



Assemblée générale

Cinquante-huitième session

Documents officiels

Distr. générale
23 décembre 2004
Français
Original: espagnol

Sixième Commission

Compte rendu analytique de la 16^e séance

Tenue au Siège, à New York, le mercredi 29 octobre 2003, à 10 heures

Présidente : M^{me} Ramoutar (Trinité-et-Tobago)
puis : M. Baja (Philippines)

Sommaire

Point 152 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (*suite*)

Le présent compte rendu est sujet à rectifications. Celles-ci doivent porter la signature d'un membre de la délégation intéressée et être adressées, *dans un délai d'une semaine à compter de la date de publication du document*, au Chef de la Section d'édition des documents officiels (bureau DC2-750, 2 United Nations Plaza) et également être portées sur un exemplaire du compte rendu.

Les rectifications seront publiées après la clôture de la session, dans un fascicule distinct pour chaque commission.

03-58508 (F)



La séance est ouverte à 10 heures.

Point 152 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (suite) (A/58/10)

1. **M. Ramadan** (Égypte) note la complexité de la question de la responsabilité des organisations internationales, dont les règles devraient faire l'objet de codification. Il estime que dans le projet d'articles on doit faire référence aux « règles de l'organisation », puisque ces règles prennent normalement la forme d'un traité et constituent le droit international; leur violation est donc une violation du droit international. Le texte du projet d'article relatif à la responsabilité des organisations internationales doit être semblable à celui de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 afin que l'on parvienne à une normalisation et à une codification qui ne laissent pas de marge permettant de poser à nouveau des questions qui ont déjà fait l'objet d'un accord.

2. Le comportement des membres des forces de maintien de la paix est attribué en principe à l'Organisation des Nations Unies, mais si l'État lésé démontre, par tous les moyens dont il dispose, que la violation commise par les intéressés constitue une infraction du mandat confié par l'Organisation des Nations Unies, le fait doit être attribué au pays fournisseur.

3. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article premier concernant le « champ d'application du projet d'articles », il convient de définir un lien de causalité entre le fait illicite perpétré et le dommage occasionné. Selon le paragraphe 2 du même article premier, relatif à la responsabilité internationale d'un État pour fait internationalement illicite d'une organisation internationale, il faut que soient précisées les conditions pour démontrer la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale en tant qu'entité dotée d'une personnalité juridique. Si l'organisation agit avec une volonté indépendante de celle des États Membres, elle devra être considérée comme responsable. Par contre, la responsabilité reviendra à l'État s'il est démontré que ce dernier a agi de mauvaise foi et en fonction d'intérêts propres. Dans ce cas, l'État lésé devra démontrer ces circonstances devant les tribunaux par tous les moyens dont il dispose.

4. L'article 2 intitulé « Définition » fait référence à la personnalité juridique de l'organisation. L'Égypte estime que cette condition n'est pas nécessaire, car l'élément essentiel est la volonté indépendante de l'organisation en rapport avec celle des États. Dans les décisions de l'Organisation des Nations Unies attribuant la responsabilité aux organisations internationales, il a été tenu compte du fait que les règles générales de l'organisation sont souvent des textes de convention qui ont été codifiés et font partie du droit international. Ceux qui soutiennent que les tribunaux nationaux peuvent aborder la question de la responsabilité d'une organisation internationale devraient tenir compte de ce qu'a dit la Commission du droit international, à savoir que le droit international constitue la seule référence pour les organisations internationales. La Commission du droit international devra donc étudier et déterminer si la Cour internationale de Justice est l'instance compétente pour connaître des questions relatives à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées et autres organismes faisant partie du système. Si la compétence de la Cour est établie pour régler les différends dans un domaine aussi sensible du droit, cela pourrait poser d'autres questions. Par exemple, si le Conseil de sécurité manque de prendre une décision parce qu'un État a utilisé son droit de veto, un tel manquement pourrait être considéré comme une violation du droit international, et la question devrait être portée devant la Cour. Cela pourrait entraîner des conséquences si l'État lésé fait valoir et démontre que le veto a été opposé en raison d'intérêts propres à un État. La question de la compétence de la Cour pour les questions relatives à l'Organisation des Nations Unies est importante et les questions pertinentes ne peuvent être passées sous silence ou confiées aux tribunaux nationaux.

5. **M. Masud** (Pakistan) dit que la question de la responsabilité des organisations internationales est complexe, et il abonde dans le même sens que diverses délégations qui ont souligné la nécessité d'étudier exactement la jurisprudence limitée en la matière, ainsi que la pratique. En ce qui concerne les dispositions du projet d'article premier, il estime que le paragraphe 1 est suffisamment acceptable. S'agissant du paragraphe 2, quelques précisions s'imposent : pour assumer la responsabilité pour les faits d'une organisation internationale, un État doit être État Membre, ce à quoi il n'est pas fait référence dans le paragraphe. L'intervenant propose donc d'utiliser les

termes « d'un État Membre » au lieu des termes « de l'État ».

6. L'article 2 pose la question de la définition d'une organisation internationale; en effet, les organisations envisagées dans le projet doivent être de nature intergouvernementale. Certaines organisations comptent parmi leurs membres des entités autres que des États; il convient donc de déterminer notamment quelle est la responsabilité de ces entités, si elles sont dotées d'une personnalité juridique et si elles peuvent avoir des obligations internationales.

7. Le texte de l'article 3 sur l'attribution d'un comportement à une organisation internationale est adéquat. Il faudra déterminer si les « règles de l'organisation » doivent y figurer comme principe général, tel que défini par la Convention de Vienne. À cet effet, il faudra préciser si les organisations internationales sont dotées d'une personnalité juridique limitée ou pleine. Conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, les organisations internationales ont une responsabilité juridique limitée dans la mesure où leurs attributions sont celles que l'État veut bien leur concéder; les limites seront déterminées par les intérêts communs qui doivent dépendre de ces États.

8. La question de la responsabilité pour les faits des forces de maintien de la paix n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence, car la Charte de San Francisco ne contient pas de dispositions sur lesdites forces ni ne prévoit la possibilité que l'Organisation des Nations Unies puisse recourir à la force contre des États. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet de la compétence des organes de l'Organisation des Nations Unies pour la création de ces forces, et de l'obligation des États de contribuer à ces opérations. La Charte ne contenant pas de dispositions claires, il est difficile de déterminer si le comportement des membres des opérations de maintien de la paix peut être attribué à l'État qui fournit des contingents ou à l'Organisation.

9. *M. Baja (Philippines) prend la présidence.*

10. **M. Shi Jiuyong** (Président de la Cour internationale de Justice) dit que les travaux de la Sixième Commission revêtent beaucoup d'importance et sont d'une grande pertinence pour la Cour internationale de Justice. La Cour est le principal organe judiciaire des Nations Unies et sa fonction consiste à résoudre les différends qui surgissent, conformément au droit international. Pour sa part, la

Sixième Commission est l'organe auquel il incombe d'assurer le développement et la codification du droit international : le lien existant entre les deux institutions dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies est donc évident. Les travaux des deux organes visant une même fin, ils doivent obligatoirement se tenir mutuellement au courant de leurs activités respectives. Le suivi des travaux de la Commission est facilité par ses communiqués de presse et ses publications; pour leur part, les travaux de la Cour font l'objet d'une grande publicité et sont accessibles à tous sur son site Web, ainsi que dans ses rapports annuels à l'Assemblée générale.

11. Le programme de travail de la Sixième Commission est dense et intense. Nombre des sujets examinés à la cinquante-huitième session, tels que la Convention sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, le renforcement du rôle de l'Organisation des Nations Unies, le suivi de la Cour pénale internationale ou l'étude des mesures visant à éliminer le terrorisme international, revêtent une extrême importance pour la communauté internationale et pour le développement du droit international. La Cour internationale de Justice continuera d'accorder la plus grande attention aux travaux de la Sixième Commission.

12. **M. Isong** (Nigéria) dit, en ce qui concerne la responsabilité des organisations internationales, que les articles 1^{er} à 3 adoptés provisoirement et les commentaires y relatifs, ainsi que la clarification des notions et les liens envisagés avec les articles pertinents sur la responsabilité des États pour les faits internationalement illicites, doivent faciliter les futurs débats et échanges d'idées.

13. S'agissant des articles 17 à 22 du rapport, l'intervenant affirme qu'un État a le droit d'exercer la protection diplomatique à la suite d'un préjudice causé à une société qui a la nationalité de cet État. Il faudra prévoir cependant des garanties suffisantes pour les investissements étrangers, en ayant à l'esprit les intérêts de la société qui investit et de ses actionnaires, indépendamment de leur nationalité. À cet égard, le Nigéria a mis en place un régime d'investissements qui, grâce aux activités d'un certain nombre d'institutions créées à cette fin, a pour objet d'établir un environnement stable et sûr qui soit propice aux investisseurs étrangers, tout en assurant la prestation de services de qualité au pays.

14. Le Nigéria conserve le vif souvenir du déversement, en 1988, de 40 à 50 tonneaux de déchets industriels radioactifs sur son territoire, qui a causé de très graves dommages à la santé de la population et à l'environnement. Compte tenu de l'absence d'un instrument juridique international pertinent, le Gouvernement nigérian a éprouvé à ce moment des difficultés pour faire face au problème. C'est pourquoi le Nigéria accueille avec satisfaction les travaux relatifs à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et, en particulier, l'attention accordée à la définition et à l'interprétation des termes « prévention », « responsabilité », « indemnisation » et « prise en charge des pertes », ainsi qu'aux liens entre ces termes. L'examen approfondi du régime juridique applicable à la prise en charge des pertes et l'analyse de la responsabilité dans les divers régimes faciliteraient sans doute les travaux de la Commission du droit international.

15. Le Nigéria appuie la réalisation d'une étude visant à déterminer dans quelle mesure les catastrophes environnementales intervenues récemment étaient la conséquence du non-accomplissement du devoir de prévention. Le rejet de toutes les formes de déchets dangereux continue de constituer l'une des principales menaces socioéconomiques et sécuritaires au niveau mondial, en particulier dans les pays en développement, ce qui rend d'autant plus nécessaire une étude de ce genre.

16. Il convient de se féliciter de l'intention du Rapporteur spécial d'effectuer une étude sur la pratique des États en ce qui concerne l'utilisation et la gestion des ressources naturelles partagées, qui porte notamment sur la prévention de la contamination et les cas de conflit, ainsi que les normes internes et internationales. Par ailleurs, le Nigéria convient de la nécessité d'approfondir l'étude des aspects techniques et juridiques avant d'adopter une décision définitive à cet égard. Il demande à la Commission du droit international de prendre note des besoins techniques des pays en développement afin qu'ils puissent participer plus efficacement aux travaux sur ce sujet. Le titre du projet doit être défini sans ambiguïté afin de préciser le sens du terme « partagées ». Conscient de l'importance fondamentale de la question, le Nigéria continue d'examiner le rapport et communiquera plus

tard ses conclusions à la Commission du droit international.

17. **M. Candiotti** (Président de la Commission du droit international) dit que pendant l'année en cours le Comité de rédaction a axé ses travaux sur les projets d'articles relatifs au principe de l'épuisement des recours internes; par la suite, la Commission du droit international, sur proposition du Comité de rédaction, a approuvé les projets d'article 8 [10], 9 [11] et 10 [14], ainsi que les commentaires y relatifs.

18. L'article 8 [10], intitulé « Épuisement des recours internes », codifie la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable de toute réclamation internationale. Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'article 10 [14], qui définit les conditions dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés. Le paragraphe 2 est nécessairement formulé en termes généraux lorsqu'il y est indiqué que ces recours s'entendent des « recours ouverts de droit à la personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux ». Il n'était pas possible de donner une liste exhaustive des recours puisque ceux-ci peuvent varier d'un État à l'autre.

19. L'article 9 [11], intitulé « Catégorie de réclamations », porte sur la classification des réclamations aux effets de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Cet article donne corps au principe selon lequel la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas où l'État demandeur a été lésé « indirectement », typiquement en la personne de son national, et ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est « directement » lésé par le fait illicite d'un autre État. Néanmoins, il faut reconnaître qu'il n'est pas toujours facile de déterminer si une réclamation est « directe » ou « indirecte » et la Commission du droit international a envisagé divers critères possibles, avant de pencher finalement pour celui de la prépondérance. Par conséquent, pour qu'une réclamation soit de nature « indirecte », elle doit reposer « pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national » ou à une autre personne pour laquelle peut s'exercer la protection diplomatique dans le cadre de l'article 7 [8] du projet. En outre, cette disposition s'applique aussi bien pour la présentation des réclamations internationales que pour les demandes de jugement déclaratif.

20. L'article 10 [14] reconnaît quatre exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes : lorsque les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace; lorsque l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État présumé responsable; lorsqu'il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État présumé responsable ou quand les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable de vouloir épuiser les recours internes; et lorsque l'État présumé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

21. À cet égard, il convient de rappeler que l'année précédente cette question a fait l'objet d'un vaste débat, notamment sur la condition du « lien volontaire » : il a finalement été décidé de ne pas faire expressément référence au « lien » volontaire dans le paragraphe c), et on a préféré une disposition plus générale qui porte sur le caractère raisonnable, tout en y incluant une mention de l'existence d'un « lien pertinent entre la personne lésée et l'État présumé responsable ».

22. En ce qui concerne les projets d'articles 17 à 22, qui portent sur la protection diplomatique des personnes morales, la Commission du droit international les a examinés et renvoyés au Comité de rédaction. Le débat sur le projet d'article 17, qui reconnaît le droit d'un État d'exercer la protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité, a été axé principalement sur le critère permettant de définir la « nationalité » d'une société. Diverses suggestions ont été faites, à savoir : considérer que l'État de nationalité est celui où la société est constituée ou bien l'État dans lequel elle est domiciliée ou celui dans lequel se trouve son siège social, ou alors recourir au critère du lien authentique. Bien que le projet d'article susmentionné établisse le principe de base selon lequel c'est à l'État de nationalité de la société qu'il revient d'exercer la protection diplomatique, le Rapporteur spécial a proposé diverses exceptions à cette règle dans le projet d'article 18, selon lequel l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique lorsque la société a cessé d'exister au lieu de sa constitution, ou si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice causé. La deuxième exception est celle qui a été la plus débattue à la Commission du droit international et des avis divergents ont été exprimés, allant de ceux qui craignent que son

inclusion ne soit très controversée et potentiellement déstabilisatrice à ceux qui appuient les arguments politiques en sa faveur.

23. Le projet d'article 19 contient une clause de sauvegarde destinée à protéger les actionnaires dont les droits propres, par opposition à ceux de la société, ont été lésés par un fait internationalement illicite. Le principe de base est que ces actionnaires conservent un droit de recours indépendant dans de tels cas et réunissent donc les conditions nécessaires pour bénéficier de la protection diplomatique pour eux-mêmes. Ce projet a suscité un consensus général à la Commission du droit international.

24. Le projet d'article 20 établit le principe de la continuité de la nationalité dans le contexte de la protection diplomatique des personnes morales, et est la contrepartie de l'article 4 [9], approuvé en 2002, qui traite la même question dans le contexte des personnes physiques. Cette disposition n'a pas causé non plus beaucoup de difficultés à la Commission du droit international et a été renvoyée au Comité de rédaction étant entendu qu'elle sera harmonisée avec l'article 4 [9].

25. L'une des principales questions posées à la Commission du droit international au cours du débat sur le sujet a été le traitement devant être accordé aux instruments bilatéraux existants relatifs à la protection des investissements, dont l'une des caractéristiques communes est l'exclusion des règles du droit international coutumier relatives à la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial a proposé que le projet d'article 21 contienne une disposition de *lex specialis* qui stipulera clairement que les projets d'articles ne s'appliquent pas au régime spécial prévu dans les traités bilatéraux et multilatéraux relatifs aux investissements. Ce projet d'article a suscité un large débat et la Commission a finalement décidé que le Comité de rédaction lui donnera une nouvelle formulation, sous forme de clause de sauvegarde qui sera insérée à la fin du projet.

26. En ce qui concerne le projet d'article 22, l'intervenant indique que, outre les sociétés, qui sont l'exemple le plus commun de personne morale qui a par le passé bénéficié de la protection diplomatique, d'autres types de personnes morales, constitués conformément au droit national, mènent des activités par delà les frontières et peuvent être victimes d'un fait internationalement illicite. La Commission ne pouvant

édicter des règles spécifiques pour chacune de ces entités, l'article 22 contient une clause étendant *mutatis mutandis* à d'autres personnes morales les règles applicables aux sociétés.

27. Les délégations pourraient envisager la possibilité de formuler des observations sur les questions posées dans le chapitre 3 du rapport, relatives à la protection diplomatique des membres de l'équipage d'un navire par l'État du pavillon et la protection diplomatique des nationaux employés par une organisation internationale intergouvernementale. Le Rapporteur spécial envisage de présenter en 2004 un rapport final dans lequel il examinera ces deux questions, afin que la première lecture puisse être achevée au cours de la même session. Les gouvernements pourraient formuler également des observations sur d'autres questions qui méritent d'être étudiées et qui ne figurent pas dans les projets d'articles.

28. En ce qui concerne le chapitre VI du rapport, après que les projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses ont été approuvés en 2001, la Commission a repris en 2002 l'examen des aspects du sujet se rapportant à la responsabilité (*liability*) et a créé un groupe de travail chargé d'examiner ses fondements théoriques et d'exposer certains des éléments initiaux à cet égard. En approuvant le rapport du groupe de travail, la Commission a fait siennes les recommandations de ce dernier, à savoir a) limiter la portée du sujet de la responsabilité (*liability*) aux mêmes activités que celles relevant du projet d'articles sur le régime de prévention, c'est-à-dire les activités non interdites par le droit international qui risquaient, par leurs conséquences physiques, de causer un dommage transfrontière significatif; b) concentrer l'attention sur les dommages pouvant apparaître pour diverses raisons mais ne mettant pas nécessairement en jeu la responsabilité (*responsibility*) de l'État; c) traiter le sujet sous l'angle de la répartition de la charge des pertes entre les différents agents intervenant dans les activités dangereuses; d) inclure dans le champ du sujet les pertes correspondant à des dommages aux personnes, aux biens, y compris ceux relevant de la propriété de l'État et du patrimoine naturel, et à l'environnement relevant de la juridiction nationale.

29. Pendant la session en cours, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial relatif au régime juridique pour la prise en charge des pertes en cas de dommages transfrontières découlant

d'activités dangereuses, selon lequel : a) chaque État jouit à l'intérieur de son territoire d'une liberté d'action, dans les limites compatibles avec les droits et intérêts des autres États; b) la protection desdits droits et intérêts exige l'adoption de mesures de prévention et de mesures de réparation en cas de dommage; et c) dans la mesure où cela est compatible avec les deux principes précédents, la victime innocente ne doit pas supporter exclusivement la charge du dommage qu'elle a subi. De l'avis du Rapporteur spécial, le projet d'articles sur la prévention vise le premier point et, en partie, le deuxième, et la Commission doit maintenant se tourner vers les éléments restant à traiter. À cet égard, les États doivent être encouragés à conclure des accords internationaux et à mettre en place la législation et les mécanismes d'application qui permettent de mettre en œuvre rapidement des mesures correctives efficaces, y compris une indemnisation dans le cas des activités comportant le risque de causer un dommage transfrontière significatif. Il est généralement admis que tout régime de responsabilité et d'indemnisation devrait viser, autant que possible, à ne pas laisser à la charge de la victime innocente la perte causée par un dommage transfrontière découlant d'une activité dangereuse, mais une indemnisation intégrale n'est peut-être pas possible dans tous les cas, étant donné les problèmes que posent la définition du dommage, la preuve du dommage subi à produire, le droit applicable, les limitations de la responsabilité de l'exploitant et les contraintes de fonctionnement des mécanismes contributifs et complémentaires de financement.

30. Il est procédé dans le rapport à une analyse sectorielle et régionale des traités et autres instruments pour l'imputation des pertes consécutives à un dommage transfrontière et, à cet égard, les caractéristiques communes aux régimes étudiés sont soulignées; il est noté en particulier que les questions juridiques en jeu dans un régime de responsabilité civile sont complexes et qu'elles ne peuvent être résolues qu'au regard du fond de la cause et en fonction de la juridiction instruisant l'affaire et du droit applicable. Il est certes possible de négocier des arrangements conventionnels particuliers pour déterminer le régime juridique applicable à l'exercice d'une activité, mais le Rapporteur spécial s'est gardé de tirer quelque conclusion générale que ce soit quant au régime de responsabilité civile. Enfin, le Rapporteur spécial a soumis à l'examen de la Commission diverses propositions qui, si elles sont jugées généralement

acceptables, pourraient servir de point de départ pour l'élaboration de dispositions plus précises.

31. Au cours du débat, les membres de la Commission ont exprimé des opinions divergentes sur la viabilité et le cadre conceptuel du sujet, ainsi que sur la terminologie employée et les diverses questions posées par le Rapporteur spécial dans son rapport, y compris la portée générale du sujet, le seuil de responsabilité, la pertinence des régimes de responsabilité civile et les instruments analysés. En outre, la Commission a formulé des commentaires concrets sur les conclusions et propositions du Rapporteur spécial, notamment la nature d'un futur instrument. Bien que sur le plan conceptuel ce sujet continue de se prêter à un débat, la Commission devrait être en mesure de parvenir à un résultat viable, et les commentaires des gouvernements sur les différents éléments mentionnés au paragraphe 174 du rapport l'aideraient dans ses travaux. Étant donné que la responsabilité principale retombera probablement sur l'exploitant, il serait particulièrement utile de recevoir des commentaires sur les diverses obligations procédurales et de fond que l'État devrait imposer à l'exploitant, la base d'un système de responsabilité, comme la responsabilité objective, la responsabilité pour faute, ou les deux, ou encore ni l'une ni l'autre; les limites de la prise en charge de la perte par l'exploitant et les sources de financement supplémentaires, y compris la nature et l'étendue du financement de l'État. Il serait également utile de recevoir des observations sur la mesure dans laquelle les dommages à l'environnement devraient entrer dans le champ du sujet, ainsi que sur la forme finale que doit revêtir le produit des travaux de la Commission à cet égard.

32. **M. Popkov** (Biélorus), se référant à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, dit que le risque d'un dommage transfrontière causé par l'utilisation de sources très dangereuses rend nécessaire l'examen de ce sujet par la Commission. Le Biélorus, qui a souffert des conséquences du désastre de Tchernobyl, connaît bien les problèmes auxquels se heurtent les pays touchés par les dommages transfrontières au moment d'en réparer les conséquences et d'assainir l'environnement. Sans mesures correctives ni ressources financières suffisantes, les États se trouvant dans cette situation ne peuvent faire face à eux seuls à

des problèmes aussi complexes. Il faut donc élaborer une convention de grande portée qui régleme la prévention des préjudices et les mesures correctives devant être appliquées, en particulier l'élimination du dommage et l'indemnisation des personnes affectées. À l'instar des divers accords internationaux relatifs à la responsabilité pour préjudices causés par des types déterminés d'activités licites dangereuses, il faudra prévoir dans la convention en cours d'élaboration la responsabilité de l'exploitant indépendamment de la faute. Étant donné que l'utilisation d'une technologie susceptible de causer un dommage transfrontière peut avoir des conséquences graves pour le fonctionnement des systèmes économiques et d'autres systèmes de la société, et affecter des intérêts importants des particuliers, il faut déterminer les limites de l'imputation du préjudice à l'exploitant. La partie du dommage que ne couvre pas l'exploitant doit être couverte par l'État auquel appartient ledit exploitant. De même, il faudrait constituer des fonds d'indemnisation spéciaux auxquels contribueront les États intéressés. La future convention doit garantir au maximum l'indemnisation pour les dommages causés aux personnes et à l'environnement.

33. On ne devrait pas inclure dans les projets d'articles des règles qui prévoient la protection diplomatique des membres d'équipage des navires, aéronefs ou vaisseaux spatiaux qui ne sont pas des nationaux de l'État du pavillon ou de l'État d'immatriculation. La question de la protection des équipages par les États pourrait être résolue dans le cadre de traités internationaux spéciaux, comme le prévoit par exemple l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

34. En ce qui concerne l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur l'indemnisation pour les dommages causés, il n'est pas nécessaire d'examiner dans le projet d'articles le problème des organisations internationales qui accordent une protection à leur personnel, puisqu'il s'agit dans ce cas d'une responsabilité fonctionnelle qui touche aux droits et intérêts concrets desdites organisations. Néanmoins, on ne doit pas exclure la possibilité d'appliquer par analogie à ces cas les règles relatives à la protection diplomatique.

35. Il faudrait inclure un article spécial relatif à la protection diplomatique des sociétés, qui s'appliquerait *mutatis mutandis* aux autres personnes morales. En outre, cet article devrait souligner que la protection

diplomatique ne peut être accordée aux personnalités morales afin de défendre leurs droits de propriété et droits commerciaux face à des États tiers. Il existe des motifs fondés pour écarter la possibilité d'appliquer les articles concernant la protection diplomatique aux organisations non gouvernementales qui, dans la majorité des cas, n'entretiennent pas de liens suffisants avec l'État d'inscription dans l'exercice de leurs fonctions internationales et ne peuvent donc pas demander une protection.

36. **M. McDorman** (Canada) signale, s'agissant de la protection diplomatique de l'équipage et des passagers d'un navire qui ne sont pas des nationaux de l'État du pavillon, qu'il s'agit d'un sujet complexe du droit international et que son pays étudie la question. Le rapport final du Rapporteur spécial traitera également la question de la protection diplomatique des nationaux employés par une organisation internationale intergouvernementale, dans le contexte de l'avis de la Cour internationale de Justice concernant l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. En ce qui concerne la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires, le Rapporteur a proposé d'adopter la règle établie pour l'affaire de la *Barcelona Traction* et, en ce sens, il convient de déterminer s'il s'agit d'une expression adéquate du droit international coutumier ou si le droit international a évolué depuis que cette décision avait été adoptée. En d'autres occasions, le Canada s'est fondé sur cette règle pour considérer qu'elle reflète convenablement l'état actuel du droit international coutumier.

37. Il faudrait élucider si le développement et l'importance des traités bilatéraux et multilatéraux sur les investissements ont éloigné le droit international coutumier de la règle établie pour l'affaire de la *Barcelona Traction* au point que l'État de l'actionnaire ait le droit d'agir indépendamment. Comme l'a signalé le Rapporteur spécial, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, les traités sur les investissements ont été considérés comme une *lex specialis* et, ne faisant pas partie du droit international coutumier, ils doivent continuer d'être considérés comme telle. On pourrait faire valoir que le fait que les tribunaux continuent de considérer la règle établie pour l'affaire de la *Barcelona Traction* comme une interprétation fidèle du droit international coutumier explique la volonté des États de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux sur les investissements. Par conséquent, le Canada approuve la démarche suivie par le

Rapporteur spécial pour l'élaboration des articles relatifs à la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires.

38. **M. Winkler** (Autriche) se demande s'il convient de garder, dans le projet d'article 9 (Catégorie de réclamations), la référence à « une demande de jugement déclaratif ». Le seul critère décisif dans ce contexte étant l'existence d'un préjudice direct pour l'État, le fait d'introduire un nouveau critère pourrait compliquer les choses. Le libellé actuel laisse entendre qu'il y a, d'une part, « les demandes de jugement déclaratif » et, d'autre part, les autres types de « réclamations internationales ». Il conviendrait donc de supprimer cet élément du texte du projet d'article 9 et de le mentionner uniquement dans le commentaire.

39. En ce qui concerne le projet d'article 10, la délégation autrichienne souhaite formuler deux observations : par souci d'uniformité, il faudrait faire mention, à l'alinéa a), de la disponibilité de recours interne, comme cela a été fait à l'alinéa b) de l'article 44 des articles relatifs à la responsabilité des États de la CDI. Quant à l'alinéa c), il faudrait y introduire la condition du « lien pertinent » entre la personne lésée et l'État présumé responsable. Les exemples cités par le Rapporteur spécial dans son commentaire sont utiles, mais il existe, outre les dommages transfrontières causés à l'environnement, de nombreux autres cas où les actes d'un État ont des effets extraterritoriaux et lèsent des personnes qui se trouvent dans d'autres pays. Le libellé actuel de l'alinéa c), de même que le commentaire, laisse plusieurs questions sans réponse. La CDI devrait définir de manière plus précise l'expression « lien pertinent ».

40. Concernant la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, il existe une incohérence entre le paragraphe 2 du projet d'article 17, où la constitution n'est plus le critère définissant la nationalité des sociétés, et les projets d'article 18 a) et 20, où cette notion est maintenue.

41. Quant à savoir s'il faudrait élargir l'étude à des questions comme la nationalité des navires et des équipages et la protection diplomatique des fonctionnaires des organisations internationales, l'Autriche considère que la CDI devrait se limiter aux sujets dont elle s'occupe actuellement.

42. En ce qui concerne la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le

droit international, et plus précisément les conditions de fond et de forme que l'État devrait exiger des exploitants, la délégation autrichienne considère qu'en cas de dommage découlant d'activités dangereuses, il ne faudrait pas exiger une preuve stricte du lien causal, étant donné la complexité scientifique et technique de ce type d'activité. De plus, exiger la preuve du lien causal impose une lourde charge aux victimes, ce qui pourrait restreindre les effets du régime de responsabilité et remettre en cause l'utilité d'élaborer un régime de la responsabilité spécifiquement consacré aux activités dangereuses.

43. En ce qui concerne la base et les limites de la prise en charge des pertes, il s'agit d'une notion nouvelle qui ne figure pas dans les autres instruments relatifs à la responsabilité. L'expression « prise en charge des pertes » permet de surmonter certaines difficultés conceptuelles, mais il faut continuer à en améliorer la définition et en rapprocher les effets des notions traditionnelles sur lesquelles reposent les régimes de la responsabilité, notamment le terme « dommage ». Par ailleurs, l'objet des régimes de responsabilité n'est pas tant de répartir la prise en charge des pertes que de répartir l'obligation de réparer les dommages causés par des actes qui ne sont pas interdits par le droit international.

44. Quant à la question de savoir s'il convient d'inclure les dommages à l'environnement dans l'étude, l'Autriche estime que la définition de « dommage », en tant que fait donnant lieu à indemnisation, doit s'entendre dans l'acception traditionnelle du mot, à savoir préjudice à des personnes ou à des biens. La proposition du Rapporteur spécial constitue un bon point de départ à cet égard. S'agissant du seuil de la responsabilité, il convient d'utiliser le même (dommage significatif) que dans le projet d'article relatif à la prévention.

45. Enfin, il est encore trop tôt pour se prononcer sur la forme finale que prendront les travaux que la CDI a consacrés à ce sujet. La réponse à cette question dépendra de l'évolution que suivront les régimes spéciaux de la responsabilité. Cependant, de l'avis de l'Autriche, les travaux de la CDI pourraient prendre la forme d'une liste de points dont les États devraient tenir compte dans toutes les négociations futures portant sur le régime de la responsabilité concernant certaines activités.

46. **M. Bennouna** (Maroc) dit que la protection diplomatique est un sujet qui a suscité une abondante pratique internationale, une *opinio juris* qui s'est cristallisée au fil des siècles, ainsi qu'une très riche jurisprudence. Le moment est venu de codifier ce sujet pour que les États bénéficient de la certitude et de la précision qui s'attachent au droit écrit, compte tenu de l'évolution des relations étatiques, notamment en matière économique et commerciale. En ce qui concerne le débat soulevé par le paragraphe 2 de l'article 17, qui porte sur la définition de l'État national de la personne morale et la possibilité qui en découle pour l'État concerné d'exercer sa protection diplomatique lorsque cette personne a subi un préjudice de la part d'un autre État, le Maroc estime que le critère retenu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* devrait faire l'objet de quelques adaptations compte tenu de l'état actuel des relations économiques internationales. En rester au critère formel du pays où la société a été constituée ne suffit pas; c'est pourquoi le Maroc considère qu'il importe l'existence d'un lien réel entre la société et le pays où elle s'est constituée, lien qui ne porte pas nécessairement sur la majorité volatile des actionnaires.

47. Pour ce qui est des exceptions au droit de l'État national de la société, qui permettraient à l'État de nationalité des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique, le Maroc souscrit au libellé actuel de l'article 18, inspiré de la jurisprudence établie dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et vise à éviter que les actionnaires soient privés de toute protection lorsque la société a cessé d'exister et lorsqu'elle a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé. En ce qui concerne la première exception, il faudrait préciser ce que l'on entend par disparition de la personne morale et fixer un délai pour l'exercice de la protection diplomatique en faveur des actionnaires. Quant à la deuxième exception, elle jouerait lorsque les actionnaires d'une société ont été directement lésés par le fait internationalement illicite d'un autre État. Le Maroc aurait préféré qu'au lieu de faire la distinction entre préjudice direct et préjudice indirect, le Rapporteur spécial se fonde sur celle qui oppose les droits et les intérêts des actionnaires. En effet, dans l'arrêt susmentionné, la Cour internationale de Justice a défini les droits comme « des intérêts juridiquement protégés », citant comme exemple de droit des actionnaires la participation aux organes sociaux et le droit à percevoir les dividendes. Quoi qu'il en soit, il

est tout à fait concevable de regrouper les deux exceptions en question dans un même article

48. La règle de la continuité de la nationalité, jusqu'au moment où la réclamation est présentée, qui est prévue à l'article 20, concerne les personnes physiques, mais, par souci de logique, il faudrait en étendre l'application aux personnes morales. En revanche, le projet d'article 21 (*lex specialis*) n'a aucune utilité. En effet, la protection diplomatique ne relevant pas du droit impératif, ce sont les régimes spéciaux relatifs à l'investissement ou aux droits de l'homme qui doivent se prononcer sur la prééminence à accorder aux recours disponibles pour les particuliers ou les États. Cela étant, il est tout à fait possible d'inclure dans le projet d'articles une clause de sauvegarde relative aux régimes de protection spéciaux. En ce qui concerne l'article 21, qui vise la protection des personnes morales autres que les sociétés, le Maroc considère que, même si les dispositions applicables aux sociétés pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* à d'autres personnes morales, il convient d'analyser plus en profondeur la structure et les modalités de fonctionnement des organisations non gouvernementales avant d'ouvrir la voie à leur protection diplomatique par un État national. Il faut y regarder de plus près avant de poser une règle aussi vague et d'application aussi générale que celle prévue à l'article 21 du projet. Il n'est d'ailleurs pas sûr que les organisations non gouvernementales voient d'un bon œil la protection éventuelle de leur État « national », puisque bon nombre d'entre elles fondent leur crédibilité sur une indépendance totale vis-à-vis de n'importe quel État.

49. **M. Fife** (Norvège), s'exprimant au nom des cinq pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Suède et Norvège), rappelle que pour certains, l'examen de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'actes qui ne sont pas interdits par le droit international, sujet qu'il est difficile de distinguer de celui de la responsabilité de l'État *de lege lata*, n'est rien de plus qu'une tentative de créer artificiellement des règles complémentaires à la théorie classique de la responsabilité, qui permet d'établir subsidiairement la responsabilité d'un État lorsque l'existence d'un acte internationalement illicite n'a pas été établie. Selon le représentant de la Norvège, une telle position est infondée.

50. L'étude du sujet vise à identifier les obligations des États, notamment leur devoir de précaution, à

savoir le devoir d'éviter les dommages transfrontières causés par des activités dangereuses en adoptant les mesures de prévention voulues. Il est logique que le non-respect de ces obligations ait des conséquences sur le plan de la responsabilité. Les relations de bon voisinage et de coopération, ainsi que le principe de précaution issu du droit coutumier, ont été incorporés dans plusieurs instruments internationaux et constituent un corollaire de l'objectif du développement durable. M. Fife résume cette obligation en ces termes : « S'il existe un danger de préjudice grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour retarder l'adoption de mesures de prévention ». De ce principe découle l'obligation de mener des études adéquates pour satisfaire ce qui, dans certains cas, équivaut à une inversion de la charge de la preuve. Les principes généraux qui sont communs à plusieurs ordres juridiques et les obligations coutumières liées au principe du « pollueur-payeur », notamment celles qui sont énoncées au principe 16 de la Déclaration de Rio, peuvent aider à déterminer les obligations primaires de l'État. De plus, le principe 2 de la Déclaration affirme que les États sont tenus de veiller à ce que les activités menées sur leur territoire ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement d'autres États ou de zones situées en dehors des limites de leur juridiction nationale.

51. Selon les pays nordiques, l'objectif de la CDI n'est pas seulement d'empêcher les conséquences préjudiciables de certaines activités, mais d'élaborer un instrument qui protège les victimes innocentes lorsque le dommage survient. Certaines activités comportent ce type de risques et l'expérience montre que leur gestion ne doit pas être laissée à la discrétion des mécanismes nationaux de responsabilité civile. Ceux qui affirment le contraire soit sont en faveur de la situation actuelle, qui laisse des tiers innocents sans protection, soit renoncent d'emblée à essayer de clarifier les règles internationales en la matière. Les pays nordiques comprennent que certains États puissent hésiter à accepter un système de prise en charge des risques et des pertes par les États, au lieu de s'en tenir au principe de la diligence voulue comme seul fondement de la responsabilité. Le dialogue est indispensable pour parvenir à mettre en place une prévention efficace et protéger ainsi les victimes innocentes.

52. Le représentant de la Norvège souscrit à l'avis selon lequel il faudrait accorder aux États la latitude nécessaire pour qu'ils élaborent des régimes de

responsabilité adaptés à leurs besoins. De tels régimes devraient également tenir pleinement compte des besoins des autres États et des victimes innocentes d'activités dangereuses. Le fait d'imputer la responsabilité à la personne qui dirige l'activité dangereuse et a le plus de contrôle sur elle est conforme au principe du « pollueur-payeur ». Les pertes les plus importantes doivent être assumées par l'exploitant ou partagées entre celui-ci et d'autres acteurs; cependant, il est évident qu'un régime qui se fonderait exclusivement sur la responsabilité des exploitants et d'autres acteurs peut ne pas suffire pour protéger les victimes des pertes les plus lourdes, et c'est pourquoi la responsabilité de l'État devrait être engagée lorsque l'exploitant est incapable de couvrir la perte ou n'est pas disposé à le faire. Les pays nordiques considèrent que la responsabilité doit être engagée lorsqu'il est raisonnablement possible d'établir un lien entre le dommage et l'activité en question et qu'il n'est pas nécessaire de prouver de façon stricte l'existence d'un lien causal entre le dommage et l'activité. Les dommages causés à l'environnement doivent être sujets à indemnisation, même en l'absence de toute perte directe, et il faudrait aussi tenir compte des pertes non économiques. On contribuerait ainsi à assurer une meilleure protection de l'environnement, puisque les responsables seraient incités à prendre les mesures de prévention et de précaution voulues. Quant à la forme finale que devraient prendre les travaux de la CDI, les pays nordiques sont en faveur d'une convention, du moins pour ce qui concerne la responsabilité.

53. Pour ce qui est des mécanismes d'indemnisation et le financement des pertes, il a été proposé de financer les pertes à la fois au moyen des apports des bénéficiaires de l'activité en question et des fonds publics expressément affectés à cette fin. Ces mécanismes peuvent contribuer à protéger la victime et à alléger la charge de l'exploitant ou de l'État responsable. L'essentiel est que les pertes causées par certaines activités dangereuses ne soient pas simplement prises en charge par des victimes innocentes à l'étranger, ce qui implique que l'État responsable doit assumer une partie de cette charge, si les fonds disponibles ne sont pas suffisants. Si on part du principe général que la responsabilité retombe strictement sur l'État responsable, il serait peut-être indiqué de laisser aux États le soin d'élaborer les formules de répartition des pertes et les mécanismes de financement.

54. **M. Lammers** (Pays-Bas) dit que l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* doit servir de fondement aux articles consacrés à la protection diplomatique des personnes morales, même si, de l'avis de sa délégation, les règles établies à cette occasion ne sont pas tout à fait satisfaisantes; les Pays-Bas ont essayé de remédier à ces imperfections grâce à des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux.

55. En ce qui concerne l'article 17, les Pays-Bas souscrivent à la position du Groupe de travail tendant à s'écarter de la doctrine du lien effectif, car le fait de lever le « voile social » créerait des difficultés pour les tribunaux et les États récepteurs des investissements. Il convient de se garder de toute formule qui donne à penser que le tribunal saisi devrait prendre en compte la nationalité des actionnaires qui contrôlent la société.

56. Les Pays-Bas sont favorables à la subsidiarité du droit de l'État de la nationalité des actionnaires, tel qu'elle s'exprime à l'alinéa a) du projet d'article 18. Il est bon que l'État national des actionnaires d'une société ne puisse exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires que si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice causé. Cette exception s'inscrit dans le contexte du développement progressif du droit international.

57. Les Pays-Bas appuient la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer le projet d'article 21 et à traiter de la question de la *lex specialis* dans le commentaire. En effet, il n'y a pas lieu de suivre aveuglément la structure du projet d'articles sur la responsabilité des États à raison de faits internationalement illicites. Une solution consisterait à remanier la fin de la disposition, par exemple en insérant l'expression suivante : « sans préjudice des règles spéciales de droit international ».

58. En ce qui concerne le projet d'article 22, le représentant des Pays-Bas, tout en reconnaissant que la protection des personnes morales autres que les sociétés doit être abordée, considère qu'il serait préférable de consacrer un examen plus approfondi à cette question, étant donné l'absence de pratique des États en la matière.

59. Dans un autre ordre d'idées, il convient de déterminer si la protection accordée aux membres d'un équipage qui ont la nationalité d'un État tiers est une forme de protection déjà prévue dans la Convention du droit de la mer ou s'il faut reconnaître à l'État de

nationalité du navire le droit d'exercer sa protection diplomatique. D'une part, conformément à la Convention du droit de la mer, l'État du pavillon est habilité à engager des démarches pour obtenir la prompte mainlevée du navire et la libération des membres de l'équipage, indépendamment de leur nationalité. D'autre part, la protection limitée que peut exercer l'État du pavillon est sans préjudice du droit qu'ont les États de nationalité des membres de l'équipage qui n'ont pas la nationalité de l'État du pavillon d'exercer leur protection diplomatique en leur faveur. Les Pays-Bas considèrent par conséquent que le régime en vigueur prévoit une protection suffisante pour les membres de l'équipage et qu'il n'y a pas lieu d'inclure cette question dans le projet d'articles.

60. En ce qui concerne la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, la délégation néerlandaise estime que cette responsabilité est engagée même quand un État s'est acquitté de ses obligations internationales concernant une activité menée en dehors de sa juridiction ou de son contrôle, et souscrit à l'avis du Rapporteur spécial selon lequel l'État a l'obligation de conclure des accords internationaux ou d'adopter une législation propre à garantir une répartition équitable des pertes dans le cadre de son ordre juridique interne. Le modèle de prise en charge des pertes élaboré par la CDI doit avoir un caractère général et résiduel et comporter à la fois des règles de procédure et des règles de fond minimum. Les premières devraient porter sur la capacité juridique d'intenter des actions, la compétence des tribunaux nationaux, le droit national applicable, ainsi que la reconnaissance des sentences et l'exécution des peines. Les règles de fond minimum devraient porter sur la notion de dommage, le lien causal entre le dommage et l'activité qu'il a produit, les règles de responsabilité (*liability*) (responsabilité pour faute ou négligence, responsabilité causale, responsabilité absolue), l'identification des responsables, l'existence de divers degrés de responsabilité, les limites de la responsabilité (limites temporelles, limites financières) et la portée de la responsabilité.

61. **M. Fyfe** (Nouvelle-Zélande) considère qu'il importe d'aborder à la fois les questions relatives à la prévention et celles qui ont trait à la responsabilité (*liability*), puisque ces deux aspects sont complémentaires. Les travaux de la Commission ont

été axés sur le devoir de précaution des États, à savoir leur obligation de prendre des mesures préventives quand des activités dangereuses menées sur leur territoire, ou dans des zones qui sont en dehors de leur territoire mais relèvent de leur juridiction, peuvent avoir des conséquences préjudiciables pour un autre État. Cependant, il faut reconnaître que, malgré l'adoption de mesures préventives, des accidents peuvent arriver et occasionner des dommages transfrontières et des pertes économiques. Il faut donc que la CDI pallie à ce risque en élaborant un ensemble d'articles ayant trait à la prévention, notamment des dispositions relatives à l'indemnisation et à une prise en charge satisfaisante des pertes dans des situations où il n'y a pas eu de fait illicite. Cet ensemble de dispositions devrait avoir un caractère résiduel et général et permettre d'élaborer des régimes plus détaillés pour des activités particulièrement dangereuses.

62. Ces dispositions devraient contenir quelques principes généraux indiquant que, dans la mesure du possible, les victimes d'un dommage transfrontière découlant d'une activité dangereuse doivent être aidées à assumer les pertes qu'elles ont subies; certaines dispositions selon lesquelles l'exploitant, qui est le principal bénéficiaire de l'activité, le créateur des risques et la personne la mieux placée pour les contrôler, a la responsabilité première de réparer le préjudice causé; une disposition précisant que la responsabilité causale de l'exploitant doit être étayée par une assurance, la responsabilité résiduelle retombant sur les gouvernements concernés et, enfin, des dispositions adéquates concernant le règlement des différends.

63. En ce qui concerne les dommages à l'environnement, il convient de réfléchir aux préjudices causés à l'indivis mondial. La réparation de ce type de préjudice ne doit pas se limiter au coût des mesures destinées à remettre le site dans son état originel, ce qui est difficile à quantifier et est rarement possible, mais devrait également prévoir une indemnisation à raison de la perte de valeur intrinsèque.

64. S'agissant de l'indemnisation du manque à gagner résultant d'un accident, le représentant de la Nouvelle-Zélande considère que la notion de perte économique devrait s'étendre aux pertes qui sont le résultat direct du risque qu'un accident entraîne des conséquences physiques.

65. Enfin, l'instrument à adopter pourrait prendre la forme d'un projet d'article qui porte à la fois sur ce à quoi sont tenus les États et les acteurs privés, depuis la prévention jusqu'à la responsabilité, en passant par les mesures correctives. On pourra ainsi mettre en place un cadre juridique général, qui précise les obligations des États s'agissant d'activités dangereuses qui, sans être illicites, peuvent causer des dommages et des pertes économiques.

66. **M. Gandhi** (Inde), abordant la question de la responsabilité des organisations internationales, dit que les définitions qui figurent dans les Conventions de Vienne de 1975, 1978 et 1986 sont particulières à ces instruments et qu'il est donc nécessaire d'élaborer une définition mieux adaptée à la question. Toute définition des organisations internationales inclut les organisations intergouvernementales même si des entités autres que les États peuvent, dans certains cas, être membres d'organisations internationales. Dans cette optique, la proposition du Rapporteur spécial, tendant à exclure les organisations non gouvernementales de la définition parce qu'elles n'exercent aucune fonction gouvernementale, est judicieuse. Plus que l'existence d'un acte constitutif, c'est la fonction d'une organisation internationale qui doit servir de base pour la définir comme telle. Le Rapporteur spécial a indiqué avec raison qu'il est plus important que l'organisation exerce des fonctions en tant que personne morale de droit, et ce sous sa propre responsabilité, de façon autonome et indépendamment de ses membres, pour qu'on puisse lui imposer les obligations et lui apposer l'illégitimité de tel ou tel comportement contesté.

67. La recommandation du Rapporteur spécial, selon laquelle l'étude ne devrait traiter que de la responsabilité au regard du droit international et non des questions relatives à la responsabilité internationale des organisations internationales, dans la mesure où celles-ci touchent à la responsabilité civile, est pertinente. Par ailleurs, l'Inde estime acceptable le libellé des articles 1, 2 et 3 qui a été approuvé par le Comité de rédaction.

68. S'agissant des régimes de responsabilité, la portée et le mécanisme de déclenchement devraient être identiques à ceux qui ont été retenus pour la prévention, étant donné que celle-ci et la prise en charge des pertes sont liées et se rattachent à la question plus vaste de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant

d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Pour faire face à ce type de responsabilité, les États préfèrent généralement des régimes de responsabilité civile de type sectoriel; il ne fait cependant aucun doute qu'il faille disposer d'un régime de responsabilité causale. Les débats de la Commission du droit international concernant une démarche qui permette d'aborder la question de la responsabilité en y intégrant le versement par les États d'une indemnité subsidiaire semblent intéressants; il convient néanmoins de rappeler que les États qui autorisent des activités licites mais dangereuses ne sont pas tous en mesure de verser des indemnités subsidiaires.

69. Il ne faut pas oublier que les travaux de la Commission du droit international relatifs à la prise en charge des pertes subies par d'innocentes victimes impliquent un équilibre fragile entre la prise en charge des pertes causées par un dommage transfrontière et le droit qu'a l'État de demander réparation au titre des règles relatives à la responsabilité des États. Dans cette optique, la recommandation, formulée par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, selon laquelle les États doivent avoir la latitude voulue pour mettre au point des régimes de responsabilité (*liability*) adaptés à leurs besoins particuliers, est très judicieuse. Le modèle de prise en charge des pertes proposé par la Commission doit avoir un caractère général et résiduel et être sans incidence sur les ressources disponibles sur le plan intérieur, ou être conforme aux règles du droit international privé.

70. L'Inde approuve également la recommandation du Rapporteur spécial selon laquelle la responsabilité principale devrait être assumée par l'exploitant. Dans certains cas, une responsabilité subsidiaire des États pourrait être utile. En effet, la responsabilité des États en tant qu'obligation de réparer (*liability*) est en grande mesure une exception à la responsabilité de l'État (*responsibility*) qui figure dans très peu de régimes conventionnels, tels que ceux qui régissent les activités spatiales.

71. La création d'un groupe de travail qui serait chargé de développer certaines idées figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial est une mesure avisée, qui devrait faciliter une rapide conclusion des travaux sur cette question importante.

72. **M^{me} Secaira** (Guatemala) souligne qu'à l'alinéa c) de l'article 10 14) concernant la protection

diplomatique, il faudrait ajouter les mots « ou impossible » entre « déraisonnable » et « de vouloir épuiser », afin de prendre en considération ce qui figure dans la section 11) du commentaire relatif au cas où un étranger lésé ne serait pas autorisé à entrer sur le territoire de l'État qui a causé le préjudice. Dans la version espagnole, l'expression « conspiraciones delictivas » n'est pas claire et devrait être remplacée par « actividades delictivas ». À la fin de la section 3 du commentaire se rapportant à l'article 10 14), il est recommandé de remplacer les mots « que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire » par « que le système de protection judiciaire de l'État défendeur ne fonctionne pas en pratique ou qu'il existe des irrégularités graves dans les procédures du cas d'espèce ».

73. S'agissant des articles 17 à 22 sur la protection des sociétés et autres entités, la protection diplomatique est compliquée par deux circonstances : l'existence de sociétés transnationales dont les activités sont, par définition, menées dans plusieurs pays et le fait que les actions des sociétés changent rapidement de mains et que, par conséquent, la nationalité des actionnaires varie également. Aux fins de la protection diplomatique, il devrait être possible de réglementer de manière satisfaisante tout ce qui a trait aux sociétés.

74. Étant donné que, dans certains systèmes juridiques nationaux, la notion de « incorporation » n'existe pas, il est judicieux d'avoir supprimé ce terme de l'article 17 proposé par le groupe de travail, qui figure au paragraphe 92 du rapport. Ainsi, la version anglaise correspond mieux aux versions espagnole et française. Le Guatemala propose le texte suivant, qui se fonde sur la proposition du groupe de travail : « Aux fins de la protection diplomatique, s'agissant d'un préjudice causé à une société, l'État de nationalité est celui sous les lois duquel la société est constituée et avec lequel elle entretient un lien étroit et permanent. » Il est néanmoins nécessaire d'élargir la formulation afin de tenir compte du cas d'une société qui entretiendrait un lien étroit avec un pays autre que celui sous les lois duquel elle est constituée. À cette fin, on pourrait ajouter à l'article 17 la phrase suivante : « Si une société entretient un lien étroit et permanent avec un État autre que celui sous les lois duquel elle est constituée, l'État de nationalité sera ledit État aux fins de la protection diplomatique. » Même ainsi, la formulation de l'article n'est pas complètement satisfaisante car elle n'indique pas les

liens qui doivent être pris en compte pour appliquer le paragraphe 2. S'inspirant des suggestions figurant au paragraphe 85 du rapport, le Guatemala recommande d'ajouter un troisième paragraphe dont le texte pourrait être le suivant : « Aux fins du paragraphe précédent, la nationalité des actionnaires doit être prise en compte ainsi que le lieu où sont réalisées les principales activités économiques de la société ou tout autre élément qui prouve l'existence d'un lien véritable entre la société et l'État. »

75. S'agissant de la phrase qui figure entre crochets au paragraphe 2 de l'article 17, si l'on supprime les crochets, le problème suivant se posera : lorsque l'État où la société est constituée est autre que celui sur le territoire duquel elle a son siège social, aucun État ne sera habilité à exercer la protection diplomatique en faveur de la société. En revanche, si l'on supprime les crochets tout en remplaçant la conjonction « et » par « ou », la situation suivante se produira : si le siège social d'une société se trouve sur le territoire d'un État autre que celui où elle est constituée, les deux États seront habilités à exercer leur protection diplomatique. Le mieux serait de supprimer les crochets et de remplacer « et » par « ou », à condition d'ajouter que si l'État où la société est constituée est autre que celui où elle a son siège social, l'État habilité à exercer la protection diplomatique sera celui avec lequel elle entretient le lien le plus étroit.

76. La lecture de l'article 18 serait facilitée s'il commençait de la façon suivante : « L'État national des actionnaires d'une société peut exercer... ». Il y a un doute quant à l'application de l'article 18 au cas où l'État national de la société ne serait pas le même que l'État national de ses actionnaires. Il semble logique que dans ce cas, l'article 17 ne puisse s'appliquer étant donné qu'il est inconcevable de protéger une entité qui n'existe pas. Il conviendrait peut-être néanmoins d'indiquer dans le commentaire se rapportant à l'article 17 que cet article cessera de s'appliquer à une société dès lors qu'elle n'existe plus. La même indication pourrait figurer dans le commentaire se rapportant à l'article 18, de sorte que le lien temporel existant entre l'article 17 et l'alinéa a) de l'article 18 serait clair.

77. Étant donné que l'article 18 porte sur les cas dans lesquels l'État des actionnaires peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires, cet article ne doit pas être mentionné à l'article 19. Par ailleurs, on pourrait tenir compte de la

proposition figurant au paragraphe 111 du rapport, et visant à incorporer l'article 19 dans l'article 18. L'article 20 ne doit pas faire référence à une société constituée conformément à la législation de l'État, mais à une société qui a la nationalité dudit État. S'agissant de l'article 21, l'observation figurant dans la dernière phrase du paragraphe 131 du rapport paraît judicieuse.

78. **M. Shin** (République de Corée) s'associe à l'action de l'Autriche et de la Suède, qui vise à rationaliser et à dynamiser le débat sur le rapport de la commission du droit international, et affirme que l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* constitue le fondement des règles et pratiques qui régissent actuellement les investissements étrangers.

79. S'agissant de l'article 17, l'État où la société est constituée est habilité à exercer sa protection diplomatique quand un préjudice a été causé à une société. En ce qui concerne le critère permettant de déterminer la nationalité de la société, il serait préférable de supprimer le texte figurant entre crochets au paragraphe 2. en outre, il n'est pas nécessaire d'ajouter une condition relative à l'existence d'un lien effectif ou à un contrôle économique. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'existence d'un lien effectif n'a pas été exigée, la Commission du droit international n'a pas imposé de condition relative à l'existence d'un lien effectif dans le cas des personnes physiques et, compte tenu de la nature discrétionnaire du droit d'exercer la protection diplomatique, le lien effectif est l'un des facteurs que les États prennent en considération quand ils décident de recevoir les demandes présentées par la société contre l'État qui a commis un fait illicite.

80. L'article 18 ne présente aucune difficulté majeure, mais il convient de signaler que la situation prévue à l'alinéa a), celle du préjudice causé par l'État même où la société est constituée, a été la source d'une vive inquiétude pour les États investisseurs et qu'elle est actuellement abordée, pour l'essentiel, dans les traités bilatéraux d'investissement. S'agissant de l'article 21, la délégation de la République de Corée soutient la décision de la Commission du droit international de le reformuler et de l'insérer à la fin du projet d'articles sous forme de clause de sauvegarde. Afin que les sociétés et les personnes jouissent de la plus grande protection possible, la protection

diplomatique ne doit pas être totalement exclue des traités bilatéraux d'investissement.

81. En ce qui concerne la protection diplomatique des membres d'équipage d'un navire par l'État du pavillon, il importe que le projet d'articles ne remette pas en cause les règles énoncées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du navire *Saiga*. L'État du pavillon doit être habilité à exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à des membres de l'équipage, indépendamment de leur nationalité, si le préjudice est causé dans une situation dans laquelle le navire est considéré comme une unité. S'agissant de la protection diplomatique des nationaux employés par une organisation internationale intergouvernementale, il convient de respecter intégralement la décision rendue en 1949 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Une organisation internationale doit pouvoir exercer la protection professionnelle des personnes qui agissent en son nom dans le cas de dommages subis par ces personnes dans l'exercice de leurs fonctions. Le droit à la protection professionnelle se justifie par la nécessité de garantir l'indépendance de l'organisation internationale. Les personnes qui agissent au nom de l'organisation internationale ne doivent pas dépendre de la protection de leur propre État national car cela compromettrait leur indépendance. Toutefois, étant donné que la protection professionnelle ne se fonde pas sur la nationalité de la victime mais sur son statut d'agent de l'organisation internationale, les réclamations pour cause de dommages subis qui ne sont pas liées à ce statut devraient être soumises à l'État dont le national est issu.

82. **M. Wada** (Japon) dit que, s'agissant de la question de la protection diplomatique des investissements étrangers, il convient de tenir compte des progrès accomplis dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement et des instances internationales et régionales spécialisées dans ce domaine. Dans cet esprit, la Commission du droit international a fait preuve de prudence en soumettant le projet d'article 21 au Comité de rédaction pour qu'il le reformule. Le projet d'article 21 proposé par le Rapporteur spécial n'aurait peut-être pas permis de résoudre le problème du rapport entre les règles générales du droit international coutumier relatives à la

protection diplomatique et celles du droit spécial des traités bilatéraux d'investissement ou de tout autre instrument y relatif. Le projet d'article éliminerait la possibilité pour l'une des parties de recourir au droit à la protection diplomatique, ce qui mérite une analyse plus approfondie. Il se pourrait que deux pays décident de régler un litige relatif à un investissement au titre d'un accord bilatéral conclu entre eux, mais que la procédure approuvée initialement pour régler ce litige ne garantisse pas de solution équitable et efficace au problème, ce qui amènerait l'une des parties à recourir à un autre domaine du droit pour trancher le litige. On pourrait penser que l'accord bilatéral conclu entre les deux parties les empêche de faire appel à cet autre recours : c'est pourquoi cette question doit être envisagée au cas par cas. Dans cette optique, la question de la *lex specialis* serait plus facile à régler si les dispositions pertinentes figuraient à la fin du projet d'article, au lieu d'en limiter la portée aux litiges relatifs aux investissements étrangers et aux personnes morales.

83. S'agissant de l'État de nationalité d'une société, l'orateur estime que le critère du lien effectif ou véritable n'est pas approprié. À l'ère de la mondialisation, où de nombreuses entreprises multinationales exercent leurs activités dans de multiples pays et reçoivent des investissements provenant du monde entier, il peut être difficile de déterminer avec quel pays ce lien effectif existe. Si l'on ne trouve de lien effectif avec aucun pays, ces entreprises pourraient être privées de la protection diplomatique, aussi le Japon estime-t-il que le critère actuellement employé par la Commission pour trancher cette question est valable.

84. En ce qui concerne la protection diplomatique des personnes morales autres que les sociétés, l'idée avancée par le Rapporteur spécial à l'article 22, qui permet d'appliquer *mutatis mutandis* le régime de la protection diplomatique aux autres types de personnes morales, semble acceptable. Étant donné qu'il est difficile de regrouper les différentes personnes morales dans un seul article, l'orateur estime que l'on devrait appliquer les dispositions les concernant avec une certaine souplesse plutôt que de tenter de classer les diverses personnes morales auxquelles s'applique la législation nationale de chaque pays.

85. S'agissant de la protection des membres d'équipage d'un navire par l'État du pavillon, dans l'affaire du navire *Saiga*, le Tribunal international du

droit de la mer a déclaré qu'il appartenait à l'État du pavillon de formuler les réclamations relatives au navire, aux membres d'équipage et aux marchandises, en précisant que ces réclamations ne relèvent pas du droit à la protection diplomatique mais du principe fondamental de la nationalité du pavillon. Compte tenu de cet arrêt, l'orateur, estimant que la question posée au chapitre III du rapport de la Commission du droit international au sujet de la « protection diplomatique des membres d'équipage d'un navire par l'État du pavillon » peut être trompeuse, propose de parler simplement de « protection des membres d'équipage d'un navire par l'État du pavillon ». Parallèlement, il faut signaler que, par le passé, des réclamations concurrentes ou combinées relevant exclusivement de la compétence nationale de l'État du pavillon et de la protection diplomatique ont été présentées. Par exemple, dans certains cas dans lesquels un aéronef a été abattu, l'État où l'aéronef était immatriculé et les États de nationalité des membres d'équipage et des passagers ont simultanément formulé des réclamations contre l'État auteur de l'incident.

86. En ce qui concerne la protection diplomatique des nationaux employés par une organisation internationale, l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies a reconnu le statut de personne morale de l'Organisation des Nations Unies et son droit d'exercer une protection professionnelle et de porter plainte en cas de dommages subis par ses employés. Cependant, dans cet avis consultatif, la Cour ne précisait pas les critères permettant d'établir une équivalence entre la protection professionnelle exercée par l'Organisation des Nations Unies et la protection diplomatique que peut exercer l'État de nationalité de la personne lésée. À cet égard, l'orateur affirme que, quand la personne lésée ne peut obtenir réparation au titre de la protection professionnelle exercée par l'Organisation, l'État de nationalité devrait disposer d'une latitude suffisante pour exercer son droit de protection diplomatique en faveur de la personne lésée.

87. **M. Troncoso** (Chili), s'agissant de la protection diplomatique des personnes morales, dit que dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a adopté une règle générale selon laquelle, quand une société est lésée par un fait illicite, l'exercice de la protection diplomatique appartient à l'État où ladite société est constituée et où

elle a son siège social. Cet arrêt, à l'origine de nombreuses dissidences parmi les magistrats, a fait l'objet de critiques, notamment parce qu'il ne reconnaît pas la nécessité de l'existence d'un lien effectif entre l'État qui exerce la protection et la personne morale lésée, ce qui avait déjà été reconnu dans certains traités qui prévoyaient la protection directe des actionnaires et que la Cour avait considéré *lex specialis* dans ce cas d'espèce. De l'avis du Rapporteur spécial, il appartient à la Commission du droit international de décider s'il faut ou non appliquer la décision de la Cour internationale de Justice dans le cas cité d'autant que, dans l'affaire *ELSI*, l'une de ses chambres n'avait, en quelque sorte, pas tenu compte de cet arrêt et avait reconnu la nécessité de l'existence d'un lien effectif découlant de la nationalité des actionnaires. Dans ces circonstances, on peut semble-t-il affirmer que l'exercice de la protection diplomatique pourrait être du ressort non seulement de l'État où la société est constituée, mais aussi de l'État avec lequel elle entretient un lien effectif, qu'il découle de la nationalité des actionnaires, du contrôle économique ou du siège social étant donné qu'en l'absence de ce lien, il ne servira à rien que la société ait été constituée dans ledit État. Dans ce cas, les États refuseraient d'exercer la protection et la règle ne pourrait pas s'appliquer dans la pratique.

88. S'agissant des propositions formulées à cet égard par le Rapporteur spécial, le Chili approuve les termes de l'article 17, qui jette les bases de la protection des personnes morales par l'État, à savoir le droit pour lui d'exercer la protection de la société qui a sa nationalité. De même, il accepte la proposition faite à l'article 18, qui accorde à l'État de nationalité des actionnaires le droit d'exercer la protection diplomatique dès lors que la société a cessé d'exister là où elle est constituée ou immatriculée ou qu'elle a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui est causé. Dans son rapport, le Rapporteur spécial présente des arguments suffisants en faveur de l'exercice de ce droit par l'État de nationalité des actionnaires.

89. En ce qui concerne la disposition relative à la *lex specialis* proposée à l'article 21, le Chili estime qu'il convient, pour des raisons de sécurité juridique, d'incorporer une disposition qui précise le lien entre ces articles et les règles relatives au règlement des litiges entre investisseurs (sociétés) et États qui sont énoncées dans les traités internationaux. De même,

cette disposition devrait figurer au chapitre consacré aux personnes morales et non parmi les règles générales sur la protection diplomatique, étant donné que la question des litiges relatifs aux personnes morales a fait l'objet d'un traitement particulier. Enfin, pour ce qui est de la disposition proposée à l'article 22 au sujet de la protection des personnes morales autres que les sociétés, le Chili s'associe aux considérations du Rapporteur spécial, selon lequel ces autres personnes morales peuvent elles aussi avoir besoin d'une protection diplomatique. En effet, si l'on tient compte du fait que la plupart des accords d'investissement conclus par les États prévoient un système particulier de règlement des litiges, il se pourrait qu'à l'avenir le principal domaine de protection diplomatique concerne ces autres personnes morales. Le droit chilien reconnaît de nombreuses personnes morales autres que des sociétés, notamment celles qui ont un but non lucratif, qui peuvent avoir besoin de ce type de protection. C'est pourquoi le Chili approuve l'élargissement de cette disposition. La Commission doit cependant étudier plus avant la possibilité pour certaines personnes morales, telles que les organisations non gouvernementales, qui bien souvent ont un caractère international et n'entretiennent pas de lien proprement dit avec l'État où elles sont constituées ou sur le territoire duquel elles établissent leur siège, d'invoquer ce droit.

90. S'agissant de la protection diplomatique des membres d'équipage d'un navire, le Chili persiste à penser que la Commission du droit international devrait examiner cette question en analysant les différences qui pourraient exister entre les dispositions de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et l'exercice de la protection diplomatique que la Commission entend réglementer, et également les particularités que ladite protection pourrait présenter dans le cas des membres d'équipage du navire.

La séance est levée à 13 heures.