



Assemblée générale

Cinquante-neuvième session

Documents officiels

Distr. générale
14 mars 2005
Français
Original: espagnol

Sixième Commission

Compte rendu analytique de la 18^e séance

Tenue au Siège, à New York, le mardi 2 novembre 2004, à 10 heures

Président : M. Bennouna. (Maroc)
puis : M. Dhakal (Vice-Président) (Népal)

Sommaire

Point 144 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième 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.

04-58459 (F)



La séance est ouverte à 9 h 40.

Point 144 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session (A/59/10)

1. Évoquant le projet d'articles sur la protection diplomatique, **M^{me} Swords** (Canada) souligne que le développement progressif du droit international tel qu'il ressort du projet d'article 8 répond à un impératif étant donné les liens qui existent entre l'apatridie, la condition de réfugié et les règles d'acquisition de la nationalité. À l'occasion de l'examen en première lecture du projet d'articles, le Canada a relevé une assez sérieuse ambiguïté quant à la portée du texte, qu'il conviendrait de dissiper dans la mesure où elle touche au sens même de la protection diplomatique et, partant, à la nature du projet dans son intégralité. Telle que définie à l'article premier du projet la protection diplomatique semble ainsi circonscrite aux cas où l'État de plein droit prend fait et cause, d'un de ses ressortissants, si bien que certaines fonctions consulaires énumérées dans les Conventions de Vienne s'en trouveraient exclues. Or, il ressort des débats de la CDI consacrés au projet d'articles et des exemples donnés dans les commentaires sur différents articles, que d'aucuns estiment que ces fonctions consulaires doivent trouver place dans cette définition. S'il s'agit bien d'envisager l'assistance aux nationaux au sens des Conventions de Vienne, la conception de la nationalité s'avère particulièrement pertinente au regard de certaines des obligations énoncées dans ces conventions. Celles-ci, en particulier la Convention sur les relations consulaires, mettent à la charge de tout État des obligations expresses s'agissant du traitement à réserver aux nationaux d'autres États. Ainsi, l'obligation faite par l'article 36 de la Convention sur les relations consulaires, d'informer tout détenu qui est un ressortissant étranger de son droit de prendre contact avec le consulat de son pays, obligation éminemment importante aux yeux du Gouvernement canadien, qui doit être entendue de la même manière par tous les États.

2. Le projet d'article 7, retient la solution de la nationalité prépondérante en présence de « multiple nationalité et [de] réclamation à l'encontre d'un État de nationalité ». Envisagée au regard de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, cette solution autoriserait à dire que les fonctions consulaires de type

discrétionnaire visées à l'article 5 de la Convention découlent de la nationalité, à l'exemple de l'obligation d'informer les détenus de certains droits édictée à l'article 36. À cet égard on peut se demander si la CDI a entendu appliquer la solution de la nationalité prédominante consacrée à l'article 7 aux cas où la nationalité d'un autre pays se rattache à telle obligation conventionnelle. Le Gouvernement canadien entend pour sa part apporter une aide consulaire à ses nationaux, qu'ils aient ou non une autre nationalité, sachant toutefois que de nombreux États ne se sentent pas tenus en droit international de fournir une assistance consulaire à leurs propres nationaux, encore moins lorsque les intéressés ont une autre nationalité. Le projet d'articles pourrait se révéler fort utile pour tous et avoir beaucoup de poids. Il convient donc d'en mesurer précisément l'incidence probable sur les politiques en vigueur en matière d'assistance consulaire, ainsi que sur les obligations conventionnelles associées à la nationalité.

3. S'agissant de la protection diplomatique, **M. Läufer** (Allemagne) souscrit pleinement à la solution juridique consacrée au projet d'article 2, à savoir qu'en vertu du droit international, l'exercice de la protection diplomatique constitue pour les États un droit et non une obligation. En droit interne, même si l'État est de par la Constitution tenu d'exercer la protection diplomatique, il a toute latitude en cette matière, comme le confirment d'ailleurs plusieurs décisions récentes du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne. En droit international, on distinguera la notion de protection diplomatique d'autres institutions de droit international relatives à la protection des personnes, en particulier du régime applicable aux droits de l'homme, qui mettent des obligations précises à la charge des États. Dans l'ensemble, l'Allemagne approuve les règles adoptées par la CDI s'agissant de la protection diplomatique des personnes morales. La CDI donne la primauté aux droits de l'État de nationalité de la société, les droits des actionnaires dans leur État de nationalité n'étant normalement pas pris en compte. L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut ainsi exercer sa protection diplomatique que si la société a cessé d'exister pour un motif étranger au préjudice ou si elle a la nationalité de l'État fautif présumé. L'Allemagne estime toutefois que les exceptions prévues à l'article 11 demeurent très limitées et qu'il n'est pas dûment tenu compte des cas où l'équité commanderait que l'État de nationalité des actionnaires puisse exercer son droit à la protection.

L'Allemagne reconnaît néanmoins le bien-fondé de l'objectif ainsi voulu par la CDI, à savoir prévenir la multiplicité des réclamations, suivant en cela la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*.

4. S'agissant du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, la CDI a accompli beaucoup de progrès pour avoir dégagé des règles dans cette branche du droit international qui, à l'ère de la mondialisation et des progrès technologiques, ouvre à l'humanité des perspectives nombreuses mais présente aussi de nouveaux risques. En particulier, les dommages environnementaux transfrontières massifs de plus en plus fréquents soulèvent des questions juridiques difficiles, s'agissant notamment d'en établir la responsabilité. La CDI a retenu une solution intéressante, sorte de troisième voie entre la responsabilité objective de l'État et celle des particuliers régie par le droit international, selon laquelle les États sont tenus, en droit international, d'établir l'existence d'une responsabilité et de recours au civil. C'est là la solution de compromis consacrée par le principe 4 du rapport de la CDI. L'Allemagne doute cependant que celle-ci soit viable et estime qu'il faudrait la rendre plus souple pour permettre à chaque partie contractante d'appréhender les différents risques dans leur spécificité. Encore cette solution présenterait-elle deux inconvénients majeurs. D'une part, elle donnerait lieu à des conventions en matière de responsabilité qui, à l'opposé des traités actuels, ne seraient pas auto-exécutives, de sorte que la force exécutoire s'en trouverait réduite; d'autre part, ce gain de souplesse nuirait en définitive à la sécurité juridique, et risquerait d'entraîner un surcroît de coûts, en particulier dans les domaines d'intérêt économique. Dans l'ensemble et malgré toutes les difficultés inhérentes aux solutions actuelles, l'Allemagne juge préférables les conventions qui autorisent les actions en responsabilité civile. C'est la solution proposée par le Rapporteur spécial dans la variante B du principe 4, plus conforme au principe « pollueur-payeur ».

5. L'Allemagne estime par ailleurs qu'il est prématuré d'élaborer une convention générale à caractère contraignant sur la responsabilité, étant donné la grande diversité des types de risques environnementaux transfrontières à envisager. Il vaudrait mieux élaborer une convention-cadre (loi

type) et un document de référence de haut niveau reprenant dans le détail les points communs des traités en vigueur pour favoriser le développement du droit dans ce domaine. Aussi, la délégation allemande accueille-t-elle avec satisfaction les principes formulés par la Commission du droit international, soulignant qu'il faudra tenir compte des éléments fondamentaux suivants lors de l'élaboration de la future loi type : adoption de mesures d'intervention immédiate afin de prévenir pertes et dommages à la suite d'un accident environnemental; garanties financières adaptées, en particulier dans le cadre d'assurances obligatoires ou grâce à la création d'un fonds; et ouverture de voies de droit utiles, notamment pour les affaires transfrontières. On retrouve tous ces éléments dans les principes 5 à 7, qui sont d'une importance cruciale pour assurer l'indemnisation prompte et adéquate des victimes de dommages environnementaux transfrontières.

6. **M. Romeiro** (Brésil) est satisfait de la définition de la protection diplomatique donnée au projet d'article premier, qui rappelle que cette protection doit s'inscrire dans le cadre du règlement pacifique de différends entre États, le recours à la force ou à la menace étant exclus, sauf les cas visés à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Par définition, il appartient en toute discrétion à l'État d'exercer sa protection diplomatique, les particuliers ne pouvant l'exiger, conformément au projet d'article 2. On distinguera par conséquent cette institution de celle des droits de l'homme, même si, dans certains cas la protection diplomatique est assurée dans des conditions qui contribuent à la protection de ces droits. S'agissant de la protection des équipages en mer, il convient de rappeler que la Convention sur le droit de la mer offre un cadre de règlement des problèmes liés à la prompte libération et à l'indemnisation des équipages. Toutefois, le Brésil reconnaît que l'approche fondée sur l'État du pavillon ou d'immatriculation du navire consacrée par la Convention élude certaines questions qu'il pourrait être très utile d'examiner dans le contexte de la protection diplomatique. Le Brésil accueille avec satisfaction la proposition relative à l'épuisement des recours internes, conforme aux principes fondamentaux du droit coutumier de la protection diplomatique, et juge à cet égard tout à fait pertinente la notion de possibilité raisonnable. Toutefois, les propositions visant à élargir le champ des dérogations doivent impérativement être fondées sur des critères précis applicables à des cas concrets. Ainsi,

les propositions autorisant implicitement des exceptions ne doivent pas permettre de justifier des interventions allant à l'encontre de la compétence nationale de l'État dont relève l'étranger. Le Brésil est par ailleurs d'accord avec tous ceux qui estiment que la clause Calvo soulève des questions complexes exigeant un examen plus approfondi de la part de la CDI.

7. S'agissant de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, une codification s'impose dans cette branche du droit international coutumier encore relativement peu développée. Il importe à cet égard de mettre au point des règles spécifiques en matière de responsabilité et d'indemnisation. Le Brésil se joint aux délégations qui estiment que l'exploitant doit être considéré comme le principal défendeur dans toutes actions faisant suite à des pertes puisqu'il contrôle directement les opérations, conformément au principe du pollueur-payeur, dans la mesure où il faut concilier les droits et les obligations de l'exploitant et ceux du bénéficiaire et de la victime.

8. **M. Deo** (Inde) souligne que l'obligation et le droit de l'État de protéger ses nationaux lésés par des violations du droit international imputables à un autre État dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies normales constituent un des principes élémentaires du droit international, l'État ayant la discrétion d'accepter ou de refuser d'exercer une protection diplomatique selon qu'il la juge fondée ou non.

9. La protection diplomatique doit sauvegarder dans la mesure du possible les intérêts des nationaux, et l'État de nationalité doit pouvoir, quelles que soient ses sensibilités politiques ou autres, appuyer les réclamations des particuliers concernés. Il serait pour l'heure peu judicieux d'étendre la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés, comme l'envisage le projet d'article 8, une telle solution pouvant donner lieu à une interprétation trop large de la part de l'État de résidence habituelle de l'apatride : les termes « résidence légale et habituelle » employés au paragraphe 1 de l'article 8 renvoient en effet au seul droit interne, et non à une règle internationale. Le paragraphe 2 de l'article 8, qui autorise l'État à exercer sa protection diplomatique en faveur d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié, est également préoccupant, dans la mesure où il s'écarte de la règle traditionnelle qui veut que seuls les nationaux puissent prétendre à la protection diplomatique. Par ailleurs,

audit paragraphe 2, le terme « réfugié » n'est pas uniquement pris au sens de la Convention de 1951. Comme indiqué dans le commentaire, la notion englobe également les réfugiés qui tirent cette qualité d'instruments régionaux. L'Inde estime difficile d'accepter toute définition du terme « réfugié » autre que celle qui est reconnue universellement.

10. Dans son rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, le Rapporteur spécial analyse de manière exhaustive la nécessité de protéger les intérêts des victimes innocentes. L'Inde estime qu'il convient d'adopter la même approche que celle retenue concernant la prévention des dommages transfrontières, qu'il s'agisse de la portée des dispositions ou du mécanisme de mise en œuvre. Dans un régime de responsabilité ou de répartition des pertes, l'exploitant doit être considéré comme le premier responsable, car il dirige et contrôle l'activité et a le devoir de réparer les dommages causés. Le projet a été considérablement amélioré par le régime à la fois général et souple proposé, qui ne préjuge pas des réclamations ni du droit et des procédures applicables. Cette souplesse est encore renforcée par le fait qu'il s'agit de principes et non de règles. Mais certains des projets de principes ont une portée strictement sectorielle n'étant pas consacrés dans la pratique générale des États. L'Inde se préoccupe de ce que le projet de texte élargit la portée des dispositions en incorporant dans la définition des dommages certains éléments s'agissant desquels la pratique des États reste limitée, par exemple, le principe 2, en vertu duquel le terme « dommage » s'entend d'un dommage significatif causé à l'environnement, ou l'alinéa iii) du paragraphe a) dudit principe, qui parle de perte ou dommage résultant d'une atteinte à l'environnement. Par ailleurs, il ressort du commentaire que les dommages environnementaux transfrontières peuvent faire l'objet d'indemnisation. Or, la pratique des États en la matière n'autorise pas à dégager un tel principe général. Qui plus est, les pertes résultant d'une atteinte à l'environnement évoquées à l'alinéa iii) du paragraphe a) du principe 2 ne peuvent aisément s'apprécier en somme d'argent, sans parler de la question de la qualité pour agir. Aussi faudrait-il modifier cette disposition du projet.

11. Plusieurs instruments juridiques multilatéraux internationaux autorisent les pays en développement à appliquer des normes différentes de celles acceptées

par les pays développés en matière de protection de l'environnement, afin de promouvoir le droit au développement aux fins du développement durable. L'importance de cette approche est soulignée dans le commentaire général sur le projet de principes, dans la mesure où le niveau de développement économique des pays peut influencer sur les choix qui sont faits et leur mise en oeuvre. L'Inde accueille donc avec satisfaction le projet de principes et espère que la CDI réexaminera les dispositions contraires aux intérêts des pays en développement de sorte que le projet puisse être largement accepté.

12. **M. Akiba** (Japon) souligne que la solution mesurée adoptée par la CDI dans le projet d'articles sur la protection diplomatique est la bonne, dans la mesure où elle n'en étend pas la portée et exclut par exemple la question de la protection fonctionnelle offerte par les organisations internationales.

13. Il ne faudrait pas oublier ici que la protection diplomatique recouvre le même champ d'application que d'autres matières du droit international. Par exemple, le traitement qu'il convient de réserver aux personnes physiques étrangères est déjà traité de manière très détaillée et approfondie par les normes internationales relatives aux droits de l'homme. En outre, les droits relatifs aux investissements étrangers sont sans doute mieux protégés par les clauses d'arbitrage de différends traités sur les investissements, dans la mesure où les parties privées peuvent obtenir directement réparation de la part de l'État qui reçoit leurs investissements.

14. Toutefois, on ne confondra pas cette évolution récente du droit international avec la matière de la protection diplomatique. En ce qui concerne la protection des investissements étrangers, on distinguera nettement par exemple l'invocation de la protection diplomatique et les procédures d'arbitrage au titre d'accords bilatéraux, même si les deux procédures ont pour objet de protéger les mêmes intérêts de la partie concernée. Ainsi, en vertu de certains accords entre États, il est interdit d'invoquer la protection diplomatique dès qu'une procédure d'arbitrage ayant trait à des investissements est engagée. Il demeure cependant utile d'insérer dans les articles sur la protection diplomatique une clause éclaircissant les liens entre les différentes options protégeant les intérêts des personnes physiques et morales.

15. À cet égard, aux termes de l'ancien article 21 sur la *lex specialis*, un État pouvait se voir catégoriquement refuser d'appliquer le projet d'articles à la protection diplomatique. Le nouveau projet d'article 18 sur les dispositions conventionnelles spéciales a été judicieusement formulé en des termes beaucoup plus généraux qui viennent combler cette lacune, ce qui constitue un progrès considérable.

16. Le Japon espère que les membres de la CDI continueront d'adopter une approche prudente et mesurée en seconde lecture et qu'ils ne se montreront pas trop ambitieux en essayant d'étendre la portée de leur analyse. La CDI concourt de longue date à la codification et au développement progressif du droit international. S'il peut s'avérer nécessaire de faire preuve de hardiesse et de radicalisme pour répondre aux préoccupations actuelles de la société internationale, il serait trop audacieux de vouloir faire progresser sensiblement le droit international à la faveur de la codification de la matière de la protection diplomatique.

17. La question de la responsabilité internationale intéresse des domaines très divers et a des répercussions importantes sur divers aspects du droit international, comme le transport maritime de substances dangereuses, l'exploration de l'espace ou différentes activités industrielles. De nombreuses conventions et accords traitant de ce type d'activités s'adressent aux États ou aux exploitants, et la tâche assignée au Rapporteur spécial est énorme, dans la mesure où il doit trouver les points communs entre tous ces domaines. Cela étant, le Japon souscrit au parti que le Rapporteur spécial a pris de dégager d'abord certains principes généraux, au lieu d'établir une structure détaillée et exhaustive à travers des articles concrets.

18. Dès le début de la présente période quinquennale, on s'attendait à rencontrer de nombreux obstacles lors des débats sur le sujet. Étant donné l'extrême diversité des questions en présence, on a pu douter qu'il soit possible de présenter une structure générale sur le sujet. À cet égard, la CDI s'est montrée prudente en axant ses travaux récents dans le cadre du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières. Elle a également eu raison de mettre l'accent sur la responsabilité première des exploitants. Sans doute faudrait-il éclaircir et améliorer le projet de principes en ce qui concerne par exemple la définition des termes ou la question de l'indemnisation prompte

et adéquate. Mais il ne faudrait pas exagérer l'importance de la fonction des États dans ce domaine, la plupart des activités examinées étant le fait d'exploitants privés. Les dispositions qui insistent trop sur la responsabilité des États à raison des répercussions d'un accident ayant entraîné des dommages sont sans doute inutiles et ne rendent pas véritablement compte de l'état du droit international à l'heure actuelle.

19. Le projet de principes demeure à ce stade très général, mais étant donné sa portée, il est peu probable que l'on puisse lui donner un caractère beaucoup plus spécifique et détaillé. À ce stade, le Japon n'a pas vraiment de préférence quant à la structure des principes ou articles qui doivent être formulés lors des travaux sur la question, ni quant à leur résultat final. Il espère qu'à l'occasion de ses débats en seconde lecture, la CDI pourra se faire une idée plus claire de la forme à retenir, celle d'un ensemble de principes directeurs ou de dispositions plus détaillées qui pourront servir de base par la suite à l'élaboration d'une convention.

20. Selon **M. Dolatyar** (République islamique d'Iran) le projet d'article 2, qui est conforme à la jurisprudence internationale consacre bel et bien les règles coutumières du droit international. L'État peut être tenu d'exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne morale ou physique de sa nationalité en vertu de son droit interne, mais le droit international ne le soumet pas à cette obligation.

21. À l'échelle internationale, lorsque l'État exerce sa protection diplomatique au profit d'un national, il protège de fait son propre droit plus que celui du national intéressé, ce qui rejoint le principe fondamental de la protection diplomatique selon lequel le préjudice causé à un national l'est à l'État de nationalité. Par suite, l'État décide de l'opportunité d'exercer une protection diplomatique par référence à son droit interne.

22. Le projet d'article 4 précise qu'il appartient à l'État de déterminer qui peut prétendre à sa nationalité. Mais comme il ressort du texte de l'article et du paragraphe 6 du commentaire y relatif, l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Le Gouvernement iranien estime que les États doivent s'abstenir de prendre des textes qui augmentent les risques de double nationalité, de multiple nationalité ou d'apatridie. Les critères

d'acquisition et d'octroi de la citoyenneté ne doivent pas être contraires au droit international.

23. Pour ce qui est du projet de paragraphe 2 de l'article 5 (faculté reconnue à l'État d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le préjudice a été causé), la CDI n'évoque nullement dans son rapport la pratique des États en la matière. À l'opposé de certains membres de la CDI, Le Gouvernement iranien n'est pas d'avis que dans sa formulation actuelle ledit paragraphe soit propre à empêcher quiconque de rechercher la nationalité la plus avantageuse aux fins de la protection diplomatique (*nationality shopping*). On gagnerait à en modifier le libellé pour limiter clairement les exceptions à la règle de la continuité de la nationalité aux cas de perte involontaire ou d'imposition forcée de la nationalité.

24. En ce qui concerne l'article 7, la détermination de la nationalité prépondérante est par définition subjective. Dans la pratique, tout État dont une personne titulaire d'une double ou d'une pluralité de nationalités invoque la nationalité peut faire valoir que sa nationalité est prépondérante, puisqu'il n'existe pas en droit international de critères pour déterminer la prépondérance d'une nationalité sur les autres. Au paragraphe 6 de son commentaire, la CDI énumère divers facteurs à prendre en considération pour déterminer la nationalité prépondérante. Pour la délégation iranienne, certains de ces facteurs, comme la langue d'enseignement et l'enseignement suivi ou les comptes en banque, ne sauraient être décisifs s'agissant de déterminer la nationalité prépondérante. À l'ère de la mondialisation, des millions de personnes physiques naissent et grandissent dans un pays, suivent des études dans un autre et travaillent et vivent dans un troisième. Certains critères doivent être retenus en priorité. L'État dont un individu utilise la nationalité pour acquérir ou posséder des biens ou dont il présente le passeport pour entrer sans visa dans son territoire peut légitimement soutenir que sa nationalité prime celle d'un autre État où l'intéressé a sa résidence habituelle ou poursuit des études.

25. Dans son commentaire sur le projet d'article 7, la CDI s'inspire largement des décisions de la Commission de conciliation italo-américaine et des jugements du Tribunal des réclamations irano-américain. Or selon la délégation iranienne on est là en présence d'une *lex specialis* davantage que de la

pratique générale des États ou d'une expression du droit international coutumier. Elle considère que cet article ne reflète pas le droit international coutumier et est de nature à donner lieu à de nouvelles controverses entre États sur la question de la double nationalité. Par ailleurs, selon la CDI, le projet d'article 7 est rédigé sous la forme d'une phrase négative pour montrer que les circonstances qui y sont envisagées se veulent exceptionnelles. Mais de l'avis de la délégation iranienne, la forme négative ne suffit pas à obtenir l'effet voulu : la CDI essaie de limiter la portée du paragraphe aux cas exceptionnels, alors que dans les faits, les cas de double ou de multiple nationalité sont fréquents.

26. La délégation iranienne considère par ailleurs que le projet d'article 13 va au-delà des limites assignées à l'œuvre de développement progressif du droit international. S'agissant des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, le caractère vague et ambigu des termes utilisés pour définir les exceptions dans le projet d'article 16, a de quoi préoccuper, car la règle en question risque d'être ainsi remise en cause et de devenir superflue dans la plupart des cas. En ce qui concerne le paragraphe 4 du commentaire sur cet article, la délégation iranienne convient avec la CDI que c'est au tribunal international compétent qu'il revient de déterminer si les exceptions à la règle des recours internes sont recevables et préférerait que le texte de l'article le précise davantage.

27. Enfin, relevant que la CDI a décidé d'examiner le lien entre la doctrine des « mains propres » et la protection diplomatique, qui mérite une analyse plus approfondie, la délégation iranienne accueille avec satisfaction l'intention de celle-ci de revenir sur la question à sa prochaine session. En effet, l'État de nationalité ne saurait être privé de son droit d'exercer la protection diplomatique lorsque les accusations proférées à l'encontre de ses nationaux n'ont rien à voir avec la réclamation pour laquelle la protection diplomatique est demandée.

28. **M. Wood** (Royaume-Uni) convient avec la CDI que les articles sur la protection diplomatique sont étroitement liés à ceux consacrés à la responsabilité de l'État et doivent en être rapprochés. La CDI a eu raison de retenir cette solution et d'axer le projet d'articles relatif à la protection diplomatique sur les questions de la recevabilité des réclamations, c'est-à-dire sur la nationalité et les recours internes. Comme indiqué dans le rapport de la CDI, ces articles donnent

corps aux dispositions de l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité des États. La CDI a pu par ailleurs rejeter la proposition de *lege ferenda* tendant à obliger les États, en regard du droit international, à exercer la protection diplomatique. Le Gouvernement du Royaume-Uni accueille à cet égard avec satisfaction l'article 2, qui évoque le droit d'exercer la protection diplomatique et non une obligation ni un devoir quelconque en la matière.

29. Les règles relatives à la nationalité aux fins des réclamations exposées dans la deuxième partie qui s'inspirent pour l'essentiel de la pratique actuelle des États, n'appellent pas de commentaire particulier, sauf à dire que quelques nouveautés doivent être examinées avec soin entre la première et la deuxième lecture pour déterminer s'ils ont leur raison d'être dans leur principe et dans la pratique.

30. En ce qui concerne par exemple la nationalité des personnes physiques, on notera notamment l'insertion, à l'article 4 et au paragraphe 2 de l'article 5, de l'expression « d'une manière non contraire au droit international » à propos de l'acquisition de la nationalité; celle, au paragraphe 2 de l'article 5, du membre de phrase « pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation », qu'il convient d'améliorer encore; l'adoption du concept de nationalité « prépondérante » à l'article 7, que l'on gagnerait également à examiner, comme indiqué par le représentant de l'Inde; et l'article 8 sur les apatrides et les réfugiés (notamment le sens du terme « réfugié »).

31. Les règles relatives à la nationalité des personnes morales posent des questions plus difficiles qu'il conviendrait d'étudier plus avant. Il faut notamment se demander si s'agissant d'une société qui a cessé d'exister, l'on serait fondé à donner à son État de nationalité le droit d'exercer sa protection, et non à l'État ou aux États des actionnaires; si l'État de nationalité de la société a vraiment intérêt à prendre les mesures voulues lorsque les actionnaires sont ressortissants d'un autre État; s'il doit être possible de présenter des réclamations lorsqu'une société a cessé d'exister pour un motif sans rapport avec le préjudice mais que les actionnaires ont bien subi un préjudice; et si le droit de protéger les actionnaires contre l'État de nationalité d'une société doit être limité aux cas où la société doit être créée dans l'État afin de pouvoir y mener des activités. Le Président de la CDI a estimé que ces propositions offraient une solution équilibrée mais il semble qu'il n'en soit pas tout à fait ainsi.

32. L'article 13 sur les autres personnes morales pourrait également, outre les articles 9 et 10, renvoyer aux articles 11 et 12 ces autres personnes morales pouvant par exemple être des actionnaires.

33. Les projets d'articles sur les recours internes figurant dans la troisième partie du rapport de la CDI sont dans l'ensemble pertinents, même si certains éclaircissements s'avèrent nécessaires. S'agissant de la doctrine des « mains propres », la délégation britannique convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'y a pas de raison d'insérer une telle disposition dans le projet d'articles.

34. En ce qui concerne la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses), la délégation britannique pense comme celle de l'Inde que le projet de principes est très général et sa portée par trop vaste. À preuve, l'emploi du terme « significatif » dans les projets de principes 1 et 2 et les définitions très larges des « dommages » et de « l'environnement » au projet de principe 2. Le projet de principes devrait avoir pour vocation première d'offrir un ensemble de principes généraux qui puissent être utilisés selon qu'il convient lors de l'examen de nouveaux accords et à l'occasion de l'élaboration de textes de droit interne. Il n'a pas vocation à codifier le droit, ni même à favoriser son développement progressif au sens traditionnel du terme. Il serait utile que la CDI explique plus clairement ce qu'il en est des divers éléments du projet. Pour ces motifs, le Royaume-Uni souscrit à la solution retenue par la CDI, c'est-à-dire celle d'un ensemble de principes non contraignants.

35. S'agissant des questions de fond, il convient d'examiner plus avant les rapports entre le projet de principes et les articles sur la responsabilité de l'État, dans la mesure où il ressort par exemple du commentaire sur le projet de principe 1 que la responsabilité peut être établie conformément à ces principes et simultanément au titre de la responsabilité de l'État, de sorte que les réclamations peuvent être fondées dans certains cas à un double titre. Il serait utile de disposer d'orientations sur la manière d'éviter que plusieurs réclamations soient présentées en pareil cas. Au projet de principe 3, le concept d'État victime soulève la question du rapport avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, qui pourrait être

envisagée dans le préambule. D'une manière générale et en ce qui concerne le projet de principe 7, il serait souhaitable d'insérer également une clause plus explicite sur la *lex specialis*, en s'inspirant du libellé de l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

36. Il aurait également été préférable que le préambule et le projet de principe 4 mettent davantage l'accent sur le principe « pollueur-payeur ». Le projet de principe 4 doit être examiné plus avant, en particulier en ce qui concerne l'application de la clause relative à la preuve de la faute au paragraphe 2. Dans les accords en vigueur dans le domaine de l'environnement, la responsabilité objective apparaît circonscrite à certaines activités considérées comme dangereuses, qui donnent lieu à des actions en responsabilité limitée et à d'autres procédures spéciales. Il semble par trop radical de parler de responsabilité objective pour tous les dommages « significatifs ». L'évocation de la responsabilité subsidiaire de l'État au paragraphe 5 pose également problème.

37. Évoquant la question de la protection diplomatique et le paragraphe 7 du commentaire sur l'article premier, **M. Laval** (Guatemala) dit qu'à l'évidence les règles de la protection diplomatique ne doivent pas s'appliquer lorsqu'un État dans lequel un agent diplomatique ou consulaire exerce ses fonctions respecte les obligations qui sont les siennes envers cette personne, ses biens et les privilèges et immunités qu'elle tire des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires; il estime toutefois que la protection diplomatique joue lorsque l'État cause des dommages à une telle personne en dehors de l'exercice de ses fonctions et de l'application des articles susmentionnés. La protection diplomatique pourrait par exemple être exercée en cas d'expropriation sans indemnisation des biens personnels d'un diplomate, dans le pays d'accréditation.

38. En ce qui concerne l'article 5, il conviendrait de faire une exception à la règle de la continuité de la nationalité pour les apatrides et les réfugiés protégés en vertu de l'article 8 si, dans les limites prévues au paragraphe 1 de l'article 5, ces personnes ont acquis la nationalité de l'État qui les protège.

39. S'agissant du critère défini à l'article 9 pour déterminer la nationalité d'une société, conformément

à certaines des idées exposées au paragraphe 85 du rapport de la CDI, le représentant du Guatemala considère qu'on peut retenir le critère du lieu ou de la relation authentique, ainsi que celui du lieu dans lequel la société exerce ses principales activités économiques.

40. Le terme *corporation* en droit anglo-américain ne renvoie pas uniquement à la *sociedad anónima* en espagnol, ou « société anonyme » en français, expression employée dans la version originale française du jugement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*, mais aussi à la notion de *Limited company whose capital is represented by shares*, utilisée dans le texte en anglais dudit jugement. Il faudrait donc remplacer les termes « société » et *sociedad* aux articles 9 et 12 par « société anonyme » et *sociedad anónima*, respectivement.

41. En droit romano-germanique, il est un type de sociétés commerciales à mi-chemin entre ladite société anonyme, dont le capital est constitué d'actions limitant la responsabilité des associés et qui sont librement négociables, et la société de personnes, dont les associés sont conjointement et solidairement responsables des dettes de la société et ne peuvent céder la part de l'actif qui leur revient. Il s'agit de la société à responsabilité limitée, qui entre dans le champ d'application de l'article 13, et, le cas échéant, des articles 9 et 10, mais à laquelle ne s'appliquent pas, encore qu'ils le devraient, les articles 11 et 12, puisqu'ils ne sont pas mentionnés dans l'article 13. Il faudrait donc remplacer « 9 et 10 » par « 9 à 12 inclus » à l'article 13 et mentionner expressément la société à responsabilité limitée au paragraphe 4 (du commentaire sur l'article 13). Ainsi, il serait clair qu'au regard des articles 11 et 12, les associés d'une société à responsabilité limitée ont les mêmes droits que les actionnaires d'une société anonyme.

42. Le principe selon lequel l'État qui souhaite renoncer à un droit doit le déclarer est bien établi en droit international coutumier. Toutefois, le commentaire sur l'article 16 ne renseigne pas clairement sur l'application de ce principe à l'épuisement des recours internes; sans doute parce que ce principe connaît une exception dans le cas visé aux deux dernières phrases du paragraphe 16.

43. **M. Abraham** (France) déplorant de nouveau le retard dans la distribution du rapport de la CDI dans les six langues officielles, retard qui n'a pas permis aux délégations de se ménager le temps de prendre

connaissance de son contenu et d'y réfléchir, invite la CDI et son secrétariat à examiner sérieusement les mesures permettant de remédier à cette situation.

44. L'état d'avancement du programme de travail de la CDI est source de préoccupation. Les progrès réalisés concernant les cinq sujets examinés ont été inégaux, même si l'on espère faire des progrès au cours des 10 semaines que dure la session annuelle de la CDI. Si l'on devait décider d'élargir le programme de travail, il conviendrait d'établir des priorités, en particulier, sur la vase de la suite que la CDI a prévu de donner aux sujets retenus; en effet, cette dernière doit mettre l'accent sur les sujets qui conduisent à une forme de codification ou à l'adoption de directives utiles pour l'interprétation du comportement des États. Par exemple, l'intérêt du sujet de la fragmentation du droit international est surtout académique, et certains membres du groupe de travail se sont même interrogés sur la possibilité d'entreprendre des travaux normatifs en cette matière. En revanche, les travaux de la CDI sur les actes unilatéraux des États peuvent se révéler fort utiles, à condition que le Rapporteur suive scrupuleusement les recommandations de la CDI et de son groupe de travail. Pour l'heure, le recueil descriptif des déclarations unilatérales d'origine et de nature diverses ne suffit pas pour obtenir un répertoire authentique des pratiques servant de base pour codifier le droit relatif aux actes unilatéraux, et comme l'a proposé le Groupe de travail, il serait plus judicieux d'élaborer un cadre analytique facilitant le travail de synthèse.

45. En ce qui concerne la protection diplomatique, la CDI doit s'efforcer d'améliorer et de compléter le texte concernant plusieurs aspects, par exemple les effets de la protection diplomatique. La France axera ses observations sur les projets d'articles relatifs à la protection des sociétés et de leurs actionnaires. Dans le cas de l'article 9, on a choisi d'utiliser à la fois le lieu de constitution et celui du siège de la direction pour déterminer l'État de nationalité de la société. Cette solution est plus prudente qu'une autre formule, mais le doute subsiste quant à la situation d'une société qui a son siège dans un État différent de celui où elle a été constituée.

46. L'article 11 (Protection des actionnaires) pose un problème encore plus sérieux, car la prémisse de ce projet d'article est contestable puisqu'elle évoque la possibilité de déterminer l'État de nationalité des actionnaires, ce qui permettrait d'exercer à titre

exceptionnel la protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à la société. Cette solution s'oppose à la réalité des relations économiques internationales, et pourrait entraîner une multiplication de réclamations convergentes contre l'État auteur présumé du préjudice. En utilisant la forme négative pour formuler le projet d'article, la CDI souhaite souligner que l'État de nationalité des actionnaires ne peut exercer la protection diplomatique à titre exceptionnel que dans deux cas de figure qui ont été admis par la Cour internationale de Justice en 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*; cependant, la Cour ne s'est pas prononcée sur le fondement de ces hypothèses, et la délégation française juge inacceptables l'hypothèse envisagée à l'alinéa a) du projet de l'article 11, car le champ d'application du droit de protection par l'État de nationalité des actionnaires s'en trouverait très étendu, ainsi que la seconde « exception » prévue à l'alinéa b), car on compromettrait ainsi l'équilibre entre les avantages que tire l'actionnaire du fait de sa participation au capital d'une société constituée dans un État étranger, et le risque qu'il assume en acceptant que cette société ait la nationalité dudit État.

47. Enfin, l'article 13 prétend déterminer s'il est admissible que les autres personnes morales invoquent la protection diplomatique. L'absence de pratiques en ce sens ne permet pas d'affirmer que le régime de la protection diplomatique de toutes les personnes morales s'assimile à celui de la société, et par conséquent, il serait plus prudent d'adopter une clause « sans préjudice de ».

48. **M^{me} Bole** (Slovénie) disant que son pays est totalement acquis à l'idée du développement du droit international dans le domaine de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses), se félicite que la CDI ait repris ses travaux sur la responsabilité internationale. Elle estime en particulier que dans son rapport, celle-ci a analysé correctement les observations des États sur les principales questions relatives à la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et en a dégagé des conclusions.

49. La délégation slovène estime que, comme s'agissant de la prévention, la version définitive du projet de principes devrait prendre la forme d'un projet

d'articles, qui est de nature à déboucher sur un texte juridique ayant force obligatoire, ce qui favoriserait l'institution de régimes plus détaillés et plus précis dans les accords internationaux, de caractère régional et bilatéral, et garantirait l'adoption rapide de mesures correctives, notamment une indemnisation à raison d'activités de nature à causer un dommage transfrontière non négligeable.

50. En ce qui concerne le lien entre les régimes de responsabilité internationale et interne, on sait que la législation nationale applicable aux réclamations d'indemnisation suppose dans la plupart des cas une responsabilité civile ou même pénale. Le régime envisagé est assez général et souple, et joue sans préjudice des réclamations et du droit applicable.

51. En ce qui concerne le projet de principe 4, relatif à l'indemnisation prompte et adéquate, fondée sur la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant, la représentante de la Slovénie estime qu'il cadre avec les principes de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et d'autres pratiques appliquant le principe « pollueur-payeur ». En outre, il assigne à l'État la fonction importante qui lui appartient, en définissant les conditions applicables pour mettre la responsabilité à la charge de l'exploitant.

52. **M. Winkler** (Autriche), évoquant les projets d'articles 17 et 18 relatifs à la protection diplomatique, considère que ces deux dispositions traitent de questions différentes. L'une a trait aux actions ou procédures de défense des droits de l'homme, et l'autre aux procédures de règlement des différends prévues dans les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement. Par souci de clarté, il conviendrait que la CDI continue de traiter ces deux questions séparément, et ne les envisage pas dans une seule disposition, en raison de leurs formulations différentes; le projet d'article 17 est une clause « sans préjudice de », tandis que le projet d'article 18 est une « clause d'exclusion ». La formulation générale de l'article 17 pose problème, car loin de porter sur la seule réparation du dommage direct, elle envisage également les mesures prévues en vertu du régime de responsabilité de l'État pour remédier aux dommages directs, notamment, le recours à des contre-mesures. Par ailleurs, le commentaire réduit clairement le champ d'application de la disposition aux actions visant à obtenir réparation des préjudices subis par des particuliers. Le texte lui-même laisse entendre que l'État peut exercer la protection diplomatique, même si

la personne physique a déjà introduit une action en justice devant une instance des droits de l'homme. L'État responsable du préjudice doit accepter les différentes réclamations présentées par l'État qui exerce la protection diplomatique, et par la personne physique qui intente une action pour défendre ses droits fondamentaux. Néanmoins, il n'y a pas d'indépendance complète entre la protection diplomatique et les autres actions ou procédures tendant à obtenir réparation, car aux termes de l'article 53 du projet d'articles sur la responsabilité des États, des contre-mesures ne peuvent être prises si le différend est soumis à un tribunal. Il en va de même des actions en réparation intentées par les particuliers.

53. L'article 18 soulève d'autres questions, dont celles de savoir pourquoi la formulation de cette disposition est différente de celle de l'article 17; pourquoi étant donné la similitude des deux dispositions, on ne formulerait pas l'article 18 autrement comme une simple clause « sans préjudice de », ce qu'il faut entendre par « incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales », s'il faut comprendre que les conventions excluent expressément le recours à l'exercice de la protection diplomatique, ou qu'il suffit que la protection soit compatible avec l'objet et le but de cette convention.

54. En ce qui concerne la responsabilité internationale, le fondement des projets de principes est que les victimes de dommages transfrontières causés à l'environnement ont droit à une indemnisation; par conséquent, les principaux éléments sont l'obligation de réparation, et les instruments, mécanismes ou procédures permettant d'obtenir réparation. La question n'est pas tant celle de la répartition des pertes que celle de l'obligation de réparer.

55. En présence d'un dommage causé à l'environnement, la principale difficulté consiste à démontrer le lien de causalité entre le dommage et telles ou telles activités. L'intérêt du principe 4 tient en ce qu'il n'exige pas de rapporter la preuve de la faute. Même si cette disposition prévoit l'obligation de réparer le dommage, sans preuve de la faute ni responsabilité objective, elle ne décharge pas la victime du fardeau de la preuve, il faut donc limiter l'obligation à elle faite de démontrer le lien de causalité. À cette fin, on renverse normalement la charge de la preuve, de manière qu'une probabilité élevée suffise pour démontrer ce lien de causalité. La

pratique actuelle en matière de régimes de responsabilité objective envisage très peu d'exceptions (guerre, catastrophes naturelles, etc.). Or, on peut difficilement déduire de telles exceptions du principe 4, rapproché du principe 3. La délégation autrichienne estime qu'il faut expliciter ces exceptions, pour définir le cadre de l'indemnisation, faute de quoi on pourrait penser que le texte actuel n'autorise aucune exception. En ce qui concerne le financement de l'indemnisation, la pratique récente retient trois niveaux, avec trois sources de financement différentes: l'auteur de la pollution, un fonds collectif ou l'État, limité dans ce dernier cas à des cas exceptionnels, tels que la contamination nucléaire. On pourrait néanmoins justifier l'application d'une restriction aux activités extrêmement dangereuses, dans la mesure où l'État qui les autorise doit également assumer le risque inhérent.

56. Le principe 5 s'éloigne des grandes lignes du projet de principes, et devrait se limiter uniquement à l'obligation de notification.

57. Le principe 6 consacre l'obligation de prévoir des procédures appropriées aux échelons national et international. Cependant, on voit mal qui aurait le droit de demander une indemnisation en cas de dommages causés à l'environnement. On peut se demander, par exemple, si les organisations non gouvernementales pourraient le faire, et si l'État aurait le droit de présenter des réclamations à tel autre État ou s'il serait soumis aux mêmes procédures que les particuliers. En outre, on gagnerait à fusionner le paragraphe 2 du principe 6 relatif aux procédures internationales de règlement des différends et le principe 7 relatif aux régimes internationaux spéciaux.

58. Enfin, il serait tout à fait indiqué de consacrer une disposition au règlement des différends car le principal objet du projet de principes est d'orienter les États vers le règlement des différends relatifs aux dommages causés à l'environnement. L'Autriche estime que le projet d'articles n'a pas vocation à devenir une convention directement applicable en droit interne, se bornant à définir des règles de base ou des principes directeurs à l'intention des États, qui pourraient en faire des règles juridiquement contraignantes dans l'avenir.

59. M. Dhakal (Népal) prend la présidence.

60. **M. González Campos** (Espagne) souscrit généralement à l'optique d'ensemble du projet d'articles sur la protection diplomatique, même s'il

gagnerait encore à être modifié en certaines de ses dispositions et commentaires. En ce qui concerne l'article premier, le libellé n'en est pas satisfaisant car il ne définit pas le contenu même de l'instruction, s'intéressant plutôt aux mesures que l'État peut prendre pour exercer la protection diplomatique, ce qui est doublement fâcheux : d'une part parce que l'on renvoie aux moyens de règlement des différends internationaux énumérés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies et à différentes résolutions de l'Assemblée générale, comme il ressort du paragraphe 5 du commentaire sur cet article. De plus, le terme « action diplomatique » évoque toute procédure que l'État pourrait suivre pour informer un autre État de ses vues et préoccupations, expression qui n'est pas très heureuse car il ressort de la pratique internationale que la protection diplomatique consiste essentiellement dans le fait pour l'État de présenter à un autre une réclamation officielle (claim), à raison de certains faits dont ses ressortissants ont été victimes, pour que l'État saisi respecte le droit international. C'est pourquoi il est sans intérêt, aux fins de la définition, que la réclamation officielle soit accompagnée d'une protestation – même si cela est fréquent – comportant la demande d'enquête sur les faits ou proposant d'autres moyens de règlement pacifique. L'important c'est que, par cette notification officielle, l'État prenant fait et cause pour ses citoyens, fait une déclaration en ce sens. D'autre part, et par suite de ce qui précède, la formulation actuelle de l'article premier ne fait pas de distinction entre la protection diplomatique proprement dite et d'autres formes de protection connexes, telles que l'aide consulaire aux ressortissants qui se trouvent en difficulté par suite de leur détention ou d'accusations dont ils font l'objet dans un autre État, circonstance dans laquelle il ne convient pas d'exiger l'une des conditions requises pour l'exercice de la protection diplomatique au sens propre, telle que l'épuisement des recours internes. Cette distinction est admise par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport qui, citant l'article 20 du Traité instituant la Communauté européenne, se demande si « cette disposition envisage la protection diplomatique au sens du présent projet d'articles, [...] ou vise uniquement l'assistance immédiate apportée à un national en difficulté ». Cette distinction rend non seulement compte de la pratique de tous les jours, mais est consacrée dans toutes les décisions récentes de la Cour internationale de Justice, comme dans l'affaire *LaGrand* et l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, à l'occasion desquelles

la Cour a déclaré qu'il pesait sur l'État l'obligation d'assurer effectivement l'assistance consulaire prévue par convention internationale, sans préjudice du droit de l'État de la nationalité d'exercer par la suite la protection diplomatique au sens propre. Étant donné cette double critique, l'article premier gagnerait à donner une définition plus précise de la protection diplomatique. À cette fin, l'Espagne propose le libellé qui suit, pour le premier paragraphe : « La protection diplomatique consiste en une action officielle par laquelle un État prend fait et cause, en son nom propre... », la fin du paragraphe demeurant inchangée. On insisterait ainsi sur le fait que le contenu essentiel de la protection diplomatique réside dans le moyen de communication de la prétention ou de la réclamation de l'État de la nationalité pour que soit respecté le droit international vis-à-vis de ses ressortissants, la distinguant ainsi de l'assistance diplomatique et consulaire apportée aux nationaux à l'étranger.

61. En ce qui concerne le projet d'article 3, qui pose la règle fondamentale selon laquelle c'est à l'État de la nationalité qu'il appartient d'exercer la protection diplomatique, abstraction faite des dispositions du paragraphe 2 qui renvoie à l'article 8, étendant la protection aux apatrides et aux réfugiés qui ont leur résidence légale et habituelle sur le territoire de l'État, il convient d'observer d'une part, que le commentaire y relatif est très limité et ne renseigne pas sur l'importance de la règle établie par cet article. On gagnerait donc à l'étoffer, en particulier par des renvois à la jurisprudence internationale, qui a énoncé à plusieurs reprises cette règle de droit coutumier. D'autre part, en ce qui concerne la formulation du projet, on pourrait penser que la règle générale dégagée par cette jurisprudence, c'est-à-dire que sauf dispositions conventionnelles spéciales, la nationalité se définit par une interprétation systématique du paragraphe 1 de l'article 3 rapproché de l'article 18. Or, cette dernière disposition va plus loin, en ce qu'elle porte que les [présents] articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales. Il faudra dès lors déterminer si les dispositions conventionnelles spéciales sont incompatibles ou non avec le présent projet d'articles, ce qui peut être source d'incertitude et de conflits d'interprétation, et ne semble pas souhaitable. Par ailleurs, à interroger le commentaire relatif à cet article, on remarquera que seuls les accords sur la protection réciproque des investissements – ce qui est indiqué certes – sont

envisagés, quoiqu'il en existe également d'autres accords qui devraient l'être.

62. En troisième lieu, en ce qui concerne le chapitre III du projet d'articles, relatif aux personnes morales, les modifications qui y ont été apportées sont satisfaisantes, puisque l'on s'inspire dans l'article 9 de la règle générale établie dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction* pour prévoir à l'article 11 certaines exceptions relatives à la protection des actionnaires. Dégager la règle générale au moyen de critères de rattachement entre la société et un État est source d'incertitude. Tout d'abord, en ce qui concerne le premier critère de rattachement, si l'on retient le terme « établissement » au lieu de « constitution », le premier étant plus large, on n'oubliera pas que dans nombre de systèmes juridiques, ce terme peut être source de confusion car il s'applique à d'autres personnes morales visées à l'article 13. C'est pourquoi il ne faudrait pas s'éloigner du terme employé dans l'arrêt de la Cour. En ce qui concerne le second critère retenu dans cet arrêt de principe, à savoir celui de « siège social », l'article 9 l'assortit de celui de « direction », ce qui peut être acceptable si la direction est effective. Mais on est allé plus loin en ajoutant l'expression « autre lien similaire », qui devrait être supprimée car le recours à l'analogie rend cette clause trop ouverte, bien que le commentaire précise qu'il faut un lien similaire aux deux précédemment cités.

63. En ce qui concerne l'article 11, relatif à la protection des actionnaires, la formulation négative retenue est satisfaisante, tout comme les hypothèses envisagées dans cette exception à la règle générale, qui, selon le commentaire, doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive pour ne pas ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États. Or les paragraphes 9 et 10 du commentaire inspirent des réserves, car à la délégation espagnole on y évoque l'opinion de trois des juges de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, favorable à une intervention plus large de l'État de nationalité des actionnaires. Cette mention n'a pas sa raison d'être, car l'évocation réitérée d'une opinion minoritaire non seulement porte atteinte à la force de la règle énoncée dans cette disposition, mais va à l'encontre de la conclusion dégagée au paragraphe 11 du commentaire.

64. Enfin, il convient de supprimer l'article 19, relatif à l'équipage des navires, notamment parce qu'il

introduit dans un ensemble de règles générales une hypothèse particulière régie par le droit de la mer (précisément par l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer), qui vient ainsi rompre l'économie générale du projet, dans la mesure où tout en sauvegardant la règle générale qui veut que la protection diplomatique appartient à l'État de la nationalité, l'article 19 prévoit une exception en faveur de l'État de nationalité du navire, ce qui revient en définitive à admettre la possibilité d'une double réclamation. De plus, cette disposition va à l'encontre de la pratique internationale, dont il ressort que l'État du pavillon exerce normalement cette protection.

65. **M. Mezeme Mba** (Gabon) voit dans la protection diplomatique l'une des principales manifestations actuelles du principe énoncé au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, selon lequel les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, et de rappeler que les nombreux conflits qui ont terni l'histoire des relations internationales ont eu pour origine l'intervention d'un État en faveur d'un national résidant dans un pays étranger.

66. En ce qui concerne la définition et le champ d'application de la protection diplomatique, même s'ils semblent satisfaisants dans l'ensemble, il conviendrait de les étoffer quelque peu afin de les harmoniser avec l'ensemble du projet d'articles, car il semble que l'on tienne seulement compte du critère de la nationalité, alors que le projet d'article 8 énonce d'autres critères sur le fondement desquels un État peut exercer la protection diplomatique s'agissant des réfugiés et apatrides. C'est pourquoi il faudrait peaufiner la définition de l'institution et à cette fin, on pourrait insérer à l'article premier le paragraphe 2 de l'article 3, qui vient en réalité compléter la définition de la protection diplomatique donnée à l'article premier.

67. En ce qui concerne le chapitre II du projet d'articles, l'intervenant souhaiterait insister sur la nécessité de laisser aux États le pouvoir discrétionnaire de déterminer les règles d'attribution de la nationalité. En fait, il n'appartient pas au droit international d'établir une quelconque limite en la matière. Autrement dit, le projet d'article 4, aurait pu mentionner expressément la législation interne des États, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et également de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de

lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, qui prévoit en son article 2 que toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un État doit être résolue conformément à la législation de cet État. Par ailleurs, il semblerait que l'on n'ait pas tenu compte dans le projet d'article 4 du critère habituel retenu dans la plupart des législations, qui établit une distinction claire entre la nationalité à la naissance et la nationalité acquise. L'emploi du verbe « acquérir » prouverait que la CDI se serait limitée aux cas d'acquisition de la nationalité.

68. En ce qui concerne le projet d'article 7, relatif à la multiple nationalité, dans lequel on introduit la notion de nationalité prépondérante, même si l'on peut admettre que la protection diplomatique est difficile à exercer lorsqu'une personne possède à la fois la nationalité de l'État demandeur et celle de l'État auteur de l'acte illicite, la solution proposée ici paraît conflictuelle. En effet, la notion de nationalité devrait être purement et simplement une notion du droit différente de toute considération de fait. Parler de nationalité prépondérante, serait remettre en question le principe de l'égalité souveraine des États. Si l'intention de la CDI est de s'éloigner du motif habituel pour lequel les cas de double nationalité sont exclus de la protection diplomatique, il aurait été préférable de retenir le critère de l'Institut de droit international, qui en septembre 1965 a déclaré irrecevable une réclamation internationale pour le compte d'une personne qui posséderait à la fois la nationalité de l'État demandeur et celle de l'État visé, à moins que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant à l'État demandeur, et précisé que les critères permettant de déterminer le caractère prépondérant du lien de rattachement d'une personne sont sa résidence habituelle, l'État dans lequel elle exerce habituellement ses droits civils et politiques et d'autres liens de rattachement dont découle une union effective d'existence, d'intérêt et de sentiments avec un État. Cette solution présente le double avantage de réaffirmer le principe de l'égalité souveraine des États, en le définissant en rapport avec des éléments de fait recensés d'avance.

69. En ce qui concerne le projet d'article 8, si les cas des réfugiés et apatrides sont envisagés dans les conventions et traités internationaux pertinents, on retiendra que ces instruments juridiques internationaux, loin de traiter directement de la protection diplomatique de cette catégorie de personnes, semblent

plutôt la rejeter implicitement. C'est pourquoi la CDI entreprend, avec l'article 7, une évolution importante du droit international et, étant donné l'amélioration considérable qu'il apportera au statut des réfugiés et des apatrides, le Gabon souscrit sans réserve à cette entreprise.

70. En ce qui concerne la question controversée de la protection des actionnaires d'une société, la délégation gabonaise souscrit aux projets d'articles 11, 12 et 13 proposés par la CDI. La jurisprudence en la matière ayant souvent été incohérente, il appartenait à la CDI d'adopter une solution intermédiaire qui tienne compte de l'affirmation du principe selon lequel l'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer la protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société, mais prévoit parallèlement des exceptions à ce principe et permet à l'État de nationalité des actionnaires d'exercer la protection diplomatique, en particulier lorsque l'actionnaire est lésé dans ses droits individuels et surtout lorsque l'État de nationalité de la société est présumé responsable du dommage subi par cette dernière.

71. En ce qui concerne les projets d'articles 14, 15 et 16, relatifs à la règle de l'épuisement des recours internes, même si elle convient qu'il faut épuiser tous les recours avant d'envisager toute action internationale, la délégation gabonaise est quelque peu sceptique quant aux exceptions énoncées au projet d'article 16. Il semblerait que les alinéas a), b) et c) aient pour seul objectif d'apprécier la bonne ou mauvaise volonté d'un gouvernement dans l'application des recours internes. L'administration de la justice étant différente d'un pays à l'autre, on se demande comment il faudrait apprécier le comportement de l'État dans ce contexte. Pour le Gabon, il faudrait y procéder dans l'abstrait en ayant recours à la notion de « bon père de famille ». Enfin, en ce qui concerne l'alinéa d), la renonciation doit être expresse et non tacite.

72. Selon **M. Pager** (Mexique), la pratique des États qui veut que l'auteur de la réclamation se soit comporté de façon irréprochable, c'est-à-dire qu'il n'ait pas par son comportement provoqué le dommage présumé, pour pouvoir demander à l'État de sa nationalité d'exercer la protection diplomatique, est loin d'être uniforme. C'est pourquoi il serait bon que la CDI revienne sur le sujet à sa prochaine session.

73. La règle de droit international coutumier bien établie qui veut que les recours internes soient épuisés promptement comme condition préalable pour pouvoir intenter une action internationale contre l'État défendeur, prévoit la saisine non seulement des tribunaux, mais aussi de toutes les autorités internes habilités à accorder une réparation effective et appropriée, acceptable sur le plan international. Suivant en cela une abondante jurisprudence et la doctrine, la CDI fait observer dans son rapport que l'étranger lésé « n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires ». La protection diplomatique est un élément central de la politique extérieure mexicaine. De fait, dans le cas de Mexicains condamnés à la peine de mort, le Mexique a affirmé devant différentes instances internationales, y compris devant la Cour internationale de Justice, que l'institution de la grâce présidentielle ne constitue pas un moyen approprié de réparation car il s'agit d'un moyen non judiciaire, soumis à la confidentialité ou au secret et non assujéti aux règles de respect de la légalité et d'équité des parties. Par ailleurs, les décisions découlant de cette institution ne sont pas susceptibles de révision et obéissent essentiellement à des considérations politiques.

74. Ayant exprimé son désaccord avec l'ancienne formulation du projet d'article relatif à la protection diplomatique des membres d'équipage d'un navire, le Mexique souscrit à la nouvelle formulation de l'article 19, car elle précise que c'est à l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique. En outre, le droit qu'a l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice de ses membres d'équipage d'autres nationalités, ne s'inscrit pas dans la protection diplomatique, précisément en raison de l'absence du lien de la nationalité.

75. **M. Choi Suk-Inn** (République de Corée), évoquant principalement les articles 9, 17, 18 et 19 du projet d'articles sur la protection diplomatique, approuvé par la CDI en première lecture dit premièrement que la délégation coréenne est d'accord avec la règle de base qui sous-tend l'article 9, à savoir que l'État de nationalité d'une société peut exercer la protection diplomatique en cas de dommage causé à cette société. Selon cette délégation, il est éminemment important de tracer des orientations claires qui permettent de déterminer l'État de nationalité d'une

société, afin d'éviter toute incertitude quant au droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique.

76. En ce qui concerne les critères permettant de déterminer l'État de nationalité d'une société, la délégation coréenne n'a pas d'objection quant au lieu de constitution et à la présence d'un bureau de la société dans l'État de constitution en vertu de la loi de cet État, comme l'a clairement indiqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction. Encore conviendrait-il de préciser davantage le critère dit de « sa direction ou ... un lien similaire », car même si l'on présume que ce terme doit s'entendre du bureau ou siège de la direction, l'ambiguïté du texte risquerait d'élargir inutilement le champ de compétence de l'État de nationalité d'une société.

77. Deuxièmement, la délégation coréenne propose que la CDI étudie la possibilité de fusionner les articles 17 et 18, estimant qu'il est inutile de les séparer. Étant donné que classiquement le droit de protection diplomatique appartient à l'État, les autres recours ou moyens de règlement des différends relèvent de la *lex specialis* et ont la priorité sur les recours au titre de la protection diplomatique.

78. Enfin, en ce qui concerne l'article 19, la délégation coréenne reste d'avis que le droit de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage d'un navire appartient principalement à l'État du pavillon du navire, et non à l'État de nationalité de ses membres d'équipage. Par ailleurs, la protection exercée par l'État du pavillon au bénéfice des membres d'équipage ne peut pas s'envisager dans le cadre de la théorie traditionnelle de la protection diplomatique. La délégation coréenne estime que, en rapprochant deux concepts différents, comme le droit traditionnel de l'État du pavillon et le concept de protection diplomatique, l'article 19 finit par énoncer une règle inconnue du droit international. Par conséquent, elle propose de supprimer l'article 19 du champ de la protection diplomatique, ou de l'adapter à la règle de droit international moderne, qui reconnaît à l'État de nationalité du navire le droit de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage.

La séance est levée à 12 h 25.