droit international a adopté en 2001. Le projet d'article 6 adopté en première lecture se lisait comme suit :

Article 6

Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'État

Le comportement d'un organe de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'État soit supérieure ou subordonnée. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34.)

qui revêt un caractère coutumier, trouve son expression à l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international en première lecture...³⁸ ».

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

26. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1999 au sujet de l'affaire Tadić, la Chambre d'appel, commentant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice, en 1986, dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, a pris note de la déclaration que la Cour avait faite par la suite dans son avis consultatif de 1999, mentionné ci-dessus, et s'est exprimée comme suit :

« Il semblerait... que, dans l'arrêt Nicaragua, la Cour a distingué trois catégories d'individus. La première recouvrait ceux qui avaient la qualité d'agents : les membres de l'administration publique ou des forces armées des États-Unis. S'agissant de ces individus, la Cour est clairement partie de l'hypothèse, qu'elle a récemment qualifiée de "règle bien établie du droit international" [voir l'avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* cité au paragraphe 25 ci-dessus], selon laquelle un État est responsable des actes contraires au droit international commis par des individus qui jouissent du statut d'organes en vertu de son droit interne ou qui, à tout le moins, appartiennent à des entités publiques habilitées par l'ordre juridique interne à exercer certaines prérogatives de la puissance publique³⁹. »

Dans une note se rapportant à ce passage, la Chambre d'appel a fait observer que « [l]a position du droit international coutumier sur cette question [était] correctement réaffirmée dans l'article 5 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États adopté en première lecture par la Commission du droit international⁴⁰ ». Elle a ensuite cité le texte de ce projet d'article, ainsi que celui du projet d'article correspondant adopté à titre provisoire, en 1998, par le Comité de rédaction de la Commission⁴¹, qu'elle jugeait « encore plus clair » sur ce point.

Groupe spécial de l'OMC

27. Dans son rapport de 2000 intitulé « *Corée – Mesures affectant les marchés publics* », le Groupe spécial a rejeté l'argument de la République de Corée selon lequel elle n'était pas responsable de la réponse donnée par son ministère du commerce à des questions posées par les États-Unis au cours des négociations

³⁸ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, par. 62.

³⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Duško Tadić, arrêt*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 109 (notes omises).

⁴⁰ Ibid. par. 109, note 129.

⁴¹ Le projet d'article 4 adopté en 1998 par le Comité de rédaction se lisait comme suit :

1. Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de cet État agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité publique territoriale.
2. Aux fins du paragraphe 1, un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

relatives à l'adhésion de la République de Corée à l'Accord sur les marchés publics car ces questions relevaient de la compétence du Ministère des transports. Le Groupe estimait que sa conclusion selon laquelle la réponse avait été donnée au nom du Gouvernement coréen dans son ensemble était « corroborée par les principes établis de longue date du droit international de la responsabilité des États ». Dans une note, le Groupe s'est référé aux projets d'articles 5 et 6 et au commentaire s'y rapportant, adoptés par la CDI en première lecture, qu'il considérait comme devant jouer dans le contexte de négociations sur un accord plurilatéral comme l'Accord sur les marchés publics⁴².

Tribunal arbitral international MERCOSUR

28. Dans la sentence qu'il a rendue en 2002, le tribunal arbitral spécial du MERCOSUR constitué pour connaître du différend entre l'Uruguay et le Brésil concernant l'interdiction d'importer des pneus rechapés en provenance de l'Uruguay a, face à l'argument du Brésil selon lequel les normes, décisions, rapports et autres actes des organes administratifs constituaient dans certains cas des opinions émanant de divers secteurs de l'administration qui n'avaient pas expressément compétence pour régler le commerce extérieur du pays, invoqué les articles adoptés en 2001 par la CDI, plus particulièrement l'article 4, qui codifiait selon lui une règle de droit coutumier :

Il convient de rappeler que d'après le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État, qui codifie le droit coutumier, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de cet État agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité publique territoriale (voir l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, que la Commission du droit international a adopté à sa cinquante-troisième session)⁴³.

Le tribunal a décidé que tous les actes de l'Administration dont il était question étaient attribuables au Brésil.

Comité ad hoc CIRDI

29. Dans la décision sur l'annulation qu'il a rendue en 2002 dans le différend opposant CAA et Vivendi Universal à l'Argentine, le comité ad hoc a fait référence au texte des articles 2, 4 et 12 adoptés par la CDI et au commentaire s'y rapportant. Le passage pertinent est cité plus haut au paragraphe 11. Plus loin dans la même décision, commentant un passage de la sentence contestée qui semblait indiquer que le comportement qu'avait adopté Tucumán dans ce qu'il considérait comme l'exercice des droits découlant de son statut de partie au Contrat de concession ne pouvait, a priori, constituer une violation du traité bilatéral d'investissement concerné, le comité ad hoc a de nouveau fait référence aux commentaires se rapportant aux articles 4 et 12 pour étayer l'affirmation selon laquelle rien ne

⁴² Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, par. 6.5, note 683.

⁴³ MERCOSUR, *Interdiction d'importer des pneus rechapés en provenance d'Uruguay*, sentence, 9 janvier 2002 (traduction officielle).

soutenait l'hypothèse avancée puisque ce n'était pas en déterminant si un comportement donné impliquait l'exercice de prétendus droits contractuels que l'on pouvait établir s'il avait été contrevenu à un traité⁴⁴.

*Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA
et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*

30. Dans la sentence qu'il a rendue en 2002, le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain pour connaître du différend opposant Mondev et les États-Unis a noté que les États-Unis n'avaient pas contesté le fait que les décisions de la ville de Boston, de la Boston Redevelopment Authority et des tribunaux du Massachussets dont il était question en l'espèce leur étaient attribuables aux fins de l'Accord. Dans une note, il a fait référence à l'article 105 de l'Accord et à l'article 4 du projet d'articles adopté en 2001 par la CDI⁴⁵.

*Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA
et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*

31. Dans la sentence qu'il a rendue en 2003, le tribunal arbitral constitué conformément au chapitre 11 de l'ALENA pour connaître du différend opposant ADF Group Inc. et les États-Unis, ayant jugé que les « mesures existantes non conformes » d'une « Partie » tombant sous le coup de l'article 1108(1) de l'Accord pouvaient être des mesures prises non seulement par un gouvernement fédéral, mais aussi par un État ou une province, et même par une administration locale⁴⁶, a déterminé que son opinion était conforme à la règle établie en droit international coutumier, et énoncée à l'article 4 du projet adopté par la CDI en 2001, selon laquelle les actes de tous les organes et entités et unités territoriales de l'État étaient attribuables à l'État et l'État, en tant que sujet de droit international, était donc responsable de tous les actes de ses organes et unités territoriales⁴⁷. Le tribunal a ensuite cité le texte de la disposition en question et a, dans une note, fait observer ce qui suit au sujet du commentaire s'y rapportant :

Le fait qu'il s'agit d'une règle du droit international coutumier est confirmé notamment dans *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un*

⁴⁴ CIRDI, comité ad hoc, *Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal (formerly Compagnie générale des eaux) v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/97/3, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, par. 110 et note 78, reproduit dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n° 1, 2004, p. 134. Le comité s'est en particulier référé au paragraphe 6 du commentaire relatif à l'article 4 et aux paragraphes 9 et 10 du commentaire se rapportant à l'article 12 (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

⁴⁵ ALENA (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), *Mondev International Ltd v. United States of America*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, par. 67, note 12, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 125, p. 130.

⁴⁶ ALENA (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), *ADF Group Inc. v. United States of America*, affaire n° ARB(AF)/00/1, sentence, 9 janvier 2003, par. 165, reproduit dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 269 et 270. Comme l'a noté le tribunal, la partie pertinente de l'article 1108(1) de l'Accord dispose que les articles 1102, 1103, 1106 et 1107 ne s'appliquent pas à une « mesure non conforme existante qui est maintenue par : (i) une Partie au niveau fédéral, ainsi qu'il est indiqué dans sa liste à l'annexe I ou III; (ii) un État ou une province, pendant deux ans après la date d'entrée en vigueur [de l'Accord] ...; ou (iii) une administration locale ».

⁴⁷ *Ibid.*, p. 270, par. 166.

rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme ... [voir plus haut le paragraphe 25]. Voir aussi les paragraphes 8, 9 et 10 du commentaire de la Commission du droit international [se rapportant à l'article 4], qui soulignent que « le principe posé à l'article 4 s'applique aux organes aussi bien du gouvernement central que de l'administration régionale ou locale » (par. 8, [Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), par. 77]) et que « [p]eu importe, en l'occurrence, que l'unité territoriale en cause fasse partie d'un État fédéral ou soit une région autonome spécifique, et peu importe également que le droit interne de l'État en question habilite ou non le parlement fédéral à contraindre l'unité territoriale à respecter les obligations internationales de l'État » (par. 9 [ibid.])⁴⁸.

Tribunal arbitral international constitué dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI

32. Dans la sentence qu'il a rendue en 2003, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend opposant Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. aux États-Unis du Mexique s'est référé au texte de l'article 4 adopté par la Commission du droit international en 2001, ainsi qu'au commentaire s'y rapportant, pour étayer sa conclusion selon laquelle les actes de l'Institut national d'écologie du Mexique, entité des États-Unis du Mexique chargée de l'élaboration des politiques du pays en matière d'écologie et d'environnement et de la publication centralisée de toutes les règles et normes environnementales, étaient attribuables au Mexique⁴⁹.

Tribunal arbitral international

33. Dans la sentence qu'il a rendue en 2003, le tribunal arbitral constitué pour régler le différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention OSPAR a expliqué que son interprétation du premier alinéa de l'article 9 de la Convention était conforme aux principes contemporains régissant la responsabilité des États et en particulier au principe selon lequel l'État est internationalement responsable des actes de ses organes⁵⁰. Il a ajouté ce qui suit :

« Cette position est confirmée par les articles 4 et 5 du projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui énonce des règles pour l'attribution de certains actes aux États. Sur le plan international, les actes des autorités compétentes sont considérés comme attribuables à l'État tant que ces autorités peuvent être considérés comme des organes ou entités de l'État habilités à exercer des prérogatives de la puissance publique. Comme la Cour internationale de Justice l'a affirmé dans l'affaire LaGrand, « la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soit »⁵¹.

⁴⁸ Ibid., p. 270, par. 166, note 161.

⁴⁹ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico*, affaire n° ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, par. 120 (original espagnol).

⁵⁰ *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)*, sentence finale, 2 juillet 2003, par. 144.

⁵¹ Ibid., par. 145 (notes omises).

Tribunal arbitral international CIRDI

34. Dans la décision qu'il a rendue au sujet du déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend opposant CMS Transmission Company à l'Argentine a déclaré ce qui suit à propos de l'article 4 adopté par la CDI en 2001 :

En ce qui concerne la responsabilité internationale de l'Argentine au regard du Traité, peu importe aussi si certains actes sont le fait de l'appareil judiciaire et d'autres d'un organisme administratif, ou du pouvoir exécutif ou législatif. L'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État adoptés par la CDI est très clair sur ce point. À moins qu'une réserve expresse n'ait été formulée conformément aux articles 19, 20 et 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la responsabilité de l'État peut être engagée, et si certains actes sont le fait de l'appareil judiciaire et d'autres celui d'autres institutions de l'État, il n'en découle pas nécessairement qu'ils fassent naître des différends distincts. Aucune réserve de ce type n'a été formulée en ce qui concerne le [traité d'investissement bilatéral concerné]⁵².

Tribunal arbitral international CIRDI

35. Dans la décision qu'il a rendue en 2004, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend opposant Tokios Tokelés et l'Ukraine a établi que des négociations approfondies avaient eu lieu entre le demandeur et les autorités municipales et, ayant rappelé que les actes des autorités municipales étaient attribuables aux autorités centrales, a cité dans une note un extrait de l'article 4 adopté par la CDI en 2001⁵³.

Groupe spécial de l'OMC

36. Dans son rapport de 2004 intitulé « Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris », le Groupe spécial a déclaré que sa conclusion selon laquelle les mesures que la Commission du commerce international des États-Unis (organisme de l'État américain) avait prises dans l'exercice de ses attributions et de ses pouvoirs étaient attribuables aux États-Unis était étayée par l'article 4 et le commentaire s'y rapportant adoptés par la CDI en 2001, disposition dont il considérait qu'elle n'était « pas contraignante en tant que telle » mais « reflét[ait] bien les principes coutumiers du droit international relatifs à l'imputation » :

« 6.128 Cette conclusion est étayée par les Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (« CDI »). L'article 4, qui repose sur le principe de l'unité de l'État, définit de manière générale les circonstances dans lesquelles un certain comportement est imputable à un État. Cette disposition n'est pas contraignante en tant que telle mais elle reflète bien les principes coutumiers

⁵² CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, par. 108 (note omise).

⁵³ CIRDI, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, affaire n° ARB/02/18, décision sur la compétence, 29 avril 2004, par. 102 et note 113, reproduit dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n° 1, 2005, p. 242. Dans le texte original de la décision, le tribunal indique erronément que le texte qu'il cite, qui est en fait extrait de l'article 4, l'est de l'article 17.

du droit international relatifs à l'imputation. Comme la CDI le souligne dans ses commentaires concernant les Articles sur la responsabilité de l'État, la règle selon laquelle « l'État est responsable du comportement de ses organes, agissant en cette qualité, est reconnue de longue date par la jurisprudence internationale ». Comme l'a expliqué la CDI, l'expression « organe de l'État » doit s'entendre dans son acception la plus large. Elle recouvre les organes de n'importe quelle branche de l'État qui exercent des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou toute autre fonction⁵⁴. »

Tribunal arbitral international

37. Dans la sentence partielle qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre Eureko BV et la République de Pologne, se demandant si des actes du Ministre du Trésor Public se rapportant à un accord de vente conclu avec le demandeur étaient attribuables à la Pologne, a fait observer qu'il était désormais bien établi que le fait de tout organe de l'État était considéré comme celui de cet État et que le terme organe s'entendait de toute personne ou entité ayant ce statut d'après le droit interne de l'État. Il a ensuite cité le texte de l'article 4 adopté par la CDI en 2001, qu'il jugeait parfaitement clair sur ce point⁵⁵, et, plus loin, fait référence au commentaire s'y rapportant⁵⁶.

Tribunal arbitral international CIRDI

38. Dans la sentence qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre Noble Ventures, Inc. et la Roumanie, se demandant si les actes d'une institution d'intérêt public roumaine (le Fonds de la propriété de l'État, ultérieurement remplacé par l'Instance de privatisation et de gestion des biens de l'État), présentés comme contrevenants aux traité d'investissement bilatéral en question, étaient attribuables à la Roumanie, a fait référence à l'article 4 adopté par la CDI en 2001, qu'il considérait comme énonçant une règle bien établie :

Les États étant des personnes morales, il faut toujours se demander si les actes de personnes physiques qui contreviendraient au droit international sont attribuables à l'État. Le traité d'investissement bilatéral n'apporte pas de réponse à cette question. Les règles de l'attribution ne sont énoncées que dans le droit international général, qui complète donc le traité sur ce point. En ce qui concerne le droit international général relatif à la responsabilité internationale, on peut faire référence au projet d'article sur la responsabilité de l'État que la CDI a adopté en deuxième lecture en 2001, et que l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé à l'attention des gouvernements dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001. Si ces articles ne sont pas contraignants, ils sont largement considérés comme codifiant le droit international coutumier. Les articles présentent toute une série de règles

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004, par. 6.128 (notes omises).

⁵⁵ *In the matter of an Ad hoc Arbitration under the Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on Encouragement and Reciprocal Protection of Investment between Eureko BV and Republic of Poland*, sentence partielle, 19 août 2005, par. 127 et 128.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 130 et 131. Le tribunal arbitral fait référence en particulier aux paragraphes 6 et 7 du commentaire se rapportant à l'article 4 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10 (A/56310)*, par. 77).

concernant l'attribution. L'article 4 énonce la règle bien établie selon laquelle le fait de tout organe de l'État, ce terme s'entendant de toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne dudit État, est considéré comme étant celui de cet État en droit international. La règle concerne l'attribution des actes d'organes dits *de jure*, qui ont été expressément habilités à agir pour le compte de l'État dans la limite de leur compétence⁵⁷.

Plus loin, face à l'argument du défendeur selon lequel il fallait établir une distinction entre l'attribution des actes de gouvernement et celle des actes commerciaux, ceux-ci n'étant pas attribuables à l'État, le tribunal arbitral a fait observer ce qui suit en référence au commentaire se rapportant à l'article 4 :

S'agissant de la responsabilité, on voit difficilement pourquoi des actes commerciaux (qui sont des *acta iure gestionis*), devraient par définition ne pas être attribuables, alors que les actes de gouvernement (qui sont des *acta iure imperii*) le seraient. Le projet de la CDI n'établit ni ne préconise aucune distinction de cet ordre. Outre qu'il n'y a aucune raison de ne pas considérer les actes commerciaux comme attribuables en principe, il est difficile de déterminer si un acte donné est ou non un acte de la puissance publique. Il est généralement reconnu en droit international, comme il ressort en particulier des débats de la CDI sur l'attribution, qu'il n'existe pas, en droit international, de définition communément admise de l'acte de gouvernement, ou acte de la puissance publique. Si c'était le cas, il n'y aurait pas besoin de règles précises telles que celles énoncées par la CDI dans son projet d'articles, selon lesquelles, en principe, il doit exister un lien effectif entre l'État et un acteur pour que les actes du second soient attribuables au premier⁵⁸.

Tribunal arbitral international CIRDI

39. Dans la décision sur la compétence qu'il a rendue en 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend opposant Jan de Nul NV et Dredging International NV à la République arabe d'Égypte a expliqué que lorsqu'il examinerait le fond de l'affaire, il se prononcerait sur la question de l'attribution en droit international, en se référant en particulier aux articles adoptés par la CDI en 2001 (plus particulièrement les articles 4 et 5), qu'il considérerait comme codifiant le droit international coutumier. Le tribunal a brièvement exposé la teneur des deux articles qu'il comptait appliquer⁵⁹.

Groupe spécial de l'OMC

40. Dans son rapport de 2006 intitulé « Communautés européennes – Certaines questions douanières », le Groupe spécial a noté que les Communautés européennes avaient invoqué le paragraphe 1 de l'article 4 adopté par la CDI en 2001, qu'elles considéraient comme énonçant une règle de droit international, pour faire échec à l'argument des États-Unis selon lequel seuls les organes du pouvoir exécutif des États membres, à l'exclusion de ceux du pouvoir judiciaire, pouvaient être reconnus comme autorités de la Communauté s'agissant de l'application du droit

⁵⁷ CIRDI, *Nobles Ventures, Inc. v. Romania*, affaire n° ARB/01/11, sentence, 12 octobre 2005, par. 69.

⁵⁸ Ibid., par. 82.

⁵⁹ CIRDI, *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt*, affaire n° ARB/04/13, décision sur la compétence, 16 juin 2006, par. 89.

communautaire aux fins du respect de l'article X.3 b) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994⁶⁰. Les Communautés européennes ont avancé ce qui suit :

« 4.706 Les arguments avancés par les États-Unis sont ... incompatibles avec les principes du droit international général concernant la responsabilité pour fait illicite. À cet égard, les CE se réfèrent à l'article 4(1) des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaborés par la CDI (CDI).

4.707 Il découle clairement de cette disposition que, lorsqu'il s'agit des actes d'un État en vertu du droit international, il n'y a pas de distinction entre les actes des organes législatif, exécutif et judiciaire. Pour cette même raison, il semble injustifiable de considérer que seules les autorités du pouvoir exécutif des États membres, et non celles du pouvoir judiciaire, peuvent agir en tant qu'organes des CE.

4.708 De même, il découle des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État que la responsabilité pour fait internationalement illicite s'applique non seulement aux organes de l'administration centrale, mais aussi aux organes des unités territoriales. Par conséquent, les CE n'ont jamais contesté qu'elles étaient responsables en droit international du respect par les États membres des CE des obligations contractées par les CE dans le cadre des Accords de l'OMC⁶¹. »

Le Groupe spécial a conclu que l'interprétation de la disposition en question autorisait « les Communautés européennes à se conformer à leurs obligations au titre de l'article X.3 b) du GATT de 1994 par l'intermédiaire des organes existant dans leurs États membres. Dans une note, il a fait observer que cette conclusion découlait aussi de l'article 4 du projet d'articles de la CDI⁶².

Tribunal arbitral international CIRDI

41. Dans la sentence qu'il a rendue en 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre Azurix Corp. et l'Argentine a fait observer que le requérant, arguant que d'après le Traité de 1991 sur l'encouragement et la protection

⁶⁰ Cette disposition se lit comme suit :

Chaque partie contractante maintiendra, ou instituera aussitôt que possible, des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs afin, notamment, de réviser et de rectifier dans les moindres délais les mesures administratives se rapportant aux questions douanières. Ces tribunaux ou procédures seront indépendants des organismes chargés de l'application des mesures administratives, et leurs décisions seront exécutées par ces organismes et en régiront la pratique administrative, à moins qu'il ne soit interjeté appel auprès d'une juridiction supérieure dans les délais prescrits pour les appels interjetés par les importateurs, sous réserve que l'administration centrale d'un tel organisme puisse prendre des mesures en vue d'obtenir une révision de l'affaire dans une autre action, s'il y a des raisons valables de croire que la décision est incompatible avec les principes du droit ou avec les faits de la cause.

⁶¹ Groupe spécial de l'OMC, *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/S, 16 juin 2006, par. 4.706 à 4.708.

⁶² Ibid., par. 7.552 et note 932. Cette partie du rapport du Groupe spécial n'a pas été infirmée en appel : voir Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce, *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, 13 novembre 2006.

réciproques des investissements liant la République d'Argentine et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et le droit international coutumier, d'autre part, l'Argentine était responsable des actes de la Province de Buenos Aires, avait fait référence en particulier à la responsabilité de l'État, en droit international coutumier, pour les actes de ses organes, et cité pour preuve les articles 4 et 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶³. Le Tribunal s'est prononcé comme suit :

La responsabilité de l'État pour les actes de ses organes et subdivisions politiques est largement acceptée en droit international. Comme l'a souligné le requérant, le projet d'articles en est la meilleure preuve et est souvent cité par les tribunaux internationaux qui arbitrent les différends entre des investisseurs et des États⁶⁴.

*Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA
et du Règlement de la CNUDCI*

42. Dans la décision qu'il a rendue en 2006 sur la compétence, le tribunal arbitral constitué conformément au chapitre 11 de l'ALENA et au Règlement de la CNUDCI pour connaître de l'affaire opposant Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. aux États-Unis, après avoir noté que le défendeur reconnaissait sa responsabilité au regard de l'ALENA en raison de mesures prises par certains États des États-Unis, a visé dans une note, entre autres, le texte et le commentaire de l'article 4 adopté par la CDI en 2001⁶⁵.

Article 5

Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Tribunal des différends irano-américains

43. Dans la décision qu'il a rendue en 1989 dans l'affaire Phillips Petroleum Co. Iran contre la République islamique d'Iran, le Tribunal, pour déterminer si la République islamique d'Iran était responsable de l'expropriation des biens du demandeur qu'elle aurait fait saisir, par l'intermédiaire de la National Iranian Oil Company (NIOC), a fait dans une note l'observation suivante, en se référant au projet d'article 7 adopté à titre provisoire par la Commission du droit international⁶⁶ :

⁶³ CIRDI, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, par. 46.

⁶⁴ Ibid., par. 50.

⁶⁵ ALENA, *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v. United States*, décision sur la compétence, 20 juillet 2006, par. 1, note 1. Le tribunal arbitral a visé en particulier le paragraphe 4 du commentaire de l'article 4 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

⁶⁶ Le texte du projet d'article 7 adopté à titre provisoire a été modifié et incorporé à l'article 5 adopté par la CDI en 2001. Il se lisait comme suit :

Article 7

Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées
à l'exercice de prérogatives de la puissance publique

1. Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

D'après le droit international, un État peut agir par le truchement d'organes ou d'entités qui ne font pas partie de sa structure même. Le comportement de ces organes est considéré comme un fait de l'État lorsqu'ils agissent en leur qualité d'organes habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de la puissance publique. *Voir le paragraphe 2 de l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission du droit international, Annuaire de la Commission du droit international, vol. II (1975), p. 65.* Par la loi iranienne sur le pétrole de 1974, la NIOC a été expressément investie des droits de propriété du peuple iranien sur les ressources pétrolières nationales et de la responsabilité de leur gestion. Elle a par la suite été intégrée au nouveau Ministère du pétrole en octobre 1979⁶⁷.

Groupe spécial de l'OMC

44. Dans ses rapports de 1999 intitulés *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, le Groupe spécial s'est référé au paragraphe 2 du projet d'article 7 adopté par la Commission du droit international en première lecture⁶⁸ pour étayer sa conclusion que les offices provinciaux de commercialisation agissant expressément en vertu des pouvoirs qui leur sont délégués soit par le gouvernement fédéral soit par un gouvernement provincial sont des organismes des pouvoirs publics au sens de l'article 9.1 a) de l'Accord sur l'agriculture, même s'ils ne sont pas formellement constitués en organismes des pouvoirs publics. En note de bas de page, le Groupe spécial a reproduit le texte du paragraphe 2 de l'article 7 et noté qu'« on peut considérer qu'il reflète le droit coutumier international »⁶⁹.

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

45. Dans son arrêt de 1999 concernant l'affaire Tadić, la Chambre d'appel a fait l'observation suivante à propos de l'arrêt rendu en 1986 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci :

« Il semblerait ... que, dans l'arrêt Nicaragua, la Cour a distingué trois catégories d'individus. La première recouvrait ceux qui avaient la qualité d'agents : les membres de l'administration publique ou des forces armées des États-Unis. S'agissant de ces individus, la Cour est clairement partie de l'hypothèse, qu'elle a récemment qualifiée de "règle bien établie du droit international" (voir par. 25 ci-dessus), selon laquelle un État est responsable

2. Est également considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'État ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet État à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34.)

⁶⁷ Tribunal des différends irano-américains, *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 326-10913-2, 3 novembre 1989, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 17 (1987-IV), p. 141, par. 18.

⁶⁸ Le projet d'article 7 adopté en première lecture a été modifié et incorporé à l'article 5 tel qu'il a été adopté par la CDI en 2001. Le libellé de cette disposition (voir *Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65) est le même que celui de l'article 7 adopté à titre provisoire : voir note 66 *supra*.

⁶⁹ Groupe spécial de l'OMC, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS113/R, 17 mai 1999, par. 7.77, note 427.

des actes contraires au droit international commis par des individus qui jouissent du statut d'organes en vertu de son droit interne ou qui, à tout le moins, appartiennent à des entités publiques habilitées par l'ordre juridique interne à exercer certaines prérogatives de la puissance publique. »⁷⁰

En note⁷¹, la Chambre d'appel a cité le projet d'article 7 adopté par la Commission du droit international en première lecture, ainsi que le projet d'article correspondant provisoirement adopté en 1998 par le Comité de rédaction de la Commission⁷².

Plus loin dans le même arrêt, la Chambre d'appel se réfère à deux reprises au projet d'article 7 adopté par la CDI en première lecture dans le cadre de son examen des règles applicables à l'attribution aux États d'actes accomplis par des individus⁷³. Dans une note correspondant à l'affirmation selon laquelle « l'ensemble des règles du droit international régissant la responsabilité des États est basé sur une conception réaliste de la responsabilité, qui ignore le formalisme juridique et vise à garantir que les États qui confient des fonctions à des individus ou des groupes d'individus répondent de leurs actions, même quand ces derniers ne suivent pas leurs instructions »⁷⁴, la Chambre d'appel a observé que :

« ce type de responsabilité "objective" des États existe également dans une autre situation. En vertu des règles pertinentes prévues par l'article 7 du Projet de la Commission du droit international, un État est responsable du fait des organes de ses collectivités territoriales (régions, Länder, provinces, États fédérés, etc.), même si la Constitution leur accorde une large indépendance ou une autonomie complète »⁷⁵.

La Chambre d'appel a également noté que :

« [d]ans le cas envisagé par l'article 10 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États (ainsi que dans celui envisagé par l'article 7 du même projet), l'État est objectivement responsable parce que les individus qui se sont rendus coupables d'actes internationalement répréhensibles ont le statut d'agents de l'État ou d'une entité publique de l'État au regard du droit interne »⁷⁶.

⁷⁰ Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić, arrêt*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 109 (notes omises).

⁷¹ Ibid., par. 109, note 130.

⁷² Le texte du projet d'article 5 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique) adopté par le Comité de rédaction de la CDI en 1998 se lisait comme suit :

Le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 5, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international. [*Annuaire...* 2000, vol. II (deuxième partie), p. 65]

⁷³ Pour l'extrait de l'arrêt de la Chambre d'appel sur ce point dans son intégralité, voir par. 55 ci-dessous.

⁷⁴ Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić, arrêt*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 122.

⁷⁵ Ibid., par. 122, note 140.

⁷⁶ Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić, arrêt*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 123 (notes omises).

Tribunal arbitral international CIRDI

46. Dans la décision qu'il a rendue en 2000 sur le déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Maffezini contre l'Espagne s'est référé au paragraphe 2 du projet d'article 7, adopté par la CDI en première lecture, pour déterminer si les faits commis par la société privée Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (avec laquelle le demandeur avait établi plusieurs relations contractuelles) étaient imputables à l'Espagne :

Un État n'échappera pas nécessairement à sa responsabilité pour des faits illicites ou omissions en s'abritant derrière une société privée écran. Le paragraphe 2 de l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État de la CDI était cette position⁷⁷.

Tribunal arbitral international

47. Dans sa sentence finale de 2003, le tribunal arbitral constitué pour régler le différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni en ce qui concerne l'accès à l'information au titre de l'article 9 de la Convention OSPAR s'est référé à l'article 5, ainsi qu'à l'article 4, adoptés par la CDI en 2001. Le passage pertinent est cité plus haut au paragraphe 33.

Tribunal arbitral international

48. Dans sa sentence partielle de 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire opposant Eureko BV à la République de Pologne s'est référé au commentaire de l'article 5 adopté par la CDI en 2001 pour déterminer si les mesures prises par le Ministre du trésor public à propos d'un accord de vente conclu avec le demandeur étaient attribuables à la Pologne⁷⁸.

Tribunal arbitral international CIRDI

49. Dans sa sentence de 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire opposant Noble Ventures, Inc. à la Roumanie, afin de déterminer si les faits commis par une « institution d'intérêt public » roumaine (le Fonds de la propriété publique, remplacé plus tard par l'Autorité pour la privatisation et l'administration des participations d'État), prétendument en violation du traité bilatéral d'investissement en cause, étaient attribuables à la Roumanie, s'est référé à l'article 5 adopté par la CDI en 2001 :

En vertu du projet d'articles de 2001, est attribuable à l'État le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe *de jure*, mais qui est habilitée par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant qu'en l'espèce, cette personne ou cette entité ait agi en cette

⁷⁷ CIRDI, *Maffezini v. Kingdom of Spain*, affaire n° ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, par. 78 (notes omises), reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, n° 1, 2001, p. 29.

⁷⁸ *In the matter of an Ad Hoc Arbitration under the Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on Encouragement and Reciprocal Protection of Investment between Eureko BV and Republic of Poland*, sentence partielle, 19 août 2005, par. 132. Le tribunal arbitral s'est en particulier référé au paragraphe 1 du commentaire de l'article 5 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

qualité. C'est une règle également bien établie en droit international coutumier, comme en témoigne l'article 5 du projet de la CDI de 2001⁷⁹.

Tribunal arbitral international CIRDI

50. Dans les sentences qu'il a rendues en 2005 et 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître des affaires *Conorzio Groupement LESI-DIPENTA* contre l'Algérie et *LESI et ASTALDI* contre l'Algérie s'est notamment référé à l'article 6 adopté par la CDI en 2001 pour étayer sa conclusion selon laquelle « la responsabilité de l'État peut être engagée dans des contrats pourtant passés par des entreprises de droit public distinctes de lui lorsque son influence n'en reste pas moins importante, voire prédominante »⁸⁰.

Tribunal arbitral international CNUDCI

51. Dans sa sentence de 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *EnCana Corp. contre l'Équateur* dans le cadre du traité d'investissement entre le Canada et l'Équateur et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, après avoir jugé que le comportement en cause de *Petroecuador*, un organisme public contrôlé par l'État, était attribuable à l'Équateur, a noté qu'il importait peu à cette fin que cette conclusion découle du principe énoncé à l'article 5 du projet de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ou de celui énoncé à l'article 8; il a cité le texte de ces deux articles, tels qu'ils ont été adoptés par la Commission en 2001⁸¹.

Tribunal arbitral international CIRDI

52. Dans sa décision de 2006 sur la compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Jan de Nul NV et Dredging International NV* contre la République arabe d'Égypte s'est référé notamment à l'article 5 adopté par la CDI en 2001. Le passage pertinent est mentionné plus haut au paragraphe 39.

Article 7

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Tribunal des différends irano-américains

53. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 dans l'affaire opposant *Yeager* à la République islamique d'Iran, pour déterminer si un agent de la compagnie *Iran Air* (contrôlée par le Gouvernement iranien) avait agi dans l'exercice de ses fonctions

⁷⁹ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, affaire n° ARB/01/11, sentence, 12 octobre 2005, par. 70.

⁸⁰ CIRDI, *Conorzio Groupement LESI-DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, affaire n° ARB/03/08, sentence, 10 janvier 2005, par. 19, reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n° 2, 2004, p. 455 et 456 et *LESI, S. p. A. et Astaldi S. p. A. c. République algérienne démocratique et populaire*, affaire n° ARB/05/3, sentence, 12 juillet 2006, par. 78. Bien que dans ces sentences, le tribunal se soit référé par mégarde à l'article 8 (sur le comportement de personnes sous la direction ou le contrôle de l'État), les situations examinées avaient trait au comportement d'une entité publique habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique, cas prévu à l'article 5 du projet de la CDI. C'est la raison pour laquelle ces références sont incluses dans la présente partie.

⁸¹ Tribunal arbitral CNUDCI, *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration, affaire n° UN3481, sentence, 3 février 2006, par. 154.

lorsqu'il avait demandé qu'une somme d'argent supplémentaire lui soit versée afin de mettre la fille du requérant sur un vol pour lequel elle avait un billet confirmé, le Tribunal a invoqué le principe « généralement admis » codifié dans le projet d'article 10 adopté à titre provisoire par la CDI⁸², et le commentaire s'y rapportant :

Il est généralement admis que le comportement d'un organe de l'État peut être attribuable à l'État même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité. Il doit néanmoins avoir agi dans l'exercice de ses fonctions, en tant qu'organe. *Voir* le projet d'article 10 de la CDI. Les actions qu'un organe commet à titre purement privé ne sont jamais attribuables à l'État, quand bien même il se serait servi des moyens mis à sa disposition par l'État pour l'exercice de ses fonctions. *Voir* commentaire du projet d'article 10 de la CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1975, vol. II, p. 66⁸³.

Le Tribunal a jugé qu'en l'occurrence l'agent avait agi à titre privé et non dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'organe d'Iran Air.

Tribunal arbitral international CIRDI

54. Dans la sentence sur le fond qu'il a prononcée en 1990, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire opposant Amco Indonesia Corporation et consorts à l'Indonésie a considéré que le projet d'article 10 adopté à titre provisoire par la CDI (ainsi que les projets d'article 3 et 5 adoptés à titre provisoire), qu'il a cité *in extenso*, constituait l'expression de principes reconnus du droit international. Le passage pertinent est cité au paragraphe 10 ci-dessus.

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

55. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Tadić, s'agissant de l'examen des règles applicables à l'attribution aux États d'actes accomplis par des individus⁸⁴, la Chambre d'appel a incidemment fait référence au projet d'article 10 adopté par la CDI en première lecture⁸⁵, qu'elle a estimé être une consécration des « règles » de la responsabilité des États :

⁸² Cette disposition a été modifiée et incorporée dans l'article 7 qui a finalement été adopté par la CDI en 2001. L'article 10 adopté à titre provisoire se lisait ainsi :

Article 10

Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité

Le comportement d'un organe de l'État, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34).

⁸³ Tribunal des différends irano-américains, *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 324-10199-1, 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), p. 111, par. 65.

⁸⁴ Le passage pertinent de l'arrêt de la Chambre d'appel figure à l'article 45 ci-dessus.

⁸⁵ Le projet d'article 10 adopté en première lecture a été modifié et incorporé à l'article 7 adopté par la CDI en 2001. Le texte de cette disposition (voir *Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65) était identique à celui du projet d'article 10 adopté à titre provisoire (voir note 82 ci-dessus).

Selon les règles consacrées par l'article 10 du projet sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international, un État est responsable au regard du droit international du fait des actes ou transactions accomplis *ultra vires* par ses organes. En d'autres termes, sa responsabilité est engagée même pour des actes commis par ses responsables officiels en dehors de leurs attributions ou contrairement à ses instructions. Cette règle s'explique par le fait qu'un État doit être tenu responsable des actes de ses organes, que ceux-ci se soient ou non conformés à d'éventuelles instructions émanant d'autorités supérieures. D'une manière générale, on peut dire que l'ensemble des règles du droit international régissant la responsabilité des États est basé sur une conception réaliste de la responsabilité, qui ignore le formalisme juridique et vise à garantir que les États qui confient des fonctions à des individus ou des groupes d'individus répondent de leurs actions, même quand ces derniers ne suivent pas leurs instructions⁸⁶.

La Chambre d'appel a également indiqué à ce sujet que :

Dans le cas envisagé par l'article 10 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États (ainsi que dans celui envisagé par l'article 7 du même projet), l'État est objectivement responsable parce que les individus qui se sont rendus coupables d'actes internationalement répréhensibles ont le statut d'agents de l'État ou d'une entité publique de l'État au regard du droit interne... Le droit international rend tout État responsable des actes contraires au droit international accomplis ... par des individus qui ont formellement le statut d'organes de l'État (même quand ces organes agissent *ultra vires* ou *contra legem*)...⁸⁷

*Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA
et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*

56. Dans la sentence qu'il a rendue en 2000, examinant la responsabilité du Mexique à raison du comportement des gouvernements des États et des gouvernements locaux (à savoir la municipalité de Guadalcazar et l'État de San Luis Potosí), le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour connaître de l'affaire opposant Metalclad Corporation et le Mexique a jugé que les règles de l'ALENA concordaient parfaitement avec la position admise en droit international coutumier et, en particulier, avec le projet d'article 10 adopté en première lecture par la CDI qui, bien qu'étant toujours à l'examen, pouvait néanmoins être considéré comme un énoncé exact de l'état actuel du droit⁸⁸.

*Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA
et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*

57. Dans la sentence qu'il a rendue en 2003, le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour connaître de l'affaire opposant ADF Group Inc. aux États-Unis, tout en notant que bien qu'il ait été prouvé ou reconnu que les

⁸⁶ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur v. Duško Tadić, arrêt*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 121 (notes omises).

⁸⁷ Ibid., par. 123.

⁸⁸ ALENA (Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI), *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, sentence, 30 août 2000, par. 73, reproduite dans *International Law Reports*, vol. 119, p. 634.

mesures prises par l'autorité fédérale en l'occurrence outrepassaient sa compétence selon le droit interne des États-Unis, cela en soi ne les rendait pas nécessairement manifestement injustes ou inéquitable au regard de la norme de traitement du droit international coutumier consacrée à l'article 1105 1) de l'ALENA; le tribunal a déclaré qu'un acte non autorisé ou pris *ultra vires* par une entité gouvernementale reste, en droit international, le fait de l'État dont l'entité fait partie si celle-ci a agi dans l'exercice de ses fonctions puis a visé une note se rapportant à l'article 7 adopté par la CDI en 2001⁸⁹.

Comité des droits de l'homme

58. Dans les constatations qu'il a faites en 2003 à propos de la communication n° 950/2000 (Sri Lanka), s'agissant de l'enlèvement du fils de l'auteur de la communication par un officier de l'armée sri-lankaise, le Comité des droits de l'homme a observé que « le fait que l'officier à qui la disparition est imputée ait agi *ultra vires* n'est pas pertinent en l'espèce, non plus que le fait que ses supérieurs aient ignoré ses agissements »⁹⁰. Dans une note, il a visé l'article 7 du projet d'articles, qui a finalement été adopté par la CDI, et le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte international⁹¹. Il en a conclu que l'État partie était « en l'occurrence responsable de la disparition du fils de l'auteur ».

Cour européenne des droits de l'homme

59. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2004 dans l'affaire *Ilaşcu et autres contre Moldova et Russie*, pour interpréter le terme « juridiction » figurant à l'article 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹², la Cour européenne, siégeant en Grande Chambre, a examiné la question de la responsabilité de l'État et notamment visé l'article 7 du projet d'articles adopté par la CDI en 2001, à l'appui de ses conclusions selon lesquelles un État peut être tenu pour responsable quand ses agents commettent des excès de pouvoir ou ne respectent pas les instructions reçues :

Un État peut aussi être tenu pour responsable même lorsque ses agents commettent des excès de pouvoir ou ne respectent pas les instructions reçues. En effet, les autorités d'un État assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 64, al. 159; art. 7 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour les actes internationalement illicites (2001), p. 104; affaire *Caire*, examinée par la

⁸⁹ ALENA (Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI), *ADF Group Inc. v. United States of America*, affaire n° ARB(AF)/00/1, sentence, 9 janvier 2003, par. 190 (et note 184), reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 283.

⁹⁰ Constatations du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, communication n° 950/2000 : Sri Lanka, CCPR/C/78/D/950/2000, 31 juillet 2003, par. 9.2.

⁹¹ *Ibid.*, par. 9.2., note 13.

⁹² L'article 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est ainsi libellé : Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la Convention.

Commission générale pour les plaintes, 1929, *Recueil des sentences arbitrales* (RSA), V, p. 516)⁹³.

Tribunal arbitral international CIRDI

60. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire opposant Noble Ventures, Inc. à la Roumanie, après avoir conclu que les faits commis par une « institution d'intérêt public » roumaine, le Fonds de la propriété publique (State Ownership Fund – SOF), remplacé ensuite par l'Autorité pour la privatisation et l'administration des participations d'État (Authority for Privatization and Management of the State Ownership – APAPS) étaient attribuables à la Roumanie, a constaté que cette conclusion serait identique même si ces faits étaient considérés comme un excès de pouvoir, comme il était établi par « la norme généralement reconnue » énoncée à l'article 7 du projet adopté par la CDI en 2001 :

Même si l'on considérait certains faits du SOF ou de l'APAPS comme des excès de pouvoir, le résultat serait le même car en vertu de la norme généralement reconnue énoncée à l'article 7 du projet adopté par la CDI en 2001, le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions. Vu que dans l'optique du demandeur, le SOF et l'APAPS ont toujours agi en qualité d'entités habilitées à cet effet par le défendeur, leurs actions devraient être attribuées au défendeur même si un excès de pouvoir était démontré⁹⁴.

Tribunal arbitral international CIRDI

61. Dans la sentence qu'il a rendue en 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre Azurix Corp. et l'Argentine a fait observer que le requérant, arguant que d'après le Traité de 1991 sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements liant la République d'Argentine et les États-Unis d'Amérique, d'une part et le droit international coutumier, d'autre part, l'Argentine était responsable des actes de la province de Buenos Aires, avait fait référence en particulier à la responsabilité de l'État, en droit international coutumier, pour les actes de ses organes, et cité pour preuve les articles 4 et 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹⁵. Le Tribunal s'est prononcé comme suit :

La responsabilité de l'État pour les actes de ses organes et subdivisions politiques est largement acceptée en droit international. Comme l'a souligné le requérant, le projet d'articles en est la meilleure preuve et est souvent cité par

⁹³ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* (requête n° 48787/99), arrêt, 8 juillet 2004, par. 319.

⁹⁴ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, affaire n° ARB/01/11, sentence, 12 octobre 2005, par. 81.

⁹⁵ CIRDI, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, par. 46.

les tribunaux internationaux qui arbitrent les différends entre des investisseurs et des États⁹⁶.

Article 8

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Tribunal des différends irano-américains

62. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 dans l'affaire Yeager contre la République islamique d'Iran, le Tribunal s'est référé au projet d'article 8 a) adopté à titre provisoire par la CDI⁹⁷, comme codifiant un principe « généralement accepté en droit international », pour déterminer si les actes des gardiens de la révolution étaient attribuables à la République islamique d'Iran en vertu du droit international :

... l'attribution de faits à l'État n'est pas limitée aux faits des organes formellement reconnus dans le droit interne. S'il en allait autrement, l'État pourrait échapper à sa responsabilité en droit international en invoquant simplement son droit interne. Il est généralement accepté en droit international que l'État est aussi responsable des actes des personnes s'il est établi que ces personnes agissaient en fait pour le compte de l'État. Voir le projet d'article 8 a) de la Commission du droit international⁹⁸.

Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

63. En 1996, dans son examen de l'acte d'accusation dans l'affaire *Rajić* conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal, la Chambre de première instance a étudié les conditions permettant de penser qu'un groupe de personnes peuvent être considérées comme des agents d'un État, en se référant au projet d'article 8 adopté par la CDI en première lecture⁹⁹ :

⁹⁶ Ibid., par. 50.

⁹⁷ Cette disposition, modifiée et incorporée à l'article 8 adopté par la CDI en 2001, se lisait comme suit : « Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si : a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de l'État; [...] ».

⁹⁸ Tribunal des différends irano-américains, *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 324-10199-1, 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), p. 103, par. 42.

⁹⁹ Le projet d'article 8 adopté en première lecture a été modifié et incorporé aux articles 8 et 9 adoptés par la CDI en 2001. Il se lisait comme suit :

Article 8

Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État

Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si :

a) Il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet État; ou

b) Cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives. (*Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65)

« 24. La question des conditions permettant de penser qu'un groupe de personnes peuvent être considérées comme des agents d'un État a été fréquemment examinée dans le cadre de la détermination de la responsabilité des États au titre des actions de leurs agents. La Commission du droit international a étudié la question dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État de 1980. Le projet d'article 8 dispose dans les parties pertinentes que le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes "sera considéré comme un acte de l'État en vertu du droit international" s'il "est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissaient en fait pour le compte de cet État" (1980 vol. II (deuxième partie), *Annuaire de la Commission du droit international*, p. 30). La Cour internationale de Justice s'est également penchée sur la question dans l'affaire *Nicaragua*. En l'espèce, la Cour a examiné si les *contras*, qui étaient des forces irrégulières luttant contre le Gouvernement du Nicaragua, étaient des agents des États-Unis d'Amérique dans le but de décider si les États-Unis étaient responsables pour les violations du droit international humanitaire réputées commises par les *contras*. La Cour a conclu que la norme pertinente était de déterminer

si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement (*Nicaragua, C.I.J. Recueil 1986*, par. 109). Elle a conclu que les États-Unis avaient financé, organisé, entraîné, équipé et armé les *contras* et les avaient aidés à sélectionner des objectifs militaires et paramilitaires. Ces activités n'ont pas suffi, cependant, pour tenir les États-Unis responsables de violations quelconque[s] du droit international humanitaire par les *contras*.

25. La Chambre de première instance estime qu'il est nécessaire de souligner que la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua* a examiné la question de la représentation dans un contexte extrêmement différent de celui dont est saisie la Chambre dans la présente affaire. Premièrement, la décision de la Cour dans l'affaire *Nicaragua* constituait une décision finale concernant la responsabilité des États-Unis pour les actes des *contras*. Par contre, la procédure actuelle est de caractère préliminaire et peut être révisée au procès. Deuxièmement, dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour était chargée de déterminer la responsabilité de l'État pour les violations du droit international humanitaire. Elle s'est, par conséquent, concentrée à juste titre sur le contrôle opérationnel des États-Unis sur les *contras*, concluant que "même le contrôle général exercé par eux (les États-Unis) sur une force extrêmement dépendante à leur égard" ne suffisait pas pour établir la responsabilité pour les violations [commises] par cette force (*Nicaragua, C.I.J. Recueil 1986*, [par.] 115). Par contre, il n'est pas demandé à la présente Chambre de déterminer la responsabilité de la Croatie pour les actes des Croates de Bosnie. Plutôt, on lui demande de décider si les Croates de Bosnie peuvent être considérés comme des agents de la Croatie pour établir la compétence *ratione materiae* concernant des actes qui sont réputés être des violations des dispositions sur les infractions graves de la Convention de Genève. Un contrôle opérationnel spécifique n'est, par conséquent, pas crucial pour l'enquête. La Chambre de première instance se concentre plutôt sur le

contrôle politique et militaire général exercé par la Croatie sur les Croates de Bosnie »¹⁰⁰.

Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

64. Dans son jugement de 1997 concernant l'affaire *Tadić* (dont il a été fait appel¹⁰¹), la Chambre de première instance a invoqué le raisonnement suivi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) en ce qui concerne l'attribution aux États d'actes accomplis par des particuliers. À cet égard, elle a repris un passage de l'opinion individuelle de M. Ago dans cette affaire, qui visait le projet d'article 8 adopté par la CDI en première lecture :

« Il apparaît clairement à cette Chambre que les officiers d'origine autre que serbe de Bosnie étaient envoyés comme "volontaires" pour des missions temporaires, si ce n'est illimitées, auprès de la VRS (l'Armée des Serbes de Bosnie). En ce sens, ils peuvent parfaitement être considérés comme des agents du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro). Dans l'affaire *Nicaragua*, en revanche, aucun élément de preuve n'a jamais été présenté démontrant que le personnel des États-Unis opérait avec des troupes *contras* sur le territoire nicaraguayen ou les commandait. Comme l'a expliqué le juge Ago, ancien Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État, dans son opinion individuelle dans l'affaire *Nicaragua* :

La conformité aux dispositions du projet de la Commission du droit international [c'est-à-dire l'article 8 interprété à la lumière de l'article 11] se retrouve aussi dans le fait que la Cour a par contre donné une réponse négative à la suggestion, avancée par le demandeur, de considérer comme des faits imputables aux États-Unis d'Amérique les agissements commis par des membres des forces *contras*. Il serait en effet en contradiction avec les principes régissant la manière de voir dans des membres de la *contra* des personnes ou des groupes agissant au nom et pour le compte des États-Unis d'Amérique. Les seuls cas où il serait possible de le faire seraient ceux où certains membres de la *contra* auraient été spécialement chargés par des autorités des États-Unis de commettre pour le compte de celles-ci une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée. Ce n'est que dans cette hypothèse que le droit international admet, à titre tout à fait exceptionnel, qu'un comportement de personnes ou de groupes ne revêtant pas la qualité d'agents ou d'organes d'un État, de membres de son appareil (même pris dans son acception la plus large) puisse être tenu pour un fait de cet État. Par conséquent, l'arrêt voit juste lorsque, se référant en particulier aux atrocités, aux actes de violence ou de terrorisme et aux autres

¹⁰⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Ivica Rajić (« Stupni Do »)*, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, affaire n° IT-95-12-R61, 13 septembre 1996, par. 24 et 25.

¹⁰¹ Pour l'extrait pertinent de l'arrêt de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, voir par. 65 ci-dessous.

agissements inhumains qui, selon le Nicaragua, auraient été commis par des *contras* à l'égard des populations civiles, de leurs membres et de leurs biens, il exclut que les auteurs de ces agissements puissent être considérés comme ayant été spécifiquement chargés de les commettre par des autorités des États-Unis à moins que, dans quelques cas concrets, la preuve du contraire n'ait été incontestablement apportée »¹⁰².

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

65. Dans son arrêt de 1999 dans l'affaire *Tadić*, réexaminant le jugement susmentionné de la Chambre de première instance, la Chambre d'appel a expliqué les raisons pour lesquelles elle considérait que le raisonnement suivi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) en ce qui concerne l'attribution aux États d'actes accomplis par des particuliers « ne sembl[ait] pas s'accorder avec la logique du droit de la responsabilité des États ». À cet égard, elle s'est référée au projet d'article 8 adopté en première lecture par la CDI, dont elle a estimé qu'il reflétait « les principes du droit international relatifs à l'imputation aux États d'actes accomplis par des particuliers ». Son argumentaire sur cette question, auquel s'est référée ensuite la CDI dans son commentaire de l'article 8 adopté en 2001, était le suivant :

« 117. Les principes du droit international relatifs à l'imputation aux États d'actes accomplis par des particuliers ne reposent pas sur des critères rigides et uniformes. Ces principes figurent à l'article 8 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États adopté en première lecture par la Commission du droit international des Nations Unies. Ils sont encore plus nettement exprimés dans le texte de la même disposition adopté à titre provisoire en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI. Selon cet article, s'il est établi que des individus, que la législation interne d'un État ne considère pas comme des organes dudit État, agissent néanmoins dans les faits pour son compte, leurs actes peuvent lui être imputés. Cette règle s'explique par la volonté d'empêcher les États de se soustraire à leur responsabilité internationale en faisant appel à des particuliers pour accomplir des tâches que leurs agents ne pourraient pas ou ne devraient pas accomplir, ou encore en faisant valoir que des individus participant en fait à l'exercice du pouvoir ne constituent pas des organes de l'État au regard du droit interne et n'engagent donc pas la responsabilité de celui-ci par leurs actions. En d'autres termes, les États ne peuvent d'un côté agir dans les faits par l'intermédiaire d'individus et de l'autre se désolidariser d'eux quand ils contreviennent au droit international. Pour imputer à l'État des actes accomplis par des particuliers, le droit international exige qu'il exerce son contrôle sur eux. Le *degré de contrôle* requis peut cependant varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire. La Chambre d'appel estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit. Il convient plutôt de distinguer plusieurs cas de figure.

¹⁰² Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Duško Tadić, Opinion et jugement*, affaire n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, par. 601, reprenant le paragraphe 16 de l'opinion individuelle de M. Ago dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (voir *C.I.J. Recueil 1986*, p. 188 et 189).

...

121. ... Selon les règles consacrées par l'article 10 du Projet sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international, un État est responsable au regard du droit international du fait des actes ou transactions accomplis *ultra vires* par ses organes. En d'autres termes, sa responsabilité est engagée même pour des actes commis par ses responsables officiels en dehors de leurs attributions ou contrairement à ses instructions. Cette règle s'explique par le fait qu'un État doit être tenu responsable des actes de ses organes, que ceux-ci se soient ou non conformés à d'éventuelles instructions émanant d'autorités supérieures. D'une manière générale, on peut dire que l'ensemble des règles du droit international régissant la responsabilité des États est basé sur une conception réaliste de la responsabilité, qui ignore le formalisme juridique et vise à garantir que les États qui confient des fonctions à des individus ou des groupes d'individus répondent de leurs actions, même quand ces derniers ne suivent pas leurs instructions.

122. La situation qui nous occupe devrait s'analyser selon la même logique. Comme nous l'avons vu, le cas d'un groupe organisé diffère de celui d'un particulier isolé accomplissant un acte spécifique pour le compte d'un État. Un groupe organisé se livre normalement à toute une série d'activités. S'il est sous le contrôle global de l'État, celui-ci est forcément responsable de ses actes, *qu'il ait ou non imposé, demandé ou ordonné chacun d'eux*. Dans une large mesure, il conviendrait d'appliquer aux groupes organisés globalement contrôlés par un État les sages paroles de la Commission générale des différends américano-mexicains dans l'affaire *Youmans* concernant la responsabilité des États du fait des membres de leurs forces armées.

123. L'analyse qui précède ne saurait occulter la distinction nécessaire entre les différentes situations juridiques décrites. Dans le cas envisagé par l'article 10 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États (ainsi que dans celui envisagé par l'article 7 du même projet), l'État est objectivement responsable parce que les individus qui se sont rendus coupables d'actes internationalement répréhensibles ont le statut d'agents de l'État ou d'une entité publique de l'État au regard du droit interne. Dans la présente espèce, c'est-à-dire dans le cas de groupes organisés, la responsabilité de l'État est, au contraire, le corollaire du contrôle global exercé par l'État sur le groupe. Malgré ces différences juridiques, il n'en demeure pas moins que le droit international rend tout État responsable des actes contraires au droit international accomplis i) par des individus qui ont formellement le statut d'organes de l'État (même quand ces organes agissent *ultra vires* ou *contra legem*) ou ii) par des individus qui constituent des groupes organisés soumis au contrôle de l'État. En droit international, l'État est ainsi déclaré responsable, qu'il ait ou non donné des *instructions spécifiques* à ces individus. De toute évidence, cette règle existe pour éviter que l'État puisse se prévaloir de son ordre juridique interne ou de l'absence d'instructions spécifiques pour se soustraire à sa responsabilité internationale »¹⁰³.

¹⁰³ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999 (notes omises).

Organe d'appel de l'OMC

66. Dans son rapport de 2005 sur l'affaire États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée, l'Organe d'appel a noté que la République de Corée, à l'appui de son argument selon lequel l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires donnée par le Groupe spécial – à savoir qu'un organisme privé peut être chargé d'entreprendre une action même lorsque cette action ne se produit jamais – est erronée au regard du droit et de la logique, s'était référée à l'article 8 des projets d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la Commission du droit international en 2001. D'après l'Organe d'appel,

« La Corée ... explique que [l'article 8], intitulé *Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État*, prévoit que le comportement des personnes privées n'est attribué à un État que "si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État". La Corée trouve "frappante" la similitude (en anglais) des termes employés pour désigner l'adoption du comportement ("carrying out" the conduct)*, et estime que la prescription voulant que le comportement ait eu lieu pour que la responsabilité de l'État puisse être établie est une question de "sens commun" »¹⁰⁴.

Dans son interprétation de ladite disposition de l'accord, l'Organe d'appel s'est référé par la suite, en note de bas de page, au commentaire qu'a fait la Commission du droit international de l'article 8 :

« ... le comportement des organismes privés est présumé ne pas être imputable à l'État. Il est expliqué dans les commentaires relatifs aux projets d'articles de la CDI que "[d]ès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'État, à moins qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique". (Commentaires relatifs aux projets d'articles de la CDI ... article 8, commentaire 6) ... »¹⁰⁵.

Et plus loin, l'Organe d'appel a ajouté, dans une autre note de bas de page que : c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis était ou n'était pas mené sous le contrôle d'un État et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit l'État. (Commentaires relatifs aux projets d'articles ... article 8, commentaire 5) ... (note omise)¹⁰⁶

Tribunal arbitral international CNUDCI

67. Dans la sentence qu'il a rendue en 2006, le tribunal arbitral chargé de connaître de l'affaire opposant EnCana Corp. à l'Équateur dans le cadre du traité d'investissement entre le Canada et l'Équateur et du Règlement d'arbitrage de la

¹⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, par. 69 (notes omises).

¹⁰⁵ Ibid., par. 112, note 179.

¹⁰⁶ Ibid., par. 116, note 188.

CNUDCI s'est référé notamment à l'article 8 adopté par la CDI en 2001. Le passage pertinent est repris au paragraphe 51 ci-dessus.

Article 9

Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles

Tribunal des différends irano-américains

68. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 dans l'affaire Yeager contre la République islamique d'Iran, le Tribunal s'est référé au projet d'article 8 b) adopté à titre provisoire par la CDI pour déterminer si les actes des gardiens de la révolution étaient attribuables à la République islamique d'Iran au regard du droit international¹⁰⁷ :

... l'attribution de faits à l'État n'est pas limitée aux faits des organes formellement reconnus dans le droit interne. S'il en allait autrement, l'État pourrait échapper à sa responsabilité en droit international en invoquant simplement son droit interne. ... Un acte est attribuable à l'État même si une personne ou un groupe de personnes se trouvaient exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives. *Voir* projet d'article 8 b) de la CDI¹⁰⁸.

Article 10

Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

Tribunal des différends irano-américains

69. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 dans l'affaire Short contre la République islamique d'Iran, le Tribunal s'est référé aux articles 14 et 15 adoptés à titre provisoire par la CDI¹⁰⁹, dans lesquels il a vu une confirmation de la validité

¹⁰⁷ Cette disposition a été modifiée et incorporée à l'article 9 adopté par la CDI en 2001.

L'article 8 b) adopté à titre provisoire se lisait comme suit : « Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si : [...] b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34)

¹⁰⁸ Tribunal des différends irano-américains, *Yeager v. République islamique d'Iran*, sentence n° 324-10199-1, 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), p. 103, par. 42.

¹⁰⁹ Ces articles ont été modifiés et incorporés à l'article 10 adopté par la CDI en 2001. Le texte des projets d'articles 14 et 15 provisoirement adoptés en première lecture se lisait comme suit :

Article 14

Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel

1. N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet État ou sur tout autre territoire sous son administration.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 5 à 10.
3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

des principes affirmés dans la jurisprudence relative à l'attribution de faits à l'État, pour déterminer si les faits qui auraient contraint le plaignant à quitter le territoire iranien étaient attribuables à la République islamique d'Iran :

Le Tribunal note ... qu'il n'est pas rare que des étrangers aient dû quitter un pays *en masse* en raison d'événements dramatiques qui y sont survenus. Il en a souvent été ainsi au XX^e siècle, même depuis 1945. Des sentences internationales ont été prononcées dans plusieurs cas où des étrangers avaient subi des préjudices par suite de ces événements. ... Bien qu'elles remontent déjà à longtemps, les principes sur lesquels elles sont fondées en ce qui concerne la responsabilité internationale des États sont toujours valables et ont récemment été confirmés par la CDI dans son projet d'articles sur le droit de la responsabilité de l'État. *Voir* projets d'articles sur la responsabilité de l'État adoptés par la CDI en première lecture, et notamment les articles 11, 14 et 15 [*Annuaire de la Commission du droit international*, 1975, vol. II, p. 65, A/CN.4/SER.A/1975/Add.1 (1975)]¹¹⁰.

Le Tribunal a également fait l'observation suivante, en référence au commentaire relatif au projet d'article 15 susmentionné :

Lorsqu'une révolution aboutit à la mise en place d'un nouveau gouvernement, l'État est tenu pour responsable des actes du gouvernement qui a été renversé dans la mesure où celui-ci contrôlait la situation. Le nouveau gouvernement est aussi tenu pour responsable des actes imputables au mouvement révolutionnaire qui l'a porté au pouvoir, même si ces actes se sont produits auparavant, par suite de la continuité entre la nouvelle organisation de l'État et l'organisation du mouvement révolutionnaire. *Voir* projets d'articles sur la responsabilité de l'État, *supra*, commentaire de l'article 15, par. 3 et 4, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1975, vol. II, p. 107¹¹¹.

Tribunal des différends irano-américains

70. Dans la décision qu'il a rendue en 1987 dans l'affaire Rankin contre la République islamique d'Iran, le Tribunal, pour déterminer le droit applicable s'agissant de la demande qui lui était soumise, a estimé que le projet d'article 15 adopté à titre provisoire par la CDI constituait un « principe admis du droit international ». Il a noté que :

Article 15

Attribution à l'État du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État ou qui aboutit à la création d'un nouvel État

1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État est considéré comme un fait de cet État. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet État d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'État en vertu des articles 5 à 10.

2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34)

¹¹⁰ Tribunal des différends irano-américains, *Short v. République islamique d'Iran*, sentence n° 312-11135-3, 14 juillet 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1987-III), p. 83, par. 28. Le projet d'article 11, auquel le présent extrait renvoie également, a été supprimé par la CDI en deuxième lecture (voir note 26 *supra*).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 84, par. 33.

... plusieurs problèmes demeurent, même si le fait que les actes commis par un mouvement insurrectionnel ou révolutionnaire qui devient le nouveau gouvernement d'un État sont attribuables à l'État est un principe admis du droit international. *Voir* projet d'article 15 sur la responsabilité des États. ... Tout d'abord, lorsqu'un étranger connaît des pertes matérielles lors d'une révolution, on peut se demander si le préjudice subi est la conséquence de violences visant spécifiquement cet étranger ou ses biens ou s'il s'agit de dommages seulement accessoires ou collatéraux résultant de la présence des biens de l'étranger pendant la période de trouble révolutionnaire. Deuxièmement, même pour les pertes matérielles qui ne relèvent pas de préjudices accessoires ou collatéraux – par exemple des pertes résultant d'actes dirigés par des révolutionnaires contre un étranger à cause de sa nationalité – une autre question se pose en ce qui concerne l'attribution des faits, à savoir si les actes en question sont ceux du mouvement révolutionnaire lui-même, ou bien s'il s'agit d'actions menées par des émeutiers non organisés ou des individus que l'on ne peut attribuer au mouvement¹¹².

Dans cette même décision, le Tribunal s'est référé plus loin au projet d'article 15 pour déterminer si un certain nombre de déclarations faites par les dirigeants de la révolution, qu'il a jugées non conformes aux dispositions du Traité d'amitié entre l'Iran et les États-Unis et au droit international coutumier en ce qui concerne la protection et la sécurité des étrangers et de leurs biens, étaient clairement attribuables au Mouvement révolutionnaire et donc à l'État iranien¹¹³.

Article 11

Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien

Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

71. Dans sa décision de 2002 relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense dans l'affaire Nikolić (« *Camp de Sušica* »), la Chambre de première instance II devait examiner la situation dans laquelle « des inconnus [avaient] arrêté l'accusé sur le territoire de la RFY [République fédérale de Yougoslavie], [l'avaient] emmené en Bosnie-Herzégovine et l'avaient livré à la SFOR »¹¹⁴. Elle s'est fondée à cette occasion sur les principes définis dans les articles adoptés par la CDI en 2001, en particulier l'article 11 et le commentaire s'y rapportant, « [à] titre d'indication juridique générale [...] dans la mesure où ils peuvent être utiles pour trancher la question qui se pose »¹¹⁵ :

« 60. Pour décider dans quelle mesure le comportement illégal des inconnus en question peut pour l'une ou l'autre raison être attribué à la SFOR, la Chambre de première instance se réfère aux principes définis dans le projet

¹¹² Tribunal des différends irano-américains, *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 326-10913-2, 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), p. 143 et 144, par. 25.

¹¹³ *Ibid.*, p. 147, par. 30.

¹¹⁴ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Dragan Nikolić (« Camp de Sušica »)*, *Décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense*, 9 octobre 2002, affaire n° IT-94-2-PT, par. 57.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 61.

d'articles de la Commission du droit international sur la question de la "responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite". Ce projet d'articles a été adopté par la Commission du droit international lors de sa cinquante-troisième session en 2001. La Chambre de première instance est toutefois consciente que cette source doit être utilisée avec prudence, dans la mesure où le projet d'articles, rédigé par la Commission du droit international, doit encore être débattu par les États. Il n'a pas le statut de règle du droit des traités et n'a aucune force obligatoire pour les États. En outre, comme son nom l'indique, il porte principalement sur la responsabilité de l'État et non sur celle des organisations ou entités internationales. Comme le souligne le projet d'article 57,

[I]es présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

61. Dans ce contexte, il convient d'examiner d'abord dans quelle mesure les faits d'inconnus peuvent être attribués à la SFOR. Comme l'indique l'article 1 de l'annexe 1-A de l'Accord de Dayton, l'IFOR (la SFOR) est une force multinationale. Elle "[peut] être composée d'unités terrestres, aériennes et navales de pays membres et non membres de l'OTAN", "[opère] sous l'autorité du Conseil de l'Atlantique Nord et [est] soumise à la direction et au contrôle politique de celui-ci". Aux fins de statuer sur les requêtes pendantes dans la présente affaire, la Chambre n'estime pas nécessaire de déterminer le statut juridique exact de la SFOR au regard du droit international. À titre d'indication juridique *générale*, elle se fondera sur les principes définis dans le projet d'articles [sur la responsabilité de l'État] dans la mesure où ils peuvent être utiles pour trancher la question qui se pose.

62. L'article 11 de ce projet d'articles porte sur le "[c]omportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien". Il dit :

Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien.

63. Le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session éclaire le sens de l'article :

L'article 11 ... prévoit l'attribution à l'État d'un comportement qui n'était pas ou pouvait ne pas être attribuable à celui-ci au moment de la commission, mais qui est ultérieurement reconnu et adopté par cet État comme étant sien. ..., l'article 11 est fondé sur le principe selon lequel un comportement purement privé ne peut en tant que tel être attribué à l'État. Mais l'on y reconnaît "néanmoins" qu'un comportement doit être considéré comme un fait de cet État "si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien".

En outre, ce rapport fait la distinction entre des concepts tels que "reconnaître" ou "adopter" et des concepts tels que "soutenir" ou "appuyer". La Commission du droit international affirme qu'

en règle générale, un comportement ne sera pas attribuable à un État en vertu de l'article 11 si cet État se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement ou exprime verbalement son approbation dudit comportement. Dans le cadre des différends internationaux, les États prennent souvent des positions qui équivalent à une "approbation" ou un "appui" dans un sens général mais qui n'entraînent clairement aucune hypothèse de responsabilité. Le mot "adopter", en revanche, contient l'idée que le comportement est reconnu par l'État comme étant, en fait, son propre comportement »¹¹⁶.

La Chambre de première instance a noté que les deux parties avaient employé les mêmes critères de « reconnaissance », « adoption », « approbation » et « ratification » que la Commission du droit international¹¹⁷. Après avoir examiné les faits, la Chambre a conclu que la SFOR et l'Accusation n'avaient fait « qu'accepter » la reddition fortuite de l'accusé en Bosnie, ce qui ne pouvait être assimilé à une « adoption » ou à une « reconnaissance » du comportement illégal « comme étant le sien »¹¹⁸.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

Article 12

Existence de la violation d'une obligation internationale

Comité ad hoc CIRDI

72. Dans la décision d'annulation qu'il a rendue en 2002 en l'affaire CAA et Vivendi Universal contre l'Argentine, le comité ad hoc du CIRDI a fait référence au texte et aux commentaires des articles 2, 4 et 12 qu'a finalement adoptés la Commission du droit international. Les passages pertinents sont cités aux paragraphes 11 et 29 ci-dessus.

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Tribunal arbitral international dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI

73. Dans sa sentence de 2002, le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour connaître de l'affaire Mondev contre États-Unis a fait observer que le principe de base « selon lequel la responsabilité de l'État ne peut être internationalement engagée à raison de la violation d'une obligation conventionnelle que si l'obligation est en vigueur à l'égard de cet État au moment de la violation présumée » a été « énoncé à la fois dans [l'article 28 de] la Convention de Vienne sur le droit des traités et dans les articles sur la responsabilité de l'État établis par la Commission du droit international, et a été affirmé à maintes fois par les tribunaux

¹¹⁶ Ibid., par. 60 à 63 (notes omises).

¹¹⁷ Ibid. par. 64.

¹¹⁸ Ibid. par. 66 et 67.

internationaux »¹¹⁹. Il a mentionné une note relative à l'article 13 qu'a finalement adopté la Commission en 2001.

Cour européenne des droits de l'homme

74. Dans son arrêt de 2006 en l'affaire *Blečić c. Croatie*, la Cour européenne, siégeant en une Grande Chambre, a cité le texte des articles 13 et 14, tel qu'adopté finalement par la Commission du droit international en 2001, dans la section consacrée « au droit et à la pratique internationaux pertinents »¹²⁰. La Cour a par la suite déclaré que

s'il est vrai qu'à compter de la date de ratification tous les actes et omissions de l'État doivent être conformes à la [Convention européenne des droits de l'homme de 1950] ... la Convention n'impose aux États contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention ... Toute autre approche saperait à la fois le principe de non-rétroactivité que consacre le droit des traités et la distinction fondamentale entre violation et réparation qui sous-tend le droit de la responsabilité des États¹²¹.

La Cour a conclu que, sur la base de sa compétence *ratione temporis*, elle ne pouvait connaître du fond de l'affaire, étant donné que les faits constitutifs de l'ingérence alléguée se sont produits avant la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Croatie¹²².

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

Tribunal arbitral international

75. Dans sa sentence de 1990 en l'affaire *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral, ayant déterminé que la France avait commis une violation substantielle de ses obligations à l'égard de la Nouvelle-Zélande, a mentionné la distinction faite par la Commission du droit international entre violation instantanée et violation continue, telle qu'énoncée dans le projet d'articles 24 et 25, paragraphe 1¹²³, adopté à titre provisoire :

¹¹⁹ ALENA (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, par. 68 (notes omises), reproduit dans *International Law Reports*, vol. 125, p. 131.

¹²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Blečić c. Croatie* (Requête n° 59532/00), arrêt, 8 mars 2006, par. 48.

¹²¹ *Ibid.*, par. 81.

¹²² *Ibid.*, par. 92 et dispositif.

¹²³ Ces dispositions ont été modifiées et incorporées dans l'article 14 adopté finalement par la Commission du droit international en 2001. Le projet d'article adopté à titre provisoire se lit comme suit :

Article 24

Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'État ne s'étendant pas dans le temps

La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli. La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'État se prolongent dans le temps. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34.)

Dans sa codification du droit de la responsabilité de l'État, la Commission du droit international a procédé à une autre classification des différents types de violation, en faisant du facteur temps un élément de l'obligation. Il s'agit de déterminer ce qui est décrit comme *tempus commissi delictu*, c'est-à-dire la durée ou la continuité dans le temps de la violation. Ainsi, la Commission établit une distinction entre la violation qui ne s'étend pas dans le temps, ou violation instantanée, définie à l'article 24 du projet, et la violation ayant un caractère de continuité ou s'étendant dans le temps. Dans le dernier cas, aux termes du paragraphe 1 de l'article 5, « le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale ».

Si l'on applique cette classification à l'espèce examinée, il est évident que la violation constituée par le fait de ne pas ramener à Hao les deux agents [le commandant Mafart et le capitaine Prieur, comme le prévoit l'accord entre les parties] représente une violation non seulement substantielle mais aussi continue.

Et cette classification n'est pas purement théorique, mais au contraire, a des conséquences pratiques puisque la gravité de la violation et son prolongement dans le temps ont nécessairement une importance considérable pour la fixation de la réparation appropriée dans le cas d'une violation présentant ces deux caractéristiques¹²⁴.

Le tribunal arbitral s'est aussi référé au projet d'article 25 adopté à titre provisoire, lorsqu'il s'est agi de déterminer le temps de perpétration de la violation par la France. Il a noté que, dans le cas de violations s'étendant dans le temps,

selon l'article 25, « le temps de perpétration de la violation » s'étend sur la période entière durant laquelle le fait illicite continue. [Il s'ensuit donc que] la France a commis une violation continue de ses obligations, sans interruption ni suspension, pendant la période entière durant laquelle les deux agents sont restés à Paris en violation de l'Accord¹²⁵.

Tribunal arbitral international

76. Dans sa sentence de 1991, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *LAFICO-Burundi*, afin de déterminer le moment où le fait illicite a été réalisé aux fins de décider des dommages-intérêts dus, a conclu que la violation perpétrée par le Burundi en l'espèce avait un caractère de continuité et a par

Le paragraphe 1 du projet d'article 25 (Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'État s'étendant dans le temps) adopté à titre provisoire se lit comme suit :

1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État ayant le caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34.)

¹²⁴ *Affaire concernant le différend entre la Nouvelle-Zélande et la France au sujet de l'interprétation ou de l'application de deux accords conclus le 9 juin 1986 entre les deux États et ayant trait aux problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale, 30 avril 1990, par. 101, reproduite dans UNRIAA, vol. XX, p. 263 et 264.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 265 et 266, par. 105.

conséquent invoqué le paragraphe 1 du projet d'article 25 adopté à titre provisoire par la Commission du droit international¹²⁶, qui a été cité dans la sentence¹²⁷.

Cour internationale de Justice

77. Dans son arrêt de 1997 en l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour a mentionné le commentaire sur le projet d'article 41, tel qu'adopté par la Commission du droit international en première lecture¹²⁸ :

Un fait illicite ou une infraction est fréquemment précédé d'actes préparatoires qui ne sauraient être confondus avec le fait ou l'infraction eux-mêmes. Il convient de distinguer entre la réalisation même d'un fait illicite (que celui-ci soit instantané ou continu) et le comportement antérieur à ce fait qui présente un caractère préparatoire et « qui ne saurait être traité comme un fait illicite » (voir par exemple le commentaire de l'article 41 des projets d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II (deuxième partie, par. 14)¹²⁹.

Tribunal arbitral international dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI

78. Dans sa sentence de 2002, le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour connaître de l'affaire Mondev contre États-Unis s'est référé au paragraphe 1 de l'article 14 qu'a finalement adopté la Commission du droit international pour étayer son argument selon lequel « il existe une distinction entre un acte ayant un caractère continu et un acte, déjà accompli, qui continue de causer des pertes ou des dommages »¹³⁰.

Tribunal arbitral international dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI

79. Dans sa sentence de 2003, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique* s'est référé à une note du commentaire relatif aux articles 14 et 15 qu'a finalement adoptés la Commission du droit international pour étayer son argument selon lequel « qu'il s'agisse d'un comportement qui s'étend dans le temps ou d'un acte complexe dont les éléments constitutifs, de durée différente, ont lieu pendant une période,

¹²⁶ Cette disposition a été modifiée et incorporée au paragraphe 2 de l'article 14 qu'a finalement adopté la Commission du droit international en 2001. Pour le texte de la disposition, voir la note 123 ci-dessus.

¹²⁷ *Lybian Arab Foreign Investment Company (LAFICO) et République du Burundi*, sentence arbitrale, 4 mars 1991, par. 66 (version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 96, p. 323 et 324).

¹²⁸ L'extrait du commentaire de la Commission du droit international sur le projet d'article 41 (Cessation du comportement illicite) mentionné par la Cour dans le passage cité n'a pas été retenu dans le commentaire de l'article 30 (Cessation et non-répétition) adopté finalement en 2001. Toutefois, la Commission a inclus une citation de ce passage de l'arrêt de la Cour dans son commentaire relatif à l'article 14 finalement adopté en 2001. C'est la raison pour laquelle ledit passage est reproduit eu égard à l'article 14.

¹²⁹ Cour internationale de Justice, Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), *C.I.J Recueil 1997*, p. 54, par. 79.

¹³⁰ ALENA (Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI), *Mondev International c. États-Unis d'Amérique*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, par. 58 et note 9, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 125, p. 128.

c'est seulement en les observant en tant qu'ensemble ou unité qu'il est possible de voir dans quelle mesure une violation d'un traité ou d'un instrument international se produit ou dans quelle mesure un dommage a été causé »¹³¹.

Cour européenne des droits de l'homme

80. Dans son arrêt de 2004 en l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre, a fait observer que le principe de « la responsabilité de l'État du fait de la violation d'une obligation internationale » était un « principe de droit international reconnu » et s'est référée en particulier au commentaire relatif au paragraphe 2 de l'article 14 et au paragraphe 2 de l'article 15, tels qu'adoptés par la Commission du droit international en 2001 :

320. Un autre principe de droit international reconnu est celui de la responsabilité d'un État du fait de la violation d'une obligation internationale. En témoignent les travaux de la Commission du droit international.

321. Un fait illicite peut être qualifié de continu s'il s'étend sur toute la période durant laquelle le fait perdure et reste non conforme à l'obligation internationale (voir le commentaire sur le projet d'article 14 § 2 des travaux de la Commission du droit international).

En outre, la Cour estime que, lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'actions ou d'omissions illicites, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale (voir également le projet d'article 15 § 2 des travaux de la Commission du droit international)¹³².

Tribunal arbitral international CIRDI

81. Dans sa décision de 2005 sur la juridiction, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Impregilo contre le Pakistan* a noté que *Impregilo* avait invoqué l'article 14 finalement adopté par la Commission du droit international en 2001 « qui, à son avis, reflète le droit international coutumier », pour alléguer que les actes commis par le Pakistan avant la date d'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement devaient se conformer aux dispositions de ce traité. Selon le tribunal, « il n'y a pas lieu de traiter, en l'espèce, de la question de savoir si, oui ou non, l'article reflète le droit international coutumier » : l'affaire dont le tribunal est saisi ne relève pas de l'article 14 car les actes en question n'avaient pas un caractère continu au sens de cette disposition¹³³.

¹³¹ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique*, affaire n° ARBA(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, par. 62, note 26 (traduction officieuse de l'original espagnol). Pour les passages des commentaires relatifs aux articles 14 et 15 mentionnés, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), par. 77.

¹³² Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* (requête n° 48787/99), arrêt, 8 juillet, par. 320 et 321.

¹³³ CIRDI, *Impregilo S.p.a. c. République islamique du Pakistan*, affaire n° ARB/03/3, décision relative à la juridiction, 22 avril 2005, par. 312.

Cour européenne des droits de l'homme

82. Dans son arrêt de 2006 en l'affaire *Blečić c. Croatie*, la Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre, a cité notamment le texte de l'article 14 qu'a finalement adopté la Commission du droit international en 2001. Le passage pertinent est cité au paragraphe 74 ci-dessus.

Article 15**Violation constituée par un fait composite***Tribunal arbitral international dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*

83. Dans sa sentence de 2003, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique* s'est référé à un texte tiré du commentaire relatif à l'article 15 qu'a finalement adopté la Commission du droit international. Le passage pertinent est cité au paragraphe 79 ci-dessus.

Cour européenne des droits de l'homme

84. Dans son arrêt de 2004 en l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, la Cour européenne, siégeant en une Grande Chambre, s'est notamment référée au commentaire du paragraphe 2 de l'article 15 qu'a finalement adopté la Commission du droit international en 2001. Le passage pertinent est cité au paragraphe 80 ci-dessus.

Chapitre IV**Responsabilité de l'État à raison de la responsabilité d'un autre État****Article 16****Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite***Groupe spécial de l'OMC*

85. Dans son rapport de 1994 sur la *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, le Groupe spécial, ayant examiné l'argument de la Turquie selon lequel les mesures en question avaient été prises par une entité distincte (à savoir l'union douanière Turquie-Communautés européennes ou les Communautés européennes), a conclu que lesdites mesures étaient attribuables à la Turquie car elles avaient été adoptées par le Gouvernement turc ou avaient été mises en oeuvre, appliquées et supervisées par la Turquie. À cet égard, le Groupe a noté que, « en droit international public, en l'absence de toute disposition conventionnelle à effet contraire, la Turquie pourrait raisonnablement être tenue responsable des mesures prises par l'union douanière CE-Turquie »¹³⁴, en vertu du principe visé dans le projet d'article 27 adopté en première lecture par la

¹³⁴ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999, par. 9.42.

Commission du droit international¹³⁵. Dans son rapport, le Groupe spécial a reproduit un passage du commentaire de la Commission sur cette disposition¹³⁶.

Chapitre V Circonstances excluant l'illicéité

Tribunal arbitral international

86. Dans la sentence qu'il a rendue en 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior, le tribunal arbitral a remarqué que selon la France, citant le rapport de la CDI, les raisons qui peuvent être invoquées pour justifier l'inexécution d'un traité s'inscrivent dans le cadre du sujet général de la responsabilité internationale des États¹³⁷. Considérant, entre autres, que la détermination des circonstances pouvant exclure l'illicéité était une question qui relevait du droit coutumier de la responsabilité des États, le tribunal s'est référé à l'ensemble de règles adoptées à titre provisoire par la CDI sous le titre « Circonstances excluant l'illicéité » (projets d'articles 29 à 35), en particulier les projets d'articles 31, 32 et 33, qu'il considérait comme pertinents pour la décision en l'espèce¹³⁸.

Article 23 Force majeure

Tribunal arbitral international

87. Dans la sentence qu'il a rendue en 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior, le tribunal arbitral a visé le texte du projet d'article 31 adopté à titre provisoire par la CDI¹³⁹, ainsi que le commentaire s'y rapportant, et a conclu que la France ne

¹³⁵ Cette disposition a été modifiée et incorporée à l'article 14 adopté finalement par la Commission du droit international en 2001. Le projet d'article 27 était ainsi libellé :

Article 27

Aide ou assistance d'un État à un autre État pour la perpétration d'un fait internationalement illicite

L'aide ou l'assistance d'un État à un autre État, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisée par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituait pas la violation d'une obligation internationale (*Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65).

¹³⁶ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Turquie - Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999, par. 9.43, citation par le Groupe d'un passage tiré du paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 27 adopté à titre provisoire (*Annuaire...* vol. II (deuxième partie), p. 99).

¹³⁷ *Affaire relative au différend entre la Nouvelle-Zélande et la France quant à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 entre les deux États et ayant trait aux problèmes nés de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale, 30 avril 1990, par. 74, reproduite dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 250.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 251 et 252, par. 75 et 76.

¹³⁹ La partie de cette disposition concernant la force majeure a été modifiée et incorporée à l'article 23 adopté par la CDI en 2001. Le projet d'article 31 adopté à titre provisoire se lisait ainsi :

pouvait pas invoquer l'excuse de force majeure pour exclure l'illicéité du transfert du commandant Mafart de l'île de Hao pour raisons de santé, en violation de l'accord conclu entre les parties. Après avoir cité le paragraphe 1 du projet d'article 31, le tribunal a déclaré ce qui suit :

Au vu de cette disposition, il y a plusieurs raisons d'exclure l'applicabilité de l'excuse de la force majeure en l'espèce. Ainsi qu'il a été souligné dans le rapport de la Commission du droit international, l'article 31 se réfère à « une situation dans laquelle se trouve le sujet agissant et qui l'amène en quelque sorte malgré lui à agir d'une manière non conforme à ce qui serait requis de lui par une obligation internationale existant à sa charge » (*Annuaire...* 1979, vol. II, p. 136, par. 2, les italiques sont dans l'original). Là où l'on invoque la force majeure..., « on le fait généralement pour justifier des comportements *non volontaires*, ou tout au moins *non intentionnels* » à cause « d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu contre lesquels il n'y a pas de recours et qui le mettent dans l'"impossibilité matérielle" ... d'agir en conformité avec l'obligation » vu que « à l'impossible nul n'est tenu » (*ibid.*, p. 136, par. 4).

Dans son rapport, la Commission du droit international insiste sur le sens strict à donner à l'article 31, en ces termes :

... le libellé du paragraphe 1 met bien en évidence, par l'adjectif « irrésistible » qui accompagne le mot « force », qu'il doit s'agir, dans le cas concret, d'une contrainte à laquelle l'État n'était pas en mesure de se soustraire ou de s'opposer par ses propres moyens... L'événement doit être un fait qui se produit et cause ses effets sans que l'État puisse exercer sur lui une influence en vue d'y remédier ou d'en prévenir les conséquences. L'adverbe « matériellement » qui précède le terme « impossible » veut marquer qu'il ne suffirait pas, aux fins des dispositions de l'article, que la « force irrésistible » ou l'« événement extérieur imprévu » aient rendu *très difficile* à l'État d'agir conformément à l'obligation ... la Commission a voulu souligner que l'État ne doit avoir eu à cet égard aucune possibilité (*Annuaire...* 1979, vol. II, p. 148, par. 40, les italiques sont dans l'original).

En conclusion, c'est à bon droit que la Nouvelle-Zélande affirme que l'excuse de force majeure n'est pas pertinente en l'espèce car pour qu'elle soit applicable il faut que l'impossibilité soit absolue et matérielle, et parce qu'une circonstance qui rend l'exécution plus difficile ou plus lourde ne constitue pas

Article 31

Force majeure et cas fortuit

1. L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, en dehors de son contrôle, qui a rendu matériellement impossible à l'État d'agir conformément à cette obligation ou de se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'État en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34).

un cas de force majeure. Cette excuse est dès lors sans pertinence en l'espèce¹⁴⁰.

Tribunal arbitral international

88. Dans la sentence qu'il a rendue en 1991, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire LAFICO et République du Burundi a affirmé que l'argument avancé par le Burundi selon lequel il était objectivement impossible à l'actionnaire Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) de continuer à participer à la gestion du holding Libyan Arab Republic-Burundi (HALB)¹⁴¹ devait être apprécié à la lumière de certaines circonstances excluant l'illicéité que la Commission du droit international avait tenté de codifier dans ses projets d'articles sur la responsabilité des États. Le tribunal, visant tout d'abord l'exception de force majeure, a cité à cet égard *in extenso* le projet d'article 31 adopté à titre provisoire par la CDI et a conclu que cette disposition était inapplicable en l'espèce parce que l'impossibilité alléguée n'était pas le résultat d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu échappant à la volonté du Burundi¹⁴².

Tribunal arbitral international CIRDI

89. Dans la sentence qu'il a rendue en 2003, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire Aucoven contre le Venezuela, en examinant si les émeutes qu'avait connues le pays en 1997 pouvaient excuser l'absence d'ajustement tarifaire par le Venezuela (comme prévu par l'accord de concession applicable), a considéré que la force majeure constituait une excuse valable pour l'inexécution d'une obligation contractuelle tant en droit vénézuélien qu'en droit international¹⁴³. Il a ensuite visé, entre autres, les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État en général (et, implicitement, l'article 23 adopté en 2001) pour étayer sa conclusion selon laquelle aucune norme de droit international ne conduisait à écarter l'application du droit interne vénézuélien relatif à la force majeure :

Le tribunal arbitral ne considère pas que le droit international impose une norme différente qui serait appelée à écarter l'application du droit interne. Cette conclusion s'appuie sur l'examen des décisions rendues sur le fondement du droit international que les parties ont invoquées (voir en particulier *General Dynamics Telephone Sys. Ctr. v. The Islamic Republic of Iran*, sentence n° 192-285-2 (4 octobre 1985), 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 153, 160, Resp. Auth. 18. Voir aussi *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defense of Iran*,

¹⁴⁰ *Affaire relative au différend entre la Nouvelle-Zélande et la France quant à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 entre les deux États et ayant trait aux problèmes nés de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale, 30 avril 1990, par. 77, reproduite dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 252 et 253.

¹⁴¹ Dans cette affaire, LAFICO avait affirmé que l'expulsion du Burundi de directeurs libyens de l'HALB et de l'une de ses filiales, et l'interdiction faite à LAFICO de mener toute activité au Burundi constituaient une violation par le Burundi de ses droits d'actionnaire et avait empêché l'HALB de réaliser ses objectifs (c'est-à-dire investir dans des entreprises exerçant leurs activités dans certains secteurs de l'économie burundaise), d'où il résultait, entre autres, une violation de l'accord de coopération technique et économique de 1973 entre la République arabe libyenne et la République du Burundi.

¹⁴² *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) et République du Burundi*, sentence arbitrale, 4 mars 1991, par. 55, *International Law Reports*, vol. 96, p. 318.

¹⁴³ CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. (« Aucoven ») v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB/00/5, sentence, 23 septembre 2003, par. 108.

sentence n° ITL 24-49-2 (27 juillet 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 147, Cl. Auth. 23, et *Sylvania Tech. Sys., Inc. v. Iran*, sentence n° 180-64-1 (27 juin 1985), 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 298, Cl. Auth. 32) ainsi que sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la Commission du droit international, et sur les moyens de droit des parties¹⁴⁴.

Article 24

Détresse

Tribunal arbitral international

90. Dans la sentence qu'il a rendue en 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral s'est référé au projet d'article 32 adopté à titre provisoire par la CDI¹⁴⁵, ainsi qu'au commentaire s'y rapportant, pour déterminer si l'illicéité du comportement de la France pouvait être exclue sur le fondement de la détresse. Le tribunal a aussi explicité, dans ce contexte, la différence entre ce motif de justification et, d'une part, celui de la force majeure et, d'autre part, celui de l'état de nécessité traité dans le projet d'article 33 adopté à titre provisoire par la Commission¹⁴⁶.

L'article 32 des articles élaborés par la Commission du droit international traite d'une autre circonstance qui peut exclure l'illicéité en droit international, à savoir la « détresse » de l'auteur du comportement qui constitue le fait de l'État dont l'illicéité est en cause.

...

Le commentaire de la CDI explique que par « détresse », on entend une situation de péril extrême dans laquelle l'organe étatique qui adopte un tel comportement n'a, au moment même, d'autre moyen de se sauver ou de sauver des personnes confiées à sa garde que celui d'agir de manière non conforme aux prescriptions de l'obligation en question (*Annuaire...* 1979, p. 149, par. 1).

Le rapport ajoute que dans la pratique internationale, la détresse, en tant que circonstance susceptible d'exclure l'illicéité d'un fait de l'État autrement illicite, a surtout été invoquée et reconnue dans des cas où il était question de la violation d'une frontière d'un autre État, et tout particulièrement des

¹⁴⁴ Ibid. par. 123.

¹⁴⁵ Cette disposition a été modifiée et incorporée à l'article 24 adopté par la CDI en 2001. Le projet d'article 32 adopté à titre provisoire se lisait ainsi :

Article 32 Détresse

1. L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet État n'avait pas d'autre moyen, dans une situation d'extrême détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'État en question a contribué à la survenance de la situation d'extrême détresse ou si le comportement en question était susceptible de créer un péril comparable ou supérieur. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34).

¹⁴⁶ Cette disposition a été modifiée et incorporée à l'article 25 adopté en 2001. Le texte de cette disposition était identique à celui du projet d'article 33 adopté en première lecture (voir *Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65) et est repris dans le passage de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* reproduit au paragraphe 92 ci-après.

espaces aériens et maritimes des États : par exemple lorsque le capitaine d'un navire d'État en détresse fuyant la tempête cherche refuge dans un port étranger sans y avoir été autorisé, ou lorsque le pilote d'un avion d'État atterrit sans autorisation sur sol étranger pour éviter une catastrophe sinon inévitable (ibid., p. 149, par. 4). Néanmoins, la Commission a considéré que « le *ratio* du principe même peut faire admettre qu'il puisse être appliqué, ne fût-ce que par analogie, à d'autres hypothèses comparables » (ibid., p. 151, par. 8).

Le rapport souligne la différence qui existe entre ce motif d'exclusion de l'illicéité et celui de la force majeure : « [d]ans ces conditions, l'organe de l'État dont il est question a certes un choix devant lui, même si ce choix est entre un comportement non conforme à une obligation internationale et un comportement conforme à cette obligation, mais comportant un sacrifice qu'il est peu raisonnable d'exiger de lui » (*Annuaire...* 1979, p. 136, par. 3). Toutefois, « ce choix n'est pas un "véritable choix", un "libre choix", quant à la décision à prendre, car la personne agissant pour le compte de l'État sait que, si elle adopte le comportement requis par l'obligation internationale, elle, et les personnes qui lui sont confiées, seraient presque inévitablement destinées à périr. La « possibilité » d'agir conformément à l'obligation internationale n'est donc, en de telles circonstances, qu'apparente. Elle est en fait pratiquement annihilée par la situation de péril extrême qui, comme on vient de le dire, caractérise les situations de « détresse » (*Annuaire...* 1979, p. 149, par. 2).

Le rapport ajoute que la situation de détresse « peut à la rigueur inclure une situation de danger grave, mais ne mettant pas nécessairement en cause l'existence même des personnes en question. Certes, la sauvegarde d'un bien autre que la vie, surtout s'il s'agit encore de l'intégrité physique de la personne, peut aussi représenter un intérêt susceptible de limiter fortement la liberté de détermination d'un être humain et l'amener à agir d'une manière justifiable bien que non conforme à une obligation internationale de l'État » (*Annuaire...* 1979, p. 151, par. 10). Ainsi, cette circonstance peut aussi s'appliquer pour protéger d'autres droits essentiels d'êtres humains comme l'intégrité physique d'une personne.

Le rapport distingue aussi précisément le motif de justification de l'article 32 de la théorie controversée de l'état de nécessité qui fait l'objet de l'article 33. Dans le cadre de l'article 32 relatif à la détresse, il s'agit de situations de « nécessité » pour ce qui est de la personne même des organes étatiques ou des personnes qui lui sont confiées, et non pas d'une vraie « nécessité » de l'État.

En revanche, l'article 33, qui autoriserait un État à commettre un fait illicite en invoquant l'état de nécessité, vise des situations de danger grave et imminent pour l'État et pour ses intérêts vitaux.

Cette distinction entre les deux excuses justifie l'acceptation générale de l'article 32 et explique en même temps le caractère controversé du projet d'article 33 sur l'état de nécessité.

Il a été affirmé à cet égard qu'il n'existe

aucun principe général autorisant l'excuse de nécessité. Des règles particulières de droit international font intervenir différents degrés

de nécessité, mais leur signification et leur portée sont totalement extérieures à la théorie traditionnelle de l'état de nécessité. Ainsi, par exemple, des navires en détresse ont le droit de chercher refuge dans un port étranger, même s'il est fermé ... en cas de famine dans un pays, un navire étranger se dirigeant vers un autre port peut être immobilisé et sa cargaison saisie ... Dans de telles hypothèses – qui doivent donner lieu à réparation – ce n'est pas la théorie de l'état de nécessité qui fonde les règles particulières; celles-ci reposent sur des considérations humanitaires, qui ne s'appliquent pas à l'État en tant qu'organe politique mais sont destinées à protéger les droits essentiels d'êtres humains en situation de détresse (*Manual of Public International Law*, dir. publ. Soerensen, p. 543).

Il s'agit donc de déterminer si les circonstances de détresse dans un cas d'extrême urgence mettant en cause des considérations humanitaires élémentaires touchant les organes agissants de l'État peuvent exclure l'illicéité en l'espèce¹⁴⁷.

Le tribunal arbitral a alors examiné le comportement de la France suivant ces considérations juridiques. Il a conclu que

les circonstances de détresse, d'extrême urgence et les considérations humanitaires invoquées par la France sont peut-être susceptibles d'exclure la responsabilité pour le transfert unilatéral du commandant Mafart [de l'île de Hao] sans le consentement de la Nouvelle-Zélande [comme prévu par l'accord conclu entre les parties] mais de toute évidence, ces circonstances n'excluent en rien la responsabilité de la France pour le transfert du capitaine Prieur et n'excusent pas non plus la violation de ses obligations causée par la décision de ne pas ramener les deux agents à Hao (dans le cas du commandant Mafart, dès que les raisons de son transfert avaient disparu)¹⁴⁸.

Article 25

État de nécessité

Tribunal arbitral international

91. Dans la sentence qu'il a rendue en 1991, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire LAFICO et République du Burundi a affirmé que l'argument avancé par le Burundi selon lequel il était objectivement impossible à l'actionnaire LAFICO de continuer à participer à la gestion du holding Libyan Arab Republic-Burundi (HALB)¹⁴⁹ devait être apprécié à la lumière de certaines circonstances excluant l'illicéité que la Commission du droit international avait tenté de codifier dans ses projets d'articles sur la responsabilité des États¹⁵⁰. Le tribunal, après avoir exclu l'exception de force majeure, a alors examiné s'il était possible d'appliquer la notion d'« état de nécessité » énoncée à l'article 33 des projets d'articles adoptés à

¹⁴⁷ *Affaire relative au différend entre la Nouvelle-Zélande et la France quant à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 entre les deux États et ayant trait aux problèmes nés de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale, 30 avril 1990, par. 78, reproduite dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 253 à 255.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 263, par. 99.

¹⁴⁹ Voir note 141 *supra*.

¹⁵⁰ *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) et République du Burundi*, sentence arbitrale, 4 mars 1991, par. 55, *International Law Reports*, vol. 96, p. 318).

titre provisoire par la CDI. Après avoir cité *in extenso* cette disposition, le tribunal a déclaré :

Il n'y a pas lieu ici d'exprimer un avis quant à l'opportunité de tenter de codifier les règles relatives à l'« état de nécessité » ni de se prononcer sur les propositions concrètes faites par la Commission du droit international, qui ont fait l'objet de débats de doctrine¹⁵¹.

Le tribunal a conclu que, selon lui, les différentes mesures prises par le Burundi à l'encontre des droits de l'actionnaire LAFICO ne constituaient pas le seul moyen de protéger un intérêt essentiel du Burundi contre un péril grave et imminent¹⁵².

Cour internationale de Justice

92. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1997 dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour a examiné « la question de savoir s'il existait, en 1989, un état de nécessité qui eût permis à la Hongrie, sans engager sa responsabilité internationale, de suspendre et d'abandonner des travaux qu'elle était tenue de réaliser conformément au traité de 1977 et aux instruments y afférents »¹⁵³. Dans cette perspective, en s'appuyant sur le projet d'article 33 (État de nécessité) adopté par la CDI en première lecture, qu'elle a cité, elle a considéré que « l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale » :

« 50. Dans l'instance, les Parties se sont accordées pour estimer que l'existence d'un état de nécessité doit être appréciée à la lumière des critères énoncés par la Commission du droit international à l'article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États qu'elle a adopté en première lecture. Cette disposition est ainsi conçue :

“Article 33. État de nécessité

1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet État non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que :

a) Ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit État contre un péril grave et imminent; et que

b) Ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'État à l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause d'exclusion d'illicéité :

a) Si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'État n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général; ou

b) Si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'État n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou

¹⁵¹ Ibid., p. 319, par. 56.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, par. 49.

implicite, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation; ou

c) Si l'État en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité. (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 33.)

Dans son commentaire, la Commission a défini l'"état de nécessité" comme

"la situation où se trouve un État n'ayant absolument pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent que celui d'adopter un comportement non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale envers un autre État" (ibid., par. 1).

Elle a conclu que "La notion d'état de nécessité est ... profondément enracinée dans la théorie générale du droit" (ibid., p. 47, par. 31).

51. La Cour considère tout d'abord que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Telle était aussi l'opinion de la Commission du droit international lorsqu'elle a expliqué qu'elle avait opté pour une formule négative à l'article 33 de son projet

"pour marquer, par cet aspect formel aussi, que l'hypothèse d'une invocation à titre de justification de l'état de nécessité doit être considérée comme constituant vraiment une exception – une exception encore plus rarement admissible que ce n'est le cas pour les autres circonstances excluant l'illicéité..." (ibid., p. 50, par. 40).

Ainsi, d'après la Commission, l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions¹⁵⁴. »

La Cour s'est ensuite référée au commentaire de la CDI pour examiner le sens donné à certains termes employés dans ledit projet d'article. S'agissant de l'expression « intérêt essentiel », la Cour a noté :

« La Commission, dans son commentaire, a indiqué qu'il ne fallait pas, dans ce contexte, réduire un "intérêt essentiel" de l'État à sa seule "existence", et que tout était, en définitive, question d'espèce (voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 32); en même temps, elle a mentionné, parmi les situations susceptibles d'engendrer un état de nécessité, "un danger grave ... pour la conservation écologique [du] territoire [d'un État] ou d'une partie de son territoire" (ibid., p. 34, par. 3) et a précisé, en se référant à la pratique des États, que "C'est surtout dans les deux dernières décennies que la sauvegarde de l'équilibre

¹⁵⁴ Ibid., par. 50 et 51.

écologique en est venue à être considérée comme répondant à un « intérêt essentiel » de tous les États. » (ibid., p. 38, par. 14.)¹⁵⁵ »

Pour ce qui est de l'expression « péril grave et imminent », la Cour a déclaré ce qui suit :

« Comme l'a souligné la Commission du droit international dans son commentaire, le péril "extrêmement grave et imminent" doit s'être "trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé" (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 33). Cela n'exclut pas, de l'avis de la Cour, qu'un "péril" qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour "imminent" dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable¹⁵⁶. »

Dans sa conclusion sur la question de l'existence d'un « état de nécessité », la Cour s'est de nouveau référée au commentaire de la CDI :

« La Cour conclut de ce qui précède que, s'agissant aussi bien de Nagymaros que de Gabčíkovo, les périls invoqués par la Hongrie, sans préjudice de leur gravité éventuelle, n'étaient en 1989 ni suffisamment établis, ni "imminents"; et que, pour y faire face, la Hongrie disposait à l'époque d'autres moyens que la suspension et l'abandon de travaux dont elle avait la charge. Qui plus est, des négociations étaient en cours, qui auraient pu aboutir à une révision du projet et au report de certaines de ses échéances, sans qu'il fût besoin de l'abandonner. La Cour en infère que le respect par la Hongrie, en 1989, de ses obligations aux termes du traité de 1977 n'aurait pas abouti à une situation "que l'adage *summum jus summa injuria* caractérise parfaitement" (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 31)¹⁵⁷. »

Tribunal international du droit de la mer

93. Dans l'arrêt qu'il a rendu en 1999 dans l'affaire du navire « SAIGA » (n° 2), le Tribunal a visé le projet d'article 33 adopté par la CDI en première lecture, ainsi que l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros¹⁵⁸, pour définir les conditions d'application de l'excuse fondée sur l'« état de nécessité » en droit international coutumier. Afin de déterminer si l'application, autrement illicite, par la Guinée de sa législation douanière dans la zone économique exclusive pouvait trouver une justification dans le droit international général, comme l'entendait la Guinée en s'appuyant sur l'« état de nécessité »¹⁵⁹, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

« 133. Dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, par. 51 et 52), la Cour internationale de Justice a accueilli favorablement deux conditions mises à l'utilisation par un État du moyen de défense fondé sur

¹⁵⁵ Ibid., par. 53.

¹⁵⁶ Ibid., par. 54.

¹⁵⁷ Ibid., par. 57.

¹⁵⁸ Voir *supra*, par. 92.

¹⁵⁹ *Affaire du navire « SAIGA » (n° 2)*, (*Saint-Vincent et les Grenadines c. Guinée*), arrêt, 1^{er} juillet 1999, par. 132.

l'“état de nécessité” qui, au regard du droit international général, justifie un fait qui, autrement, serait illicite. Ces conditions, telles qu'énoncées à l'article 33, paragraphe 1, du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, sont que la justification n'est pas recevable, à moins que :

a) Ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit État contre un péril grave et imminent; et que

b) Ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'État à l'égard duquel l'obligation existait.

134. En entérinant ces conditions, la Cour a déclaré qu'elles “doivent être cumulativement réunies” et qu'elles “reflètent le droit coutumier international”¹⁶⁰. »

Cour internationale de Justice

94. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour a réaffirmé la conclusion qu'elle avait précédemment exprimée dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros sur l'état de nécessité (voir par. 92 *supra*), en se référant à l'article 25 adopté par la CDI en 2001 :

« La Cour s'est cependant demandé si Israël pourrait se prévaloir d'un état de nécessité permettant d'exclure l'illicéité de la construction du mur. À cet égard, la Cour se doit de noter que certaines des conventions en cause [c'est-à-dire des conventions relatives au droit international humanitaire et aux droits de l'homme] incluent des clauses de limitation des droits garantis ou des clauses de dérogation... Dès lors que ces traités font déjà place à de telles considérations dans leurs dispositions mêmes, on pourrait se demander si l'état de nécessité tel que reconnu par le droit international coutumier pourrait être invoqué en ce qui concerne ces traités comme cause excluant l'illicéité des mesures ou décisions incriminées. Mais la Cour n'aura pas à examiner cette question. Ainsi qu'elle l'a observé en l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (*Hongrie/Slovaquie*), “l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier” qui “ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel”; il “ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions” (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 40, par. 51). La Cour a précisé l'une de ces conditions en reprenant les termes employés par la Commission du droit international dans un texte qui, en sa forme actuelle, prévoit que le fait incriminé doit constituer “pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent” (art. 25 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'État; voir aussi l'ancien article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, dont le libellé était identique dans la version française). Au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen

¹⁶⁰ Ibid., par. 133 et 134.

de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est prévalu pour justifier cette construction¹⁶¹. »

Tribunal arbitral international CIRDI

95. Dans la sentence qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire opposant CMS Gas Transmission Company à l'Argentine¹⁶² a examiné le moyen subsidiaire avancé par le défendeur, à savoir qu'il convenait d'exonérer l'Argentine de toute responsabilité à raison de la violation alléguée du traité bilatéral d'investissement de 1991 conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine compte tenu de l'existence d'un état de nécessité ou d'un état d'urgence causé par la grave crise économique, sociale et politique où s'est trouvé le pays à partir de l'année 2000. L'Argentine ayant fondé son argumentation sur l'article 25 adopté par la CDI en 2001 et sur les considérations développées par la CIJ dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (voir par. 92 *supra*), le tribunal a noté en particulier que cette disposition reflétait exactement l'état du droit international coutumier sur la question de la nécessité :

315. Le tribunal, à l'instar des parties elles-mêmes, considère que l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État reflète exactement l'état du droit international coutumier sur la question de la nécessité. Cet article s'appuie lui-même sur plusieurs décisions de jurisprudence examinées dans le commentaire, et plus particulièrement celles concernant les affaires de la « Caroline », de l'Indemnité russe, de la Société commerciale de Belgique, du Torrey Canyon et du Projet Gabčíkovo-Nagymaros.

316. L'article 25 est ainsi libellé :

...

317. S'il est vrai que l'existence de l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité en droit international n'est plus contestée, il existe aussi un consensus pour considérer que ce motif a un caractère exceptionnel et qu'il convient de faire preuve de prudence pour prévenir les abus. La formulation même du début de l'article, à savoir que l'État « ne peut invoquer » l'état de nécessité que s'il existe certaines conditions strictes, est révélatrice de cette approche restrictive du droit international. La jurisprudence, la pratique étatique et la doctrine appuient amplement cette approche restrictive. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi. Si des conditions strictes et rigoureuses ne sont pas exigées ou si leur application est trop souple, tout État pourrait invoquer l'état de nécessité pour se soustraire à ses obligations internationales, ce qui serait certainement contraire à la stabilité et à la prévisibilité du droit.

318. Le tribunal doit maintenant s'atteler à la tâche très délicate de déterminer si la crise argentine remplit les conditions de l'article 25, une tâche que ne facilite pas la grande diversité des points de vue, de surcroît lourdement

¹⁶¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004*, par. 140.

¹⁶² Il faut noter que, le 8 septembre 2005, l'Argentine a sollicité l'annulation de cette sentence en alléguant l'excès de pouvoir manifeste du tribunal et le défaut de motifs de la décision. La procédure aux fins d'annulation étant en cours devant un comité ad hoc du CIRDI, il est sursis à l'exécution de la sentence jusqu'à la décision de celui-ci.

politisés, exprimés sur la question. Là encore, le tribunal est appelé, non pas à se prononcer sur les mesures adoptées à cet égard, mais simplement à déterminer si la violation des dispositions conventionnelles examinées est dépourvue de conséquences juridiques du fait de l'exclusion de l'illicéité.

...

324. Le commentaire de la Commission du droit international selon lequel « l'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licite) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes » conduit le présent tribunal à conclure que les mesures adoptées n'étaient pas les seules disponibles.

325. Une condition différente que doit remplir l'excuse de nécessité pour être recevable est que les mesures adoptées ne portent pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe, ou de la communauté internationale dans son ensemble. Vu que les obligations spécifiques envers un autre État sont énoncées dans le traité, cette question sera examinée dans le cadre des dispositions conventionnelles applicables. Il n'apparaît cependant pas que l'intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble ait été aucunement affecté, ni qu'une norme impérative du droit international ait pu être compromise, situation régie par l'article 26 des articles.

326. Outre les conditions fondamentales énoncées au paragraphe 1 de l'article 25, le paragraphe 2 fixe deux autres limites à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité. Comme il est noté dans le commentaire, il ressort de l'expression « en tout cas » au début du paragraphe que chacune de ces limites est réputée s'appliquer en plus des conditions du paragraphe 1.

327. La première de ces limites vise le cas où l'obligation internationale exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, question qui, elle aussi, sera examinée dans le cadre du traité.

328. La seconde limite tient à l'exigence que l'État n'ait pas contribué à la survenance de la situation constituant l'état de nécessité. Le commentaire indique clairement que cette contribution doit être « substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire ». Bien que les parties fassent valoir le caractère soit endogène, soit exogène de tous les facteurs ayant contribué à la crise, le tribunal est de nouveau convaincu que, comme cela est le cas dans la plupart des crises de ce type, c'est dans les deux directions qu'il faut en rechercher les racines, lesquelles ont plusieurs composantes internes tout autant qu'internationales. C'est là la conséquence inévitable du fonctionnement d'une économie mondialisée caractérisée par l'interaction de facteurs internes et internationaux.

329. La question est cependant de savoir si la contribution de l'Argentine à la crise a ou n'a pas été suffisamment substantielle. Le tribunal, au vu des circonstances du présent litige, se doit de conclure que tel a été le cas. La crise n'a pas été le fait d'un gouvernement particulier; elle plongeait ses racines dans la précédente crise qu'avait connue le pays dans les années 80 et dans les diverses politiques suivies dans les années 90 qui ont atteint leur apogée en 2002 et se sont poursuivies ensuite. En conséquence, le tribunal observe que les politiques et les erreurs gouvernementales ont contribué de manière

importante à la crise et à la situation d'urgence et, s'il est exact que des facteurs exogènes ont nourri des difficultés supplémentaires, ces facteurs n'exonèrent pas le défendeur de sa responsabilité à cet égard.

330. Il est pourtant un autre élément important que le tribunal doit prendre en considération. Dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour internationale de Justice a repris à son compte le point de vue de la Commission du droit international selon laquelle toutes les conditions régissant l'état de nécessité doivent être « cumulativement » réunies.

331. Dans la présente affaire, on constate qu'il existe çà et là, partiellement, certains éléments de l'état de nécessité mais, si l'on examine dans leur ensemble les diverses composantes, conditions et limites, on ne saurait conclure que l'exigence de leur réunion cumulative est remplie. Cela conduit inévitablement à conclure que les conditions posées par le droit international coutumier à l'existence d'un état de nécessité qui exclurait l'illicéité des faits ne sont pas intégralement réunies¹⁶³.

Le tribunal a ensuite abordé l'examen de l'état de nécessité et d'urgence aux fins de l'article XI du traité bilatéral¹⁶⁴ et a notamment relevé dans cette perspective que les conséquences de la crise économique argentine, si elles ne constituaient pas une cause juridique d'exonération de la responsabilité ou d'exclusion de l'illicéité des faits, devaient néanmoins être prises en considération par le tribunal pour déterminer la réparation¹⁶⁵.

Tribunal arbitral international CIRDI

96. Dans la décision qu'il a rendue en 2006 sur la responsabilité, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre l'Argentine a considéré que, suivant les termes de l'article XI du traité bilatéral d'investissement de 1991 conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine, cette dernière était exonérée de toute responsabilité à raison d'éventuelles violations de ce traité entre le 1^{er} décembre 2001 et le 26 avril 2003, compte tenu de la survenance d'un état de nécessité. Le tribunal a souligné que sa conclusion s'appuyait sur la norme de l'état de nécessité telle qu'elle existe en droit international (reflétée à l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État) et il a longuement épilogué sur les conditions de celle-ci :

245. La notion d'exonération de la responsabilité d'un État pour la violation de ses obligations internationales s'il se trouve un « état de nécessité » ou « état d'urgence » existe aussi en droit international. Si le tribunal considère que les conditions prévues par l'article XI ont été en l'occurrence déclenchées, et sont suffisantes pour exonérer l'Argentine de sa responsabilité, il reconnaît aussi que la satisfaction de la norme définissant l'état de nécessité en droit

¹⁶³ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 315 à 331 (notes omises).

¹⁶⁴ Aux termes de cette disposition, le traité n'interdisait pas l'application par l'une ou l'autre partie des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, au respect de ses obligations quant au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, ou à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité.

¹⁶⁵ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 356.

international (reflétée à l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État) appuie sa conclusion.

246. En droit international, l'état de nécessité est caractérisé par certaines conditions qui doivent être réunies pour que l'État puisse invoquer cette excuse. Comme l'avait indiqué Roberto Ago, l'un des auteurs du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, l'état de nécessité est défini par une situation dans laquelle un État est menacé par un péril grave dans son existence, sa survie politique ou économique, la possibilité d'assurer le fonctionnement de ses services essentiels, la préservation de sa paix intérieure, ou son intégrité territoriale. En d'autres termes, il doit s'agir pour l'État d'intérêts essentiels ou particulièrement importants.

247. L'ONU a bien compris que la possibilité d'invoquer un état de nécessité dépend de la réunion de trois conditions, à savoir : il est nécessaire que soit en péril la survie de l'État, et non ses intérêts; ce péril ne doit pas avoir été créé par l'État concerné; enfin, le péril doit être grave et imminent, de telle sorte qu'il n'y a aucun autre moyen de le prévenir.

248. La notion d'état de nécessité et les conditions posées à sa recevabilité ramènent à l'idée de prévention : l'État se protège contre le risque de subir certains dommages. Dès lors, la possibilité d'alléguer l'état de nécessité est étroitement subordonnée à la condition qu'il existe un péril grave et imminent et qu'il n'y ait aucun moyen de le prévenir. Ces conditions, en principe, ont été laissées à l'appréciation subjective de l'État, une conclusion admise par la Commission du droit international. Néanmoins, la Commission était très consciente du fait que cette exception, entraînant la recevabilité, avait souvent donné lieu à des abus de la part des États, leur offrant ainsi une occasion très facile de violer le droit international en toute impunité. Elle a donc posé dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État des conditions très restrictives à sa recevabilité, réduisant ainsi le champ de la subjectivité.

...

250. Abordant tour à tour chacun des éléments, l'article 25 exige tout d'abord que le fait constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt...

251. L'intérêt à protéger doit par ailleurs être « essentiel » pour l'État. Ce qualificatif ne vise pas seulement les intérêts renvoyant à l'existence de l'État. Les faits montrent que des intérêts économiques ou financiers, ou des intérêts liés à la protection de l'État contre tout danger menaçant sérieusement sa situation intérieure ou extérieure, sont aussi réputés essentiels...

...

253. L'intérêt doit être menacé par un péril grave et imminent...

254. Les mesures prises par l'État ne doivent pas porter gravement atteinte à l'intérêt d'un autre État. À cet égard, la Commission a fait observer que l'intérêt sacrifié au nom de la nécessité doit, évidemment, être moins important que l'intérêt que les mesures visent à protéger. L'idée est que l'on ne puisse invoquer l'état de nécessité pour protéger un intérêt non essentiel.

255. L'obligation internationale en cause doit aussi prévoir la possibilité d'invoquer l'état de nécessité. Le fait d'inclure dans un traité bilatéral

d'investissement un article autorisant l'invocation de l'état de nécessité constitue l'acceptation, dans les relations entre États, de la possibilité pour l'un d'entre eux d'invoquer l'état de nécessité.

...

258. Si cette analyse concernant l'article 25 du projet sur la responsabilité de l'État n'établit pas à elle seule l'excuse de l'Argentine, elle appuie l'analyse du tribunal concernant le sens à donner à la condition énoncée à l'article XI, à savoir que les mesures appliquées par l'Argentine devaient être nécessaires au maintien de l'ordre public ou à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité.

259. Ayant constaté que les conditions permettant d'invoquer l'état de nécessité étaient remplies, le tribunal considère que c'est là le facteur qui exonère l'État de sa responsabilité quant aux dommages résultant des mesures adoptées par l'Argentine en réaction à la grave crise subie par le pays.

...

261. Suivant cette interprétation, le tribunal constate que l'article XI établit l'état de nécessité comme motif d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État, et que ce dernier est donc exonéré de responsabilité. Cette excuse n'est recevable que dans des situations d'urgence; et dès lors que la situation a été surmontée, c'est-à-dire qu'une certaine stabilité a été restaurée; l'État cesse d'être exonéré de sa responsabilité pour toute violation éventuelle de ses obligations au regard du droit international, il redevient immédiatement responsable¹⁶⁶.

Article 26

Respect de normes impératives

Tribunal arbitral international CIRDI

97. Dans la sentence qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire opposant SMS Gas Transmission Company à l'Argentine¹⁶⁷ a, dans le contexte de l'examen du moyen de défense de l'Argentine fondé sur l'état de nécessité¹⁶⁸, visé incidemment l'article 26 adopté par la CDI en 2001, en observant qu'il ne semblait pas qu'une norme impérative du droit international ait pu être compromise par le comportement de l'Argentine, situation régie par ledit article¹⁶⁹.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

Tribunal arbitral international CIRDI

98. Dans la sentence qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire CMS Gas Transmission Company contre l'Argentine¹⁷⁰ a,

¹⁶⁶ CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, par. 245 à 259 et 261 (notes omises).

¹⁶⁷ Voir note 162 *supra*.

¹⁶⁸ Voir note 95 *supra*.

¹⁶⁹ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 325.

¹⁷⁰ Voir note 162 *supra*.

après avoir conclu son examen du moyen de défense de l'Argentine fondé sur l'état de nécessité et l'article XI du traité bilatéral applicable¹⁷¹, déclaré qu'il était aussi conscient de la règle énoncée à l'alinéa a) de l'article 27 adopté par la CDI en 2001 (qu'il a cité), en ajoutant ensuite :

380. Le caractère provisoire de l'excuse de nécessité est ainsi expressément reconnu et appuyé par la jurisprudence. Le commentaire cite à cet égard les affaires du Rainbow Warrior et du Projet Gabčíkovo-Nagymaros. Dans cette dernière affaire, la Cour internationale de Justice a affirmé que « [d]ès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît ».

...

382. À supposer que l'excuse de nécessité soit admise, le devoir de respecter l'obligation renaît dès que les circonstances excluant l'illicéité cessent d'exister, ce qui est en l'occurrence le cas¹⁷².

Le tribunal a alors cité l'alinéa b) de l'article 27 adopté par la CDI, en relevant qu'il trouvait là encore un appui dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, ainsi que dans des décisions antérieures comme celles rendues dans les affaires de la Compagnie générale de l'Orinoco, des Biens des minorités bulgares en Grèce et de la Réclamation Orr & Laubenheimer (le tribunal notant que dans ces dernières affaires, le concept de dommage était apparemment plus large que celui de perte effective énoncé à l'article 27). Après avoir décrit les positions des parties sur ce point, le tribunal a poursuivi :

390. Le tribunal estime que l'article 27 établit la règle de droit international appropriée sur cette question. L'argument du défendeur revient à affirmer qu'une partie à ce type de traité, ou ses ressortissants, sont censés supporter entièrement le coût de la reconnaissance des intérêts essentiels de l'autre partie. Ce n'est cependant pas le sens du droit international ni des principes régissant la plupart des systèmes juridiques internes.

391. La conclusion du tribunal est confortée par le dossier. À l'audience, le tribunal a demandé s'il y avait des circonstances dans lesquelles un investisseur aurait droit à indemnisation en dépit de l'application de l'article XI et de l'excuse de nécessité.

392. La réponse à cette question par l'expert du défendeur apporte une clarification tant sur le caractère provisoire que sur l'obligation d'indemnisation : s'il est difficile de prendre une décision tant que la crise dure, il est possible d'envisager une situation dans laquelle l'investisseur pourrait demander au gouvernement le respect de ses obligations lorsque la crise est terminée, ce qui autorise à conclure que toute suspension du droit à indemnisation est strictement provisoire, et que ce droit n'est pas éteint par la situation de crise.

393. Le tribunal note aussi que, comme dans l'affaire du Gaz de Bordeaux, le commentaire de la Commission du droit international relatif à l'article 27

¹⁷¹ Voir par. 95 *supra*.

¹⁷² CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 379, 380 et 382.

laisse entendre que les États concernés devraient s'entendre sur la possibilité et l'importance de l'indemnisation dans tel ou tel cas.

394. Il apparaît dès lors clairement qu'en l'absence d'accord entre les parties, il incombe au tribunal, dans ces conditions, de déterminer le montant de l'indemnisation. C'est ce à quoi va procéder le tribunal¹⁷³.

Tribunal arbitral international CIRDI

99. Dans la décision qu'il a rendue en 2006 sur la responsabilité, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. contre l'Argentine, après avoir conclu que l'Argentine subissait un état de nécessité qui l'exonérait de sa responsabilité pour d'éventuelles violations du traité bilatéral d'investissement de 1991 en vertu de l'article XI de ce traité¹⁷⁴, a répondu à l'argument des demandeurs, fondé sur l'article 27 adopté par la CDI en 2001, selon lequel l'Argentine devait les indemniser pour les pertes causées par les mesures gouvernementales :

S'agissant de l'article 27 du projet d'articles de l'ONU invoqué par les demandeurs, le tribunal est d'avis qu'il ne vise pas spécifiquement l'indemnisation au titre de l'une ou de l'ensemble des pertes subies par un investisseur du fait des mesures adoptées par un État durant un état de nécessité. Le commentaire présenté par le Rapporteur spécial fait ressortir que l'article 27 « ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation, sans spécifier les circonstances dans lesquelles celle-ci pourrait être due ». La règle ne précise pas si l'indemnisation doit être versée pendant l'état de nécessité ou si l'État devrait assumer de nouveau ses obligations. Dans ce cas, l'interprétation par ce tribunal de l'article XI du traité donne la réponse¹⁷⁵.

Le tribunal a ensuite ajouté :

Il n'est pas spécifié à l'article 27 du projet d'articles de la CDI, ni à l'article XI du traité, si une indemnité est payable à la partie touchée par les pertes durant l'état de nécessité. Néanmoins, le tribunal a décidé que les dommages subis durant l'état de nécessité devaient être supportés par l'investisseur¹⁷⁶.

Comité ad hoc CIRDI

100. Dans la décision qu'il a prononcée en 2006 sur la demande d'annulation de la sentence rendue le 9 février 2004 dans l'affaire opposant Patrick Mitchell à la République démocratique du Congo, le comité ad hoc a relevé que même si le tribunal arbitral avait conclu que les mesures en cause n'étaient pas illicites en raison de l'état de guerre au Congo, cela n'aurait pas nécessairement eu un impact sur l'évaluation de l'acte de dépossession de M. Mitchell, ni sur la nécessité d'une indemnisation; cela aurait peut-être pu jouer sur le calcul du montant de celle-ci. Le

¹⁷³ Ibid., par. 390 à 394 (notes omises).

¹⁷⁴ Voir par. 96 *supra*.

¹⁷⁵ CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, par. 260 (notes omises).

¹⁷⁶ Ibid., par. 264.

comité ad hoc a ensuite cité dans une note le texte de l'article 27 adopté par la CDI en 2001, témoignant selon lui de l'existence d'un principe de droit international à cet égard¹⁷⁷.

DEUXIÈME PARTIE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE D'UN ÉTAT

Chapitre premier Principes généraux

Article 30 Cessation et non-répétition

Tribunal arbitral international

101. Dans la sentence qu'il a prononcée en 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior, le tribunal arbitral, ayant pris note que la France avait allégué que la Nouvelle-Zélande exigeait, plutôt qu'une restitution intégrale (*restitutio in integrum*), la cessation du comportement dénoncé, a fait référence au concept de cessation, qui se distinguait de la restitution, en renvoyant aux rapports présentés à la CDI par les Rapporteurs spéciaux Riphagen et Arangio-Ruiz¹⁷⁸. Le tribunal arbitral a fait observer en particulier qu'en insérant un article distinct concernant la cessation, la CDI avait fait sienne la position de M. Arangio-Ruiz selon laquelle « la cessation [a] des caractéristiques propres, qui la distingu[ent] de la réparation » :

« Les récentes études sur la responsabilité de l'État entreprises par les Rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international ont conduit à une analyse approfondie de la distinction entre un ordre de cessation de l'acte illicite et la restitution intégrale (*restitutio in integrum*). M. Riphagen a fait observer que dans de nombreux cas "il s'agissait de mettre fin à la violation, et non pas de réparation ou de *restitutio in integrum, stricto sensu*" (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1981, vol. II, première partie, A/CN.4/342 et Add. 1 à 4, par. 76).

Le Rapporteur spécial actuel, M. Arangio-Ruiz, a proposé une distinction entre les deux voies de recours (rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale pour 1988, par. 538).

...

La Commission du droit international a accepté l'insertion d'un article distinct des dispositions relatives à la réparation et portant sur la question de la cessation, adoptant ainsi le point de vue de M. Arangio-Ruiz selon lequel la

¹⁷⁷ CIRDI, comité ad hoc, *Patrick Mitchell c. La République démocratique du Congo*, affaire n° ARB/99/7, décision sur la demande d'annulation de la sentence, 1^{er} novembre 2006, par. 57, note 30.

¹⁷⁸ Au moment où cette sentence a été prononcée, le projet d'articles sur les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite était toujours à l'examen, sur la base des rapports présentés par les Rapporteurs spéciaux Riphagen et Arangio-Ruiz. Les dispositions finalement adoptées par la CDI en 2001 au sujet de la cessation et de la restitution sont les articles 30 et 35, respectivement.

cessation a des caractéristiques propres qui la distinguent de la réparation (rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale, 1989, par. 259).

M. Arangio-Ruiz a également souligné que la disposition relative à la cessation s'appliquait à tout acte illicite prolongé dans le temps, que le comportement de l'État soit une action ou une omission (rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale, 1988, par. 537).

Cela est juste, étant donné que la cessation peut consister en l'abstention de certaines actions – comme le soutien aux « contras » – ou en un comportement positif, comme la libération des otages américains à Téhéran.

...

Sans aucun doute, l'ordre demandé par le Gouvernement néo-zélandais aux fins du retour des deux agents constituerait véritablement un ordre de cessation de l'omission illicite plutôt que de *restitutio in integrum*. La caractérisation de la demande de la Nouvelle-Zélande est pertinente au regard de la décision du Tribunal, étant donné que dans les affaires où la restitution matérielle d'un objet est possible, l'expiration d'une obligation conventionnelle peut ne pas être, en elle-même, un obstacle à l'ordre de restitution¹⁷⁹. »

Tribunal arbitral international

102. Dans la sentence qu'il a prononcée en 1991, le tribunal arbitral constitué pour entendre l'affaire LAFICO-République du Burundi, afin de déterminer les conséquences pour les parties de la responsabilité du Burundi dans cette affaire, a cité le projet d'article 6 figurant dans la deuxième partie du projet d'articles (« Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale¹⁸⁰ »), tel qu'adopté à titre provisoire par la Commission du droit international. Le tribunal arbitral a considéré que la nature, en tant que règle de droit international coutumier, de cette disposition relative à l'obligation de mettre fin à un acte illicite, « n'est pas mise en doute¹⁸¹ ».

¹⁷⁹ *Affaire relative au différend entre la Nouvelle-Zélande et la France quant à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 entre les deux États et ayant trait aux problèmes nés de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale du 30 avril 1990, par. 113, reproduite dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, par. 270.

¹⁸⁰ Cette disposition a été amendée et incorporée à l'article 30 a) finalement adopté par la Commission du droit international en 2001. Le projet d'article 6 figurant dans la deuxième partie se lit comme suit :

Article 6
Cessation du comportement illicite

Tout État dont le comportement constitue un fait internationalement illicite ayant un caractère de continuité est tenu de l'obligation de cesser ce comportement, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue. »

¹⁸¹ *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi*, sentence arbitrale du 4 mars 1991, par. 61 (version anglaise disponible dans *International Law Reports*, vol. 96, p. 320 et 321).

Article 31 Réparation

Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies

103. Dans son rapport et ses recommandations de 2003 concernant la troisième partie de la troisième tranche de réclamations de la catégorie « F3 »¹⁸², le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a conclu que les pertes qui découlaient de l'utilisation ou de la réaffectation des ressources koweïtiennes pour financer le coût de la réparation des pertes et préjudices résultant directement de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Iraq (qu'il désigne par l'expression « pertes financières directes ») « entr[ai]ent dans les catégories de pertes dont il est question aux articles 31 et 35 de la Commission du droit international et [relevaient] des principes établis dans l'affaire [de l'usine de] Chorzów, et [étaient] donc indemnisables¹⁸³ ».

Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies

104. Dans son rapport et ses recommandations de 2005 concernant la cinquième tranche de réclamations de la catégorie « F4 »¹⁸⁴, le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a fait observer que les requérants avaient demandé à être indemnisés de la perte de l'usage des ressources pendant la période allant du moment où les dommages se sont produits à celui de la remise en état complète des ressources. L'Iraq avait affirmé que l'indemnisation de « la perte provisoire » de ressources naturelles sans valeur économique, c'est-à-dire de ressources qui « ne sont pas commercialisées », n'était pas fondée en droit, mais les requérants avaient pour leur part invoqué, entre autres, le principe suivant lequel la réparation devait « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite », d'abord énoncé par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'usine de Chorzów, puis accepté par la Commission du droit international¹⁸⁵. Le Comité a conclu qu'une perte due à la destruction de ressources naturelles ou aux dommages causés à ces ressources, y compris les ressources sans valeur économique, peut donner lieu à indemnisation pour autant que cette perte résulte directement de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Iraq. Bien que cette conclusion ait été fondée sur une interprétation de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité et de la décision 7 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, le Comité a considéré qu'elle n'était pas « incompatible avec un principe ou une règle quelconque du droit international général¹⁸⁶ ».

¹⁸² Les réclamations « F3 » dont est saisie la Commission d'indemnisation des Nations Unies sont les réclamations soumises par l'État du Koweït, exception faite de celles relatives à l'environnement.

¹⁸³ S/AC.26/2003/15, par. 220 (note omise).

¹⁸⁴ Les réclamations « F4 » dont est saisie la Commission d'indemnisation des Nations Unies sont les réclamations relatives à l'environnement.

¹⁸⁵ S/AC.26/2005/10, par. 49.

¹⁸⁶ Ibid., par. 57 et 58.

Tribunal arbitral international CIRDI

105. Dans la sentence qu'il a rendue en 2006, le tribunal arbitral constitué pour entendre l'affaire opposant ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited à la Hongrie, en déterminant la « norme de droit international coutumier » pour l'évaluation des dommages applicable en l'occurrence, a renvoyé, en même temps qu'à la jurisprudence et à la doctrine, au paragraphe 1 de l'article 31, adopté par la CDI en 2001. Le tribunal a fait observer que la disposition en question, qu'il a citée, était expressément fondée sur l'affaire de l'usine de Chorzów et s'en inspirait largement. Il a en outre rappelé que, dans son commentaire sur cet article, la Commission avait déclaré que « le principe général des conséquences d'un acte internationalement illicite a été énoncé par la Cour permanente dans l'affaire de l'usine de Chorzów¹⁸⁷ ».

Chapitre II

Réparation du préjudice

Article 34

Formes de la réparation

Tribunal international du droit de la mer

106. Dans l'arrêt qu'il a rendu en 1999 dans l'affaire du navire *Saiga* (n° 2), pour déterminer la réparation que Saint-Vincent-et-les-Grenadines était en droit d'obtenir pour les dommages qu'elle avait subis directement ainsi que pour les dommages et autres pertes subis par le pétrolier *Saiga*, le Tribunal a fait référence au paragraphe 1 du projet d'article 42 (Réparation), tel qu'adopté en première lecture par la CDI¹⁸⁸ :

« La réparation peut se présenter “sous une ou plusieurs des formes de réparation : restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition” (art. 42, par. 1, du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États). La réparation peut prendre la forme d'une réparation pécuniaire pour les dommages économiquement quantifiables, tout comme pour les dommages non matériels, selon les circonstances de l'espèce. Ces circonstances incluent des éléments tels que le comportement de l'État qui a commis l'acte illicite et la manière dont les violations ont été commises. Une réparation sous la forme d'une satisfaction peut également être accordée par une déclaration judiciaire indiquant qu'il y a eu violation d'un droit¹⁸⁹. »

¹⁸⁷ CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungary*, affaire n° ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, par. 494 et 495.

¹⁸⁸ Cette disposition a été modifiée et partiellement incorporée à l'article 34 adopté par la CDI en 2001. Le texte du paragraphe 1 du projet d'article 42 (Réparation) adopté en première lecture était le suivant : « L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale, sous une ou plusieurs des formes de réparation : restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition » (*Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65).

¹⁸⁹ Affaire du navire *Saiga* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), arrêt, 1^{er} juillet 1999, par. 171.

Tribunal arbitral international CIRDI

107. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2005, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre CMS Gas Transmission Company et l'Argentine¹⁹⁰ a, pour déterminer l'indemnisation due par l'Argentine à raison de ses violations du traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine, visé les articles 34, 35, 36 et 38 que la CDI a adoptés en 2001. S'agissant de l'article 34, le tribunal a considéré qu'il était généralement accepté en droit international que la réparation du préjudice prenait trois formes principales : la restitution, l'indemnisation et la satisfaction¹⁹¹.

Article 35
Restitution

Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies

108. Dans son rapport et ses recommandations concernant la troisième partie de la troisième tranche des réclamations de la catégorie, « F3 »¹⁹² présentés en 2003, le Comité de commissaires a notamment fait référence à l'article 35 adopté par la CDI en 2001. Le passage pertinent est cité au paragraphe 103 ci-dessus.

Tribunal arbitral international CIRDI

109. Dans la sentence qu'il a rendue en 2005, le tribunal arbitral international constitué pour connaître de l'affaire opposant CMS Gas Transmission Company à l'Argentine¹⁹³ a, pour déterminer l'indemnisation due par l'Argentine à raison de ses violations du traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine, visé les articles 34, 35, 36 et 38 que la CDI a adoptés en 2001. S'agissant de l'article 35, le tribunal a relevé que la restitution est la forme utilisée pour rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors qu'une telle restitution n'est pas matériellement impossible et n'entraîne pas une charge disproportionnée par rapport à l'indemnisation¹⁹⁴.

Tribunal arbitral international CIRDI

110. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend opposant ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited à la Hongrie a, pour déterminer la norme de droit international coutumier applicable à l'évaluation des dommages en l'espèce, relevé que, selon l'article 35 adopté par la CDI en 2001, la restitution en nature était la première forme de réparation pour un fait internationalement illicite¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Voir note 162 *supra*.

¹⁹¹ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 399 et note 211.

¹⁹² Les réclamations « F3 » dont est saisie la Commission d'indemnisation des Nations Unies sont les réclamations soumises par l'État du Koweït, exception faite de celles relatives à l'environnement.

¹⁹³ Voir note 162 *supra*.

¹⁹⁴ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 400 et note 212.

¹⁹⁵ CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, affaire n° ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, par. 494 et 495.

Article 36 Indemnisation

Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies

111. Dans le rapport concernant la deuxième tranche des réclamations de la catégorie « E2 »¹⁹⁶, qu'il a présenté en 1999, le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a conclu que son interprétation, fondée sur la décision 9 du Conseil d'administration selon laquelle les pertes résultant d'une baisse des opérations commerciales ouvrent droit à indemnisation, était « confirmé[e] par les principes reconnus du droit international concernant la responsabilité des États » tels que consacrés, notamment, au paragraphe 2 du projet d'article 44 adopté par la CDI en première lecture¹⁹⁷ :

« 77. Le raisonnement qui précède, fondé sur la décision 9 [du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies], est confirmé par les principes reconnus du droit international concernant la responsabilité des États. Par exemple, le Projet d'articles sur la responsabilité des États, élaboré par la Commission du droit international, prévoit, dans l'article pertinent, que "l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi ... et, le cas échéant, le manque à gagner". »¹⁹⁸

Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies

112. Dans son rapport de 2000 concernant la quatrième tranche des réclamations de la catégorie « E2 »¹⁹⁹, après avoir conclu que « [l]e montant normal de l'indemnité à accorder pour chaque perte considérée comme directe devrait être tel que le requérant puisse se retrouver dans la même situation financière que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté », le Comité des commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a fait référence dans une note (sans préciser le paragraphe) au commentaire relatif au projet d'article 44 adopté par la CDI en première lecture²⁰⁰.

¹⁹⁶ Les réclamations « E2 » dont est saisie la Commission d'indemnisation des Nations sont celles qui émanent de sociétés non koweïtiennes et ne relèvent d'aucune autre sous-catégorie « E » [à savoir, « E1 » (réclamations émanant du secteur pétrolier), « E3 » (réclamations émanant de sociétés du bâtiment et du génie civil non koweïtiennes) et « E4 » (réclamations émanant de sociétés koweïtiennes, à l'exception de celles qui émanent du secteur pétrolier)].

¹⁹⁷ Cette disposition a été modifiée et incorporée à l'article 36 finalement adopté par la CDI en 2001. Le texte du projet d'article 44 adopté en première lecture était le suivant :

Article 44 Indemnisation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage causé par ce fait si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.
2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner. (*Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65).

¹⁹⁸ S/AC.26/1999/6, par. 77 (note omise).

¹⁹⁹ Voir note 196 ci-dessus.

²⁰⁰ S/AC.26/2000/2, par. 157, note 61.

*Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA
et du Règlement de la CNUDCI*

113. Dans la sentence partielle qu'il a rendue en 2000 dans l'affaire Myers contre le Canada, afin de déterminer la méthode d'évaluation de l'indemnisation due en l'espèce, le tribunal arbitral constitué en application du chapitre 11 de l'ALENA et du Règlement de la CNUDCI a noté que faute de dispositions pertinentes dans l'Accord autres que celles énoncées à l'article 1110, il lui fallait suivre les principes du droit international²⁰¹. Après avoir cité un passage de l'arrêt sur le fond rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'Usine de Chorzów sur la question de la réparation, le tribunal arbitral a en outre fait observer ce qui suit :

Le projet d'articles sur la responsabilité des États dont la CDI est saisie à la date de la sentence propose de manière analogue qu'en droit international, un fait illicite commis par un État contre un autre ouvre un droit à indemnisation pour le dommage économique subi²⁰².

Tribunal arbitral international CIRDI

114. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2005, pour déterminer l'indemnisation due par l'Argentine à raison de ses violations du traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre CMS Gas Transmission Company et l'Argentine²⁰³ a visé les articles 34, 35, 36 et 38 que la CDI a adoptés en 2001. S'agissant de l'article 36, il a constaté que l'indemnité couvrait tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la

²⁰¹ ALENA, *S.D. Myers Inc. v. Canada*, sentence partielle, 13 novembre 2000, par. 310 reproduite dans *International Law Reports*, vol. 121, p. 127. Les passages pertinents de l'article 1110 de l'ALENA sont ainsi libellés :

1110 1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf :

- a) Pour une raison d'intérêt public;
- b) Sur une base non discriminatoire;
- c) En conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et
- d) Moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

1110 2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (« date d'expropriation »), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin.

²⁰² *Ibid.*, par. 312, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 121, p. 128. Bien que le tribunal arbitral ne l'ait pas évoqué expressément, il visait le projet d'article 44 adopté par la CDI en première lecture (voir *Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65), qui a été modifié et incorporé à l'article 36 que la Commission a adopté en 2001. Pour le texte du projet d'article 44, voir note 197 *supra*.

²⁰³ Voir note 162 ci-dessus.

mesure où celui-ci était établi et qu'il n'y avait lieu à indemnisation que dans la mesure où le dommage n'était pas réparé par la restitution²⁰⁴.

Tribunal arbitral international CIRDI

115. Dans la sentence qu'il a rendue en 2006, pour déterminer la norme de droit international coutumier applicable à l'évaluation des dommages en l'espèce, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend opposant ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited à la Hongrie a relevé que selon l'article 36 adopté par la CDI en 2001, ce n'est que lorsque la restitution n'est pas possible qu'une indemnité équivalente peut être accordée²⁰⁵.

Article 38
Intérêts

*Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation
des Nations Unies*

116. Dans son rapport et ses recommandations concernant la troisième partie de la troisième tranche des réclamations de la catégorie, « F3 »²⁰⁶ présentés en 2003, le Comité de commissaires a estimé que la décision 16 du Conseil d'administration sur l'allocation d'intérêts s'appliquait à toute demande de réparation pour retard dans le versement d'une indemnité. Il a noté que cette décision prévoyait que des intérêts seraient alloués « à partir de la date à laquelle la perte ... [avait] été infligée jusqu'à la date du paiement ». Dans une note, le Comité a relevé en outre que la teneur de cette décision était « analogue » à celle du paragraphe 2 de l'article 38, adopté par la CDI en 2001, qu'il a cité²⁰⁷.

Tribunal arbitral international CIRDI

117. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2005, pour déterminer l'indemnisation due par l'Argentine à raison de ses violations du traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine, le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend entre CMS Gas Transmission Company et l'Argentine²⁰⁸ a fait référence aux principes énoncés aux articles 34, 35, 36 et 38, que la CDI a adoptés en 2001. S'agissant de l'article 38, il a conclu que les décisions relatives aux intérêts représentaient un large éventail de possibilités dès lors que ceux-ci restaient strictement liés à la réparation et n'étaient pas utilisés comme un moyen détourné d'imposer des dommages-intérêts punitifs ou à d'autres fins²⁰⁹.

²⁰⁴ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence 12 mai 2005, par. 401 et notes 214 et 215.

²⁰⁵ CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, affaire n° ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, par. 494 et 495.

²⁰⁶ Voir note 192 ci-dessus.

²⁰⁷ S/AC.26/2003/15, par. 172, note 59.

²⁰⁸ Voir note 162 ci-dessus.

²⁰⁹ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 404 et note 220.

TROISIÈME PARTIE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

Chapitre premier

Invocation de la responsabilité internationale de l'État

Article 42

Invocation de la responsabilité par l'État lésé

Groupe spécial de l'OMC

118. Dans ses rapports de 1997 sur les *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, le Groupe spécial de l'OMC a examiné l'argument avancé par les Communautés européennes selon lequel les États-Unis n'avaient « aucun droit juridique ni intérêt juridique » au règlement de l'affaire (étant donné que leur production de bananes était symbolique et qu'ils n'en exportaient même pas, et que les avantages que pouvait présenter pour eux le commerce des bananes dans le cadre de l'OMC n'avaient donc pas été annulés ni compromis au sens des articles 3.3. et 3.7 du Mémoire d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends). Il a estimé que l'intérêt potentiel d'un membre de l'OMC dans le commerce de marchandises ou de services ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre de l'accord sur l'OMC suffisait, l'un ou l'autre, pour établir un droit de mener une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial a jugé cette conclusion compatible avec des décisions de tribunaux internationaux : en note²¹⁰, il s'est référé aux conclusions pertinentes de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, ainsi qu'aux alinéas e) et f) du paragraphe 2 du projet d'article 40 adopté par la CDI en première lecture²¹¹.

Article 44

Recevabilité de la demande

Tribunal arbitral international

119. Dans sa sentence de 1978, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, pour décider si, comme le prétendait la France, les États-Unis devaient attendre que la société américaine s'estimant lésée (la Pan American World Airways) ait épuisé tous les recours internes disponibles en droit français avant de pouvoir faire appel à l'arbitrage, s'est référé aux principes énoncés dans le projet d'article 22 adopté à titre provisoire par la CDI²¹². Il a estimé « significatif » que ladite disposition :

²¹⁰ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/GTM et WT/DS27/R/HND, 22 mai 1997, par. 7.50, note 361.

²¹¹ Les alinéas e) et f) du paragraphe 2 du projet d'article 40 adopté en première lecture ont été modifiés et incorporés respectivement à l'article 42 b) et au paragraphe 1 a) de l'article 48 adoptés en 2001. On trouvera plus bas à la note 221 le texte intégral du projet d'article 40 adopté en première lecture.

²¹² Le projet d'article 22 adopté à titre provisoire a été modifié et incorporé à l'article 44 b) adopté par la CDI en 2001. Il se lisait comme suit :

soulève l'exigence de l'épuisement des recours internes uniquement s'il s'agit d'une obligation de « résultat », dont il ressort « que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État » et qui est une obligation « concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers ». Indépendamment du choix effectué dans ce projet d'article en ce qui concerne la qualification de la règle de l'épuisement des recours internes comme une règle de « procédure » ou une règle de « fond » – question que le Tribunal considère comme étant sans pertinence en l'espèce – il est évident que le caractère juridique des *règles* de droit international à appliquer dans le cas présent est fondamentalement différent de celui des règles visées dans le projet d'article cité ci-dessus. En fait, l'article premier de l'Accord relatif aux services aériens dispose que « [l]es Parties contractantes s'accordent *l'une à l'autre* les droits spécifiés à l'annexe ci-jointe... » (souligné par le Tribunal), et les sections I et II de l'annexe se réfèrent toutes deux au « droit de faire assurer par une ou plusieurs entreprises françaises de transport aérien [entreprises de transport aérien des États-Unis] désignées par [cet État] des services aériens... » en tant que droit accordé par un *gouvernement* à l'autre *gouvernement*. De plus, il est évident que l'objet et le but d'un accord relatif aux services aériens tel que celui-ci sont *l'exploitation de services de transport aérien*, l'obligation correspondante des Parties consistant en un devoir d'admettre cette exploitation plutôt qu'en une obligation tendant à assurer un « résultat »; encore moins consiste-t-elle en une obligation dont il ressort qu'un « résultat équivalent » peut être acquis au moyen d'un comportement postérieur au refus d'admettre l'exploitation. Pour les besoins de la question ici examinée, il existe une différence substantielle entre l'obligation pour un État d'accorder à des étrangers admis sur son territoire un traitement correspondant à un certain standard, d'une part, et, d'autre part, l'obligation pour un État d'admettre l'exploitation de services de transport aérien à destination, à partir et au-dessus de son territoire. Dans le dernier cas, en raison de la nature même des services internationaux de transport aérien, aucune alternative pouvant normalement être considérée comme « équivalente » ne peut se substituer à l'autorisation effective d'exploiter de tels services²¹³.

Sur cette base, le tribunal arbitral a considéré qu'il n'avait pas à ajourner sa décision jusqu'au moment où la société aurait épuisé les recours internes qui lui étaient ouverts.

Article 22
Épuisement des recours internes

Lorsqu'un comportement d'un État a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent. (*Annuaire...* 1980, vol. II (deuxième partie), par. 34.)

²¹³ *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence, 9 décembre 1978, par. 31, reproduit dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 470 et 471.

Tribunal international du droit de la mer

120. Dans l'arrêt qu'il a rendu en 1999 dans l'affaire du *Navire « Saiga » (n° 2)*, le Tribunal a invoqué le projet d'article 22 adopté par la CDI en première lecture²¹⁴, pour déterminer si la règle qui, requérant l'épuisement des recours internes, était applicable en l'espèce :

Comme cela est énoncé à l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture par la Commission du droit international, la règle qui requiert l'épuisement des recours internes est applicable « [l]orsqu'un comportement d'un État a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers... » Aucune des violations des droits dont se prévaut Saint-Vincent-et-les Grenadines, tels qu'énumérés au paragraphe 97, ne peut être présentée comme une violation d'obligations concernant le traitement à réserver à des étrangers. Elles sont toutes des violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les Grenadines. Le préjudice subi par les personnes impliquées dans l'activité du navire découle de ces violations. De ce fait, les demandes présentées au sujet de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle qui requiert l'épuisement des recours internes²¹⁵.

Tribunal arbitral international CIRDI

121. Dans sa décision de 2000 sur la compétence, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Maffezini contre l'Espagne* a conclu que lorsqu'un traité énonce des garanties protégeant certains droits et prévoit l'épuisement des recours internes avant qu'un différend ayant trait à ces garanties puisse être soumis à un tribunal international, les parties ont le droit de porter l'affaire devant ce tribunal dès lors qu'elles ont épuisé les recours disponibles, quelle que soit l'issue des procédures internes, parce que c'est le tribunal international, et non la juridiction interne, qui a le dernier mot sur le sens et la portée des obligations internationales au cœur du différend, et il s'est référé au projet d'article 22 adopté en première lecture par la CDI et à son commentaire pour étayer cette conclusion²¹⁶.

Tribunal arbitral international constitué dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI

122. Dans sa sentence de 2003, le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour connaître du différend opposant *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen aux États-Unis* a examiné l'argument du défendeur selon lequel la responsabilité de l'État n'est engagée que lorsque l'appareil judiciaire de l'État dans son ensemble a pris une décision finale, et il s'est référé à cet effet à l'article 44 adopté par la CDI en 2001 :

La règle selon laquelle une partie qui s'estime victime d'une violation du droit international par un État doit épuiser les recours internes avant de

²¹⁴ Le libellé de ce projet d'article était identique à celui du projet d'article 22 adopté à titre provisoire par la CDI (voir note 212 *supra*).

²¹⁵ *Affaire du Navire « Saiga » (N° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, 1^{er} juillet 1999, par. 98.

²¹⁶ CIRDI, *Maffezini v. Spain*, affaire n° ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, par. 29 et note 5, reproduite dans *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, n° 1, 2001, p. 12.

pouvoir porter le différend au niveau international est de nature procédurale. Il ressort clairement de l'article 44 de la dernière version du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État que la règle d'épuisement des recours internes a trait à la recevabilité d'une demande en droit international, et non à la question de savoir si cette demande découle d'une violation du droit international... L'article 22 de la version précédente, élaborée en 1975, consacrait une approche substantielle vivement critiquée par les gouvernements (en particulier celui du Royaume-Uni), et que la Cour internationale de Justice n'a pas suivie dans son arrêt de 1989 en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, par. 50²¹⁷.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

Cour internationale de Justice

123. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2005 dans l'affaire concernant les *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a invoqué sa propre jurisprudence et le commentaire de la CDI relatif à l'article 45 adopté en 2001 à propos de l'argument de la République démocratique du Congo selon lequel l'Ouganda aurait renoncé à toute réclamation qu'il aurait pu faire valoir contre elle par suite des actions ou omissions du régime Mobutu :

La Cour fait observer que toute renonciation à des prétentions ou à des droits doit ou bien être expresse, ou bien pouvoir être déduite sans équivoque du comportement de l'État qui aurait renoncé à son droit. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, la Cour a écarté un argument similaire de l'Australie qui prétendait que Nauru avait renoncé à certaines de ses demandes; ayant constaté l'absence de toute renonciation expresse, la Cour a estimé qu'une renonciation auxdites demandes ne pouvait pas davantage être inférée du comportement de Nauru (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 247 à 250, par. 12 à 21). De même, la Commission du droit international, dans son commentaire de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, souligne que, « [s']il est possible d'inférer une renonciation du comportement des États concernés ou d'une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être sans équivoque » (rapport de la CDI, doc. A/56/10, 2001, par. 77). Selon la Cour, rien dans le comportement de l'Ouganda durant la période postérieure à mai 1997 ne peut être considéré comme impliquant une renonciation sans équivoque par celui-ci à son droit de présenter une demande reconventionnelle pour ce qui concerne les événements intervenus durant le régime Mobutu²¹⁸.

²¹⁷ ALENA (Règlement du mécanisme complémentaire du CIRDI), *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, affaire n° ARB(AF)/98/3, sentence, 26 juin 2003, par. 149, note 12, reproduite dans *International Legal Materials*, vol. 42, 2003, p. 835.

²¹⁸ Cour internationale de Justice, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, par. 293.

Article 48**Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé***Groupe spécial de l'OMC*

124. Dans ses rapports de 1997 sur les *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, le Groupe spécial s'est notamment référé au paragraphe 2 f) du projet d'article 40 (Sens de l'expression État lésé) adopté par la CDI en première lecture. Le passage pertinent est reproduit au paragraphe 118 ci-dessus.

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

125. Dans son arrêt de 1997 relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel a noté que l'article 29 du Statut du Tribunal

n'a pas pour objet l'instauration de relations bilatérales. L'article 29 dispose que les États ont des obligations « envers la communauté internationale dans son ensemble » ou, en d'autres termes, des « obligations *erga omnes* ». Il pose également en principe que son observance est d'intérêt collectif. En d'autres termes, tout autre [M]embre des Nations Unies est investi d'un intérêt juridique à l'exécution de l'obligation prévue à l'article 29 (s'agissant des modalités d'exercice ... de cet intérêt juridique ...) ²¹⁹.

Dans une première note accompagnant ce texte, la Chambre d'appel a fait l'observation suivante :

On le sait, dans l'affaire *Barcelona Traction, Power and Light Company, Limited*, la Cour internationale de Justice a mentionné les obligations des États « envers la communauté internationale dans son ensemble » et les a définies comme des obligations *erga omnes* (Recueil de la CIJ 1970, p. 33, par. 33). La Commission du droit international a, à juste titre, procédé à une distinction entre ces obligations et celles *erga omnes partes* (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1992, vol. II, deuxième partie, p. [41], par. 269). Cette distinction a été avancée en premier lieu par le Rapporteur spécial, G. Arangio-Ruiz, dans son troisième rapport sur la responsabilité de l'État (cf. *Annuaire...* 1991, vol. II, première partie, p. [37], par. 121; cf. aussi son quatrième rapport, *ibid.*, 1992, vol. II, première partie, p. [36], par. 92) ²²⁰.

Dans une deuxième note, la Chambre d'appel a ajouté, en référence à l'obligation découlant de l'article 29 du Statut :

... Le fait que l'obligation incombe à tous les États tandis que l'intérêt juridique concomitant n'est conféré qu'aux États [M]embres des Nations Unies ne devrait pas surprendre. Seule cette dernière catégorie d'États couvre les « États lésés » habilités à revendiquer la cessation de toute violation de l'article 29 ou à demander l'adoption de remèdes. Se reporter sur ce point à

²¹⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* (« La Vallée de la Lasva »), arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, affaire n° IT-95-14, 29 octobre 1997, par. 26 (notes omises).

²²⁰ *Ibid.*, par. 26, note 33.

l'article 40 du [p]rojet de codification du droit de la responsabilité des États, adopté en première lecture par la Commission du droit international (ancien article 5 de la partie II). Il dispose au paragraphe 2 c) : « [l'expression "État lésé" désigne] si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une [c]our ou un tribunal international, l'État ou les États qui, conformément à l'instrument constitutif de l'organisation internationale concernée, sont bénéficiaires de ce droit ». ... *Documents officiels de l'Assemblée générale, [cinquante et unième] session, Supplément n° 10 (A/51/10) ...*²²¹.

²²¹ Ibid., par. 26, note 34. Le projet d'article 40 adopté en première lecture se lisait comme suit :

Article 40

Sens de l'expression « État lésé »

1. Aux fins des présents articles, l'expression « État lésé » s'entend de tout État qui est atteint dans un droit par le fait d'un autre État, si ce fait constitue, conformément aux dispositions de la première partie, un fait internationalement illicite de cet État.
2. En particulier, l'expression « État lésé » désigne :
 - a) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité bilatéral, l'autre État partie au traité;
 - b) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un jugement ou autre décision obligatoire relative au règlement d'un différend qui est rendu par une cour ou un tribunal international, l'autre État ou les autres États qui sont parties au différend et bénéficiaires de ce droit;
 - c) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal international, l'État ou les États qui, conformément à l'instrument constitutif de l'organisation internationale concernée, sont bénéficiaires de ce droit;
 - d) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une disposition conventionnelle en faveur d'un État tiers, cet État tiers;
 - e) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre État partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi :
 - i) Que le droit a été créé ou est reconnu en sa faveur;
 - ii) Que l'atteinte portée au droit par le fait d'un État affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres États parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier; ou
 - iii) Que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales;
 - f) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral, tout autre État partie au traité multilatéral, lorsqu'il est établi que ce droit a été expressément énoncé dans le traité pour la protection des intérêts collectifs des États parties.
3. En outre, l'expression « État lésé » désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international, tous les autres États. (*Annuaire...1996, vol. II (deuxième partie), par. 65.*)

Dans les articles qu'elle a adoptés en 2001, la CDI a retenu une autre approche en faisant la distinction, aux fins de l'invocation de la responsabilité, entre la situation de l'État lésé, étroitement défini (art. 42), et celle des États autres que l'État lésé (art. 48). Les passages de l'arrêt de la Chambre d'appel reproduit dans le texte concernent cette dernière catégorie d'États et c'est la raison pour laquelle ils figurent ici en référence à l'article 48.

Chapitre II Contre-mesures

Cour internationale de Justice

126. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1997 dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour s'est notamment fondée sur les projets d'articles 47 à 50 adoptés par la CDI en première lecture²²² pour déterminer les conditions dans lesquelles des contre-mesures peuvent être prises :

« Pour pouvoir être justifiée, une contre-mesure doit satisfaire à certaines conditions (voir Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 127, par. 249. Voir aussi *Sentence arbitrale du 9 décembre 1978 en l'affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XVIII, p. 483 et suiv.; et articles 47 à 50 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission du droit international en première lecture, [...] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 167 et 168)²²³. »

Groupe spécial de l'OMC

127. Dans son rapport de 2005 sur l'affaire *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, le Groupe spécial a noté que les Communautés européennes, en tant que tierce partie, avaient critiqué l'invocation par le Mexique de l'article XX d) du GATT de 1994²²⁴ pour justifier son adoption des mesures controversées, et qu'elles s'étaient appuyées à cet effet sur les articles adoptés par la CDI en 2001, dans lesquels elles avaient vu une codification du droit

²²² Ces dispositions ont été modifiées et incorporées aux articles 49 à 52 adoptés par la CDI en 2001 qui, avec les articles 53 et 54, constituent le chapitre II de la troisième partie du projet d'articles.

²²³ Affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, par. 83.

²²⁴ Le Mexique avait allégué que les mesures fiscales controversées avaient « pour objet d'assurer le respect » de l'ALENA par les États-Unis, une loi qui n'était pas incompatible avec les dispositions du GATT de 1994. La partie pertinente de l'article XX (Exceptions générales) du GATT de 1994 se lit comme suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :

...

d) Nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;

... »

international coutumier sur les conditions imposées à l'adoption de contre-mesures. D'après les Communautés européennes :

« 5.54. Sur le plan systémique, l'interprétation du Mexique transformerait l'article XX d) du GATT de 1994 en une autorisation de prendre des contre-mesures au sens du droit international public. Il est à supposer, toutefois que, si les parties contractantes avaient souhaité qu'une telle interprétation puisse être faite, elles l'auraient exprimé plus clairement. En outre, en droit international coutumier, tel qu'il est codifié par la Commission du droit international dans les Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, les contre-mesures sont soumises à des conditions de fond et de procédure rigoureuses, qui ne figurent pas à l'article XX d) du GATT de 1994.

5.55. Les CE notent que le Mexique n'a jusqu'à présent pas justifié sa mesure comme étant une contre-mesure au sens du droit international coutumier. Une telle justification se heurterait déjà à l'objection selon laquelle la mesure mexicaine ne s'applique pas seulement aux produits en provenance des États-Unis, mais aussi aux produits de toutes provenances. En tout cas, si le Mexique tentait néanmoins de faire valoir une telle justification, cela soulèverait alors également la délicate question de savoir si la notion de contre-mesure peut servir à justifier le manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC. Conformément à l'article 50 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international, tel ne serait pas le cas si les Accords de l'OMC devaient être considérés comme une *lex specialis* excluant la prise de contre-mesures. Cette question complexe a été examinée dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session²²⁵. »

Le Groupe spécial a considéré que l'expression « assurer le respect » à l'article XX d) devait être lue dans le sens de « mettre en application le respect » et que cette disposition avait donc trait à l'action au niveau national plutôt qu'international; il a ainsi conclu par la suite que les mesures constatées prises par le Mexique ne relevaient pas de cette disposition²²⁶. À cet égard, le Groupe de travail s'est référé à l'article 49 pour étayer son interprétation de l'article XX d) :

« ... il convient de noter que les projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission du droit international ne mentionnent pas la mise en application lorsqu'ils traitent du recours aux contre-mesures. En revanche, le paragraphe 1 de l'article 49 dispose que "[l]'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie". La notion de mise en application n'est pas non plus employée dans les commentaires relatifs aux articles, sauf en ce qui concerne les procédures au

²²⁵ Groupe spécial de l'OMC, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, par. 5.54 et 5.55 (notes omises).

²²⁶ Cette conclusion a été confirmée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006.

sein de l'Union européenne qui, du fait de ses structures et de ses procédures uniques en leur genre, est manifestement un cas particulier²²⁷. »

Article 49

Objet et limites des contre-mesures

Groupe spécial de l'OMC

128. Dans son rapport de 2005 sur l'affaire *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, le Groupe spécial, à propos de l'argument du Mexique selon lequel ces mesures étaient une réaction au refus persistant des États-Unis de donner suite aux efforts répétés déployés par le Mexique pour résoudre le différend, s'est simplement référé dans une note à un passage du commentaire de la CDI sur l'article 49 qu'elle a adoptée en 2001 :

« Comme la Commission du droit international l'a fait observer dans son commentaire sur les contre-mesures, “[u]n deuxième élément essentiel d'une contre-mesure est qu'elle « doit être dirigée contre » un État qui a commis un fait internationalement illicite ...” “Cela ne signifie pas que les contre-mesures ne peuvent pas avoir, incidemment, des effets sur la situation d'États tiers ou même d'autres tierces parties ... Il en va de même si, par suite de la suspension de l'application d'un accord commercial, le commerce avec l'État responsable est affecté, entraînant un manque à gagner, voire la faillite, pour une ou plusieurs sociétés. De tels effets indirects ou collatéraux ne peuvent être totalement évités²²⁸.” »

Article 50

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

129. Dans le jugement qu'elle a rendu en 2000 dans l'affaire *Kupreškić et consorts* (« *La vallée de la Lasva* »), la Chambre de première instance a invoqué l'alinéa d) du projet d'article 50 adopté en première lecture²²⁹ pour confirmer sa conclusion selon laquelle il existe une règle de droit international interdisant les représailles exercées par des belligérants contre les civils comme étant incompatibles avec les droits fondamentaux de la personne. Elle a déclaré :

« ... les représailles prenant la forme du meurtre de personnes innocentes, choisies plus ou moins au hasard, sans que la preuve de leur culpabilité soit exigée et sans aucune forme de procès, peuvent être qualifiées sans risque d'infraction flagrante aux principes les plus fondamentaux des droits de l'homme. Il est difficile de nier la transformation lente, mais profonde, du droit humanitaire sous l'influence croissante des droits de l'homme. Il en

²²⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, par 8.180 (notes omises).

²²⁸ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, par 4.335, note 73. Le passage visé est extrait des paragraphes 4 et 5 du commentaire de l'article 49 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77).

²²⁹ Cet alinéa a été modifié et incorporé au paragraphe 1 b) de l'article 50 adopté par la CDI en 2001.

découle que les représailles exercées par des belligérants contre des civils et droits fondamentaux de la personne sont désormais des concepts juridiques absolument incompatibles. Cette tendance à l'humanisation du conflit armé est notamment confirmée par les travaux que la Commission du droit international des Nations Unies a consacrés à la responsabilité des États. En effet l'article 50 d) du Projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté en première lecture en 1996, interdit de recourir à titre de contre-mesure "à tout comportement qui déroge aux droits fondamentaux de la personne²³⁰". »

Dans le même contexte, la Chambre de première instance s'est de nouveau appuyée sur le projet d'article 50 d) adopté en première lecture, en estimant qu'il faisait autorité, pour confirmer son interprétation des règles pertinentes du droit international. Elle a observé que :

« La Commission du droit international, qui fait autorité en la matière, a indirectement confirmé l'existence de cette règle. Dans le commentaire relatif à l'alinéa d) de l'article 14 (maintenant art. 50) du Projet d'articles sur la responsabilité des États, qui exclut du régime des contre-mesures légales toute conduite dérogeant aux droits fondamentaux de la personne, la Commission a fait remarquer que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 "interdit dans les conflits armés de caractère non international, toutes représailles prenant la forme des actes expressément interdits, de même que les autres représailles incompatibles avec l'exigence absolue d'un traitement humain". Il s'ensuit qu'aux yeux de la Commission, les représailles contre les civils dans les zones de combat sont également interdites. La Chambre de première instance juge cette opinion correcte. Toutefois, il convient d'y apporter deux compléments. Premièrement, l'article 3 commun fait maintenant partie du droit international coutumier. Deuxièmement, comme l'expose avec justesse la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua*, il énonce des normes juridiques fondamentales d'une valeur générale, qui s'appliquent tant aux conflits internes qu'aux conflits internationaux. En effet, il serait absurde de dire que les représailles supposant une atteinte à la vie et à l'intégrité physique des civils sont prohibées dans les guerres civiles mais autorisées dans les conflits internationaux pour autant que les civils se trouvent dans les zones de combat²³¹. »

Commission des demandes d'indemnisation Érythrée/Éthiopie

130. Dans la sentence partielle qu'elle a rendue en 2003 en ce qui concerne la demande d'indemnisation 17 de l'Érythrée s'agissant des prisonniers de guerre, la Commission des demandes d'indemnisation Érythrée-Éthiopie a noté que l'Érythrée avait notamment allégué que :

La suspension des échanges de prisonniers de guerre par l'Éthiopie ne saurait constituer une contre-mesure n'impliquant pas l'emploi de la force au regard du droit sur la responsabilité de l'État puisque, comme souligné dans l'article 50 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la

²³⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić* (« La vallée de la Lasva »), *Jugement*, affaire no IT-95-16-T, 14 janvier 2000, par. 529 (note omise).

²³¹ *Ibid.*, par. 534 (note omise).

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, de telles mesures ne peuvent porter aucune atteinte aux « obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme » ni aux « obligations de caractère humanitaire excluant les représailles²³². »

La Commission des demandes d'indemnisation n'a pas visé expressément les articles de la CDI dans la suite de son raisonnement, mais elle a considéré que les arguments présentés par l'Érythrée étaient fondés en droit, quoique insuffisants pour établir que l'Éthiopie avait enfreint les obligations qui lui incombent en matière de rapatriement²³³.

Article 51 Proportionnalité

Groupe spécial de l'OMC

131. Dans son rapport de 2000 sur l'affaire *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, le Groupe spécial a noté que la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'Organe de règlement des différends – dernier recours offert aux membres de l'OMC par le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC – avait « essentiellement un caractère de rétorsion ». En note, il a visé les règles auxquelles sont soumises les contre-mesures comme le prévoient les articles de la CDI, en particulier le projet d'article 49 adopté en première lecture²³⁴ :

« ... En droit international général, la rétorsion (également appelée représailles ou contre-mesures) a connu des changements majeurs au cours du XX^e siècle, en particulier à la suite de l'interdiction du recours à la force (*jus ad bellum*). En droit international, ces types de contre-mesures sont maintenant soumis à des règles, comme celle qu'a identifiée la Commission de droit international lors de ses travaux sur la responsabilité des États (proportionnalité, etc., ... voir l'article [49] du projet). Et, à l'OMC, les contre-mesures, les mesures de rétorsion et les représailles sont strictement réglementées et il ne peut y être recouru que dans le cadre de l'OMC/du Mémorandum d'accord²³⁵. »

²³² Commission des demandes d'indemnisation Érythrée/Éthiopie, *Prisoners of War – Eritrea's Claim 17*, sentence partielle, 1^{er} juillet 2003, par. 159.

²³³ Ibid., par. 160.

²³⁴ Le texte original du passage cité vise par erreur le projet d'article 43 en ce qui concerne la question de la proportionnalité, alors que le projet d'article adopté en première lecture traitant de cette question était le projet d'article 49 (modifié et incorporé à l'article 51 adopté par la CDI en 2001), lequel se lisait comme suit :

Article 49 Proportionnalité

Les contre-mesures prises par un État lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé. »

[*Annuaire...* 1996, vol. II (deuxième partie), par. 65]

²³⁵ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 juillet 2000, par. 6.23, note 100.

Organe d'appel de l'OMC

132. Dans son rapport de 2001 sur l'affaire *États-Unis – Fils de coton*, l'Organe d'appel a estimé que son interprétation selon laquelle la deuxième phrase de l'article 6.4 de l'Accord sur les textiles et les vêtements ne permettait pas d'imputer la totalité du préjudice grave à un membre, à moins que les importations en provenance de ce seul membre n'aient causé tout le préjudice grave,

« [était] encore étayée par les règles du droit international général sur la responsabilité des États, qui exigent que les contre-mesures prises à la suite du manquement des États à leurs obligations internationales soient proportionnelles au préjudice subi²³⁶ ».

Cette phrase comportait un appel de note renvoyant au texte intégral de l'article 51 adopté par la CDI en 2001.

Organe d'appel de l'OMC

133. Dans son rapport de 2002 sur l'affaire *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, l'Organe d'appel s'est encore référé à l'article 51 adopté par la CDI en 2001 qui, selon lui, reflétait les règles du droit international coutumier, pour étayer son interprétation de la première phrase de l'article 5.1 de l'Accord sur les sauvegardes :

« Nous appelons ... l'attention sur les règles du droit international coutumier concernant la responsabilité des États, auxquelles nous nous sommes également référés dans l'affaire *États-Unis – Fils de coton*. Nous avons rappelé dans cette affaire que les règles du droit international général sur la responsabilité des États exigent que les contre-mesures prises à la suite du manquement des États à leurs obligations internationales soient proportionnelles à ces manquements. L'article 51 des projets d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dispose que "les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause". Bien que l'article 51 fasse partie des projets d'articles de la Commission du droit international, lesquels ne constituent pas un instrument juridique contraignant en tant que tel, cette disposition énonce un principe reconnu de droit international coutumier. Nous faisons remarquer aussi que les États-Unis ont reconnu ce principe ailleurs. Dans leurs commentaires sur les projets d'articles de la Commission du droit international, les États-Unis ont dit que "les contre-mesures sont, en droit international coutumier, soumises ... au principe de proportionnalité²³⁷". »

²³⁶ Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001, par. 120.

²³⁷ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002, par. 259 (notes omises).

QUATRIÈME PARTIE DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 57

Responsabilité d'une organisation internationale

*Chambre de première instance du Tribunal pénal international
pour l'ex-Yougoslavie*

134. Dans sa décision de 2002 relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense dans l'affaire Nikolić (« *Camp de Sušica* »), la Chambre de première instance II devait examiner la situation dans laquelle « des inconnus [avaient] arrêté l'accusé sur le territoire de la RFY [République fédérale de Yougoslavie], l'[avaient] emmené en Bosnie-Herzégovine et l'[avaient] livré à la SFOR²³⁸ ». Dans ce contexte, la Chambre de première instance a noté en particulier, citant l'article 57 adopté par la CDI en 2001, que le projet d'articles de la CDI « port[ait] principalement sur la responsabilité de l'État et non sur celle des organisations ou entités internationales²³⁹ ».

²³⁸ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Dragan Nikolić (« Camp de Sušica »)*, *Décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense*, 9 octobre 2002, affaire n° IT-94-2-PT, par. 57.

²³⁹ *Ibid.*, par. 60. Pour le passage complet, voir par. 71 *supra*.

Annexe I

Tableau des décisions

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Première partie				
Le fait internationalement illicite de l'État				
Tribunal des différends irano-américains	<i>Rankin v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	7
Chapitre premier				
Principes généraux				
Article premier				
Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite				
Chambre de première instance II du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)	<i>Le Procureur c. Tihomir Blaškić</i>	Décision relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire (<i>subpoenae duces tecum</i>)	1997	8
Tribunal arbitral international	<i>Eureko BV v. Republic of Poland</i>	Sentence partielle	2005	9
Article 2				
Éléments du fait internationalement illicite de l'État				
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Amco Indonesia Corporation and Others v. Indonesia</i>	Sentence sur le fond	1990	10
Comité ad hoc CIRDI	<i>CAA and Vivendi Universal v. Argentina</i>	Décision sur l'annulation	2002	11
Tribunal arbitral international	<i>Eureko BV v. Republic of Poland</i>	Sentence partielle	2005	12
Article 3				
Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite				
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Maffezini v. Spain</i>	Décision sur la compétence	2000	13
Comité ad hoc CIRDI	<i>CAA and Vivendi Universal v. Argentina</i>	Décision sur l'annulation	2002	14
Tribunal arbitral international (Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico</i>	Sentence	2003	15
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>SGS v. Pakistan</i>	Décision sur la compétence	2003	16

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>SGS v. Philippines</i>	Décision sur la compétence	2004	17
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Noble Ventures, Inc. v. Romania</i>	Sentence	2005	18
Chapitre II				
Attribution d'un comportement à l'État				
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur c. Tihomir Blaškić</i>	Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997	1997	19
Article 4				
Comportement des organes de l'État				
Tribunal des différends irano-américains	<i>International Technical Products Corp v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1985	20
Tribunal des différends irano-américains	<i>Yeager v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	21
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Amco Indonesia Corporation and Others v. Indonesia</i>	Sentence sur le fond	1990	22
Chambre de première instance II du TPIY	<i>Le Procureur c. Tihomir Blaškić</i>	Décision relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner une injonction de produire (<i>subpoenae duces tecum</i>)	1997	23
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur c. Tihomir Blaškić</i>	Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997	1997	24
CIJ	<i>Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme</i>	Avis consultatif	1999	25
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur c. Duško Tadić</i>	Arrêt	1999	26
Groupe spécial de l'OMC	<i>Corée – Mesures affectant les marchés publics</i>	Rapport	2000	27

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international MERCOSUR	<i>Interdiction d'importer des pneus rechapés en provenance de l'Uruguay</i>	Sentence	2002	28
Comité ad hoc CIRDI	<i>CAA and Vivendi Universal v. Argentina</i>	Décision sur l'annulation	2002	29
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Mondev v. United States</i>	Sentence	2002	30
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>ADF Group Inc. v. United States</i>	Sentence	2003	31
Tribunal arbitral international (Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico</i>	Sentence	2003	32
Tribunal arbitral international	<i>Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)</i>	Sentence finale	2003	33
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Transmission Company v. Argentina</i>	Décision sur la compétence	2003	34
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Tokios Tokelés v. Ukraine</i>	Décision sur la compétence	2004	35
Groupe spécial de l'OMC	<i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris</i>	Rapport	2004	36
Tribunal arbitral international	<i>Eureko BV v. Republic of Poland</i>	Sentence partielle	2005	37
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Noble Ventures, Inc. v. Romania</i>	Sentence	2005	38
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Jan de Nul NV and Dredging NV v. Arab Republic of Egypt</i>	Décision sur la compétence	2006	39
Groupe spécial de l'OMC	<i>Communautés européennes – Certaines questions douanières</i>	Rapport	2006	40
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Azurix Corp. v. Argentina</i>	Sentence	2006	41

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international (ALENA/CNUDCI)	<i>Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v. United States</i>	Décision sur la compétence	2006	42
Article 5				
Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique				
Tribunal des différends irano-américains	<i>Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1989	43
Groupe spécial de l'OMC	<i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers</i>	Rapports	1999	44
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur c. Duško Tadić</i>	Arrêt	1999	45
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Maffezini v. Spain</i>	Décision sur la compétence	2000	46
Tribunal arbitral international	<i>Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)</i>	Sentence finale	2003	47
Tribunal arbitral international	<i>Eureko BV v. Republic of Poland</i>	Sentence partielle	2005	48
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Noble Ventures, Inc. v. Romania</i>	Sentence	2005	49
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Consorzio Groupement LESI-DIPENTA c. Algérie</i>	Sentence	2005	50
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>LESI et Astaldi c. Algérie</i>	Sentence	2006	50
Tribunal arbitral international (CNUDCI)	<i>EnCana Corp. v. Ecuador</i>	Sentence	2006	51
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Jan de Nul NV and Dredging NV v. Arab Republic of Egypt</i>	Décision sur la compétence	2006	52
Article 7				
Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions				
Tribunal des différends irano-américains	<i>Yeager v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	53

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Amco Indonesia Corporation and Others v. Indonesia</i>	Sentence sur le fond	1990	54
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur v. Duško Tadić</i>	Arrêt	1999	55
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Metalclad Corporation v. Mexico</i>	Sentence	2000	56
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>ADF Group Inc. v. United States</i>	Sentence	2003	57
Comité des droits de l'homme	<i>Communication n° 950/2000 : Sri Lanka</i>	Constatations	2003	58
Cour européenne des droits de l'homme	<i>Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie</i>	Arrêt	2004	59
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Noble Ventures, Inc. v. Romania</i>	Sentence	2005	60
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Azurix Corp. v. Argentina</i>	Sentence	2006	61
Article 8				
Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État				
Tribunal des différends irano-américains	<i>Yeager v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	62
Chambre de première instance du TPIY	<i>Le Procureur c. Rajić (« Stupni Do »)</i>	Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve	1996	63
Chambre de première instance du TPIY	<i>Le Procureur c. Duško Tadić</i>	Jugement	1997	64
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur c. Duško Tadić</i>	Arrêt	1999	65
Organe d'appel de l'OMC	<i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée</i>	Rapport	2005	66

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international (CNUDCI)	<i>EnCana Corp. v. Ecuador</i>	Sentence	2006	67
Article 9				
Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles				
Tribunal des différends irano-américains	<i>Yeager v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	68
Article 10				
Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre				
Tribunal des différends irano-américains	<i>Short v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	69
Tribunal des différends irano-américains	<i>Rankin v. Islamic Republic of Iran</i>	Sentence	1987	70
Article 11				
Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien				
Chambre de première instance II du TPIY	<i>Le Procureur c. Dragan Nikolić (« Camp de Sušica »)</i>	Décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense	2002	71
Chapitre III				
Violation d'une obligation internationale				
Article 12				
Existence de la violation d'une obligation internationale				
Comité ad hoc (CIRDI)	<i>CAA and Vivendi Universal v. Argentina</i>	Décision sur l'annulation	2002	72
Article 13				
Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État				
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Mondev v. United States</i>	Sentence	2002	73
Cour européenne des droits de l'homme	<i>Blečić c. Croatie</i>	Arrêt	2006	74
Article 14				
Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale				
Tribunal arbitral international	<i>Rainbow Warrior</i>	Sentence	1990	75

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international	<i>LAFICO-Burundi</i>	Sentence	1991	76
CIJ	<i>Projet Gabčíkovo-Nagymaros</i>	Arrêt	1997	77
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Mondev v. United States</i>	Sentence	2002	78
Tribunal arbitral international (Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico</i>	Sentence	2003	79
Cour européenne des droits de l'homme	<i>Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie</i>	Arrêt	2004	80
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Impregilo v. Pakistan</i>	Décision sur la compétence	2005	81
Cour européenne des droits de l'homme	<i>Blečić c. Croatie</i>	Arrêt	2006	82

Article 15

Violation constituée par un fait composite

Tribunal arbitral international (Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico</i>	Sentence	2003	83
Cour européenne des droits de l'homme	<i>Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie</i>	Arrêt	2004	84

Chapitre IV

Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

Groupe spécial de l'OMC	<i>Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements</i>	Rapport	1999	85
-------------------------	--	---------	------	----

Chapitre V

Circonstances excluant l'illicéité

Tribunal arbitral international	<i>Rainbow Warrior</i>	Sentence	1990	86
---------------------------------	------------------------	----------	------	----

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Article 23				
Force majeure				
Tribunal arbitral international	<i>Rainbow Warrior</i>	Sentence	1990	87
Tribunal arbitral international	<i>LAFICO-Burundi</i>	Sentence	1991	88
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Aucoven v. Venezuela</i>	Sentence	2003	89
Article 24				
Détresse				
Tribunal arbitral international	<i>Rainbow Warrior</i>	Sentence	1990	90
Article 25				
État de nécessité				
Tribunal arbitral international	<i>LAFICO-Burundi</i>	Sentence	1991	91
CIJ	<i>Projet Gabčíkovo-Nagymaros</i>	Arrêt	1997	92
Tribunal international du droit de la mer (TIDM)	<i>Navire Saiga (n° 2)</i>	Arrêt	1999	93
CIJ	<i>Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé</i>	Avis consultatif	2004	94
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	95
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E Internacional Inc. v. Argentina</i>	Décision sur la responsabilité	2006	96
Article 26				
Respect de normes impératives				
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	97
Article 27				
Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité				
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	98

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E Internacional Inc. v. Argentina</i>	Décision sur la responsabilité	2006	99
Comité ad hoc CIRDI	<i>Patrick Mitchell c. La République démocratique du Congo</i>	Décision sur la demande d'annulation de la sentence	2006	100
Deuxième partie				
Contenu de la responsabilité internationale de l'État				
Chapitre premier				
Principes généraux				
Article 30				
Cessation et non-répétition				
Tribunal arbitral international	<i>Rainbow Warrior</i>	Sentence	1990	101
Tribunal arbitral international	<i>LAFICO-Burundi</i>	Sentence	1991	102
Article 31				
Réparation				
Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies		Rapport et recommandations concernant la troisième partie de la troisième tranche de réclamations de la catégorie « F3 »	2003	103
Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies		Rapport et recommandations concernant la cinquième tranche de réclamations de la catégorie « F4 »	2005	104
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungary</i>	Sentence	2006	105
Chapitre II				
Réparation du préjudice				
Article 34				
Formes de la réparation				
TIDM	<i>Navire Saiga (n° 2)</i>	Arrêt	1999	106
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	107

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Article 35				
Restitution				
Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies		Rapport et recommandations concernant la troisième partie de la troisième tranche de réclamations de la catégorie « F3 »	2003	108
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	109
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungary</i>	Sentence	2006	110
Article 36				
Indemnisation				
Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies		Rapport concernant la deuxième tranche des réclamations de la catégorie « E2 »	1999	111
Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies		Rapport concernant la quatrième tranche des réclamations de la catégorie « E2 »	2000	112
Tribunal arbitral international (ALENA/CNUDCI)	<i>Myers v. Canada</i>	Sentence partielle	2000	113
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	114
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungary</i>	Sentence	2006	115
Article 38				
Intérêts				
Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies		Rapport et recommandations concernant la troisième partie de la troisième tranche de réclamations de la catégorie « F3 »	2003	116
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i>	Sentence	2005	117

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Troisième partie				
Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État				
Chapitre premier				
Invocation de la responsabilité de l'État				
Article 42				
Invocation de la responsabilité par l'État lésé				
Groupe spécial de l'OMC	<i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i>	Rapport	1997	118
Article 44				
Recevabilité de la demande				
Tribunal arbitral international	<i>Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France</i>	Sentence	1978	119
TIDM	<i>Navire Saiga (n° 2)</i>	Arrêt	1999	120
Tribunal arbitral international CIRDI	<i>Maffezini v. Spain</i>	Décision sur la compétence	2000	121
Tribunal arbitral international (ALENA/Mécanisme supplémentaire CIRDI)	<i>The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States</i>	Sentence	2003	122
Article 45				
Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité				
CIJ	<i>Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)</i>	Arrêt	2005	123
Article 48				
Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé				
Groupe spécial de l'OMC	<i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i>	Rapport	1997	124

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Chambre d'appel du TPIY	<i>Le Procureur c. Tihomir Blaškić</i>	Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997	1997	125
Chapitre II Contre-mesures				
CIJ	<i>Projet Gabčíkovo-Nagymaros</i>	Arrêt	1997	126
Groupe spécial de l'OMC	<i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i>	Rapport	2005	127
Article 49 Objet et limites des contre-mesures				
Groupe spécial de l'OMC	<i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i>	Rapport	2005	128
Article 50 Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures				
Chambre de première instance du TPIY	<i>Le Procureur c. Zoran Kuprešić et consorts (« La Vallée de la Lasva »)</i>	Jugement	2000	129
Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée]	<i>Prisonniers de guerre – Demande 17 de l'Érythrée</i>	Sentence partielle	2003	130
Article 51 Proportionnalité				
Groupe spécial de l'OMC	<i>États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes</i>	Rapport	2000	131
Organe d'appel de l'OMC	<i>États-Unis – Fils de coton</i>	Rapport	2001	132
Organe d'appel de l'OMC	<i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée</i>	Rapport	2002	133

<i>Organe</i>	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Année</i>	<i>Paragraphe*</i>
Quatrième partie Dispositions générales				
Article 57 Responsabilité d'une organisation internationale				
Chambre de première instance II du TPIY	<i>Le Procureur c. Dragan Nikolić (« Camp de Sušica »)</i>	Décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la défense	2002	134

* Numéro du paragraphe du présent rapport où la décision est examinée.

Annexe II

Texte des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

PREMIÈRE PARTIE LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

Chapitre premier Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale.

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

Chapitre II Attribution d'un comportement à l'État

Article 4

Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

*Article 5**Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique*

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

*Article 6**Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État*

Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

*Article 7**Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions*

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions.

*Article 8**Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État*

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

*Article 9**Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles*

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

*Article 10**Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre*

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.
2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.

3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.

Article 11

Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien

Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

Article 12

Existence de la violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Article 15

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.

Chapitre IV **Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État**

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 17

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 18

Contrainte sur un autre État

L'État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte; et
- b) L'État qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Article 19

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'État qui commet le fait en question ou de tout autre État.

Chapitre V **Circonstances excluant l'illicéité**

Article 20

Consentement

Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

*Article 21**Légitime défense*

L'illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

*Article 22**Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite*

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

*Article 23**Force majeure*

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou

b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

*Article 24**Détresse*

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou

b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

*Article 25**État de nécessité*

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

Article 26

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice :

a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;

b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

DEUXIÈME PARTIE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

Chapitre premier

Principes généraux

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Article 29

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

*Article 30**Cessation et non-répétition*

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation :

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

*Article 31**Réparation*

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

*Article 32**Non-pertinence du droit interne*

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

*Article 33**Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie*

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. 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.

Chapitre II**Réparation du préjudice***Article 34**Formes de la réparation*

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

*Article 35**Restitution*

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) N'est pas matériellement impossible;

b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Article 36

Indemnisation

1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Article 37

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Article 38

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.
2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.

Article 39

Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

Chapitre III

Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général

Article 40

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.
2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.

Article 41

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.
3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

TROISIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

Chapitre premier**Invocation de la responsabilité de l'État***Article 42*

Invocation de la responsabilité par l'État lésé

Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due :

- a) À cet État individuellement; ou
- b) À un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation :
 - i) Atteint spécialement cet État; ou
 - ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

Article 43

Notification par l'État lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État.
2. L'État lésé peut préciser notamment :
 - a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
 - b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Article 44

Recevabilité de la demande

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.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

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

a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande; ou

b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Article 46

Pluralité d'États lésés

Lorsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Article 47

Pluralité d'États responsables

1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.

2. Le paragraphe 1 :

a) Ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi;

b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Article 48

Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé

1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État si :

a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou

b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :

a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et

b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.

Chapitre II

Contre-mesures

Article 49

Objet et limites des contre-mesures

1. L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.

2. Les contre-mesures sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État prenant les mesures envers l'État responsable.

3. Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question.

Article 50

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte :

a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies;

b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme;

c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles;

d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.

2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent :

a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable;

b) De respecter l'inviolabilité des agents locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

Article 51

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Article 52

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit :

a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie;

b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.

2. Nonobstant l'alinéa b) du paragraphe 1, l'État lésé peut prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.

3. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si :

a) Le fait internationalement illicite a cessé; et

b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.

Article 53

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

Article 54

Mesures prises par des États autres qu'un État lésé

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 48 à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

QUATRIÈME PARTIE DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 55

Lex specialis

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international.

Article 56

Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles.

*Article 57**Responsabilité d'une organisation internationale*

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

*Article 58**Responsabilité individuelle*

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.

*Article 59**Charte des Nations Unies*

Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.
